

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Diritto Amministrativo

**L'OBBLIGO DI MOTIVAZIONE DELL'ATTO
AMMINISTRATIVO. UNA COMPARAZIONE TRA IL DIRITTO
ITALIANO, IL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA E IL
DIRITTO INGLESE.**

RELATORE

**Chiar.mo Prof.
Marcello Clarich**

CANDIDATO

**Claudio Ciccarelli
Matr. 113723**

CORRELATORE

**Chiar.mo Prof.
Mario Pilade Chiti**

CORRELATORE

**Chiar.mo Prof.
Giuliano Fonderico**

ANNO ACCADEMICO 2015/2016

INDICE

Premessa	1
Introduzione.....	2
I La dogmatica della motivazione.	4
<i>I. 1. Motivi e motivazione. La motivazione in senso largo ed in senso stretto.</i>	<i>4</i>
<i>I. 2. Negozio giuridico, contratto, legge e sentenza: motivi, causa, ratio legis e motivazione.....</i>	<i>9</i>
<i>I. 3. Le ragioni dell'obbligo di motivazione.</i>	<i>15</i>
<i>I. 4. Le funzioni della motivazione.....</i>	<i>22</i>
<i>I. 5. I destinatari della motivazione.</i>	<i>31</i>
<i>I. 6. L'obbligo di motivazione: la motivazione necessaria, facoltativa e vietata.</i>	<i>36</i>
<i>I. 7. La forma della motivazione. Esternazione del motivo e dichiarazione del motivo.</i>	<i>39</i>
<i>I. 8. L'oggetto della motivazione ed i suoi vizi.</i>	<i>42</i>
<i>I. 9. Il soggetto tenuto a motivare.....</i>	<i>47</i>
II L'esperienza italiana.....	50
<i>II. 1. Dall'unificazione italiana agli anni '80 del XX secolo.</i>	<i>50</i>
<i>II. 2. La Legge 7 agosto 1990, n. 241.....</i>	<i>55</i>
<i>II. 3. Gli atti da motivare.....</i>	<i>60</i>
II. 3.1. L'organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi ed il personale.....	62
II. 3.2. Le esclusioni: gli atti normativi e quelli a contenuto generale.	65
II. 3.3. Il piano regolatore generale.	69

II. 3.4. Gli accordi: sostitutivi od integrativi del provvedimento e tra pubbliche amministrazioni.	74
II. 4. <i>Il contenuto della motivazione.</i>	79
II. 5. <i>Motivazione e discrezionalità.</i>	86
II. 6. <i>Procedimento e motivazione: iniziativa. Il problema della motivazione sintetica.</i>	92
II. 7. <i>Procedimento e motivazione: istruttoria.</i>	96
II. 8. <i>Procedimento e motivazione: conclusione.</i>	100
II. 9. <i>Il problema della motivazione postuma.</i>	106
II. 10. <i>La perdita di centralità della legge sul procedimento.</i>	106
III La motivazione nel diritto dell'Unione Europea.	113
III. 1. <i>La nascita dell'Unione Europea e del diritto amministrativo europeo.</i>	113
III. 2. <i>Il quadro normativo sull'obbligo di motivazione dopo il Trattato di Lisbona.</i>	118
III. 3. <i>L'ambito soggettivo dell'obbligo di motivazione.</i>	122
III. 4. <i>Gli atti da motivare.</i>	129
III. 5. <i>L'oggetto della motivazione.</i>	135
III. 5.1. <i>Rulemaking.</i>	140
III. 5.2. <i>Single case decision-making</i>	143
III. 6. <i>I problemi della motivazione per relationem e della motivazione postuma.</i> ...	146
III. 7. <i>La violazione dell'obbligo di motivazione.</i>	148
III. 7.1. <i>L'invalidità dell'atto.</i>	149
III. 7.2. <i>Il diritto al risarcimento del danno. Il problema della motivazione come oggetto di una situazione giuridica soggettiva.</i>	156
III. 7.3. <i>Gli strumenti di soft law.</i>	160

IV La motivazione nel diritto inglese.....	162
<i>IV. 1. Le origini del diritto amministrativo e della giustizia amministrativa.....</i>	<i>162</i>
<i>IV. 2. Obblighi di motivazione speciali.</i>	<i>173</i>
<i>IV. 2.1. I Tribunals.</i>	<i>174</i>
<i>IV. 2.2. Le inquiries.</i>	<i>182</i>
<i>IV. 3. Un generale obbligo di motivazione? Dalla natural justice alla fairness.....</i>	<i>189</i>
<i>IV. 4. La sliding scale of fairness.</i>	<i>195</i>
<i>IV. 5. Il Fair hearing.</i>	<i>198</i>
<i>IV. 6. La motivazione come corollario del fair hearing.</i>	<i>202</i>
<i>IV. 7. La mancanza della motivazione come vizio dell'atto.</i>	<i>208</i>
Conclusioni	212
Bibliografia	I

PREMESSA

Ritengo prioritario dedicare un momento per ringraziare tutti coloro che in questi cinque anni hanno contribuito ad alimentare il mio interesse per questo percorso di studi, sostenendomi durante i momenti di difficoltà e spronandomi a non desistere.

In primo luogo considero necessario ringraziare il Professore Marcello Clarich per avermi permesso di studiare un tema di così forte attualità e di particolare spessore, nonché per avermi iniziato al diritto amministrativo e avermi donato gli strumenti fondamentali per la comprensione di questa complessa materia.

In secondo luogo la mia attenzione va alla Dottoressa Francesca Romani grazie ai cui suggerimenti e all'attento lavoro di revisione devo buona parte del risultato finale di questa tesi.

I miei più vivi ringraziamenti vanno inoltre al Professore Mario Pilade Chiti e al Professore Giuliano Fonderico per i loro insegnamenti che sono stati fonte di ispirazione per questo lavoro e motivo di crescita accademica.

Da ultimo - non di certo per importanza - i miei ringraziamenti più sentiti vanno a tutti coloro che mi sono stati vicini in questi cinque anni e che sono sempre nei miei pensieri, i quali sono sicuro si sapranno identificare in queste parole.

INTRODUZIONE

L'obiettivo di questo lavoro è quello di offrire una comparazione tra la disciplina della motivazione dell'atto giuridico in Italia, in Inghilterra e nel diritto dell'Unione Europea, quest'ultimo da considerare tanto come ordinamento giuridico autonomo in riferimento agli atti adottati dalle istituzioni europee, tanto come un diritto che in forza dei principi della supremazia e dell'effetto diretto è in grado di vincolare quelli nazionali.

Il rifiuto di un modello di comparazione rigorosamente istituzionale e la preferenza per un'indagine di natura funzionale, come proposta dagli autori Konrad Zweigert and Hein Kötz, induce a dedicare particolare attenzione alla domanda a cui si tenta di rispondere. Se ci si limitasse ad osservare come la motivazione dell'atto amministrativo è disciplinata dal diritto italiano, quello dell'Unione Europea e quello inglese si rischierebbe di tralasciare la vera distanza che sussiste tra gli ordinamenti giuridici oggetto di comparazione.

Se si riconosce che esistono delle effettive distanze tra la disciplina della motivazione nel diritto italiano ed in quello inglese si rende necessario capirne il perché. Prima ancora che disciplinata diversamente la motivazione è infatti concepita diversamente nei tre elementi oggetto della comparazione. Si rende allora necessario andare più a fondo, cercando di comprendere quali sono le funzioni che la motivazione svolge in un dato ordinamento e quali sono le principali conseguenze di queste divergenze.

Il capitolo I tenta pertanto di offrire una ricostruzione delle principali elaborazioni dogmatiche concernenti la motivazione dell'atto amministrativo. Viene presa in considerazione la principale dottrina italiana e straniera per analizzare cosa sia effettivamente la motivazione e quali siano i suoi rapporti con altri istituti di diritto amministrativo.

Il Capitolo II analizza la disciplina della motivazione in Italia. L'ordinamento italiano è stato analizzato per primo perché è quello dove la questione della natura della motivazione sembra essere più risalente nel tempo e dove il dibattito sembra pertanto più ampio.

Il Capitolo III analizza la disciplina della motivazione alla luce del diritto dell'Unione Europea. Trattandosi di un diritto non nazionale emergono le prime differenze rispetto al diritto italiano, le quali sono immediatamente evidenziate nel corso del capitolo. La scelta di analizzare prima il diritto dell'UE piuttosto che quello inglese deriva dalla forte similitudine che esiste rispetto al diritto italiano. Viene anche offerto uno sguardo alle principali proposte di codificazione del procedimento amministrativo nel diritto dell'UE.

Il capitolo IV analizza la disciplina della motivazione nel diritto inglese. Trattandosi dell'ordinamento che presenta le maggiori differenze rispetto agli altri considerati si è reso necessario porlo alla fine della trattazione. Si tratta inoltre dell'ordinamento ove la questione della motivazione dell'atto amministrativo è sorta più recentemente rispetto agli altri, per lo più a causa di influenze derivanti dal diritto dell'UE e da quello internazionale. La diversità della disciplina rispetto all'ordinamento italiano risulta innanzitutto dalla mancata codificazione del procedimento amministrativo, pertanto sembra opportuno dedicare attenzione ai principali strumenti giurisprudenziali utilizzati per sindacare le decisioni della pubblica amministrazione. Inoltre, se si riconosce che nel diritto inglese la motivazione non ha mai assunto l'importanza ed il ruolo di rilievo nel procedimento che le si riconosce nel diritto italiano, diviene fondamentale cercare di capire come l'ordinamento inglese soddisfi le esigenze di garanzia e trasparenza che la motivazione realizza in Italia.

I LA DOGMATICA DELLA MOTIVAZIONE.

Sommario: 1. Motivi e motivazione. La motivazione in senso largo ed in senso stretto; 2. Negozio giuridico, contratto, legge e sentenza: motivi, causa, *ratio legis* e motivazione; 3. Le ragioni dell'obbligo di motivazione; 4. Le funzioni della motivazione; 5. I destinatari della motivazione; 6. L'obbligo di motivazione: la motivazione necessaria, facoltativa e vietata; 7. La forma della motivazione. Esternazione del motivo e dichiarazione del motivo; 8. L'oggetto della motivazione ed i suoi vizi; 9. Il soggetto tenuto a motivare.

I. 1. Motivi e motivazione. La motivazione in senso largo ed in senso stretto.

La corretta impostazione di uno studio avente ad oggetto la comparazione della disciplina giuridica della motivazione tra diversi ordinamenti richiede una serie di chiarimenti e precisazioni preliminari. Tra questi è innanzi tutto necessario offrire l'esatta nozione del termine motivazione al fine di delimitare il campo dello studio.

Non è facile fornire una nozione univoca della stessa, a dimostrazione di ciò vi sono le considerazioni di diversi autori, i quali, approfondendo il tema, hanno osservato come molte delle problematiche riguardanti questa dipendano in realtà da mere contraddizioni terminologiche ed imprecisioni linguistiche perpetuate nel tempo dagli operatori del diritto¹.

In via di prima approssimazione è necessario distinguere la motivazione dai motivi. La pubblica amministrazione per poter agire ed esercitare un potere deve essere mossa da delle ragioni, queste costituiscono i motivi.

Un primo orientamento dottrinale, legato alla teoria c.d. formalistica dell'obbligo di motivazione, ha iniziato a svilupparsi in Italia agli inizi del '900² ed è divenuto presto dominante. Questo, fortemente influenzato dalla disciplina privatistica del negozio

¹ Si veda sul punto A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti e sindacato di legittimità*, Giuffrè, Milano, 1987, pp.1-27 a cui, ad oggi, si deve la principale e più completa opera di ricostruzione dogmatica della motivazione del provvedimento amministrativo.

² Il filone dottrinale viene solitamente riferito a F. CAMMEO, *Gli atti amministrativi e l'obbligo di motivazione*, in *Giur. it.*, vol. III, 1908, p. 253 ss.

giuridico³, prendeva le mosse da una ricostruzione del provvedimento amministrativo come negozio giuridico di diritto pubblico, ciò avrebbe portato ad identificare l'ufficio-organo nel funzionario persona fisica che ne era titolare, dando quindi rilevanza giuridica ai suoi connotati psicologici ed interiori. Così ragionando i motivi del provvedimento sono manifestazione di volontà della persona fisica titolare dell'organo, mentre l'insieme di tutti gli altri elementi predeterminati della norma attributiva del potere, necessari per esercitare validamente il potere stesso, assumono la denominazione di presupposti. Si tratta di un'impostazione che produce come risultato quello di esaltare la figura del funzionario, specialmente nel procedimento amministrativo volto all'esercizio di un potere discrezionale, ove i motivi divengono «*frutto dell'intuito dei buoni funzionari*»⁴ e la motivazione il «*mezzo più sicuro*» per sindacarli⁵, cioè per ricercare l'eccesso di potere.

Se la linea che divide motivi e presupposti corre lungo l'elemento volitivo, proprio dei primi ed estraneo ai secondi, ciò si riflette anche sul contenuto del provvedimento, ove la motivazione è la parte del provvedimento che dichiara ed espone i motivi, mentre la giustificazione espone i presupposti⁶. Meglio, il termine motivazione designa «*un complesso organico di segni linguistici*»⁷ che dà atto dell'*iter* logico seguito dalla pubblica amministrazione e che consegue a giudizi ponderativi o di opportunità, il quale, in quanto tale, non può mai essere presente in provvedimenti interamente vincolati. La giustificazione al contrario è dichiarazione di scienza, dunque dovrebbe seguire un giudizio di mera esistenza dei presupposti. Dalla motivazione c.d. in senso stretto di cui si è appena detto, si può distinguere la motivazione c.d. in senso largo, la quale, colloquialmente, viene usata per indicare l'insieme della motivazione in senso stretto e della giustificazione⁸.

³ Per approfondimenti sul tema G. PACINOTTI, *Saggio di studi sui negozi giuridici di diritto pubblico*, Archivio Giuridico, Modena, 1903, p. 18.

⁴ F. CAMMEO, *Gli atti amministrativi e l'obbligo di motivazione*, op. cit., p. 254.

⁵ F. CAMMEO, *Gli atti amministrativi e l'obbligo di motivazione*, op. cit., p. 255.

⁶ L'elaborazione della distinzione è stata operata dal per la prima volta da C.M. Iaccarino il quale distingue «*la motivazione vera e propria*», che funge da momento espositivo dell'*iter* logico della pubblica amministrazione, dalla «*giustificazione del potere*», che concerne l'enunciazione del tipo di potere e dei presupposti necessari per poterlo esercitare. Si veda C.M. IACCARINO, *Studi sulla motivazione (con particolare riguardo agli atti amministrativi)*, Roma, Società Editrice del Foro Italiano 1933, p. 42 ss.

⁷ A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti e sindacato di legittimità*, op. cit., 1987, p. 28.

⁸ M.S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in Enc. Dir., vol. XXVII, Milano, 1977.

Dai motivi, parte della dottrina distingue anche i c.d. fini, cioè le finalità da raggiungere, le quali tendono chiaramente ad emergere, differenziandosi dai motivi, soprattutto in procedimenti a struttura complessa, ove l'emanazione del provvedimento finale può essere anticipata dall'adozione di un atto programmatico che fissa i fini che guideranno il procedimento.

Nonostante lo sforzo di distinguere sul piano pratico i motivi dai presupposti, sono gli stessi autori che aderiscono a detta tesi a vedersi costretti a riconoscerne i limiti: quando un presupposto non può essere meramente accertato nella sua esistenza o meno ma necessita di un accertamento discrezionale, la pubblica amministrazione incorre in un presupposto di tipo valutativo, cioè nell'accertamento di un presupposto non estraneo ad una manifestazione di volontà⁹. Cade così la rigida distinzione tra motivi e presupposti, trascinando dietro anche quella tra motivazione e giustificazione.

Il secondo filone dottrinale, spesso definito dagli studiosi c.d. sostanziale, si è invece sviluppato appiattendolo la linea discretiva che sussiste tra i motivi e la motivazione, cioè tra l'esistenza delle ragioni che legittimano l'esercizio del potere e la loro formale enunciazione. Ciò porta a riconoscere rilievo anche sostanziale alla motivazione, infatti, nonostante non vi sia concordia sulla nozione di motivazione¹⁰, la maggior parte degli autori argomenta che la validità della motivazione consista in realtà nella validità della scelta concreta operata dall'amministrazione. Così, la carenza di motivi necessari per l'emanazione di un provvedimento origina il vizio di difetto di motivazione¹¹.

Più che una completa rivoluzione della teoria c.d. formalistica, questa impostazione, che si sviluppa negli anni '30 e '60 del secolo scorso, sembra prendere atto della crisi della teoria generale del provvedimento, soprattutto del ripensamento della teoria del provvedimento come negozio giuridico pubblico. Tra coloro che seguono questa linea di pensiero¹², il principale elemento di svolta rispetto alla teoria

⁹ R. JUSO, *Motivi e motivazione nel provvedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 26.

¹⁰ Alcuni sostengono la motivazione sia elemento contenutistico, tra questi S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 1932, e A. ROMANO, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1958. Altri autori, ancora, propendono invece per escludere la qualificazione di elemento contenutistico, tra questi si veda R. LUCIFREDI, *Alcuni rilievi sulla forma e contenuto degli atti, con particolare riguardo agli atti amministrativi*, in Riv. Dir. Pubblico 1938, I, 573-577.

¹¹ A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti e sindacato di legittimità*, op. cit., pp. 15-20.

¹² Tra questi autori era fortemente dibattuto il tema dell'individuazione degli elementi formali del provvedimento amministrativo, nonché quali tra questi fossero quelli essenziali. Zanobini riteneva elementi essenziali soggetto, volontà, contenuto e dichiarazione, si veda G. ZANOBINI, *Corso di diritto*

formalistica sembra divenire l'abbandono del recepimento degli elementi subiettivi del responsabile del procedimento all'interno della teoria generale del provvedimento. Si sostiene infatti che «*per gli atti amministrativi, il momento psichico dell'agente non rappresenta, come invece negli atti giuridici privati, uno degli elementi da valutare al fine di stabilire se l'atto esista o meno*»¹³. Il provvedimento inizia invece ad essere scrutato dal punto di vista del suo oggetto, definito come «*l'interesse pubblico concreto*» che il provvedimento «*è volto a curare*»¹⁴. Così ragionando la volontà, elemento essenziale del provvedimento¹⁵, non può che essere qualificata come procedimentale, cioè come «*il risultato di sequenze di atti di più uffici od organi, ciascuno dei quali apporta propri giudizi, valutazioni, opinioni*»¹⁶. In sostanza, perdendo rilevanza la volontà dell'agente, il provvedimento amministrativo viene ad essere oggettivato: «*conta ciò che si è fatto, non ciò che si è dichiarato di voler fare*»¹⁷.

A ben vedere, il concetto di motivazione, così impostato, sembra riecheggiare la nozione di motivazione c.d. interna, elaborata da un altro e meno recente filone dottrinale, per distinguerla dalla motivazione c.d. esterna. La prima va concepita come rappresentazione interna dei motivi del soggetto agente, da cui la natura sostanziale della motivazione, la quale, se viene a mancare, comporta il venir meno della stessa volontà del provvedimento. La seconda invece costituisce l'esternazione dei motivi a soggetti esterni all'amministrazione, dunque si tratterebbe di un elemento formale dell'atto¹⁸.

Come si evince chiaramente tuttavia anche questa impostazione affonda le sue radici nella sopracitata teoria del provvedimento come negozio giuridico di diritto pubblico, cadendo la quale, il riconoscimento di una valenza sostanziale alla

amministrativo, Milano 1958, II, p. 302. Per M.S. Giannini sono elementi essenziali competenza, volontà e oggetto, si veda M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano 1950, mentre successivamente lo stesso autore riterrà la competenza un elemento estraneo al provvedimento amministrativo M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, in Enc. dir., IV, Milano, Giuffrè, 1959, p. 157. Per A.M. Sandulli tra gli elementi essenziali del provvedimento del provvedimento vi è la finalità, si veda A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, 2, Jovene, Napoli, 1989. Per una ricostruzione completa delle teorie sul punto si veda G. MORBIDELLI, *Codice della giustizia amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 228.

¹³ A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., pag. 644 ss.

¹⁴ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 557.

¹⁵ Il punto non è tuttavia pacifico, in senso contrario E. Casetta che non considera la volontà elemento del provvedimento, si veda E. CASETTA, *Attività ed atto amministrativo*, in Riv. Trim. Dir. Pubbl. 1957.

¹⁶ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, op. cit., pag. 550.

¹⁷ M.S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, op. cit., 1977.

¹⁸ Per la ricostruzione della distinzione si veda C.FERRARI, *Osservazioni sulla motivazione degli atti amministrativi*, in Giur. It., II, 1958, pp. 230 ss.

motivazione diviene una mera confusione tra significante e significato¹⁹. Inoltre la teoria dominante c.d. formalistica, a ben vedere, può senza dubbio continuare a funzionare pur configurando il provvedimento come qualcosa di diverso dal negozio giuridico, in particolare, anche laddove si accetti l'impostazione costruita intorno alla volontà come elemento del provvedimento. Nonostante la linea sottile, che distingue da un lato i motivi e dall'altro i presupposti, possa a volte divenire del tutto illeggibile, ciò non significa che debbano essere cancellati gli sforzi teorici degli studiosi che hanno tracciato un solco indelebile tra motivi e motivazione.

I motivi possono allora essere identificati nelle ragioni, cioè gli interessi coinvolti nel procedimento, che inducono la pubblica amministrazione ad esercitare un potere, nonché l'*iter* logico seguito dall'autorità procedente per l'emanazione di un provvedimento.

La distinzione rispetto ai presupposti, concernenti invece i fatti permissivi e costitutivi in presenza dei quali il potere può essere esercitato, i quali devono soltanto essere accertati senza che siano anche voluti, può essere mantenuta ferma soltanto laddove se ne accetti la relatività. In particolare qualora un presupposto sia un concetto giuridico di tipo indeterminato²⁰, non vi è dubbio che vi sia un nucleo certo (*Begriffskern*), che costituisce propriamente un accertamento, tuttavia questo è accompagnato da un alone indeterminabile (*Begriffshof*) cui corrisponde uno spazio di libera valutazione (*Beurteilungsspielraum*) da parte dell'autorità amministrativa, il quale origina a tutti gli effetti un motivo, piuttosto che un presupposto²¹.

La motivazione è invece un elemento formale del provvedimento, costituita da un «*discorso giustificativo, redatto per lo più dal titolare di poteri autoritativi, a corredo di una decisione dal medesimo adottata*»²². La motivazione è definita in senso stretto se dà atto unicamente dei motivi e dei fini, mentre è giustificazione se dà atto dei

¹⁹ Tra questi R. ALESSI, *Intorno ai concetti di causa giuridica, illegittimità, eccesso di potere*, Giuffrè, Milano 1934.

²⁰ I concetti giuridici indeterminati possono distinguersi in concetti giuridici empirici o descrittivi e concetti giuridici normativi o di valore, a seconda che si riferiscano al modo di essere di una determinata situazione accertabile tramite giudizi tecnici, oppure che contengano un nucleo di soggettività più propriamente oggetto di discrezionalità amministrativa. Si veda M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2013, pp. 110-112. È per i secondi, in particolare, che i motivi divengono rilevanti.

²¹ A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti e sindacato di legittimità*, op. cit., 1987, pp. 311-312.

²² A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti e sindacato di legittimità*, op. cit., 1987, p. 50.

presupposti, dunque quando ricomprende sia i primi che la seconda si può parlare di motivazione in senso ampio. Delle ulteriori caratteristiche della motivazione si darà atto nei paragrafi seguenti.

I. 2. Negozio giuridico, contratto, legge e sentenza: motivi, causa, *ratio legis* e motivazione.

Allo scopo di meglio chiarire la portata del concetto di motivazione del provvedimento amministrativo, sembra qui utile riportare alcuni istituti di diritto con lo scopo di evidenziarne le principali differenze: si tratta di istituti, infatti, i quali sono accomunati alla motivazione del provvedimento da alcuni elementi di particolare affinità.

In primo luogo merita di essere menzionato il negozio giuridico. Ciascuna delle parti di un negozio giuridico è spinta da uno scopo pratico che persegue, che la induce al compimento dell'atto. I motivi, di regola, rimangono estranei al contenuto del negozio giuridico ed in quanto tali sono tendenzialmente irrilevanti per il diritto, cosicché anche l'errore sul motivo non dispiega effetti sulla validità del negozio²³. Da qui l'inconfigurabilità del vizio di eccesso di potere nell'ambito del diritto privato, il quale prende invece in considerazione i motivi soltanto in casi marginali²⁴. Il controllo operato dall'ordinamento sui motivi avviene principalmente attraverso l'art. 1345 del codice civile che colpisce con la nullità il contratto concluso esclusivamente per un motivo illecito comune alle parti. Come è stato rilevato, si tratta comunque, di fronte alla normale irrilevanza dei motivi, di una vera e propria «*eccezione di rilevanza*»²⁵. Se ne deduce, pertanto, che nel diritto privato non esiste un generale obbligo di enunciazione dei motivi, ma al contempo non vi è nemmeno un divieto: le parti possono dare specifica rilevanza giuridica ad un motivo elevandolo a condizione del negozio giuridico. Si può affermare inoltre che dall'irrilevanza dei motivi discende anche l'irrilevanza della motivazione, cioè della loro enunciazione, infatti se il motivo non è

²³A. TORRENTE, e P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, a cura di C. GRANELLI, F. ANELLI, Giuffrè, Milano, 2011, p. 571.

²⁴M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., 2013, p. 207.

²⁵G.B. FERRI, *Motivi, presupposizione e l'idea di meritevolezza*, in *Europa e dir. priv.*, II, 2009, p. 331.

stato palesato «*allora non conta niente essendo un semplice proposito in mente retentum o esso invece è stato palesato, ed allora è divenuto parte del contenuto dell'atto*»²⁶.

La seconda categoria di atti da prendere in considerazione è quella di uno specifico tipo di negozio giuridico: il contratto. L'art. 1325 del codice civile pone la causa come elemento essenziale del contratto e l'art. 1343 del codice civile richiede che questa sia lecita, dunque, il salto di qualità rispetto ai motivi si registra nel fatto che la mancanza della causa, di per sé, comporta la nullità del contratto. Ciò, a prima vista, potrebbe far sorgere il dubbio che anche il contratto debba presentare una sorta di motivazione in riferimento alla causa, una sua esplicazione per iscritto, od almeno oralmente, capace cioè di permettere a chiunque di ravvisare immediatamente l'assetto delle parti.

In realtà possono svolgersi considerazioni non troppo diverse da quelle che riguardano il negozio giuridico in generale. Innanzi tutto la causa non rileva per tutti gli atti che hanno effetti predeterminati e per i quali il privato può solo decidere se compiere o meno l'atto, quali, ad esempio, il matrimonio²⁷. In secondo luogo, tra le varie dottrine oggettive²⁸ della causa, coloro che aderiscono alla tesi della causa astratta, intesa cioè come funzione economico-sociale del contratto²⁹, tendono a risolverla nel tipo del contratto, pertanto risulta scarsamente interessante ogni enunciazione delle parti sulla causa per i contratti tipizzati dalla legge, i quali hanno sempre una causa e questa è sempre lecita. La causa diviene dunque, ai nostri fini, concretamente interessante, soltanto per i contratti atipici, oppure anche per quelli tipici, ma soltanto qualora si aderisca alle più recenti teorie sulla causa concreta, le quali la identificano «*nella ragione che concretamente giustifica il particolare contratto in esame*»³⁰. Anche in questo caso tuttavia, come è stato eminentemente osservato, il contratto è nullo soltanto ove non sia possibile rinvenire la causa dall'intero regolamento di interessi³¹ piuttosto che dalle mere dichiarazioni delle parti, scritte od orali. La concreta presenza di una

²⁶ G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Cedam, Padova, 1947, p. 34.

²⁷ In questo senso A. TORRENTE, e P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, op. cit., p. 562.

²⁸ Le teorie soggettive che risolvevano la causa, a seconda dei casi, nello scopo, fine o motivo o addirittura nell'elemento dell'accordo oggi sembrano non avere più seguito. Sul punto V. ROPPO, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, Giuffrè, 2011, p. 343.

²⁹ E. BETTI, *Causa del negozio giuridico*, in *Novissimo Digesto Italiano*, III, Torino, 1957, p. 32.

³⁰ V. ROPPO, *Il contratto*, op. cit., p. 344.

³¹ F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, in *Enciclopedia*, vol. 28, CEDAM, 2008, p. 94.

causa valida ed efficace sarà dunque una questione che dovrà essere apprezzata dal giudice nel caso concreto nel corso dell'ordinario andamento del processo, senza che si possa, in astratto, argomentare l'invalidità dello stesso, per il solo fatto che le parti non hanno dichiarato la causa. Pertanto anche in questo caso non sussiste nessun vero e proprio obbligo di esternazione.

Il punto di vista cambia radicalmente, invece, qualora si abbandoni la sfera del privato cittadino per abbracciare le altre due categorie di atti che sono, insieme al provvedimento amministrativo, espressione della tripartizione montesquieuiana dei poteri, costituendo, infatti, lo strumentario attraverso cui vengono esercitate le relative funzioni: la sentenza e la legge³².

La legge è espressione della funzione legislativa, viene esercitata dalle due Camere del Parlamento a norma dall'art. 70 della Costituzione italiana. A differenza dei negozi privatistici, la legge e gli altri atti che hanno forza di legge tendono ad essere indirizzati ad una pluralità indefinita di destinatari³³, ciò a prima vista dà luogo ad esigenze diverse rispetto a quelle precedenti e più simili a quelle proprie degli atti e dei provvedimenti amministrativi.

La dottrina ha prestato particolare interesse a quali tra gli elementi formali della legge siano riconducibili alla nozione di motivazione in senso stretto³⁴, concludendo che anche per la legge si possono, in generale, riprendere le considerazioni operate nel paragrafo precedente riguardo la distinzione tra motivi e presupposti di fatto, nonché quelle sulla motivazione come enunciazione dei motivi³⁵. Da un lato è stata esclusa l'esistenza di un generale obbligo di motivazione della legge e, dall'altro, è stato

³² L'idea della separazione dei poteri legislativo, esecutivo e giudiziario si ritrova in tempi remoti già in Aristotele. La stessa viene ripresa da J. Locke che, riconducendo il potere giudiziario a quello esecutivo, distingue potere legislativo, esecutivo e federativo. Da ultimo si deve a Montesquieu il principio della separazione dei poteri e delle relative funzioni, da affidare ad organi distinti ed indipendenti tra loro.

³³ Tra le esperienze di segno opposto si vedano le c.d. leggi-provvedimento, le quali perdono i caratteri di generalità ed astrattezza, solitamente ricondotti alla norma, per incidere su situazioni concrete. La prassi, stigmatizzata dalla dottrina, viene tendenzialmente considerata legittima dalla giurisprudenza costituzionale. Sul punto M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., p. 64.

³⁴ Vengono esclusi dalla motivazione in senso stretto l'interpretazione autentica, il titolo della legge e le indicazioni presenti nei lavori preparatori, si veda V. CRISAFULLI, *Sulla motivazione degli atti legislativi*, in *Rivista di diritto pubblico, La Giustizia amministrativa*, 1937, paragrafi 7,8 e 9.

³⁵ Si veda la posizione di V. CRISAFULLI, *Sulla motivazione degli atti legislativi*, op. cit., p. 415, il quale, citando le posizioni espresse da C.M. IACCARINO, *Studi sulla motivazione (con particolare riguardo agli atti amministrativi)*, op. cit., sostanzialmente segue le considerazioni già svolte nel primo paragrafo riguardo la distinzione tra motivi, presupposti e motivazione. Ritiene, tuttavia, anche di poter distinguere, riguardo la legge, una causa, da intendersi come «*costituzione dell'ordinamento giuridico*», p. 422, riprendendo, in questo caso, le considerazioni svolte da diversi autori sulla causa del negozio giuridico, quindi in particolare le due teorie obiettiva e subiettiva.

evidenziato che la legge solitamente tende a non presentare alcuna enunciazione motivante, nonostante questa potrebbe essere volontariamente apposta dal legislatore³⁶.

A ben vedere, tuttavia, la motivazione della legge non sarebbe assolutamente inutile, ed anzi costituirebbe un ausilio interpretativo importante per tutti gli operatori del diritto³⁷. Le ragioni dell'assenza di un obbligo di motivazione si spiegano quindi per lo più in ottica storica, infatti, nel secondo dopoguerra, quando si è iniziato a discutere sull'esistenza o meno di un obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi, è stato al contempo rilevato che le esigenze che potevano giustificarli non erano proprie anche della legge. L'impianto costituzionale e legislativo italiano del 1948 riconosceva una serie di controlli sugli atti amministrativi piuttosto penetranti³⁸, i quali non erano sicuramente paragonabili al controllo di legittimità più blando operato dalla Corte Costituzionale sulla legge, inoltre la legge statale incontrava ben pochi limiti sugli oggetti che poteva disciplinare. Da un lato infatti erano ancora poco pressanti le esigenze di autonomia legislativa regionale rispetto all'impianto che si è realizzato soltanto con la riforma del 2001, il quale ha seguito il modello del riparto di competenze federali³⁹, dall'altro erano praticamente sconosciuti limiti alla legislazione derivanti dal diritto internazionale⁴⁰. Oggi invece la situazione sembra mutata fortemente: se l'incisività dei controlli di un tempo sugli atti amministrativi sembra ormai un lontano ricordo, sostituita in buona parte dal controllo solo eventuale in sede giurisdizionale, la

³⁶ In questo senso V. CRISAFULLI, *Sulla motivazione degli atti legislativi*, op. cit., p. 425, nell'unirsi sostanzialmente alla posizione di C.M. IACCARINO, op. cit., pp. 129-130.

³⁷ Tra le funzioni che possono essere ricondotte alla motivazione della legge, oltre alla funzione ermeneutica, si può citare anche una finalità di ausilio all'operato della Corte Costituzionale, nonché di giustificazione del titolo di competenza a legiferare, più propriamente da ricondurre alla c.d. giustificazione piuttosto che alla motivazione. Inoltre alcuni autori parlano anche di informazione, persuasione e sostegno alla democrazia partecipativa. Si veda S. BOCCALATTE, *La motivazione della legge: profili teorici e giurisprudenziali*, CEDAM, Padova, 2008, pp. 471-478.

³⁸ Si riprende qui la tradizionale distinzione tra controllo sugli atti e controllo sull'attività. Il controllo sugli atti può inoltre essere di legittimità o esteso al merito. Ancora, è possibile distinguere un controllo di tipo preventivo rispetto ad uno successivo. La costituzione italiana del 1948 prevedeva controlli preventivi di legittimità sugli atti di Governo, regioni, province e comuni rispettivamente agli artt. 100.2, 125, 130, oggi in gran parte venuti meno. Per una ricostruzione più approfondita si veda M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., p. 277.

³⁹ Com'è noto la riforma costituzionale del 2001 ha rovesciato il sistema di riparto di competenze previsto dal testo del 1948, attribuendo una competenza legislativa esclusiva allo stato alle materie tassativamente elencate dall'art. 117 c. 2 Cost. e competenza legislativa concorrente in quelle previste dall'art. 117 c. 3 Cost.. Viene dunque attribuita alle regioni competenza legislativa residuale nelle materie di cui all'art. 117 c. 4. Sul modello si veda A. D'ATENA, *Diritto regionale*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 76.

⁴⁰ La riforma del 2001 ha comportato anche la sostanziale modifica del primo comma dell'art.117 c. 1 cost. introducendo nuovi limiti alla potestà legislativa e dando rilevanza ai "vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali."

legge si trova invece a dover affrontare limiti che sembravano inesistenti nel 1948⁴¹. Ciò ha indotto parte della dottrina a sostenere l'esigenza di un ripensamento della posizione della legge nel nostro ordinamento⁴².

Una volta discusso del potere legislativo e di quello esecutivo, sembra opportuno considerare anche quello giurisdizionale e quindi la relativa funzione. La diversa disciplina giuridica della sentenza rispetto agli altri atti prima menzionati emerge immediatamente da una veloce lettura del testo della Costituzione, la quale all'art. 111 co. 6 prevede: «*Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati.*». Non solo, allora, l'ordinamento italiano ha optato per un modello di motivazione che copre tutti i provvedimenti riconducibili all'esercizio della funzione giurisdizionale, ma questa scelta è stata addirittura elevata a rango costituzionale, impedendone, quindi, ogni successiva restrizione da parte del legislatore ordinario.

La sentenza è espressione della funzione, e del relativo potere, giurisdizionale, tuttavia non sorprende la diversità di trattamento rispetto ad altri atti: si tratta infatti dell'unico caso per il quale è espressamente imposto un obbligo di motivazione di rango costituzionale dall'art. 111 co.6.

Detto obbligo può essere spiegato da due differenti punti di vista. Il primo è quello del giudice e va necessariamente riletto tramite il filtro offerto dall'art. 101 co. 2 Cost. che enuncia il principio della soggezione dei giudici alla legge. Il principio ha origini antiche nel tempo e sembra riecheggiare la visione settecentesca del giudice come *bouche de la loi*, il quale ha trovato fortemente impulso nella visione montesqueiana della separazione dei poteri, dove «*les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi*»⁴³. Ciò ha trovato poi espressione in Francia, in pieno periodo rivoluzionario, con la volontà di sancire la supremazia della legge e del potere legislativo rispetto a quelli esecutivo e giurisdizionale. In realtà, nell'affermare

⁴¹ Tra gli altri strumenti utilizzati per il controllo di legittimità sulla legge, un rilievo fondamentale ha assunto la proporzionalità, considerata da spinte antiformaliste nel sistema statunitense, nel nostro ordinamento ha invece assunto un rilievo particolare. Spesso è infatti oggetto di promozione da parte dei sostenitori di teorie formaliste, nonostante nessuna norma costituzionale si riferisca espressamente alla proporzionalità. Si vedano le posizioni espresse in N. LUPO (chair), *Proportionality test, legislative reasons and constitutional review of legislation*, 2015, May, R.BIFULCO, G. PINO, M. CARTABIA, M. ROSENFELD, M. CLARICH, N. LUPO.

⁴² Tra gli altri B.G. MATTARELLA, *Analisi di impatto della regolazione e motivazione del provvedimento amministrativo*, in <http://www.osservatorioair.it/>, 2010, pp.13-14.

⁴³ Charles-Louis de Secondat, Baron de la Brède et de Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, 1750, Libro XI, Cap. VI, trad. it. di B. BOFFITO SERRA, *Lo spirito delle leggi*, BUR, Milano, 2004, p. 318.

che i giudici sono soggetti soltanto alla legge, l'articolo sopracitato sembra affermare ben di più. Infatti tale disposizione va letta alla luce dell'intero sistema previsto dalla Costituzione per la giurisdizione. Innanzitutto si tratta di un potere diffuso, in quanto al suo esercizio sono chiamati a partecipare anche soggetti che giudici non sono, quali gli avvocati. In secondo luogo l'articolo, nel rifiutare la possibilità di assoggettare i giudici a qualcosa che non sia la legge stessa, sembra voler anticipare le previsioni degli artt. 104 co. 1 e 107 co. 3 che dispongono, rispettivamente, il principio dell'indipendenza e dell'autonomia della magistratura e quello per cui magistrati si distinguono tra loro soltanto per diversità di funzioni. Dunque autonomia, indipendenza interna ed esterna e terzietà sono caratteristiche del giudice desumibili dal testo costituzionale ed imprescindibili⁴⁴. Da questo angolo di visuale si può comunque dire che l'obbligo di motivazione si spiega nell'obbligo del giudice di decidere secondo la legge. Inoltre assolve l'ulteriore funzione, per gli altri operatori del diritto non direttamente coinvolti dalle decisioni, di permettere lo studio e creazione di dottrina, tramite raccolta e rielaborazione di un significativo numero di casi.

L'altro punto di vista da cui considerare l'imposizione dell'obbligo di motivazione è quello del cittadino. Da quest'ottica, l'obbligo di motivazione diviene invece strumento di tutela e protezione dei diritti delle parti. Merita qui di essere sviluppato il combinato disposto degli artt. 6 *European Convention on Human Rights (ECHR)* e art. 111 co. 1 Cost. i quali enunciano il principio del giusto processo che attua la giurisdizione, la quale deve essere realizzata in condizioni di contraddittorio art. 111 co. 2 Cost. Così inquadrando la motivazione, questa diventa il principale strumento a garanzia del cittadino, al fine della piena realizzazione del diritto costituzionalmente garantito di azione e di difesa ex art. 24 co. 1 e 2. La trasparenza dell'*iter* logico seguito dal giudice e degli elementi presi da questo in considerazione ai fini della decisione diviene il principale mezzo di analisi, per il cittadino, sull'operato del giudice. Da un lato infatti permetterà di capire il come ed il perché il caso sia stato deciso in un particolare modo, permettendogli più efficacemente di conformarsi al dispositivo. Dall'altro diverrà uno strumento di critica per lo stesso cittadino verso l'operato del giudice, permettendogli, nei modi e casi previsti dalla legge, l'impugnazione al giudice

⁴⁴ Si veda N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 33-36.

competente. Così facendo la motivazione permetterà un sindacato operato, questa volta non più dal cittadino, ma da un altro giudice, il quale potrà entrare nel merito della decisione ripercorrendo l'iter logico seguito dal giudice che ha già deciso.

Vi è anche chi sostiene che la sentenza non abbia alcuna motivazione in senso stretto nel significato sopra precisato, in quanto questa si risolverebbe in un sillogismo logico che da premesse, cioè da una serie di presupposti, farebbe discendere degli effetti predeterminati e necessari. Si tratterebbe quindi di un procedimento a cui è estraneo il concetto di discrezionalità, proprio dell'attività della pubblica amministrazione, comportando la necessità di qualificare l'enunciato motivante della sentenza come giustificazione, da ricondurre al più alla motivazione in senso largo⁴⁵. La questione non può qui essere interamente risolta, dovendo rilevarsi come questa rappresenti in realtà il risultato di considerazioni più ampie sul ruolo del giudice nel nostro ordinamento, le quali sono risolte diversamente da diversi autori. Si può però sottolineare che la dottrina maggioritaria tende a non aderire a questa impostazione, riconoscendo anche una motivazione in senso stretto. A titolo di esempio si pensi ad un giudizio di fronte al giudice amministrativo con giurisdizione estesa al merito, sembra difficile poter argomentare che la motivazione del giudice non debba ripercorrere lo stesso *iter* logico e ricadere sugli stessi elementi di discrezionalità già decisi dalla pubblica amministrazione⁴⁶.

I. 3. Le ragioni dell'obbligo di motivazione.

A lungo la dottrina si è interrogata sulla esistenza di ragioni ontologiche che giustificerebbero un obbligo di motivazione, in alcuni casi specifici o per determinati categorie di atti, o ancora a causa della struttura del procedimento. Le teorie di cui si darà atto in questo paragrafo traggono origine da premesse differenti tra loro, pur rimanendo accomunate dal medesimo risultato pratico: il riconoscimento di un generale obbligo di motivazione dell'atto amministrativo, anche in mancanza di una previsione

⁴⁵ Le teorie sono riprese in M.S.GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, op. cit., paragrafo 2.

⁴⁶ Si veda R. CAPONIGRO, *La valutazione giurisdizionale del merito amministrativo*, in <http://www.paolonesta.it/>, 2010, p.19 sul tema dell'aggiudicazione dei contratti pubblici. Alle stesse conclusioni ma con diverse argomentazioni M.S.GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, op. cit., capitolo 2, il quale ritiene di risolvere la questione intorno alla nozione di motivi della sentenza.

normativa. Se si riconoscesse che, prescindendo da una norma di legge che lo imponga, l'atto amministrativo debba necessariamente essere motivato, allora si dovrebbe riconoscere anche l'esistenza di un vincolo per il legislatore, il quale non potrebbe vietare la motivazione dell'atto, se non in casi e per esigenze particolari. Di più, se esistesse un motivo per cui il provvedimento debba essere motivato, allora ciò prescinderebbe dal contesto normativo in cui è inserito, rimanendo un assunto valido anche tra più ordinamenti giuridici differenti, o per lo meno tra quelli che condividono tradizioni costituzionali simili.

Il tema, come si può facilmente intuire, è strettamente connesso ad altri due temi, quali quello delle funzioni che la motivazione svolge e quello dei destinatari a cui è indirizzata, che saranno meglio approfonditi nei successivi paragrafi 4 e 5 di questo capitolo.

In via di prima approssimazione si può dire che la questione può essere affrontata in due diversi ed opposti contesti normativi. Il primo riguarda il caso in cui la legge non preveda alcun generale obbligo di motivazione degli atti amministrativi. In questo caso argomentare l'esistenza di una causa, legata alle ragioni della logica o desumibile dalla natura dell'atto o del provvedimento a seconda della concezione di volta in volta adottata, per cui determinati atti debbano essere motivati, produrrebbe l'effetto di introdurre nell'ordinamento un obbligo di motivazione non previsto dalla legge.

Diversa è invece l'impostazione da adottare qualora vi sia un generale obbligo di motivazione imposto dall'ordinamento. In questo secondo caso infatti l'elaborazione dottrinale potrebbe avere come risultato quello di estendere la previsione dell'obbligo anche a categorie di atti per i quali l'obbligo non sussiste, magari perché facenti eccezione all'obbligo generale. Questo seconda impostazione non può essere affrontata senza prima analizzare le previsioni normative dei vari ordinamenti oggetto di studio, in quanto tali non saranno qui affrontate e saranno invece oggetto di studio nei capitoli successivi, dedicati agli specifici ordinamenti giuridici.

Una prima teoria che in Italia ha ricevuto particolare seguito prima dell'entrata in vigore della legge n. 241/1990 sul procedimento amministrativo, che ha imposto un generale obbligo di motivazione per i provvedimenti amministrativi, è stata quella di G. Miele⁴⁷, il quale fa discendere l'obbligo dalla caratteristica dell'esecutorietà del

⁴⁷ G. MIELE, *L'obbligo di motivazione degli atti amministrativi*, in *Foro Amm.*, 1942, I, 1, 126.

provvedimento. L'esecutorietà va considerata una deroga legale al principio del divieto di autotutela, che informa i rapporti tra soggetti privati, permettendo perciò alla pubblica amministrazione di agire coattivamente per l'esecuzione di un provvedimento qualora il destinatario non cooperi⁴⁸. L'autore ravvisa infatti il fondamento di questa caratteristica del provvedimento nell'essere diretta espressione della sovranità dell'organo che lo emana, ponendo invece il cittadino destinatario dello stesso in una posizione sostanzialmente passiva. Questa impostazione avrebbe come riflesso quello di dover assicurare una garanzia in capo al cittadino, consistente proprio nella motivazione, la quale gli permetterebbe di agire nelle opportune sedi tramite ricorso amministrativo o giurisdizionale⁴⁹, ed inoltre garantirebbe un sindacato diffuso sull'operato del sovrano, dunque non più a favore unicamente del destinatario del provvedimento, ma della collettività in generale⁵⁰. L'entrata in vigore della Costituzione repubblicana del 1948 ha iniziato a scalfire i presupposti teorici della tesi, che era fortemente incentrata sulla presunzione di legittimità che la dottrina configurava come caratteristica del provvedimento amministrativo. Già il Giannini nel 1959 evidenzia come «*nella presunzione di legittimità è da vedere una di quelle forme morfologiche approssimative con cui la dottrina dello scorso secolo cercò di inquadrare i fenomeni del diritto pubblico*»⁵¹. Da ultimo la stessa legge n. 241/1990 sul procedimento amministrativo, come modificata dalla legge 2005 n. 15, ha previsto all'art. 21-ter che l'esecuzione coattiva è ammessa soltanto su espressa previsione di legge, di fatto disconoscendo addirittura che l'esecutorietà sia caratteristica generale del provvedimento amministrativo⁵².

Un'altra tesi che ha trovato spazio dopo l'entrata in vigore della Costituzione è stata quella del Pandolfelli che propone di applicare analogicamente l'art. 111 della

⁴⁸ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., p. 159.

⁴⁹ G. MIELE, *L'obbligo di motivazione degli atti amministrativi*, in *Foro Amm.*, 1942, I, 1, p. 129.

⁵⁰ La tesi del Miele si lega bene ad alcuni spunti offerti dal quel filone sulla motivazione definito sostanziale, di cui nel primo paragrafo si è già dato atto, tra questi R. JANNOTTA, *La motivazione come modo d'attuazione del principio di imparzialità amministrativa*, in *Scritti Mortati*, Milano, 1977, p. 225, che sostiene che l'atto amministrativo in quanto espressione di autorità deve sempre essere motivato.

⁵¹ Citazione tratta da M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, op. cit.. L'autore ricostruisce il concetto di autoritarità in una triplice articolazione di effetti: degradazione dei diritti, esecutività, inoppugnabilità. La degradazione dei diritti permetterebbe la degradazione di una situazione di diritto soggettivo ad interesse legittimo. L'esecutività consiste nell'idoneità del provvedimento ad essere eseguito immediatamente. A questa si aggiunge la esecutorietà, definita come la possibilità giuridica, dunque né automatica, né necessaria, di esecuzione coattiva. Da ultimo l'inoppugnabilità consiste nella definitiva inattaccabilità degli effetti sostanziali del ricorso a causa del decorso del termine d'impugnativa.

⁵² M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., p. 161.

costituzione ai provvedimenti amministrativi⁵³. Il principio non è proprio solo dell'esperienza costituzionale italiana. L'articolo, come visto nel paragrafo precedente, prevede un obbligo di motivazione per tutti i provvedimenti giurisdizionali. In particolare si è iniziato ad osservare che il provvedimento amministrativo presenta diversi punti di contatto con la sentenza. In entrambi i casi vi sarebbero delle esigenze di lealtà e di chiarezza proprie dell'azione dei pubblici poteri, tanto che un atto provenga da una pubblica amministrazione quanto che sia originato da un giudice⁵⁴. In secondo luogo, il provvedimento amministrativo è, come evidenziato nel paragrafo precedente, il principale strumento d'azione del potere esecutivo, esattamente come la sentenza lo è per il potere giurisdizionale, ed in quanto è espressione di sovranità⁵⁵ e gode di autoritatività⁵⁶. Da ultimo, le altre caratteristiche proprie del provvedimento amministrativo, quali l'esecutività e l'inoppugnabilità permettono di rilevare una similitudine tra gli effetti del provvedimento e la regudicata, nei suoi effetti di immutabilità e preclusione⁵⁷. L'impostazione di questo autore peraltro segue in buona parte la dottrina già elaborata dalla scuola di Vienna con Merkl e prima ancora da Bernatzik, i quali, sostenendo che giurisdizione e amministrazione fossero differenziate soltanto dal diritto positivo e per il resto completamente omogenee, tentarono quella che è stata definita una giurisdizionalizzazione del provvedimento amministrativo⁵⁸.

Questa impostazione incontra degli ostacoli nel diritto positivo insormontabili. In particolare è stato osservato che già nell'Assemblea Costituente italiana del 1946 vi erano state proposte di elevare a rango costituzionale l'obbligo di motivare i provvedimenti amministrativi, ma queste vennero rigettate⁵⁹. Dal tenore letterale e la

⁵³ Si veda A. PANDOLFELLI, *Obbligatorietà della motivazione negli atti amministrativi*, in Studi in onore di E. Eula, III, Milano, 1957, p. 79.

⁵⁴ A. PANDOLFELLI, *Obbligatorietà della motivazione negli atti amministrativi*, op. cit., pag. 83.

⁵⁵ Si veda la ricostruzione storica operata in F. LEVI, *Legittimità (dir. amm.)*, in Enc. dir., vol. XXIV, Milano, 1974, pp.131 ss.

⁵⁶ Il concetto di autoritatività è nato più propriamente nel lessico giurisprudenziale di fine XIX secolo per distinguere gli atti di gestione rispetto agli atti di imperio. Oggi la dottrina tende, piuttosto che ancorare questo tratto a teorie sulla sovranità, a considerarla una formula lessicale volta ad evidenziare l'idoneità del provvedimento ad incidere in modo unilaterale nella sfera giuridica del soggetto privato. Ancora, dalla imperatività si fa discendere il principio dell'equiparazione dell'atto invalido all'atto valido nella produzione di effetti giuridici, con la chiara eccezione del provvedimento radicalmente nullo. Sul punto M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., p. 158.

⁵⁷ M.S.GIANNINI, *Atto amministrativo*, op. cit., paragrafo 31.

⁵⁸ M.S.GIANNINI, *Atto amministrativo*, op. cit., paragrafo 4.

⁵⁹ Le motivazioni del rigetto sono state principalmente dovute alla giurisprudenza dell'epoca che già richiedeva alle amministrazioni pubbliche di motivare, pur in mancanza di un espresso obbligo di legge. Si veda M.S. GIANNINI, *La motivazione dell'atto amministrativo*, op. cit., paragrafo 4.

posizione del principio espresso dall'art. 111 della Costituzione, contenuto nel Titolo IV (La magistratura), Sezione II (Norme sulla giurisdizione), sembra peraltro difficile riuscire a riconoscere una volontà del legislatore di disporre nello stesso senso anche per la pubblica amministrazione a cui è dedicato invece il Titolo III, Sezione II. Anche a voler superare l'ostacolo normativo, comunque, rimangono insuperabili le considerazioni svolte dalla dottrina sull'impossibilità di assimilare il provvedimento amministrativo alla sentenza. È stato rilevato come il provvedimento amministrativo non presenti gli stessi connotati di irretrattabilità della sentenza giurisdizionale, al contrario, il provvedimento è retrattabile⁶⁰. Ciò costituisce un limite alla stessa imperatività nella misura in cui un provvedimento precedentemente emanato debba essere revocato per espressa previsione normativa, in quanto non più opportuno. In questo caso infatti la rimozione può essere direttamente azionata dal cittadino interessato⁶¹. Le più recenti soluzioni dottrinali tendono inoltre ad evidenziare che la netta distinzione tra provvedimento e sentenza, prima ancora che dagli effetti, corre lungo l'intera struttura procedimentale, incardinata su principi ben differenti⁶². È stato infatti argomentato che *«ciò che contraddistingue, dunque, il procedimento amministrativo dagli altri procedimenti comunque denominati non è tanto l'esser sequenza di atti ordinata al fine della produzione di un determinato atto di carattere conclusivo: tale caratteristica è infatti propria di tanti altri atti dei pubblici poteri; quanto piuttosto l'esser sequenza ordinata al raccordo concreto di una pluralità di interessi, pubblici, collettivi e privati.»*⁶³. Emerge quindi la finalità del provvedimento come preordinato al raccordo di interessi pubblici e privati, estranea alla sentenza, e che comporta la necessità di rigettare la tesi qui proposta⁶⁴.

Un'ultima tesi che val la pena considerare e che recentemente ha trovato nuovo vigore è quella del Vandelli, il quale propone di ancorare l'obbligo di motivazione del provvedimento amministrativo ai principi generali che reggono l'attività della pubblica

⁶⁰ Già prima della legge 241/1990 la dottrina aveva sottolineato questo tratto del provvedimento distinguendolo dalla revoca. In particolare il Giannini in M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, op. cit., paragrafo 51 distingue la mutabilità in revocabilità, nei casi in cui il provvedimento è ancora nella disponibilità dell'amministrazione che lo ha emanato, dagli altri casi, tra cui, a titolo di esempio la riforma di integrazione o la declaratoria di decadenza o annullamento.

⁶¹ M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, op. cit., paragrafo 35.

⁶² G. GRECO, *L'atto amministrativo condizionato*, Giappichelli, Torino, p. 31.

⁶³ Citazione tratta da F. TEDESCHINI, *Procedimento amministrativo*, in Enc. Dir., XXXV, Milano, 1986, p. 876.

⁶⁴ M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, 272.

amministrazione, ed in particolare all'art. 97 co. 2 Cost. che dispone: «*I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione.*»⁶⁵. L'ancoraggio dell'obbligo di motivazione a principi generali sul corretto funzionamento della pubblica amministrazione è sicuramente un fondamento che nessun autore attuale potrebbe negare, peraltro la tesi presenta l'indiscusso merito di far leva su un principio che, nella sua formulazione, tende ad essere comune anche ad esperienze legislative non unicamente italiane, si pensi oggi all'art. 41, par. 2 della *EU Charter of Fundamental Rights*, il quale, titolato "*right to good administration*" prevede espressamente "*the obligation of the administration to give reasons for its decisions.*". La tesi dell'autore, tuttavia non è unicamente quella di ravvisare un collegamento tra principio ed obbligo, quanto piuttosto di argomentare che l'obbligo discenda direttamente ed immediatamente dal principio, il quale avrebbe sicuramente portata in questo senso precettiva. Va infatti rilevato che la tesi si inserisce nel contesto normativo italiano degli anni '70, ove non vi era alcun generale obbligo di motivazione imposto dalla legge. Così facendo, il principio, in realtà, sembra non essere sufficiente ad imporre la motivazione direttamente all'amministrazione procedente, né tantomeno risponde ad ulteriori problematiche che immediatamente possono sorgere: chi è tenuto a motivare? Su quali fatti? Per quali atti? Non si può dubitare oggi che la legge n. 241/1990, nell'imporre un generale obbligo di motivazione, abbia attuato la portata programmatica dell'art. 97 Cost., tuttavia sembra al contempo arduo sostenere che il legislatore nel dare vita ad una disciplina sulla motivazione non abbia comunque mantenuto un ampio margine di discrezionalità difficilmente sindacabile sulla sola base della disposizione citata⁶⁶. Da tenere distinti rispetto alle considerazioni qui proposte rimangono quindi quei filoni che, partendo da un generale obbligo di motivazione come previsto dall'art. 3 della legge n. 241/1990, fanno comunque leva sull'art. 97 per argomentare un obbligo di motivazione

⁶⁵ Cfr. L. VANDELLI, *Osservazioni sull'obbligo di motivazione degli atti amministrativi*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1973, p. 1595.

⁶⁶ La dottrina è divisa sulla portata meramente programmatica o anche precettiva dell'art. 97 Cost. La prima impostazione è seguita da U. ALLEGRETTI, *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, in Dig Disc Pubbl., VIII, Torino, 1993, p. 131. La seconda è seguita, tra gli altri, da S. BARTOLE, R. BIN, *Commentario breve alla costituzione, sub art. 97*, Padova, 2008, pp. 884 ss.. Per una ricostruzione completa sulla precettività dell'art. 97 nel senso del dovere di informazione verso il cittadino A. BUONOMO, *Informazione e pubbliche amministrazioni: Dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni*, Cacucci, Taranto, 2012, p. 333.

al di là dei casi espressamente previsti dalla legge⁶⁷. Si tratta in alcuni casi di teorie dottrinali che a volte non hanno trovato spazio nella giurisprudenza, altre volte invece sono state recepite da questa, altre ancora sono rimaste estranee alla dottrina e sono rimaste appannaggio di filoni giurisprudenziali⁶⁸. Le stesse, tuttavia, a differenza delle tesi prima esposte, non hanno cercato di riconoscere un generale obbligo di motivazione discendente dalla natura del provvedimento o dalla struttura del procedimento, piuttosto hanno cercato di far leva su altre norme giuridiche ed in quanto tali saranno necessariamente esaminate nei successivi capitoli, non potendo prescindere dal contesto normativo in cui sono inserite.

Per concludere si deve qui rilevare che i tentativi di ricercare un obbligo di motivazione dei provvedimenti che debba essere osservato prescindendo dal contesto normativo in cui questo è inserito non hanno dato esito favorevole. La principale preoccupazione di molti autori sembra essere stata infatti quella di garantire la motivazione in ordinamenti in cui il legislatore aveva mancato di richiederla ai pubblici poteri, spesso tentando di dare una giustificazione teorica all'operato della giurisprudenza che in alcuni casi la imponeva, senza che vi fosse un parametro legislativo predeterminato a cui rifarsi⁶⁹. La codificazione del procedimento amministrativo, tanto in Italia quanto in altri paesi europei, ha portato però ad un contesto normativo completamente differente, dove è la stessa legge ad imporre un generale obbligo di motivazione. Ciò ha comportato l'abbandono delle teorie sopra esposte da parte della dottrina più moderna. La questione invece, come si vedrà, è

⁶⁷ Si veda D.P. TRIOLO, *Il provvedimento amministrativo*, Key, Vicalvi 2015, p. 86. Il quale fa leva sul buon andamento per ritenere inammissibile la motivazione postuma.

⁶⁸ Tra cui il filone giurisprudenziale che lega la motivazione al principio di trasparenza per sottolineare la necessità di motivare anche i provvedimenti amministrativi positivi (Cons. Stato, sez. V, 17 ottobre 1995, n. 1431, in Foro Amm., 1995, 2195), oppure quello che vi ravvisa un collegamento con l'art. 97 e ne fa discendere una funzione di garanzia per il privato (Cons. Stato, sez. IV, 31 ottobre 2006, n.6464), o ancora quello che fa leva sulla trasparenza e sulla lealtà per tentare di conciliare le due impostazioni precedenti (Cons. St., IV, 7 novembre 2002, n. 6063). Si veda per una più approfondita ricostruzione M.A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 323-324.

⁶⁹ Lo stesso Giannini nel 1977 si trova costretto, dopo aver rigettato le tesi di altri autori sul punto, a riconoscere nella nomopoiesi l'unica soluzione al problema. «*Nei paesi nei quali esista una legge sul procedimento amministrativo, l'obbligo di motivazione si fonda su una qualche norma della legge medesima. Nel nostro paese, e in altri, si fonda su una norma giurisprudenziale*». E ancora, sul provvedimento motivato, «*se la giurisprudenza afferma unanime che deve esserlo*», «*ciò è sufficiente affinché nell'ordinamento reale si introduca una norma in tal senso*». M.S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, op. cit., paragrafo 3.

ancora particolarmente interessante nel diritto amministrativo inglese, privo di una generale codificazione del procedimento amministrativo.

I. 4. Le funzioni della motivazione.

La motivazione apposta dalla pubblica amministrazione ad un provvedimento, o in generale ad un atto amministrativo, può assolvere una o più funzioni. Queste possono essere individuate principalmente sulla base di tre aspetti: il soggetto destinatario della motivazione, le categorie di atti che devono essere motivati e da ultimo l'oggetto della motivazione, cioè su quali atti e fatti la pubblica amministrazione è chiamata a motivare.

È dunque il legislatore a dettare, in via generale per tutti gli atti, o di volta in volta per specifiche categorie di provvedimenti, la normativa da applicare alla motivazione, cosicché l'operazione di selezione della funzione, o delle funzioni, che la motivazione di un provvedimento deve realizzare è essenzialmente il risultato di una libera scelta del legislatore. Al contempo tuttavia, il legislatore, mentre si preoccupa di disciplinare un atto o la sua procedura di adozione, tende a non dichiarare espressamente quali funzioni dovrà realizzare la motivazione, evitando, quindi, di scolpirle nel diritto positivo. Da queste premesse discende, come conseguenza, la rilevanza della giurisprudenza e soprattutto della dottrina sul tema nella ricerca della *ratio legis*, ed inoltre anche che questa analisi non può prescindere dal contesto normativo in cui è inserita. Senza dare qui specificamente atto delle previsioni normative sull'obbligo di motivazione che saranno specificatamente oggetto dei successivi capitoli per i singoli ordinamenti, sembra comunque opportuno presentare una rassegna delle principali funzioni elaborate dalla dottrina.

La dottrina più recente è tendenzialmente concorde nel ricondurre almeno tre funzioni alla motivazione del provvedimento: trasparenza dell'azione amministrativa, interpretazione del provvedimento, garanzia per il soggetto privato⁷⁰.

⁷⁰ Tra gli altri, M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., p. 165, M.S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, op. cit., paragrafo 3, G. CORSO, *Motivazione dell'atto amministrativo, aggiornamento*, in Enc. Diritto, V, 2001, paragrafo 13.

La funzione di trasparenza dell'azione amministrativa si spiega nell'esplicitare le ragioni che hanno indotto l'amministrazione a decidere in un determinato senso. La trasparenza è anche un principio dell'azione e dell'organizzazione della pubblica amministrazione, così da renderne incerti i confini della sua riferibilità esclusivamente alla motivazione dell'atto, o ad altri aspetti dell'attività pubblica⁷¹. Si tratta di una caratteristica frutto di un'esigenza che non è propria unicamente degli atti amministrativi di natura provvedimentoale⁷², potendo anzi considerarsi propria tanto di atti amministrativi generali, quanto di atti normativi⁷³. Infatti la possibile esclusione in alcuni casi dall'obbligo di motivazione, che l'ordinamento può stabilire, non tende ad escludere la trasparenza, quanto piuttosto a rilevare come questa sia garantita tramite altri istituti.

In generale si può intendere per trasparenza tanto la conoscenza attuale quanto quella potenziale di informazioni. Nel primo senso la motivazione si lega ad istituti di pubblicità del provvedimento o dell'atto, si pensi, alla pubblicazione sul sito internet di una pubblica amministrazione di un bando di concorso. In questo senso la dottrina distingue anche tra una funzione pubblicitaria rispetto alla mera informazione⁷⁴, ove la prima è strumento di certezza riferendosi alla previsione di un obbligo di pubblicazione con la previsione di una presunzione di conoscenza, mentre la seconda riguarda *latu sensu* la conoscibilità di informazione⁷⁵. Peraltro la dottrina più avveduta sottolinea la necessità di rielaborazioni delle informazioni al fine di garantirne la qualità piuttosto

⁷¹ M.A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, op. cit., pp. 323.

⁷² Si accoglie qui la ricostruzione che distingue gli atti normativi dagli atti aventi natura non normativa proposta in M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., pp. 69-70, basata su generalità, astrattezza e novità, propria ai primi ed estranea ai secondi. Ancora, si accoglie qui la distinzione tra provvedimenti, come specifico tipo di atto amministrativo, e gli atti amministrativi generali come proposta in M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., p.71 e capitolo 4.

⁷³ Si pensi, a titolo di esempio, per gli atti amministrativi generali al piano regolatore comunale, il quale, nell'ordinamento italiano, è approvato dopo una procedura definita *a doppia adozione*, il quale prevede una fase di deposito e relativo avviso al pubblico di tutti i documenti che lo compongono al fine di permettere la presentazione di osservazioni. Sul punto P. URBANI, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Diritto urbanistico: organizzazione e rapporti*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 134. Per atti di natura normativa si pensi ai regolamenti governativi e la relativa pubblicazione, si veda M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., pp. 64-67.

⁷⁴ In un altro significato il termine pubblicità è indicato per designare un forma di partecipazione attiva del cittadino, mentre l'informazione continua a concepirlo come un recettore passivo. Si veda, tra la vasta letteratura sul tema A. MELONCELLI, *Pubblicità (dir. pubb.)*, in Enc. dir., vol. XXXVII, Giuffrè, Milano, 1988, p. 1027, e più recentemente A.G. OROFINO, *La pubblicità telematica nell'impianto del Codice dell'amministrazione digitale*, in Informatica e Diritto, Vol. XIV, 2005, n. 1-2, p. 148.

⁷⁵ In questo senso F. MERLONI, *La trasparenza amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 8.

che la qualità⁷⁶. In questo sembra esserci un rapporto inverso tra l'estensione della motivazione ed altri istituti che assolvono alla medesima funzione, nel senso che all'aumentare delle garanzie offerte dall'ordinamento prima dell'emanazione di un atto o provvedimento, la successiva motivazione dovrebbe ritenersi legittima anche se meno ampia rispetto a tutti gli elementi sui quali la pubblica amministrazione dovrebbe essere chiamata a rispondere. Su questa linea di pensiero, la funzione mal si concilia con istituti che prevedono la successiva integrazione della motivazione di cui il provvedimento può essere carente, tanto attraverso un successivo atto amministrativo quanto eventualmente in sede giurisdizionale⁷⁷.

Nel senso di conoscenza potenziale invece la trasparenza individua quegli istituti attraverso i quali, solo in caso di eventuale e spontanea attivazione del soggetto interessato, questi può venire a conoscenza di elementi sulla base dei quali il provvedimento è stato emanato, tra questi il diritto d'accesso. Anche in questo caso sembra esserci un rapporto inverso, nel senso che all'espandersi del diritto dell'accesso riconosciuto ai cittadini, sia in termini di informazioni consultabili sia in termini di soggetti che possono accedere, tanto minore dovrebbe ritenersi l'obbligo motivazionale che fa capo alla pubblica amministrazione. Ciò si spiega nel senso per cui, se una grande disponibilità di informazioni è facilmente consultabile su richiesta dell'interessato in ogni momento, non sembra necessario la motivazione debba abbracciare analiticamente tutti questi elementi, potendosi limitare ad evidenziarne i tratti salienti o ad individuarli *per relationem*.

La funzione di trasparenza offre una garanzia al cittadino soltanto residuale rispetto agli istituti che regolano il diritto d'accesso o la partecipazione al procedimento, nel senso che la funzione mira al diverso scopo di garantire la correttezza della scelta operata dall'amministrazione, rispetto alla quale la generalità dei cittadini è tendenzialmente indifferenziata. In questo senso il soggetto inciso da un provvedimento restrittivo della sfera giuridica del destinatario si trova sullo stesso piano di un altro pubblico cittadino, entrambi accomunati dall'interesse che la pubblica amministrazione abbia massimizzato l'interesse pubblico alla cui cura è preposta⁷⁸. La trasparenza

⁷⁶ A.G. OROFINO, *Profili giuridici della trasparenza amministrativa*, Cacucci, Bari, 2013, p. 73.

⁷⁷ In questo senso F. TRIMARCHI BANFI, *Illegittimità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, in *Dir. proc. Amm.*, 2, 431.

⁷⁸ In questo senso G. CORSO, *Motivazione dell'atto amministrativo*, op. cit., paragrafo 13.

diviene così strumentale ad altri principi, quali quelli di efficienza ed efficacia della pubblica amministrazione, nonché al suo buon andamento in generale, dove l'idea che emerge immediatamente è quella di una pubblica amministrazione come *casa di vetro*⁷⁹, nel senso per cui «*dove un superiore, pubblico interesse non imponga un momentaneo segreto, la casa dell'amministrazione dovrebbe essere di vetro*»⁸⁰. Superiori pubblici interessi di natura antagonista rispetto alla trasparenza saranno tendenzialmente la riservatezza delle persone e la sicurezza di Stato⁸¹.

Diversa è invece l'impostazione che tende a distinguere la funzione di controllo democratico dalla funzione di trasparenza. In quest'ottica le considerazioni prima esposte per la trasparenza sono tendenzialmente valide per la funzione di legittimazione democratica che vede come destinatario la collettività dei cittadini, tuttavia, chi segue questo filone, riconduce alla funzione di trasparenza una mera funzione di certezza notiziale sull'attività svolta dalla pubblica amministrazione, piuttosto che una vera e propria funzione di pubblicità⁸². La più famosa costruzione della tesi ruota intorno alla rinuncia della definizione di motivazione come mero discorso, cioè come elemento formale del provvedimento, attribuendo invece a questo connotati in parte sostanziali, definendolo cioè più propriamente come discorso giustificativo. Così, chi sostiene questa tesi, dichiara che la giustificazione «*male si attagli alle istanze del privato, il quale ha poco interesse alla dimostrazione della intrinseca bontà e legittimità del provvedimento, ma chiede piuttosto di essere informato circa l'operato dell'autorità amministrativa, onde poterne cogliere gli eventuali difetti*»⁸³. La tesi peraltro riprende alcuni dei caratteri del provvedimento che sono stati nel paragrafo precedente negati, in particolare la forte somiglianza strutturale tra il provvedimento e la sentenza, nonché la necessità di un controllo democratico che discende dai caratteri di imperatività o autorità del provvedimento.⁸⁴ La motivazione allora permetterebbe di riequilibrare il

⁷⁹ Nello stesso senso G. NAPOLITANO, *Manuale di diritto amministrativo: aggiornato per la Legge Finanziaria per il 2008*, Matelica, Halley, 2008 p. 264.

⁸⁰ L'espressione è di F. TURATI, in *Atti del Parlamento italiano, Camera dei Deputati, sess. 1904-1908, 17 giugno 1908, pag. 22692*.

⁸¹ U. ZUBALLI, R. SAVOIA, *La motivazione dell'atto amministrativo: struttura e contenuti per una corretta e puntuale motivazione: problemi e casi pratici*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 67.

⁸² A. MELONCELLI, *L'informazione amministrativa*, Rimini, Maggioli, 1983, p. 135.

⁸³ A. ROMANO-TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, op. cit., p. 64.

⁸⁴ Nel ravvisare lo stesso collegamento con le teorie della giurisdizionalizzazione del provvedimento M.A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, p. 325.

rapporto verticale tra pubblica amministrazione e privato e dunque legittimerebbe l'azione della prima agli occhi del secondo⁸⁵. Se la maggior parte degli autori dibatte sul riconoscimento o meno di questa funzione in un dato ordinamento, non vi sono al contempo molti dubbi nel fatto che il legislatore potrebbe discrezionalmente decidere di dare o togliere rilevanza alla stessa. Si presta bene in questo senso una motivazione capace di pubblicizzare l'attività dell'amministrazione, convincendo e persuadendo la collettività del suo corretto operato. Ancora, per favorire questa funzione, sembra preferibile evitare «*l'imposizione di un obbligo di motivazione, la cui inosservanza influisca sull'invalidità dell'atto amministrativo*»⁸⁶, mentre sarebbe una soluzione migliore quella di evitare di comminare l'invalidità del provvedimento, impedendo invece soltanto l'inizio del decorso per il termine per impugnare⁸⁷.

La funzione di garanzia consiste nel permettere al destinatario del provvedimento, avente ad oggetto un sacrificio o una limitazione, di capire le ragioni della decisione della pubblica amministrazione, permettendogli di valutarne la conformità rispetto alla legge e dunque, eventualmente, proporre ricorso. Il ricorso può a questi fini avere indifferentemente natura amministrativa o giurisdizionale⁸⁸. Si tratta di una garanzia, di tipo pregiudizionale, che è direttamente volta a tutelare l'interesse del privato⁸⁹.

La funzione di garanzia guarda all'interesse del singolo, il cui bene della vita cui aspira può avere subito una lesione o non essere stato riconosciuto. La garanzia può sicuramente esplicarsi contro tutti quei provvedimenti che sono illegittimi, perché

⁸⁵ G. MIELE, *Il requisito della motivazione negli atti amministrativi*, in *Scritti Giuridici*, II, Milano, 1987, p. 465.

⁸⁶ A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, op. cit., p. 65.

⁸⁷ In questo senso A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, op. cit., p. 66 che ritiene come preferibile la soluzione adottata dalla repubblica federale tedesca all'epoca, al par. 45, al. 3 del *Verwaltungsverfahrensgesetz*, secondo cui «*Se un atto amministrativo manca della necessaria motivazione... e si sia per mezzo di ciò omesso di impugnare tempestivamente l'atto amministrativo, il mancato rispetto del termine di ricorso si considera come non imputabile. L'evento, che secondo il par. 32 è determinante per la determinazione (del momento) della remissione in termini, si verifica alla data della realizzazione dell'attività omessa*».

⁸⁸ I ricorsi amministrativi non presentano carattere giurisdizionale, in quanto non comportano l'esercizio di una funzione giurisdizionale, si parla anche di carattere giustiziale. L'atto con cui l'organo competente decide è un provvedimento amministrativo. Si veda A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 144.

⁸⁹ Il termine è utilizzato in M. SANTISE, *Le coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 254. Precedendo tuttavia anche un possibile ricorso amministrativo di natura non giurisdizionale sarebbe più propriamente opportuno parlare di precontenzioso

contrari a norme di legge⁹⁰. In questo caso, in quegli ordinamenti in cui vige il principio di legalità e gli atti del potere esecutivo sono giustiziabili⁹¹, è possibile proporre ricorso giurisdizionale, inoltre l'ordinamento potrebbe prevedere forme di ricorsi amministrativi. La funzione di garanzia può però anche essere interpretata in senso più ampio, estendendola a tutela di tutti i beni della vita cui il privato aspira, incisi da un provvedimento formalmente legittimo ma potenzialmente inopportuno. In questo caso l'ordinamento può prevedere forme di ricorso che siano volte ad operare una nuova ponderazione degli interessi coinvolti, con esiti possibilmente più favorevoli per il ricorrente.

La funzione di garanzia di cui si è detto assume essenzialmente natura *post*-decisionale, nel senso che si inserisce in un momento successivo all'emanazione del provvedimento. Si può allora evidenziare lo stretto rapporto che sussiste tra motivazione e i vari tipi di ricorsi predisposti dall'ordinamento, dove la motivazione rappresenta di fatto la base di partenza per la predisposizione dei motivi del ricorso. Il legislatore che voglia rafforzare questa funzione della motivazione sarà, pertanto, portato ad imporre alla pubblica amministrazione che emana un provvedimento di indicare termini, modalità e autorità a cui il privato potrà rivolgersi. Inoltre sembra ravvisabile un rapporto diretto tra l'estensione del grado di discrezionalità⁹² della decisione e l'ampiezza motivazionale, in quanto allorché un potere sia fortemente discrezionale il privato dovrebbe essere maggiormente garantito. Dunque sarà preferibile una motivazione che dia atto di tutti gli elementi considerati e l'*iter* logico seguito dalla pubblica autorità senza omissioni, le quali potrebbero rendere più difficoltosa

⁹⁰ Il parametro su cui valutare la legittimità di un provvedimento non può qui venire analiticamente descritto, dovendo essere necessariamente inquadrato all'interno dell'ordinamento preso di volta in volta in considerazione. Per l'ordinamento italiano, a titolo di esempio, si rileva come il provvedimento debba essere conforme almeno alla legge e a norme di rango primario, nonché a normativa di rango secondario e ai principi generali del diritto amministrativo. Sul punto M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., p. 63.

⁹¹ Il principio di legalità viene qui richiamato nel significato di legalità-garanzia, nel senso per cui la legge si pone a garanzia delle posizioni giuridiche dei privati che possono essere incise dal potere amministrativo. Si può distinguere da ciò il principio di legalità-indirizzo, dove la legge assolve una funzione di guida rispetto al potere amministrativo, nel senso che se soltanto la prima è improntata al principio democratico, allora il secondo deve trovare un ancoraggio agli orientamenti che emergono dalla legge. Sul punto M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., p. 61.

⁹² Ci si riferisce qui alla nozione di discrezionalità amministrativa, da individuare in «*quel margine di scelta che la norma rimette all'amministrazione affinché essa possa individuare, tra quelle consentite, la soluzione migliore per curare nel caso concreto l'interesse pubblico*». Ciò origina una valutazione comparativa tra interessi pubblici e privati. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., p. 117.

l'instaurazione di un successivo ricorso. Al contrario, qualora l'attività della pubblica amministrazione consista essenzialmente nell'esercizio di un potere interamente vincolato, o comunque con margini di discrezionalità ristretti, oltre all'indicazione dei presupposti in presenza dei quali è possibile emanare il provvedimento non si dovrebbe richiedere un'approfondita motivazione alla pubblica amministrazione. Questo perché se è la norma primaria attributiva del potere a predeterminare tutti gli elementi della fattispecie, la funzione di garanzia può considerarsi sufficientemente realizzata tramite la partecipazione democratica del cittadino al procedimento formativo della legge⁹³. Qualora inoltre l'ordinamento ammetta la motivazione *per relationem*, sarà necessario un opportuno collegamento con gli istituti necessari all'accesso delle informazioni, tra cui il diritto di accesso e la pubblicazione.

La funzione di garanzia si lega ancor prima dell'emanazione del provvedimento allo stesso procedimento di adozione. La motivazione diviene così solo un frammento del più ampio diritto alla partecipazione al procedimento, permettendo di influenzare l'istruttoria e la decisione⁹⁴. Merita allora di essere evidenziato il rapporto diretto che sussiste tra il diritto alla partecipazione del procedimento e l'ampiezza della motivazione: la partecipazione offerta dal privato, il quale potenzialmente potrà essere leso dal successivo provvedimento, dovrebbe imporre alla pubblica amministrazione di motivare adeguatamente su eventuali decisioni dissenzienti rispetto alle istanze partecipative offerte dal privato. Come già evidenziato questa considerazione può riguardare soltanto soggetti i cui interessi potranno essere concretamente lesi. Al contrario, se l'ordinamento riconoscesse la partecipazione ad uno specifico procedimento anche a soggetti non portatori di interessi differenziati e qualificati, e se fosse imposto anche un obbligo di motivazione rispetto alle osservazioni di questi soggetti, l'istituto non sarebbe più riconducibile alla funzione di garanzia, quanto piuttosto a quella di trasparenza.

La funzione interpretativa si spiega nell'esigenza di permettere a tutti coloro che possono venire a contatto con il provvedimento di intendere correttamente i motivi che

⁹³ Ciò riguarda tanto il diritto di elettorato attivo e passivo, quanto gli altri istituti di democrazia diretta e quelli di democrazia diffusa previsti dall'ordinamento. Tra i primi *referendum*, iniziativa popolare delle leggi e petizioni. Tra i secondi le previsioni che l'ordinamento appresta affinché il cittadino possa concorrere a determinare la politica nazionale tramite gruppi organizzati, quali associazioni, partiti, sindacati o *lobby*. Per la distinzione T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 133.

⁹⁴ F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto ad una buona amministrazione*, in Trattato di diritto amministrativo europeo, (a cura di) M.P. CHITI, G. GRECO, I, Giuffrè, Milano, 2007, p. 74.

hanno indotto l'autorità a decidere in un determinato modo, nonché concretamente di capire cosa l'autorità ha disposto.

Un'impostazione dottrinale ormai non più seguita era quella che dal principio di tipicità dei provvedimenti, da interpretare in modo particolarmente rigoroso, faceva discendere anche una funzione interpretativa consistente essenzialmente nell'attività di individuazione del tipo di provvedimento previsto dalla legge, avendo questo essenzialmente effetti interamente predeterminati. Così anche la motivazione sarebbe stata svilita a mera enunciazione dei presupposti, dunque giustificazione, invece che vera e propria enunciazione di motivi⁹⁵.

La dottrina odierna invece, nel riconoscere la vasta complessità del sistema degli atti amministrativi, sostiene che siano necessari strumenti più penetranti di indagine interpretativa. Si tende a riconoscere che nel testo del provvedimento ogni enunciato che accompagna una decisione abbia una funzione in senso lato interpretativa⁹⁶. Tuttavia, se anche le altre parti del provvedimento possono fungere da ausilio interpretativo, ciò non significa che la motivazione non assolva comunque ad una funzione interpretativa, ed anzi, non occupi, a tal proposito, una posizione privilegiata.

La dottrina tende anche a distinguere nettamente la motivazione, la quale consiste in un discorso giustificativo, dal procedimento interpretativo vero e proprio, il quale, al contrario, è ricerca di un ragionamento giuridico che si è oggettivizzato⁹⁷, infatti se si abbandonano le coordinate di quell'orientamento che costruiva il provvedimento come negozio giuridico, anche la sua interpretazione dovrebbe allontanarsi dalla ricerca dei motivi che hanno spinto il titolare dell'ufficio-organo ad emanare il provvedimento, per ricercare invece ciò che l'amministrazione ha voluto tramite criteri di tipo letterale o teleologico⁹⁸, improntati al soddisfacimento dell'interesse pubblico cui è preordinato⁹⁹. Sull'interpretazione del provvedimento, la dottrina ritiene, oggi, in buona parte,

⁹⁵ L'impostazione avrebbe l'ulteriore problematica di svilire l'attività propria della pubblica amministrazione, cioè la capacità di ponderare interessi pubblici e privati antagonisti tra loro attraverso quella particolare *expertise* che le è propria. Inoltre è stato rilevato come ai fini del rispetto del principio di legalità sia sufficiente la nominatività e la predeterminazione dei presupposti per l'esercizio del potere, senza che il potere debba essere interamente vincolato. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., p. 157.

⁹⁶ M.A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, op. cit., p. 322.

⁹⁷ M.A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, op. cit., p. 323.

⁹⁸ M. MONTEDURO, *Il giudice e l'interpretazione del provvedimento amministrativo nell'esperienza italiana: la vicenda esemplare delle clausole dei bandi di gara*, in *Dereito*, vol. 18, n.1, 2009, p. 207.

⁹⁹ V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 390.

applicabili le disposizioni dettate dall'ordinamento per l'interpretazione del contratto¹⁰⁰, dunque la motivazione del provvedimento, da intendere in senso stretto, è sicuramente il punto di partenza ai fini di ripercorrere l'*iter* logico seguito dall'autorità procedente ed individuare quali siano stati i punti di fatto e di diritto su cui la abbia deciso.

La dottrina tende inoltre ad inquadrare la questione delle funzioni della motivazione solitamente nell'ottica del provvedimento finale di un procedimento amministrativo, il quale è diretto nei confronti di uno o più destinatari determinati. In questo senso si ammette pacificamente che ai fini dell'interpretazione dell'atto finale sia necessario tener conto degli atti preparatori e prodromici con effetti essenzialmente interni al procedimento¹⁰¹. Si pensi ancora alle direttive o alle circolari interpretative¹⁰², le quali, se rese pubbliche, rappresentano uno strumento capace di ingenerare un affidamento importante per il privato sull'attività della pubblica amministrazione. Dal punto di vista interno, comunque, si tratta di atti amministrativi¹⁰³, capaci di guidare la successiva attività tanto di altri organi interni alla stessa amministrazione, tanto di soggetti differenti. Si può allora sostenere che la funzione interpretativa si lega in questo caso ad istanze preparatorie e di pianificazione interne, permettendo di riconoscere alla motivazione apposta a questa tipologia di atti anche un'ulteriore compito: la funzione organizzativa. Questa si inserisce nei rapporti tra due soggetti od organi distinti,

¹⁰⁰ Tra questi autori vi è P. VIRGA, si veda la ricostruzione in M. MIRABELLA, *Corso di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 436-438, nonché M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., p. 70.

¹⁰¹ In questo senso V. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 270.

¹⁰² È possibile, in generale, distinguere le circolari in tre categorie. Le circolari interpretative sono uno strumento volto a garantire l'omogeneità nell'applicazione di norme giuridiche. Le circolari normative hanno la funzione di orientare l'esercizio del potere discrezionale degli organi titolari di poteri amministrativi. Le circolari informative permettono invece la diffusione interna all'organizzazione di notizie ed informazioni. È controverso il modello delle circolari-regolamento, le quali presenterebbero oltre ai tratti tipici delle circolari, la capacità di porre regole generali ed astratte aventi destinatari esterni all'amministrazione. Per la distinzione M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., pp. 84-85.

¹⁰³ Si accoglie qui la nozione di atto amministrativo come «ogni dichiarazione di volontà, di desiderio, di conoscenza, di giudizio compiuta da un soggetto dell'amministrazione pubblica nell'esercizio di una potestà amministrativa» elaborata da Zanobini. Per provvedimento amministrativo si intende invece quella «subcategoria» dell'atto amministrativo, consistente in «una manifestazione di volontà, espressa dall'amministrazione titolare del potere all'esito di un procedimento amministrativo, volto alla cura in concreto di un interesse pubblico e tesa a produrre in modo unilaterale effetti giuridici nei rapporti esterni con i soggetti destinatari del provvedimento medesimo» in M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., p. 101.

entrambi interni alla pubblica amministrazione, originando un rapporto che può vedere la sovraordinazione dell'uno rispetto all'altro, ovvero di equiparazione¹⁰⁴.

I. 5. I destinatari della motivazione.

Il provvedimento amministrativo è emanato al termine di un procedimento diretto a curare in concreto un pubblico interesse e produrre effetti giuridici nei rapporti esterni con i destinatari del provvedimento. Ciò, in ogni caso, non deve indurre necessariamente a ritenere che vi sia coincidenza tra destinatario del provvedimento e destinatario della sua motivazione.

Il ruolo che il destinatario della motivazione ha nella dogmatica della motivazione è centrale, è infatti stato osservato che esiste una forte relazione tra la funzione che questa svolge ed i soggetti a cui è diretta¹⁰⁵. Così, come per la funzione, dipende dalle scelte del legislatore la preferenza per un modello piuttosto che un altro, o ancora la scelta di un modello polifunzionale ed in quanto tale rivolto, in misura diversa, ad una pluralità di destinatari differenti. Sembra dunque opportuno nella trattazione seguire il modello che è stato tracciato per le funzioni.

La funzione di controllo democratico e quella di trasparenza tendono ad individuare come destinatari la generalità dei cittadini. Per la prima è stato osservato che nel caso di un provvedimento puntuale volto ad incidere nella sfera giuridica di un soggetto determinato, questi, in qualità di potenziale ricorrente, sarà sicuramente interessato alla motivazione, *«tuttavia, non v'è dubbio che qui il privato sia visto non tanto quale protagonista della vicenda processuale intesa alla rimozione dell'atto, quanto sub specie di membro della communitas civium che, subendo gli effetti lesivi di un atto d'autorità, deve esser persuaso dal carattere legittimo e non arbitrario del sacrificio impostogli in nome di quella stessa collettività di cui egli è parte: uti civis,*

¹⁰⁴ Alla sovraordinazione sono riconducibili i rapporti di gerarchia, direzione e controllo, mentre il coordinamento è espressione di un rapporto di equiparazione. Si veda M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., p. 358.

¹⁰⁵ Non è un caso che in quello che è stato definito il più grande saggio scritto fino ad ora sulla motivazione dell'atto amministrativo la ricostruzione dogmatica sia partita dalla posizione del destinatario rispetto alla motivazione. Ci si riferisce a A. ROMANO-TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, op. cit.

dunque, più che uti singulus.»¹⁰⁶. Questa impostazione si basa su una premessa fattuale: l'obbedienza dei consociati non può essere ottenuta unicamente tramite la forza coercitiva, dunque il potere pubblico aspira sempre a legittimarsi, tramite la credenza collettiva della legittimità al comando¹⁰⁷. Se il consenso dell'interessato è un fattore di legittimazione nei confronti degli atti dei pubblici poteri, allora si spiega come anche chi non sia direttamente coinvolto dal provvedimento goda di un interesse ad osservare come il potere sia esercitato; così quando la pubblica amministrazione deve persuadere i cittadini sul suo corretto operato poco importa che un cittadino sia inciso o meno dal potere nel caso concreto¹⁰⁸. A portare questa funzione alle estreme conseguenze si dovrebbe ammettere una legittimazione in capo a ciascun cittadino per l'impugnazione di provvedimenti che non li qualificano come destinatari, tuttavia gli autori che maggiormente hanno elaborato questa tesi non arrivano a conseguenze così radicali, ritenendo invece sufficiente che il sindacato diffuso si espliciti attraverso gli istituti di democrazia previsti dalla legge.

Se la funzione di controllo democratico individua, più propriamente, il proprio destinatario nel titolare della sovranità all'interno dell'ordinamento giuridico, anche la funzione di trasparenza sembra presupporre un *deficit* di legittimazione democratica che può essere compensato, nei confronti della generalità dei destinatari, attraverso un onere di motivazione. Ciò spiega anche perché i soggetti che sono maggiormente estranei al circuito politico-rappresentativo dovrebbero essere aggravati da oneri motivazionali più incisivi o da procedimenti segnati da una maggiore pubblicità¹⁰⁹. In particolare la struttura del procedimento volta all'emanazione del provvedimento dovrebbe aprirsi a

¹⁰⁶ A. ROMANO-TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, op. cit., p. 73.

¹⁰⁷ In questo senso A. ROMANO-TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, op. cit., p. 77. L'autore sembra riprendere le considerazioni di M. WEBER, in particolare il potere razionale che "poggia sulla credenza nella legalità di ordinamenti statuiti e del diritto di comando di coloro che sono chiamati ad esercitare il potere in base ad essi", rispetto al quale viene distinto il potere tradizionale e quello carismatico. Per una ricostruzione più approfondita si veda R. TREVES, *Potere (sociologia politica)*, vol. XIII, Torino, 1966, pag. 439.

¹⁰⁸ Alcuni codici hanno positivizzato questa funzione. Il *Kodeks postepowania administracyjnego* del 1960 (Codice di procedura amministrativa della Repubblica Polacca) sancisce la regola della persuasione. La legge cecoslovacca sulla procedura amministrativa del 1955 dispone che «*La motivazione deve essere convincente, di modo che da essa sia evidente la giustizia della decisione e perché rafforzi la fiducia dei lavoratori nell'apparato statale e perché educi ad un volontario e disciplinato adempimento dei propri doveri*». Per una ricostruzione più approfondita A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, op. cit., p. 77.

¹⁰⁹ Si pensi al modello delle *Authorities* o *Independent Regulatory Agencies* su cui è stato elaborato quello di autorità indipendenti italiane e per le quali si parla di paragiurisdizionalità. Si veda M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Il Mulino, Bologna, 2005, pp. 153 e ss.

quanti più soggetti possibile, non necessariamente soggetti potenzialmente incisi dal provvedimento. La finalità sarà quella di acquisire nell'istruttoria la maggior quantità di informazioni rilevanti, con lo scopo di ricercare la migliore ponderazione tra interessi pubblici e privati. Inoltre la stessa motivazione dovrà dar atto delle risultanze istruttorie, così da inserire la motivazione all'interno di quello che è stato definito circuito procedimentale¹¹⁰.

Da questa prospettiva la generalità dei cittadini sembrano non trovarsi in una posizione differenziata rispetto a quella che si avrebbe in un sistema che esalta la funzione di controllo democratico. La situazione però cambia radicalmente qualora si consideri che le pubbliche amministrazioni non devono essere trasparenti unicamente nei confronti dei cittadini, ma anche nei confronti del potere. Infatti quando un ordinamento giuridico prevede una forma di sottoposizione del potere esecutivo nei confronti di quello legislativo¹¹¹, o, più in generale, una forma di responsabilità o *accountability* del primo nei confronti del secondo¹¹², allora il provvedimento diviene una manifestazione di volontà la cui opportunità può essere scrutinata tramite la motivazione. Il pubblico funzionario che emana il provvedimento viene, pertanto, considerato responsabile nei confronti del vertice politico dello stesso potere esecutivo¹¹³, il quale è chiamato a rispondere a sua volta nei confronti del potere legislativo, che in ultima analisi risponde allo stesso cittadino titolare del diritto di voto. Si spiegano in questo senso le considerazioni svolte nel paragrafo precedente nel ravvisare nella trasparenza una funzione che solo indirettamente tutela il cittadino, il

¹¹⁰ G. MASUCCI, *Procedimento amministrativo*, a cura di M. CLARICH, G. FONDERICO, Milanofiori-Assago, Wolters Kluwer, 2015, p. 92.

¹¹¹ Il che accade, ad esempio, nell'ordinamento giuridico inglese, dove la sovranità secondo alcune ricostruzioni risiede proprio nel *Parliament*, mentre in altre, più propriamente, si ravvisa il fondamento della sovranità nel *lawmaking power*, conducendo a attribuire la sovranità in quello che è stato definito *King-in-Parliament*. Si veda M. GOLDIE, R. WOKLER, *The Cambridge History of Eighteenth-Century Political Thought*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 321.

¹¹² L'ordinamento italiano prevede un rapporto fiduciario che lega il Governo al Parlamento. A norma dell'art. 95 Cost. «Il Presidente del Consiglio dei Ministri dirige la politica generale del Governo e ne è responsabile. Mantiene l'unità di indirizzo politico ed amministrativo, promuovendo e coordinando l'attività dei Ministri.» Il secondo comma dispone «I Ministri sono responsabili collegialmente degli atti del Consiglio dei Ministri, e individualmente degli atti dei loro dicasteri.». Si veda R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto Costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 128.

¹¹³ La responsabilità non deve necessariamente essere legata ad istituti di nomina e revoca o poteri sanzionatori. Si parla qui di un'*accountability* in senso ampio che può esplicitarsi nelle forme più diverse. Si pensi, ad esempio, all'ordinamento statunitense ove una parte sostanziale del programma politico di un candidato alla presidenza degli Stati Uniti può essere incentrato sull'aumento o la diminuzione di fondi ad un'agenzia piuttosto che un'altra. Sul punto M.E. MILAKOVICH, G.J. GORDON, *Public administration in America*, Boston, Cengage Learning, 2013, p. 445.

quale, se non concorda con l'operato dell'amministrazione, potrà agire attraverso il voto, piuttosto che con un ricorso.

La motivazione in funzione di garanzia, al contrario, ha come destinatario immediato unicamente il soggetto leso dal provvedimento. Si tratta della funzione che maggiormente ravvisa un collegamento tra destinatario del provvedimento e destinatario della motivazione. Ciò si comprende immediatamente nel caso di procedimenti che si concludono sfavorevolmente per il destinatario, o perché non è accolta un'istanza di un provvedimento a lui favorevole, o perché si concludono con un provvedimento di natura restrittiva. Appare chiaro che la motivazione debba dare atto, in quest'ottica, del perché il privato non abbia potuto ottenere il bene della vita cui aspirava. Al contrario, nel caso di provvedimenti che accolgono *in toto* l'istanza di un privato si potrebbe giustificare con una motivazione meno estesa¹¹⁴.

Anche nella funzione di garanzia tuttavia non vi è piena coincidenza tra destinatario del provvedimento e destinatario della motivazione, si pensi, a titolo di esempio, ai provvedimenti ampliativi della sfera giuridica del destinatario. Si tratta di provvedimenti che per loro natura possono influire negativamente, frustrando, gli interessi di altri soggetti controinteressati, i quali potrebbero non essere comunque tali da assurgere al rango di situazione giuridica soggettiva. L'esaltazione della funzione di garanzia dovrebbe portare a dare atto nella motivazione anche del perché non sia stato possibile garantire gli interessi di questi soggetti, quantomeno nei casi in cui siano già individuati attraverso la loro partecipazione al procedimento, o comunque facilmente individuabili. Ancora, la partecipazione al procedimento dovrebbe essere ristretta soltanto a coloro i quali possano concretamente essere lesi dal provvedimento¹¹⁵. Inoltre ravvisandosi un forte collegamento tra la funzione di garanzia e la ricorribilità del provvedimento, chiunque sia stato effettivamente leso dovrebbe essere messo nella condizione di poter agire giurisdizionalmente, da un lato permettendo a questi soggetti di venire a conoscenza dell'esistenza del procedimento attraverso idonei istituti di pubblicità, dall'altro riconoscendo un interesse ad agire.

La funzione interpretativa tende ad avere una pluralità di destinatari, i quali si trovano però in posizioni differenziate. Vi è innanzi tutto il destinatario del

¹¹⁴ In questo senso F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, Dike giuridica, 2014, p. 1346.

¹¹⁵ In questo senso G. CORSO, *Motivazione dell'atto amministrativo*, op. cit., paragrafo 13.

provvedimento, il quale sarà particolarmente interessato a capire il perché ed il cosa l'amministrazione abbia disposto, soprattutto nei casi in cui si richieda un suo comportamento attivo al fine di realizzare il provvedimento e per evitare di incorrere in un inadempimento. Lo stesso soggetto sarà anche interessato ad intendere correttamente le ragioni che hanno indotto l'autorità a decidere nel caso in cui, non condividendole, decida di proporre ricorso.

Da un'altra prospettiva vi è la stessa pubblica amministrazione nel caso di esperimento di un ricorso amministrativo, ove l'autorità chiamata a decidere dovrà in primo luogo interpretare il provvedimento impugnato. Inoltre ai fini della decisione sarà chiamata ad interpretare, oltre al provvedimento finale, tutti gli atti che possono aver preceduto ed influito provvedimento all'interno del procedimento. Un'attività non dissimile è richiesta al giudice qualora il ricorso abbia natura giurisdizionale.

Da ultimo la funzione interpretativa sembra trovare dei destinatari anche nella vasta platea composta dagli operatori del diritto, i quali, non direttamente coinvolti nel caso concreto, si possono invece interessare alle ragioni della pubblica amministrazione a fini di studio.

Infine, come anticipato nel paragrafo precedente, qualora si voglia riconoscere una funzione organizzativa, il destinatario sarà unicamente la stessa pubblica amministrazione. Ciò potrà delinearsi nel rapporto che lega diversi soggetti distinti ma comunque appartenenti alla pubblica amministrazione, si pensi, a titolo di esempio ad una direttiva emanata dal ministro di settore nei confronti di agenzie che svolgono attività di carattere tecnico-operativo, od ancora il settore del diritto pubblico dell'economia, dove ai ministri possono essere attribuiti dei poteri di direzione nei confronti degli enti pubblici economici. Lo stesso rapporto può però instaurarsi, nell'ambito di un unico soggetto pubblico, tra i diversi organi interni od esterni che lo compongono. L'organo sovraordinato gerarchicamente può ordinare o dirigere lo svolgimento di quegli organi che sono a lui subordinati. Si pensi in questo caso ai rapporti che intercorrono tra soggetti di differente rango all'interno di un'organizzazione militare, ispirati al principio di gerarchia, oppure al rapporto di direzione che può intercorrere tra ministro ed un dirigente.¹¹⁶

¹¹⁶ Sul punto, più specificamente M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., pp. 78-80.

I. 6. L'obbligo di motivazione: la motivazione necessaria, facoltativa e vietata.

La pubblica amministrazione nello svolgimento della propria attività fa regolarmente uso di uno strumentario costituito da differenti atti amministrativi, distinti tra loro per natura, presupposti e fini, ed emanati per la concreta realizzazione dell'interesse pubblico cui è preordinata. Per questi atti la legge può o meno imporre un obbligo di motivazione, mentre, indipendentemente dall'imposizione di una previsione di legislativa, la pubblica amministrazione può apporre o meno una motivazione. Ciò può originare una serie di situazioni giuridiche e fattuali differenti.

La prima è quella in cui vi è un obbligo di motivazione imposto da una norma di legge, si parla in questo caso di motivazione necessaria¹¹⁷. In questo caso, se la pubblica amministrazione emana un provvedimento regolarmente motivato non si pongono problemi particolari. È tuttavia necessario che la motivazione rispetti pienamente le previsioni di legge, tanto nel soggetto tenuto a motivare, quanto negli atti e fatti che devono essere coperti dalla motivazione.

È al contrario possibile che nessuna motivazione sia stata apposta o che questa, nonostante regolarmente presente, non sia sufficiente a coprire tutti gli elementi di cui deve dare atto. In questo caso il provvedimento deve essere considerato viziato. Ciò tuttavia non significa necessariamente che questo sia inidoneo alla produzione di effetti e che pertanto non debba essere comunque eseguito: ogni ordinamento appresta una propria disciplina per i vizi dell'atto. Sembra comunque opportuno rilevare che il legislatore gode qui di un'ulteriore margine di discrezionalità, nel senso che è tendenzialmente libero di dare alla motivazione, e quindi alla sua mancanza, la rilevanza che preferisce. Dunque esiste un rapporto diretto tra la disciplina del vizio sulla motivazione e la sua rilevanza: più gravi saranno le conseguenze previste dall'ordinamento in caso di vizio, maggiore sarà la rilevanza che il legislatore ha voluto dare alla motivazione.

¹¹⁷ M.S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in Enc. Dir., vol. XXVII, Milano, Giuffrè, 1977, paragrafo 4.

Il legislatore può disporre che alla mancanza della motivazione corrisponda la radicale inidoneità dell'atto alla produzione di effetti giuridici¹¹⁸, in questo senso si tratta di una situazione tendenzialmente accertabile di fronte al giudice in ogni momento. Al contrario può disporre che l'atto sia comunque idoneo a produrre temporaneamente gli effetti previsti dalla legge, fintantoché, cioè, non intervenga un accertamento del vizio e la declaratoria che disponga la cessazione degli effetti¹¹⁹. L'ordinamento può anche limitare in vario modo la possibilità di ottenere la declaratoria, ad esempio temporalmente, ponendo un termine di decadenza. Da ultimo, è possibile che il vizio della motivazione non sia tale da estendersi all'intero provvedimento, o perché l'ordinamento potrebbe disporre di rimedi alternativi che non incidano sulla validità dell'atto¹²⁰, oppure sul presupposto della intrinseca validità della soluzione adottata, attribuendo al vizio sulla motivazione scarsa rilevanza¹²¹. In queste ultime ipotesi formalmente rimane ferma la previsione dell'obbligo di motivazione, lo stesso però viene sostanzialmente svuotato di contenuto, non essendo possibile per il privato esercitare alcuna azione utile¹²².

La seconda possibilità è quella in cui l'ordinamento¹²³ nulla disponga riguardo un obbligo per la pubblica amministrazione di motivare i propri atti. Se si aderisce alle considerazioni svolte nel paragrafo 3, sull'impossibilità di argomentare in via generale

¹¹⁸ Si tratta della categoria della nullità dell'ordinamento italiano, comminata dall'art. 21-*septies* della l. n. 241/1990. Tra i presupposti vi è proprio la mancanza degli elementi essenziali del provvedimento, anche se tra questi la dottrina e la giurisprudenza tendono a non ricomprendervi anche la motivazione, la quale è sì considerata elemento, ma non essenziale del provvedimento. Si veda M.A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, op. cit., p.345. Anche se, in senso contrario, L. FERRARA, *Motivazione e impugnabilità degli atti amministrativi*, in Foro Amm. TAR 2008, p. 1197.

¹¹⁹ Si tratta della categoria dell'annullabilità nell'ordinamento italiano, prevista dall'art. 21-*octies*, della l. n. 241/1990 il quale prevede tra le cause che possono originare il vizio la violazione di legge.

¹²⁰ Si pensi alla possibilità per il privato di venire a conoscenza della motivazione di cui un provvedimento è carente tramite una sua successiva istanza. La vicenda presenta affinità con alcuni orientamenti giurisprudenziali italiani che si sono formati prima dell'imposizione dell'obbligo di motivazione. Così, riconoscendo la legittimità della motivazione postuma fornita direttamente in udienza, il privato formalmente poteva adire il giudice unicamente per sindacare le ragioni dell'amministrazione, nella sostanza tuttavia poteva essere interessato a proporre ricorso al fine di venire a conoscenza della motivazione stessa, e per il tramite di questa dei motivi, per poi decidere nuovamente se continuare il ricorso o rinunciare.

¹²¹ Si pensi, ad esempio, ad un provvedimento interamente vincolato. L'ordinamento italiano evita l'annullabilità se «*sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.*»

¹²² Non è esclusa la possibilità di agire per il risarcimento del danno, qualora l'ordinamento lo preveda.

¹²³ Ci si riferisce all'insieme delle norme vigenti in un ordinamento. Principalmente da ricondurre alle legge in sistemi di *civil law*, mentre se si discute di sistemi di *common law* non vi è dubbio che esista anche un «*judicial law-making*», si veda N. ROSCOE POUND, *Common law and legislation*, in Harvard Law Review, 1908, 21 p. 403.

un obbligo di motivazione che parta da premesse diverse da quelle normative, allora si potrà considerare questa ipotesi come quella definita di motivazione non necessaria, o anche facoltativa¹²⁴. L'espressione intende sottolineare il punto di vista della pubblica amministrazione, la quale è infatti libera di apporre o meno la motivazione ad un provvedimento che sia stato emanato, ciò tuttavia non è sicuramente privo di conseguenze. Infatti una volta che la motivazione è stata apposta, in caso di successivo sindacato giurisdizionale, la stessa potrà essere acquisita e considerata tra gli elementi su cui basare la decisione, divenendo quindi una porta attraverso cui indagare i motivi che hanno indotto l'amministrazione a decidere.

Vi sono invece situazioni ove, in mancanza di un obbligo di motivazione, l'apposizione o meno di una motivazione non produce alcun risultato pratico concreto, si parla in questo caso di motivazione superflua. Si tratta di situazioni dove per il carattere del provvedimento, o la natura del rapporto considerato, l'enunciazione dei motivi non risulta in alcun modo utile¹²⁵.

Infine è possibile che l'ordinamento vieti espressamente l'apposizione della motivazione ad un atto amministrativo. Un primo filone dottrinale sostiene che in questo caso ne deriverebbe un vizio al provvedimento¹²⁶. Un secondo orientamento pone invece l'accento sul risarcimento del danno, da garantire a favore del soggetto nel cui interesse il divieto di motivazione era posto, ed i cui dati sensibili sarebbero stati pubblicati¹²⁷. Rimane invece dubbio il caso in cui il divieto non sia stato posto al fine di tutelare l'interesse privato di un soggetto, ma sia invece posto a garanzia dell'ordine pubblico. In questo caso oltre all'eventuale invalidità del provvedimento, i rimedi più appropriati sembrano quelli di natura disciplinare ed eventualmente penale nei confronti del funzionario che ha violato il divieto.

¹²⁴ M.S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, op. cit., paragrafo 4.

¹²⁵ Un esempio attualmente vigente nel diritto italiano è quello degli ordini nell'ambito dell'organizzazione militare. Si veda G. MASUCCI, *Procedimento amministrativo*, a cura di M. CLARICH, G. FONDERICO, Milanofiori-Assago, Wolters Kluwer, 2015, p. 104.

¹²⁶ M. RIVALTA, *La motivazione degli atti amministrativi in relazione al pubblico e privato interesse*, Milano, Giuffrè 1960, p. 191

¹²⁷ A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, op. cit., pp. 125-126.

I. 7. La forma della motivazione. Esternazione del motivo e dichiarazione del motivo.

Tra gli elementi strutturali di un provvedimento amministrativo vi è la forma¹²⁸. Salvi i casi in cui una specifica forma appare intrinsecamente irrinunciabile in relazione al suo contenuto¹²⁹, ai suoi effetti o al contesto in cui si inserisce, ed in mancanza di una specifica norma di legge che imponga una determinata forma ad un provvedimento, dovrebbe valere, in generale il principio della libertà della forma¹³⁰.

Se si considera che la motivazione altro non è che un elemento formale dello stesso provvedimento, ne discende che tendenzialmente la motivazione seguirà la stessa forma del provvedimento, dunque anche la motivazione può presentarsi in forme differenti.

La maggioranza dei provvedimenti amministrativi è redatta per iscritto, così anche la motivazione dovrebbe essere redatta per iscritto nello stesso documento costituito dal provvedimento, in realtà la dottrina tende a distinguere due istituti: l'esternazione del motivo e la dichiarazione del motivo¹³¹.

La motivazione in senso stretto corrisponde più propriamente all'esternazione del motivo, in questo caso il documento materiale che contiene il testo del provvedimento, presenterà anche una propria motivazione¹³², la quale può essere più o meno nettamente distinta rispetto alle altre parti testuali, quale ad esempio la parte dispositiva.

La dichiarazione del motivo invece è espressione che designa in senso più ampio un qualsiasi strumento attraverso il quale il destinatario è in grado di venire a conoscenza dei motivi. In particolare l'espressione tenta di dare atto di uno specifico fenomeno, quello per cui il documento testuale diviene spesso il contenuto di rimandi ad altri atti o fatti che hanno preceduto l'emanazione del provvedimento, facendo sì che questo perda l'importanza centrale che dovrebbe avere ai fini della individuazione dei motivi. Si tratta solitamente di atti interni ed endoprocedimentali, comunque provenienti

¹²⁸ È stato anche rilevato che non si tratta di «*un elemento in senso proprio*», si veda V. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, op. cit., p. 230. Altri elementi strutturali sono soggetto, volontà, oggetto, contenuto, motivi e motivazione, si veda M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., p. 163.

¹²⁹ A titolo di esempio si pensi agli ordini emanati da un organo di polizia in situazioni emergenziali.

¹³⁰ In questo senso D. SORACE, *Atto amministrativo*, in Enc. Diritto Annali, 2010, paragrafo 4.

¹³¹ M.S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, op. cit., paragrafo 4.

¹³² Tipicamente è introdotta tramite formule quali «Rilevato che» o «Considerato che».

dalla pubblica amministrazione, emanati dello stesso soggetto decidente o da un soggetto differente, quali pareri od autorizzazioni. In questo caso si parla anche di motivazione *per relationem*. Altre volte la motivazione non si riferisce espressamente ad un atto proveniente dalla pubblica amministrazione, ma ad osservazioni od opposizioni provenienti dai privati che possono aver partecipato al procedimento. È anche possibile che il riferimento non sia ad un documento scritto ma ad un comportamento, è il caso della prassi. La pratica della motivazione *per relationem* è stata in passato fortemente stigmatizzata, perché svilirebbe la funzione della trasparenza e quella di garanzia¹³³, o ancora perché in contrasto con quella di controllo democratico¹³⁴. In realtà molte delle preoccupazioni della dottrina italiana sembrano dovute alla ritrosia del giudice ad andare oltre il testo del provvedimento per ricercare le ragioni che possono aver originato una figura di eccesso di potere. Dunque se si permette al giudice di ricercare figure sintomatiche dell'eccesso di potere anche in motivazioni contenute in atti prodromici, magari imponendo specificamente all'amministrazione resistente di allegarli al momento della sua costituzione in giudizio, non vi dovrebbero essere ragioni particolari per negare l'ammissibilità della motivazione *per relationem*. Rimane comunque necessario che vi sia il riferimento ad uno o più atti specifici e che questi siano concretamente individuati, evitando invece che la motivazione possa divenire una mera clausola di stile. Al contempo è necessario che gli atti cui la motivazione si riferisce siano facilmente accessibili ai soggetti potenzialmente interessati ad impugnarlo. Se si vuole garantire la funzione di trasparenza sembra inoltre opportuno che questi atti seguano lo stesso regime di pubblicità del provvedimento che li richiama.

Una diversa situazione è quella dell'atto amministrativo informatico, di cui si parla in due diversi significati¹³⁵. Il primo è quella in cui l'atto è elaborato attraverso sistemi informatici ed è poi scritto su un supporto cartaceo. L'ipotesi è del tutto analoga a quella di un provvedimento scritto interamente di pugno dal funzionario responsabile e si tratta di un provvedimento scritto a tutti gli effetti. Il secondo è quello in cui il

¹³³ Si veda M.C. CAVALLARO, *Garanzie della trasparenza amministrativa e tutela dei privati*, in *Dir. Amm.*, I, 2015, pp. 121 ss., la quale lega il tema a quello del c.d. *open government*.

¹³⁴ Si veda A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, op. cit., p. 121, il quale auspica una soluzione conforme a quella dell'ordinamento francese dell'epoca, ove la possibilità della motivazione *per relationem* è categoricamente esclusa.

¹³⁵ Per una ricostruzione del significato del termine si veda A. MASUCCI, *Atto amministrativo informatico*, in *Enc. Dir. Agg.*, 1997, I, paragrafo 3.

provvedimento è scritto in forma elettronica¹³⁶, ove l'eventuale stampa su carta darebbe soltanto luogo a delle copie. Se si argomenta in questo caso che la forma elettronica riguarda il supporto su cui il provvedimento è redatto ma non incide sulla sua qualità di documento scritto, dovrebbe seguirne che anche la motivazione dovrebbe essere redatta per iscritto ed in forma elettronica, senza tuttavia particolari accorgimenti rispetto al caso di un documento cartaceo¹³⁷.

Una differente forma è quella del provvedimento orale o del provvedimento orale documentato. In passato si era sostenuto che «*i primi non hanno né motivazione in senso proprio, né motivazione in senso largo*» mentre «*i secondi invece debbono avere motivazione*»¹³⁸. Non va tuttavia confuso il piano della forma con quello della motivazione: se la motivazione è enunciazione dei motivi posti alla base del provvedimento, allora anche l'enunciazione orale dei motivi va considerata motivazione. I problemi in questo caso possono essere invece di altra natura. Per primo, il fatto che i provvedimenti orali sono spesso previsti in situazioni di urgenza, dunque potrebbe non esservi il tempo per una motivazione puntuale. Secondariamente, il destinatario del provvedimento potrebbe venire unicamente in contatto con chi esegue materialmente il provvedimento, ma non anche con l'autorità che l'ha emanato¹³⁹. A tal proposito si ritiene non possa considerarsi motivazione l'enunciazione dei motivi che è fatta da un soggetto differente rispetto a quello che ha emanato il provvedimento. Entrambe sono comunque situazioni fattuali che possono indurre il legislatore ad escludere l'obbligo di motivazione in queste fattispecie.

Un ulteriore e differente situazione è quella del provvedimento tacito. Nella fattispecie ricade anche la disciplina del silenzio significativo, cioè quel silenzio serbato dalla pubblica amministrazione oltre il termine fissato dalla legge per adempiere, il quale comporta il rigetto o l'accoglimento automatico della istanza del privato, anche in

¹³⁶ Si veda M. MINERVA, *L'atto amministrativo in forma elettronica e la sicurezza dei sistemi informativi pubblici*, in *Dir. inf. e inform.* 1995, pp. 940 ss.

¹³⁷ La dottrina rileva in questo caso come la forma elettronica possa rappresentare un «salto di qualità» per la pubblica amministrazione, nel senso di permettere, di una maggiore trasparenza, specie riguardo la motivazione per relationem, ove l'accesso ad altri documenti sarebbe facilitato. A. MASUCCI, *Atto amministrativo informatico*, in *Enc. Dir. Agg.*, 1997, I, paragrafo 3.

¹³⁸ M.S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, op. cit., paragrafo 2.

¹³⁹ Si pensi alla disciplina dell'art. 24 del Regio decreto 18 giugno 1931, n. 773 che dispone «Qualora rimangano senza effetto anche le tre intimazioni ovvero queste non possano essere fatte per rivolta od opposizione, gli ufficiali di pubblica sicurezza o, in loro assenza, gli ufficiali o i sottufficiali dei carabinieri reali ordinano che la riunione o l'assembramento siano disciolti con la forza. All'esecuzione di tale ordine provvedono la forza pubblica e la forza armata sotto il comando dei rispettivi capi.»

mancanza di un provvedimento espresso¹⁴⁰. In questo caso la legge riconnette la produzione di determinati effetti al verificarsi di un termine. È inoltre chiaro che, in particolare nel caso di provvedimenti discrezionali, non viene operata alcuna valutazione di interessi pubblici¹⁴¹. Si noti come, in questa fattispecie, sia lo stesso legislatore a prevedere un'eccezione all'obbligo di motivazione, nel senso che qualora la pubblica amministrazione adotti un provvedimento espresso, allora dovrà certamente anche motivare. Inoltre in caso di silenzio-assenso la motivazione di un provvedimento di rigetto dell'istanza dovrà essere più onerosa, in quanto è necessaria la specificazione di quei presupposti che hanno impedito l'adozione di un provvedimento favorevole. Invece nel caso di silenzio-diniego sarà il provvedimento di accoglimento a richiedere una motivazione specifica sulla presenza di quei requisiti necessari per l'accoglimento, in mancanza di quali potrà essere adottato un provvedimento di rigetto. Pertanto la semplice carenza della motivazione costituirà un vizio del provvedimento, pur nel caso in cui la soluzione adottata sia formalmente corretta.

Al contrario, una volta decorso il termine previsto dalla legge, si produrranno gli effetti previsti dalla stessa, senza che sia stata prestata alcuna motivazione. Una volta che il legislatore abbia adottato questo meccanismo, l'eccezione all'obbligo di motivazione sembra più una scelta obbligata che una possibilità per il legislatore, in quanto questa discende direttamente dalla stessa carenza di motivi, i quali non possono dunque essere nemmeno esternati¹⁴².

I. 8. L'oggetto della motivazione ed i suoi vizi.

La previsione di legge che obbliga la pubblica amministrazione a motivare un determinato provvedimento deve determinarne anche l'oggetto, cioè quell'insieme di fatti e presupposti su cui l'amministrazione è chiamata ad esternare l'*iter* logico che l'ha indotta ad assumere una determinata decisione. La motivazione si articola in premesse, *iter* logico e conclusione, che costituisce la parte dispositiva del provvedimento.

¹⁴⁰ Sulla distinzione tra silenzio-diniego o silenzio-assenso e silenzio-inadempimento si veda M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., pp. 246-247.

¹⁴¹ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., p. 248.

¹⁴² Non vengono invece meno anche i presupposti, pertanto si potrebbe comunque ammettere una motivazione in senso ampio, comprensiva unicamente della giustificazione.

L'oggetto della motivazione va tenuto distinto dai motivi, i quali, pur rappresentando elementi formali del provvedimento, non necessariamente entreranno a far parte anche dell'oggetto della motivazione. Al contrario, invece, quando la legge impone un obbligo di specifica motivazione su un fatto, questo dovrà necessariamente essere anche considerato dall'amministrazione precedente e dovrà, pertanto, entrare a far parte dei motivi. Dunque, se la motivazione è esternazione di un motivo, obbligare a motivare comporta necessariamente anche obbligare a decidere su un punto o a considerarlo ai fini della decisione¹⁴³. È possibile sostenere che l'oggetto della motivazione sia sempre interamente contenuto nei motivi, tuttavia non necessariamente li esaurisce, rappresentando questi una categoria più ampia.

Il nesso che esiste tra oggetto della motivazione e motivi produce conseguenze sul piano dei loro vizi. È possibile che la motivazione sia viziata in relazione al suo contenuto, tuttavia molti dei vizi che sono riferiti alla motivazione sono, in realtà, prima ancora vizi dei motivi e dell'*iter* logico decisionale e che, in quanto tali, vengono poi meramente riprodotti nel discorso giustificativo che accompagna un provvedimento. La distinzione non è priva di conseguenze, perché se ad essere viziata è unicamente la motivazione, allora tendenzialmente la pubblica amministrazione potrà adottare un provvedimento identico a quello rimosso, accompagnato questa volta da un diverso enunciato giustificativo¹⁴⁴. In questo caso si parla di vizio formale¹⁴⁵. Al contrario il vizio è sostanziale qualora questo ricada sui motivi e l'*iter* logico che l'ha indotta a decidere. La nuova emanazione di un provvedimento in questo caso richiede una nuova decisione, la quale, espungendo le anomalie che si sono presentate, potrebbe precludere alla soluzione precedentemente adottata e viziata. Di ciò dovrà dar atto anche la motivazione, che andrà comunque modificata.

¹⁴³ Si pensi, in materia urbanistica, alla reiterazione di vincoli urbanistici scaduti. La giurisprudenza richiede una motivazione specifica sulla comparazione tra il sacrificio imposto al privato e sugli interessi pubblici coinvolti. Ciò significa richiedere *in primis* alla pubblica amministrazione un motivo consistente nel ritenere i secondi prevalenti al primo, poi, e solo successivamente, una motivazione che ne dia atto. Per la giurisprudenza si veda R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 461.

¹⁴⁴ È tuttavia possibile che siano venuti meno i presupposti giuridici o fattuali che avevano giustificato l'emanazione del primo provvedimento.

¹⁴⁵ Il tema si lega anche a quello della sua successiva integrazione in corso di giudizio, sanando il provvedimento. Vi è chi l'ammette se il provvedimento sarebbe stato valido se correttamente motivato, in quanto emanato in presenza dei suoi presupposti sostanziali. Si veda M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Cedam, Padova, 1989, p. 233.

Riguardo l'oggetto della motivazione si era posto in passato il problema della c.d. motivazione sufficiente¹⁴⁶. In particolare la locuzione è stata riferita alla motivazione, intesa come enunciazione motivante posta nel testo del provvedimento, la quale dovrebbe essere sufficientemente ampia da assolvere le funzioni cui è preordinata. Così interpretata la sufficienza non è riferibile anche ai motivi, pertanto l'insufficienza della motivazione originerebbe un vizio formale: il provvedimento richiede soltanto una enunciazione motivazionale sufficiente. È stato osservato, che così intesa, la sufficienza sembrerebbe presupporre l'esistenza di una sorta di linea immaginaria la quale designerebbe una motivazione sufficiente, cioè corretta. Al di sotto di questa, la motivazione non sarebbe sufficiente e sarebbe viziata. Il caso può essere assimilato alla situazione dell'omessa apposizione della motivazione obbligatoria. Al di sopra di questa, la motivazione sarebbe invece non necessaria, originando i problemi evidenziati nel paragrafo 6, in particolare quelli concernenti il suo successivo controllo giurisdizionale, tuttavia non vi sarebbe alcun dubbio sulla sua legittimità¹⁴⁷. Sembra piuttosto difficile tracciare effettivamente una linea immaginaria segnante il confine della validità della motivazione; oggi, infatti, si parla di motivazione insufficiente soltanto quando il discorso giustificativo è talmente breve da non assolvere a nessuna delle funzioni cui è preordinato, solitamente quella di garanzia. Si parla anche di motivazione minima¹⁴⁸.

La dottrina più recente tende invece a riferire la sufficienza della motivazione, non più all'enunciato motivazionale a corredo della decisione, quanto piuttosto all'insieme degli atti e fatti su cui la motivazione deve ricadere, cioè il suo contenuto. È stato quindi osservato che la motivazione è sufficiente quando tutti gli elementi che devono essere considerati dalla pubblica amministrazione nel giudizio di ponderazione degli interessi pubblici previsto dalla legge sono stati effettivamente ponderati. Così interpretata la sufficienza si riferisce, prima ancora che alla motivazione, ai motivi. Infatti l'insufficienza sorge quando la motivazione si fonda su un giudizio di ponderazione di interessi incompleto, il quale ha ommesso uno o più fatti di cui doveva invece tener conto,

¹⁴⁶ La locuzione si deve C. MORTATI, *Obbligo di motivazione e sufficienza della motivazione degli atti amministrativi*, in *Giur. It.*, 1943, III, 2.

¹⁴⁷ M.S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, op. cit., paragrafo 5.

¹⁴⁸ U. ZUBALLI, R. SAVOIA, *La motivazione dell'atto amministrativo: struttura e contenuti per una corretta e puntuale motivazione: problemi e casi pratici*, op. cit., p. 43.

originando un vizio del provvedimento¹⁴⁹. La situazione opposta, quindi, non è più quella di una motivazione non necessaria, bensì origina a sua volta un vizio del provvedimento, in quanto essa dimostra che nel giudizio di ponderazione sono stati acquisiti fatti che non dovevano invece essere ponderati, lasciando trapelare un vizio che ancora una volta attiene più propriamente ai motivi¹⁵⁰.

Un'altra caratteristica del contenuto della motivazione è la sua logicità. La motivazione è logica quando è coerente internamente, sviluppando determinate premesse secondo un *iter* che non sia illogico, e quando giunge a conclusioni razionali¹⁵¹. Anche in questo caso il vizio attiene più propriamente ai motivi. Pertanto, se da premesse corrette segue un *iter* logico non razionale e contraddittorio che giunge a conclusioni errate, trattandosi di vizio sostanziale, non sarà sufficiente per l'adozione di un nuovo atto valido la modifica dell'enunciato motivazionale¹⁵².

È possibile inoltre che la motivazione si sia sviluppata logicamente, ma attorno a delle premesse errate. È possibile sia che il provvedimento sia stato emanato sul presupposto dell'esistenza di una condizione in realtà inesistente, sia, viceversa, sull'inesistenza di una condizione invece esistente. L'ipotesi è particolare in quanto il vizio non è riferibile alla motivazione in senso stretto bensì alla giustificazione. Anche in questo caso si tratta di un vizio che si riflette sulla motivazione in senso ampio in quanto colpisce direttamente i presupposti, pertanto ha natura sostanziale. La situazione può originare figure differenti a seconda del tipo di presupposto che ha originato il vizio. Tra queste, alcune possono precludere in radice l'adozione di un nuovo provvedimento¹⁵³, mentre altre richiedono un nuovo esercizio del potere¹⁵⁴, il quale non

¹⁴⁹ L'ipotesi nell'ordinamento italiano da luogo al difetto di istruttoria, una figura sintomatica di eccesso di potere. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., p. 208.

¹⁵⁰ Ci si riferisce ad un altro sintomo dell'eccesso di potere: lo sviamento di potere. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., p. 207.

¹⁵¹ U. ZUBALLI, R. SAVOIA, *La motivazione dell'atto amministrativo: struttura e contenuti per una corretta e puntuale motivazione: problemi e casi pratici*, op. cit., p. 41.

¹⁵² Le figure sintomatiche di eccesso di potere a cui si ci riferisce in questo caso sono quelle dell'illogicità, irragionevolezza, contraddittorietà. È possibile anche distinguere contraddittorietà intrinseca al provvedimento, cioè quella che emerge tra premesse e conclusioni nel dispositivo, e contraddittorietà estrinseca, che emerge dal confronto del provvedimento con altri provvedimenti o prassi della pubblica amministrazione. Si veda M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., p. 211.

¹⁵³ Si pensi al caso in cui un potere è stato emanato sul presupposto che questo faccia capo ad una pubblica autorità, mentre invece il potere è attribuito ad un soggetto pubblico differente o non è previsto dalla legge, originando un caso di incompetenza relativa o assoluta.

¹⁵⁴ Si pensi al caso in cui un potere è stato emanato sul presupposto della natura boschiva di un'area la quale invece ha perso questa qualità da tempo. La fattispecie origina ancora una figura sintomatica di

necessariamente esclude comunque di disporre in termini analoghi al provvedimento rimosso.

Altra caratteristica del contenuto della motivazione è la sua congruità, con la quale si designa il rapporto tra la motivazione e il fine del provvedimento¹⁵⁵. Questa qualità viene meno quando non è del tutto chiaro per quale finalità il provvedimento è stato emanato, potendo lo stesso venire adottato sulla base di presupposti differenti¹⁵⁶. In questo caso il vizio è a tutti gli effetti formale, potendo essere riferito specificamente all'enunciato motivazionale, il quale non risulta chiaro. Pertanto in linea di massima è sufficiente la riproduzione del provvedimento rimosso, però di un discorso giustificativo che si riferisca univocamente ai fini che hanno indotto la decisione.

Un ultimo caso che origina un vizio prettamente formale è quello di mancata corrispondenza tra motivazione e motivi. È infatti possibile che la pubblica amministrazione sia stata mossa da motivi legittimi ed abbia sviluppato correttamente l'*iter* logico che ha condotto alla decisione. Può invece accadere che sia stata espressa, al momento della redazione del testo del provvedimento, una motivazione differente, la quale, pur partendo da motivi legittimi sviluppandosi in conclusioni coerenti e logiche, non sia la stessa che abbia indotto l'amministrazione a decidere. Se si presuppone l'intrinseca validità della soluzione adottata, si tratta di un vizio della motivazione che di per sé presenta un grado di lesività meno intenso rispetto alle ipotesi precedenti¹⁵⁷, e che, pertanto, il legislatore potrebbe non estendere all'intero provvedimento, precludendo al privato la possibilità di impugnarlo. In ogni caso la piena realizzazione delle funzioni di garanzia e di controllo democratico dovrebbero indurre comunque ad imporre alla pubblica amministrazione l'obbligo di sostituire la motivazione errata con quella corretta. Inoltre, nell'ottica della funzione di garanzia, va evidenziato come il destinatario non sia nella condizione di poter intendere le ragioni che hanno indotto la pubblica amministrazione a decidere. Anzi, non essendo queste state esternate, non vi è

eccesso di potere per errore o travisamento di fatti. L'esempio è ripreso da M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., p. 208.

¹⁵⁵ U. ZUBALLI, R. SAVOIA, *La motivazione dell'atto amministrativo: struttura e contenuti per una corretta e puntuale motivazione: problemi e casi pratici*, op. cit., p. 39.

¹⁵⁶ Si pensi al caso dell'ordine di distruzione di una casa, quando non è chiaro se l'ordine è emanato sulla base di un abuso edilizio o per ragioni di incolumità pubblica. Si veda M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., p. 210.

¹⁵⁷ In questo senso F. LEDDA, *Il rifiuto del provvedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 1964, pp. 219-220.

alcun soggetto, tolta la stessa amministrazione procedente, capace di accertare la validità dei motivi rispetto ai fini imposti dalla legge. È così che un vizio formale di motivazione erronea può invece nascondere una figura potenzialmente ben più lesiva della situazione giuridica del privato: lo sviamento di potere. Si tratta della situazione in cui la pubblica amministrazione persegue un fine differente da quello previsto dalla legge¹⁵⁸.

I. 9. Il soggetto tenuto a motivare.

La norma che impone alla pubblica amministrazione di motivare determina anche quale soggetto è tenuto a farlo. Si tratta tendenzialmente di un soggetto appartenente alla pubblica amministrazione, o anche un soggetto estraneo, il quale deve trovarsi a svolgere funzioni di rilevante interesse pubblico. Non vi sarebbe infatti ragione di richiedere una motivazione ad un soggetto i cui motivi rimangano tendenzialmente irrilevanti per l'ordinamento¹⁵⁹.

Qualora l'ordinamento preveda un generale obbligo di motivazione si porrà il problema di determinare la sua estensione. È possibile che la legge determini in misura espressa il suo ambito applicativo, oppure che questo sia rimesso all'attività interpretativa, ciò può avvenire in particolare quando non vi sia un'elencazione di tipo tassativo e si utilizzino formule in parte indeterminate¹⁶⁰.

Qualora invece l'obbligo di motivazione sia previsto da una normativa di settore sarà la stessa normativa a prevedere il suo ambito applicativo in riferimento ad uno specifico procedimento o a soggetti determinati. È possibile che la normativa di settore rimandi a quella generale¹⁶¹, di fatto limitandosi in questo caso ad estendere l'ambito

¹⁵⁸ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., p. 207.

¹⁵⁹ G. CORSO, *Motivazione dell'atto amministrativo*, op. cit., paragrafo 3, distingue l'individuo in quanto tale da quello che si trova a rivestire «*un ruolo*», citando come esempio della seconda categoria il capitano della nave, dal quale ci si aspetta «*un'azione che non è legata alla sua naturale inclinazione, ma che è richiesta dal ruolo: un'azione che eventualmente, anzi il più delle volte, è contraria e comunque diversa da quella che egli compirebbe se agisse come individuo e fosse libero di agire come tale.*»

¹⁶⁰ A titolo di esempio il riferimento «*a tutte le pubbliche amministrazioni*» previsto dall'art. 29 della l. n. 241/1990. In questo senso M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., p. 319.

¹⁶¹ A titolo di esempio l'art. 7 della legge 212/2000 prevede al primo comma «*Gli atti dell'amministrazione finanziaria sono motivati secondo quanto prescritto dall'art. 3 della Legge 7 agosto 1990, n. 241, concernente la motivazione dei provvedimenti amministrativi...*»

applicativo soggettivo. In altri casi, invece, la legge detta regole speciali, le quali vanno quindi ad applicarsi ad un insieme determinato di soggetti al fine di individuare un regime differenziato di motivazione¹⁶². Ciò si può spiegare nella volontà del legislatore di rafforzare una o più funzioni in riferimento ad uno specifico procedimento per il quale l'applicazione della normativa generale non sarebbe adeguata.

Qualificando la motivazione come un elemento formale, ne discende che questa viene solitamente redatta dallo stesso titolare del potere autoritario al momento dell'adozione del provvedimento¹⁶³ e che, in quanto tale, non vi è distinzione tra chi emana il provvedimento e chi ne redige la motivazione.

La situazione può risultare meno chiara all'aumentare della complessità organica e soggettiva nel procedimento. Solitamente infatti più uffici, organi o soggetti prendono parte all'interno dello stesso procedimento ai fini dell'emanazione di un unico provvedimento. In questo senso, fintanto che l'apporto di altri uffici si risolve in attività meramente endoprocedimentali non si può riconoscere loro una funzione attiva nella redazione della motivazione del provvedimento finale. Sarà dunque l'organo competente ad adottare il provvedimento finale, e che manifesterà la volontà della persona giuridica all'esterno, ad apporre la motivazione. Non vi è dubbio che, per la redazione della motivazione, sia possibile per l'organo emanante rifarsi a considerazioni o atti che sono stati precedentemente espressi da altri soggetti, ma questi diverranno rilevanti per il destinatario solo ed in quanto siano stati richiamati. La motivazione *per relationem* va quindi considerata come l'esternazione di una manifestazione di volontà, operata dall'organo procedente, il quale dimostra di volersi rifare a motivi anche solo in parte precedentemente espressi da altri organi o soggetti. Non è invece possibile sostenere che in questo caso la motivazione sia stata espressa dal soggetto che ha adottato l'atto richiamato, in quanto se così fosse, il soggetto richiamante finirebbe per

¹⁶² A titolo di esempio l'art. 59 co. 2 della Legge regionale Liguria 36/1997 «Qualora l'approvazione dei progetti da parte della conferenza di servizi a norma del comma 1 comporti variante al PUC o sostituisca il PUO da questo eventualmente prescritto: a) l'atto di impulso dell'autorità procedente deve essere adeguatamente circostanziato e motivato sulle ragioni di convenienza e di urgenza per il ricorso al procedimento semplificato di cui al presente articolo.[...]» Il testo dell'articolo è stato successivamente modificato dall'art. 4, comma 3, della legge regionale 19/2002.

¹⁶³ A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti e sindacato di legittimità*, op. cit., p. 50.

spogliarsi del potere che l'ordinamento gli riconosce e della relativa responsabilità che gli fa capo¹⁶⁴.

La situazione è invece differente quando un provvedimento è adottato da un organo di natura collegiale, a cui è preposta una pluralità di persone fisiche¹⁶⁵. In questo caso la pluralità di persone che prendono parte ad una decisione spezza il rapporto che esiste tra premesse e conclusioni, cioè il contenuto dispositivo. In questo caso, indipendentemente dall'utilizzo o meno di un metodo democratico di voto a maggioranza, la volontà espressa dall'organo non è la semplice sommatoria di quelle espresse dai singoli componenti. Così la dottrina rileva come la motivazione espressa dai singoli componenti non possa valere come motivazione dell'organo adottante¹⁶⁶. Un'eccezione a questo principio si può tuttavia riconoscere laddove sia la legge a prevedere espressamente una proposta motivata come atto autonomo, la quale venga poi votata favorevolmente¹⁶⁷. Se invece la proposta non è accolta nella sua interezza perché emendata, oppure rigettata interamente in quanto ne viene accolta un'altra formulata oralmente, il rapporto tra la motivazione della proposta e quello della delibera si spezza definitivamente. Occorrerà allora che al termine della deliberazione sia messo in votazione un ordine del giorno motivato¹⁶⁸.

¹⁶⁴ Il tema si lega da un lato a quello dell'irrinunciabilità del potere per quanto concerne l'amministrazione approvante, dall'altro a quello della responsabilità del funzionario persona fisica che è titolare dell'organo.

¹⁶⁵ L'organo è invece monocratico quando ad esso è preposta una sola persona fisica. La qualità di organo monocratico o collegiale dipende dal numero di soggetti preposti all'organo. Non rilevano invece i soggetti che pure ne fanno parte perché assegnati ad esso, i quali, tuttavia, non ne hanno la titolarità. Si veda M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., pp. 341-316.

¹⁶⁶ S. VALENTINI, *La collegialità nella teoria della organizzazione*, Giuffrè, Milano, 1968, p. 315. Il principio è peraltro proprio non solo del diritto amministrativo ma anche delle altre branche del diritto ove viene in considerazione il principio di collegialità.

¹⁶⁷ In questo senso G. CORSO, *Motivazione dell'atto amministrativo*, op. cit., paragrafo 10.

¹⁶⁸ In questo senso G. GARGIULO, *I collegi amministrativi*, Jovene, Napoli, 1962, p. 271

II L'ESPERIENZA ITALIANA.

Sommario: 1. Dall'unificazione italiana agli anni '80 del XX secolo; 2. La Legge 7 agosto 1990, n. 241; 3. Gli atti da motivare; 3.1. L'organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi ed il personale; 3.2. Il piano regolatore generale; 3.3. Gli accordi: sostitutivi od integrativi del provvedimento e tra pubbliche amministrazioni; 4. Il contenuto della motivazione; 5. Motivazione e discrezionalità; 6. Procedimento e motivazione: iniziativa. Il problema della motivazione sintetica.; 7. Procedimento e motivazione: istruttoria; 8. Procedimento e motivazione: conclusione; 9. Il problema della motivazione postuma; 10. La perdita di centralità della legge sul procedimento.

II. 1. Dall'unificazione italiana agli anni '80 del XX secolo.

L'unificazione italiana ha richiesto una serie di interventi capaci di riordinare la giustizia amministrativa del neonato Regno D'Italia, proclamato il 17 marzo 1861. In particolare, l'assetto fortemente frammentato su base locale dei sistemi di giustizia preunitari venne superato tramite la legge 20 marzo 1865, n. 2248, rubricata «*legge per l'unificazione amministrativa del Regno d'Italia*», il cui allegato E è stato anche definito di «*abolizione del contenzioso amministrativo*»¹⁶⁹. L'attribuzione della competenza alla Corte di Cassazione a decidere sui conflitti tra amministrazione e giudice ordinario con legge 31 marzo 1877, n. 3761 non conseguì i risultati sperati e l'insuccesso della riforma¹⁷⁰ induce un dibattito che si concluderà con la legge 31 marzo 1889, n. 5992 istitutiva della Quarta sezione del Consiglio di Stato, con funzioni giurisdizionali¹⁷¹.

Risalgono allo stesso periodo le prime manifestazioni di censure per difetto di motivazione, prima con la forma di pareri dell'Adunanza Generale del Consiglio di

¹⁶⁹ Ciò in quanto l'art. 1 disponeva «*I Tribunali speciali attualmente investiti della giurisdizione del contenzioso amministrativo, tanto in materia civile, quanto in materia penale, sono aboliti e le controversie ad essi attribuite dalle diverse leggi in vigore saranno d'ora in poi devolute alla giurisdizione ordinaria, od all'autorità amministrativa, secondo le norme dichiarate dalla presente legge.*» A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 20.

¹⁷⁰ In questo senso il Mantellini. Prima della riforma con G. MANTELLINI, *I conflitti di attribuzione fra le autorità giudiziaria e amministrativa in Italia*, Firenze, Barbera, 1871, e successivamente con G. MANTELLINI, *I conflitti d'attribuzione in Italia dopo la legge del 31 marzo 1877*, Firenze, Barbera, 1877.

¹⁷¹ In questo senso A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, op. cit., p. 35, che rileva come questa sia l'impostazione accolta dalla Corte di Cassazione e poi recepita con legge 7 marzo 1907, n. 62.

Stato, i quali tuttavia non sempre erano accolti dal Governo, e, successivamente all'1889, con le prime decisioni in sede giurisdizionale¹⁷².

Le principali ragioni dell'esistenza di un obbligo di motivazione facevano leva in un primo momento sull'art. 3 dell'allegato E alla legge 20 marzo 1865, n. 2248, a norma del quale *«Gli affari non compresi nell'articolo precedente saranno attribuiti alle autorità amministrative, le quali, ammesse le deduzioni e le osservazioni in iscritto delle parti interessate, provvederanno con decreti motivati, previo parere dei consigli amministrativi che pei diversi casi siano dalla legge stabiliti. Contro tali decreti, che saranno scritti in calce del parere egualmente motivato, è ammesso il ricorso in via gerarchica in conformità delle leggi amministrative»*.

Tra la dottrina, il Cammeo, pur riconoscendo l'importanza delle esigenze dei privati in relazione alla motivazione, non riteneva applicabile immediatamente l'articolo, considerandolo invece una disposizione di natura programmatica. Dall'autore venivano proposte essenzialmente ragioni di ordine pratico, egli, infatti, riteneva che l'imposizione di un generale obbligo di motivazione avrebbe rallentato eccessivamente l'attività della pubblica amministrazione, la quale sarebbe stata ostacolata al punto da non poter più svolgere correttamente la propria attività¹⁷³. L'autore rileva inoltre come *«in infiniti casi della vita amministrativa, come in moltissimi della vita individuale, si prendono nelle materie di libera discrezione, saggissime risoluzioni per motivi istintivi, piuttosto che intuiti precisati o precisabili»*¹⁷⁴. Inoltre, riguardo l'eccesso di potere, egli ribadisce che la motivazione può ben essere utilizzata per sindacare le ragioni che hanno indotto l'amministrazione a decidere, ma non è sicuramente l'unico strumento utile a tal senso, ed in quanto tale non si vede perché dovrebbe essere obbligatoria in mancanza di una disposizione di legge.

Radicalmente opposta la posizione del Ragnisco, il quale osservava che il rigetto della bozza di articolo proposta precedentemente dal progetto Borgatti¹⁷⁵ doveva essere interpretata nel senso di imporre l'obbligo di motivazione anche all'attività di

¹⁷² Le prime censure di difetto di motivazione risalgono al 1885, tra cui il Parere 3 luglio 1885 del Consiglio di Stato in La Legge 1885, II, 827.

¹⁷³ ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti e sindacato di legittimità*, Giuffrè, Milano, 1987, p. 167.

¹⁷⁴ F. CAMMEO, *Gli atti amministrativi e l'obbligo di motivazione*, in Giur. it., vol. III, 1908, p. 253.

¹⁷⁵ Il progetto prevedeva all'art. 3 *«La decisione dei ricorsi contro gli atti di pura amministrazione riguardanti gli interessi individuali e collettivi degli amministrati spetta esclusivamente alle autorità amministrative le quali provvederanno con decreto motivato»*

amministrazione attiva¹⁷⁶. L'autore concepiva infatti la motivazione principalmente dal punto di vista del privato ed in funzione di garanzia rispetto a questi, pertanto sottolineava come l'assenza di motivazione non avrebbe permesso al privato di ricorrere giudizialmente¹⁷⁷.

Il Consiglio di Stato invece faceva largo uso della motivazione per sindacare lo sviamento di potere, pertanto, sin dalle sue prime pronunce, aveva dedotto proprio dal suo potere di accertare la nullità del provvedimento per sviamento di potere un obbligo diretto per l'amministrazione di motivare¹⁷⁸.

Inizia così una stagione della giurisprudenza italiana che, seppur a tratti ondivaga, a partire dall'originaria irrilevanza della motivazione sfocia, da ultimo, in punte di aperto formalismo, colpendo con l'invalidità il provvedimento carente di motivazione¹⁷⁹. Si tratta di un indirizzo che si è fortemente sviluppato a partire dagli anni '30 del XXI secolo fino al secondo dopoguerra, il quale, anche in caso di provvedimento motivato ma in maniera non sufficiente, ne fa discendere comunque l'invalidità del provvedimento, in quanto si tratta di «*mancata esternazione della ponderazione dell'interesse essenziale predeterminato dalla norma*»¹⁸⁰.

Come è stato criticamente rilevato, dal punto di vista del giudice, questo orientamento si spiegava sul presupposto che lo stesso potesse indagare esclusivamente il contenuto del provvedimento, e non anche il procedimento nella sua interezza. L'idea era quella «*per cui ciò che non fosse in motivazione non fosse nel provvedimento*»¹⁸¹, e comportava l'identificazione del *petitum* dell'intero giudizio nello stesso provvedimento impugnato. Addirittura l'elevato formalismo aveva indotto taluni a teorizzare che il destinatario della motivazione fosse proprio il giudice. In realtà questa impostazione

¹⁷⁶ In questo senso L. RAGNISCO, *Sezione IV; Decisione 15 Maggio 1908; Pres. Perla, Est. Pincherle; Gadaleta E Caldarola C. Capitolo Cattedrale Di Ruvo Di Puglia E Altri*, in *Il Foro Italiano*, 1909, p. 10.

¹⁷⁷ Per una ricostruzione più approfondita si veda R. SCARCIGLIA, *La motivazione dell'atto amministrativo. Profili ricostruttivi e analisi comparatistica*, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 177-180.

¹⁷⁸ Anche se in alcuni casi, al contrario, permetteva la carenza della motivazione, a patto che fosse poi l'amministrazione in giudizio a dimostrare la correttezza della decisione. Questa inversione dell'onere probatorio di fatto legittimava la motivazione postuma in giudizio. Si veda G. DE CESARE, *L'eccesso di potere e la giurisprudenza del Consiglio di Stato*, Padova, CEDAM, 1970, p. 70.

¹⁷⁹ Si deve a questo filone la prima elaborazione della nozione di motivazione come «*enunciazione dei motivi*», nella sua configurazione di elemento formale del provvedimento. Si veda A. CODACCI PISANELLI, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, in *Giur. it.*, 1892, III, 143 ss.

¹⁸⁰ M. NIGRO, *Sulla riproduzione dell'atto amministrativo annullato in sede giurisdizionale*, in *Foro it.*, 1958, III, p. 43.

¹⁸¹ M.S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, vol. XXVII, Milano, 1977, paragrafo 4.

partiva da una premessa errata riguardo la posizione del giudice nel giudizio, il quale avrebbe invece potuto sicuramente conoscere l'intero procedimento formativo del provvedimento. Inoltre, nel caso di annullamento di un provvedimento per difetto di motivazione, la pubblica amministrazione adottava nuovamente l'atto annullato con una motivazione corretta, costringendo così il privato, qualora avesse voluto far valere profili sostanziali, a riproporre l'azione¹⁸². Ciò discende dal fatto che questa impostazione è comunque un riflesso della concezione del giudizio amministrativo all'interno dell'ordinamento, fondata sul presupposto che oggetto del giudizio non sia il rapporto giuridico sostanziale tra le parti ma soltanto il provvedimento impugnato.

Lo spunto per abbandonare questa impostazione comunque non giunse dalla dottrina ma da un'eventualità meramente fattuale verificatasi dopo il secondo conflitto mondiale: «*l'aumento vertiginoso di controversie relative ad atti i quali, nel loro testo scritto, non recavano una sola riga di motivazione, rinviando per essa ad altri atti del procedimento*»¹⁸³. Così la giurisprudenza si trovò costretta ad ammettere la legittimità di motivazioni per *relazionem* riferita tanto ad un altro provvedimento, quanto ad un atto amministrativo generale o addirittura genericamente ai risultati dell'istruttoria.

In questo modo viene modificato radicalmente l'oggetto dell'indagine che abbandona il testo formale del provvedimento per spostarsi invece sull'intero rapporto giuridico oggetto di dibattito. Non si discute più della corretta esternazione dei motivi nel testo del provvedimento, la quale diviene essenzialmente irrilevante, conformemente alle disposizioni normative dell'epoca che non imponevano alcuno specifico obbligo di motivazione¹⁸⁴, ma l'indagine si posta sui motivi che hanno indotto l'amministrazione a decidere, al fine di ricercare situazioni di eccesso di potere¹⁸⁵.

Lungi dal rivoluzionare radicalmente le posizioni della dottrina e giurisprudenza che si erano precedentemente sviluppate, la nuova impostazione portò ad un ripensamento critico di posizioni eccessivamente formaliste, permettendo di giungere alla posizione assunta dalla giurisprudenza italiana degli anni '70 del secolo scorso. La

¹⁸² M.S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, op. cit., paragrafo 4.

¹⁸³ M.S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, op. cit., paragrafo 5.

¹⁸⁴ Da qui la denominazione del filone giurisprudenziale in questione, definito da taluni «*sostanziale*», o da altri come della «*dequotazione della motivazione*». Tra questi M.S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, op. cit., paragrafo 6.

¹⁸⁵ Il risultato si deve al contemporaneo sviluppo della principale tesi sull'eccesso di potere come vizio di potere elaborata proprio in quegli anni e che si deve al Benvenuti, si veda F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, 1.

motivazione veniva infatti considerata obbligatoria o meno in base al tipo di atto impugnato, le caratteristiche del provvedimento e l'interesse del destinatario del provvedimento rispetto a questo. Nella giurisprudenza dell'epoca emergeva una funzione della motivazione essenzialmente di garanzia nei confronti del privato¹⁸⁶.

In particolare, se si considerano gli effetti del provvedimento, dovevano essere motivati quelli negativi, non invece quelli positivi. Questi ultimi dovevano infatti essere motivati soltanto nel caso avessero richiesto un'istruttoria complessa ed articolata, oppure ancora costituissero esercizio di un potere ampiamente discrezionale. Pertanto non richiedevano motivazione i provvedimenti interamente vincolati o frutto di un'istruttoria semplice, oppure tutte quelle autorizzazioni e concessioni da considerare di scarso rilievo economico o valore. Il criterio della discrezionalità e della semplicità era seguito anche per i provvedimenti dichiarativi, pertanto esclusivamente quelli valutativi dovevano essere oggetto di motivazione. Dal punto di vista della posizione del privato rispetto al provvedimento, era richiesta la motivazione per tutti i provvedimenti restrittivi della sfera giuridica del privato. Da ultimo si richiedeva motivazione per i provvedimenti di secondo grado, quali annullamenti e revoche¹⁸⁷.

Le principali direttrici dell'epoca pertanto sembravano richiedere un onere motivazionale laddove si concentravano profili di discrezionalità e di una possibile maggior lesività della sfera giuridica del privato, mentre la semplicità e la scarsa importanza del provvedimento erano elementi che spingevano in senso contrario, permettendo di non apporre alcuna motivazione.

Il discorso peraltro era valido per la maggior parte degli atti e provvedimenti della pubblica amministrazione, per i quali la legge nulla disponeva, mentre vi erano casi di procedimenti interamente disciplinati dalla legge ed ai quali questa richiedeva espressamente l'apposizione di una motivazione¹⁸⁸. Queste norme potevano essere

¹⁸⁶ M.S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, op. cit., nota 10.

¹⁸⁷ La ricostruzione è operata in M.S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, op. cit., paragrafo 4.

¹⁸⁸ A titolo di esempio l'art. 10 c. 3 della D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 (Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato) «Compiuto il periodo di prova, l'impiegato consegue la nomina in ruolo con decreto del ministro, previo giudizio favorevole del consiglio di amministrazione, fondato anche sulle relazioni dei capi dei servizi ai quali è stato applicato e sull'esito dei corsi eventualmente frequentati. Nel caso di giudizio sfavorevole il periodo di prova è prorogato di altri sei mesi, al termine dei quali, ove il giudizio sia ancora sfavorevole, il ministro dichiara la risoluzione del rapporto di impiego con decreto motivato. In tal caso spetta all'impiegato una indennità pari a due mensilità del trattamento relativo al periodo di prova».

inquadrate come eccezioni rispetto alla generale assenza di obbligo, ed in quanto tali erano sicuramente insuscettibili di applicazione al di fuori dei casi e tempi dalla legge considerati.

Le posizioni della dottrina dell'epoca erano le più varie. Il filone maggioritario argomentava una funzione essenzialmente di garanzia della motivazione, principalmente in un'ottica liberale e con venature autoritarie, e pertanto si assestava sulle posizioni assunte dalla giurisprudenza¹⁸⁹. La dottrina minoritaria, propendendo comunque per assicurare il pieno risultato della garanzia del privato, argomentava criticamente in alcuni casi l'operato della giurisprudenza, sottolineava la necessità di imporre oneri motivazionali maggiori¹⁹⁰. Autorevole dottrina, alcuni anni dopo, tentò di rivedere lo strumento della motivazione, abbandonando la concezione del solo individuo e la funzione di garanzia per abbracciare invece il punto di vista della collettività, da individuare come destinataria della motivazione stessa, per giungere ad attribuire alla motivazione una funzione di trasparenza o addirittura di controllo democratico¹⁹¹. In questo senso veniva richiesto un onere motivazionale maggiore anche per tutti quei provvedimenti non in grado di incidere in maniera profonda nella sfera giuridica del singolo, quali autorizzazioni o concessioni di scarso valore economico.

II. 2. La Legge 7 agosto 1990, n. 241.

Il XXI secolo ha determinato un periodo di grandi cambiamenti per il diritto amministrativo in tutta l'Europa. L'Austria già nel 1925 aveva adottato una legge generale sul procedimento amministrativo, che, anche se emendata successivamente in alcune sue parti, rimane tutt'ora in vigore. La legge ha tracciato i binari su cui diversi

¹⁸⁹ Tra questi il Giannini in M.S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, op. cit.

¹⁹⁰ Tra questi vi è la questione dell'ammissibilità della motivazione postuma. La giurisprudenza ammetteva sicuramente l'integrazione della motivazione con un successivo provvedimento amministrativo, in alcuni casi addirittura la motivazione successiva esternata in corso di giudizio. Al contrario alcuni autori sottolineavano come ciò lascerebbe il destinatario privo di sufficienti garanzie. Per una ricostruzione delle varie teorie si veda L. CIMELLARO, *La motivazione del provvedimento amministrativo. Una rassegna della dottrina e della giurisprudenza di ieri e di oggi*, in *Dir. amm.*, 1995, pp. 458 ss.

¹⁹¹ Ci si riferisce qui alle posizioni espresse da A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti e sindacato di legittimità*, op. cit..

paesi hanno successivamente codificato o positivizzato la disciplina del procedimento amministrativo, in particolare Ungheria (1957), Polonia (1960), Germania (1976), Danimarca (1986), Portogallo (1991), Paesi Bassi (1994)¹⁹².

Tra questi vi è anche l'Italia che ha disciplinato la materia con Legge 7 agosto 1990, n. 241. (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi, da qui in avanti, legge n. 241/1990). In particolare l'art. 3 dispone al primo comma *“Ogni provvedimento amministrativo, compresi quelli concernenti l'organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi ed il personale, deve essere motivato, salvo che nelle ipotesi previste dal comma 2. La motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria.”*. L'articolo è stato successivamente rubricato *“Motivazione del provvedimento amministrativo”*, dall'art. 21 della legge 11 febbraio 2005, n. 15 (Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa).

Innanzitutto va rilevato che la previsione dell'obbligo di motivazione è avvenuta in Italia con legge generale sul procedimento, la questione non è priva di conseguenze. È possibile rilevare che vi è coincidenza tra l'ambito soggettivo della disciplina del procedimento e quella dell'obbligo di motivazione, permettendo all'istituto di legarsi saldamente all'intera struttura procedimentale e alle altre garanzie del privato, quali il diritto d'accesso¹⁹³. Lo stesso risultato non si avrebbe invece qualora il procedimento non fosse disciplinato in via generale, ma il legislatore si occupasse di volta in volta di singoli istituti con un proprio ambito applicativo¹⁹⁴. Pertanto l'ambito applicativo soggettivo dell'obbligo di motivazione va determinato facendo riferimento all'art. 29, comma 1, legge n. 241/90 *“Le disposizioni della presente legge si applicano alle*

¹⁹² Si veda R. WOLFGANG, *Administrative Procedure in EU Member States*, atti del convegno Conference on Public Administration Reform and European Integration, Budva, Montenegro, 26-27 March 2009, in <http://www.sigmaxweb.org/>, p. 8.

¹⁹³ Ha invece un proprio ambito applicativo il diritto d'accesso, il quale si applica anche a *«soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario»* a norma dell'art. 22, comma 2, lett. e), l. n. 241/1990. La dottrina la considera una manifestazione della tendenza espansiva del diritto amministrativo, si veda M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit. op., pp. 46-47.

¹⁹⁴ È il caso del modello francese, ove la motivazione è disciplinata dalla Loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 *relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public*.

*amministrazioni statali e agli enti pubblici nazionali. Le disposizioni della presente legge si applicano, altresì, alle società con totale o prevalente capitale pubblico, limitatamente all'esercizio delle funzioni amministrative[...]*¹⁹⁵.

In secondo luogo va rilevato che la posizione dell'obbligo all'interno della legge sul procedimento rende applicabile alla motivazione anche l'insieme dei principi generali che la legge sancisce per il procedimento amministrativo¹⁹⁶. In particolare l'art. 1, comma 1, l. n. 241/90 (Principi generali dell'attività amministrativa): *“L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario”*. Già dal testo dell'articolo emergono infatti delle direttrici contrapposte: da un lato la trasparenza, l'imparzialità e la pubblicità imporrebbero una motivazione quanto più estesa possibile, dall'altro la giustificazione per un onere motivazionale meno gravoso deriverebbe dalle ragioni dell'efficacia e quelle dell'economicità¹⁹⁷. Inoltre, in tema di principi, se la stessa legge si inserisce in un contesto normativo particolare positivizzandone alcuni, altri sono rimasti propri della giurisprudenza amministrativa anteriore e continuano a trovare applicazione anche successivamente¹⁹⁸. Inoltre la scelta di optare per lo strumento della legge comporta la subordinazione ai principi che sono imposti a livello costituzionale, in particolare i principi di imparzialità e buon andamento¹⁹⁹, della giustiziabilità dell'azione amministrativa²⁰⁰, nonché quelli della comunità europea espressamente richiamati.

Ancora, la posizione dell'obbligo di motivazione nel capo primo (Principi) sembrerebbe lasciar intendere che alla disciplina della motivazione non possa essere

¹⁹⁵ L'obbligo di motivazione non può invece ritenersi applicabile a *“tutte le pubbliche amministrazioni”*, in forza del mancato richiamo operato dall'ultima parte del comma 1 dello stesso articolo.

¹⁹⁶ In questo senso R. SCARCIGLIA, *La motivazione dell'atto amministrativo. Profili ricostruttivi e analisi comparatistica*, op. cit., p. 204.

¹⁹⁷ Qualora in uno specifico caso fossero presenti esigenze sottostanti principi in antinomia tra loro, a differenza delle norme, questi dovranno essere ponderati e bilanciati, potendosi individuare solo all'interno del caso concreto, e mai in senso assoluto, quale sia prevalente sull'altro. Si veda R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a. Main, 1986, pp. 77 ss. e J. RAZ, *Legal Principles and the Limits of Law*, in *Yale Law Journal*, 81, 1972, pp. 823-854.

¹⁹⁸ Si pensi ad esempio al principio di proporzionalità.

¹⁹⁹ L'art. 97 comma 2 della Costituzione dispone: *“I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e la imparzialità dell'amministrazione.”*

²⁰⁰ D. SORACE, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir, Annali*, III, Milano, 2010, p. 46.

riconosciuto unicamente il ruolo di norma giuridica, destinata a trovare applicazioni a soli casi da essa considerati, ma costituisca essa stessa, indipendentemente dalla formulazione legislativa, un principio generale. La tesi è stata sostenuta dallo stesso Consiglio di Stato, il quale ha ravvisato nella previsione una fonte volta a guidare la successiva attività normativa secondaria di altri soggetti. In particolare la tesi è stata sostenuta in un giudizio avente ad oggetto una deliberazione dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas che determinava le tariffe da applicare²⁰¹.

Venendo invece alla positivizzazione del generale obbligo di motivazione, questo rappresenta un salto di qualità per la motivazione, ora non vi è più dubbio che possa essere qualificato come un elemento formale del provvedimento, la cui assenza vizi comunque il provvedimento, indipendentemente dalle ragioni sostanziali ed i motivi che hanno indotto l'amministrazione a decidere. Il legislatore sembra dunque aver optato per il modello della motivazione formale prospettato dalla giurisprudenza precedente, rifiutando invece quello della dequotazione della motivazione. Occorre individuare quale sia la sanzione che l'ordinamento prevede nei confronti del provvedimento carente di motivazione.

L'art. 21-*septies* della legge n. 241/1990 (Nullità del provvedimento), dispone *"È nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge."* Pertanto si rende preliminarmente necessario, una volta qualificata la motivazione come elemento del provvedimento, capire se questa sia o meno essenziale. Nonostante non vi sia a tal proposito unanimità in giurisprudenza e in dottrina sulla categoria degli elementi essenziali²⁰², entrambe sembrano comunque propendere per l'esclusione della motivazione dalla categoria suddetta²⁰³.

²⁰¹ M.A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 364..

²⁰² In alcuni casi la giurisprudenza sembra richiamare la categoria del negozio giuridico di diritto pubblico, ormai abbandonata dalla dottrina: *«elementi essenziali dell'atto, che vanno individuati, in assenza di una esplicita indicazione legislativa, secondo le nozioni sostanziali di derivazione civilistica, concernenti il contratto e il negozio giuridico»* TAR Roma, (Lazio), sez. II, 18 giugno 2012, n. 5587, in Foro amm. TAR 2012, 6, 1971.

²⁰³ *«si tratta di un'accezione troppo forte, a parere di chi scrive, anche in considerazione del fatto che la motivazione è sempre stata considerata, nella sua carenza, mera causa di annullabilità e mai di nullità»* in G. NAPOLITANO, *Manuale di diritto amministrativo. Aggiornato alla Legge finanziaria per il 2008*, op. cit., p. 293. Anche se in senso contrario M. D'ORSOGNA, *Articolo 21 octies comma 1, Annullabilità*

Dunque esclusa la nullità, o addirittura l'inesistenza dell'atto, la mancanza della motivazione va ricondotta alla categoria dell'annullabilità, a norma dell'art. 21-*octies*, comma 1, legge n. 241/90 (Annullabilità del provvedimento): “È annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza.”. La giurisprudenza precedente la legge n. 241/1990, nel rilevare una motivazione carente o mancante, era propensa a riconoscere la situazione come una figura sintomatica dell'eccesso di potere. Al contrario, ora, l'imposizione legislativa permette di inquadrare la figura immediatamente all'interno della violazione di legge. In quanto tale la mancanza della motivazione si trova in una posizione privilegiata rispetto a figure sintomatiche dell'eccesso di potere, le quali possono essere più difficili da indagare e, singolarmente considerate, possono non essere sufficienti all'ottenimento di una declaratoria di annullamento.

Meno chiara è invece la situazione della carenza di motivazione, quando cioè questa, anche se apposta, non permetta di ravvisare l'*iter* logico seguito dall'amministrazione sulle ragioni e risultanze dell'istruttoria, costituendo di fatto un'elusione dell'obbligo giuridico dell'art. 3. Alcuni autori propendono per la configurabilità della violazione di legge²⁰⁴. Altri continuano a considerare il difetto di motivazione, quando questa è insufficiente, incompleta o generica, essenzialmente una figura sintomatica dell'eccesso di potere²⁰⁵, in continuità con la giurisprudenza precedente²⁰⁶. Considerazioni analoghe valgono anche per gli altri vizi della motivazione, in particolare quanto questa è generica, oppure ancora contraddittoria, ambigua o illogica²⁰⁷. In questi casi tuttavia, se si parte dal presupposto che l'eccesso di potere è vizio della funzione, si dovrebbe giungere alla conclusione che la violazione di

del provvedimento, in La pubblica amministrazione e la sua azione, a cura di N. Paolantonio, A. Police, A. Zito, Torino, Wolters Kluwer, 2005, p. 602.

²⁰⁴ Tra questi E. CASETTA, *Manuale diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 479 che fa leva sulla tesi della violazione di legge anche nel caso di contrasto tra provvedimento e principi dell'ordinamento, in quanto questi sono stati recepiti dall'art. 1 della l. n. 241/1990.

²⁰⁵ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., pp. 209-210, il quale avverte tuttavia che quando la motivazione manchi del tutto, il vizio sia da considerare comunque come violazione di legge.

²⁰⁶ La questione ha comunque un valore prettamente scientifico e scarsamente pratico. La presentazione del ricorso non richiede un'indicazione tanto puntuale degli articoli di legge che si ritengono violati da precludere al giudice la declaratoria di annullamento fondata su un vizio difforme da quello riportato, ma comunque fondata sulle stesse linee di fatto. T. AUTIERI, *La patologia della motivazione: dall'eccesso di potere alla violazione di legge*, in La motivazione del provvedimento amministrativo. Raccolta di dottrina giurisprudenza e legislazione, Padova, CEDAM, 2002, p. 29.

²⁰⁷ Per una ricostruzione completa degli istituti nel diritto italiano si veda G. MASUCCI, *Motivazione*, in Procedimento amministrativo, a cura di M. CLARICH, G. FONDERICO, Milanofiori-Assago, Wolters Kluwer, 2015, pp. 105-106.

legge si possa avere soltanto quando l'*iter* seguito dall'amministrazione sia stato chiaro e logico e che il vizio si sia verificato soltanto in un momento successivo, cioè all'apposizione materiale della motivazione sul testo del provvedimento, nel momento della sua stesura. Ciò originerebbe una scissione tra quanto materialmente scritto e quanto argomentato dall'autore, sul presupposto che il potere sia già stato esercitato e che la redazione della motivazione rappresenti soltanto una formalità successiva, ma necessaria affinché il provvedimento diventi efficace. L'ipotesi sembra più un caso di scuola, invero nella maggior parte dei casi sarebbero invece più propriamente da ricondurre all'eccesso di potere tutti quei vizi che si manifestino già durante l'*iter* procedimentale e che colpiscano direttamente la decisione finale. Ciò in quanto essa stessa è viziata e non la sua mera manifestazione esterna.

II. 3. Gli atti da motivare.

L'art. 3 della legge n. 241/1990 dispone un generale obbligo di motivazione per "*ogni provvedimento amministrativo*". Non è inutile dare atto del dibattito che si creò al momento della redazione del testo della riforma, considerando che la corretta definizione del termine provvedimento rimane ancora per alcuni tratti incerta, in quanto la scelta riflette considerazioni di teoria generale dell'atto amministrativo.

L'originaria formulazione della disposizione in esame era contenuta nel Disegno di Legge 1913, 1987 (Disposizioni dirette a migliorare i rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione nello svolgimento dell'attività amministrativa)²⁰⁸. L'art. 4, (Obbligo di motivazione) disponeva: "*Ogni atto amministrativo scritto deve essere motivato, tranne che specifiche disposizioni lo escludano espressamente[...]*". La seduta della I Commissione dell'8 marzo 1989 comportò la riformulazione di buona parte del testo dell'articolo. In particolare il termine atto fu sostituito da provvedimento, sul presupposto che se la motivazione costituisce esternazione dei motivi, i quali sono espressione di volontà, allora soltanto l'atto che esprime una volontà può essere motivato²⁰⁹. Ciò, peraltro, più che una netta innovazione, sembrava un recepimento

²⁰⁸ La Sottocommissione è stata anche definita "Commissione Nigro" dal nome del suo presidente.

²⁰⁹ Per una ricostruzione approfondita dei lavori assembleari si veda R. SCARCIGLIA, *La motivazione dell'atto amministrativo. Profili ricostruttivi e analisi comparatistica*, op. cit., pp. 198-199.

degli indirizzi generali della giurisprudenza dell'epoca, i quali erano in armonia con gli indirizzi dottrinali sulla teoria dell'atto²¹⁰.

L'imposizione di un obbligo legato al provvedimento in un ordinamento come quello italiano, il quale è sprovvisto di una definizione giuridica normativa sia dell'atto che del provvedimento, implica ancorarlo ad un oggetto che è essenzialmente risultato di elaborazione teorica e dottrinale e, dunque, rimetterne la concreta definizione alla casistica elaborata dalla giurisprudenza. Non deve dunque sorprendere che se da un lato la normativa recepisce orientamenti giurisprudenziali consolidati, dall'altro propenda per una soluzione che non elenchi tassativamente quali atti debbano essere motivati e quali no. Infatti, come è stato rilevato, è una caratteristica del diritto amministrativo quella di attribuire alla giurisprudenza pretoria il ruolo di «*creare il corpo delle norme sostanziali generali del diritto amministrativo*»²¹¹.

Il riferimento al provvedimento permette in linea di prima approssimazione di escludere tutti quegli atti che non rientrano nella categoria, quali gli atti endoprocedimentali. In generale dovrebbero ritenersi esclusi tutti gli atti interni, cioè quelli non destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di soggetti terzi ed esterni all'amministrazione, o perché destinatari sono soltanto altri organi e soggetti della pubblica amministrazione, oppure perché prodromici rispetto ad atti finali. Così la giurisprudenza non ritiene che sia necessaria una motivazione specifica per le circolari amministrative o gli ordini di servizio²¹². Pertanto il criterio della concreta ed immediata lesività delle posizioni giuridiche private può utilmente essere utilizzato per individuare gli atti che non devono essere motivati. Lo stesso tuttavia non può essere enfatizzato troppo, in quanto esistono comunque casi in cui in via di eccezione la giurisprudenza richiede la motivazione di atti idonei a produrre effetti esterni, quali le delibere a contrarre nelle procedure ad evidenza pubblica. Inoltre anche pareri, proposte e

²¹⁰ «Non è superfluo avvertire, in rapporto a certe sciattezze che talora occorre di incontrare, che si ha motivazione per quegli atti per i quali il motivo ha, per legge o volontà delle parti, propria rilevanza, quindi per gli atti di volontà. Per gli atti aventi natura di dichiarazione di scienza, in senso lato, non vi è né motivo né motivazione» M.S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, op. cit., paragrafo 4.

²¹¹ M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in riv. dir. proc., 1963, p. 522. Inoltre secondo alcuni autori il discorso può essere riferito anche a norme processuali, si veda M. CLARICH, *L'effettività della tutela nell'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo*, in dir. proc. amm., 1998, p. 525.

²¹² Mentre l'art. 17 comma 2 del D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 (testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato) impone uno specifico obbligo di motivazione alle rimostranze all'ordine.

valutazioni tecniche dovrebbero considerarsi esclusi dalla categoria del provvedimento ed idonei a produrre effetti nei confronti di terzi. In realtà si può attribuire alla motivazione del parere addirittura valore costitutivo: si pensi ad un parere obbligatorio ma non vincolante dal quale l'amministrazione procedente intenda discostarsi, in mancanza di una idonea motivazione il parere non si potrebbe considerare reso²¹³.

II. 3.1. L'organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi ed il personale.

Lo stesso art. 3 comma 1 della legge n. 241/90 dispone inoltre il principio per cui ogni provvedimento amministrativo deve essere motivato “*compresi quelli concernenti l'organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi ed il personale*”. La disposizione desta qualche perplessità se si riflette sul fatto che la maggior parte degli atti emanati in questi settori non ha natura provvedimentoale. Secondo taluni ciò dimostrerebbe che il termine provvedimento sarebbe invece stato utilizzato come sinonimo di atto, pertanto tutti gli atti dovrebbero essere motivati, salvo poi escluderne particolari categorie per le quali la motivazione sarebbe superflua²¹⁴. Altri invece, pur sostenendo che il termine non sarebbe stato utilizzato con un significato preciso, ritengono che l'inclusione di queste categorie in modo espresso avrebbe lo scopo di estendere l'obbligo di motivazione anche ad alcune materie che in passato la giurisprudenza non riteneva sindacabili a causa dell'ampia discrezionalità che le connota²¹⁵. Sembra comunque preferibile la tesi che attribuisce un significato generico al termine, volto essenzialmente ad escludere tutti gli atti endoprocedimentali, per configurare un obbligo di motivazione sugli atti conclusivi del procedimento e volti a dispiegare effetti nei confronti di terzi²¹⁶.

²¹³ In alcuni casi di pareri obbligatori e vincolanti è possibile addirittura riconoscere direttamente natura provvedimentoale, rendendo pertanto obbligatoria la motivazione. V. MASCELLO, *La motivazione degli atti interni*, in *La motivazione del provvedimento amministrativo. Raccolta di dottrina giurisprudenza e legislazione*, op. cit., pp. 62-63.

²¹⁴ Tra gli altri M. DE PAOLIS, *L'art. 3, L. 7 agosto 1990, n. 241*, in *La motivazione del provvedimento amministrativo. Raccolta di dottrina giurisprudenza e legislazione*, op. cit., pp. 31-32.

²¹⁵ Tra questi R. SCARCIGLIA, *La motivazione dell'atto amministrativo. Profili ricostruttivi e analisi comparatistica*, op. cit., pp. 223-224.

²¹⁶ G. CORSO, *Motivazione dell'atto amministrativo*, op. cit., p. 782.

Il riferimento all'organizzazione amministrativa trova un limite nella riserva di legge di cui all'art. 97 della Costituzione che copre l'organizzazione dei pubblici uffici, la quale è comunque considerata relativa²¹⁷. Pertanto, all'interno della riserva, ciascuna amministrazione può muoversi provvedendo autonomamente alla propria organizzazione interna e dovrà farlo mediante provvedimento motivato. Peraltro, nella prassi la creazione, modificazione o estinzione di uffici ed organi avviene spesso con provvedimenti generali o regolamentari²¹⁸.

Lo svolgimento dei pubblici concorsi sembra riferibile tanto, in senso stretto, al reclutamento del personale, per il quale l'art. 97 co. 4 della Costituzione dispone che *“Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge”*, quanto, in senso più ampio, a tutti quei procedimenti che vedono dei soggetti concorrere per l'ottenimento del bene della vita cui aspirano, quali appalti o concessioni²¹⁹. Il riferimento espresso allo svolgimento del concorso, piuttosto che al solo esito, permette inoltre di assoggettare all'obbligo tutti gli atti del procedimento amministrativo.

Sembra invece in contrasto con questa impostazione la prassi, la quale individua i concorsi pubblici come l'ambito applicativo principale della motivazione in forma numerica piuttosto che in forma discorsiva. La stessa prassi è stata ritenuta legittima dalla giurisprudenza costituzionale²²⁰, ed il Consiglio di Stato per lo più ritiene legittima la previsione di una motivazione espressa esclusivamente in forma numerica, senza che sia anche accompagnata da una contestuale motivazione discorsiva. Ciò richiede a monte la predeterminazione dei criteri generali di valutazione che non possono essere disattesi²²¹. In questo contesto si inserirebbe il sindacato giudiziale che potrebbe ben rilevare discrepanze tra i criteri predeterminati ed il punteggio assegnato, senza entrare nel merito della scelta operata dall'amministrazione.

²¹⁷ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., p. 308.

²¹⁸ M. DE PAOLIS, *L'art. 3, L. 7 agosto 1990, n. 241*, in *La motivazione del provvedimento amministrativo. Raccolta di dottrina giurisprudenza e legislazione*, op. cit., pp. 32-33.

²¹⁹ M. DE PAOLIS, *L'art. 3, L. 7 agosto 1990, n. 241*, in *La motivazione del provvedimento amministrativo. Raccolta di dottrina giurisprudenza e legislazione*, op. cit., p. 33.

²²⁰ Il principio è stato espresso dalla sentenza Cort. Cost. 15 giugno 2011 n. 175 su un'altra materia, la Corte si è espressa sulla legittimità della valutazione numerica sulla prova scritta nell'esame di abilitazione alla professione di avvocato.

²²¹ Per una ricostruzione più approfondita si veda M.A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 402-403.

Peraltro questa impostazione fa necessariamente leva sulla premessa che l'attribuzione del punteggio può essere considerata motivazione qualora assolve alle medesime funzioni. Pertanto il complesso del sistema, dato dalla predeterminazione dei criteri e la successiva attribuzione dei punteggi, dovrà permettere di indagare le ragioni che hanno indotto l'amministrazione a decidere e l'*iter* logico seguito in misura non minore di quanto permette la motivazione discorsiva. Questo assunto è stato fortemente criticato dalla dottrina, la quale ha sottolineato come l'attribuzione di un punteggio non farebbe venir meno l'obbligo di motivarlo²²². La giurisprudenza dei TAR inoltre non è stata sempre concorde con gli indirizzi del Consiglio di Stato ed in molti casi è giunta addirittura a soluzioni radicalmente opposte, in casi particolari di esclusione di un concorrente dal concorso²²³, oppure anche in caso di risultati favorevoli per il singolo concorrente²²⁴.

Da ultimo l'art. 3 della legge n. 241/1990 menziona espresso il personale della pubblica amministrazione. La privatizzazione del rapporto di pubblico impiego, avvenuta con il Decreto Legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, ha ristretto drasticamente l'ambito applicativo degli atti di natura provvedimento nella materia, costituito ora tendenzialmente agli atti macroorganizzativi²²⁵. La maggioranza dei provvedimenti individuali nei confronti di soggetti determinati, la c.d. microorganizzazione, è stata infatti sostituita da negozi giuridici di diritto privato, estranei alla legge sul procedimento amministrativo. L'obbligo di motivazione continua comunque a trovare sicuramente applicazione per quelle categorie speciali che non sono state ricomprese nella riforma²²⁶.

La giurisprudenza tuttavia non ha pienamente recepito la riforma, continuando in alcuni casi a conservare un regime di specialità nei confronti dei pubblici dipendenti sottoposti alla disciplina del pubblico impiego privatizzato. In particolare i maggiori

²²² Tra gli altri. G. CORSO, *Motivazione dell'atto amministrativo, aggiornamento*, in Enc. Diritto, V, 2001, paragrafo 8. L'autore fa leva sulla sull'art. 12 comma 1 del D.P.R. 9 maggio 1994, n. 487 "*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.*"

²²³ TAR Puglia, Lecce, Sez. II, 30 gennaio 1999, n. 66; TAR Puglia, Bari, Sez. II, 10 aprile 1995, n. 251 quando le opinioni espresse dai vari candidati manifestano una forte divergenze.

²²⁴ TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 30 giugno 1998, n. 1521.

²²⁵ G. MASUCCI, *Motivazione*, in Procedimento amministrativo, a cura di M. CLARICH, G. FONDERICO, op. cit., p. 96.

²²⁶ Magistrati, avvocati di stato, docenti universitari, personale delle forze armate di polizia, agenti diplomatici.

dibattiti si sono posti riguardo atti a metà strada tra l'organizzazione degli uffici e la gestione del personale, quali atti di conferimento e revoca di incarichi attribuitivi di nuove mansioni e quelli di mobilità²²⁷. In particolare la giurisprudenza ha sottolineato la natura amministrativa di questi atti e ne ha conseguentemente argomentato l'obbligo di motivazione. Inoltre a volte, pur sostenendo la loro esclusione dall'ambito applicativo della legge n. 241/1990, ha comunque fatto leva sugli art. 1175 e 1375 del codice civile che impongono dei doveri di correttezza e buona fede al fine di sostenere la necessità di una motivazione²²⁸. In realtà la *volutas legis* della disciplina della privatizzazione del pubblico impiego sembra chiara, pertanto in mancanza di un espresso obbligo di motivazione previsto dai contratti collettivi sembra difficile argomentare che la disciplina del codice civile sia da sola sufficiente per obbligare l'amministrazione a motivare²²⁹.

Inoltre una categoria particolare riguarda il conferimento di incarichi. Per quelli non dirigenziali il Consiglio di Stato si è espresso nel senso dell'esistenza dell'obbligo di motivazione, sul presupposto della loro natura complessa. Infatti si ottiene comunque una modifica dell'organizzazione degli uffici se vi sono modifiche sulla qualifica del dipendente²³⁰. Anche per nomine fiduciarie, quali qualifica di difensore civico, la giurisprudenza è approdata a soluzioni analoghe, richiedendo in questo caso una valutazione di idoneità del candidato, comparativa con gli altri concorrenti non selezionati²³¹.

II. 3.2. Le esclusioni: gli atti normativi e quelli a contenuto generale.

²²⁷ V. MASCELLO, *La motivazione nel pubblico impiego*, in *La motivazione del provvedimento amministrativo. Raccolta di dottrina giurisprudenza e legislazione*, op. cit., p 31.

²²⁸ V. MASCELLO, *La motivazione nel pubblico impiego*, in *La motivazione del provvedimento amministrativo. Raccolta di dottrina giurisprudenza e legislazione*, op. cit., p 31.

²²⁹ In senso contrario invece parte della dottrina ha fatto leva sulle ragioni di carattere tecnico e produttivo che improntano le scelte del datore di lavoro, inapplicabili alla pubblica amministrazione, la quale sarebbe comunque preposta allo svolgimento di un'attività a favore della collettività. Si veda A. CORPACI, *La tutela giurisdizionale dei dipendenti pubblici*, in *Giorn. dir. lav. e relaz. industriali*, p. 611.

²³⁰ Cons. Stato, Commissione Speciale del pubblico impiego, 5 febbraio 2001, n. 471 in *Giust. Amm.*, 2001, 6, 619.

²³¹ G. MASUCCI, *Motivazione*, in *Procedimento amministrativo*, a cura di M. CLARICH, G. FONDERICO, op. cit., p 96.

L'art. 3 co. 1 della legge n. 241/90 prevede che dall'obbligo di motivazione, disposto per tutti i provvedimenti, siano esclusi quelli previsti dal comma 2. Questo dispone: *“La motivazione non è richiesta per gli atti normativi e per quelli a contenuto generale.”*. Entrambe le categorie di atti non appartengono sicuramente a quella del provvedimento, pertanto, più che vere e proprie esclusioni volte a definire l'ambito applicativo del primo comma, si potrebbe credere che si tratti di una specificazione ridondante, volta a rimarcare quanto già affermato dal primo comma e senza innovare, non diversamente da quanto avviene con le categorie citate espressamente nel provvedimento.

È invece preferibile sostenere che, facendo leva sul comma 2, emerga, ancor più chiaramente, come il riferimento del comma 1 al termine provvedimento abbia il generico significato di atto o atto amministrativo, così il testo del comma 2 dovrebbe essere letto congiuntamente a quello del comma 1, permettendo di delimitarne precisamente l'ambito applicativo.

La scelta di escludere gli atti generali è stata oggetto di un dibattito particolare in sede di redazione, dovuto principalmente alla difficoltà di dare una nozione unitaria alla categoria. È stato infatti osservato che rientrano nella nozione una vasta serie di atti con caratteristiche differenti tra loro. Inoltre la propensione della giurisprudenza e della dottrina dell'epoca era quella di ritenere necessaria la motivazione per la maggior parte di questi atti, tra cui il piano regolatore generale, mentre veniva esclusa solo in pochi e marginali casi, quali le circolari. Anche l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con Parere 2 febbraio 1987 evidenziò il contrasto della bozza legislativa rispetto ai principali indirizzi giurisprudenziali. Vennero allora prospettate due soluzioni, la prima quella di distinguere tra atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione²³². La seconda quella di lasciare intatta l'espressione di atti generali, ma di accompagnarla con una convenzione interpretativa da far valere in sede di

²³² La soluzione è stata accolta dall'art. 13 della legge n. 241/1990 (Ambito di applicazione delle norme sulla partecipazione), che dispone: *“Le disposizioni contenute nel presente capo non si applicano nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione diretta alla emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione.”*

dichiarazione del voto del relatore: l'obbligo di motivazione è escluso soltanto per gli atti generali a contenuto normativo²³³.

Nonostante la seconda soluzione sia prevalsa, dottrina e giurisprudenza hanno sostanzialmente ignorato la convenzione. La giurisprudenza in un primo momento ha argomentato che non si potrebbe attribuire alla legge sul procedimento amministrativo la volontà di ridurre l'ambito applicativo dell'obbligo di motivazione, riducendo pertanto le garanzie che già la giurisprudenza precedente aveva già riconosciuto al privato. L'obbligo di motivazione infatti «*deve essere inteso in coerenza con il sistema*» «*al momento dell'entrata in vigore della legge*».²³⁴ La dottrina invece, facendo leva sul recepimento espresso all'art. 13 della distinzione tra atti amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, ha ritenuto che soltanto quelli generali non dovessero essere motivati, mentre l'obbligo continuerebbe a sussistere per quelli di pianificazione e programmazione²³⁵. Ciò sembra in linea con la scelta legislativa operata nel 2005 con l'art. 16 comma 1 legge 11 febbraio 2005, n. 15, la quale, modificando il testo dell'art. 24 comma 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241 (Esclusione dal diritto d'accesso) ha distinto alla lettera c) tra atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e programmazione.

Mentre su questa linea sembra essersi attestata la giurisprudenza più recente, un diverso filone dottrinale, il quale ha recentemente avuto un discreto seguito, ha reinterpretato la disposizione alla luce del testo del comma 1 dello stesso articolo, il quale dispone che il contenuto della motivazione deve essere redatto in relazione alle risultanze dell'istruttoria che hanno determinato la decisione dell'amministrazione²³⁶. È stato quindi osservato che l'obbligo dovrebbe riguardare soltanto i provvedimenti finali di un procedimento, i quali sono in grado di incidere immediatamente nella sfera giuridica di un soggetto determinato, espressione di un «*concreto provvedere*». Al contrario, quando l'atto è finalizzato al previo «*disporre*», in via generale ed astratta per tutti i casi futuri ed eventuali, non vi sarebbe alcun onere di motivazione da sostenere, in quanto questo sarebbe rimandato al momento successivo attraverso l'adozione di atti

²³³ Per una ricostruzione più approfondita sulla vicenda storica R. SCARCIGLIA, *La motivazione dell'atto amministrativo. Profili ricostruttivi e analisi comparatistica*, op. cit., pp. 201-202.

²³⁴ Consiglio di Stato, sez. V, 6 febbraio 2001, n. 475 in M.A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, op. cit., p. 382.

²³⁵ Tra gli altri, l'opinione è espressa in G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, CEDAM, 2000, p. 284.

²³⁶ La tesi è espressa in M.A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, op. cit., pp. 386-387.

puntuali. Pertanto l'ambito oggettivo dell'obbligo di motivazione non ruoterebbe tanto intorno alle categorie dell'atto, quanto piuttosto al contenuto dell'atto stesso e alle concrete modalità di esercizio del potere, nel senso che anche un atto generale, nel dettare regole generali ed astratte, ben potrebbe in realtà applicarsi direttamente a casi singoli e determinati in maniera definitiva, comportando in questo caso un obbligo di motivazione. Pertanto il riferimento normativo ai provvedimenti e agli atti amministrativi generali e normativi non avrebbe carattere pregnante, ma sarebbe soltanto un'esemplificazione di ausilio all'interprete, giacché di regola sono i primi a provvedere ed i secondi a disporre²³⁷.

La tesi prospettata coglie nel segno qualora si voglia riconoscere alla motivazione essenzialmente una funzione di garanzia. Così, se è la situazione giuridica del privato destinatario del provvedimento ad orientare l'onere motivazionale, rimangono invece prive di tutela le aspettative di coloro che nell'articolo 3 della legge n. 241/1990 ricercano un cambiamento di rotta netto con il passato, o tramite il recepimento delle istanze di quella dottrina che alla fine degli anni '80 ribadiva la funzione democratica della motivazione, oppure perché comunque il rinnovato interesse alla trasparenza avrebbe portato a rivalutare proprio questa funzione. In particolare l'esclusione dall'obbligo di motivazione degli atti amministrativi generali, da intendere come comprensivi di quelli di programmazione e pianificazione, mal si concilia proprio con la funzione di trasparenza e con i principi enunciati dall'art. 1 comma 1 della stessa legge. Ancora, l'adozione di questa prospettiva comporterebbe uno svilimento del principio di imparzialità della pubblica amministrazione sancito dall'art. 97 della Costituzione, nonché del diritto ad una buona amministrazione di cui all'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, il quale richiederebbe invece di rivedere la motivazione in una funzione di trasparenza.

Pertanto va avvertito che la situazione è più variegata di quanto a prima vista si possa credere, non essendo sempre agevole incasellare in modo netto un atto in una categoria piuttosto che in un'altra.

²³⁷ Quindi non devono essere oggetto di motivazione «*la delibera comunale contenente misure di regolamentazione del traffico, il piano di dimensionamento scolastico, il bando di concorso, neppure quando riguardi posti riservati dell'organico, il bando di gara, l'atto di regolamentazione degli orari di apertura e di chiusura degli esercizi pubblici, anche se l'atto riguarda un unico esercizio di tipo C presente nel Comune, la revisione della pianta organica delle farmacie*», si veda M. RAMAJOLI, B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in Dir. amm., 1-2, 2013, pp. 53 ss.

II. 3.3. Il piano regolatore generale.

Può qui rendersi utile trattare l'istituto della motivazione nel diritto urbanistico, il quale presenta diversi atti generali a contenuto vario. Tra questi vi è il piano regolatore, che la dottrina maggioritaria tende a considerare atto misto, perché in parte a contenuto normativo ed in parte atto amministrativo generale, nonché atto complesso, alla cui formazione sono chiamati a partecipare differenti soggetti pubblici.

Il piano regolatore generale non presenta a prima vista carattere provvedimentale, cosicché non dovrebbe essere richiesto alcun obbligo di motivazione, rientrando la fattispecie tra le esclusioni del comma 2. In qualità di atto amministrativo generale dovrebbe dettare disposizioni che rendono indeterminabili *a priori* i destinatari dello stesso, pertanto dovrebbe anche essere preclusa la possibilità di impugnarlo direttamente.

In realtà da questo punto di vista il piano regolatore è proprio uno di quegli atti che più si discosta dalla definizione di atto amministrativo generale, avendo infatti la forza di incidere direttamente su diritti reali ha «*la funzione di interessare, ciascuno in modo peculiare, beni immobili specificamente determinati, e i titolari presenti e futuri di diritti su tali beni*»²³⁸. A causa del rapporto che lega i proprietari direttamente al bene giuridico è possibile sostenere che se sono individuabili *ex ante* i beni da incidere, allora lo sono anche i soggetti incisi²³⁹, i quali tendono ad assumere una posizione non dissimile da quella del destinatario di un provvedimento.

Da queste considerazioni la giurisprudenza fa immediatamente discendere un generale obbligo di offrire una «*ragionevole e coerente giustificazione con le linee portanti della pianificazione*», anche se non ritiene necessaria una esternazione puntuale di tutte le ragioni che l'hanno mossa, rilevando come il piano regolatore sia per lo più

²³⁸ A.M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi a contenuto non normativo*, in Scritti giuridici in memoria di V. E. ORLANDO, Padova, 1956, p. 453.

²³⁹ Si veda A. CARAFA, *La motivazione del piano regolatore generale*, in www.pausania.it, 17 gennaio 2012, p. 5; R. MONTEFUSCO, *La motivazione degli atti di pianificazione urbanistica: atti amministrativi generali?*, in Foro amm. TAR, 2002, IX, p. 2861.

espressione di apprezzamenti di merito²⁴⁰. L'impostazione sembra porsi in contrasto con la previsione normativa dell'art. 3 comma 2 se interpretate in senso strettamente letterale.

Ancora, tanto la giurisprudenza quanto la dottrina tendono ad evidenziare come vi possano essere delle disposizioni richiedenti un onere motivazione più o meno pregnante rispetto a questa generale previsione. La giurisprudenza tende a ritenere sufficiente l'obbligo di motivazione di cui si è detto sulla base della rilevanza di particolari interessi di rango costituzionale, quali la tutela dell'ambiente, nel destinare delle aree a verde agricolo²⁴¹, sostenendo che *«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»*²⁴². Cosicché la prassi di molti strumenti regolatori, considerata legittima dalla giurisprudenza, si è assestata sull'uso di clausole di stile ed enunciazioni di principio che si riferiscono semplicemente e genericamente ai valori di tutela dell'ambiente o del paesaggio. Inoltre per l'apposizione di *standard* è ritenuta sufficiente una motivazione *per relationem* ai criteri tecnici della redazione del piano²⁴³. Ciò ha indotto parte della dottrina ad attribuire una particolare importanza alla relazione illustrativa al piano, che secondo taluni costituisce essa stessa motivazione del piano regolatore²⁴⁴.

La dottrina sembra invece adottare delle posizioni più critiche verso questo orientamento, evidenziando come *«l'irrigidimento contenutistico dell'apparato motivazionale del P.R.G. urta con la natura camaleontica della motivazione il cui contenuto, in quanto garanzia di ragionevolezza, dovrebbe, invece, essere rapportato alle peculiarità e alle specificità dei vari elementi fattuali, interessi, etc., che l'autorità amministrativa progressivamente incontra nella pianificazione urbanistica del*

²⁴⁰ Cons. St. AP, 22 dicembre 1999, n. 24, in M.A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 388.

²⁴¹ E. MASCHIETTO, *Il Consiglio di Stato si pronuncia in favore della salvaguardia anche in variante delle zone agricole se sussiste l'interesse ambientale e conferma la legittimità dei limiti all'edificabilità di immobili residenziali anche con motivazione generica.*, Cons. St., 05 aprile 2013, n.1882, sez. VI, in *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, fasc.5, 2013, pag. 598B.

²⁴² Cons. Stato, 13 ottobre 2010, sez. IV, n. 7478 in www.giustizia-amministrativa.it

²⁴³ A. CARAFA, *La motivazione del piano regolatore generale*, op. cit., p. 10.

²⁴⁴ L'opinione è espressa da A.M. BARTOLI, A. PREDIERI, *Piano regolatore*, in *Enc. Dir.* XXXIII, 1983, p. 700.

territorio.²⁴⁵». Pertanto la critica mossa della dottrina consiste nello spostare l'attenzione dal generale obbligo di motivazione agli specifici fatti materiali che dovrebbero costituirne il contenuto, per i quali, invece, la giurisprudenza tendenzialmente non richiede una motivazione approfondita, riconoscendo un'ampia discrezionalità all'amministrazione. La giurisprudenza in questo senso sembra improntata a riconoscere una funzione di garanzia alla motivazione, inquadrandola come meramente strumentale al successivo controllo giurisdizionale. Dunque se si sostiene che il giudice non potrebbe sostituire le proprie valutazioni di opportunità a quelle dell'amministrazione precedente, ne discenderà che non vi è neppure alcuna necessità di motivare approfonditamente il merito della decisione, in quanto il destinatario non ha bisogno di essere convinto della generale correttezza della scelta operata.

In senso contrario a questa impostazione vi è quel filone giurisprudenziale che richiede una motivazione approfondita nel caso di un scostamento dagli *standard* minimi stabiliti dal Decreto Ministeriale 2 aprile 1968, n. 1444 tale da comportare un «*consistente sovradimensionamento*»²⁴⁶. La situazione non sembra annoverabile tra quelle tali da incidere immediatamente nella sfera giuridica di un soggetto individuato *ex ante*. Tuttavia va rilevato come queste espressioni di principio si risolvono di regola in pronunce che riconoscono la legittimità del piano regolatore adottato, sul presupposto che lo scostamento dagli *standard* non sia consistente e la motivazione espressa motivata e sufficiente. Non sono invece molti i casi in cui dall'enunciazione del principio è derivata anche una pronuncia di annullamento.

Invece anche la giurisprudenza sembra riconoscere la necessità di una motivazione più approfondita qualora si creino situazioni particolari di legittimo affidamento che il privato ha risposto nelle scelte dell'amministrazione, le quali possono sicuramente essere superate, a patto, tuttavia, di esplicitarne le ragioni. Maggiormente in armonia sembrano, in questo senso, la dottrina e la giurisprudenza in tema, ad esempio, di aspettative derivanti da lottizzazioni e accordi di diritto privato dai quali può emergere un'aspettativa qualificata, tale da assurgere al rango di interesse legittimo. Addirittura la giurisprudenza riconosce un obbligo di motivazione a tutela

²⁴⁵ A. CARAFA, *La motivazione del piano regolatore generale*, op. cit., p. 10.

²⁴⁶ Cons. St., AP, 22 dicembre 1999, n. 24 in M.A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, op. cit., p. 388.

aspettative ritenute meritevoli, anche se non tali da assurgere al rango di situazioni giuridiche soggettive, in particolare riguardo le vicende derivanti dall'esercizio dello *ius variandi*. In tal senso la giurisprudenza degli anni '70 ed '80 aveva escluso la necessità di estendere i principi sull'obbligo di motivazione, propri del piano regolatore anche alle varianti, sulla base del carattere eccezionale di queste, in quanto «*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*»²⁴⁷. La giurisprudenza successiva ha distinto la variante generale da quella parziale, la prima sarebbe infatti espressione di una riconsiderazione complessiva dell'intero territorio, a differenza di quella parziale, destinata ad incidere soltanto su una singola zona innovata. Pertanto la variante generale sarebbe da accomunare all'ipotesi di adozione di un nuovo piano regolatore generale, non richiedente una motivazione specifica. Al contrario le varianti parziali, tanto che si riferiscano ad una zona omogenea, tanto che si tratti di varianti riferite ad un terreno determinato, richiederebbero una motivazione specifica sulle esigenze che hanno indotto a mutare l'originario assetto, avendo una natura più simile a quella di atti provvedimenti piuttosto che di atti generali²⁴⁸. Un principio non dissimile è stato affermato anche per la destinazione a zona agricola di un fondo intercluso da zone edificate, considerata legittima dalla giurisprudenza al fine di garantire gli *standard* minimi, la quale ha richiesto una motivazione specifica ed al contempo rientrante nella sfera delle mere aspettative piuttosto che delle situazioni giuridiche soggettive²⁴⁹. Ancora, per la reiterazione di vincoli urbanistici scaduti sono state svolte considerazioni similari. In particolare viene distinta la reiterazione di vincoli scaduti riferita a più zone, o comunque ad una porzione significativa del territorio comunale, rispetto a quella incidente su uno specifico territorio o su una porzione minore di territorio. Per la prima categoria, similmente a quanto avviene per lo *ius variandi*, non vi sarebbe ragione di motivare in misura ulteriore al mero riferimento del mancato raggiungimento degli *standard*, mentre per la seconda categoria la motivazione dovrebbe concentrarsi, più specificatamente, sulla necessità di incidere sulla posizione

²⁴⁷ Cons. Stato, Ad. Plen., 16 giugno 1978, n. 17, in Giust. Civ., 1979, II, 3. La ricostruzione della giurisprudenza ottica storica si deve a A. CARAFA, *La motivazione del piano regolatore generale*, op. cit., p. 14.

²⁴⁸ A. CARAFA, *La motivazione del piano regolatore generale*, op. cit., pp. 16-17.

²⁴⁹ Cons. St., AP, 22 dicembre 1999, n. 24, in M.A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, op. cit., p. 388.

giuridica del privato, dando luogo ad una valutazione comparativa con gli altri interessi coinvolti e le differenti possibili soluzioni che l'amministrazione avrebbe potuto adottare²⁵⁰.

Sembra qui possibile evidenziare delle tendenze giurisprudenziali non convergenti tra loro. Non vi è dubbio che in molte delle situazioni evidenziate l'intento sia quello di dare una specifica tutela alla posizione giuridica del privato, il quale, inciso direttamente dall'atto che tende ad assumere natura più propriamente provvedimentoale, potrebbe doversi trovare ad impugnarlo qualora egli ritenga che il potere non sia stato esercitato correttamente. Così il destinatario principale della motivazione può essere ravvisato nello stesso destinatario del provvedimento e la sua funzione in quella di garanzia. Ciò è coerente con quell'orientamento che non richiede alcuna motivazione nel caso di provvedimenti volti a realizzare interessi di rango addirittura costituzionale, laddove si riconosca che il potere che viene in questo caso esercitato sia ampiamente discrezionale e pertanto potrebbe essere apprezzato dal giudice soltanto in termini di logicità, coerenza e proporzionalità, senza tuttavia la possibilità di entrare nel merito dello stesso. Il ragionamento può essere riassunto nell'affermazione che se il giudice non è in grado di sindacare, allora l'atto non può essere annullato, il privato non potrà ottenere il bene della vita cui aspira e dunque non vi sarà alcuna necessità di aggravare il procedimento con l'imposizione di un obbligo di motivazione, in contrasto con i principi di economicità e di efficacia dell'azione amministrativa.

Se tuttavia si osservano gli orientamenti che si sono affermati per la reiterazione dei vincoli urbanistici oppure per l'esercizio di *ius variandi* le considerazioni appena svolte potrebbero essere valide soltanto laddove si riconosca la capacità del provvedimento di incidere nella sfera giuridica di un soggetto titolare di una situazione giuridica soggettiva ed al contempo vi siano le condizioni per l'azione²⁵¹. Al contrario, se si considera che tendenzialmente il destinatario del provvedimento viene ad essere titolare di una mera aspettativa di fatto, seppure questa possa rappresentare un bene della vita particolarmente importante per il privato, allora la tesi della motivazione in funzione di garanzia sembra divenire più apparente che reale. Non vi è dubbio anche in questo caso che la giurisprudenza tramite l'imposizione di una motivazione ricerchi una

²⁵⁰ M.A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, op. cit., p. 388.

²⁵¹ Nel diritto amministrativo si considerano condizioni generali per l'azione la legittimazione e all'interesse a ricorrere, si veda A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, op. cit., pp. 193-200.

forma *latu sensu* di tutela per il privato, tuttavia non sembrano qui presentarsi i caratteri di tutela pregiudizionale, connotati essenziali della funzione di garanzia. È stato osservato che il destinatario del provvedimento sarebbe in questo caso tutelato da intenti vessatori, dovendo essere garantita la parità tra i soggetti più specificatamente incisi e la generalità dei consociati²⁵², garantendo l'indipendenza e l'imparzialità dell'amministrazione. Si tratta, a ben vedere, di una caratteristica maggiormente riconducibile alle funzioni di trasparenza e di controllo democratico della motivazione, ove la parità di trattamento del destinatario del provvedimento rispetto agli altri non è tanto concepita dal suo punto di vista individuale, piuttosto egli ne è destinatario tanto quanto lo sono gli altri consociati, i quali pure hanno un interesse ad indagare le scelte dell'amministrazione al fine di accertare che il potere sia stato esercitato correttamente.

II. 3.4. Gli accordi: sostitutivi od integrativi del provvedimento e tra pubbliche amministrazioni.

L'art. 11 comma 1 della legge n. 241/1990 (Accordi sostitutivi ed integrativi del provvedimento) dispone: *“In accoglimento di osservazioni e proposte presentate a norma dell'articolo 10, l'amministrazione procedente può concludere, senza pregiudizio dei diritti dei terzi, e in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse, accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo.”*

Il procedimento amministrativo si può concludere ordinariamente con l'adozione di un provvedimento unilaterale, ma la legge ammette espressamente la possibilità per la pubblica amministrazione di concludere il procedimento con l'adozione di un accordo. Questo meccanismo segna il passaggio, nel rapporto tra pubblica amministrazione e cittadino, da un rapporto unilaterale ed autoritario ad uno consensuale e partecipativo per il privato²⁵³.

Gli accordi cui si riferisce l'art. 11 sono di due tipi, quelli integrativi e quelli sostitutivi del provvedimento.

²⁵² V. MAZZARELLI, *La motivazione delle varianti urbanistiche*, in Gior. di dir. amm., 2007, 1177.

²⁵³ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., pp. 348-349.

Quando l'accordo è volto a determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale viene detto integrativo. Come si evince, l'accordo troverà spazio soltanto nel caso di provvedimenti discrezionali in concreto, nonché durante lo stesso procedimento amministrativo ed al fine di individuare in tutto od in parte il contenuto di un successivo provvedimento amministrativo che dovrà recepirlo. In questo modo, il procedimento, che si conclude comunque con l'adozione di un provvedimento unilaterale, recupera un momento di autoritarità nell'adozione di un provvedimento finale, il quale costituisce l'atto finale e produttivo di effetti giuridici del procedimento. Questo tipo di accordo è stato ampiamente utilizzato nella prassi successiva l'entrata in vigore della legge n. 241/1990 in quanto la legge permetteva di adottare l'accordo in maniera generalizzata, mentre per la categoria del provvedimento sostitutivo era prevista una riserva di legge, potendo questo essere adottato soltanto *“nei casi previsti dalla legge”*.

La riforma del 2005 ha dato un forte impulso ai provvedimenti sostitutivi, rimuovendo dall'art. 11 l'inciso sopra riportato. I due tipi di accordi possono comunque essere accomunati nei loro tratti essenziali, nel senso che anche l'accordo sostitutivo potrà riguardare soltanto profili di discrezionalità del potere, mentre deve ritenersi escluso concordare su profili vincolati del provvedimento²⁵⁴.

Ancora, il successivo art. 13 comma 1 della legge n. 241/1990 dispone: *“Le disposizioni contenute nel presente capo non si applicano nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione diretta alla emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione.”*, il secondo comma inoltre esclude dall'ambito applicativo anche i procedimenti tributari. Come già ricordato l'articolo è stato utilizzato dalla dottrina come ausilio interpretativo al fine di determinare l'ambito applicativo dell'obbligo di motivazione. Inoltre la giurisprudenza ritiene che l'articolo sia applicabile direttamente agli accordi integrativi e sostitutivi del procedimento, i quali tendono pertanto ad avere un ambito applicativo non dissimile da quello previsto per l'obbligo di motivazione.

²⁵⁴ In senso contrario parte della dottrina rileva come vi siano stati casi in cui la giurisprudenza abbia ammesso l'accordo in situazioni in cui l'esercizio del potere era divenuto interamente vincolato in concreto. Si veda Cons. St., IV, 10 dicembre 2007, n. 6344, FA-FS, 2007, 425 in M.A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, op. cit., p. 563.

Per quanto concerne la loro disciplina l'art. 11 comma 2 della legge n. 241, 1990 dispone: *“Gli accordi di cui al presente articolo debbono essere stipulati, a pena di nullità per atto scritto, salvo che la legge disponga altrimenti. Ad essi si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili.”*. In passato sulla base della disposizione suddetta si era dubitato della necessità di apporre un'espressa motivazione. Come si è visto in fatti nel capitolo precedente l'ordinamento italiano non richiede espressi oneri di motivazione per i contratti. Pertanto nei casi di accordi integrativi la motivazione sarebbe comunque stata apposta al provvedimento finale, mentre nel caso di accordo sostitutivo non vi sarebbe stata alcuna motivazione espressa.

Ciò può essere spiegato inquadrando la funzione della motivazione suddetta essenzialmente in termini di garanzia. Infatti non vi sarebbe necessità di esternare i motivi che hanno indotto la pubblica amministrazione a concludere un accordo al fine di tutelare un soggetto, il quale ne ha concordato personalmente il contenuto. Egli sarebbe stato sufficientemente garantito dalla disciplina della partecipazione al procedimento, tuttavia lo stesso non potrebbe dirsi per eventuali soggetti estranei al momento consensuale dell'accordo, i quali possono o meno aver preso parte al procedimento amministrativo.

La questione è stata comunque risolta in via legislativa dall'art. 1, comma 47 della legge 6 novembre 2012, n. 190 (Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione), il quale ha modificato il comma 2 dell'art. 11 aggiungendo un ulteriore periodo: *“Gli accordi di cui al presente articolo devono essere motivati ai sensi dell'articolo 3.”*. La legge si muove nel contesto della riduzione della corruzione tramite previsioni di maggior trasparenza²⁵⁵, la scelta in questo caso è quella di applicare un istituto proprio dell'esercizio autoritario del potere anche all'attività consensuale, in modo da poterne sindacare più approfonditamente il momento discrezionale.

L'imposizione dell'obbligo di motivazione direttamente per l'accordo comporta che nel caso del provvedimento integrativo, lo stesso dovrà essere seguito dal provvedimento finale, il quale, a sua volta, dovrà essere motivato. Per quanto concerne

²⁵⁵ G. CASARTELLI, A. PAPI ROSSI, *Le misure anticorruzione: legge 6 novembre 2012, n. 190*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 79.

invece l'accordo sostitutivo del provvedimento, sarà questo a riportare l'unica motivazione del procedimento, tuttavia lo stesso sarà proceduto da una determinazione della pubblica amministrazione che autorizza e stabilisce i limiti della negoziazione, la quale è comunque assoggettata all'obbligo generale di motivazione dell'art. 3²⁵⁶.

Si tratta di un caso particolare di motivazione se si considera che questa è di regola richiesta per i motivi dei pubblici poteri, i quali sono sempre rilevanti di fronte al diritto, mentre l'accordo di cui all'art. 11, al contrario, è uno strumento bilaterale, assoggettato ai principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti, appartenente alla categoria del negozio giuridico, per il quale vale il principio della tendenziale irrilevanza dei motivi. Pertanto la scelta legislativa sembra quella di imporre la motivazione al provvedimento soltanto al fine di dare atto dei motivi appartenenti al soggetto pubblico, piuttosto che anche quelli del soggetto privato.

Si può allora sostenere che l'accordo dovrà dar atto delle ragioni di interesse pubblico che hanno mosso la pubblica autorità, non anche dei motivi del soggetto terzo, i quali continueranno a rimanere tendenzialmente irrilevanti per il diritto²⁵⁷. Sembra allora possibile affermare che il criterio generale dell'obbligo di motivazione previsto dall'art. 3 della legge sul procedimento si trovi qui a dover essere combinato con l'ambito soggettivo della stessa legge sul procedimento previsto dall'art. 29.

Da una prospettiva meramente oggettiva l'obbligo tende a traslare sulla qualità del soggetto agente e ad applicarsi anche a casi, seppure espressamente tipizzati dalla legge, non riconsiderati dall'obbligo generale di cui all'art. 3. Pertanto il principio qui affermato sembra dunque quello per cui l'obbligo di motivare investe determinati soggetti pubblici a causa del ruolo svolto, indipendentemente dalle modalità operative con cui si agisce.

L'art. 11 comma 3 dispone inoltre che: "*Gli accordi sostitutivi di provvedimento sono soggetti ai medesimi controlli previsti per questi ultimi.*". Pertanto soltanto per questa categoria di accordi vi è un vero e proprio controllo sui motivi, esattamente come avviene per il provvedimento amministrativo, attraverso la categoria dell'eccesso di potere, mentre per quelli integrativi sarà il provvedimento finale a poter essere oggetto

²⁵⁶ F. CANGELLI, *Art. 11, commi 1 e 4 bis*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione*, a cura di N. PAOLANTONIO- A. POLICE, A. ZITO, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 265 ss.

²⁵⁷ G. FONDERICO, *Le modifiche alla legge sul procedimento amministrativo*, in *La legge anticorruzione: prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, Giappichelli, 2013, pp. 165 ss.

di controllo giurisdizionale sui motivi²⁵⁸. Si può affermare allora che, anche in questo caso, la funzione della motivazione non sembra differente da quella che emerge dalle disposizioni che si riferiscono al provvedimento: si tratterà tendenzialmente di una funzione di garanzia, essenzialmente volta al successivo controllo giurisdizionale.

L'art. 15 della legge n. 241/1990 dispone al comma 1 “[...] *le amministrazioni pubbliche possono sempre concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune.*” ed al comma 2 “*Per detti accordi si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni previste dall'articolo 11, commi 2 e 3.*”. La norma si riferisce alla fattispecie degli accordi tra pubbliche amministrazioni. Come si evince dal testo della norma, l'accordo ha un vasto ambito applicativo, riferibile in generale all'attività che le amministrazioni svolgono. Il richiamo alla disciplina degli accordi tra privati fa sì che si applichi anche l'obbligo di motivazione.

Anche questa a ben vedere è un'ipotesi particolare in quanto è vero che l'accordo dovrà essere motivato, non differentemente da quanto avviene generalmente per il provvedimento amministrativo, ma il fatto che l'accordo conservi la propria natura di atto bilaterale o plurilaterale fa sì che i motivi di entrambi o tutti i soggetti che vi partecipano divengano rilevanti per il diritto.

È vero che in un negozio giuridico le volontà delle parti si fondono in misura tale da originare un diverso atto, il quale ha una sua causa indipendente rispetto ai motivi che hanno mosso le singole parti, tuttavia gli accordi di diritto pubblico sono oggetto del particolare controllo che l'ordinamento richiede nei confronti dei motivi, cosicché non solo la causa sarà un elemento rilevante dell'accordo, ma autonomamente ed indipendentemente da questa i singoli motivi che hanno mosso le parti continueranno ad essere oggetto di interesse da parte dell'ordinamento, e pertanto, assoggettati all'obbligo di motivazione.

Rispetto agli accordi conclusi con i privati, pertanto, i motivi di entrambe le parti continueranno ad essere rilevanti anche dopo la stipulazione del contratto. Nonostante questo si ritiene sufficiente un'unica motivazione per l'accordo, senza che sia necessario che ogni singola parte apponga la propria motivazione

²⁵⁸ F. LOGIUDICE, *La conclusione di accordi tra amministrazioni e privati*, 2007, in www.altalex.com.

II. 4. Il contenuto della motivazione.

È possibile scindere il contenuto della motivazione in due parti. La «macrostruttura» della motivazione, risultante da una sua scomposizione orizzontale, individua il suo contenuto prescrittivo: l'insieme degli elementi logici e distinti di cui la motivazione dovrà dare atto. La «microstruttura» è, invece, il risultato di un frazionamento verticale ed individua quanto profondamente la motivazione dovrà approfondire ciascuno degli elementi concettualmente distinti²⁵⁹.

Uno dei principali momenti di rottura con il passato dovuto alla legge sul procedimento amministrativo riguarda il contenuto della motivazione, cioè quell'insieme di atti e fatti di cui il provvedimento dovrà dar conto. L'art. 3 della legge n. 241/1990 dispone “[...] *La motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria.*”.

È stato osservato che l'art. 3 sembrerebbe identificare il contenuto della motivazione in un sillogismo aristotelico: le ragioni giuridiche rappresenterebbero infatti la premessa maggiore, i presupposti di fatto quella minore e da ultimo la conclusione sarebbe da identificare nella decisione. L'affermazione cade certamente nel vero nella sua semplicità, tuttavia non si può al contempo negare che il procedimento amministrativo presenti una struttura più articolata di un semplice sillogismo applicativo, il quale è scarsamente in grado, da solo, di evidenziarne la sua concreta essenza. La premessa maggiore (le ragioni giuridiche) può essere difficile da identificare quando i fatti possono appartenere ad una pluralità di fattispecie in parte coincidenti, anche se differenti tra loro. La premessa minore, invece, può richiedere un ragionamento induttivo di difficile accertamento, infatti un evento può comportare più o meno riconducibile alla fattispecie tipizzata. Da ultimo la norma stessa potrebbe prevedere più conclusioni possibili. Ancora, all'aumentare della discrezionalità

²⁵⁹ La distinzione tra macrostruttura e microstruttura si deve a E. AMODIO, *La motivazione della sentenza penale*, in Enciclopedia del diritto, XXVII, 1977, note 215, 216. Il frazionamento orizzontale è definito come l'insieme delle diverse questioni che devono essere affrontate. Il frazionamento verticale riguarda la struttura delle singole argomentazione come risultato dal rapporto tra prove e massime d'esperienza. Si veda M. NIGRO, *L'appello nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1960, p. 416.

attribuita dalla norma, la stessa distinzione tra premessa maggior e minore si va appiattendo: le ragioni giuridiche iniziano a confondersi con i presupposti di fatto²⁶⁰.

Osservando la natura degli elementi che dovranno essere esternati nella motivazione, la legge sembra aver recepito una nozione di motivazione da intendere in senso ampio. Questa sarebbe, cioè, comprensiva tanto della motivazione in senso stretto quanto della giustificazione, da intendere come enunciazione dei presupposti, assimilandone pertanto la disciplina giuridica a quella dei motivi. La conseguenza è che, nonostante si potrà certamente continuare a scindere concettualmente i due elementi, la mancata enunciazione dei presupposti, od un qualsiasi vizio della giustificazione, produrranno gli stessi effetti giuridici propri di un vizio della motivazione in senso stretto. In realtà questa impostazione non è stata pienamente accolta dalla giurisprudenza, la quale continua, in alcuni casi, ad evidenziare differenze sostanziali tra i due elementi. Il Consiglio di Stato, sez. V, 16 marzo 2016, n. 1055 ha infatti evidenziato che per i presupposti di diritto varrebbe comunque il principio dello *iura novit curia*. Pertanto, anche se la motivazione manca di dare atto dei presupposti di diritto, il giudice amministrativo è competente a *“ricostruire il quadro giuridico - normativo nel quale il potere è stato esercitato e conseguentemente verificare l'esistenza delle illegittimità dedotte nell'impugnativa”*²⁶¹. Pertanto, è possibile sostenere che, dal punto di vista della successiva integrazione in giudizio, ai presupposti è riservata una posizione privilegiata rispetto ai motivi.

Per presupposti di fatto si devono intendere eventi, situazioni o contingenze al cui verificarsi la legge subordina l'esercizio del potere amministrativo²⁶², soltanto quelli oggetto di valutazione dalla pubblica amministrazione dovranno essere motivati. Qualora i presupposti di fatto siano numerosi, non è necessaria un'elencazione puntuale e completa, ma la giurisprudenza considerata sufficiente, da prima dell'entrata in vigore

²⁶⁰ L'opinione è espressa in G. CORSO, *Motivazione dell'atto amministrativo*, op. cit., paragrafo 14.

²⁶¹ Cons. St., sez. V, 16/03/2016, n. 1055. Nel caso il ricorrente si duole che il TAR abbia ritenuto il provvedimento impugnato, in assenza di qualsiasi riferimento, motivato da esigenze di tutela della pubblica sicurezza, e dunque riconducibile alle ordinanze contingibili ex art. 54 t.u.e.l. (III motivo). Il Consiglio di Stato tuttavia, ritiene la fondatezza del motivo non sufficiente per accogliere l'appello. Ciò, in quanto, esso coglie un errore del TAR di qualificazione giuridica del potere amministrativo esercitato attraverso l'atto impugnato non vincolante per il giudice d'appello, essendo invece determinante verificare se, una volta individuati correttamente i presupposti sostanziali del provvedimento, le censure contro di esso rivolte siano fondate. Pertanto il Consiglio di Stato procede successivamente a qualificare direttamente il presupposto, per poi escludere la presenza di censure sostanziali.

²⁶² P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1968, p. 198.

della legge sul procedimento, l'enunciazione del «*presupposto fattuale essenziale*»²⁶³. La legge sul procedimento non menziona i presupposti di diritto, ma si ritiene possano essere ricompresi tra i presupposti. Questi sono: atti propulsivi (istanze, proposte, iniziative), atti di assenso (autorizzazioni all'esercizio di un potere), atti della funzione consultiva (pareri), atti istruttori (accertamenti preventivi)²⁶⁴. I provvedimenti interamente vincolati dovrebbero soltanto presentare l'enunciazione dei presupposti fattuali e di diritto.

Le ragioni giuridiche vanno invece individuate, tramite le argomentazioni di supporto al provvedimento, nelle disposizioni normative applicabili alla decisione, nonché, si ritiene, anche negli indirizzi dottrinari e giurisprudenziali applicabili al caso. Per le ragioni giuridiche, parte della dottrina sembra, tuttavia, assestata sull'opposto principio, rispetto ai presupposti di fatto, per il quale tutte le ragioni dovranno essere esternate, senza che sia possibile selezionarne soltanto alcune da enunciare in quanto principali. Pertanto non si ritiene ammissibile nemmeno il mero richiamo alla norma di legge, a meno che questo non sia accompagnato da un'enunciazione del contenuto della norma²⁶⁵. Invece l'errata citazione di una norma di legge, inapplicabile al caso di specie, dovrebbe comportare l'illegittimità del provvedimento soltanto qualora non permetta con certezza l'individuazione della potestà in concreto esercitata²⁶⁶. Parte della dottrina sostiene inoltre una nozione delle ragioni giuridiche particolarmente ampia, comprensiva di tutte le ragioni, cioè le argomentazioni logiche, a contenuto giuridico. Quindi dovrebbe trovare qui spazio quell'*iter* che lega i presupposti alla decisione finale, comprensivo dell'interpretazione che si dà al fatto. La dottrina non è in realtà discorde nel sostenere che l'*iter* logico debba essere esternato tramite motivazione, tuttavia se lo si ricomprende nella categoria qui riportata non si potrà comunque a questa applicare il principio per cui tutte le ragioni giuridiche dovranno essere esternate, valendo, al contrario, considerazioni non dissimili da quelle proprie dei presupposti. In particolare la giurisprudenza ritiene che «*l'atto basato su più ragioni autonome non è*

²⁶³ Cons. Stato, Sez. V, 27 giugno, 1986, n. 70 in M. DE PAOLIS, *La struttura del provvedimento amministrativo*, in *La motivazione del provvedimento amministrativo*, op. cit., p. 22.

²⁶⁴ La classificazione si deve a R. SCARCIGLIA, *La motivazione dell'atto amministrativo. Profili ricostruttivi e analisi comparatistica*, op. cit., p. 251. A titolo di esempio viene citata la predeterminazione dei criteri di erogazione di forme di benefici pubblici quale presupposto per la loro legittima erogazione.

²⁶⁵ Cons. Stato, Sez. VI, 5 febbraio 1971, n. 48 in M. DE PAOLIS, *La struttura del provvedimento amministrativo*, in *La motivazione del provvedimento amministrativo*, op. cit., p. 23.

²⁶⁶ TAR Sicilia, sez. I, 20 agosto 1990, n. 531, in *Giust. Amm.*, 1990, 337.

illegittimo se una sola di esse sia immune da illegittimità e sia, da sola ed autonomamente, idonea a sorreggerlo ed a giustificarlo»²⁶⁷, si tratta della cosiddetta «prova di resistenza»²⁶⁸.

Ulteriore elemento richiamato dall'art. 3 della legge n. 241/1990 sono i risultati dell'istruttoria. È stato osservato che i fatti e gli atti, costituenti i presupposti per l'esercizio del potere, non preesistono al procedimento, piuttosto, questi, rappresentando l'oggetto stesso dell'istruttoria, verrebbero in rilievo per il diritto soltanto contestualmente all'inizio del procedimento²⁶⁹. La tesi sostenuta è dovuta alla particolare importanza che, nell'accertamento del fatto, viene data al modo in cui questo è operato. In particolare, è stato osservato che l'impostazione del procedimento amministrativo rimane fortemente inquisitoria²⁷⁰, pertanto la figura del responsabile del procedimento è il fulcro attorno cui ruota la ricostruzione del fatto. Se i rapporti tra amministrazione e privato non sono improntati al rigido contraddittorio, ma piuttosto ad una logica cooperativa, ne discende che il privato non è assoggettato ad un vero e proprio onere probatorio, rimanendo in capo all'amministrazione l'obbligo di ponderare correttamente tutti gli interessi pubblici coinvolti. Pertanto non potrà nemmeno trarre profitto dall'errore del privato al fine di negare l'emanazione di un provvedimento²⁷¹.

Il procedimento dovrebbe dover dar atto degli apporti partecipativi presentati dal privato, in particolare l'art. 10 comma 1, della legge n. 241/1990 dispone che i soggetti intervenuti nel procedimento e quelli a cui va comunicato l'inizio del procedimento hanno diritto di *“b) di presentare memorie scritte e documenti, che l'amministrazione ha l'obbligo di valutare ove siano pertinenti all'oggetto del procedimento.”* È stato

²⁶⁷ Cons. St., sez. VI, 24 dicembre 1982, n. 724, in R. SCARCIGLIA, *La motivazione dell'atto amministrativo. Profili ricostruttivi e analisi comparatistica*, op. cit., p. 259. L'autore evidenzia, secondo questa giurisprudenza, verrebbe preferita la *Zweckrationalität* (razionalità secondo scopo) rispetto alla *Wertrationalität* (razionalità secondo i valori). Più recentemente Cons. St., sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 845 ha sostenuto *“Se una determinazione amministrativa di segno negativo si fonda su una pluralità di ragioni, ciascuna delle quali di per sé idonea a supportarla in modo autonomo, è sufficiente che anche una sola di esse resista alle censure mosse in sede giurisdizionale perché il provvedimento nel suo complesso resti esente dall'annullamento.”*

²⁶⁸ La figura rappresenta uno degli elementi attraverso i quali si manifesta il carattere personale e concreto della giurisdizione di legittimità. Si ritiene, infatti, carente di interesse a ricorrere colui che impugna un provvedimento da cui non può ottenere alcun risultato utile, in quanto non supererebbe la prova di resistenza. Si veda M. SANINO, *Codice del processo amministrativo*, Torino, UTET, 2011, p. 132.

²⁶⁹ G. CORSO, *Motivazione dell'atto amministrativo*, op. cit., paragrafo 5.

²⁷⁰ In senso contrario E. MELE, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 188, il quale ravvisa nella figura del responsabile del procedimento scelta dalla legge n. 241/1990, e l'abbandono della figura del funzionario istruttore, il passaggio da un sistema inquisitorio ad uno contraddittorio.

²⁷¹ G. CORSO, *Motivazione dell'atto amministrativo*, op. cit., paragrafo 5.

sostenuto che l'obbligo previsto dall'articolo avrebbe natura sostanziale e non procedimentale, pertanto vi sarebbe un obbligo di valutare per l'amministrazione, ma non anche di esternare, cioè motivare, le valutazioni sviluppate sugli apporti dei privati²⁷². La dottrina più recente, facendo leva su alcune pronunce giurisdizionali accertanti l'insufficienza dell'apparato motivazionale²⁷³, ritiene comunque che vi sia un obbligo di esternare le valutazioni formulate, almeno sulle risultanze più importanti. Sarebbe quindi compito del responsabile del procedimento, tramite «*la sua esperienza e razionalità valutare, ove lo ritenga opportuno, gli apporti interessati [...] e definire così la macrostruttura della motivazione*»²⁷⁴. Pertanto, è considerato illegittimo, e dunque impugnabile, il provvedimento finale, qualora, la motivazione non dia atto delle valutazioni delle argomentazioni promosse dal privato durante il procedimento. Pertanto può considerarsi illegittimo anche il provvedimento la cui motivazione di atto delle osservazioni e proposte da alcuni interveniente, mentre non dia atto di quelle del ricorrente, le quali debbono comunque essere originali e sostanzialmente diverse da quelle considerate²⁷⁵.

Il riferimento ai risultati dell'istruttoria origina quello che è stato definito un rapporto biunivoco. Questo si esplica nel rapporto che sussiste tra il carattere dinamico del procedimento e quello statico del provvedimento: le risultanze istruttorie sono destinate a confluire nel provvedimento finale, la cui motivazione dovrà dar atto di fatti e valutazioni che si sono verificati in tempi diversi²⁷⁶. Ciò comporta, da un lato, che la motivazione formale del provvedimento non deve essere autosufficiente, infatti, «*le ragioni del provvedimento, lungi dal dover trasparire dal mero atto conclusivo, vanno evinte dal complesso degli atti del procedimento, in quanto la garanzia di adeguata tutela delle ragioni del privato non viene meno per il fatto che nella determinazione*

²⁷² In questo senso A. ROMANO TASSONE, *Legge sul procedimento e motivazione del provvedimento amministrativo. Prime osservazioni*, in Scritti in onore di Pietro Virga, II, Milano, 1994, p. 1602. L'autore sostiene che, un obbligo per il responsabile, consistente nell'esternare le proprie valutazioni, si potrebbe al più avere per gli apporti irrilevanti, proprio perché sarebbe necessario affermare l'irrelevanza rispetto al *thema decidendum*.

²⁷³ Tra queste Cons. St., sez. VI, 15 luglio 1998, n. 1074 in Cons. Stato 1998, I,1190, secondo cui «*Ai sensi dell'art. 10 lett. b) l. 7 agosto 1990 n. 241, il provvedimento che non include alcuna valutazione degli apporti forniti dal privato in sede procedimentale, è illegittimo per difetto di motivazione.*».

²⁷⁴ R. SCARCIGLIA, *La motivazione dell'atto amministrativo. Profili ricostruttivi e analisi comparatistica*, op. cit., pp. 268-269.

²⁷⁵ In questo senso F. GIGLIONI, S. LARICCIA, *Partecipazione dei cittadini all'attività amministrativa*, in Enc. Dir., Agg. IV, Giuffrè, Milano, 2000, note 110, 111.

²⁷⁶ M.A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, op. cit., p. 306.

finale non risultino chiaramente e compiutamente rese comprensibili le ragioni sottese alla scelta dell'Amministrazione, allorché le stesse possano essere agevolmente colte dalla lettura degli atti afferenti alle varie fasi in cui si articola il procedimento, e ciò in omaggio ad una visione non meramente formale dell'obbligo di motivazione, ma coerente con i principi di trasparenza e di lealtà desumibili dall'art. 97 Cost.»²⁷⁷. Dall'altro lato, all'opposto, che «l'obbligo di motivazione dell'atto amministrativo, nella moderna e condivisa accezione sostanziale, va riferito allo sviluppo della funzione amministrativa nel suo complesso e non al solo provvedimento conclusivo, con conseguente possibilità di ricostruirne la trama con la lettura complessiva di tutti gli atti della sequenza procedimentale.»²⁷⁸, pertanto «la motivazione di un qualunque provvedimento deve consentire in modo agevole di ripercorrere il percorso logico seguito nell'emanare il provvedimento stesso»²⁷⁹, il quale diviene il vero e proprio oggetto della motivazione, aggiungendosi ai presupposti di fatto e alle ragioni giuridiche che preesistono allo stesso procedimento.

Ultimo elemento che la dottrina ha evidenziato tra gli oggetti della motivazione sono i motivi, per i quali si è parlato anche di giustificazione di opportunità²⁸⁰, per evidenziare come la motivazione in senso stretto si riferisca in questo caso ad una vera e propria manifestazione di volontà, scarsamente sindacabile in sede giurisdizionale²⁸¹. I motivi sono un tratto tipico soltanto dei provvedimenti con contenuto discrezionale, pertanto sono estranei agli atti interamente vincolati. L'esistenza di una manifestazione di volontà nel procedimento sembra incompatibile con la figura del sillogismo applicativo, in cui una dottrina voleva individuare lo schema della motivazione configurato dalla legge. È addirittura dubbia la configurabilità dei motivi come un

²⁷⁷ TAR Catania, (Sicilia), sez. III, 24 febbraio 2016, n. 561, Cons. di St., sez. IV, 15 novembre 2011, n. 6042 in Foro amm. CDS 2011, 11, 3388.

²⁷⁸ TAR Campobasso, (Molise), sez. I, 11 marzo 2016, n. 115.

²⁷⁹ TAR Napoli, (Campania), sez. III, 08 gennaio 2016, n. 16, in Redazione Giuffrè amministrativo 2016, ove si aggiunge «la motivazione si considera presente in tutti i casi in cui anche a prescindere dal tenore letterale dell'atto finale, i documenti dell'istruttoria offrano elementi sufficienti ed univoci dai quali possano ricostruirsi le concrete ragioni della determinazione assunta, rimane fermo però che tale ricostruzione deve essere possibile, se non meramente ipotetica o congetturale, come nel caso di specie, laddove non si comprende, dall'atto amministrativo impugnato, il ragionamento logico», disponendo l'annullamento del provvedimento.

²⁸⁰ L'espressione si deve a R. SCARCIGLIA, *La motivazione dell'atto amministrativo. Profili ricostruttivi e analisi comparatistica*, op. cit., p. 278.

²⁸¹ Il sindacato che il giudice opera sui motivi può essere piuttosto penetrante, si esplica attraverso la figura dell'eccesso di potere, la quale può spingersi sino alle porte del merito amministrativo, senza tutta varcarle. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., p. 206.

elemento distinto e separato rispetto ai precedenti, altra dottrina evidenzia, infatti, come questi siano riassorbiti nella nozione di ragioni giuridiche²⁸², pertanto *«le relazioni giuridiche ed i presupposti fattuali sono quindi strutturalmente sufficienti ed egualmente necessari in qualsiasi motivazione obbligatoria, ed in qualsiasi tipologia di atto»*²⁸³.

Se si riconosce alla motivazione almeno una funzione di garanzia, questa dovrebbe permettere al privato *«la ricostruzione dell'iter logico - giuridico attraverso cui l'Amministrazione si è determinata ad adottare un determinato provvedimento, così da porlo nella condizione di controllare il corretto esercizio del potere amministrativo e di far valere eventualmente nelle opportune sedi, giustiziali o giurisdizionali, le proprie ragioni.»*²⁸⁴. Quindi inadonei all'assolvimento dalla funzione devono ritenersi i provvedimenti che siano radicalmente sprovvisti di indicazione di presupposti e ragioni, ma anche quelli che pur indicandoli, lo fanno in maniera talmente generica da non permette al destinatario di capire correttamente quali queste siano²⁸⁵.

L'art. 3 comma 4 della legge n. 241/1990 dispone inoltre *“In ogni atto notificato al destinatario devono essere indicati il termine e l'autorità cui è possibile ricorrere.”* Nonostante la collocazione della disposizione, non è possibile ritenere che l'indicazione del termine e dell'autorità rientrino nella categoria della motivazione. Da ciò ne deriva che ad un vizio sull'indicazione di questi elementi non può essere estesa la disciplina dei vizi della motivazione²⁸⁶. Tuttavia parte della dottrina ha fatto leva proprio su questa disposizione per evidenziare come la finalità principale dell'art. 3 della legge n. 241/1990 sarebbe proprio quella di riconoscere una funzione di garanzia. Infatti l'ultimo comma di questo articolo opera un legame immediato tra il contenuto della motivazione e la successiva tutela giurisdizionale, individuando pertanto il destinatario della stessa

²⁸² Si veda M.A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, op. cit., p. 315., che ritiene le ragioni giuridiche non si risolvano nella semplice individuazione della norma a da applicare, ma comprendono tutte le argomentazioni logico-giuridiche necessarie a collegarle ai presupposti del provvedimento.

²⁸³ M.A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, op. cit., p. 316.

²⁸⁴ T.A.R. Napoli, (Campania), sez. VI, 19 novembre 2015, n. 5342.

²⁸⁵ Cons St., sez. VI 24 maggio 2007, n. 2537.

²⁸⁶ La giurisprudenza ritiene che la mancata indicazione, nel contenuto del provvedimento, dell'autorità giurisdizionale avanti alla quale promuovere l'impugnazione e del termine utile a detto fine, lungi dal comportare l'illegittimità e/o la nullità dell'atto impugnato, potrebbe meramente comportare, nel concorso di ulteriori e significative circostanze, la mera remissione in termini per proporre l'impugnazione. TAR Roma, (Lazio), sez. III, 20 ottobre 2015, n. 12007. In caso di provvedimenti interamente vincolati il motivo di ricorso viene considerato infondato. TAR Ancona, (Marche), sez. I, 11 dicembre 2015 n. 869. Inoltre è pacifico che l'indicazione errata del giudice a cui ricorrere non è in grado di mutare il sistema di riparto della giurisdizione, il quale ha fondamento costituzionale.

nel soggetto potenzialmente leso. Dunque dalla disciplina della motivazione sembrano tendenzialmente esclusi i soggetti non direttamente portatori di interessi suscettibili di essere direttamente tutelati.

II. 5. Motivazione e discrezionalità.

La proposta formulata dalla Commissione Nigro²⁸⁷ prevedeva un'eccezione all'obbligo di motivazione quando per la semplicità dell'atto le ragioni della decisione sono implicite, la figura era formulata essenzialmente per gli atti interamente vincolati. La proposta è stata rigettata, infatti la legge n. 241/1990, nel dettare il proprio ambito applicativo, utilizza un criterio che ruota intorno alla categoria generale dell'atto e quella del provvedimento, per il quale è essenzialmente irrilevante la presenza o meno di una manifestazione di volontà, o, al contrario, la qualificazione del contenuto dell'atto come mera dichiarazione di scienza. Questa impostazione sostanzialmente disconosce le istanze di quella dottrina precedente l'entrata in vigore della legge, la quale escludeva la necessità di motivare in relazione ad atti interamente vincolati. Come è stato già osservato precedentemente, nonostante per la legge sia indifferente il contenuto dell'atto ai fini dell'assoggettamento o dell'esclusione dall'obbligo di motivare, questo elemento è invece rimasto il vero punto di riferimento della giurisprudenza, la quale lo utilizza come vero e proprio criterio selettivo.

L'art. 21-*octies* comma 2 della legge n. 241/1990 (Annullabilità del provvedimento) dispone “*Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*”. L'articolo sembra aver operato quella che è stata definita una dequotazione dei vizi formali del procedimento²⁸⁸. È

²⁸⁷ Si veda nota 207.

²⁸⁸ F. DI CAMILLO, *Dequotazione dei vizi formali del procedimento*, in www.altalex.com, 2007.

discusso se l'articolo si muova sul piano formale ed abbia creato una nuova fattispecie in cui il provvedimento sarebbe comunque valido *ex-ante*, si è parlato in questo caso della categoria dell'irregolarità²⁸⁹. Secondo altra impostazione, la disposizione non avrebbe la funzione di ridimensionare la categoria dell'invalidità del provvedimento amministrativo, invece dispiegherebbe essenzialmente effetti in ottica processuale. In altre parole sarebbe una codificazione dell'impostazione giurisprudenziale precedente, la quale avrebbe semplicemente escluso l'interesse ad agire in quanto non si sarebbe potuto ottenere un risultato differente da quello previsto dal provvedimento²⁹⁰.

La qualificazione come elemento formale del provvedimento fa sì che la disposizione possa applicarsi anche ad un vizio di questa²⁹¹. Così, il rigetto dell'impostazione dottrinale precedente, che voleva gli atti amministrativi vincolati esenti dall'obbligo di motivazione, uscita dalla porta, sembrerebbe entrata dalla finestra. In realtà, se si aderisce alla seconda delle impostazioni segnalate, l'impossibilità di ottenere l'annullamento dell'atto non dovrebbe comunque precludere un interesse ad agire per l'eventuale risarcimento del danno cagionato al privato²⁹². Inoltre rimarrebbe in capo alla pubblica amministrazione l'obbligo di esercitare correttamente il potere amministrativo che le è attribuito dalla legge, integrando successivamente la motivazione carente o agendo in via di autotutela sul provvedimento.

²⁸⁹ F. CAMMEO li qualificava come «imperfezioni». Successivamente il M. S. GIANNINI li definisce «una sorta di inosservanza della legge, ma di minore conto e perciò innocua, per cui non porterebbe all'invalidità del provvedimento», inoltre sarebbero «fattispecie anormali, cioè aventi tratti difformi dallo schema normativo astratto, e [...] anomalità minori che di regola non comportano vizio» in MS. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1970, p. 609.

²⁹⁰ In questo senso l'art. 21-octies «non degrada un vizio di legittimità a mera irregolarità, ma fa sì che un vizio - che resta di legittimità - non porti con sé la necessità ed automatica comminatoria dell'annullamento dell'atto», in A. POLICE, *Annulabilità e annullamento (dir. amm)*, in Enc. Dir. Annali, I, par. 9.

²⁹¹ In senso contrario vi è quella tesi che facendo leva sulla natura sostanziale della motivazione, sostiene che l'articolo non sarebbe applicabile anche a questa. Si veda M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2016, capitolo 5.2. La tesi ha in alcuni casi ricevuto anche un avallo giurisprudenziale: «non è riconducibile a quelle «sul procedimento o sulla forma degli atti», poiché la motivazione non ha alcuna attinenza né con lo svolgimento del procedimento né con la forma degli atti in senso stretto, riguardando, più precisamente, l'indicazione dei presupposti di fatto e delle ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'Amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria; tant'è che nella stessa giurisprudenza comunitaria, la motivazione viene configurata come requisito di «forma sostanziale».». in TAR Napoli, (Campania), sez. I, 08/ settembre 2015, n. 4400 in Foro Amministrativo (II) 2015, 9, 2377.

²⁹² In questo caso il ricorrente sarebbe facilitato per la determinazione del *quantum* del danno subito. Infatti la mancata impugnazione del provvedimento non potrebbe originare «dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza», esclusi dal risarcimento dall'art. 30, c. 3 del Decreto Legislativo 2 luglio 2010, n. 104 (Codice del processo amministrativo).

Un'ulteriore tratto da sottolineare è che, non soltanto si richiede che il contenuto dispositivo del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso, ma addirittura è necessario che ciò emerga in modo palese. L'evidenza della situazione è una caratteristica soggettiva, la quale dipende dal soggetto che materialmente viene a contatto con il provvedimento. Pertanto si dovrebbe richiedere che la situazione emerga in modo palese per il destinatario del provvedimento, al quale si potrebbe comunque richiedere un certo grado di diligenza nell'informarsi sul provvedimento che lo riguarda, non tale, tuttavia, da raggiungere la conoscenza del giurista esperto sul punto. Così, la disposizione farebbe da contraltare all'istituto della motivazione, assolvendo alla stessa funzione di garanzia che si riconosce a questa. La norma, pertanto, non avrebbe tanto la funzione di escludere la motivazione quando l'atto non potrebbe ottenere un diverso risultato, quanto piuttosto quella di escluderla quando questa sarebbe superflua, in quanto il destinatario non potrebbe avere una maggiore comprensione delle scelte dell'amministrazione tramite un'esternazione motivante.

La giurisprudenza non sembra tuttavia seguire questa impostazione. Da un lato, in generale, è vero che riconosce che *«l'accertamento giudiziale, volto a verificare se il provvedimento avrebbe potuto essere di segno diverso e di contenuto favorevole per il ricorrente, non può richiedere alcuna indagine particolare al giudice amministrativo, né alcun approfondimento istruttorio»*, ma, dall'altro, tende a riconoscere che *«il giudice possa analizzare anche profili motivazionali non presenti e strutturati nell'originario provvedimento amministrativo, ammettendo, in sede giudiziaria, l'arricchimento di valutazioni - in ordine ad elementi preesistenti -, esternabili anche in un momento successivo e per opera di un soggetto diverso (quale ad esempio il difensore dell'amministrazione)»*²⁹³. Inoltre, al di là dei poteri riconosciuti al giudice nell'indagine, va evidenziata la presenza di un filone giurisprudenziale che tende a svilire il requisito del carattere palese, il quale ondeggia tra l'assoluta irrilevanza dello stesso²⁹⁴, all'imposizione in capo al ricorrente dell'onere di provarlo, di fatto

²⁹³ A. POLICE, *Annullabilità e annullamento (dir. amm)*, op. cit., par. 9. L'autore sostiene comunque che la situazione dovrebbe risultare con *«assoluta evidenza»*.

²⁹⁴ *«Ai sensi dell'art. 21 octies, l. 7 agosto 1990, n. 241 non è annullabile il provvedimento amministrativo quando risulti che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.»* Cons. St., sez. IV, 07 dicembre 2015, n. 556.

imponendogli di dimostrare che vi erano altre soluzioni possibili da adottare, piuttosto che quello di dimostrare che ciò non fosse palese²⁹⁵.

Abbandonata la categoria degli atti interamente vincolati, in astratto od anche solo in concreto, è stato sottolineato che la discrezionalità originerebbe un rapporto diretto con la motivazione, nel senso che all'aumentare dello spazio discrezionale lasciato all'amministrazione, tante più articolate dovrebbero divenire le ragioni giuridiche e le argomentazioni a sostegno della decisione, tanto più estesa dovrebbe essere la motivazione²⁹⁶. La tesi sembra cogliere nel segno soprattutto in riferimento alla macrostruttura della motivazione: quando, all'interno di un procedimento, emerga un profilo di discrezionalità, la decisione che viene presa su quel singolo punto meriterà di essere esternata nell'apparato motivazionale. Ciò in quanto *«nell'esercizio di un potere discrezionale l'amministrazione pubblica ha il dovere di motivare adeguatamente ogni scelta compiuta, anche in ordine al contemperamento degli interessi coinvolti»*²⁹⁷. Non necessariamente tuttavia lo stesso è sostenibile in termini di microstruttura della motivazione, cioè in riferimento a quanto profondamente è necessario che si argomenti. Il riconoscimento di funzione di trasparenza e di controllo democratico imporrebbero in questo caso una motivazione particolarmente puntuale: sarà proprio laddove l'amministrazione è più libera di decidere, e non dove è mera esecutrice della volontà del legislatore, che questa sarà chiamata a rendere il conto alla comunità dei consociati sul proprio operato.

Al contrario, se si sostenesse una funzione essenzialmente di garanzia della stessa, la profondità della motivazione dovrebbe essere rapportata al possibile successivo controllo giurisdizionale. Pertanto sembrerebbe sufficiente che questa debba dare atto di aver preso in considerazione gli interessi che la legge impone di ponderare, senza necessità di una tassativa elencazione ed indicazione di tutti i vantaggi e gli svantaggi che la libera scelta dell'amministrazione potrà produrre, e senza necessità alcuna di dover addirittura convincere il destinatario del provvedimento della bontà

²⁹⁵ Cons. St., sez. III, 08 settembre 2015, n. 4188 e Cons. St., sez. VI, 25 marzo 2015, n. 1583.

²⁹⁶ *«Nel nostro ordinamento, nessun potere, per quanto supportato da ampissima discrezionalità (con esclusione dei c.d. atti politici, liberi nel fine) può essere esercitato omettendo di dare contezza (seppure generica e succinta, quanto maggiore è il quantum di discrezionalità attribuito) dei presupposti in base al quale si è giunti ad una data soluzione.»*, TAR Roma, (Lazio), sez. I, 12 novembre 2015, n. 11570.

²⁹⁷ *«atteso che la motivazione rappresenta il criterio di emersione formale della correttezza dell'operato della p.a. e consente di cogliere le ragioni fondanti il proprio operato, nel rispetto del principio di imparzialità, elidendo così ogni dubbio circa l'eventuale esistenza di discriminazioni e sperequazioni.»* Cons. St., sez. IV, 15 settembre 2014, n. 4676.

della soluzione adottata. Se al giudice rimane insindacabile il merito, non si vede per quale motivo sia necessario motivare l'opportunità della scelta. È su questo seconda linea che sembra assestata la giurisprudenza italiana, la quale, pur richiedendo l'indicazione dei criteri e valori a cui l'amministrazione ha fatto riferimento per l'adozione di un atto a contenuto discrezionale, si limita successivamente a sindacarli in termini di logicità e congruenza²⁹⁸, mentre, al contrario, si arresta di fronte al merito amministrativo, limitandosi a richiedere la presenza di una generale motivazione e l'assenza di palese abnormità e irragionevolezza²⁹⁹. Ciò vale per tutti gli atti ad ampia discrezionalità, compresi quelli gli atti di alta amministrazione, i quali sono comunque soggetti all'obbligo di motivazione dell'art. 3³⁰⁰.

Considerazioni non dissimili possono essere svolte per la discrezionalità tecnica. Se in passato la giurisprudenza era orientata ad escludere del tutto l'intervento del giudice sulla discrezionalità tecnica, e quindi escludeva la necessità della relativa motivazione³⁰¹, oggi sembra assestata su posizioni simili a quelle espresse in tema di discrezionalità amministrativa. In particolare la giurisprudenza riconosce comunque un controllo *ab externo* del giudice sull'esattezza e correttezza dei parametri utilizzati, i quali dovranno pertanto essere esternati tramite motivazione³⁰².

Da ultimo va segnalata l'esclusione dall'obbligo di motivazione per gli atti politici. Questi sono *«quella tipologia di atti in cui si estrinseca l'attività di direzione suprema della cosa pubblica e l'attività di coordinamento e di controllo delle singole*

²⁹⁸ «L'esigenza di un'adeguata motivazione si manifesta soprattutto in relazione all'esercizio di poteri amministrativi caratterizzati da elevati margini di discrezionalità» Cons. St., sez. III, 02 maggio 2013, n. 2382.

²⁹⁹ «La valutazione del possesso del requisito della condotta incensurabile, richiesto dall'art. 124, r.d. 30 gennaio 1941 n. 12, è oggetto di ampia discrezionalità, impingendo nel merito dell'azione amministrativa, ed è quindi sottratta al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo i casi di palese abnormità, irragionevolezza, difetto di motivazione, travisamento dei fatti.» Cons. St., sez. IV, 02 marzo 2012, n. 1213.

³⁰⁰ «Tutti gli atti amministrativi, ad eccezione di quelli normativi e di quelli a contenuto generale, devono indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato l'Amministrazione. Non esistono nel nostro ordinamento atti amministrativi c.d. a motivo libero.» TAR Trieste, (Friuli-Venezia Giulia), sez. I, 18 gennaio 2016, n. 15. Gli atti a motivo libero definiti come quelli liberi dal fine, per i quali non è necessaria alcuna motivazione, cfr TAR Roma, (Lazio), sez. I, 12 ottobre 2015, n. 11570.

³⁰¹ «allorquando l'amministrazione esprime un giudizio di valore e si è, pertanto, nell'ambito della c.d. "discrezionalità tecnica", non essendovi da spiegare il perché di tale scelta rispetto ad un'altra, ma soltanto di attribuire un giudizio, frutto di valutazioni discendenti da scienze o tecniche, non vi è alcun bisogno di motivazione.» Cons. St., sez. IV, 04 maggio 2004, n. 2742.

³⁰² Cons. St. sez. VI, 09 gennaio 2013, n. 56. Per il tema, si veda G. MASUCCI, *Motivazione, in Procedimento amministrativo*, a cura di M. CLARICH, G. FONDERICO, op. cit., p. 95.

*manifestazioni in cui la direzione stessa si estrinseca*³⁰³. L'esclusione dall'obbligo di motivazione in passato era fondato sull'art. 31 del Regio Decreto 26 giugno 1924, n. 1054 (Testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato), il quale disponeva: *“Il ricorso al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale non è ammesso se trattasi di atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico.”*. La corretta individuazione degli atti politici non è chiara, la giurisprudenza ritiene necessario un *«requisito soggettivo, consistente nel promanare l'atto da un organo preposto all'indirizzo e alla direzione della cosa pubblica al massimo livello»* ed uno *«oggettivo, consistente nell'essere l'atto libero nei fini perché riconducibile alle supreme scelte in materia di costituzione, salvaguardia e funzionamento dei pubblici poteri.»*³⁰⁴. La dottrina invece vi ricomprende anche atti non emanati dalla pubblica amministrazione, come ad esempio sentenze della Corte Costituzionale o le nomine di sottosegretari³⁰⁵. Oggi la disposizione del testo unico è confluita nell'art. 7 del Decreto legislativo 02 luglio 2010 n. 104 (Codice del processo amministrativo), il quale dispone che *“Non sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico.”*. Mentre è dubbio se siano gli atti politici siano o meno atti amministrativi, si può comunque sostenere che siano al di fuori della categoria del provvedimento, e dunque esonerati dall'obbligo di motivazione, inoltre non sono tendenzialmente idonei a ledere immediatamente nessuna situazione giuridica tutelata dall'ordinamento, pertanto anche adottando il criterio della immediata lesività non dovrebbero essere motivati. Ciò rappresenta un motivo in più per riconoscere nella motivazione della legge n. 241/1990 essenzialmente una funzione di garanzia nei confronti del privato. Nel caso di specie, viste le rilevanti conseguenze che questi atti possono produrre sulla vita dei cittadini, si dovrebbe necessariamente riconoscere un obbligo di motivazione qualora si voglia imporre una funzione di trasparenza o quella di controllo democratico. Peraltro non è nemmeno sempre vero che questi atti non debbano essere motivati, ad esempio l'art. 92 comma 2 della Costituzione dispone *“Ciascuna Camera accorda o revoca la fiducia mediante mozione motivata e votata per appello nominale.”*, con ciò proprio volendo riconoscere una funzione della motivazione che la legge sul procedimento sembra aver negato.

³⁰³ A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., 14.

³⁰⁴ Consiglio di Stato, sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 808.

³⁰⁵ Si veda C. DELL'ACQUA, *Atto politico ed esercizio di poteri sovrani*, Padova, Cedam, 1990.

II. 6. Procedimento e motivazione: iniziativa. Il problema della motivazione sintetica.

La struttura del procedimento amministrativo può essere distinta in tre fasi: iniziativa, istruttoria e conclusione.

L'iniziativa può provenire tanto dalla pubblica amministrazione quanto dall'istanza di un privato. A tal proposito dispone l'art. 2 comma 1 della legge n. 241/1990 (Conclusione del procedimento) *“Ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, le pubbliche amministrazioni hanno il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso.”* L'art. 1 comma 38 della Legge 6 novembre 2012, n. 190 (Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione.) ha introdotto un ulteriore periodo: *“Se ravvisano la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda, le pubbliche amministrazioni concludono il procedimento con un provvedimento espresso redatto in forma semplificata, la cui motivazione può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo”*. La dottrina ha definito la fattispecie come motivazione sintetica³⁰⁶.

A differenza della prima parte del comma richiamato, la seconda, attraverso il riferimento alla domanda del rilascio di un provvedimento, si riferisce unicamente all'ipotesi dell'istanza di un privato, mentre esclude che possa essere applicata ad un procedimento su iniziativa d'ufficio. Inoltre la disposizione fa espresso riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo, il che permette di operare una distinzione. Questa espressione sembra infatti riferirsi alla macrostruttura della motivazione, pertanto motivare sul punto risolutivo della questione significa esonerare dall'obbligo di motivare gli altri punti, i quali pure potrebbero essere controversi, ma non richiedono un'approfondita motivazione specifica. Ciò può essere spiegato nel senso per cui, l'istanza volta ad ottenere il bene della vita cui il privato aspira, legittima l'emanazione di un provvedimento soltanto al verificarsi di una pluralità di presupposti, pertanto, una

³⁰⁶ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., p. 166.

volta accertata la carenza di un presupposto, non vi sarà alcuna necessità di indagare su presupposti ulteriori, in quanto il provvedimento potrà già essere negato³⁰⁷.

La possibilità di escludere dall'apparato motivazionale alcuni punti, tuttavia, non riguarda tutti gli elementi della motivazione. La disposizione può sicuramente riferirsi alle ragioni giuridiche e fattuali, comprensive pertanto dell'*iter* logico seguito e dei motivi che hanno spinto l'amministrazione a decidere. La disposizione, tuttavia, non esonera dal motivare anche i presupposti fattuali, i quali non possono essere in alcun caso omissi, pertanto "*devono comunque essere esternati i presupposti della decisione (fattuali) che caratterizzano la fattispecie e la differenziano dalle altre*"³⁰⁸, almeno, in misura tale da permettere al destinatario del provvedimento di intuire il contenuto della decisione del provvedimento.

Per quanto concerne invece la questione della frattura verticale della motivazione, cioè quanto profondamente dovrà essere motivato il punto risolutivo della questione, la soluzione è data dal carattere manifesto che devono assumere le fattispecie di irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda. Questa disposizione, non diversamente da quanto previsto dall'art. 21 *octies* comma 2 della legge sul procedimento amministrativo (vedi *supra* paragrafo 6), svolge una duplice funzione: da un lato tutela il privato, destinatario di una motivazione sintetica, limitandola ai casi in cui il perché del contenuto del provvedimento sia autoevidente, dall'altro estende alla disciplina della motivazione l'applicazione dei principi generali di economicità ed efficacia previsti dall'art. 1 della legge. Pertanto sembra possibile rilevare anche in questo caso una funzione essenzialmente di garanzia della motivazione.

³⁰⁷ L'istituto presenta caratteri di forte analogia con la sentenza in forma semplificata nel processo amministrativo. Dispone l'art. 77 del codice del processo amministrativo: "*Nel caso in cui ravvisi la manifesta fondatezza ovvero la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza del ricorso, il giudice decide con sentenza in forma semplificata. La motivazione della sentenza può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo ovvero, se del caso, ad un precedente conforme.*". Si veda A. TRAVI, *Giustizia amministrativa*, op. cit., pp. 275-276. Va rilevato tuttavia che dal principio di doverosità dell'esercizio della funzione amministrativa ne deriva che la pubblica amministrazione, qualora fosse in dubbio sulla manifesta infondatezza dell'istanza, dovrebbe comunque richiedere al privato l'integrazione dei documenti necessari, al fine di massimizzare la tutela del pubblico interesse cui l'amministrazione procedente è preposta. Nel processo amministrativo, al contrario, la struttura contraddittoria ha come conseguenza che l'amministrazione potrà volgere a proprio favore eventuali carenze del materiale proposto dal privato.

³⁰⁸ TAR Ancona, (Marche), sez. I, 28 gennaio 2014, n. 180. Nel caso di specie la Corte annulla un provvedimento di diniego emanato sulla base dell'insussistenza di un rapporto di lavoro, mentre il preavviso di rigetto ex art. 10-bis della legge n. 241/1990 era stato basato su un diverso presupposto fattuale: l'insussistenza del reddito.

Va segnalata un'ulteriore giurisprudenza che ha fatto leva sull'obbligo di motivazione in forma semplificata per riconoscere un obbligo di provvedere anche per le domande manifestamente inammissibili³⁰⁹. Infatti, in vista della previsione normativa, se sussiste un obbligo di provvedere, non può più negarsi che, di fronte ad un'istanza, l'amministrazione possa evitare di provvedere in maniera espressa, e pertanto anche di motivare. Ciò, sembrerebbe, senza alcun margine di discrezionalità. L'amministrazione pertanto non potrà selezionare alcune istanze, apparentemente maggiormente fondate, a cui rispondere rispetto ad altre³¹⁰.

L'assunto è invece stato fortemente criticato da parte della dottrina. In particolare, la giurisprudenza precedente distingueva due diversi tipi di atti di impulso provenienti da privati. Il primo tipo è l'istanza o domanda, la quale corrisponde a quell'atto di impulso di natura privata, e non amministrativa, emanato dal privato in quanto espressione di una facoltà oggetto di una situazione giuridica soggettiva tutelata dall'ordinamento. Dall'istanza deriva un obbligo di procedere e di provvedere, adottando un provvedimento espresso a conclusione del procedimento, pertanto non si potrebbe in nessun caso negare l'esistenza di un procedimento e la necessità dello svolgimento della fase istruttoria. Diversa è invece la situazione nel caso di denunce, le quali sono istanze di un privato non oggetto di alcuna situazione giuridica soggettiva riconosciuta dall'ordinamento. In questo caso il funzionario deve dar luogo ad una delibazione sulla fondatezza della denuncia, ma ciò si pone in una fase preliminare a quella dell'inizio del procedimento amministrativo, definita pre-istruttoria, pertanto non è retta da alcuno dei principi che disciplinano il procedimento amministrativo, né sussiste alcun obbligo di procedere, concludere o motivare. L'eventuale successiva apertura del procedimento e il correlato esercizio di un potere sarebbero unicamente espressione di un procedimento ad iniziativa d'ufficio, anche se su sollecitazione di un privato. La differenza tra le due situazioni viene individuata nell'esistenza di una situazione giuridica soggettiva. La giurisprudenza più recente ha traslato, in forza della modifica dell'art. 2, la seconda categoria nella prima, ritenendo che anche la mancanza di una situazione giuridica

³⁰⁹ «Ai sensi del vigente art. 2 comma 1, l. n. 241 del 7 agosto 1990 [...] l'obbligo di provvedere su una richiesta di autorizzazione (nella fattispecie, una richiesta di autorizzazione a lottizzare dei terreni) sussiste anche laddove la pretesa sia manifestamente inaccoglibile.» TAR Cagliari, (Sardegna), sez. II, 12 dicembre 2013, n. 879.

³¹⁰ Sul punto si veda la ricostruzione operata in M. MONTEDURO, *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento: l'obbligo di provvedere su domande «inammissibili» o «manifestamente infondate»*, in *Dir. amm.*, fasc. 1, 2010, p. 103.

soggettiva originerebbe un obbligo di adottare un provvedimento in forma semplificata. In realtà la dottrina ha osservato come la posizione della nuova disposizione dovrebbe lasciar intendere che il legislatore non ha voluto ampliare l'ambito del dovere di provvedere, ma ha unicamente voluto restringere quello del dovere di motivare³¹¹. Pertanto in caso di istanza può ritenersi ammissibile una motivazione sintetica, mentre in caso di domanda non vi dovrebbe essere un dovere di motivare. Il principio cardine rimane comunque quello della motivazione come elemento conclusivo del procedimento, mentre non è ammissibile una motivazione in mancanza di un procedimento.

Un caso distinto ed opposto dal precedente è quello di un procedimento ad iniziativa d'ufficio. In questo caso il primo atto di contatto tra l'amministrazione ed il privato sarà la comunicazione di avvio del procedimento, imposta dall'art. 7 della legge sul procedimento, da inviare *“ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti ed a quelli che per legge debbono intervenire”*, nonché *“a soggetti individuati o facilmente individuabili”*, *“qualora da un provvedimento possa derivare un pregiudizio”*. Il contenuto della comunicazione di avvio del procedimento è prevista dal successivo art. 8 comma 2 della legge n. 241/1990: *“Nella comunicazione debbono essere indicati: a) l'amministrazione competente; b) l'oggetto del procedimento promosso; c) l'ufficio e la persona responsabile del procedimento; c-bis) la data entro la quale, secondo i termini previsti dall'articolo 2, commi 2 o 3, deve concludersi il procedimento e i rimedi esperibili in caso di inerzia dell'amministrazione; c-ter) nei procedimenti ad iniziativa di parte, la data di presentazione della relativa istanza; d) l'ufficio in cui si può prendere visione degli atti.”* Nessuna delle disposizioni previste, in effetti, pone un espresso obbligo di motivazione della comunicazione, né questo deriva direttamente dalla previsione dell'articolo 3 della legge sul procedimento, infatti la comunicazione non ha natura provvedimentale. L'oggetto può avere un contenuto parzialmente coincidente con quello della motivazione, tra cui l'enunciazione dei principali presupposti di fatto e di diritto, ma non sembra che si possa parlare di una vera e propria motivazione. Sul punto è concorde anche la giurisprudenza, la quale non ritiene necessaria una motivazione,

³¹¹ Si veda N. POSTERARO, *Considerazioni critiche sul generalizzato dovere di provvedere della p.a.*, in *Foro Amministrativo* (II), 10, 2015, p. 2676.

sottolineando come l'avviso di inizio del procedimento «può essere legittimamente redatto in forma sintetica, atteso che l'obbligo di esaustiva motivazione si riferisce al provvedimento nella sua stesura definitiva»³¹².

La comunicazione di avvio del procedimento può inoltre essere omessa, ai sensi dello stesso art. 7 comma 1 della legge sul procedimento ove “*sussistano ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento*”. La norma nulla dispone riguardo un eventuale successivo controllo su dette esigenze. La giurisprudenza sul punto sembra mossa in due direzioni contrastanti, da un lato evidenzia come le particolari esigenze di celerità del procedimento «*devono essere esternate mediante motivazione idonea a dimostrare che a causa dell'adempimento dell'obbligo di comunicazione potrebbe essere compromesso il soddisfacimento dell'interesse pubblico cui il provvedimento è rivolto*»³¹³ mentre, dall'altro, che «*la comunicazione di avvio del procedimento non può ridursi ad un rituale formalistico, con la conseguenza che il privato non può limitarsi a denunciare la mancata o incompleta comunicazione e la conseguente lesione della propria pretesa partecipativa, ma è anche tenuto ad indicare o allegare gli elementi che, se introdotti in fase procedimentale, avrebbero potuto influire sul contenuto finale del provvedimento*»³¹⁴. Pertanto viene riconosciuto un obbligo di motivazione, senza che lo stesso possa da solo essere impugnato dal privato con effetti invalidanti del provvedimento, senza addurre anche elementi sostanziali che avrebbero permesso un diverso esito del procedimento³¹⁵. Vista la dissociazione che si verifica tra previsione dell'obbligo e legittimazione ad agire, sembrerebbe poter qui rilevare i tratti di una motivazione che si esplica maggiormente in funzione di trasparenza, piuttosto che di garanzia.

II. 7. Procedimento e motivazione: istruttoria.

³¹² La principale finalità della comunicazione «*va individuata nell'esigenza di assicurare piena visibilità all'azione amministrativa nel momento della sua formazione e di garantire, al contempo, la partecipazione del destinatario dell'atto finale alla fase istruttoria preordinata alla sua adozione, specie quando il provvedimento conclusivo produce effetti pregiudizievoli nella sfera del destinatario*» TAR Perugia, (Umbria), sez. I, 04 agosto 2011, n. 266.

³¹³ Cons. di St., sez. V, 10 gennaio 2013, n. 91 in Foro amm. CDS 2013, 1, 182 (s.m).

³¹⁴ Cons. St., sez. IV, 09 dicembre 2015, n. 5577.

³¹⁵ Vanno comunque esclusi dalla fattispecie i provvedimenti interamente vincolati, i quali, anche in mancanza di obbligo di motivazione, sono assoggettati alla dequotazione formale del vizio operata dall'art. 21-octies comma 2, (si veda *supra* paragrafo 6).

L'inciso presente nell'art. 3 della legge sul procedimento, “*in relazione alle risultanze dell'istruttoria*”, rende questa fase il principale momento di formazione del contenuto della motivazione.

Parte della dottrina ne ha fatto discendere un principio di esclusività procedimentale, nel senso che, se l'istruttoria rappresenta il principale momento di emersione e manifestazione degli interessi, allora questi dovrebbero essere recepiti nel procedimento finale, il quale invece dovrebbe limitarsi a comporli e a ponderarli, senza invece introdurre ulteriori elementi prima non emersi³¹⁶.

Il tema in generale si lega a quello del più generale rapporto tra *context of discovery* e *context of justification*³¹⁷ e al rapporto tra l'istruttoria procedimentale e il provvedimento finale, il quale influenza necessariamente anche la motivazione. Se pertanto l'istruttoria procedimentale risulta inadeguata e la ponderazione degli interessi approssimativa, anche la motivazione sembrerà fragile³¹⁸. Il vizio tuttavia non è direttamente riferibile alla motivazione, quanto piuttosto rappresenta un caso di cattivo esercizio del potere, che origina un vizio di eccesso di potere. In questo modo è possibile affermare che, nonostante la qualificazione della motivazione come elemento formale del provvedimento, questa assume in parte anche carattere sostanziale: essa stessa non è lo specifico oggetto del sindacato giudiziale, ma rappresenta una porta attraverso cui determinare come il potere è stato esercitato³¹⁹.

³¹⁶ A. ROMANO TASSONE, *Legge sul procedimento e motivazione del provvedimento amministrativo. Prime osservazioni*, op. cit., p. 1600.

³¹⁷ La terminologia si deve al filosofo Hans Reichenbach. Per *context of discovery* si intende il processo cognitivo *de facto*, pertanto viene riferito al processo di concepimento di una teoria. Per *context of justification* si intende invece la validazione *de jure* della correttezza del pensiero elaborato. La distinzione non va interpretata in senso temporale, in quanto non necessariamente il secondo precede il primo. Al contrario, elaborazione e validazione vanno concepiti come due diversi approcci epistemologici: lo sforzo di dare vita, articolare una teoria fino al raggiungimento del suo potenziale, e lo sforzo di determinare il suo valore scientifico. Si veda J. SCHIKORE, *Scientific Discovery*, in Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2014, paragrafo 5.

³¹⁸ R. SCARCIGLIA, *La motivazione dell'atto amministrativo. Profili ricostruttivi e analisi comparatistica*, op. cit., pp. 267-268.

³¹⁹ In questo senso la pronuncia Cons. St., sez. III, 08 gennaio 2013, n. 26. «*Il sindacato del g.a., benché in origine incentrato sull'atto e non sul rapporto, ha esteso il proprio oggetto anche a tutto il procedimento amministrativo, mediante il vizio dell'eccesso del potere inteso progressivamente quale vizio della funzione (e non più del singolo atto), come dimostrano le classiche figure sintomatiche dell'errore di fatto e del difetto di istruttoria, poi confluite, con il passare del tempo, nei vizi di illogicità e di irragionevolezza; lungo questo percorso evolutivo, segnato dagli art. 24, 103 e 113 Cost., si è andata affermando, da alcuni decenni, l'idea di un giudizio di accertamento dell'eccesso di potere nel quale il g.a., pur non spingendosi sino a sindacare la valutazione dei vari interessi fatta dall'autore dell'atto,*

I principali istituti di partecipazione al procedimento trovano in questa fase un momento di espressione. L'art. 9 della legge sul procedimento amministrativo riconosce un diritto di intervento ai *“portatori di interessi pubblici o privati, nonché i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento”*³²⁰. Invece l'art. 10-bis (Comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza) dispone che nei *“procedimenti ad istanza di parte il responsabile del procedimento o l'autorità competente, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, comunica tempestivamente agli istanti i motivi che ostano all'accoglimento della domanda. Entro il termine di dieci giorni dal ricevimento della comunicazione, gli istanti hanno il diritto di presentare per iscritto le loro osservazioni, eventualmente corredate da documenti”*, *“dell'eventuale mancato accoglimento di tali osservazioni è data ragione nella motivazione del provvedimento finale”*. Le disposizioni sulla partecipazione sono essenzialmente volte ad instaurare un contraddittorio tra soggetti potenzialmente lesi dal provvedimento, cosicché si viene ad instaurare una relazione essenzialmente inversa tra partecipazione e motivazione finale del provvedimento: tanto maggiori sono le informazioni che il privato ha dimostrato di conoscere attraverso la sua partecipazione al procedimento, tanto minore dovrà essere l'onere di motivazione, in quanto non vi sarebbe ragione di esternare informazioni già a conoscenza del destinatario del provvedimento³²¹.

Questo tipo di impostazione rimanere, tuttavia, ancorata ad una logica fortemente contraddittoria dei rapporti tra privato e pubblica amministrazione, nei quali il privato si verrebbe a trovare nella posizione di esercitare i diritti che gli sono attribuiti dalla legge al fine di garantire il raggiungimento del bene della vita cui aspira. Da ciò ne discende che l'amministrazione sarà successivamente tenuta a motivare, in relazione alle istanze del privato, soltanto al fine di dimostrare che il potere che ha leso la sua sfera giuridica sia stato esercitato conformemente alle disposizioni di legge. Una rilettura della disciplina della partecipazione al procedimento ai sensi del principio di trasparenza di cui all'art. 1 della legge sul procedimento, imporrebbe di impostare il procedimento in un'ottica maggiormente inquisitoria, tale da permettere la massima

verifica tuttavia che tali interessi esistano davvero nella realtà fenomenica, che non vi siano omissioni o sostituzioni importanti e che vi sia una coerenza logica nella valutazione compiuta.»

³²⁰ Per i poteri riconosciuti a questi soggetti e il rapporto delle memorie e motivazione si veda *supra* paragrafo 5.

³²¹ In questo senso G. CORSO, *Motivazione dell'atto amministrativo*, op. cit., paragrafo 5.

realizzazione dell'interesse pubblico primario e la miglior ponderazione degli altri interessi secondari pubblici e privati³²². In particolare, attraverso l'ampliamento delle maglie della nozione di pregiudizio, ricomprendendovi anche mere situazioni di fatto, tali da non assurgere al rango di situazioni giuridiche soggettive, si permetterebbe all'amministrazione di valutare e tenere conto nella decisione finale anche di apporti partecipativi di soggetti non direttamente lesi, ma comunque interessati. Non sembra invece questa la linea sostenuta dalla giurisprudenza, la quale sostiene che la disposizione «*non riconosce di per sé legittimazione processuale a tutti i soggetti portatori di interessi collettivi che abbiano in concreto partecipato al procedimento*», infatti questa «*si limita a sancire un principio generale, ed è perciò rimesso all'amministrazione procedente ed all'autorità giudiziaria il compito di verificare nel singolo caso se il soggetto interveniente abbia effettiva legittimazione procedimentale e processuale in quanto portatore di un interesse differenziato e qualificato, senza che la valutazione operata in sede procedimentali vincoli quella da rinnovarsi nella sede processuale*»³²³. Pertanto, sembra che la partecipazione al procedimento e la relativa possibilità di intervenire sia riconosciuta a soggetti titolari di situazioni giuridiche soggettive che potenzialmente saranno lese dal provvedimento finale. Pertanto anche la motivazione delle relative istanze assume esclusivamente funzione di garanzia.

Nella fase dell'istruttoria la ponderazione di interessi può richiedere l'intervento anche di altri e distinti soggetti pubblici, è il caso di pareri, autorizzazioni e valutazioni tecniche. Innanzitutto va rilevata l'autonomia del provvedimento finale, e pertanto della sua motivazione, rispetto ad un eventuale parere rilasciato. Pertanto anche ove «*i pareri siano stati espressi secondo modalità ovvero in forma superficiale, il provvedimento finale ben può autonomamente reggersi ove la motivazione adottata sia comunque congrua e idonea a superare gli eventuali deficit motivazionali degli atti endoprocedimentali*»³²⁴. Nel caso in cui i pareri siano completi e prodotti entro i termini

³²² Una delle caratteristiche proprie della concorrenza perfetta è la trasparenza di mercato, da intendere come informazione completa e simmetrica. La partecipazione di apporti privati potrebbe risolvere, in parte, l'asimmetria informativa in cui la pubblica amministrazione potrebbe venire a trovarsi. La possibilità evoca in parte modelli propri della funzione di regolazione, quali quelli della regolazione cogestita e della *better regulation*. Si veda M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., pp. 88-89.

³²³ Cons. St., sez. IV, 29 agosto 2002, n. 4343, in Foro amm. CDS 2002, 1672.

³²⁴ TAR L'Aquila, (Abruzzo), sez. I, 12 gennaio 2008, n. 24 in Foro amm. TAR 2008, 1, I, 179 (s.m).

fissati dalla legge, l'amministrazione precedente può condividerne³²⁵ o meno il contenuto. In questo secondo caso la giurisprudenza richiede «*idonea motivazione delle ragioni della statuizione adottata in contrasto alle valutazioni espresse in sede consultiva*»³²⁶. È inoltre possibile che siano stati richiesti più pareri tra loro contrastanti, per cui appare evidente che anche in questo caso la pubblica amministrazione sia tenuta ad adempiere «*l'obbligo di motivare le ragioni per le quali ritenga di seguire quello che corrisponde all'adottata determinazione amministrativa*», piuttosto che le posizioni non accolte³²⁷. Inoltre la giurisprudenza ha in alcuni casi ritenuto che il principio valga anche per pareri facoltativi, cosicché, una volta richiesti, questi vincolino l'amministrazione precedente, la quale «*qualora intenda dissentire e discostarsi dalla valutazione formulata dall'organo consultivo ed espressa nel parere, deve esternare una congrua ed adeguata motivazione*»³²⁸. Per quanto concerne invece le valutazioni tecniche la giurisprudenza ha sottolineato come l'amministrazione «*non può avvalersi di criteri che portano ad evidenziare la mera non divisibilità della valutazione stessa; deve tenere distinti i profili meramente accertativi da quelli valutativi (a più alto tasso di opinabilità) rimessi all'organo amministrativo, potendo esercitare più penetranti controlli, anche mediante c.t.u. o verifica, solo avuto riguardo ai primi*»³²⁹.

II. 8. Procedimento e motivazione: conclusione.

L'art. 2 della legge sul procedimento impone l'obbligo di provvedere attraverso l'emanazione di un provvedimento espresso. Un primo ordine di problemi che può originarsi è quello dei rapporti tra motivazione e silenzio dell'amministrazione. Non vi sono particolari problemi, invece, nel caso della figura di silenzio-inadempimento, contro la quale l'ordinamento prevede una specifica azione volta al rilascio di un

³²⁵ Qualora ne condivida il contenuto si possono porre problemi di motivazione *per relationem*, per la quale si veda *infra* paragrafo 9.

³²⁶ Cons. St., sez. VI, 14 agosto 2007, n. 4457 in Foro amm. CDS 2007, 7-8, 2277.

³²⁷ TAR Catania, (Sicilia), sez. I, 23 dicembre 2014, n. 2793 in Foro Amministrativo (II) 2014, 10, 2688.

³²⁸ TAR Milano, (Lombardia), sez. IV, 10 febbraio 2012, n. 478 in Foro amm. TAR 2012, 2, 363.

³²⁹ Cons. St., sez. V, 04 febbraio 2015, n. 533 in Foro Amministrativo (II) 2015, 2, 444.

provvedimento, il quale sarà munito di motivazione³³⁰. Per quanto concerne, ancora, la figura del silenzio significativo, come silenzio-diniego o silenzio-assenso, manca a monte una manifestazione di volontà della pubblica amministrazione che si possa esternare nella motivazione. Nel caso di silenzio-diniego la giurisprudenza ha comunque ritenuto che ciò non sia lesivo del diritto di difesa del destinatario, in quanto egli potrebbe provare in giudizio la sussistenza dei presupposti per il rilascio del provvedimento, seppure nei casi di atti interamente vincolati. Rimane invece sicuramente preclusa «*la possibilità di dedurre vizi formali propri degli atti, quali difetti di procedura o mancanza di motivazione*»³³¹. Nel secondo caso invece la giurisprudenza ha sottolineato che la successiva emanazione di un provvedimento espresso, «*pur reiterando gli effetti del provvedimento implicito di assenso, non è meramente confermativo di quest'ultimo in quanto presuppone l'esperienza di un'autonoma istruttoria, i cui risultati devono confluire nella motivazione del provvedimento espresso*»³³², ciò tuttavia non preclude radicalmente l'utilizzo dello strumento della motivazione *per relationem*, almeno nei limiti in cui questa è ammessa dall'ordinamento in via generale.

È inoltre possibile che il contenuto del provvedimento coincida con l'istanza presentata dal privato, ciò può accadere, infatti, in procedimenti la cui istruttoria è particolarmente semplice, poiché limitata ad accertare la presenza di requisiti di legge rispetto alla domanda del privato. Ciò aveva indotto la giurisprudenza precedente alla legge sul procedimento a ritenere gli atti conformi all'istanza del privato esclusi dall'obbligo di motivazione³³³. La dottrina successiva l'entrata in vigore della legge ha rilevato come, sebbene ricompreso nella nozione di provvedimento, non vi sarebbe ragione di riconoscere un vero e proprio obbligo di motivazione per questi atti, con l'eccezione dei casi in cui il provvedimento sia suscettibile di pregiudicare soggetti

³³⁰ Si tratta dell'art. 31 del Codice del processo amministrativo, che limita l'accertamento della fondatezza e la condanna all'emanazione di un provvedimento determinando nei casi di «*attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione.*»

³³¹ TAR Napoli, (Campania), sez. VI, 08 aprile 2011, n. 2037 in Foro amm. TAR 2011, 4, 1346. Il caso di specie verteva sull'istanza di sanatoria per opere abusivamente realizzate, per le quali sarebbe sufficiente dimostrare la sussistenza della doppia conformità urbanistica.

³³² Cons. St., sez. V, 13 gennaio 2014, n. 63 in Foro Amministrativo (II) 2014, 1, 69.

³³³ M. DI GIORGIO, *Innovazione in tema di motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato giurisdizionale*, in Dir. proc. Amm., 1998, p. 612.

terzi³³⁴. Facendo leva sui principi di economicità, efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa si potrebbe infatti sostenere che sarebbe addirittura preferibile evitare l'apposizione di una motivazione, infatti, se il provvedimento non è effettivamente idoneo a ledere soggetti terzi, questi non saranno muniti di alcun interesse a ricorrere.

Così facendo si negherebbe ogni riconoscimento alle funzioni interpretativa e di controllo democratico della motivazione. Da un lato, infatti, la comunità dei consociati potrebbe comunque essere interessata, riconoscendo nell'emanazione di un provvedimento individuale l'esercizio di una funzione amministrativa di interesse pubblico generale, ad esercitare un controllo *latu sensu* su questa, affinché venga esercitata conformemente ai propri valori morali; dall'altro, vi può essere un interesse proprio di altri cittadini, potenzialmente destinatari dello stesso provvedimento, ad intuire le ragioni dell'amministrazione, al fine di poter nutrire le proprie aspettative sugli esiti ragionevoli dello stesso. Un'ulteriore considerazione fattuale che vale la pena svolgere è che l'amministrazione procedente potrebbe non essere sempre pienamente in grado di valutare, al momento dell'emanazione del provvedimento, se vi sono soggetti terzi che possono essere lesi, perché titolari di situazioni giuridiche soggettive. Pertanto sarebbe opportuno preferire comunque la soluzione dell'obbligo di motivazione, oltre che in base al tenore letterale dell'art. 3 della legge sul procedimento, anche per ottenere effetti deflattivi del contenzioso³³⁵.

L'art. 6 della legge n. 241/1990, come modificato dagli artt. 4, 21 della legge 11 febbraio 2015, n. 15 dispone *“Il responsabile del procedimento: [...] e) adotta, ove ne abbia la competenza, il provvedimento finale, ovvero trasmette gli atti all'organo competente per l'adozione. L'organo competente per l'adozione del provvedimento finale, ove diverso dal responsabile del procedimento, non può discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile del procedimento se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale.”*

La disposizione inquadra i rapporti tra la motivazione prodotta dal responsabile del procedimento e quella redatta dall'organo competente all'adozione in termini di proposta e decisione finale. Ciò comporta come conseguenza una distinzione netta tra i

³³⁴ L'opinione è espressa in G. CORSO, *Motivazione dell'atto amministrativo*, op. cit., paragrafo 7.

³³⁵ La stessa soluzione è accolta dalla dottrina, la quale fa leva essenzialmente sul criterio letterale dell'art. 3. Si veda M. DE DONNO, *La motivazione dell'atto amministrativo*, in *Il diritto amministrativo nella giurisprudenza*, a cura di G. GARDINI, L. VANDELLI, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2013, pp. 248, 249.

due istituti, tale da permettere di inquadrare la proposta come parte dello stesso materiale istruttorio di cui l'organo decidente farà uso per adottare il provvedimento. Ciò implica che eventuali vizi della motivazione espressa nella proposta non potranno propagarsi all'atto finale quale risultato di una invalidità derivata. Al contrario, la motivazione espressa in sede decisionale rappresenta un autonomo *iter* logico ed argomentativo, a cui rimangono sostanzialmente estranei profili di illogicità ed irragionevolezza che si possono essere precedentemente prodotti, i quali potranno a loro volta essere superati dall'organo competente adottando una motivazione logica e ragionevole. Più problematico per l'organo competente ad adottare il procedimento finale può essere il superare un'altra tipologia di vizio, ossia il difetto d'istruttoria inteso come figura sintomatica dell'eccesso di potere³³⁶, relativamente a questo sarebbe necessaria una vera e propria integrazione del materiale istruttorio, la quale tuttavia non pregiudica l'autonomia dei due momenti, proposta e decisione.

La motivazione che l'organo competente è chiamato ad esternare può discostarsi o recepire il contenuto della proposta. Nel primo caso si richiede un duplice contenuto: positivo, a supporto del dispositivo del provvedimento, e negativo, che contrasti e superi le risultanze dell'istruttoria³³⁷. Ciò pone la proposta, nel contenuto della motivazione, in una posizione privilegiata rispetto all'altro materiale istruttorio acquisito al procedimento, per il quale non sempre è richiesta una puntuale motivazione relativa ad ogni specifico elemento di fatto e di diritto. Qualora invece la proposta sia sostanzialmente accolta nel provvedimento finale, rilevata comunque l'autonomia dei due momenti decisorii, sarà sufficiente soltanto una motivazione positiva a sostegno della parte dispositiva. Nel caso in cui la motivazione si limiti a rimandare alla proposta si possono porre problemi analoghi a quelli propri della motivazione *per relationem*.

Per quanto concerne quest'ultima, dispone l'art. 3 comma 3 della legge n. 241/1990: "*Se le ragioni della decisione risultano da altro atto dell'amministrazione richiamato dalla decisione stessa, insieme alla comunicazione di quest'ultima deve essere indicato e reso disponibile, a norma della presente legge, anche l'atto cui essa si richiama.*". La norma ha la funzione di legittimare la prassi della motivazione *per*

³³⁶ In questo senso anche F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo. Profili sostanziali e processuali*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 1762 ss. dove si rileva come la norma, attribuendo all'organo decidente il potere di discostarsi tramite motivazione dalle risultanze dell'istruttoria, permetterà di superare un eventuale vizio di eccesso di potere per difetto d'istruttoria tramite la sua integrazione.

³³⁷ In questo senso M.A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, op. cit., p. 41.

relationem, che si riteneva legittima già prima dell'entrata in vigore della legge sul procedimento, ma imponendo dei paletti a questa³³⁸. Per disponibilità la giurisprudenza dominante sembra assestata sulla linea per cui, riguardo i documenti richiamati, «*deve essere garantita la possibilità di prenderne visione, di richiederne e ottenerne copia in base alla normativa sul diritto di accesso ai documenti amministrativi e di chiederne la produzione in giudizio, con la conseguenza che non sussiste per la Pubblica amministrazione l'obbligo di notificare all'interessato tutti gli atti richiamati nel provvedimento, ma soltanto di indicarne gli estremi e di metterli a disposizione su richiesta dell'interessato*»³³⁹. Peraltro la giurisprudenza, esclusi profili di illegittimità del provvedimento, è orientata a riconoscere uno slittamento dei termini di impugnazione del provvedimento, dal momento in cui il privato è venuto a conoscenza dell'atto, a quello del successivo rilascio dell'atto oggetto di diritto d'accesso³⁴⁰. L'impostazione è criticabile se si considera che la decorrenza del termine viene subordinata ad un atto del tutto arbitrario del privato, il quale potrebbe attendere anche un lungo lasso di tempo prima di esercitare il diritto d'accesso, con grave pregiudizio delle ragioni di certezza dell'azione della pubblica amministrazione che i brevi tempi di decadenza, invece, sono volti a salvaguardare. Inoltre, più in generale, lo spettro dei destinatari della motivazione viene limitato ai titolari del diritto d'accesso, pregiudicando le funzioni di trasparenza e di controllo democratico che la motivazione può svolgere.

Altra questione riguarda l'espressa menzione degli atti richiamati. La giurisprudenza in alcuni casi isolati ha evidenziato come sia «*condizione indefettibile di tale operazione, sovente giustificata anche da esigenze di economia e celerità procedurali, è che essi risultino menzionati nel testo del provvedimento e resi accessibili al privato*»³⁴¹, mentre, più spesso, ha ritenuto sufficiente un generico «*richiamo "per relationem" alle operazioni e alle risultanze dello specifico*

³³⁸ Secondo taluni la motivazione *per relationem* dovrebbe considerarsi sempre ammessa nel nostro ordinamento, addirittura anche per la motivazione della sentenza. Si veda Cass. Civ., III, 16 gennaio 2009, n. 979, in M.A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, op. cit., p. 408.

³³⁹ Cons. St., sez. IV, 13 dicembre 2015, n. 4731.

³⁴⁰ G. CORSO, *Motivazione dell'atto amministrativo*, op. cit., paragrafo 9.

³⁴¹ TAR Roma, (Lazio), sez. III, 18 aprile 2007, n. 3375 in Foro amm. TAR 2007, 4, 1356.

procedimento»³⁴², senza quindi l'espressa menzione degli atti richiamati. Autorevole dottrina ha rilevato come il riferimento generico alle risultanze dell'istruttoria rappresenterebbe a tutti gli effetti una motivazione implicita, piuttosto che una vera e propria motivazione *per relationem*³⁴³. Sembrerebbe pertanto preferibile la soluzione dell'annullabilità del provvedimento per violazione di legge, in quanto il richiamo generico di atti non sufficientemente determinati costituisce una sostanziale elusione della previsione dell'obbligo di motivazione, assimilabile a tutti gli effetti alla figura della motivazione carente.

Ancora, la norma disciplina soltanto il richiamo ad altro atto, per il quale impone l'obbligo di renderlo disponibile. Nulla dice invece riguardo un rinvio al contenuto di prassi, orientamenti giurisprudenziali o generici eventi o fatti che possono essersi verificati, in assenza di alcuna materiale documentazione degli stessi a cui il privato possa attingere. La *ratio* della disposizione va ricercata nella prospettiva di mettere il destinatario del provvedimento nelle condizioni di capire il perché della decisione, oltre che di permetterne il successivo controllo giurisdizionale. Pertanto in questi casi si dovrebbe ritenere radicalmente esclusa la possibilità di ricorrere alla motivazione *per relationem*, senza accompagnare il testo del provvedimento con una, seppur sintetica, motivazione che faccia trasparire i principali punti di fatto o di diritto dell'evento richiamato.

Da ultimo, il principale problema della motivazione *per relationem* risulta la difficoltà di individuare i motivi dell'atto richiamato. Spesso infatti vengono richiamati una vasta serie di atti endoprocedimentali, i quali possono addirittura presentare profili di contrasto l'uno con l'altro, senza che l'amministrazione precedente aggiunga il perché sia necessario attestarsi sulla stessa soluzione degli atti richiamati. Se si tratta di atti che presentano al loro interno una vera e propria motivazione, quale è il caso di pareri offerti da un organo tecnico, questi possono divenire rilevanti, nel senso che la loro motivazione e l'*iter* logico seguito saranno recepiti nel provvedimento finale, rendendosi necessario a tal proposito che l'amministrazione precedente la faccia

³⁴² TAR Roma, (Lazio), sez. III, 11 marzo 2015, n. 4026, nel caso di specie il principio è espresso per determinare l'anomalia di un'offerta in una procedura di appalto. Per una ricostruzione completa della giurisprudenza sul punto si veda M.A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, op. cit., p. 409.

³⁴³ V. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, op. cit., p. 263.

«*propria in modo inequivocabile*»³⁴⁴. Pertanto quest'ultimo sarà affetto dagli eventuali vizi sui motivi in cui può essere incorso l'organo che ha emanato il parere, più quelli che possono derivare dal non aver considerato elementi ulteriori di cui l'organo decidente avrebbe dovuto tener conto. Al contrario, se dagli atti richiamati non traspare una vera e propria motivazione, ma soltanto un elenco di elementi che induce ad adottare una specifica soluzione, il provvedimento finale va considerato radicalmente privo di motivazione.

II. 9. Il problema della motivazione postuma.

L'obbligo di concludere il procedimento entro il termine previsto dalla legge implica che, alla scadenza del suddetto termine, il provvedimento dovrebbe essere emanato e completo in tutti i suoi elementi, compresa la motivazione.

Il termine tende a ricomprendere due distinte eventualità, la prima si ha quando è la stessa amministrazione ad intervenire con un successivo provvedimento amministrativo, integrando gli estremi ed espungendo i vizi che la motivazione poteva presentare, perché carente o del tutto assente, la seconda si ha con un'integrazione che avviene direttamente in giudizio, esternando la motivazione solitamente nelle memorie difensive dell'amministrazione resistente al ricorso.

In passato la giurisprudenza era propensa a negare radicalmente la successiva integrazione in giudizio, sul presupposto che il difensore dell'autorità amministrativa non potesse sostituirsi a questa³⁴⁵, diversamente la dottrina era propensa ad ammetterla facendo leva sul principio di autointegrazione³⁴⁶. Dopo l'entrata in vigore della legge sul procedimento, la giurisprudenza si è invece per lo più assestata sull'inammissibilità dell'integrazione, sostenendo che «*la motivazione deve precedere e non seguire il provvedimento*», facendo leva sui principi di «*buon andamento e dell'esigenza di delimitazione del controllo giudiziario degli stessi principi di parità delle parti e giusto processo e di pienezza della tutela secondo il diritto Europeo i quali convergono nella*

³⁴⁴ G. CORSO, *Motivazione dell'atto amministrativo*, op. cit., paragrafo 9.

³⁴⁵ Cons. St., ad. Plen., 29 ottobre 1974., n. 9 in Cons. St., 1974, I, 1117.

³⁴⁶ M.S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, op. cit., paragrafo 6.

centralità della motivazione quale presidio del diritto costituzionale di difesa»³⁴⁷. Anche la posizione della giurisprudenza tuttavia ammette delle eccezioni al divieto di integrazione successiva, il quale «*non ha carattere assoluto*». Una prima eccezione concerne «*il caso degli atti di natura vincolata di cui all'art. 21 octies, l. 7 agosto 1990 n. 241, in relazione ai quali l'Amministrazione può dare anche successivamente l'effettiva dimostrazione in giudizio dell'impossibilità di un diverso contenuto dispositivo*»³⁴⁸. L'impostazione fa leva sull'applicabilità della disciplina della dequotazione del vizio formale anche alla motivazione, spostando l'onere probatorio in capo all'amministrazione. L'amministrazione pertanto sarà tenuta a dimostrare la vincolatezza della scelta operata attraverso l'enunciazione dei presupposti di fatto e di diritto, i quali, in caso di procedimenti in cui non residua alcun margine di discrezionalità, esauriscono il contenuto della motivazione. Pertanto in questo caso si richiede una vera e propria motivazione in giudizio, seppur limitata alla giustificazione, a pena di annullabilità dell'atto. La seconda eccezione è quella «*concernente la possibilità di una successiva indicazione di una fonte normativa non prima menzionata nel provvedimento, quando questa, per la sua notorietà, ben avrebbe potuto e dovuto essere conosciuta da un operatore professionale*»³⁴⁹. La Corte sembra nettamente distinguere i presupposti di tipo giuridico rispetto a quelli fattuali, tuttavia non è del tutto chiaro il principio seguito nella distinzione. Infatti, se è vero che per i primi dovrebbe valere il principio dello *iura novit curia*, questo dovrebbe legittimare l'integrazione successiva indipendentemente dalla conoscenza o meno per il ricorrente dell'esistenza della norma.

Sul punto le posizioni della dottrina sono tra le più varie. Alcuni ammettono in ogni caso l'integrazione successiva, anche in corso di giudizio, con la conseguente cessazione della materia del contendere³⁵⁰. Altri invece, soprattutto coloro che

³⁴⁷ TAR Salerno, (Campania), sez. I, 13 gennaio 2016, n. 23.

³⁴⁸ Cons. St., sez. IV, 09 ottobre 2012, n. 5257 in Foro amm. CDS 2012, 10, 2597.

³⁴⁹ Cons. St., sez. IV, 04 marzo 2014, n. 1018 in Foro Amministrativo (II) 2014, 3, 806., nel caso, oltre alle due eccezioni menzionate, il Consiglio di Stato ne menziona una terza: «*non può ritenersi che l'Amministrazione incorra nel vizio di difetto di motivazione quando le ragioni del provvedimento siano chiaramente intuibili sulla base della parte dispositiva del provvedimento impugnato*». Più che legittimare una vera e propria motivazione implicita, la Corte, sembra semplicemente rimarcare il limite tra motivazione sufficiente ed insufficiente, individuando nella prima una motivazione in cui sia possibile intendere le ragioni della pubblica amministrazione, anche se non vi è stata una puntuale argomentazione su tutti i singoli punti che costituiscono l'iter logico seguito.

³⁵⁰ M. DE PAOLIS, *La motivazione del provvedimento amministrativo*, op. cit., p. 21.

configurano la motivazione come elemento sostanziale del provvedimento, la ritengono in ogni caso inammissibile, pertanto la carenza della motivazione evidenzerebbe sempre una figura di difetto d'istruttoria, dietro alla quale si anniderebbe un vizio di eccesso di potere. Sarebbe dunque inutile integrare o modificare il testo del provvedimento, giacché il potere, che questo è chiamato a rendere trasparente tramite la motivazione è già stato esercitato in modo non conforme alle previsioni di legge³⁵¹. Un ulteriore filone dottrinale ha fatto leva sul principio del giusto processo di cui all'art. 111 della Costituzione e sulle esigenze di economia e concentrazione del processo per ritenere la soluzione della motivazione postuma preferibile rispetto a quella dell'inammissibilità. Il ricorrente che ottenesse una pronuncia di annullamento, basata esclusivamente sull'annullamento per carenza di motivazione, non precluderebbe all'amministrazione di adottare un nuovo provvedimento con lo stesso contenuto, né potrebbe, all'impugnazione di questo, gravarsi di vizi sostanziali che fossero propri del primo³⁵². Pertanto, ammettere per il privato l'annullamento soltanto sulla base di un vizio formale potrebbe produrre un risultato meno favorevole rispetto a quello che si otterrebbe ammettendo l'integrazione. Il principio produrrebbe soprattutto effetti in un'ottica processuale, dove, riconoscendo all'amministrazione il potere di integrare la motivazione, dovrebbe far capo al privato la possibilità di presentare motivi aggiunti. Tuttavia, pur dovendosi riconoscere che questa impostazione potrebbe, in alcuni casi, garantire una maggiore tutela al privato, la possibilità di riconoscere la successiva integrazione mina alla base le funzioni interpretative, di trasparenza e di controllo democratico della motivazione. Peraltro alcuni argomentano che questa impostazione disconoscerebbe l'esistenza di una figura giuridica soggettiva in riferimento a possibili vizi formali della motivazione³⁵³. Da ultimo vale la pena segnalare quel filone dottrinale che sposta l'accertamento dal profilo sostanziale a quello processuale, ricercando la soluzione del problema nell'esistenza o meno di un interesse a ricorrere, piuttosto che un interesse legittimo³⁵⁴. Il giudizio dovrebbe cioè prescindere dalla sola legittimità o

³⁵¹ La ricostruzione è operata in M.A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, op. cit., p. 354.

³⁵² M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, Cedam, 1989, p. 19.

³⁵³ L'opinione è espressa in M. OCCHIENA, *Il divieto di integrazione in giudizio della motivazione e il dovere di comunicazione dell'avvio dei procedimenti ad iniziativa di parte: argini a contenimento del sostanzialismo*, in *Foro Amm. - Tar*, 2003, p. 522. L'autore fa leva sugli art. 24 e 113 della Costituzione.

³⁵⁴ Tra gli altri L. FERRARA, *I riflessi sulla tutela giurisdizionale dei principi dell'azione amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento: verso il tramonto del processo di legittimità?*, in *Dir. amm.*, 2006.

meno dell'atto per poter essere incentrato sulla situazione giuridica fatta valere, pertanto il giudice dovrebbe individuare il bene della vita cui il privato aspira attraverso il ricorso, che può essere stato pregiudicato dall'emanazione del provvedimento privo di motivazione. Se il provvedimento è interamente vincolato e non vi sono alternative alla scelta operata, allora la motivazione postuma dovrebbe essere ammessa al fine di rigettare la pretesa del privato, perché non vi è in concreto un bene della vita cui aspira che può essere ottenuto, neppure annullando il provvedimento ed ammettendone la reiterazione. Quando al contrario non si ricade nella situazione suddetta, l'integrazione potrà comunque essere ammessa al fine di determinare la liceità o meno della condotta che è stata tenuta dall'amministrazione. A questo punto, tuttavia, ammessa l'integrazione, si dovrà comunque considerare l'atto invalido e la condotta tenuta dall'amministrazione illecita. Il ricorrente potrà giovare di una reintegrazione del pregiudizio subito costituita dall'annullamento del provvedimento o da un risarcimento del danno, a seconda che il primo sia o meno in grado di realizzare il bene della vita negato.

II. 10. La perdita di centralità della legge sul procedimento.

L'intensa attività normativa e la giurisprudenza hanno determinato una perdita di centralità della legge sul procedimento rispetto alla disciplina della motivazione. In particolare è possibile rilevare alcune tendenze.

Una prima tendenza concerne l'introduzione di discipline speciali volte a regolare procedimenti o aree del diritto della pubblica amministrazione, da cui la necessità di modificare i principi generali dei motivi e della motivazione. Innanzitutto si può citare la materia tributaria, per la quale l'art. 13 comma 2 della legge n. 241/1990 già esclude l'applicazione del capo sulla partecipazione al procedimento. Inoltre la disciplina della motivazione prevista dall'art. 3 della legge sul procedimento è richiamata espressamente dalla Legge 27 luglio 2000, n. 212 (Disposizioni in materia di statuto dei diritti del contribuente), la quale tuttavia apporta una serie di correttivi significativi all'art. 7, dopo aver richiamato i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche. Tra questi, oltre a richiedere tassativamente una serie di elementi, si impone

l'allegazione dell'atto richiamato nel caso questo sia menzionato nella motivazione, così superando in radice alcuni dei problemi che nel procedimento amministrativo riguardano la conoscenza dell'atto nella motivazione *per relationem*³⁵⁵. Si tende inoltre a riconoscere alla motivazione carattere essenziale, cosicché la sua carenza determina la nullità dell'avviso di accertamento³⁵⁶, pertanto non si ammette in alcun caso nemmeno la successiva integrazione in giudizio. Il tema è legato anche quello dell'oggetto del giudizio, ove la dottrina è divisa tra un'impostazione dichiarativa, che individua l'oggetto del processo nel rapporto giuridico sostanziale³⁵⁷, e un'impostazione costitutiva, che ritiene il processo abbia struttura impugnatoria, permettendo di rilevare vizi formali³⁵⁸. La più recente giurisprudenza ha rilevato come la commissione tributaria sia giudice tanto dell'atto, quanto del rapporto. Con la conseguenza che il giudizio di merito prescinde dal provvedimento formale, dovendo invece riferirsi al rapporto, salvo quando l'atto presenti alcuni vizi formali, in particolare il difetto assoluto di motivazione, che precludono radicalmente al giudice la possibilità di indagare ulteriormente il rapporto.

La tendenza a distanziarsi dalle previsioni formali della legge sul procedimento deriva anche da una vasta produzione normativa in alcune materie, le quali hanno riempito di contenuto i generici presupposti di fatto e le ragioni giuridiche in misura tale da divenire dei rilevanti punti di riferimento per l'amministrazione procedente. La giurisprudenza ha a sua volta sviluppato, sulla base della normativa di settore, indirizzi non sempre univoci, che hanno condotto ad una vera e propria settorializzazione della disciplina sulla motivazione. Materie come ambiente, urbanistica, edilizia, concorsi pubblici ed appalti, a causa della diversità dei motivi di cui si richiede l'enunciazione, hanno originato dei veri e propri corpi di principi in parte autonomi rispetto alla disciplina generale, rendendo via via sempre più complicata l'elaborazione di principi sulla motivazione capaci di trascendere la specifica materia e tali da applicarsi all'intera attività della pubblica amministrazione.

³⁵⁵ Anche se la questione lascia aperto un diverso problema: la pubblica amministrazione potrebbe non allegare un atto che meglio permetterebbe al privato di svolgere le proprie difese, limitandosi invece a riprodurre in maniera sintetica il contenuto nello stesso atto richiamante. In questo caso il privato non potrebbe far valere alcuni vizi formali dell'atto richiamato, con il quale egli non è mai venuto a contatto. Si veda S. TERRADOS MOLLEDO, *La motivazione dei provvedimenti tributari*, in *La motivazione del provvedimento amministrativo*, op. cit., p. 139.

³⁵⁶ P. BORJA, *Diritto tributario*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 454.

³⁵⁷ Tra cui P. RUSSO, *Manuale di diritto tributario*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 127 ss.

³⁵⁸ Tra cui G. FALSITTA, *Corso istituzionale di diritto tributario*, Padova, Cedam, 2012, pp. 373 ss.

Un'ulteriore tendenza riguarda l'introduzione nell'ordinamento di istituti di semplificazione, quali quelli relativi al silenzio, oppure ancora alla DIA o alla SCIA, i quali, pur non costituendo istituti di collaborazione tra il privato e la pubblica amministrazione, in parte ridimensionano la posizione autoritativa che quest'ultima gode nei confronti del primo e producono come effetto quello di precludere la stessa emanazione di un provvedimento, aggirando la disciplina della motivazione.

Un'ulteriore considerazione riguarda la legge sul procedimento, la quale per molti tratti sembra maggiormente idonea a regolare l'emanazione di provvedimenti individuali, mentre presenta una serie di eccezioni riguardo discipline particolari volte a regolare l'emanazione di atti generali o in riferimento alle recenti tendenze sull'attività di regolazione. Si tratta di procedimenti dove la funzione di trasparenza delle scelte adottate tende a prevalere fortemente rispetto a quella di garanzia. In alcuni casi vi sono leggi di settore che impongono una specifica motivazione, si pensi alla legge 28 dicembre 2005, n. 262 (Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari) il cui art. 23 comma 1 (Procedimenti per l'adozione di atti regolamentari e generali) dispone: *“I provvedimenti della Banca d'Italia, della CONSOB, dell'ISVAP e della COVIP aventi natura regolamentare o di contenuto generale, esclusi quelli attinenti all'organizzazione interna, devono essere motivati con riferimento alle scelte di regolazione e di vigilanza del settore ovvero della materia su cui vertono.”*. Il successivo comma 2 richiede che questi atti vengano accompagnati da una relazione sulle conseguenze della regolazione. In altri casi la legge preferisce alla motivazione istituti differenti, maggiormente in grado di garantire le esigenze di trasparenza che la funzione di regolazione deve raggiungere. Tra questi, l'analisi di impatto della regolazione (AIR), che può in senso lato essere considerata una sorta di motivazione, la quale se ne distingue fortemente per avere un contenuto predeterminato, consistente nella valutazione comparativa di scelte alternative che non sono state seguite dall'amministrazione. Inoltre l'AIR è seguita da una successiva verifica di impatto della regolamentazione a scadenza biennale, sconosciuta alla motivazione del provvedimento e maggiormente in linea con le necessità della regolazione³⁵⁹. Altre volte invece le funzioni proprie della motivazione sono realizzate attraverso procedimenti in cui viene

³⁵⁹ Si veda M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., p. 91.

garantita una maggior partecipazione del privato, si pensi al modello di *notice and comment*³⁶⁰.

³⁶⁰ Per i recenti sviluppi in materia si veda M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., pp. 86-91.

III LA MOTIVAZIONE NEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA.

Sommario: 1. La nascita dell'Unione Europea e del diritto amministrativo europeo; 2. Il quadro normativo sull'obbligo di motivazione dopo il Trattato di Lisbona; 3. L'ambito soggettivo dell'obbligo di motivazione; 4. Gli atti da motivare; 5. L'oggetto della motivazione; 5.1. *Rulemaking*; 5.2. *Single case decision-making*; 6. I problemi della motivazione *per relationem* e della motivazione postuma; 7. La violazione dell'obbligo di motivazione; 7.1. L'invalidità dell'atto; 7.2. Il diritto al risarcimento del danno. Il problema della motivazione come oggetto di una situazione giuridica soggettiva; 7.3. Gli strumenti di *soft law*.

III. 1. La nascita dell'Unione Europea e del diritto amministrativo europeo.

Quando si tenta di individuare il momento esatto in cui l'Unione Europea ha cessato di essere soltanto un'idea, relegata al mondo della possibilità, divenendo invece qualcosa di concreto, si tende a far riferimento alla dichiarazione rilasciata dal Ministro degli esteri francese Robert Schuman il 9 maggio 1950, nella sala dell'orologio al *Quai d'Orsay* di Parigi: «*La paix mondiale ne saurait être sauvegardée sans des efforts créateurs à la mesure des dangers qui la menacent.*»³⁶¹

L'idea, di cui Jean Monnet fu ispiratore, consisteva nel porre «*l'ensemble de la production franco-allemande de charbon et d'acier sous une Haute Autorité commune, dans une organisation ouverte à la participation des autres pays d'Europe.*»

Nel 1951 venne firmato a Parigi il Trattato istitutivo della Comunità europea del Carbone dell'Acciaio (CECA), il quale, all'art. 15 dispone: «*Decisioni, raccomandazioni e pareri dell'Alta Autorità sono motivati e fanno riferimento ai pareri obbligatoriamente richiesti.*». Pertanto il trattato già imponeva un generale obbligo di motivazione per gli atti adottati dall'Alta Autorità, oltre ad individuarne un contenuto minimo nel caso di pareri obbligatori, mentre non vi era una corrispondente previsione per il Consiglio e l'Assemblea. Inoltre il trattato, in particolari fattispecie, prevedeva

³⁶¹ «*La pace mondiale non potrà essere salvaguardata se non con sforzi creativi, proporzionali ai pericoli che la minacciano.*». Per una ricostruzione completa si veda U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione Europea*, Bari, Cacucci, 2012, pp. 4 ss.

specificazioni ulteriori, predeterminando il contenuto della motivazione in riferimento a determinati motivi³⁶².

Seguono i trattati istitutivi della Comunità Economica Europea (CEE) e della Comunità Europea dell'Energia Atomica (CEEa), entrambi entrati in vigore il 1 gennaio 1958. Con una disposizione identica nel suo contenuto, l'obbligo di motivazione è previsto nel Capo II (Disposizioni comuni a più istituzioni) di entrambi i trattati, i quali prevedono, rispettivamente agli artt. 190 e 162: *“I regolamenti, le direttive e le decisioni del Consiglio e della Commissione sono motivati e fanno riferimento alle proposte o ai pareri obbligatoriamente richiesti in esecuzione del presente Trattato.”*. Pertanto entrambi i trattati riprendono il quadro istituzionale della CECA, con la quale, sin dalla nascita, condividono l'Assemblea e la Corte di Giustizia, mentre determinano un riequilibrio dei poteri a favore del Consiglio nei rapporti con la Commissione³⁶³. Per quanto concerne l'obbligo di motivazione, il quale era prima previsto unicamente per la Commissione, la principale innovazione consiste nell'assoggettare anche il Consiglio all'obbligo.

Nonostante l'entrata in vigore di alcuni trattati che hanno modificato sostanzialmente l'impianto originario, tra cui l'Atto Unico Europeo, la disposizione è rimasta sostanzialmente inalterata per molti anni, sino al Trattato di Maastricht entrato in vigore il 1 novembre 1993. Il nuovo art. 190 del TCE dispone: *“I regolamenti, le direttive e le decisioni, adottati congiuntamente dal Parlamento europeo e dal Consiglio, nonché detti atti adottati dal Consiglio o dalla Commissione sono motivati e fanno riferimento alle proposte o ai pareri obbligatoriamente richiesti in esecuzione del presente trattato”*, inoltre all'art. 108A (2) l'obbligo di motivazione viene esteso anche a *“regolamenti e decisioni adottati dalla BCE”*. La previsione fa per la prima volta riferimento ad atti adottati congiuntamente dal Parlamento europeo e dal Consiglio. La disposizione non sembra tuttavia avere una forte portata innovativa, limitandosi ad assoggettare all'obbligo di motivazione anche gli atti che sono frutto della nuova

³⁶² È il caso, ad esempio, dell'art. 66 nel Titolo III, Capitolo VI dedicato (Intese e Concentrazioni), il quale impone all'Alta Autorità, che rilevi una concentrazione incapace di soddisfare le condizioni previste dal trattato, di adottare una decisione motivata avuto riguardo al *“carattere illecito”* della concentrazione. Ancora, l'art. 88 nel Titolo IV prevede l'adozione di una decisione motivata da parte dell'Alta Autorità nei confronti dello Stato che abbia mancato ad uno degli impegni previsti dal trattato, *“dopo aver posto detto Stato in condizioni di presentare le sue osservazioni”*, lasciando intendere che le osservazioni dovranno essere oggetto di attenzione nelle considerazioni svolte dall'Autorità e oggetto di motivazione.

³⁶³ U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione Europea*, Bari, Cacucci, 2012, p. 8.

procedura di adozione degli atti delle istituzioni europee: la codecisione. La novella si rivela comunque di vitale importanza, considerato che la procedura sarà perfezionata dal Trattato di Amsterdam del 1997 e vedrà il suo ambito applicativo crescere con il Trattato di Nizza del 2001 fino ad essere scelta come procedura legislativa ordinaria dal Trattato di Roma del 29 ottobre 2004. Il trattato di Amsterdam modifica inoltre la numerazione dell'articolo che da 190 diviene 253.

Fino a questo momento è possibile ravvisare una tendenza nella legislazione sull'obbligo di motivazione: il suo ambito applicativo è rimasto fortemente ancorato alla previsione originaria del Trattato CECA, con successive modifiche necessarie ad estenderne l'ambito a nuovi soggetti o a nuove procedure prima non contemplate. Non vi è una vera e propria estensione dell'obbligo di motivazione, piuttosto vi è un'estensione dell'apparato istituzionale dell'Unione Europea. Pertanto le modifiche apportate hanno cercato di indicare tassativamente tanto gli atti quanto i soggetti tenuti a motivare, lasciando scarso spazio ulteriore per attività interpretativa.

Il Trattato che Adotta una Costituzione per l'Europa, firmato a Roma il 29 ottobre 2004, si muove invece in una direzione in parte differente. Prevede infatti l'art. I-38 (Principi comuni agli atti giuridici dell'Unione) paragrafo 2 *“Gli atti giuridici sono motivati e fanno riferimento alle proposte, iniziative, raccomandazioni, richieste o pareri previsti dalla Costituzione.”*. A prima vista la disposizione tenta di superare la tecnica elencativa utilizzata nella formulazione precedente, con la possibilità di originare problemi interpretativi intorno alla nozione di atti giuridici. In realtà è la stessa Costituzione che determina la nozione di atto giuridico, infatti l'art. I-33 (Atti giuridici dell'Unione) al paragrafo I dispone: *“Le istituzioni, per esercitare le competenze dell'Unione, utilizzano come strumenti giuridici, conformemente alla parte III, la legge europea, la legge quadro europea, il regolamento europeo, la decisione europea, le raccomandazioni e i pareri [...]”* passando successivamente a disciplinare i nuovi strumenti legislativi. Il nuovo Trattato si muove infatti nella direzione di tipizzare e semplificare la vasta quantità di atti che erano nati dalla sovrapposizione di diversi trattati e della prassi³⁶⁴, pertanto se i precedenti trattati avevano dovuto tipizzare l'ambito applicativo dell'obbligo di motivazione, ciò era divenuto scarsamente

³⁶⁴ Nel 2004 oltre ai cinque previsti dai tratti della CE, si contavano più di 10 atti atipici, tra quelli maggiormente comuni alle istituzioni europee. Si veda http://europa.eu/scadplus/constitution/legislation_it.htm.

interessante in vista della tipizzazione della nozione di atto giuridico operata a monte³⁶⁵. La Costituzione inoltre prevede una Parte II (Carta dei diritti fondamentali dell'Unione), il cui Titolo V (Cittadinanza) art. II-101 recepisce il Diritto ad una buona amministrazione, precedentemente contenuto nell'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000. In particolare il diritto comprende al paragrafo lettera c) *“l'obbligo per l'amministrazione di motivare le proprie decisioni”*³⁶⁶. A seguito dei risultati negativi del referendum francese del 29 maggio 2005 e di quello olandese del 1 giugno dello stesso anno il processo di entrata in vigore del trattato si è definitivamente arrestato, lasciando per diversi anni incerto lo *status* giuridico della Carta di Nizza fino all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona il 1 dicembre 2009.

Nel frattempo anche l'apparato amministrativo dell'Unione Europea è radicalmente mutato rispetto a quello originariamente previsto dai trattati degli anni '50. Il modello di esecuzione delle politiche nel disegno 1957 era essenzialmente l'esecuzione indiretta, mutuata dal modello delle colonie inglesi, dove una struttura costituzionale si inserisce nelle precedenti strutture amministrative, senza tuttavia sostituirle. Le strutture amministrative degli Stati membri, nell'esecuzione di politiche in funzione comunitaria, sono essenzialmente assoggettate alla disciplina del diritto amministrativo disposta dall'ordinamento nazionale. Gli anni '60 comportano invece un irrobustimento dell'amministrazione comunitaria tanto nei limitati settori in cui agisce in modo diretto, tanto in quelli dell'esecuzione indiretta tramite una vera e propria amministrativizzazione della Commissione. Inoltre, a causa dell'impossibilità del Consiglio di far fronte al crescente numero di compiti che gli sono assegnati, si assiste

³⁶⁵ Si badi bene che l'art. I-38 impone comunque un obbligo di motivazione per gli *“atti giuridici”*, mentre evita di richiamare espressamente l'art. I-33. Ciò può avere, come conseguenza, quella di assoggettare all'obbligo di motivazione anche gli atti comunque rientranti nella nozione di atti giuridici e non tipizzati dal trattato, i quali sarebbero potuti nascere successivamente nella prassi per far fronte a casi ed esigenze non contemplati dai trattati.

³⁶⁶ L'articolo dispone: *“1. Ogni persona ha diritto a che le questioni che la riguardano siano trattate in modo imparziale ed equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni, organi e organismi dell'Unione. 2. Tale diritto comprende in particolare: a) il diritto di ogni persona di essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio; b) il diritto di ogni persona di accedere al fascicolo che la riguarda, nel rispetto dei legittimi interessi della riservatezza e del segreto professionale; c) l'obbligo per l'amministrazione di motivare le proprie decisioni. 3. Ogni persona ha diritto al risarcimento da parte dell'Unione dei danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni conformemente ai principi generali comuni agli ordinamenti degli Stati membri. 4. Ogni persona può rivolgersi alle istituzioni dell'Unione in una delle lingue della Costituzione e deve ricevere una risposta nella stessa lingua.”*

al fenomeno della comitologia. Da ultimo si verifica un'integrazione ordinamentale tra l'ordinamento interno e quello europeo, da cui deriva il principio di effetto diretto del diritto comunitario, il quale può attribuire diritti soggettivi ai privati invocabili di fronte al giudice interno, ed il principio di supremazia di questo rispetto al diritto interno, almeno nei settori di competenza del primo. Come risultato si assiste alla nascita di un diritto amministrativo europeo a carattere plurale, a cui partecipano le amministrazioni comunitarie, quelle degli Stati membri operanti in funzione comunitaria e quelle a carattere composito. Queste amministrazioni risultano ora ancorate direttamente all'ordinamento comunitario in cui quelli nazionali vengono integrati, piuttosto che in ordinamenti distinti³⁶⁷. Negli anni '90 si assiste invece ad un vero e proprio decollo amministrativo. Questo comporta innanzi tutto il proliferare di figure di composizione, quali sistemi comuni, reti ed agenzie. Secondariamente è possibile affermare il moltiplicarsi di influenze del diritto dell'Unione Europea nei confronti dei diritti nazionali e viceversa, nonché, tra gli stessi diritti amministrativi degli Stati membri.³⁶⁸

Questa è la situazione in cui è intervenuto il Trattato di Lisbona. Il Trattato da un lato è intervenuto in una fase di pieno sviluppo della pubblica amministrazione europea, dall'altro è stato il frutto della volontà di superare un momento di stallo nell'Unione Europea, il cui progresso si era in parte arrestato a seguito del fallimento della Costituzione Europea, dando nuovo slancio e vigore al progresso di integrazione. Il nuovo Trattato ha dato luogo ad una revisione "a pettine" dei precedenti trattati, riprendendo in parte le idee che erano state elaborate con la Costituzione senza tuttavia recepirne pienamente il contenuto.

³⁶⁷ Per una ricostruzione più approfondita si veda E. CHITI, *La costruzione del sistema amministrativo europeo*, in *Diritto Amministrativo Europeo*, a cura di M.P. CHITI, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 45-67.

³⁶⁸ Per una ricostruzione più approfondita si veda E. CHITI, *La costruzione del sistema amministrativo europeo*, op. cit., pp. 68-80. L'autore considera tra gli sviluppi maggiormente significativi del nuovo millennio, successivamente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la revisione di equilibri consolidati nel gioco di forze esistente tra le tre componenti dell'organizzazione europea. Ciò è dovuto in particolare alla nascita di reti che non ampliano le attribuzioni della Commissione, l'instaurazione di istituzioni al di fuori della cornice formale dell'Unione Europea, tra cui il Meccanismo europeo di stabilità, e dall'istituto della cooperazione rafforzata. Ancora, il nuovo millennio ha permesso di mettere maggiormente a fuoco le dimensioni e gli obiettivi del diritto amministrativo europeo, grazie, tra l'altro, alla nuova cornice costituzionale introdotta dal Trattato di Lisbona. Si veda pp.75-85.

III. 2. Il quadro normativo sull'obbligo di motivazione dopo il Trattato di Lisbona.

L'art. 296(2) del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea dispone: *“Gli atti giuridici sono motivati e fanno riferimento alle proposte, iniziative, raccomandazioni, richieste o pareri previsti dai trattati.”*. La disposizione riprende in maniera letterale la previsione della Costituzione Europea non entrata in vigore, la quale fa leva sulla nozione di atto giuridico.

Nel ricercare la definizione di atto giuridico offerta dal trattato si deve tuttavia osservare come sia stato rifiutato il modello proposto dalla Costituzione: *“la legge europea, la legge quadro europea, il regolamento europeo, la decisione europea, le raccomandazioni e i pareri.”* Ciò in quanto l'art. 288(1) che apre il Capo II (Atti giuridici dell'unione, procedure di adozione e altre disposizioni) Sezione I (Atti giuridici dell'Unione) dispone: *“Per esercitare le competenze dell'Unione, le istituzioni adottano regolamenti, direttive, decisioni, raccomandazioni e pareri.”*, il quale conferma la soluzione precedentemente adottata dal Trattato istitutivo della Comunità Europea.

Non si tratta comunque dell'unica disposizione che si riferisce alla motivazione a causa dell'adesione dell'Unione Europea alla Carta di Nizza. L'art. 6(1) del Trattato sull'Unione Europea infatti dispone *“L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati.”*. Lo stesso articolo precisa inoltre che le disposizioni della Carta non estendono le competenze dell'Unione e che queste vanno interpretate ed applicate in conformità alle disposizioni generali del titolo VII della Carta.

L'imposizione di un obbligo di motivazione permette di avvicinare la disciplina della motivazione degli atti di diritto europeo a quelli emanati da amministrazioni nazionali, consentendo di qualificare la stessa motivazione come elemento formale dell'atto, dalla cui carenza dovrebbe derivare l'invalidità dell'atto stesso. Tuttavia emerge già una prima differenza rispetto al diritto italiano se si osserva che l'obbligo è imposta da una disposizione di un trattato, cioè una fonte di diritto internazionale, e non una legge che regola il procedimento amministrativo. Com'è stato rilevato nel capitolo sull'Italia, la principale innovazione della legge n. 241/1990 è stata quella di ancorare

saldamente la motivazione all'intera struttura del procedimento amministrativo, attraverso una condivisione dei principi sul procedimento. La previsione dell'obbligo di motivazione nel Trattato istitutivo della CECA sembra invece maggiormente rispondente ad una funzione di trasparenza, assicurando un controllo agli Stati Membri che hanno deciso di sottoporsi all'attività dell'Alta Autorità, seppure questa non possa essere considerata piena espressione di un potere esecutivo. Analoga funzione può oggi riconoscersi alla corrispondente disposizione nel TFUE, il quale, se è vero che tra le altre finalità ha anche quella di salvaguardare la posizione giuridica del destinatario dell'atto, potenzialmente leso da un cattivo esercizio del potere, sembra maggiormente improntato a garantire agli Stati Membri del Trattato la possibilità di controllare l'attività delle Istituzioni Europee, nella loro veste di «*Master of the Treaties*»³⁶⁹. Se anzi si riconosce che il processo costitutivo dell'Unione Europea non ha comportato una completa cessione della sovranità da parte degli Stati Membri verso l'Unione si può riconoscere alla disposizione una vera e propria funzione di controllo democratico³⁷⁰. Ne è una dimostrazione il fatto che siano assoggettati all'obbligo di motivazione in misura indifferente provvedimenti individuali ed atti normativi di portata generale. Al contrario, il Trattato manca di un vero e proprio corpo di diritti fondamentali del cittadino, rispetto al quale la motivazione svolge più propriamente una funzione di garanzia del destinatario del provvedimento. A ciò ha in un primo momento sopperito la giurisprudenza della Corte di Giustizia, la quale ha ritenuto la tutela dei diritti umani costituente parte integrante dei principi generali dell'Unione Europea, da ricavare in base alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri³⁷¹. Successivamente la stessa Carta di Nizza, insieme alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), ha comportato per i Trattati l'inclusione di un vero e proprio *Bill of Rights*, il quale inquadra la motivazione dal punto di vista del cittadino, qualificandola come un diritto, seppure questo non sia individuabile in senso tecnico come diritto soggettivo. Dispone infatti l'art. 41 della Carta di Nizza:

³⁶⁹ Si veda BVerfGE 89, 155 (1993), par C.II.1.a. L'espressione è utilizzata dalla Corte per esprimere la posizione della Germania e degli altri Stati membri rispetto all'unione Europea.

³⁷⁰ Per i maggiori problemi sulla sovranità nei rapporti tra Unione Europea e Stati membri si veda S. MANGIAMELI, *The Institutional design of the European Union after Lisbon*, in *The European Union after Lisbon: Constitutional Basis, Economic Order and External Action*, a cura di H. BLANKE, S. MANGIAMELI, Springer, Heidelberg, 2012, pp. 97 ss.

³⁷¹ Corte di Giustizia 13 dicembre 1979 C-44/79 in S. BATTINI, *L'Unione Europea quale originale potere pubblico*, in *Diritto amministrativo europeo*, op. cit., p. 19.

“Ogni persona ha diritto a che le questioni che la riguardano siano trattate in modo imparziale ed equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni, organi e organismi dell’Unione” e al secondo comma: “Tale diritto comprende in particolare: [...] c) l’obbligo per l’amministrazione di motivare le proprie decisioni.”. Pertanto la stessa disposizione sembra prevalentemente riferirsi a quei casi o provvedimenti per i quali la situazione giuridica soggettiva del privato risulterà direttamente interessata, mentre non sembra rilevare per atti amministrativi generali o normativi, i quali non dovrebbero essere assoggettati al regime dell’articolo.

In questo senso nel diritto dell’Unione Europea emergono le principali differenze rispetto al diritto italiano ove la motivazione è essenzialmente disciplinata da quell’insieme di norme che regolano il procedimento stesso e sono volte a regolare direttamente soltanto che il potere venga esercitato correttamente dall’amministrazione precedente. Il diritto dell’Unione Europea invece disciplina la motivazione, da un lato, tramite un fascio di norme, contenute nei Trattati, che sono volte a regolare più propriamente l’attività delle sue Istituzioni rispetto agli Stati membri che hanno deciso di ratificare i trattati. Dall’altro tramite un fascio di norme contenute nella Carta di Nizza che sono volte a garantire i cittadini dell’Unione Europea rispetto all’esercizio del potere. Pertanto la disciplina del procedimento amministrativo, e della motivazione, risulta dall’incrocio di entrambi i fasci di norme e da entrambe le funzioni: quella di controllo democratico e quella di garanzia.

Va avvertito che il dibattito sulla codificazione del procedimento nel diritto amministrativo europeo ha subito negli ultimi anni un importante sviluppo, in quanto buona parte della dottrina ha auspicato l’adozione di una disciplina amministrativa generale che regoli l’intero procedimento e che abbia ambito applicativo residuale rispetto a quella dei singoli procedimenti disciplinati da norme speciali. Il 15 gennaio 2013 il Parlamento Europeo ha adottato una risoluzione con la quale ha richiesto alla Commissione di presentare una proposta di regolamento per disciplinare la materia.

Un apporto importante è invece venuto dallo sforzo congiunto dell’*European law institute*³⁷² e del *Research Network on EU Administrative Law (ReNEUAL)*³⁷³, il

³⁷² Si veda <http://www.europeanlawinstitute.eu> ed in particolare <http://www.europeanlawinstitute.eu/about-eli/structure/general-assembly/ga-2015/panel-ii-the-future-eu-administrative-procedure-law-issues-of-content-and-scope/>.

³⁷³ <http://reneual.eu/>

quale ha prodotto un progetto di legislazione generale sul procedimento amministrativo³⁷⁴. Il progetto ora prevede, in relazione all'attività concernente l'adozione di misure individuali, nel libro III (*Single Case Decision-Making*), all'art. III-29(I) (*Duty to give reasons*): “*The public authority shall state the reasons for its decisions in a clear, simple and understandable manner. The statement of reasons must be appropriate to the decision and must disclose in a clear and unequivocal fashion the reasoning followed by the public authority which adopted the decision in such a way as to enable the parties to ascertain the reasons for the decision and to enable the competent court to exercise its powers of review.*” La disposizione merita di essere tenuta in considerazione nella successiva esposizione, in quanto si tratta del più elaborato tentativo dottrinale di sopperire alle principali carenze dell'art. 296(2) TFUE.

Il successo del progetto ha fatto sì che nel 2016 la Commissione Permanente Giuridica (JURI) del Parlamento Europeo abbia formulato una proposta che in parte ha recepito le disposizioni del gruppo di ricerca ReNEUAL, denominata “*Proposal for a Regulation Of The European Parliament And Of The Council on the Administrative Procedure of the European Union's institutions, bodies, offices and agencies*”. Alla motivazione per gli atti amministrativi a carattere provvedimentoale è dedicato l'art. 19 che sembra piuttosto distante dal modello previsto dal ReNEUL, mentre segue quasi letteralmente le formulazioni di altri due strumenti.

Il primo è il risultato di una risoluzione del Parlamento Europeo del 6 settembre 2001, la quale ha approvato il Codice di Buona Condotta amministrativa³⁷⁵, in quanto tale si tratta di uno strumento di *soft law*. L'art. 18(1) dispone: “*Qualsiasi decisione dell'istituzione che possa ledere i diritti o gli interessi di una persona indica i motivi sui quali essa si basa specificando chiaramente i fatti pertinenti e la base giuridica della decisione*”. La previsione non ha tanto la funzione di imporre un obbligo di motivazione, il quale è già disposto in via generale dal TFUE, quanto piuttosto di determinare l'ambito applicativo del codice stesso. La disposizione sembra infatti

³⁷⁴ Per una ricostruzione sui rapporti tra le due vicende si veda E. CHITI, *Adelante, con juicio: la prospettiva di una codificazione del procedimento europeo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, luglio 2014, p. 677. Da ultimo si segnala C. NAPOLITANO, *Verso la codificazione del procedimento amministrativo dell'unione europea: problemi e prospettive*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, I, 2015, 294.

³⁷⁵ Nella vicenda che ha portato all'adozione del codice è stato fondamentale l'apporto dell'*Ombudsman*. Si veda C. HARLOW, R. RAWLINGS, *Process and Procedure in EU Administration*, Bloomsbury Publishing, United Kingdom, 2014, pp. 83 ss.

riferirsi, non dissimilmente da quanto previsto dall'art. 41 della Carta di Nizza, di cui l'articolo costituisce la principale espressione, all'attività volta all'adozione di atti di natura provvedimentale. Il secondo paragrafo prosegue disponendo: *“Il funzionario evita di adottare decisioni basate su motivi sommari o vaghi o che non contengano un ragionamento individuale.”*. Il terzo paragrafo disciplina invece la motivazione nei casi in cui vi possano essere una vasta pluralità di destinatari disponendo: *“Qualora, a causa del gran numero di persone interessate da decisioni simili, non sia possibile comunicare in modo dettagliato i motivi della decisione e siano pertanto inviate risposte standard, il funzionario si impegna a trasmettere in un secondo tempo, al cittadino che ne faccia espressamente richiesta, una motivazione individuale.”*.

Il secondo strumento, il quale ricalca nella sua natura il codice sopra menzionato, è il Codice di buona condotta amministrativa del personale della commissione europea nei suoi rapporti col pubblico, adottato dalla Commissione con decisione 2000/633/CE, CECA, Euratom, del 17 ottobre 2000, recante modificazione del suo regolamento interno, il quale al paragrafo 3 (Informazioni sui diritti delle parti interessate) prevede un obbligo per la Commissione di esternare la motivazione sulle decisioni da questa adottate (Obbligo di motivare le decisioni)³⁷⁶.

III. 3. L'ambito soggettivo dell'obbligo di motivazione.

Le previsioni riguardanti l'obbligo di motivazione imposto dalle due principali norme di riferimento hanno distinti ambiti applicativi. Innanzitutto va rilevato che si tende a riconoscere all'organizzazione amministrativa dell'Unione Europea caratteri composito e multilivello, da ciò ne deriva che l'esecuzione di funzioni che i Trattati attribuiscono all'Unione Europea, piuttosto che agli Stati Membri, non deve necessariamente essere realizzata da organi od uffici appartenenti alla pubblica

³⁷⁶ Per il resto la disposizione sembra ricalcare quasi letteralmente il Codice adottato dal Parlamento Europeo. In particolare il paragrafo dispone *“Una decisione della Commissione dovrebbe enunciare chiaramente i motivi sui quali si fonda ed essere comunicata ai soggetti e alle parti interessate. Di regola la motivazione delle decisioni deve essere esaustiva. Qualora non si possa comunicare in dettaglio i motivi di ogni singola decisione, ad esempio nel caso di decisioni simili che riguardano un gran numero di persone, è possibile rispondere con una lettera circolare. Queste risposte uniformi dovrebbero comunque indicare i principali motivi della decisione. Inoltre, la motivazione circostanziata deve essere comunicata alla parte interessata che la richieda espressamente”*.

amministrazione europea, ben potendo questi appartenere all'organizzazione amministrativa nazionale operante in funzione europea³⁷⁷. Una seconda considerazione è che il primato del diritto europeo rispetto a quello nazionale può comportare, come conseguenza, che disposizioni dei Trattati o di diritto derivato dell'Unione Europea impongono un obbligo di motivazione rilevino per l'operato delle amministrazioni nazionali, indipendentemente dal fatto che queste si muovano ed operino in funzione europea³⁷⁸. Quest'ultimo tipo di obbligo può comportare l'invalidità del provvedimento, nel caso in cui la fonte che lo prevede sia in grado di produrre effetti giuridici immediati nei confronti dei destinatari, oppure, la disposizione potrebbe non avere la forza giuridica tale da colpire la validità del provvedimento adottato. La questione sarà meglio esaminata nel paragrafo dedicato alla violazione dell'obbligo di motivazione (si veda *infra* par. III.7.)

Da queste due premesse è possibile distinguere tre differenti regimi soggettivi imposti dall'obbligo di motivazione. Il primo è quello che si applica alle Istituzioni e all'apparato amministrativo dell'Unione Europea, il quale è interamente disciplinato dai Trattati e dal diritto derivato dell'Unione Europea, per il quale il diritto nazionale rileva solo in maniera indiretta, ad esempio contribuendo alla creazione dei principi sull'attività amministrativa. Il secondo è quello in cui un'amministrazione nazionale opera in funzione europea, per il quale la principale fonte di disciplina del procedimento e dell'obbligo di motivazione sarà il diritto nazionale, pure rimanendo assoggettato ai principi previsti dal diritto dell'Unione Europea. Da ultimo, il caso di un'amministrazione nazionale che opera in funzione nazionale, qui l'applicazione di principi dell'Unione Europea può derivare da una previsione normativa dei trattati o dal

³⁷⁷ L'ipotesi origina principalmente due modelli di rapporti tra gli uffici nazionali e quelli europei. Il primo è quello della rappresentanza: l'amministrazione nazionale ha il compito di espletare attività complementare o strumentale rispetto a quella delle istituzioni senza tuttavia che a ciò si accompagni il trasferimento della titolarità della relativa funzione. Il secondo modello è l'imputazione diretta: l'amministrazione nazionale formalmente ed obbligatoriamente è tenuta a svolgere un'azione indispensabile per lo svolgimento della funzione europea, in questo caso vi è propriamente un trasferimento della funzione all'amministrazione nazionale. Dall'amministrazione in funzione europea va tenuta distinta l'ipotesi di coordinamento tra uffici degli Stati membri sotto la guida di uffici transnazionali, è il caso di Europol ed Eurojust. Per la ricostruzione si veda C. FRANCHINI, *L'organizzazione amministrativa dell'Unione Europea*, in *Diritto amministrativo europeo*, op. cit., p. 230.

³⁷⁸ Per una ricostruzione del fenomeno si veda L. SALTARI, *Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 197 ss. L'autore distingue tra tre tipi fenomenologici che possono verificarsi: disgiuntivo, congiuntivo ed istituzionale dell'integrazione funzionale.

diritto derivato, o ancora dal richiamo dei principi del diritto dell'UE operato da una disposizione di diritto interno³⁷⁹.

Per quanto concerne il primo dei tre casi menzionati, la principale disposizione di riferimento è l'art. 296(2) del TFUE che come indicato precedentemente determina il proprio ambito applicativo in riferimento agli atti giuridici, piuttosto che ai soggetti tenuti a motivare. La disposizione, come si vedrà più avanti, permette di sostenere che anche nel diritto europeo, non differentemente dalle previsioni dell'ordinamento italiano, la motivazione costituisca un elemento formale dell'atto amministrativo. Pertanto all'obbligo sono sicuramente assoggettate tutte le amministrazioni capaci di adottare atti giuridici nell'Unione Europea di cui all'art. 288 TFUE. Regolamenti direttive e decisioni possono essere atti legislativi, quindi essere adottati tramite la procedura legislativa ordinaria o speciale. La prima è la c.d. codecisione, regolata dall'art. 294 TFUE prevede la proposta della Commissione e l'adozione congiunta dell'atto da parte del Parlamento europeo e del Consiglio. Solitamente è la stessa proposta della Commissione a riportare nei considerando la motivazione³⁸⁰, la quale, in quanto elemento formale dell'atto da adottare, potrà essere modificata sino alla conclusione del procedimento legislativo. In ogni caso ciò che rileva è che la motivazione sia apposta all'atto finale, indipendente dal fatto che nel procedimento legislativo questa fosse completa già dalla proposta o sia stata successivamente modificata tramite emendamenti. Il limite alla modificabilità della motivazione, dunque, segue quello sull'ammissibilità degli emendamenti stessi. La codecisione comporta che la motivazione non sia interamente riferibile ad una specifica Istituzione, originando una scissione tra il soggetto motivante e la motivazione interna del soggetto agente (Vedi *supra* capitolo I). Considerazioni simili riguardano le procedure legislative speciali, previste dall'art. 289 (2) TFUE, ove nell'adozione di un atto vi è uno sbilanciamento a

³⁷⁹ Sulla disciplina europea del procedimento nazionale e sulla rimanente autonomia procedurale degli Stati membri si veda G. DELLA CANANEA, *I procedimenti amministrativi dell'Unione Europea*, in Trattato di diritto amministrativo europeo, Parte Generale, a cura di M. P. CHITI, G. GRECO, I, pp. 532-535.

³⁸⁰ Già nel 1985 il gruppo dei *Legal Revisers* del *Legal Service* della Commissione Europea aveva sottolineato la necessità di indicare la motivazione già nella proposta, al fine di migliorare la qualità dei prodotti normativi. Si veda D. F. WILLIAMSON, J. L. DEWOST, *Legislative drafting, A Commission Manual*, 1997. Nel recente *Accordo interistituzionale tra il Parlamento europeo, il Consiglio dell'Unione europea e la Commissione europea "Legiferare meglio"* del 13 aprile 2016 non vi è un riferimento espresso alla motivazione nella proposta, tuttavia si fa largo uso dell'obbligo di motivazione per giustificare particolari motivi, quali il ritiro della proposta da parte della Commissione, oppure l'utilizzo di una particolare procedura quale quella di urgenza.

favore del Parlamento Europeo o del Consiglio, ciò che rileva comunque è che l'atto finale sia correttamente motivato.

Il riferimento alla nozione di atto giuridico comporta comunque un ambito applicativo molto più esteso delle Istituzioni ora menzionate, dovendosi ricomprendere nella nozione tanto gli altri atti tipici, adottati tramite procedura legislativa, tanto quelli esecutivi e quelli atipici, i quali possono essere adottati anche dalle altre Istituzioni e organismi dell'Unione Europea. Già dall'art. 296(2) TFUE si può dunque desumere un ambito applicativo soggettivo particolarmente più ampio di quello previsto dalla legge sul procedimento italiana. La previsione dell'ordinamento italiano mira infatti ad imporre un obbligo di motivazione nei procedimenti che possono concludersi con l'emanazione di un provvedimento puntuale, mentre il diritto dell'Unione Europea rimane essenzialmente indifferente al tipo di procedimento che viene svolto dal soggetto precedente.

Va osservato che la stessa nozione di pubblica amministrazione nel diritto dell'Unione Europea risulta sfumata rispetto alla netta tripartizione dei poteri propria della maggior parte degli Stati Nazionali membri. Se in passato si è discusso dell'esistenza di un potere esecutivo facente capo all'Unione Europea, oggi si deve riconoscere che questa abbia sviluppato una propria funzione esecutiva ed un proprio apparato amministrativo, tuttavia questo presenta un centro a due teste formato dalla Commissione e dal Consiglio³⁸¹. In particolare queste Istituzioni possono agire tanto in funzione amministrativa quanto in funzione normativa e legislativa a seconda della procedura seguita. In questo senso l'obbligo di motivazione esteso anche a soggetti che non agiscono in funzione amministrativa può essere spiegato proprio nell'impossibilità di separare nettamente le due categorie. Ciò permette di profili di controllo democratico e trasparenza nella funzione che viene esercitata dalla motivazione.

La seconda categoria di soggetti che sono tenuti al rispetto dell'obbligo di motivazione è quella che concerne le amministrazioni nazionali che agiscono in funzione europea. La disciplina applicabile sarà quella prevista dall'ordinamento nazionale, pertanto la legge n. 241/1990 per quanto concerne il diritto italiano, mentre non sembra applicabile l'art. 296(2) del TFUE, il quale si limita a disciplinare gli atti

³⁸¹ G. DELLA CANANEA, *Diritto amministrativo europeo. Principi e istituti*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 186.

adottati dalle Istituzioni e dagli organismi dell'Unione Europea. Si ritiene, invece, che quando le autorità degli Stati Membri stiano implementando norme di diritto dell'Unione Europea siano assoggettati alla disciplina sull'art. 41 della Carta di Nizza³⁸². Al tal proposito l'art. 51(1) della Carta dispone “*Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni e agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze.*”. L'obbligo è risalente nella giurisprudenza europea al caso *Wachauf*³⁸³. A tal proposito la giurisprudenza non ritiene sufficiente che la misura adottata dallo Stato Membro sia in stretta connessione con il diritto dell'Unione Europea, ma si rende altresì necessario che sia evidente una chiara intenzione di implementare la disciplina del diritto dell'Unione Europea³⁸⁴. In secondo, luogo la giurisprudenza ritiene che siano applicabili le disposizioni della Carta di Nizza anche quando, seppure lo Stato Membro non stia implementando il diritto dell'Unione Europea, si stia comunque muovendo nella sua sfera di diritto. Ad esempio, in tema di Imposta sul Valore Aggiunto ha ritenuto che la materia rientri incontestabilmente nella sfera del diritto dell'Unione Europea, anche se, in mancanza di norme procedurali stabilite dal diritto dell'UE, gli stati possono applicare le norme procedurali di diritto interno³⁸⁵. In questa situazione pertanto si può riaffermare in parte la funzione di garanzia della motivazione che la disposizione nasconde, nella misura in cui viene imposto allo stesso Stato Membro uno *standard* procedurale da rispettare nei procedimenti che riguardino i propri cittadini. La Carta di Nizza riemerge così nella sua natura di vera e propria carta attribuyente diritti fondamentali per i cittadini dell'Unione Europea, garantendo a questi posizioni giuridiche minime, indipendentemente dal fatto che siano destinatari di un potere esercitato da un'autorità nazionale o appartenente all'Unione Europea.

³⁸² Si veda K. KANSKA, *Towards Administrative Human Rights in the EU*, European Law Journal, 10, 2004, p. 309.

³⁸³ 5/88 *Wachauf v Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft* ECR 1989, p. 2609

³⁸⁴ C-144/95 *Criminal proceedings against Maurin* ECR 1996, p. I-2909, C-309/96 *Annibaldi v Sindaco del Comune di Guidonia e Presidente Regione Lazio* ECR 1997, p. I-7493, C-379/04 *Dahms v Fränkischer Weinbauverband* ECR 2005, p. I-8723.

³⁸⁵ C- 85/97 *Société financière d'investissements (SFI) v Belgien* ECR 1998, p. I-7447, par. 31. Per la ricostruzione della giurisprudenza si veda J. REICHEL, *Between Supremacy and Autonomy – Applying the Principle of Good Administration in the Member States*, in *General Principles of EC Law in a Process of Development*, Kluwer, Stockholm, 2009, p. 259-260.

Va segnalato che in passato, prima dell'entrata in vigore della Carta di Nizza, una giurisprudenza ha imposto comunque obblighi di motivazione in casi particolari agli Stati Membri, facendo leva sulle disposizioni dei Trattati. In particolare era stato riconosciuto un obbligo di motivazione in capo agli atti di amministrazioni nazionali che limitano diritto attribuiti da norme dell'Unione³⁸⁶. In realtà se si osservano le disposizioni concernenti l'obbligo di motivazione dei Trattati sembra difficile argomentare l'esistenza di un obbligo che faccia capo anche agli Stati Membri. Questo filone giurisprudenziale più recentemente si è assestato nell'assoggettare gli Stati Membri ai principi generali dei Trattati quando adottino misure, in aree non armonizzate, costituenti eccezioni alla libertà di movimento nel territorio dell'UE e da ultimo anche ai diritti fondamentali riconosciuti, oltre che dai Trattati, dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali a partire dal caso *ERT*³⁸⁷. In questi casi è stato osservato una connessione tra l'esistenza di diritti fondamentali e le libertà di movimento previste dai Trattati. In particolare, sarà sufficiente che un cittadino si sposti nel territorio di un altro Stato Membro affinché possa godere degli stessi *standard* in tema di diritti fondamentali che lo stato ospite riconosce ai propri cittadini, in base al principio di non discriminazione. Mentre se il cittadino svolge al contempo un'attività economica transfrontaliera egli sarà assoggettato alla disciplina della libera circolazione di merci, lavoratori, servizi e capitali prevista dai Trattati e godrà dell'applicazione dei principi generali di diritto dell'Unione, tra cui, secondo alcuni autori, proprio il diritto ad una buona amministrazione e il relativo obbligo di motivazione³⁸⁸. La dottrina sul punto non è pacifica, in quanto la questione dipende in buona parte dal valore giuridico che si

³⁸⁶ Corte di Giustizia 15 ottobre 1987, 222/86 in B.G. MATTARELLA, *Procedimenti e atti amministrativi*, in *Diritto amministrativo europeo*, op. cit., pp. 360-361. In particolare si afferma che «qualora, in uno stato membro, l'accesso ad un'attività lavorativa dipendente sia subordinato al possesso di un diploma nazionale o di un diploma straniero riconosciuto equivalente, il principio della libera circolazione dei lavoratori sancito dall' art. 48 del trattato esige che la decisione con cui si nega al lavoratore cittadino di un altro stato membro il riconoscimento dell'equivalenza del diploma rilasciato dallo stato membro di cui è cittadino possa essere impugnato con azione giurisdizionale che consenta di controllarne la legittimità rispetto al diritto comunitario e che l'interessato possa avere conoscenza dei motivi sui quali detto provvedimento è basato».

³⁸⁷ C-260/89 *Elliniki Radiophonia Tiléorassi (ERT)*. Successivamente C-368/95 *Vereinigte Familienpress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH v Heinrich Bauer Verlag* ECR 1997, p. I-3689, C-112/00 *Schmidberger v Austria* ECR 2003, p. 5659, C-36/02 *Omega v Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn* ECR 2004, p. 9609.

³⁸⁸ Tra cui J. REICHEL, *Between Supremacy and Autonomy – Applying the Principle of Good Administration in the Member States*, op. cit., p. 260-261.

riconosce all'art. 41 della Carta di Nizza, il quale, come si vedrà è allo stato attuale controverso.

Va peraltro rilevato, ai fini della comparazione qui proposta, che a causa del *Protocol on the application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union to Poland and to the United Kingdom* al Trattato di Lisbona la questione dovrebbe risultare irrilevante per il Regno Unito, il quale dovrebbe continuare a disciplinare i propri procedimenti unicamente in base alle disposizioni di diritto interno, ciò in quanto è stato escluso dall'applicazione della Carta di Nizza tramite una clausola di *opt-out*³⁸⁹. In realtà la questione dell'*opt-out* è stata oggetto di dibattito a causa della formulazione particolarmente generica che è stata utilizzata. Nel caso *NS v Secretary of State for the Home Department*³⁹⁰ la Corte di Giustizia ha evidenziato che la Carta afferma una serie di diritti, libertà e principi già riconosciuti dal diritto dell'Unione Europea al fine di dare loro maggiore visibilità, pertanto la Carta non crea in realtà nuovi diritti. Ciò sarebbe coerente con la clausola di *opt-out* che mira ad evitare il riconoscimento di nuovi diritti nei confronti del Regno Unito, il quale è quindi direttamente vincolato dalle disposizioni della Carta, fatta eccezione per il capo relativo alla solidarietà (Capo IV). Rispetto al diritto ad una buona amministrazione sembrerebbe non trovarsi pertanto in una posizione diversa da quella dell'Italia, in quanto il diritto sarebbe, prima ancora di essere codificato nella Carta, espressione di un principio generale del diritto dell'Unione Europea,

L'ultimo caso è quello in cui lo Stato Membro agisca al di fuori della sfera di influenza del diritto europeo. In questo caso non vi è una disposizione dei Trattati né del diritto secondario ad imporre un vero e proprio obbligo di motivazione generale. Il diritto dell'Unione Europea può comunque divenire rilevante a causa di eventuali richiami operati dal diritto interno. Come ricordato l'art. 1 della legge n. 241/1990 assoggetta l'attività amministrativa ai "*principi dell'ordinamento comunitario*", pertanto in passato si è posto il problema di capire se tramite il rinvio operato dal

³⁸⁹ L'art. 1(2) dispone "*In particular, and for the avoidance of doubt, nothing in Title IV of the Charter creates justiciable rights applicable to Poland or the United Kingdom except in so far as Poland or the United Kingdom has provided for such rights in its national law.*" L'art. 2 del protocollo dispone "*To the extent that a provision of the Charter refers to national laws and practices, it shall only apply to Poland or the United Kingdom to the extent that the rights or principles that it contains are recognised in the law or practices of Poland or of the United Kingdom.*". Si veda F. LICATA, *Il Regno Unito e la Carta di Nizza: funzionerà l'opting-out*, in <http://www.europeanrights.eu/>, 2009.

³⁹⁰ *NS v Secretary of State for the Home Department* C-411/10, 21 Dec 2011

legislatore italiano questo avesse deciso di assoggettarsi alla disciplina prevista dagli artt. 296(2) TFUE e 41 Carta di Nizza, la quale più stringente rispetto a quella prevista dalla legge sul procedimento. La questione è stata risolta dalla Corte di Giustizia tramite un rinvio pregiudiziale. Questa ha sostenuto che *«da detta normativa deve risultare con chiarezza che, ai fini della soluzione di tale questione di diritto interno, devono essere applicate non già dette norme nazionali specifiche, bensì i principi dell'ordinamento dell'Unione»* e ha concluso che *«nel caso di specie non risulta che il legislatore italiano, riguardo all'obbligo di motivazione, abbia inteso assoggettare situazioni puramente interne agli articoli 296, secondo comma, TFUE e 41, paragrafo 2, lettera c), della Carta, invece di assoggettarle alle norme specifiche del diritto italiano, relative all'obbligo di motivazione e alle conseguenze di una violazione del medesimo obbligo»³⁹¹.*

III. 4. Gli atti da motivare.

Non differentemente dal diritto interno, l'art. 296 (2) del TFUE determina il proprio ambito applicativo facendo riferimento ad una categoria di atti: gli atti giuridici. La concreta portata dell'obbligo giuridico può essere pertanto determinata soltanto attraverso la concreta determinazione della nozione di atto giuridico.

Una prima differenza che emerge dai trattati rispetto al diritto interno è che lo stesso TFUE, all'art. 288, cerca di definire il concetto di atto giuridico, mentre rimane sconosciuta al diritto nazionale italiano una positivizzazione delle nozioni atto o

³⁹¹ Corte giustizia UE, sez. V, 07 novembre 2013, n. 313, in Foro Amministrativo - C.d.S. (II) 2013, 11, 2918. Va peraltro rilevato che la Corte si è ritenuta competente a pronunciarsi sulla questione ed in particolare ha riconosciuto la sua competenza in ordine alla individuazione del contenuto di un principio proprio del diritto dell'Unione Europea, sulla conformità del diritto interno rispetto al principio, ed ancora all'interpretazione della disposizione di diritto interno nel senso che abbia o meno richiamato i principi dell'Unione Europea. Infatti ha affermato che *«secondo una giurisprudenza costante, la Corte è competente a statuire sulle domande di pronuncia pregiudiziale vertenti su disposizioni di diritto dell'Unione in situazioni in cui i fatti del procedimento principale si collocano sì al di fuori dell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, ma in cui il diritto nazionale rinvii al contenuto di tali disposizioni del diritto dell'Unione per determinare le norme da applicare ad una situazione puramente interna allo Stato membro interessato (v., in particolare, sentenze del 16 marzo 2006, Poseidon Chartering, C-3/04, Racc. pag. I-2505, punto 15; dell'11 dicembre 2007, ETI e a., C-280/06, Racc. pag. I-10893, punti 22 e 26; del 2 marzo 2010, Salahadin Abdulla e a., C-175/08, C-176/08, C-178/08 e C-179/08, Racc. pag. I-1493, punto 48; Cicala, cit., punto 17, nonché del 18 ottobre 2012, Nolan, C-583/10, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 45).»*

provvedimento amministrativo. Tuttavia la tecnica utilizzata dal TFUE è quella elencativa, il quale rifiuta invece la scelta di offrire una vera e propria definizione, cosicché non è chiaro se l'elenco previsto sia in realtà tassativo e, in caso di risposta negativa, se vi sia un differente criterio per selezionare tra gli atti dell'UE quelli qualificabili come atti giuridici rispetto agli altri.

Riguardo il primo interrogativo si tende a dare risposta negativa. La nozione di atto giuridico ricomprende sicuramente regolamenti, direttive, decisioni, raccomandazioni e pareri, nonché una vasta serie di atti atipici che pure costituiscono atti giuridici dell'Unione Europea³⁹². Alcune difficoltà interpretative possono sorgere in riferimenti agli atti atipici, in quanto non rientranti nell'elencazione fornita dall'art. 288 del TFUE. In realtà, non è vi dubbio che gli atti tipici debbano essere motivati perché espressamente richiamati. Pertanto, se si considera il disfavore dei Trattati, manifestato dall'art. 296 (3) del TFUE³⁹³, verso l'adozione degli atti atipici, nonché il rispetto delle “*procedure applicabili*” imposto dall'art. 296(1) del TFUE³⁹⁴, non si vede per quale motivo questi ultimi debbano essere assoggettati ad una disciplina di favore rispetto a quelli tipizzati.

Per quanto concerne invece l'esistenza di un criterio per selezionare quali tra questi debbano essere o meno motivati, si tende a riconoscere che la stessa nozione di atto giuridico, non differentemente da quanto è stato sostenuto per la formulazione dell'art. 3 della legge n. 241/1990, non costituisca in realtà un concetto giuridico certo nel contenuto e pertanto in grado di delimitare con certezza quali atti debbano essere motivati e quali no. Nonostante nelle difese delle parti di un giudizio di annullamento si tenda spesso ad invocare la carenza del requisito della giuridicità di un atto, al fine di

³⁹² L'opinione è espressa in U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione Europea*, op. cit., pp. 297 ss. L'autore distingue gli atti atipici in tre categorie. La prima è quella degli atti espressamente previsti da disposizioni dei Trattati, che hanno la medesima denominazione degli atti tipici contemplati dall'art. 288 TFUE ma caratteri giuridici differenti, si pensi ai regolamenti del Parlamento Europeo o del Consiglio. La seconda concerne atti nominati dai Trattati ma con denominazioni e caratteristiche differenti rispetto a quelli tipici, si pensi agli accordi interistituzionali. Da ultimo atti nati nella prassi ma privi di uno specifico fondamento nei Trattati, quali risoluzioni e conclusioni, i quali possono comunque, in alcuni casi, avere funzioni interpretativa o addirittura normativa.

³⁹³ Art. 296(3) TFUE “*Qualora i trattati non prevedano il tipo di atto da adottare, le istituzioni lo decidono di volta in volta, nel rispetto delle procedure applicabili e del principio di proporzionalità.*”.

³⁹⁴ Art. 296(1) TFUE “*Qualora i trattati non prevedano il tipo di atto da adottare, le istituzioni lo decidono di volta in volta, nel rispetto delle procedure applicabili e del principio di proporzionalità.*”. A proposito della possibilità di includere la motivazione nella nozione di procedura applicabili milita l'argomento che nel diritto dell'UE questa venga considerata oggetto di un obbligo di natura procedimentale.

evitare una pronuncia di annullamento per carenza di motivazione, deve invece ritenersi che il termine “*giuridico*” sembra avere scarso valore precettivo se accostata al termine “*atto*”.

L’elencazione dell’art. 288 del TFUE diviene così meramente esemplificativa e di scarso aiuto per determinare quali atti debbano essere motivati, accostando nuovamente la disciplina di diritto interno a quella dell’Unione Europea nel lasciare alla giurisprudenza il ruolo di riempire la nozione di atto giuridico attraverso le proprie pronunce. Il problema di questa impostazione è che la stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’Unione Europea non ha la possibilità di pronunciarsi su tutti gli atti emanati dall’Unione Europea, in particolare l’azione di annullamento può essere proposta soltanto contro atti delle istituzioni, anche atipici, purché comunque in grado di produrre effetti giuridici obbligatori nei confronti dei terzi³⁹⁵. Ciò ha indotto parte della dottrina a ritenere addirittura che i pareri non debbano obbligatoriamente essere motivati, in quanto comunque non potrebbero essere successivamente impugnati³⁹⁶. La dottrina ha fatto leva sul caso *Cimenteries*, dove la Corte rileva come, sotto la denominazione di parere, la Commissione avrebbe adottato un atto che presenta tutti gli elementi di una decisione, ed in particolare la capacità di incidere direttamente nella sfera giuridica delle imprese destinatarie, le quali erano state assoggettate ad un’ammenda. La Corte rileva dunque come sia possibile disporre l’annullamento dell’atto per difetto di motivazione soltanto in quanto si tratta a tutti gli effetti di una decisione, nonostante il *nomen iuris* utilizzato³⁹⁷. Quindi, questa dottrina ha sostenuto che il parere sarebbe impugnabile per carenza di motivazione, ma soltanto nel caso in cui questo non presenti i caratteri di atto non vincolante come previsto dall’art. 288 (5), e pertanto non sia qualificabile come parere. Considerazioni analoghe sono state presentate riguardo gli atti endoprocedimentali e quelli preparatori rispetto ad atti finali, i quali pure, in base all’orientamento della giurisprudenza, non sono direttamente impugnabili.

³⁹⁵ Si veda M.P. CHITI, *La tutela giurisdizionale*, in *Diritto amministrativo europeo*, op. cit., p. 416. L’autore evidenzia che, mentre la giurisprudenza era in passato ancorata a posizioni formaliste, considerando impugnabili solo regolamenti, direttive e decisioni, la stessa ha successivamente privilegiato un approccio sostanzialistico. Ciò è spiegabile in vista della necessità di offrire una tutela a tutte quelle posizioni giuridiche che possono essere lese da atti atipici.

³⁹⁶ U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell’Unione Europea*, op. cit., p. 297.

³⁹⁷ Sentenza della Corte del 15 marzo 1967, cause riunite 8, 9, 10 e 11/66, *Cineteries*.

L'impostazione che lega l'obbligo di motivazione soltanto agli atti impugnabili non va enfatizzata troppo. È infatti vero che non necessitano di motivazione gli atti preparatori ed interni rispetto ad un procedimento, ma ciò soltanto in quanto sarà l'atto conclusivo a recare una motivazione il cui contenuto dovrà dare atto dell'*iter* procedimentale seguito. In secondo luogo vi sono disposizioni dei Trattati da cui emerge chiaramente che non esiste un rapporto diretto tra impugnabilità e motivazione, in particolare alcune disposizioni impongono l'obbligo di motivazione di atti, i quali, invece, non sono considerati impugnabili. A titolo di esempio l'art. 258 del TFUE prevede una motivazione specifica del parere rilasciato dalla Commissione nell'ambito della procedura di infrazione³⁹⁸. Da ultimo, è vero che alla elencazione proposta dall'art. 288 del TFUE riguardo gli atti giuridici si può riconoscere unicamente valore esemplificativo, tuttavia sembra difficile sostenere che, almeno per i pareri, i quali sono espressamente menzionati, non debba essere apposta nessuna motivazione. Se così non fosse, si giungerebbe alla paradossale conclusione di assoggettare all'obbligo di motivazione atti atipici, escludendo invece quelli tipici³⁹⁹. È vero che la Corte di Giustizia non potrà accertare la violazione delle forme sostanziali di un atto non impugnabile, e che pertanto la questione si chiuderà con una pronuncia di inammissibilità, ciò tuttavia non fa venir meno l'obbligo di motivare, in quanto la pronuncia di annullamento non è necessariamente l'unico rimedio che l'ordinamento prevede in caso di carenza di motivazione.

Appurato che non è possibile determinare dal solo testo dell'art. 296(2) del TFUE il suo ambito applicativo, rimane comunque evidente che la *ratio* della disposizione sia quella di imporre un obbligo di motivazione particolarmente ampio e meriti di essere interpretato in senso estensivo. Il solo richiamo alla nozione di atto giuridico ha come conseguenza quella di imporre il medesimo obbligo ad una vastissima categoria di atti, comprensivi tanto atti legislativi e a contenuto normativo, tanto atti non legislativi. A favore di questa interpretazione militano alcuni argomenti, soprattutto se si considerano

³⁹⁸ L'art. 258 (1) del TFUE dispone: "*La Commissione, quando reputi che uno Stato membro abbia mancato a uno degli obblighi a lui incombenti in virtù dei trattati, emette un parere motivato al riguardo, dopo aver posto lo Stato in condizioni di presentare le sue osservazioni.*". Conformemente alla giurisprudenza sopra menzionata l'atto si considera non impugnabile in quanto non è atto finale della procedura. Si veda M.P. CHITI, *La tutela giurisdizionale*, in *Diritto amministrativo europeo*, op. cit., p. 417.

³⁹⁹ Alla stessa conclusione giunge B.G. MATTARELLA, *Procedimenti e atti amministrativi*, in *Diritto amministrativo europeo*, op. cit., p. 358. L'autore rigetta la tesi di un collegamento tra impugnabilità e motivazione.

le diverse previsioni di diritto interno. Innanzitutto nel diritto dell'Unione Europea non esistono espresse eccezioni generali all'obbligo di motivazione, quindi, a differenza di quanto avviene nel diritto italiano, non vi sono vere e proprie categorie di atti che rimangono escluse dall'obbligo. Pertanto se nel diritto interno la determinazione a monte del carattere di un atto come provvedimentale o meno è particolarmente importante, in quanto qualora non lo sia, questo non dovrà essere motivato, nel diritto dell'Unione Europea la differenza ha scarsa importanza e le principali questioni che possono porsi in sede giurisdizionale sono quelle dell'esistenza e dell'impugnabilità di un atto⁴⁰⁰. In secondo luogo, al contrario, tra le principali classificazioni dell'atto che vengono proposte dalla dottrina, nessuna sembra combaciare con quella dell'obbligo di motivazione⁴⁰¹. Di fatto le esclusioni riguardo l'obbligo di motivazione si limitano essenzialmente a quegli atti che vedono coinvolti organismi dell'Unione Europea senza che si applichi la disciplina del diritto dell'UE, in quanto assoggettati al diritto degli Stati Membri, tra questi anche alcuni contratti ed accordi⁴⁰².

Dalla particolare ampiezza dell'obbligo di motivazione imposta dall'art. 296 (2) del TFUE emerge immediatamente la portata, a garanzia della funzione di trasparenza e di controllo democratico. Prima ancora dei cittadini dell'Unione Europea per provvedimenti individuali, sono gli stessi Stati Membri a nutrire un interesse sul corretto esercizio di poteri e competenze che sono stati delegati alle Istituzioni dell'Unione Europea. La previsione di un obbligo di motivazione per atti legislativi e per l'attività di *rulemaking* risulta impensabile nel modello di motivazione accolto dal diritto italiano. La stessa legge n. 241/1990 prevede le principali esclusioni rispetto alla

⁴⁰⁰ B.G. MATTARELLA, *Procedimenti e atti amministrativi*, in *Diritto amministrativo europeo*, op. cit., p. 359.

⁴⁰¹ Tra le principali: atti legislativi, delegati ed esecutivi, atti amministrativi ed atti normativi, atti vincolanti e non vincolanti, atti di portata generale o puntuali. Rimane ancora in parte dubbia, invece, vista la struttura in pilastri dell'Unione Europea, la possibilità di riferire l'obbligo di motivazione anche al secondo e terzo pilastro. In passato il dibattito è stato più ampio, in seguito al Trattato di Lisbona la risposta dovrebbe essere positiva. Si veda A. VON BOGDANDY, J. BAST, *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, Hart, 2010, p. 384.

⁴⁰² In particolare la disciplina del diritto dell'UE si applica per la fase di aggiudicazione, mentre la fase successiva è regolata dal diritto degli Stati Membri. In Francia, ad esempio, contratti ed accordi sono considerati a tutti gli effetti atti amministrativi ed assoggettati alla disciplina sul procedimento. Nel diritto dell'UE, al contrario, la *Financial Regulation* disciplina soltanto la fase di aggiudicazione di quelli che hanno un impatto economico rilevante. Sembrerebbe quindi che gli accordi non disciplinati dalla *FR*, non essendo qualificabili come atti giuridici, non richiedano una vera e propria motivazione. Si veda J. ZILLER, *Is a law of administrative procedure for the Union institutions necessary? – È necessaria una legge sul procedimento amministrativo per le Istituzioni dell'Unione?*, in *Riv. dir. it. pubb. comunit.*, 2011, 699.

propria disciplina in riferimento agli atti amministrativi generali. Infatti, a causa delle forti similitudini con agli atti normativi, se ne giustifica una disciplina derogatoria rispetto al provvedimento ed in parte più vicina a questo tipo di atti. Se nel diritto interno la classificazione degli effetti dell'atto è fondamentale per determinare l'esistenza o meno dell'obbligo, la distinzione nel diritto dell'Unione Europea è, a questi fini, priva di conseguenze. Il sistema è rafforzato dall'attribuzione agli stessi Stati Membri di legittimazione a ricorrere per l'azione di annullamento.

Diverso è invece l'ambito applicativo dell'art. 41 della Carta di Nizza. La disposizione sembra non aggiungere nulla alla già ampia disposizione dell'art. 296 (2) del TFUE, anzi, sembra avere un ambito applicativo più ristretto. La determinazione del suo ambito applicativo rimane comunque rilevante in quanto, come si è visto, le due disposizioni non hanno un ambito soggettivo pienamente coincidente.

Mentre sembra esclusa l'applicabilità dell'art. 41 della Carta di Nizza agli atti legislativi, rimane dubbia la configurabilità dell'art. in relazione alla procedura di *rule making*. Mentre parte della dottrina sostiene che «*nothing impedes applying art. 41 of the Charter on the right to good administration also to rule making*»⁴⁰³, la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza sembrano assestarsi sull'opposta posizione, ritenendo inclusi nel diritto ad una buona amministrazione soltanto l'attività di *single case decision-making*. In particolare, questa seconda impostazione è confermata terminologia utilizzata dall'art. 41, il quale si riferisce ad un “*individuo*”, alle “*questioni che lo riguardano*”, al diritto di essere ascoltato prima dell'emanazione di un “*provvedimento individuale che gli rechi pregiudizio*” e di “*accedere al fascicolo che lo riguarda*”. Inoltre, da ultimo, l'obbligo dell'amministrazione di motivare concerne le proprie “*decisioni*”, piuttosto che tutti gli atti giuridici⁴⁰⁴.

Per quanto concerne i due codici, il Codice di Buona Condotta amministrativa all'art. 18 e il Codice di Buona condotta adottato dalla Commissione utilizzano ripetutamente il termine “*decisione*”. Nel loro contenuto riprendono in parte il quello

⁴⁰³ J. ZILLER, *Is a law of administrative procedure for the Union institutions necessary? – È necessaria una legge sul procedimento amministrativo per le Istituzioni dell'Unione?*, op. cit., 718.

⁴⁰⁴ Si veda, tra le altre, C-221/09 *AJD Tuna Ltd*, 17 marzo 2011 al par. 49 «*L'art. 41 della Carta, di cui la AJD Tuna asserisce la violazione, afferma, segnatamente, il diritto di ogni persona di essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio. Ne deriva che tale disposizione non riguarda il procedimento di elaborazione degli atti di portata generale.*». Per la dottrina si veda C. BARNARD, S. PEERS, *European Union Law*, Oxford, Oxford University, 2014, p. 213.

del diritto ad una buona amministrazione attraverso il riferimento alla possibile lesione degli interessi del destinatario dell'atto, pertanto non sembrano avere un ambito giuridico differente rispetto alla Carta di Nizza, anzi, ne costituiscono diretta esplicitazione. La stessa Carta di Nizza è richiamata nell'introduzione dei due codici.

L'impostazione che limita l'applicabilità della Carta ad i casi individuali è maggiormente in linea con la funzione di garanzia che la motivazione è volta a realizzare. Come si vedrà infatti nel paragrafo successivo, la disciplina della Carta di Nizza riguardo l'obbligo di motivazione sembra essere maggiormente onerosa per l'amministrazione in quanto maggiormente garantista per il cittadino. Non vi sarebbe dunque una ragione di assoggettare alla disciplina più stringente dell'obbligo di motivazione anche quegli atti che non sono in grado di incidere direttamente nella sfera giuridica del destinatario, ledendo situazioni giuridiche soggettive⁴⁰⁵. Gli atti normativi, aventi portata generale ed astratta, dovrebbero essere unicamente assoggettati all'obbligo derivante dall'art. 296(2) del TFUE, non rispondendo alle caratteristiche previste dalla Carta di Nizza, mentre le *single case decisions* dovrebbero essere disciplinate dal complesso delle due disposizioni, garantendo la massima estensione dell'apparato motivazionale.

Anche in questo caso è possibile evidenziare come la Carta di Nizza guardi alla motivazione come uno strumento in funzione di garanzia del destinatario, disinteressandosi di disciplinare atti non in grado di ledere direttamente il cittadino, i quali invece, possono essere di grande interesse per gli Stati Membri dell'Unione.

III. 5. L'oggetto della motivazione.

L'insieme dei fatti ed atti di cui l'amministrazione procedente è tenuta a dar conto origina nella motivazione uno dei principali momenti di divergenza tra il diritto dell'Unione Europea e quello interno. L'art. 296 (2) del TFUE si limita a stabilire, a tal proposito, che gli atti giuridici *“fanno riferimento alle proposte, iniziative,*

⁴⁰⁵ Anche se, in senso contrario, l'apertura alla partecipazione individuale a questo tipo di procedimenti viene considerata una tra le maggiori sfide che necessitano di essere superate *de jure condendo*, al fine colmare in parte il *deficit* democratico di cui l'Unione Europea viene spesso accusata. Si veda H. HOFMANN, A. TÜRK, *Legal Challenges in EU Administrative Law: Towards an Integrated Administration*, Cheltenham, Edward Elgar, 2009, p. 6.

raccomandazioni, richieste o pareri previsti dai trattati". La disposizione presenta un'elencazione generica di altri atti che dovranno essere indicati nei vari "considerando". Si tratta comunque di un'elencazione meramente esemplificativa, piuttosto che tassativa, non esaurendo l'insieme degli atti endoprocedimentali la cui esternazione attraverso la motivazione finale può rendersi necessaria.

L'articolo, in verità, è particolarmente breve se comparato con la corrispondente previsione dell'art. 3 della legge n. 241/1990, non offrendo la nozione di un vero e proprio oggetto della motivazione. Le ragioni di questa formulazione sono principalmente tre. In primo luogo, come evidenziato nel paragrafo precedente, la disposizione deve riferirsi ad una categoria piuttosto vasta di atti, i quali presentano le caratteristiche più diverse tra loro. Così, dedicare una disposizione del Trattato a definire ciò che dovrà motivare l'autorità procedente, tanto in riferimento ad un atto legislativo, quanto in riferimento ad un provvedimento puntuale potrebbe originare una disposizione a contenuto scarsamente precettivo, dovendo necessariamente riferirsi a provvedimenti adottati con procedimenti - ed anche da autorità precedenti - estremamente eterogenei. Inoltre sembra preclusa la strada opposta, cioè quella di tipizzare il contenuto della motivazione per ciascun tipo di atto giuridico, ciò in quanto la scelta operata a monte è stata quella di assoggettare all'obbligo anche atti atipici, compresi addirittura quelli innominati nei Trattati. La soluzione adottata dal modello di codificazione del procedimento proposta dal ReNEUAL è quella di scindere il tipo di attività svolta l'amministrazione procedente, dedicando alcune disposizioni contenute nel Book II all'attività di *rulemaking* e all'art. 18 nel Book III l'attività di *Single case Decision-Making*.

La seconda motivazione, che pure ha indotto ad evitare una formulazione maggiormente pregnante dell'oggetto della motivazione, consiste nella preoccupazione di evitare di aggravare eccessivamente l'operato dell'autorità procedente. Il risultato avrebbe potuto derivare una specificazione eccessiva degli elementi da motivare, tutti imposti a pena di invalidità dell'atto.

Una terza motivazione consiste nel fatto che le tradizioni amministrative degli Stati Membri presentano formulazioni piuttosto differenti dell'obbligo di motivazione, ciò ha reso problematico tanto il processo di codificazione del procedimento amministrativo, tanto la specifica elaborazione dell'obbligo di motivazione.

Per ricostruire il contenuto, se si riconosce, coerentemente con le considerazioni svolte precedentemente (si veda *supra* par. I.1 e II.4), che tutti gli elementi di cui la motivazione deve dare conto sono comunque riconducibili alla distinzione tra presupposti e motivi, allora questo schema potrà essere utilizzato per scomporre anche l'obbligo di motivazione nel diritto dell'Unione Europea.

È stato sostenuto che quello previsto dall'art. 296 (2) del TFUE sarebbe un obbligo meramente procedurale, in quanto nulla direbbe riguardo il contenuto della motivazione⁴⁰⁶. Pertanto un qualsiasi atto assoggettato all'obbligo, per poter essere considerato valido, dovrebbe soltanto presentare una motivazione, senza che sia necessario che questa sia “*adequate or good*” o che dia atto di specifici motivi. Un secondo obbligo procedurale derivante dalla previsione, consisterebbe nel motivare riguardo gli altri atti che sono stati acquisiti nella procedura, i quali rappresentati propriamente dei presupposti di diritto⁴⁰⁷.

In realtà la generica previsione dell'art. 296 (2) del TFUE è stata in buona parte riempita dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, la quale non si è limitata a considerare legittima la semplice apposizione di una qualsiasi motivazione. Dalle pronunce aventi ad oggetto la questione emergono, infatti, alcuni limiti insuperabili per ammettere la validità dell'atto, tanto che la motivazione è stata definita come «*formalità sostanziale*»⁴⁰⁸. Come si vedrà successivamente la giurisprudenza tende a distinguere tra *rulemaking* e *single case decision-making*, in ogni caso, alcune pronunce si applicano indifferentemente ad entrambi i tipi di attività.

L'approccio sostenuto dalla Corte di Giustizia è di tipo sostanziale, così che essa stessa collega l'ampiezza della motivazione alle circostanze del caso concreto e alle caratteristiche dell'atto, dovendosi tener conto del complesso delle norme che disciplinano la materia e del tempo a disposizione per l'istituzione emanante⁴⁰⁹. Un punto fermo comunque rimane l'ancoraggio al procedimento, pertanto l'atto «*deve far apparire in maniera chiara e inequivocabile l'iter logico seguito dall'istituzione*

⁴⁰⁶ La prospettiva non cambia per chi lo considera essenziale, ma comunque esclusivamente procedurale. In questo senso D. CHALMERS, G. DAVIES, G. MONTI, *European Union Law: Text and Materials*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, pp. 408-409.

⁴⁰⁷ L'opinione è espressa dai compilatori del *ReNEUAL Model Rules*, si veda Book III, par. 111 in <http://www.reneual.eu/>.

⁴⁰⁸ D.U. GALETTA, *Diritto ad una buona amministrazione e ruolo del nostro giudice amministrativo dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Diritto amministrativo*, 2010, 601.

⁴⁰⁹ B.G. MATTARELLA, *Procedimenti e atti amministrativi*, in *Diritto amministrativo europeo*, op. cit., p. 361.

comunitaria da cui promana l'atto controverso, onde consentire agli interessati di conoscere le ragioni del provvedimento adottato e alla Corte di esercitare il proprio controllo»⁴¹⁰. Riguardo l'indicazione degli elementi di fatto e di diritto la giurisprudenza tende sottolineare che «non si richiede che la motivazione contenga tutti gli elementi di fatto e di diritto pertinenti»⁴¹¹. L'orientamento non è differente da quello che emerso nel diritto nazionale, il quale tende a riconoscere che l'elencazione dei principali elementi di fatto e diritto sia sufficiente ai fini della validità dell'atto, mentre un onere maggiore è richiesto per i presupposti.

L'onere di motivazione va bilanciato rispetto ad altri elementi e può in generale essere alleggerito in una pluralità di casi. In primo luogo quando l'atto è conforme a precedenti ed alla prassi costante⁴¹², a tal proposito parte della dottrina ha salutato con favore la recente tendenza di abbandonare clausole di stile in largo uso nel passato, come “*established practice of the ECJ*”, indicando invece specificatamente i riferimenti agli estremi della sentenza. La giurisprudenza ritiene comunque ancora valide clausole di questo tipo⁴¹³. Ancora, una motivazione ridotta è consentita quando vi sono problemi di segretezza o in circostanze particolari che possono aggravare eccessivamente l'operato della corte⁴¹⁴. La giurisprudenza ritiene comunque necessaria, in questi casi, l'enunciazione del «*contenuto essenziale*» della motivazione, il quale può essere ridotto ma mai eliminato⁴¹⁵. Ancora, la partecipazione di soggetti al procedimento può alleggerire l'obbligo. Sia per quanto concerne partecipazione di individui a procedimenti individuali (si veda *infra* par. III.5.2), sia, con alcune soluzioni originali rispetto alle previsioni di diritto interno, gli Stati Membri e le altre Istituzioni dell'Unione. Per i primi quando «*gli Stati Membri sono stati strettamente associati al procedimento di elaborazione dell'atto controverso e conoscevano pertanto il contesto in cui è stato emanato*»⁴¹⁶, mentre, per le seconde «*un atto è sufficientemente motivato*

⁴¹⁰ Caso 12 dicembre 2006, Germania/Parlamento e Consiglio, C-380/03, Racc. pag. I-11573, punto 107.

⁴¹¹ Caso 19 novembre 2013, C-63/12.

⁴¹² Caso 14 febbraio 1990, 350/88.

⁴¹³ A. ARNULL, D. CHALMERS, *The Oxford Handbook of European Union Law*, Oxford, Oxford University press, 2015, p. 31.

⁴¹⁴ Causa 89/79 *Bonu v Council* ECR 553.

⁴¹⁵ Si veda la giurisprudenza richiamata in veda H. HOFMANN, G. ROWE, A. TÜRK, *Administrative Law and Policy of the European Union*, op. cit., p. 202.

⁴¹⁶ Causa 25 ottobre 2001, *Italia c. Consiglio* in Racc. p. I-7997 causa C-120/99. Si veda, più in generale, sul punto D. LUIGI, *Diritto dell'Unione europea: sistema istituzionale, ordinamento, tutela giurisdizionale, competenze*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 315.

quando è stato emanato in un contesto noto all'istituzione interessata, che le consente di comprendere la portata del provvedimento adottato»⁴¹⁷.

La corte ha inoltre più volte evidenziato, tra i vari destinatari che la motivazione può avere, una posizione di favore da riconoscere a tre categorie di soggetti. In particolare la Corte di Giustizia ha sostenuto che la motivazione ha la funzione di dare «la possibilità alle parti di tutelare i loro diritti», riconoscendo una funzione di garanzia rispetto ai destinatari dell'atto, «alla Corte la possibilità di esercitare il controllo», riconoscimento di funzione interpretativa, e «agli stati membri, come a qualsiasi altro interessato, di sapere come la Commissione abbia applicato il Trattato»⁴¹⁸, espressione di una funzione di trasparenza. Alcuni autori, specialmente appartenenti ad ordinamenti di *common law*, tendono a riconoscere ulteriori funzioni da attribuire alla motivazione. Tra le altre la motivazione permetterebbe di convincere il destinatario dell'atto del corretto esercizio del potere, riconoscendo in questo caso una vera e propria funzione di controllo democratico⁴¹⁹.

L'art. II-29 del ReNEUAL Model Rules pone una particolare enfasi sulle modalità espressive della motivazione, disponendo che questa debba essere “*clear and unequivocal*”. La previsione non trova un vero e proprio corrispettivo né nel diritto interno né nelle altre disposizioni del diritto dell'Unione Europea. Seppure sia contestabile che la disposizione abbia un carattere precettivo tale da non potersi comunque desumere direttamente dalla più generale disposizione dell'art. 296(2) del TFUE, questa formulazione ha comunque il merito di porre l'accento sulle modalità fattuali di esternazione della motivazione, spesso vero *punctum dolens* dell'atto.

Oltre alle tendenze che sono già state evidenziate riguardo il diritto interno (si veda *supra* par. I.8.) va qui segnalata una tendenza che si è sviluppata marcatamente nel diritto dell'Unione Europea, consistente in un utilizzo eccessivo di “considerando” sovrabbondanti. In particolare, per evitare pronunce di invalidità dell'atto per carenza o difetto di motivazione, l'amministrazione tende ad eccedere nel senso opposto,

⁴¹⁷ Caso 19 novembre 2013, C-63/12.

⁴¹⁸ La giurisprudenza è richiamata in B.G. MATTARELLA, *Procedimenti e atti amministrativi*, in *Diritto amministrativo europeo*, op. cit., p. 361.

⁴¹⁹ Più specificamente: «*showing the decision makers' respect for the addressees of their decisions; inducing addressees' compliance with the decision; facilitating addressees' agreement with the decision; increasing addressees' autonomy in the sense that they can better understand the consequences of the decision and the possibile courses of action they may take in response to it; facilitating addressees' criticism of the decision*» in A. ARNULL, D. CHALMERS, *The Oxford Handbook of European Union Law*, op. cit., p. 29.

indicando anche presupposti non strettamente attinenti al potere esercitato, senza chiaramente indicare quale debba essere il loro valore. A titolo di esempio: un'istituzione può richiamare più disposizioni fondanti poteri diversi rispetto a quello esercitato, ciò al fine di dimostrare che ha debitamente tenuto conto di strade alternative rispetto a quella seguita, le quali sono poi state scartate perché inopportune. Dall'esempio si capisce tuttavia che può diventare difficoltoso determinare addirittura quale sia la base giuridica esercitata. Se si segue la tesi sopra esposta dalla giurisprudenza della pluralità dei destinatari della motivazione, si dovrebbe argomentare che la motivazione non dovrebbe semplicemente essere chiara e non equivoca, ma dovrebbe sembrare tale anche per il destinatario dell'atto: gli Stati Membri se di portata generale, gli individui se di portata particolare.

III. 5.1. *Rulemaking*.

La Corte ha ulteriormente distinto a seconda che si tratti di *rulemaking* o di *single case decision-making*, affermando, già nella giurisprudenza meno recente, che, in generale «*l'accertamento del se la motivazione di un atto soddisfi i requisiti di cui all'art. 253 CE va effettuato alla luce non solo del suo tenore, ma anche del suo contesto e del complesso delle norme giuridiche che disciplinano la materia in questione*»⁴²⁰, e più specificamente che «*i limiti dell'obbligo di motivare [...] dipendono dalla natura dell'atto*»⁴²¹. Pertanto, l'indifferenza dei Trattati rispetto alla distinzione, ai fini dell'obbligo di motivazione, tra i due tipi di attività, è in realtà stata in parte modificata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Per gli atti di portata generale ha infatti affermato che «*sarebbe eccessivo pretendere una motivazione specifica per le diverse scelte d'indole tecnica operate*», in quanto «*la motivazione può limitarsi ad indicare, da un lato, la situazione complessiva che ha condotto alla sua adozione e, dall'altro, gli obiettivi generali che esso si prefigge*»⁴²². Pertanto in relazione ad atti giuridici di portata generale sembra possibile

⁴²⁰ Causa T-220/00, 9 luglio 2003, Cheil Jedang/Commissione, Racc. pag. II-2473, punto 216.

⁴²¹ Causa 5-67, 13 marzo 1968, *W. Beus GmbH & Co. contro Hauptzollamt München* ECR 83, 95.

⁴²² Causa 5-67, 13 marzo 1968, *W. Beus GmbH & Co. contro Hauptzollamt München* ECR 83, 95, punto 25.

ritenere sussista un onere motivazionale alleggerito, tanto in riferimento ai singoli punti che la motivazione deve affrontare, cioè la c.d. macrostruttura, quanto per la profondità con cui questi dovranno essere sviluppati, cioè la c.d. microstruttura. Se questo è vero per quanto concerne la motivazione in senso stretto, ossia per l'enunciazione dei motivi, lo stesso non concerne l'enunciazione dei presupposti, soprattutto quelli giuridici. In particolare la Corte ha più volte riconosciuto necessaria l'enunciazione di tutti i presupposti giuridici, ritenendo «*non e conforme a quest'obbligo la motivazione che non fornisca alcuna base giuridica alle disposizioni contestate di un regolamento*»⁴²³. Inoltre per gli atti legislativi, tra gli altri i presupposti di diritto, la base giuridica riveste un'importanza ancora maggiore in forza del principio di sussidiarietà, per il quale il protocollo n. 2 sull'applicazione del principio di sussidiarietà e proporzionalità richiede una motivazione specifica⁴²⁴.

Per gli atti di portata generale, l'autorità che li adotta tende a godere di un'ampia discrezionalità, la quale rende meno significativa l'imposizione di specifici obblighi di motivazione in riferimento ad elementi specifici. La giurisprudenza ha comunque elaborato il principio per cui in caso di atti ampiamente discrezionali, compresi quelli relativi all'attività di *rulemaking*, si rende necessaria l'indicazione di criteri oggettivi e predeterminati sulla quale poter poi adottare atti di portata particolare⁴²⁵.

Esclusi gli atti legislativi, di cui il progetto ReNEUAL non si occupa, gli atti di portata generale sono quelli per cui la proposta sul procedimento prevede la soluzione più elaborata, destinata a trovare applicazione in mancanza di procedure speciali disciplinate diversamente. Il *Book 2* prevede all'art. 2 lett. b) che l'iniziativa presenti una “*short description of its objective and its legal basis*”, anticipando l'obbligatorietà della motivazione rispetto all'atto finale. Il successivo art. 3 consiste in un'articolata previsione che concerne il momento preliminare all'adozione dell'atto, richiedendo di

⁴²³ Causa 158/80 *Rewe v Hauptzollamt Kiel*, ECR 1805. Più in generale, per la giurisprudenza per gli atti amministrativi di portata generale si veda H. HOFMANN, G. ROWE, A. TÜRK, *Administrative Law and Policy of the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 199.

⁴²⁴ La giurisprudenza ritiene ammissibile una motivazione implicita, costituita da una mera clausola di stile richiamante la formulazione dell'art. 5 par. 3 del TUE. Si veda U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione Europea*, op. cit., p. 80.

⁴²⁵ Si veda H. HOFMANN, G. ROWE, A. TÜRK, *Administrative Law and Policy of the European Union*, op. cit., p. 202, ove viene preso come esempio il Caso 144/82 *Detti v Court of Justice* ECR 2421, ove la Corte dichiara che «*la commissione giudicatrice di un concorso dispone di un ampio potere discrezionale e che il merito dei suoi giudizi non può essere controllato dalla corte. Cionondimeno la commissione giudicatrice deve procedere in base a criteri obiettivi*» per i quali impone la preventiva determinazione, con un indirizzo simile alle esperienze di diritto interno.

esaminare tutti gli aspetti rilevanti, oltre alla redazione di uno studio sull'impatto socio-economico che l'atto può avere, comprensivo di una *cost-benefit analysis*, di cui la motivazione finale dovrà dare atto⁴²⁶. Dopo una fase di pubblicazione e apertura alle proposizioni dei privati il procedimento si conclude con un *reasoned report* che accompagni il testo dell'atto adottato. La formulazione evidenzia le principali carenze rispetto all'art. 296 (2) del TFUE. In primo luogo non è possibile affermare che esista una vera e propria connessione tra la partecipazione al procedimento e la motivazione finale, se non per i procedimenti speciali che lo prevedono: gli apporti partecipativi dei privati, quando presenti, devono essere tenuti in considerazione dall'autorità procedente, tuttavia non viene riconosciuto un generale diritto alla partecipazione⁴²⁷. La mancata previsione del diritto di partecipare a questi procedimenti può essere spiegata nel fatto che gli atti di portata generale sono tendenzialmente meno importanti per i cittadini dell'Unione, in quanto meno idonei a lederli individualmente, mentre possono conservare un interesse maggiore per gli Stati Membri. D'altro canto nemmeno l'ordinamento italiano riconosce tale diritto rispetto gli atti di portata generale. Per quanto riguarda invece l'apertura all'analisi sull'impatto sulla regolazione, va considerato che la *ratio* dei Trattati era quella di rimandare ad un diverso momento e ad una diversa fonte normativa la disciplina della questione. Come per la partecipazione dei privati il problema non poteva essere affrontato e risolto esclusivamente da una norma quale l'art. 296 (2) del TFUE, destinato ad applicarsi anche agli atti legislativi. Da ultimo la disposizione tenta di rafforzare quell'ancoraggio all'istruttoria procedimentale che è già accennata dal TFUE, senza che a questa possa riconoscersi la forza che una codificazione del procedimento può avere.

⁴²⁶ Art. II-3(1) "The EU authority in charge of drafting the act shall: (a) carefully and impartially examine the relevant aspects. (b) undertake an assessment of the societal and economic impact of the act, as well as its impact on fundamental rights and on other values protected under EU law such as the environment. Impact assessment may include a cost-benefit analysis. (c) write an accompanying explanatory memorandum including the impact assessment, explanation of the reasons for the choices made and their alternatives." (2) "If experts or interest groups are heard in the preparatory phase of drafting the act, the explanatory memorandum shall name them and publish their supporting documents indicating the source of such materials".

⁴²⁷ Al contrario, l'art. II-4 prevede non soltanto il diritto di commentare il testo per ogni singolo cittadino dell'Unione Europea, ma addirittura attribuisce all'autorità procedente la facoltà di invitare specifici individui, i quali potrebbero essere maggiormente coinvolti dalla decisione, a presentare osservazioni.

III. 5.2. *Single case decision-making.*

Rispetto alla seconda categoria di atti, quelli di natura individuale, la giurisprudenza tende a riconoscere un obbligo di motivare più gravoso, infatti, rispetto alle decisioni individuali si applicano anche le disposizioni dell'art. 41 della Carta di Nizza. Il diritto ad una buona amministrazione ricomprende anche il diritto di essere ascoltato, facente capo al destinatario di una misura che può recare pregiudizio, ed il diritto ad accedere al fascicolo che lo riguarda⁴²⁸. Le due disposizioni avvicinano in parte il regime del diritto dell'Unione Europea rispetto a quello di diritto interno, presentando forti analogie con la disciplina del procedimento amministrativo della legge n. 241/1990. Pertanto, anche nel diritto dell'Unione Europea, la macrostruttura della motivazione dovrà presentare, tra i punti che la compongono, il fatto che l'istante abbia partecipato al procedimento e le eventuali repliche alle osservazioni da questi presentate. Allo stesso modo, vi è un alleggerimento dell'onere di motivazione richiesto in riferimento a quelle informazioni di cui il privato è già a conoscenza, avendo la sua partecipazione contribuito a garantirlo sufficientemente⁴²⁹. La disciplina di questa categoria di atti lascia emergere profili di garanzia sconosciuti agli atti di portata generale, per i quali non vi sarebbe ragione di alleggerire l'obbligo di motivazione in forza della partecipazione di uno specifico soggetto, visto l'interesse alla motivazione facente capo tanto alla collettività quanto agli Stati Membri.

Sulla stessa linea, la giurisprudenza ritiene che questo tipo di atti sia quello in cui la motivazione deve tutelare il destinatario da profili di arbitrarietà, che possono nascondere un cattivo esercizio del potere⁴³⁰. Queste istanze divengono inoltre

⁴²⁸ Il principio del giusto procedimento sembra essere più un metaprincipio, che contiene in sé altri principi più specifici: «*in esso confluiscono, a seconda delle diverse impostazioni dottrinali, la pretesa dei destinatari dell'azione amministrativa di essere ascoltati e più in generale di partecipare, la pretesa ad un comportamento corretto, equo ed imparziale da parte dei pubblici poteri, la pretesa di conoscere le ragioni della decisione finale, la pretesa ad una buona amministrazione qualunque sia il significato che si attribuisca a tale sintagma*». Si veda A. ZITO, *Il principio del giusto procedimento*, in M. RENNA, F. SAITTA, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 509-510.

⁴²⁹ Corte di giustizia 11 gennaio 1973, 13/72. Si veda B.G. MATTARELLA, *Procedimenti e atti amministrativi*, in *Diritto amministrativo europeo*, op. cit., p. 360.

⁴³⁰ Caso 30/59 *De gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg v ECSC High Authority*, ECR I.

particolarmente importanti quando l'autorità deve imporre una sanzione economica o adottare un provvedimento sfavorevole verso il destinatario⁴³¹.

L'obbligo di motivazione deve inoltre essere parametrato alla posizione del destinatario del provvedimento, riacquistando in parte il carattere sostanziale che non emerge direttamente dalla previsione dell'art. 296 (2) del TFUE. In particolare la giurisprudenza ha più volte affermato che l'obbligo «*non trae origine da considerazioni di pura forma, ma è inteso a dare alle parti la possibilità di tutelare i loro diritti*»⁴³². Pertanto si può affermare che la motivazione raggiunge pienamente il suo scopo, e deve ritenersi adeguata rispetto a questo tipo di atti, soltanto qualora le parti siano in grado di determinare le possibilità di successo di un possibile ricorso presentato contro l'atto. Come osservato precedentemente il ruolo pre-giurisdizionale della motivazione è un elemento che rafforza la funzione di garanzia.

Proprio in riferimento alla possibile futura impugnazione dell'atto la giurisprudenza sostiene, ai fini dell'obbligo di motivazione, alcuni orientamenti particolari. Com'è noto l'azione di annullamento può essere esercitata, grazie all'approccio sostanzialistico tenuto dalla Corte di Giustizia, contro ad un qualsiasi atto che sia in grado di ledere la posizione giuridica del ricorrente⁴³³. In particolare i singoli possono ricorrere, a norma dell'art. 263 (4) del TFUE, «*contro gli atti adottati nei suoi confronti o che la riguardano direttamente e individualmente, e contro gli atti regolamentari che la riguardano direttamente e che non comportano alcuna misura d'esecuzione*». Pertanto il ricorso viene ammesso dalla giurisprudenza, indipendentemente dal *nomen iuris* dell'atto, ancora qualora il privato sia lesa da un atto che dovrebbe invece avere portata generale⁴³⁴. Rinnovando il collegamento operato tra impugnazione e motivazione, la giurisprudenza, in questi casi, tende a trascinare l'atto dal *rulemaking* al *single case decision-making*, imponendo all'autorità gli stessi gravosi oneri che questa è tenuta ad osservare per la seconda categoria di atti. A titolo di esempio si può citare la disciplina delle misure *anti-dumping*, per le quali la

⁴³¹ Casi 36-40/59 *Präsident Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft and others v ECSC High Authority*, ECR 423 in H. HOFMANN, G. ROWE, A. TÜRK, *Administrative Law and Policy of the European Union*, op. cit., p. 201.

⁴³² Caso 24/62 *Germany v Commission* ECR 63, 69. Per la ricostruzione della giurisprudenza sul punto si veda P. CRAIG, G. DE BÜRCA, *EU law: Text, Cases and Materials*, Oxford, Oxford university, 2011, p. 118.

⁴³³ Si veda, da ultimo, Caso 13 luglio 2004, C-27/04.

⁴³⁴ Si veda M.P. CHITI, *La tutela giurisdizionale*, in *Diritto amministrativo europeo*, op. cit., p. 420.

giurisprudenza ha espresso la necessità di assimilarle ad atti individuali nella motivazione, non potendo ritenersi sufficiente la forma semplificata di motivazione che è richiesta per gli atti di portata generale⁴³⁵. Più in generale la dottrina ha ritenuto di poter estendere il principio anche per atti non concernenti l'*anti-dumping*, mentre, la giurisprudenza, anche se tendenzialmente conforme, ha a volte mantenuto orientamenti ondivaghi⁴³⁶.

Questo tipo di pronunce muove da considerazioni non diverse da quelle che hanno spinto i giudici italiani a riconoscere un obbligo di motivazione alcuni atti non provvedimentali, tra cui il piano regolatore generale (si veda *supra* par. II.3.2). Il criterio discrezionale utilizzato dalla Corte di Giustizia sembra infatti essere la selezione del destinatario dell'atto, e pertanto del destinatario della motivazione. Quando l'atto interessa principalmente uno Stato Membro non vi è ragione di gravare eccessivamente l'autorità che decide, considerando che questo sarà per lo più interessato ad accertare che il potere sia stato esercitato conformemente alle norme dei Trattati che lo attribuiscono. Pertanto sarà indispensabile l'indicazione della base giuridica ed in generale dei presupposti, al fine di determinare che le competenze esercitate siano effettivamente state trasferite dalle amministrazioni nazionali all'apparato burocratico dell'Unione Europea e che queste siano state esercitate correttamente. L'obbligo, seppur a contenuto ridotto, deriva dalla struttura dell'Unione come organizzazione internazionale, pertanto, conformemente, il diritto interno non richiede alcuna motivazione. Quando invece è il privato cittadino a divenire il destinatario di un provvedimento la questione cambia. La stessa motivazione deve essere redatta in funzione del cittadino, piuttosto che dello Stato Membro, il quale necessita di capire il perché la sua sfera giuridica sia stata limitata e se la lesione sia consentita dalle

⁴³⁵ Oltre agli impegni in materia di prezzo, questo tipo di misure prendono generalmente la forma di dazi *ad valorem*, consistenti in una percentuale del valore dell'importazione del prodotto interessato. Potrebbero anche prendere la forma di dazi specifici, cioè un valore fisso per una determinata quantità di merci. Si veda J. SCHWARZE, *European Administrative Law*, London, Sweet & Maxwell, 1992, p. 1414.

⁴³⁶ Si vedano le considerazioni svolte in H. HOFMANN, G. ROWE, A. TÜRK, *Administrative Law and Policy of the European Union*, op. cit., p. 200 riguardo il Caso T-13/99 *Pfizer Animal Health v Council*, ECR II-3305. In tale occasione la corte, nel dichiarare che «*the statement of reasons required by Article 190 of the EC Treaty (now Article 253 EC) must be appropriate to the act at issue*», ha in realtà ritenuto sufficiente una motivazione sul modello degli atti generali per un regolamento che essa stessa dichiara essere «*of individual concern to a person*» in quanto «*in the light of the specific circumstances of the case concerned, it adversely affects a particular right on which that person could rely*». Va peraltro rilevato che le pronunce di questo tipo sono per lo più risalenti nel tempo, inoltre, in vista del valore giuridico attribuito alla Carta di Nizza, è dubbia la loro compatibilità rispetto al Trattato di Lisbona.

disposizioni di legge o l'atto sia illegittimo. Pertanto dovrebbe risultare scarsamente interessante che la lesione sia stata concretamente operata da un atto che si autoqualifica come di portata generale, piuttosto che provvedimentoale.

Anche il Codice di buona condotta amministrativa all'art. 18 trova applicazione nel caso di specie, specificando che le decisioni che possono "*ledere i diritti o gli interessi di una persona*" devono indicare "*i motivi sui quali essa si basa specificando chiaramente i fatti pertinenti e la base giuridica della decisione*". Non si tratta di disposizioni innovative, anzi, essenzialmente sono codificazioni di principi logici prima ancora che giurisprudenziali, non aggiungendo effettivamente qualcosa di più rispetto a quanto fosse già desumibile dall'art. 41 della Carta di Nizza.

III. 6. I problemi della motivazione *per relationem* e della motivazione postuma.

Anche nel diritto dell'Unione Europea la giurisprudenza tende a riconoscere la legittimità della motivazione *per relationem*. In passato si è infatti posto il problema di determinare se al momento dell'adozione dell'atto questo dovesse essere autosufficiente. È stato sostenuto che «*nulla impedisce, infatti, che la motivazione di un atto amministrativo contenga riferimenti ad altri atti, soprattutto quando si tratta di atti connessi o correlati tra loro. Nulla impedisce neppure che, in casi del genere, l'esistenza e le caratteristiche di un atto precedente vengano utilizzati come argomento logico per trarre determinate conclusioni quanto alla valutazione di un atto successivo*»⁴³⁷. Similmente al diritto italiano il criterio che dovrebbe essere adottato è quello di poter ricostruire dalla mera indicazione di un atto indicato nei "considerando" l'*iter* logico che è stato seguito. Il problema pertanto può divenire quello intuire correttamente il perché un atto sia stato invocato, infatti spesso le parti ricorrenti impugnano un atto sostenendo che la motivazione *per relationem* che abbia richiamato un differente atto presenti profili di contraddittorietà.

⁴³⁷ Case C-119/97 P, 4 Marzo 1999, 1999 I-01341, Conclusioni dell'Avvocato Generale Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, punto 20.

Similmente a quanto previsto dal diritto interno, non vi è nel diritto dell'Unione Europea infatti uno specifico obbligo di indicare, insieme all'atto richiamato *per relationem*, il principio o il fatto che ne ricava e che pone alla base dell'atto adottato, né tantomeno di allegare specificatamente l'atto richiamato rispetto ad una decisione comunicata al destinatario.

Rispetto all'ordinamento interno invece la giurisprudenza della Corte di Giustizia sembra assumere posizioni più rigide riguardo la possibilità di successiva integrazione in giudizio. Se nel diritto interno infatti, la qualificazione della motivazione come elemento sostanziale e la riferibilità dei difetti della motivazione alla figura di eccesso di potere comportano spesso una limitata integrazione in giudizio. Ancora, l'orientamento che ritiene applicabile la dequotazione del vizio formale operata dall'art. 21-*octies* comma 2 della legge n. 241/1990 non trova spazio nel diritto dell'Unione Europea. A volte la giurisprudenza italiana aveva anche negato l'ammissibilità dell'integrazione in giudizio in quanto effettuata dal difensore legale, piuttosto che dall'amministrazione stessa, ed anche questo indirizzo sembra estraneo al diritto dell'Unione Europea.

«La motivazione deve, in via di principio, essere comunicata all'interessato contemporaneamente alla decisione che gli reca pregiudizio e che la mancanza di motivazione non può essere sanata dal fatto che l'interessato viene a conoscenza dei motivi della decisione nel corso del procedimento dinanzi alla corte»⁴³⁸. Nella sostanza la Corte tende a riconoscere alla motivazione una connotazione marcatamente formale, così che il giudizio che si apre a seguito della proposizione dell'azione di annullamento non ha tanto ad oggetto il rapporto giuridico controverso, quanto piuttosto l'atto in sé. Ciò implica che il controllo operato dalla Corte si limita essenzialmente ad accertare che, indipendentemente dagli atti del ricorso, l'atto presenti profili di autosufficienza della motivazione tali da non determinare l'invalidità dell'atto.

Ulteriori problemi derivano da quell'ambito in cui gli Stati Membri sono tenuti comunque ad osservare il principio di buona amministrazione in quanto si muovono all'interno della sfera di azione dell'Unione Europea. Se il diritto dell'Unione Europea non ammette mai l'integrazione postuma mentre ciò è ammesso dagli Stati Membri, il

⁴³⁸ Si veda Caso 195/50, 26 novembre 1981 in B.G. MATTARELLA, *Procedimenti e atti amministrativi*, in *Diritto amministrativo europeo*, op. cit., p. 362.

problema può divenire quello di capire se gli Stati Membri possano essere considerati inadempienti, in quanto l'integrazione successiva sarebbe in grado di ledere la situazione giuridica dei destinatari del provvedimento. La questione sembra non essere stata chiarita dalla giurisprudenza ancora, mentre, alcuni autori, argomentando «l'estraneità al diritto U.E. della logica sottesa all'art. 21-octies», propendono per la necessità di ammettere l'integrazione postuma⁴³⁹. Come si vedrà successivamente la questione è influenzata anche dalla possibilità di riconoscere una situazione giuridica sostanziale correlata all'obbligo di motivazione (si veda *infra* par. III.7.3.). Se si riconosce che nel diritto interno il destinatario del provvedimento è titolare di un interesse legittimo che non ha specificatamente ad oggetto l'obbligo di motivazione, ma individua come utilità concreta il bene della vita a cui il privato aspira, non vi è ragione di ritenere che questo rimanga leso per il solo fatto che l'amministrazione integri in giudizio la motivazione. Anzi, si potrebbe giungere alla conseguenza di ammettere l'invalidità dell'atto, senza che rimanga preclusa la possibilità per l'amministrazione procedente di adottare nuovamente lo stesso atto con una motivazione corretta, rispetto al quale il privato si vedrà comunque negato il bene della vita a cui aspirava. Pertanto se si vuole riconoscere alla Carta di Nizza la *ratio* di meglio tutelare la situazione giuridica del privato non si vede come l'integrazione in giudizio debba essere necessariamente esclusa, potendo in alcuni casi avere invece effetti favorevoli per l'interessato.

III. 7. La violazione dell'obbligo di motivazione.

La carenza o l'insufficienza dell'apparato motivazionale apposto all'atto non comporta necessariamente, similmente a quanto avviene nel diritto interno, l'invalidità dell'atto. Anche nel diritto dell'Unione Europea, infatti, la questione è condizionata dalla presenza di più disposizioni normative che disciplinano la motivazione – e pertanto anche i suoi vizi – ma, differentemente dal diritto interno, due elementi rendono più complesso lo studio della carenza della motivazione.

⁴³⁹ P. PROVENZANO, *Art. 41 della carta dei diritti fondamentali dell'unione europea e integrazione postuma della motivazione*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2013, 5, pp. 1134-1135.

Il primo è il proliferare di strumenti di *soft law* che si intrecciano rispetto a norme giuridiche precettive e sanzionabili. Spesso si limitano a riprendere o specificare il contenuto di queste ultime e diviene difficoltoso distinguere in modo netto quelle fattispecie disciplinate solo dalle prime, piuttosto che anche dalle seconde.

Il secondo è dovuto alla complessità procedimentale del diritto dell'Unione Europea, il quale oltre ad originare situazioni simili a quelle di diritto interno quando più amministrazioni partecipano al procedimento, ne presenta di ulteriori, dovuti alla moltiplicazione di soggetti che prendono parte al procedimento. Basti pensare che la motivazione imposta dall'art. 296 (2) del TFUE, come è stato precedentemente indicato, configura tra i suoi destinatari privilegiati gli Stati Membri, i quali, in alcuni procedimenti, partecipano direttamente con le proprie strutture amministrative alla formazione del testo dell'atto, e dunque anche della motivazione, divenendo pertanto in parte soggetti che partecipano alla formazione della motivazione ed in parte gli stessi destinatari.

III. 7.1. L'invalidità dell'atto.

Sembra utile partire proprio dalla richiamata disposizione del TFUE. Si tratta di una norma che, insieme alle altre disposizioni dei Trattati, rappresenta una fonte primaria del diritto dell'Unione Europea, rispetto alla quale il diritto secondario dell'Unione Europea deve conformarsi, esistendo un vero e proprio rapporto gerarchico⁴⁴⁰.

In caso di motivazione del tutto assente, o carente rispetto agli *standard* imposti dalla giurisprudenza, l'atto, legislativo o meno, può essere impugnato ed annullato. Anche il diritto dell'Unione Europea riconosce la categoria della nullità o della radicale inesistenza dell'atto, ma si tratta di ipotesi eccezionali non riconducibili alla semplice carenza di motivazione⁴⁴¹, pertanto anche nel diritto dell'Unione Europea, similmente a quanto avviene nel diritto interno, un atto carente di motivazione può diventare inoppugnabile una volta scaduti i termini per l'impugnazione. Ciò contribuisce a svilire,

⁴⁴⁰ U. VILLANI, Istituzioni di Diritto dell'Unione europea, op. cit., p. 238.

⁴⁴¹ M.P. CHITI, *La tutela giurisdizionale*, in Diritto amministrativo europeo, op. cit., p. 427.

in parte, il valore che si riconosce alla motivazione rispetto ad altri elementi formali dell'atto, la cui mancanza può comportare nullità o inesistenza.

Può infatti risultare utile identificare i motivi di ricorso sulla base dei quali un atto carente di motivazione viene annullato. I motivi del ricorso per l'azione di annullamento sono previsti dall'art. 263 (2) del TFUE sono *“incompetenza, violazione delle forme sostanziali, violazione dei trattati o di qualsiasi regola di diritto relativa alla loro applicazione, ovvero per sviamento di potere”*. Ai nostri fini va rilevata la similitudine strutturale esistente tra lo sviamento di potere nel diritto dell'Unione Europea e la figura dell'eccesso di potere nel diritto interno, mentre la violazione di legge tende ad avvicinarsi alla figura della violazione dei trattati o del diritto secondario, in cui è ricompresa anche la figura della violazione delle forme sostanziali. Nel diritto interno, come si è visto, la dottrina, seppure non unitaria, tende a propendere per la configurabilità della violazione di legge, mentre la giurisprudenza, fa leva più frequentemente sulla figura sintomatica di dell'eccesso di potere.

Nel diritto dell'Unione Europea vi è sostanziale concordia tra dottrina e giurisprudenza nel ritenere che l'atto privo di motivazione, o carente in uno dei suoi elementi essenziali, sia riconducibile alla figura della violazione delle forme sostanziali⁴⁴². In particolare la categoria sembra ricomprendere la maggior parte dei vizi della procedura attinenti al principio della trasparenza, quali il diritto alla partecipazione o quello di accesso⁴⁴³.

La qualificazione delle forme come *“sostanziali”* può destare alcuni dubbi sulla qualificazione della motivazione come elemento formale o sostanziale dell'atto. A tal proposito può essere d'aiuto considerare che la versione in lingua inglese del Trattato parla di *“infringement of an essential procedural requirement”*, che deriva dall'esperienza francese di diritto amministrativo, ove la locuzione è espressa con: *“une forme substantielle”*. La *ratio* della disposizione sembra essere unicamente quella di selezionare quelle violazioni del procedimento sufficientemente significative, tali da dover essere considerate come vizianti l'atto finale, evitando di dare rilevanza, al

⁴⁴² D. EDWARD, R. LANE, *Edward and Lane on European Union Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2013, p. 329; M.P. CHITI, *La tutela giurisdizionale*, in *Diritto amministrativo europeo*, op. cit., p. 427; H. HOFMANN, G. ROWE, A. TÜRK, *Administrative Law and Policy of the European Union*, op. cit., p. 843; T.C. HARTLEY, *The Foundations of European Union Law*, Oxford, Oxford University press, 2014, p. 421; P. CRAIG, G. DE BÜRCA, *EU law: Text, Cases and Materials*, op. cit., p. 522.

⁴⁴³ D. CHALMERS, *European Union Law: Text and Materials*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 447.

contrario, ad ogni singola deviazione rispetto alle previsioni dei trattati. Sarebbe infatti controproducente comminare l'invalidità anche per gli scostamenti tali da non recare un reale pregiudizio a nessuno dei soggetti coinvolti⁴⁴⁴. Pertanto si deve riconoscere che il termine "sostanziale" dipende dalla rilevanza da riconoscere dalla violazione, senza che questo nulla dica riguardo il tipo di violazione, potendo questa avere mera natura procedimentale o incidere sul contenuto dell'atto.

L'esercizio logico svolto, a volte, dai giudici nazionali è quello di riferire la deficienza del materiale istruttorio menzionato nella motivazione allo stesso *iter* logico seguito dall'autorità procedente: la motivazione non considera un fatto, ciò perché la stessa amministrazione procedente ha mancato di considerarlo al momento della decisione. Si tratta di un orientamento che sembra invece estraneo alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea nelle sue pronunce di annullamento, infatti, questa, tende ad evitare di traslare difetti dell'apparato motivazione allo stesso momento decisione, pertanto questi rimangono nella sfera dell'atto. Nonostante la figura dello sviamento di potere sia spesso invocata dalle parti ricorrenti, difficilmente, in caso di accoglimento, la Corte riconosce la presenza di questa figura, mentre più spesso sembra disporre l'annullamento sulla base di altri motivi di ricorso⁴⁴⁵. A ciò contribuisce il fatto che la figura di sviamento di potere accolta nell'ordinamento dell'Unione Europea sembra coincidere sostanzialmente con la figura di sviamento di potere propria della tradizione francese, come "*détournement de pouvoir*", corrispondente al caso in cui l'amministrazione fa uso dei poteri che le sono attribuiti per fini diversi rispetto a quelli previsti dalla legge⁴⁴⁶. Lo sviamento di potere si verifica «*solo se, in base ad indizi oggettivi, pertinenti e concordanti, una decisione risulta adottata per raggiungere scopi diversi da quelli dichiarati dall'istituzione convenuta o per eludere una procedura appositamente prevista dal trattato*»⁴⁴⁷. Pertanto la giurisprudenza la identifica come

⁴⁴⁴ La dottrina rileva che la distinzione è presente anche nel diritto inglese, ove viene presentata come «*the distinction between procedural provisions that are mandatory and those that are merely directory*», in T.C. HARTLEY, *The Foundations of European Union Law*, Oxford, Oxford University press, 2014, p. 421.

⁴⁴⁵ H. HOFMANN, G. ROWE, A. TÜRK, *Administrative Law and Policy of the European Union*, op. cit., p. 844.

⁴⁴⁶ L.N. BROWN, J.S. BELL, *French Administrative law*, Clarendon, Oxford University press, 1998, p. 230.

⁴⁴⁷ Sent. 14 novembre 2002, T94/00, T110/00 e t-159/00, *Rica Foods (Free Zone) NV, Free Trade Foods NV e Suproco NV contro Commissione*, in L. FERRARI BRAVO, A. RIZZO, *Codice dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 713. Nello stesso senso M.P. CHITI, *La tutela giurisdizionale*, in *Diritto amministrativo europeo*, op. cit., p. 422.

una figura meno ampia rispetto a quella di eccesso di potere di diritto interno, la quale, oltre a ricomprendere lo sviamento di potere, ricomprende anche altre figure sintomatiche attinenti alla motivazione, quali il difetto di motivazione o il difetto di istruttoria, le quali nel diritto dell'Unione Europea vengono invece traslate sotto il motivo della violazione dei trattati o la violazione delle forme sostanziali.

Da queste premesse discende che, mentre la motivazione nel diritto interno è spesso oggetto di oscillazioni tra la concezione sostanziale e quella formale, al contrario, nel diritto dell'Unione Europea, questa presenta forti connotati formali e la concezione sostanziale non sembra trovare in alcun caso riscontro né in dottrina né in giurisprudenza.

Affinché un atto possa essere dichiarato “nullo e non avvenuto” (*rectius* annullato) ex art. 264 del TUE sono però necessari alcuni requisiti ulteriori, in particolare la legittimazione a ricorrere e l'atto deve essere considerato impugnabile. La legittimazione a ricorrere è riconosciuta ad una categoria di soggetti definiti ricorrenti privilegiati, i quali non devono allegare uno specifico interesse ad agire: Parlamento Europeo, Stati membri, Consiglio e Commissione⁴⁴⁸. Gli atti impugnabili sono previsti invece dall'art. 264 (1) del TFUE: “*La Corte di giustizia dell'Unione europea esercita un controllo di legittimità sugli atti legislativi, sugli atti del Consiglio, della Commissione e della Banca centrale europea che non siano raccomandazioni o pareri, nonché sugli atti del Parlamento europeo e del Consiglio europeo destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi. Esercita inoltre un controllo di legittimità sugli atti degli organi o organismi dell'Unione destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi.*”.

Per i ricorrenti privilegiati, pertanto, le disposizioni dei Trattati eliminano il rapporto, che esiste in misura rafforzata nel diritto interno, tra motivazione ed impugnazione. Un atto di portata generale o addirittura legislativo può anche non ledere interessi specifici⁴⁴⁹ di uno Stato Membro o di una istituzione, ma questa potrà comunque impugnarlo. Se si riconosce che l'invalidità di un atto carente di motivazione può derivare anche dall'azione promossa da uno Stato Membro o un'altra Istituzione

⁴⁴⁸ Si veda M.P. CHITI, *La tutela giurisdizionale*, in *Diritto amministrativo europeo*, op. cit., p. 416.

⁴⁴⁹ La nozione di interesse in riferimento ad uno Stato Membro va intesa in senso ampio, non potendosi riconoscere a questi la titolarità di un interesse individuale da proteggere tramite un ricorso, differentemente dalla posizione giuridica di un privato.

rispetto quella adottante, si finisce per svilire in parte la funzione di garanzia che questi atti assolvono, per favorire, invece, quella di trasparenza. È vero che anche in queste situazioni la motivazione assolve un ad un compito pregiurisdizionale, proprio della funzione di garanzia, ma la vera funzione della motivazione è quella di permettere agli Stati e alle Istituzioni di capire le ragioni insite nell'atto adottato. Ciò, dal punto di vista dall' Istituzione procedente, rappresenta uno strumento che permette di convincere gli Stati Membri dell'opportunità della scelta operata adottando l'atto, in ottica deflattiva del contenzioso e in funzione di controllo democratico. Invece, dal punto di vista dei ricorrenti privilegiati, permette di meglio intuire le ragioni che hanno mosso l'Istituzione, e qualora queste non siano condivise, di preparare meglio il successivo ricorso, pertanto esaltando le funzioni interpretativa e di trasparenza. Questa impostazione lascia trasparire la natura internazionalistica degli originari Trattati⁴⁵⁰.

In ogni caso anche per i ricorrenti privilegiati rimane esclusa la possibilità di impugnare raccomandazioni e pareri ed in generale gli atti non suscettibili di incidere direttamente nella sfera giuridica di terzi, in base all'approccio c.d. sostanzialistico più volte richiamato. A tal proposito la giurisprudenza ha sostenuto che gli effetti devono derivare dal dispositivo dell'atto, in particolare *«prescindendo dalla motivazione sulla quale si fonda una decisione della Commissione, solo il dispositivo di questa è idoneo a produrre effetti giuridici e, conseguentemente, ad arrecare un pregiudizio. Al contrario, gli apprezzamenti espressi nella motivazione di una decisione non sono idonei, di per sé, a formare oggetto di un ricorso di annullamento. Essi possono essere sottoposti al sindacato di legittimità del giudice comunitario solo qualora, in quanto motivazione di un atto recante pregiudizio, costituiscano il fondamento necessario del dispositivo di tale atto»*⁴⁵¹.

Per i ricorrenti non privilegiati la situazione è differente, in quanto, ex art. 263 (4) del TFUE: *“Qualsiasi persona fisica o giuridica può proporre, alle condizioni previste al primo e secondo comma, un ricorso contro gli atti adottati nei suoi confronti o che la riguardano direttamente e individualmente, e contro gli atti regolamentari che la riguardano direttamente e che non comportano alcuna misura d'esecuzione.”*. Com'è stato osservato dalla dottrina, la legittimazione a ricorrere per un privato in origine era

⁴⁵⁰ Si veda M.P. CHITI, *La tutela giurisdizionale*, in *Diritto amministrativo europeo*, op. cit., p. 422.

⁴⁵¹ Caso C-164/02, 28 January 2004, *Kingdom of the Netherlands v Commission of the European Communities*, 2004, ECR I-1177.

riconosciuta soltanto avverso le decisioni, le quali sono il «*corrispondente europeo dei provvedimenti amministrativi nazionali*»⁴⁵². Il Trattato di Lisbona ha ampliato la categoria degli atti impugnabili a quelli che riguardino la persona “*direttamente ed individualmente*” o gli “*atti regolamentari che la riguardano direttamente e che non comportano alcuna misura d’esecuzione*”. Tanto la disposizione originaria quanto il successivo ampliamento sembrano comunque espressione di una funzione di garanzia della motivazione, similmente al sistema elaborato dal diritto interno, non riconoscendosi una motivazione a ricorrere anche per atti non direttamente lesivi della sfera giuridica del destinatario.

Dall’incrocio dei due regimi di previsioni concernenti l’interesse a ricorrere deriva una conseguenza di rilievo: gli atti che sono impugnabili dalle persone fisiche o giuridiche sono impugnabili anche dai ricorrenti privilegiati. Ciò origina una situazione sconosciuta al diritto interno dove la motivazione, tendenzialmente, ha un unico destinatario nello stesso destinatario del provvedimento. Al contrario, nel diritto dell’Unione Europea, una decisione che riguardi individualmente uno specifico soggetto, per scongiurare gli esiti di una pronuncia di invalidità, dovrà essere considerata sufficientemente dettagliata tanto dal destinatario della decisione, tanto dagli Stati Membri e dalle Istituzioni, i quali, tendenzialmente, saranno interessati ad osservare la vicenda da un diverso angolo di visuale rispetto a quello del privato leso. Si può pertanto osservare che, ai fini della validità dell’atto, l’art. 296 (2) del TFUE determina due diversi obblighi di motivazione, a seconda che l’atto sia o meno impugnabile anche dai privati.

La disciplina della validità dell’atto è però condizionata anche da ulteriori disposizioni. Un onere di motivazione più gravoso è imposto per gli atti assoggettati alla disciplina prevista dall’art. 41 della Carta di Nizza. Ad esempio il diritto ad una buona amministrazione lega la motivazione agli istituti della partecipazione e del diritto d’accesso in misura maggiore a quanto dispongono le previsioni dei Trattati, pertanto è possibile che un atto raggiunga gli *standard* di motivazione imposti dall’art. 296(2) del TFUE ma non anche quelli previsti dalla Carta. La soluzione alla questione non dovrebbe comunque essere differente da quella derivante in caso di violazione delle

⁴⁵² L’espressione è presente in M.P. CHITI, *La tutela giurisdizionale*, in *Diritto amministrativo europeo*, op. cit., p. 420

disposizioni del TFUE. In primo luogo perché l'art. 6(1) del TUE ha attribuito alla Carta di Nizza lo stesso valore giuridico dei Trattati. In secondo luogo perché la Carta ha codificato alcuni orientamenti giurisprudenziali⁴⁵³ che avevano trovato spazio in passato, già prima della prima proclamazione della Carta, i quali facevano discendere la «*proper administration*» o «*sound administration*» come dirette conseguenze della *rule of law*, attribuendo a questi il valore di principi generali del diritto dell'Unione Europea. Peraltro si tende a riconoscere che il principio di buona amministrazione come principio generale dell'azione amministrativa abbia un ambito più ampio, e non del tutto definito, rispetto a quello positivizzato nella Carta di Nizza⁴⁵⁴. Dunque che la violazione degli *standard* di motivazione si riconduca alla “*violazione delle forme sostanziali*”, in quanto violato l'art. 41 della Carta di Nizza, o alla “*violazione dei trattati o di qualsiasi regola di diritto relativa alla loro applicazione*”, perché espressione di principi generali dell'Unione Europea, le conseguenze dovrebbero essere comunque quelle dell'illegittimità dell'atto adottato.

L'art. 41 della Carta di Nizza peraltro può trovare applicazione anche in atti formalmente adottati dagli Stati Membri. In questo caso sarà necessario impugnare l'atto secondo gli strumenti offerti dall'ordinamento interno. Se l'atto carente di motivazione è in contrasto con le disposizioni della legge n. 241/1990 sarà necessario proporre impugnazione in relazione alla violazione dell'art. 3 come violazione di legge o per eccesso di potere. Inoltre gli art. 3 della legge sul procedimento e la Carta di Nizza potrebbero non avere ambiti oggettivi perfettamente coincidenti, pertanto è possibile che un atto non necessiti di motivazione in relazione all'art. 3 della legge sul procedimento ma questa sia necessario in relazione alle disposizioni della Carta. In questo caso, non potendosi estendere al procedimento amministrativo il regime tipico degli atti normativi interni⁴⁵⁵, sarà necessaria l'impugnazione dell'atto amministrativo

⁴⁵³ L'adozione della Carta di Nizza è stata preceduta anche da uno strumento di *soft law* esterno, tuttavia, dal panorama istituzionale dell'Unione Europea, ed adottato *Committee of Ministers* del Consiglio d'Europa. Si tratta della risoluzione n.31 del 1977 che prevedeva al par. IV (*Statement of reasons*), “*Where an administrative act is of such nature as adversely to affect his rights, liberties or interests, the person concerned is informed of the reasons on which it is based. This is done either by stating the reasons in the act, or by communicating them, at his request, to the person concerned in writing within a reasonable time.*”

⁴⁵⁴ Si veda H. HOFMANN, G. ROWE, A. TÜRK, *Administrative Law and Policy of the European Union*, op. cit., pp. 191-192.

⁴⁵⁵ B.G. MATTARELLA, *Procedimenti e atti amministrativi*, in *Diritto amministrativo europeo*, op. cit., p. 374.

per violazione di legge, in quanto il buon andamento della pubblica amministrazione dovrebbe rientrare tra i “*principi dell’ordinamento comunitario*” richiamati dall’art. 1 della legge n. 241/1990. Da ultimo, è possibile che si tratti di atti non impugnabili nel nostro ordinamento, in tal caso potrebbero verificarsi i presupposti per l’apertura di una procedura di infrazione, anche se l’ipotesi, considerando la giurisprudenza formatasi sulle disposizioni di diritto interno, sembra più un caso di scuola che una possibilità concreta⁴⁵⁶.

III. 7.2. Il diritto al risarcimento del danno. Il problema della motivazione come oggetto di una situazione giuridica soggettiva.

Anche il diritto dell’Unione Europea ammette inoltre, come forma di tutela, il risarcimento il danno⁴⁵⁷. Il diritto è previsto tanto dall’art. 41(3) della Carta di Nizza, tanto, nella medesima formulazione, dall’art. 340 del TFUE. È stato pertanto osservato che la Carta non sembrerebbe aggiungere nulla alle previsioni dei Trattati⁴⁵⁸. Si ritiene, comunque, che la violazione del principio di buon andamento della pubblica amministrazione non attribuisca necessariamente anche il diritto al risarcimento del danno, salvo che sia stata violata una delle specifiche previsioni presenti nell’art. 41 della Carta di Nizza, tra cui, pertanto, anche l’obbligo di motivazione⁴⁵⁹.

Il diritto al risarcimento del danno, insieme alla qualificazione della buona amministrazione come “*diritto*”, apre nel diritto Europeo una controversia sconosciuta al diritto interno. In particolare, si potrebbe essere portati a riconoscere che il diritto al risarcimento contribuisca a configurare la situazione del destinatario della motivazione come una vera e propria situazione giuridica soggettiva, rispetto alla quale il

⁴⁵⁶ In passato vi sono stati problemi in materia di appalti pubblici in riferimento ad atti che l’ordinamento interno considerava espressione di autonomia privata. Si veda B.G. MATTARELLA, *Procedimenti e atti amministrativi*, in *Diritto amministrativo europeo*, op. cit., p. 376.

⁴⁵⁷ Il diritto del risarcimento del danno derivante dalla lesione del diritto di buona amministrazione è stato espressamente riconosciuto dalla giurisprudenza, si veda C-338/00, 18 settembre 2003, *Volkswagen AG v Commission of the European Communities*, ECR 2003.

⁴⁵⁸ L’opinione è espressa chiaramente in H. HOFMANN, G. ROWE, A. TÜRK, *Administrative Law and Policy of the European Union*, op. cit., p. 202, ove si sostiene che «*the added value of repeating a right to damages in the Charter is thus not entirely clear*».

⁴⁵⁹ J. REICHEL, *Between Supremacy and Autonomy – Applying the Principle of Good Administration in the Member States*, op. cit., p. 254.

risarcimento svolge una funzione di tutela alternativa all'esecuzione dell'obbligo in forma specifica, consistente nell'adozione di un provvedimento formalmente corretto. Il problema può quindi essere quello di chiarire se la motivazione in sé può rappresentare l'oggetto di un vero e proprio obbligo, come situazione giuridica correlata al diritto soggettivo, rispetto al quale le Istituzioni dell'Unione sono tenute ad adempiere.

La risposta è sicuramente negativa nel diritto interno italiano, ove la motivazione non può essere considerata oggetto né di un diritto soggettivo né di un interesse legittimo. È vero che l'adozione di un provvedimento viziato, perché carente di motivazione, se lesivo della sfera giuridica del destinatario, può creare un danno suscettibile di essere risarcito, tuttavia è necessario non perdere di vista lo specifico bene della vita cui il destinatario aspira, il quale non coincide con la correttezza dell'azione amministrativa in sé⁴⁶⁰.

Nel diritto dell'Unione Europea la questione diventa più problematica perché la buona amministrazione assume un doppio valore: come principio generale sul procedimento del diritto dell'Unione Europea e come diritto fondamentale riconosciuto dalla Carta di Nizza. Nel linguaggio della Corte di Giustizia entrambe le formulazioni sembrano frequenti, sia come *“a standard of good practise for the institutions to apply”* che come *“a legally enforceable right for private parties to invoke in their contacts with the institutions”*. La Corte utilizza come criterio discrezionale il fatto che uno specifico obbligo sia imposto o meno dalla Carta di Nizza: *«si deve rilevare, innanzi tutto, che il principio di buona amministrazione, la cui sola violazione è fatta valere in questo ambito, non attribuisce, di per se stesso, diritti ai singoli salvo quando costituisce espressione di diritti specifici come il diritto di vedere le proprie questioni trattate in modo imparziale, equo ed entro un termine ragionevole, il diritto di essere ascoltato, il*

⁴⁶⁰ In particolare la tesi che l'interesse legittimo costituisca un diritto alla legittimità degli atti, elaborata dal Mortara, risulta oggi abbandonata. Si tende ad escludere che il bene della vita tutelato dall'interesse legittimo sia unicamente la correttezza dell'esercizio del potere, comprendente anche l'obbligo di motivazione. Al contrario, l'ordinamento attribuisce sicuramente, per il tramite dell'interesse legittimo, un riconoscimento alla concreta utilità cui il privato aspira. Ciò esclude che la motivazione possa costituire specifico oggetto di una situazione giuridica soggettiva. Invece l'interesse legittimo va configurato come quella *«situazione giuridica soggettiva, correlata al potere della pubblica amministrazione e tutelata in modo diretto dalla norma di conferimento del potere, che attribuisce al suo titolare una serie di poteri e facoltà volti a influire sull'esercizio del potere medesimo allo scopo di conservare o acquistare un bene della vita»*. Pertanto l'interesse legittimo, *«pur continuando a costituire il termine passivo del rapporto giuridico che intercorre con l'amministrazione, acquista così una dimensione attiva»* anche grazie all'istituto della motivazione del provvedimento. Si veda M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., pp. 125-130.

diritto di accedere al fascicolo, il diritto alla motivazione delle decisioni, ai sensi dell'art. 41 della carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea proclamata il 7 dicembre 2000 a Nizza»⁴⁶¹. Dallo studio del caso emerge tuttavia che la terminologia utilizzata dalla Corte è unicamente strumentale al riconoscimento della possibilità di risarcire il danno ingiusto cagionato, dunque non sembra invece avere la funzione di elevare l'obbligo di motivazione a vera e propria situazione giuridica soggettiva.

A tal proposito, come ha evidenziato anche la dottrina straniera, la quale è estranea alla tradizionale distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi propria del diritto italiano, *«the treatment of a procedural rule as a legally enforceable individual right is not entirely without problems. A procedural rule is not an end in itself, but a means to an end, a means to grant a substantive right or to avoid a sanction.»⁴⁶². Se non è certo il rango che tale norma procedurale ha assunto nel diritto dell'Unione Europea allo stato attuale, deve comunque riconoscersi che la qualificazione della situazione come diritto sembra improntata ad avere due conseguenze: la possibilità di agire giudizialmente in caso di violazione del precetto ed il diritto al risarcimento. Entrambe sono pienamente riconosciute nel diritto dell'Unione Europea, tuttavia, dovrebbe osservarsi che l'azione di annullamento viene garantita non in quanto tale rispetto ad un atto privo di motivazione, ma esclusivamente ad un soggetto munito di interesse a ricorrere ed in quanto possa ottenere un'utilità concreta dall'azione, la quale vada al di là della mera apposizione della motivazione sul testo dell'atto annullato e abbia ad oggetto lo specifico bene della vita cui il privato aspira⁴⁶³. Allora si noterà che le analogie con la figura dell'interesse legittimo, sconosciuto al diritto dell'Unione Europea diventano sempre più marcate.*

Per il risarcimento del danno, non diversamente dal diritto interno, non è richiesta necessariamente anche l'impugnazione dell'atto. Il problema piuttosto sarà quello di configurare un danno concreto che possa derivare dalla carenza della motivazione, tanto

⁴⁶¹ Causa T-193/04, 4 ottobre 2006, *Hans-Martin Tillack c. Commissione delle Comunità europee*.

⁴⁶² «The object of the right to be heard is not to safeguard the interests of individuals to chat with public officials, but to afford individuals an opportunity to explain why, according to their view, they should be granted a right or protected from a sanction» J. REICHEL, *Between Supremacy and Autonomy – Applying the Principle of Good Administration in the Member States*, op. cit., pp. 253-254.

⁴⁶³ Anche nel diritto dell'Unione Europea infatti qualora questo non sia presente la Corte può adottare una pronuncia di irricevibilità. Si veda P. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 88.

per un atto normativo che per un atto amministrativo⁴⁶⁴, considerando che la giurisprudenza sul punto tende ad assumere orientamenti particolarmente restrittivi⁴⁶⁵.

Qualora invece sia stata un'amministrazione di uno Stato Membro a non motivare correttamente in riferimento alle disposizioni di diritto dell'Unione Europea il risarcimento dovrebbe essere disciplinato dal diritto interno, almeno dal punto di vista sostanziale e procedurale, mentre la configurabilità dell'illecito continua ad avere «*carattere comunitario*»⁴⁶⁶. È vero che tanto l'art. 340 del TFUE, tanto l'art. 41 della Carta di Nizza non configurano alcuna forma di responsabilità extracontrattuale degli Stati Membri per danni ingiusti cagionati, tuttavia la ragione va probabilmente ricercata nel fatto che il principio è parte dell'*acquis* comunitario, e pertanto non si è resa necessaria una positivizzazione nel diritto dell'Unione⁴⁶⁷.

La disciplina del risarcimento presenta punti di contatto con quella di diritto interno, rispetto alla quale, tuttavia, vi sono delle differenze significative. In particolare la non necessità dell'elemento soggettivo e l'interpretazione particolarmente ampia della nozione di "Stato", tale da ricomprendere sia la funzione legislativa che quella giurisdizionale, potrebbero aprire problemi estranei, ad oggi, al panorama dell'obbligo di motivazione. Per la prima attività, infatti, l'obbligo di motivazione nel diritto interno è esclusa, ma è dubbia la possibilità di ricondurre questo tipo di attività alle previsioni del principio di buona amministrazione. Per l'attività giurisdizionale invece, le norme di diritto interno che impongono l'obbligo di motivazione hanno addirittura rango costituzionale, pertanto, anche se il principio si possa ritenere applicabile, non dovrebbero porsi problemi particolari, in quanto il diritto interno tende ad offrire uno *standard* non inferiore a quello della Carta di Nizza. Non è escluso comunque che in ottica futura, considerando l'approccio sostanzialistico della giurisprudenza della Corte

⁴⁶⁴ I giudici comunitari hanno ritenuto che l'azione di risarcimento derivante da attività illecita extracontrattuale dell'Unione Europea possa derivare anche nel caso dell'applicazione di un atto normativo considerato illegittimo, oltre che di un atto amministrativo. La responsabilità per atti legislativi, detta ingiustizia normativa, non trova un corrispettivo nel diritto interno. Si ritiene comunque necessaria una violazione grave di una norma giuridica superiore intesa a tutelare i singoli. Si veda M.P. CHITI, *La tutela giurisdizionale*, in *Diritto amministrativo europeo*, op. cit., p. 448.

⁴⁶⁵ Il danno dovrebbe cioè derivare direttamente dall'atto in quanto non sufficientemente motivato. Più facile è invece riconoscere un danno derivante da una decisione che nella sostanza è illegittima, ad esempio perché l'esercizio del potere ha violato il principio di proporzionalità.

⁴⁶⁶ Si veda M.P. CHITI, *La tutela giurisdizionale*, in *Diritto amministrativo europeo*, op. cit., pp. 453.

⁴⁶⁷ Si veda M.P. CHITI, *La tutela giurisdizionale*, in *Diritto amministrativo europeo*, op. cit., p. 445.

di Giustizia, non si possano produrre frizioni tra il diritto interno e quello dell'UE in vista della diversa concezione del soggetto tenuto a motivare.

III. 7.3. Gli strumenti di *soft law*.

Il Codice di buona condotta amministrativa adottato dal Parlamento europeo non ha lo stesso valore giuridico dei Trattati. Al contrario costituisce unicamente uno strumento di *soft law* non giustiziabile. In linea di principio pertanto la violazione delle previsioni in esso contenuto non dovrebbero né incidere sulla validità dell'atto né garantire un diritto al risarcimento del danno.

Il rispetto delle previsioni del codice rimane pertanto un compito alla cui osservanza è chiamato a vigilare l'*Ombudsman*⁴⁶⁸. In alcuni casi tuttavia, al codice, è stato comunque riconosciuto un certo valore dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia. In un caso, infatti, pur ritenendo l'atto sufficientemente motivato e pertanto non suscettibile di essere annullato, ha comunque osservato che “*pur se il ricorrente è rimasto soccombente in tutti i suoi mezzi, è tuttavia opportuno tener conto, per il regolamento delle spese, di quanto premesso in merito alla sana prassi amministrativa*” (*Good Administrative Practice* nella versione inglese). In particolare la Corte osserva come “*l'insorgere della controversia sia stato favorito dal procedimento seguito dalla Commissione e dalla mancanza di riguardi nei confronti del ricorrente*” e utilizza, insieme ad altri elementi sfavorevoli alla Commissione, la carenza di motivazione secondo gli *standard* imposti dal codice per condannarla alle spese⁴⁶⁹.

Analoghe considerazioni possono essere svolte per il Codice di buona condotta amministrativa del personale della Commissione Europea nei suoi rapporti col pubblico, il quale all'art. 6 prevede un meccanismo di osservanza delle sue previsioni basato sui reclami che possono essere proposti al Segretario Generale, il quale lo trasmetterà al

⁴⁶⁸ H. HOFMANN, G. ROWE, A. TÜRK, *Administrative Law and Policy of the European Union*, op. cit., p. 192.

⁴⁶⁹ Causa 125/80, 29 ottobre 1981, *Guenther Arning contro Commissione delle Comunità Europee*, ECR 2539.

direttore generale o capo di servizio competente, che sarà a sua volta tenuto a rispondere per iscritto a chi ha proposto il reclamo⁴⁷⁰.

La questione problematica del valore giuridico dei due strumenti sta nel fatto che, riempiendo il contenuto delle previsioni della Carta di Nizza, risulta difficile scindere ciò che è imposto direttamente dalla Carta e che ha valore legale, rispetto a ciò che è imposto dai Codici e che non ha valore legale. Ciò comporta in parte l'attrazione dei Codici nel sistema degli strumenti di *hard law* attraverso il loro essere espressione di principi generali di diritto dell'Unione Europea.

La proposta di legislazione sul procedimento amministrativo del JURI *committee* recepisce, riguardo la motivazione degli atti individuali, le previsioni dei due codici, i quali quindi assumerebbero sicuramente valore giuridico tale da permettere, in caso di violazione, l'annullamento di un atto o il risarcimento del danno. La proposta merita quindi di essere salutata con favore per risolvere le incertezze giuridiche sopra indicate.

⁴⁷⁰ Art. 6 “In caso di inosservanza dei principi stabiliti nel presente codice, i cittadini possono presentare un reclamo direttamente al Segretariato generale della Commissione europea che provvederà a trasmetterlo al servizio competente. Il direttore generale o il capo del servizio rispondono per iscritto all'autore del reclamo entro un termine di due mesi. L'autore del reclamo dispone quindi di un mese per sollecitare presso il segretario generale della Commissione un riesame del proprio reclamo. Il segretario generale fa conoscere la propria risposta entro un mese.”.

IV LA MOTIVAZIONE NEL DIRITTO INGLESE.

Sommario: 1. Le origini del diritto amministrativo e della giustizia amministrativa.; 2. Obblighi di motivazione speciali; 2.1. I Tribunals; 2.2. Le inquiries; 3. Un generale obbligo di motivazione? Dalla natural justice alla fairness.; 4. La sliding scale of fairness.; 6. La motivazione come corollario del fair hearing.; 7. La mancanza della motivazione come vizio dell'atto.

IV. 1. Le origini del diritto amministrativo e della giustizia amministrativa.

«No single factor has inhibited the development of english administrative law as seriously as the absence of any general obligation upon public authorities to give reasons for their decisions»⁴⁷¹. Così veniva inquadrato, in un report del 1977 del gruppo JUSTICE, il problema della carenza di un generale obbligo di motivazione nel diritto inglese. La soluzione era quella di incentivare il *Parliament* ad una riforma legislativa con il duplice obiettivo della creazione di una «*Administrative Division of the High Court of Justice with its own procedure and with power to grant new remedies*» e di garantire il rispetto dei «*Principles of Good Administration*»⁴⁷². Viene dunque proposto di introdurre un generale obbligo di motivazione: «*an authority shall upon request in writing give a written statement of the reasons justifying any decision it has made*»⁴⁷³. Nonostante il mancato accoglimento della proposta, gli anni '70 del secolo

⁴⁷¹ K. GOODFELLOW, *Administration under law*, (a JUSTICE booklet), London, 1977, p. 23, par. 51.

⁴⁷² K. GOODFELLOW, *Administration under law*, (a JUSTICE booklet), London, 1977, intro.

⁴⁷³ La formulazione dell'obbligo è particolarmente distante da quella italiana. Basti notare che la motivazione deve essere comunicata soltanto su richiesta degli interessati, mentre la mancata apposizione della motivazione sull'atto non produce alcun vizio dello stesso. Le ragioni vengono ricercate nel fatto che «*that would generate a heavy burden of administrative work which might not be justified*». In particolare sono tre gli elementi usati per alleggerire l'obbligo di motivazione, si tratta di *limitations* al cui verificarsi l'amministrazione può rifiutarsi di motivare. Il primo, *time*, consiste nella necessità di motivare solo successivamente alla decisione già adottata, l'obbligo viene meno se sono trascorsi più di due mesi da quando la decisione è stata adottata. Il secondo, «*interest of the person making the request*», assoggetta in parte il regime della motivazione a quello di altri atti e documenti della pubblica amministrazione, rispetto ai quali è necessario esercitare il diritto d'accesso, il quale può essere rifiutato quando «*a person is not particularly and materially affected by the decision and to give a statement of reasons would be contrary to the interesets of any person affected*». Il terzo permette il rifiuto qualora si possa creare un grave pregiudizio alla *national security*. Si veda K. GOODFELLOW, *Administration under law*, (a JUSTICE booklet), London, 1977, p. 24, 52-53.

scorso sono stati un importante momento storico per la motivazione degli atti amministrativi.

Storicamente il diritto amministrativo nei sistemi di *common law*, ed in particolare nel Regno Unito, ha stentato ad affermarsi. Le ragioni sono solitamente ricondotte alla visione del diritto amministrativo offerta da Albert Venn Dicey nel 1885, in *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, che, coniando il concetto di «*sovereignty of Parliament*», ha permesso a lungo di considerare il diritto inglese un'eccezione rispetto al modello francese di Stato di diritto amministrativo e alle sue variazioni continentali che si andavano affermando⁴⁷⁴. Nonostante la successiva dottrina abbia considerato la lettura offerta da Dicey «*errata*»⁴⁷⁵, nel senso che già all'epoca questa poteva considerarsi non adatta a rappresentare lo stato del diritto amministrativo nel Regno Unito, va rilevato come la stessa si sia dimostrata in grado di influenzare a lungo la visione e lo sviluppo del diritto amministrativo. L'incompatibilità del diritto amministrativo con i principi costituzionali inglesi avrebbe infatti originato «*un'amministrazione senza diritto amministrativo*»⁴⁷⁶.

Le ragioni vanno ricercate nella concezione unitaria della democrazia elaborata dall'autore, dalla quale derivava un «*parliamentary monopoly*»: ogni attività del governo doveva essere sottoposta al parlamento, il quale avrebbe controllato il potere esecutivo, assoggettando l'esercizio di ogni pubblico potere alla funzione legislativa. Facendo leva sulla «*rule of law*» si finiva per riconoscere che non vi fossero poteri discrezionali in capo a soggetti diversi dal Parlamento⁴⁷⁷. È in questo contesto che si va affermando un intricato e complesso sistema di poteri giurisdizionali nati per controllare

⁴⁷⁴ Considerando che a partire dalla fine del XVII secolo il monarca non ha potuto legiferare senza la partecipazione del parlamento, il termine *Parliament* va inteso come «*Commons, Lord and the King acting together*». A.W. HERINGA, P. KIIVER, *Constitutions Compared*, Cambridge, Intersetia, 2012, p. 18.

⁴⁷⁵ «*It was [his] conception of democracy which provided the framework within which to place administrative law. Dicey did not give any extensive attention to this, principally because he misconceived the scope of administrative power which actually existed when he wrote.*» P. CRAIG, *Administrative Law*, London, Sweet & Maxwell, 1989, p. 5. Tra gli autori di diritto italiano si veda M.P. CHITI, *L'influenza dei valori costituzionali sul diritto processuale amministrativo*, in A. PIZZORUSSO, V. VARANO, *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 783.

⁴⁷⁶ G. NAPOLITANO, *Diritto amministrativo comparato*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 20.

⁴⁷⁷ La «*Diceyan rule of law*» può essere definita in termini descrittivi e normativi. In termini descrittivi l'«*ordinary law of the land*» era predominante e regolava comportamenti di soggetti privati e pubblici, i quali non godevano di poteri discrezionali. In termini normativi si assumeva che questo fosse un sistema migliore rispetto a quello francese, dove esisteva un regime di specialità per l'attività della pubblica amministrazione. Si veda P. CRAIG, *Administrative Law*, op. cit., 1989, p. 4.

l'operato dell'amministrazione. L'oggetto del giudizio consisteva nell'accertare che le amministrazioni non avessero ecceduto i compiti (*rectius* poteri) attribuiti dal legislatore, impedendo a queste di regolare aree in cui il legislatore aveva vietato di addentrarsi. Gli stessi giudici, inoltre, si rendevano conto dei limiti del controllo giurisdizionale dell'operato dell'amministrazione: laddove l'autorità non era uscita dalla sfera dei poteri delegati dal Parlamento, questa non aveva intaccato il principio del monopolio parlamentare, pertanto il giudice non avrebbe potuto sostituire le proprie valutazioni a quelle dell'amministrazione⁴⁷⁸, da cui la tradizionale distinzione tra *appeal* e *review*⁴⁷⁹. Questo tipo di approccio, definito «*generalist*», faceva sì che il giudice si limitasse ad esercitare un controllo volto a contenere l'esercizio del potere da parte dell'amministrazione, in funzione della realizzazione e dell'assicurazione del monopolio del Parlamento, attraverso la negazione dell'esistenza di regimi speciali per l'amministrazione. La diretta conseguenza era quella di riconoscere una protezione giudiziaria contro gli atti della pubblica amministrazione soltanto nei casi in cui il ricorrente fosse munito di un «*traditional right*», una situazione giuridica soggettiva inquadabile negli ordinari rapporti tra privati, senza che la qualità di soggetto pubblico potesse in alcun modo rilevare⁴⁸⁰.

Questa concezione rimase un pilastro del diritto amministrativo a lungo. Le cause vanno ricercate nell'importanza del pensiero liberale dell'epoca, fortemente in contrasto con la concezione autoritaria del diritto amministrativo del XIX secolo nei rapporti tra Stato e cittadino, ed allergico ad ogni regime di specialità. Lo stesso Toqueville, spesso citato da Dicey, aveva mosso spesso critiche a profili specifici come la garanzia dei

⁴⁷⁸ Si legge in A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London, Macmillan, 1959, pp. 281-288: «*The courts should be wary of substituting their view for that of the chosen agency, and any judicial limits on the way in which the discretion could be used were justified as applications of statutory intent*».

⁴⁷⁹ L'*appeal* ha ad oggetto anche il merito della decisione, permettendo al giudice di sostituire le proprie valutazioni a quelle dell'amministrazione, può essere fondato su motivi di fatto o motivi di diritto, ma necessita sempre di un fondamento legislativo per essere esercitato. Invece il *review* non ha ad oggetto il merito della decisione, incidendo soltanto su profili di *validity* della stessa. Per il suo esercizio, tuttavia, non si rende necessaria alcuna disposizione di legge, infatti ogni volta che il parlamento delega un potere ad un soggetto, si deve automaticamente riconoscere che vi sia un giudice capace di impedire a detta autorità di agire al di fuori dei limiti posti dal legislatore. P. CRAIG, *Administrative Law*, op. cit., 1989, pp. 6-7.

⁴⁸⁰ Così veniva riconosciuto un accesso alla giustizia essenzialmente nei casi in cui fosse configurabile un diritto derivante da un rapporto contrattuale o da responsabilità extracontrattuale per attività illecita dell'amministrazione. Nessuna protezione giuridica poteva essere offerta ad i partecipanti di un concorso o ad altre situazioni fattuali particolarmente rilevanti per i privati, quali «*social welfare, race relations, sexual equality, licensing and trade regulation*». Si veda P. CRAIG, *Administrative Law*, op. cit., 1989, p 15.

funzionari, senza tuttavia che ciò comportasse in radice il negare l'esistenza del diritto amministrativo⁴⁸¹. Inoltre anche lo studio del diritto amministrativo è rimasto al di fuori dei principali studi di diritto comparato fino a tempi recenti, mentre ben più sviluppati e risalenti erano già all'epoca gli studi di tipo comparato riguardo il diritto privato e quello costituzionale.

Tra la fine del XIX secolo e l'inizio del XX secolo la pubblica amministrazione nel Regno Unito visse un periodo di grandissimo sviluppo. Già nel 1834, a seguito dell'estensione del suffragio, vennero istituiti corpi di ufficiali per vigilare su leggi di carattere sociale, *board* relativi all'applicazione di leggi sui poveri, nonché commissioni preposte alla regolazione di ferrovie e canali navigabili, tuttavia si trattava di gruppi rispondenti direttamente al Parlamento, senza che vi fosse l'intermediazione del potere esecutivo⁴⁸². Alla fine dell'800 l'organizzazione di questi corpi assunse carattere burocratico, per essere imputati a dicasteri responsabili politicamente di fronte al parlamento.

L'inizio del '900 segnò un'espansione dell'intervento pubblico nell'economia. Sono approvati l'*Educational Act* (1902), gli *Old Age Pension Act* (1908), i *National Insurance Acts* (1911), il *Public Housing Act* e l'*Housing Act* (1936), il *Food and Drugs Act* (1938). Il problema diviene quello di garantire ai cittadini una tutela giurisdizionale più incisiva rispetto all'operato della pubblica amministrazione ed in particolare rispetto alla produzione normativa dei suoi dipartimenti centrali, infatti il principio del «*the King can do no wrong*» impediva ancora di riconoscere una tutela per i casi in cui non fosse configurabile un diritto in senso tradizionale. Vennero istituiti i primi *Administrative Tribunals*, i quali, privi di caratteri di indipendenza rispetto all'amministrazione attiva, erano competenti a sindacare le decisioni degli organi amministrativi in pochi e limitati casi⁴⁸³.

⁴⁸¹ J.W.F. ALLISON, *The Law of the Constitution*, Oxford, Oxford University press, 2013, p. 35.

⁴⁸² L'operazione era frutto di una strategia dei *Whip* consistente nell'estendere il suffragio al fine di garantire il diritto di voto a nuovi gruppi di interesse, i quali avrebbero permesso alla *House of Commons* di esercitare un maggiore potere nei confronti del monarca. Dai circa 470.000 aventi diritto di voto si passò a circa 800.000. Si veda B. WHITFIELD, *The Extension of the Franchise, 1832-1931*, Oxford, Heinemann, 2001, pp. 72-73.

⁴⁸³ Alcune correnti più conservatrici inquadravano il nuovo operato dell'amministrazione come despotismo. Pochi autori, tra cui Laski, Robson e Port sostenevano la necessità di riconoscere un diritto amministrativo e le sue forme di tutela. Soprattutto a causa della carenza di un foro amministrativo, tuttavia, la dottrina propendeva per negare l'esistenza di un autonomo sistema di diritto amministrativo, il quale viene considerato ancora come una serie di eccezioni al diritto comune, non capaci di costituire un

A partire dal secondo dopoguerra invece, l'aumento dell'intervento dei poteri pubblici nell'economia va di pari passo con le riforme sulla giustizia amministrativa. Le nazionalizzazioni e la nascita delle *public enterprises* rendono infatti necessaria l'accentuazione del sistema dei controlli sull'operato delle pubbliche amministrazioni. Il *Crown Proceedings Act* del 1947 abroga ogni immunità per gli illeciti commessi dall'amministrazione, il *Law Reform (Limitations of Actions) Act* del 1954 assoggetta l'azione all'ordinario termine di prescrizione piuttosto che al più breve termine di decadenza di sei mesi. La riforma dei *Tribunals* si deve al *Tribunals and Inquiries Act* del 1958, frutto del *Report of the Committee on Administrative Tribunals and Inquiries*, dal quale emergeva la necessità di sganciarli dall'attività dell'amministrazione attiva e di imporre una procedura «*open, fair and impartial*». Questi andavano assumendo carattere più propriamente giustiziale, a causa delle loro caratteristiche di indipendenza, imparzialità, garanzia del contraddittorio, trasparenza, nonché l'imposizione dell'obbligo di motivazione. Se i *Tribunals* potevano esaminare il merito della controversia, le loro decisioni potevano essere oggetto di revisione della parte delle *Courts* per violazione dei loro poteri (*ultra vires*)⁴⁸⁴.

Le riforme della pubblica amministrazione nel Regno Unito proseguono con l'istituzione di un *Parliamentary commissioner for administration* nel 1967, che può essere chiamato a investigare sull'esercizio delle funzioni amministrative in un determinato settore su sollecitazione delle Camere. Nel 1968 il *Fulton Report* tenta di accentuare la professionalizzazione e l'indipendenza dei *civil servants*. Gli anni Sessanta e Settanta vedono inoltre un forte sviluppo dei *quangons* (*quasi non governmental organizations*), soggetti al di fuori della disciplina generale prevista per la pubblica amministrazione, tra questi i *policy oriented tribunals* e le agenzie di regolazione quali: *Monopolies and Mergers Commission* (1965), *Commission on Industrial Relations* (1969), *Civil Aviation Authority* (1972), *Independent Broadcasting Authority* (1972), *National Consumer Council* (1975)⁴⁸⁵.

sistema razionale con una propria filosofia. Si veda G. NAPOLITANO, *Diritto amministrativo comparato*, op. cit., p. 21.

⁴⁸⁴ Tra le altre caratteristiche, J. Farmer evidenzia: «*the ability to make final legally enforceable decisions, subject to review and appeal; independence from any department of government; the holding of a public hearing judicial in nature; the possession of expertise; a requirement to give reasons; and the provisions of appeal to the High Court on points of law*». Si veda M.P. CHITI, *La giustizia nell'amministrazione. Il curioso caso degli Administrative Tribunals britannici*, in <http://www.studiolegalechiti.it>, 2015.

⁴⁸⁵ Si veda G. NAPOLITANO, *Diritto amministrativo comparato*, op. cit., p. 22.

L'appesantimento dell'apparato burocratico della pubblica amministrazione aveva nel frattempo determinato un ripensamento di teoria generale sul diritto amministrativo del Regno Unito, anche da parte della stessa dottrina inglese⁴⁸⁶. Viene rigettato il modello unitario di democrazia proposto da Dicey per abbracciare invece un modello di tipo pluralista⁴⁸⁷. Si contestava che la sovranità fosse indivisibile e che il potere che ne derivava potesse unicamente essere esercitato dallo Stato, veniva quindi riconosciuto un ruolo di primaria importanza ai gruppi di influenza e alla partecipazione di soggetti esterni al Parlamento nel procedimento legislativo. In secondo luogo si osservava che il controllo operato dal Parlamento, tanto nei confronti dell'attività normativa secondaria, quanto in riferimento all'esecuzione di politiche, era più apparente che reale⁴⁸⁸. Da ultimo il corporativismo aveva originato gruppi di interesse in conflitto tra loro, i quali godevano di uno *status* particolare in quanto, da un lato lo stesso governo li considerava idonei a rappresentare i portatori di un interesse di categoria, selezionandoli rispetto a gruppi che non godevano dello stesso riconoscimento, dall'altro, come prezzo per questo riconoscimento, erano assoggettati a controlli sulla loro organizzazione.

Ciò indusse la dottrina a riflettere sul fatto che un potere di tipo pubblico era di fatto esercitato anche da soggetti a cui il Parlamento non aveva delegato alcun potere. Pertanto questi soggetti erano estranei ad ogni forma di controllo, in quanto la funzione giurisdizionale si limitava a quei poteri che erano stati delegati espressamente, mentre non aveva alcun controllo verso quelli che erano impliciti, inoltre l'*accountability* assicurata dal controllo Parlamentare, come visto, era di fatto inesistente. La tecnica

⁴⁸⁶ Alcune voci, tra cui quelle di Laski con *Studies in the Problem of Sovereignty* (1917) e Figgis con *Churces in the Modern State* (1913), erano rimaste sostanzialmente inascoltate. Uno studio fondamentale sulla materia è stato J. GRIFFITH, H. STREET, *Principles of Administrative Law*, London, Stevens, 1957 frutto della raccolta della principale giurisprudenza sul punto fino a quel momento. Il volume venne volutamente ignorato da Giannini nell'introduzione all'opera di Wade in M.S. GIANNINI, *Presentazione a H.W.R. Wade, Administrative Law*, Oxford, 1967. Trattandosi della prima traduzione in italiano di un'opera tanto importante di diritto amministrativo inglese, il risultato è stato quello influire anche sulla dottrina italiana sul punto. Si veda R. SCARCIGLIA, *La motivazione dell'atto amministrativo. Profili ricostruttivi e analisi comparatistica*, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 88-95.

⁴⁸⁷ La dottrina inglese ha fatto leva sulla inadeguatezza della concezione unitaria della democrazia, risalente ad Hobbes, a rappresentare il reale stato del paese. Principalmente la nozione era stata elaborata sul presupposto che riconoscere una cessione di sovranità a gruppi od associazioni diversi dallo Stato avrebbe potuto comportare una rottura dell'assetto democratico. Ciò non ha tuttavia impedito il verificarsi della guerra civile inglese (1642-1651). Si veda P.P. CRAIG, *Administrative Law*, op. cit., p. 16.

⁴⁸⁸ Le ragioni vengono ricercate nella necessità per il Parlamento di occuparsi di questioni più importanti e dunque lo scarso tempo a disposizione, nonché nel fatto che lo stesso potere esecutivo aveva ormai un ruolo di primo piano nel procedimento legislativo. Si veda I. HARDEN, N. LEWIS, *The Noble Lie: The British Constitution and the Rule of Law*, London, Hutchinson, 1986, pp. 47 ss.

tradizionale di riconoscere un controllo tramite il diritto di voto era pertanto insufficiente.

La soluzione proposta è quella di allargare le maglie del procedimento riconoscendo un diritto alla partecipazione, il quale induce a riflessioni ulteriori: «*how formal should the participatory be? How do we define the nature of an “interest” which is entitled to be represented? And how do we prevent the more powerful groups dominating any such consultative process which we have established?*»⁴⁸⁹. Si tratta di domande a cui oggi risponde pienamente, nel diritto italiano, la legge sul procedimento amministrativo, ma prima ancora sono state oggetto di dibattito dottrinale e pronunce giurisprudenziali. Sarebbe pertanto falso affermare che il diritto inglese non si sia trovato ad affrontare problemi analoghi a quelli delle esperienze continentali di *droit administratif*, la cui inconfigurabilità nel diritto inglese era stata a lungo decantata⁴⁹⁰.

Anche il ruolo del giudice cambia. Se rimane valido l'assunto che un determinato compito è stato assegnato ad un'agenzia, allora il giudice non potrà sindacare la decisione sostituendo le proprie valutazioni a quelle dell'agenzia, tuttavia è possibile estendere il controllo operato al rispetto del diritto alla partecipazione, da cui discende che l'autorità procedente sarà obbligata a prendere in seria considerazione e valutare gli interventi di coloro che hanno un diritto a partecipare⁴⁹¹.

Peraltro questa impostazione pone una serie di problemi sconosciuti rispetto al modello precedente, in particolar modo rispetto alla determinazione di coloro i quali devono essere assoggettati al controllo giurisdizionale e più in generale a coloro che appartengono alla pubblica amministrazione. Se prima il controllo era esercitato verso i titolari di poteri delegati tassativamente ed espressamente dal Parlamento, ora si estende

⁴⁸⁹ Non è qui possibile dar conto completamente del panorama delle soluzioni adottate. Per la formalità del procedimento la dottrina prende in considerazione sia l'idea di un modello di *trial* che ricalchi quello del processo, sia un modello di *notice and comment* americano. Per il riconoscimento di quegli interessi che dovrebbe considerarsi tali da essere introdotti nel procedimento si dovrebbe distinguere caso per caso, anche sulla base del tipo di procedimento, senza che vi sia un criterio generale idoneo ad identificarli. Per l'ultimo problema le soluzioni sono più elaborate ed in buona parte di natura politica: *financial aids, external controls*. Si veda P.P. CRAIG, *Administrative Law*, op. cit., pp. 21-22.

⁴⁹⁰ La più avveduta dottrina straniera aveva già segnalato da tempo profili di analogia rispetto al diritto amministrativo continentale. Tra gli americani F.J. GOODNOW, E.M. PARKER, F. FRANKFURTER, J.W. GARNER. In Italia i principali studi si devono a S. CASSESE e M.P. CHITI.

⁴⁹¹ «*The courts should play a role in forcing the agency to be more thorough in its reasoning process, and in ensuring that the views of interested parties are adequately considered*» in P.P. CRAIG, *Administrative Law*, op. cit., p. 28.

ad una serie di soggetti indeterminati ed in parte indeterminabili, attraverso una valutazione che il giudice è portato ad operare caso per caso⁴⁹².

Il periodo che va dal 1977 al 1981 è stato considerato il grande periodo di riforme della giustizia amministrativa. Viene introdotta una specifica procedura, l'*application for judicial review*, riservata alle materie di *public law* e successivamente affidata ad un giudice apposito attraverso l'*Order 53*, seguito dalla riforma della *section 31* del *Supreme Court Act* del 1981⁴⁹³. La procedura permette alla parte che voglia agire di specificare il rimedio che richiede (tra i *prerogative remedies*: *certiorari*, *mandamus*, e *prohibition*, tra gli *equitable remedies*: *injunction* e *declaration*)⁴⁹⁴ attraverso un'unica procedura che si compone di una doppia fase: prima è necessaria un'*application for permission* che funge da filtro rispetto a cui segue il *full hearing*.

Il riconoscimento dell'esistenza di *public rights*, che avrebbero permesso di utilizzare una procedura particolare, e l'attribuzione della competenza ad un giudice speciale, hanno segnato il definitivo superamento dell'isolamento britannico rispetto al diritto amministrativo: ora l'amministrazione ha anche un proprio diritto.

Il caso *O'reilly v Mackman*⁴⁹⁵, che la dottrina più attenta ha addirittura qualificato come il caso *Blanco* inglese⁴⁹⁶, segna il riconoscimento anche giurisprudenziale del

⁴⁹² «The consequences which follow from this realisation are less easy to predict. We may well drop the restrictive requirement that a body must derive its authority from a statute before the public law remedies can "bite". Where should we go from there is however less clear.» in P.P. CRAIG, *Administrative Law*, op. cit., p. 28.

⁴⁹³ Nel 1969 la *Law Commission* raccomandò al *Lord Chancellor* di istituire una *Royal Commission* per dare coerenza ad una vasta serie di questioni di diritto amministrativo; il *Lord Chancellor* attribuì invece alla *Law Commission* soltanto il compito di rivedere la procedura giurisdizionale. Nel 1977 seguì l'adozione dell'*Order 53*, che attribuiva competenza al *Queen's Bench Division of the High Court* su diverse questioni giurisdizionali. A seguito della riforma del 2000, ora vi è una *Administrative Court*. Si veda P. LEYLAND, G. ANTHONY, *Textbook on Administrative Law*, Oxford, Oxford University press, 2015, pp. 191-194.

⁴⁹⁴ Con il *certiorari*, oggi *quashing order*, si richiede l'annullamento di una decisione *ultra vires*. Il *mandamus*, oggi *mandatory order*, permette di richiedere la condanna dell'amministrazione ad adempiere ad un dovere che deriva dalla legge. La *prohibition*, oggi *prohibiting order*, permette di impedire per il futuro all'autorità di tenere comportamenti in contrasto con la legge. Tra gli *equitable remedies* l'*injunction* era usata essenzialmente in sostituzione della *prohibition*, in quanto non era assoggettata alle stesse regole tecniche e pertanto era più facile da ottenere. Lo strumento comunque di maggior uso nel diritto amministrativo si è invece rilevato essere la *declaration*, a causa della sua flessibilità. Senza modificare la situazione giuridica delle parti permette di confermare la loro posizione riconoscendo l'esistenza e la sostanza dei rispettivi diritti e responsabilità. È particolarmente utile quando la corte non ritiene di poter emanare un *quashing order* su un atto *ultra vires*, in quanto potrebbe essere essenziale per il corretto funzionamento di una pubblica amministrazione, limitandosi invece a dichiarare il contrasto con la legge e lasciando il governo libero di adottare le modifiche necessarie. Ricalca in parte la natura dell'azione di accertamento italiana. Si veda P. LEYLAND, G. ANTHONY, *Textbook on Administrative Law*, Oxford, Oxford University press, 2015, pp. 192-193.

⁴⁹⁵ *House of Lords, O'Reilly v Mackman* (1982) ALL. E.R., 1124.

diritto amministrativo, come contrapposto al diritto comune. Nel caso di specie dei detenuti di un carcere hanno ritenuto che il *Board of Visitors* avrebbe agito illegittimamente nell'imporre delle sanzioni di natura disciplinare, impedendo la loro remissione per buona condotta. La procedura esperita è tuttavia quella ordinaria piuttosto che quella dell'*Order 53*. L'*House of Lords*, chiamata a dirimere la controversia, innanzitutto si trova costretta a rilevare che la situazione giuridica corrispondente alla remissione della condanna è una forma di *indulgence*, rispetto alla quale il detenuto non vanta alcun *private law right*. In secondo luogo, in caso di controversia concernente tanto un *private law right* quanto un *public right*, sarà il secondo a dover essere considerato prioritario rispetto al primo, richiedendo di esperire la procedura del *judicial review*⁴⁹⁷.

Il neo-nato diritto amministrativo inglese si è immediatamente trovato a vivere un periodo difficile a causa del *New Public Management* tatcheriano, eppure le considerazioni degli studiosi dell'epoca, secondo i quali «*administrative law will go the way of the dinosaur: eradicated by the chilly climate of economic rationalism or the meteorities of the New Public Management*», si sono dimostrate in buona parte false. È vero che le principali imprese nazionalizzate nel Novecento vengono dismesse, ma la persistenza di regimi monopolistici e la necessità di assicurare prestazioni universali trovano un punto di riferimento nel modello delle autorità di regolazione statunitensi. Lo sviluppo e l'espansione del diritto pubblico vengono pertanto assicurati dall'attività di regolazione delle *agencies* sorte dalla privatizzazione delle *public corporations*, nonché dall'affidamento a soggetti terzi di compiti su base convenzionale⁴⁹⁸.

⁴⁹⁶ Si veda S. CASSESE, *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 97.

⁴⁹⁷ Rispetto al rapporto tra le procedure la giurisprudenza inglese ha avuto degli andamenti ondivaghi, i quali hanno rappresentato in buona parte la versione inglese del problema italiano del riparto della giurisdizione, anch'essa fondata sull'individuazione della situazione giuridica soggettiva. Nel caso *O'Reilly v Mackman* si ammette comunque che sia necessario utilizzare la procedura ordinaria quando la questione della validità di una decisione deriva come questione collaterale rispetto ad un processo in cui si faccia questione di un *private right*. A partire dal caso *Roy -v- Kensington & Chelsea and Westminster Family Practitioner Committee* [1992] 1 AC 624 si è iniziato a preferire un *broad approach*, al fine di incoraggiare la flessibilità: quando una questione può essere affrontata tramite il *judicial review*, ma esiste anche un rapporto di natura contrattuale, si tende ad ammettere l'esperimento di entrambe le procedure. Oggi la questione è regolata dal *Part 54 Civil Procedure Rules* che vieta di sollevare questioni di diritto pubblico con strumenti diversi dal *judicial review* esclusivamente quando ciò costituisca abuso del processo. Si veda M. FORDHAM, *Judicial Review Handbook*, Oxford, Hart Publishing, 2004, p. 571.

⁴⁹⁸ Risalgono a questo periodo: *Offices of Gas Supply (Ofgas)*, *Electricity Regulation (Offer)*, *Water Services (Ofwat)*, *Telecommunications (Oftel)*. In generale, si veda G. NAPOLITANO, *Diritto amministrativo comparato*, op. cit., p. 23.

Più recentemente diverse riforme si sono incentrate sui *Tribunals* ed in generale sul sistema della giustizia amministrativa, il quale, grazie all'introduzione del *National Tribunals Service* nel 2006, sembra essere divenuto un «*coherent system of administrative justice on a scale comparable to droit administratif under the Conseil d'Etat*»⁴⁹⁹. Il principio che ha mosso il *Leggatt Report* è stato quello di garantire l'indipendenza dei *Tribunals*, realizzando la separazione dei poteri esecutivo e giurisdizionale⁵⁰⁰: gli *Administrative Tribunals* «sono formalmente e sostanzialmente usciti dal sistema amministrativo britannico, divenendo parte di quello che usualmente si definisce il *machinery of justice*; ovvero del sistema giustiziale, meglio definibile come *machinery of adjudication*»⁵⁰¹.

Il *Tribunals Courts and Enforcement Act* del 2007, principale risultato del rapporto, ha istituito un *Administrative Justice and Tribunal Council (AJTC)*, «*to keep under review the whole administrative justice system with a view to making it accessible fair and efficient*»⁵⁰². Il risultato è stato quello di razionalizzare la distribuzione dei *Tribunals* che sono stati ricondotti a due nuovi organismi, il *First Tier Tribunal* e l'*Upper Tribunal*⁵⁰³. Il *Tribunal* in appello normalmente considera questioni di diritto, mentre non riesamina questioni di fatto. Soltanto l'*Upper Tribunal* in grado d'appello è inoltre in grado di determinare precedenti che vincolano il giudice di grado inferiore,

⁴⁹⁹ P. LEYLAND, G. ANTHONY, *Textbook on Administrative Law*, op. cit., p. 156.

⁵⁰⁰ Leggatt riteneva necessaria una separazione tra i ministri e le altre autorità le cui politiche e decisioni era contestate di fronte ai *tribunals*, e i ministri con il compito di nominarne i componenti. Il *Ministry of Justice* diviene pertanto competente per l'amministrazione dei *Tribunals*, in quanto parte del *Tribunal Service* unificato, ed il *Lord Chancellor/Secretary of State for Justice* è responsabile di fronte al Parlamento. L'ordinaria amministrazione è di competenza di un *chief executive* appositamente nominato. Nasce inoltre la figura del *Senior President of Tribunals*, che, nominato direttamente dal *Lord Chancellor*, ha sia il compito di presiedere i *Tribunals*, sia un potere di rappresentanza dei membri dei *Tribunals* nei confronti del *Lord Chancellor*, il Parlamento e gli altri ministri. Da ultimo, le linee di comunicazione tra i *Tribunals* e i dipartimenti amministrativi che hanno adottato le decisioni contestate sono state tagliate tramite un sistema di accentramento burocratico. Si veda P. LEYLAND, G. ANTHONY, *Textbook on Administrative Law*, op. cit., p. 162.

⁵⁰¹ Si veda M.P. CHITI, *La giustizia nell'amministrazione. Il curioso caso degli Administrative Tribunals britannici*, op. cit.

⁵⁰² L'AJTC ha assunto le funzioni che il *Frank Report* aveva attribuito al *Council on Tribunals*, il quale rendeva conto direttamente al Parlamento e aveva il compito di coordinamento e della promozione della *good practice* attraverso la redazione delle regole procedurali per l'accesso ai *Tribunals*. A seguito della *spending review* che ha seguito le elezioni del 2010, l'AJTC è stato identificato come uno dei *quangons* da eliminare al fine della riduzione della spesa, è stato pertanto abolito con il *Public Bodies Act* del 2011, cessando le sue funzioni ufficialmente il 19 agosto 2013. Si veda P. LEYLAND, G. ANTHONY, *Textbook on Administrative Law*, op. cit., p. 167.

⁵⁰³ Non tutti i precedenti *Tribunals* sono comunque stati ricondotti a questo sistema, pertanto vi sono ancora sia *Tribunals* esclusi dal *National Tribunal Service*, sia *Tribunals* che sono ricompresi nel NTS ma che non sono confluiti nel *First Tier Tribunal*.

peraltro sono necessarie una serie di condizioni affinché questo sia munito di giurisdizione in grado d'appello, tra cui il fatto che sia presieduto da un giudice della *High Court* o della *Appeal Court*. L'appello proposto contro l'*Upper Tribunal* può infatti essere proposto su un punto di diritto ad una specifica *Court of Appeal*, piuttosto che alla *High Court* come accadeva in passato⁵⁰⁴. Rimane peraltro esperibile anche l'*application for judicial review*, subordinata, tuttavia, ad una serie di requisiti piuttosto stringenti. In particolare non viene solitamente considerata ammissibile nei casi in cui vi sia un altro rimedio esperibile, tra cui proprio l'appello⁵⁰⁵.

Alcune caratteristiche rimangono comunque proprie dei *Tribunals*. In primo luogo la facilità di accesso. Sono infatti previsti dei costi d'accesso ridotti rispetto a quelli delle *Courts*, inoltre l'approccio seguito tende a rifiutare rigide formalità, compresa l'adozione di un codice di procedura, per favorire la possibilità delle parti di difendersi personalmente in giudizio⁵⁰⁶. In secondo luogo l'approccio flessibile dei *Tribunals* si contrappone a quello formale delle *Courts*, pertanto la regola del precedente, uno degli elementi fondanti della giurisprudenza nei sistemi di *common law*, si ritiene inapplicabile, in quanto si tende ad evitare un eccessivo «*legalism*». In terzo luogo si ritiene che non sia presente il carattere avversario del processo instaurato di fronte alle *Courts*, mentre se ne riconosce più propriamente carattere inquisitorio. Da ultimo, il fatto che i giudici sono un gruppo di esperti che hanno familiarità con il caso o la materia, di cui i giuristi compongono una parte residuale⁵⁰⁷.

⁵⁰⁴ Dal complesso della riforma si ritiene che i *Tribunals* offrano «*tutela quasi giudiziale [...] sostanzialmente primo grado del machinery of adjudication*» in M.P. CHITI, *La giustizia nell'amministrazione. Il curioso caso degli Administrative Tribunals britannici*, op. cit.

⁵⁰⁵ Nel caso *R (Cart) v Upper Tribunal* [2011] UKSC, 28, la *Supreme Court* è stata investita della questione di definire se le decisioni dell'*Upper Tribunal* dovessero essere soggette a *judicial review*, in quanto era opinione del Governo che, «*as a superior court of record, the Upper Tribunal should be immune from review*». Al contrario invece, la Corte ha sostenuto che pur non dovendo ordinariamente essere assoggettate ad un successivo controllo giurisdizionale, il *judicial review* va ritenuto ammissibile se «*a case raises important point(s) of principle or practice, or there is some other compelling reason for judicial review*». Ad esempio la giurisprudenza ritiene ammissibile la *judicial review* in funzione di salvaguardia quando degli interessi individuali fondamentali possono essere lesi, come in materia di immigrazione. Si veda P. LEYLAND, G. ANTHONY, *Textbook on Administrative Law*, op. cit., p. 168.

⁵⁰⁶ Già nel *Frank Report* del 1957 si legge «*we do not think it would be appropriate to rely upon either a single code or a small number of codes*», in Frank Committee on Tribunals and Enquiries, 1957, Cmnd 218, par. 63.

⁵⁰⁷ Ciò ha contribuito in passato a negare l'esistenza del diritto amministrativo, sul presupposto anche i *Tribunals* non decidessero sulla base di alcun diritto: un giudice senza diritto. Si veda P. LEYLAND, G. ANTHONY, *Textbook on Administrative Law*, op. cit., p. 160.

IV. 2. Obblighi di motivazione speciali.

Alcune disposizioni di legge prevedono espressamente un obbligo di motivazione in capo a determinati soggetti o per determinati motivi. Quando uno *statement of reasons* è richiesto dalla legge il *common law* non necessariamente attribuisce alla previsione carattere *mandatory*, considerando la motivazione come oggetto di specifico obbligo la cui carenza è in grado di invalidare l'atto. A volte la previsione viene considerata come *directory*, si tratta di un costrutto permissivo che impone all'autorità di realizzare la volontà del legislatore attraverso la motivazione, ma questa rimane comunque libera di evitare di motivare quando nessun diritto o beneficio può essere ottenuto⁵⁰⁸.

Per quanto concerne gli orientamenti giurisprudenziali sulla mancanza della motivazione, quanto imposta da uno *statue*, è la stessa dottrina a rilevare come gli approcci seguiti dalla giurisprudenza siano i più vari, sostenendo addirittura una vera e propria «*inconsistency*», ed auspicano in una soluzione unitaria dalla *Supreme Court of the United Kingdom*⁵⁰⁹.

Si darà spazio più a vanti ad una valutazione più accurata (si veda par. IV. 7.). Già da ora sembra opportuno chiarire che recentemente tendono a prevalere casi in cui la dichiarata assenza della motivazione, o la sua incompatibilità con le previsioni degli *statues*, permette di ritenere l'atto illegittimo (*unlawful*). Pertanto attraverso l'*appeal*, quando previsto dalla legge, o la procedura di *judicial review* può essere dichiarata l'invalidità dell'atto (*quashed*) o ottenuto un risarcimento del danno cagionato. L'atto invalido va considerato radicalmente nullo (*void*), in quanto è espressione di un potere esercitato al di fuori di quelli delegati da parte del *Parliament* (*ultra vires*). Pertanto va considerata come avente «*no legal effect at all*» e mai avvenuto (*void ab initio*)⁵¹⁰.

⁵⁰⁸ Per la distinzione tra *mandatory* e *directory* si rimanda alla definizione *Shall*, *Black's Law Dictionary*, 2014.

⁵⁰⁹ S.H. BAILEY, *Cases, Materials and Commentary on Administrative Law*, London, Sweet & Maxwell, 2005, p. 849.

⁵¹⁰ Nel passato era più marcata la distinzione tra un atto nullo (*void*) o meramente annullabile (*voidable*). In particolare si sosteneva che il primo caso riguardasse l'esercizio di un potere che non era stato delegato (*ultra vires*), mentre il secondo riguardasse casi di poteri effettivamente delegati ad un soggetto, ma non correttamente esercitati (*intra vires*). Successivamente la giurisprudenza ha ricondotto l'*error of law* nella prima categoria e nel noto caso *Anisminic* ha dichiarato: «*by extending the doctrine of ultra vires so as to embrace any error of law and render the decision a nullity, made obsolete the historic distinction between errors of law on the face of the record and other errors of law [...] Thus, today, the old*

Senza pretesa di esaustività riguardo la vasta quantità di *statues* che regolano specifici obblighi, si vuole ora passare ad analizzare la disciplina dei principali obblighi di motivazione imposti nel diritto amministrativo. Questi sono stati scelti per due ragioni. La prima è che hanno un vasto ambito applicativo, pertanto pur non potendo essere qualificati come obblighi generali, comprendono comunque una quantità elevata di atti. La seconda è che avendo originato la maggior quantità di casi in cui si è discusso dell'obbligo di motivazione, hanno permesso alla giurisprudenza di affinare quegli strumenti sul controllo della motivazione, i quali sono poi stati utilizzati anche in casi di mancata imposizione di un obbligo espresso.

IV. 2.1. I *Tribunals*.

Uno dei principali nodi da risolvere nella storia dei *Tribunals* è stato quello della loro qualificazione giuridica, oscillando, a causa delle loro peculiari caratteristiche, tra due opposti: una funzione di amministrazione attiva da un lato e una funzione giurisdizionale dall'altro. La questione è di particolare interesse per lo studio proposto, in quanto il problema della qualificazione dei *Tribunals*, e delle regole a cui sono assoggettati per le decisioni, ha originato i primi spunti di discussione sulla questione della motivazione nel diritto amministrativo inglese.

Viene evidenziata nel *Report of the Committee on Administrative Tribunals and Inquiries (Frank Report)* del 1958 la necessità di riformare i *Tribunals* escludendoli dal sistema dell'amministrazione attiva per avvicinarli alla funzione giurisdizionale, più specificatamente si sostiene che «*Tribunals are an adjudicating, rather than administrative, body*»⁵¹¹. Il risultato è, tra l'altro, quello dell'imposizione di generale

distinction between void and voidable acts [...] no longer applies». Si veda H.W.R. WADE, C.F. FORSYTH, *Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 255.

⁵¹¹ *Frank Committee on Tribunals and Enquiries*, 1957, Cmnd 218. Il *report* aveva uno specifico *background*, l'istituzione del *Frank Committee* si deve infatti al *Crichel Down affair* del 1954. Il caso concerne un terreno di 725 acri a Crichel Down, espropriato al Barone Alington nel 1938 corrispondendo un'indennità irrisoria, per essere concesso all'*Air Ministry* per esercitazioni militari. Nel 1941 Winston Churchill in persona promise pubblicamente che al termine della guerra il terreno sarebbe stato restituito al precedente proprietario, in quanto non più necessario a fini bellici. Al contrario, entrò a far parte del patrimonio del *Ministry of Agriculture*, il quale ne aumentò il valore attraverso una serie di opere, prima di concederlo in locazione ad un prezzo eccessivo per il precedente proprietario. La questione sollevò una *public inquiry* per la cui soluzione venne istituito il *Frank Committee* e che in ultima analisi comportò le dimissioni del Ministro responsabile. Si tratta di un precedente fondamentale per la dottrina sulla

obbligo di motivazione sulle decisioni dei *Tribunals* imposto dal *Tribunals and Inquiries Act* del 1958, successivamente modificato nel 1971 e nel 1992.

L'imposizione di un obbligo di motivazione era una novità nel panorama legislativo del diritto amministrativo. La più recente formulazione è quella prevista nel par. 10 (*Reasons to be given for decisions of tribunals and Ministers*) del *Tribunals and Inquiries Act* del 1992: “*Subject to the provisions of this section and of section 14, where — (a) any tribunal specified in Schedule 1 gives any decision, [...] it shall be the duty of the tribunal [...] to furnish a statement, either written or oral, of the reasons for the decision if requested, on or before the giving or notification of the decision, to state the reasons*”.

La disposizione trova una spiegazione nella volontà di avvicinare il regime dei *Tribunals* a quello degli organi giurisdizionali, infatti, come rilevato precedentemente (si veda *supra* par. I.3.), la motivazione della sentenza in molti ordinamenti tende ad avere uno *status* giuridico più rilevante rispetto a quello degli atti amministrativi, mentre i ricorsi amministrativi, quando inquadrabili nell'esercizio di una funzione giustiziale tendono a trovarsi a metà strada tra l'attività di amministrazione attiva e la funzione giurisdizionale⁵¹².

Come ricordato nel precedente paragrafo è soltanto dal 2007, con il *Tribunals, Courts and Enforcement Act*, che si è realizzata un vero e proprio passaggio dal sistema di amministrazione attiva a quello «*giustiziale, meglio definibile come machinery of adjudication*»⁵¹³. Ciò permette di affermare che a lungo vi è stato un formale obbligo di motivazione per questi specifici organismi di diritto amministrativo, prima che venissero catturati dalla funzione di aggiudicatrice.

L'assunto è tutt'ora valido se si considera che il *Tribunals, Court and Enforcement Act* del 2007, che ha soltanto parzialmente abrogato le previsioni del

responsabilità ministeriale e della *green light doctrine*. Si veda C. HARLOW, R. RAWLINGS, *Law and Administration*, Cambridge, Cambridge University press, 2009, p. 76.

⁵¹² Si pensi, a titolo di esempio, al ricorso gerarchico nel diritto italiano, come disciplinato dal d.p.r. n. 119/1971, che all'art. 5 individua i possibili contenuti della decisione. In passato si era a lungo discusso della possibilità di configurare il ricorso gerarchico semplicemente come uno strumento volto ad ottenere un nuovo esercizio di poteri di amministrazione attiva, «*in questa logica, il carattere giustiziale del ricorso si sarebbe esaurito nel trasferimento della competenza all'autorità di secondo grado e nella costituzione, a carico, di essa, di un dovere di decisione.*» Oggi questa logica è superata, tuttavia si ritiene che non vengano meno i poteri di amministrazione attiva di cui l'amministrazione decidente è munita. Si veda. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2014, pp. 152-153.

⁵¹³ M.P. CHITI, *La giustizia nell'amministrazione. Il curioso caso degli Administrative Tribunals britannici*, op. cit.

precedente *Tribunal and Inquiries Act* del 1992, non prevede alcun generale obbligo di motivazione per i *Tribunals*, ma ciò soltanto in quanto si ritiene si tratti di un presupposto assodato⁵¹⁴. Pertanto anche la giurisprudenza sul punto ha continuato a sostenere posizioni non dissimili da quelle assunte sulla base del precedente *statue*.

L'imposizione della motivazione ai *Tribunals* è più recentemente stata oggetto di sviluppo anche a causa dell'influenza del diritto dell'Unione Europea e quello internazionale. In particolare è risultata di vitale importanza la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), recepita nel diritto interno con il *Human Right Act* del 1998⁵¹⁵. L'art. 6 della CEDU ribadisce infatti il diritto ad un processo equo⁵¹⁶. Nonostante i *Tribunals* siano qualificabili come soggetti pubblici, ed in quanto tali assoggettati alla disciplina della CEDU, è dubbio che il diritto ad un processo equo si applichi direttamente a questi per due ordini di motivi. Il primo è che trova applicazione soltanto per controversia concernenti “*diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale*”, dalle quali dovrebbero essere escluse buona parte delle controversie concernenti *public law rights*⁵¹⁷. Il secondo è che, qualora la decisione sia emanata in un procedimento non soddisfacente i requisiti dell'art. 6 della CEDU, è sufficiente che la decisione possa essere assoggettata ad un controllo a posteriori da parte di un organo giurisdizionale avente cognizione

⁵¹⁴ In questo senso T. ENDICOTT, *Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 457.

⁵¹⁵ La concezione della sovranità parlamentare nel diritto inglese comporta la necessità di considerare i rapporti tra diritto internazionale e diritto interno nel senso di un rapporto dualista. Pertanto si è reso necessario uno *statue* per recepire internamente le disposizioni della Carta. Di più, le *courts*, alle quali non è ammesso alcun controllo sulla compatibilità degli *statues* con la Costituzione, non possono applicare direttamente le previsioni della CEDU in caso di contrasto con la legislazione. Lo *Human Rights Act* ha pertanto previsto un sistema che consente, qualora non sia possibile dar luogo ad un'interpretazione conforme, una dichiarazione di incompatibilità, la quale determina un meccanismo accelerato per l'adozione di uno *statue* per risolvere la questione. Il Parlamento non è comunque tenuto a recepire la disposizione, inoltre questo potere non è concesso ai *Tribunals*. Si veda A.W. HERINGA, P. KIIVER, *Constitutions Compared*, Cambridge, Intersetia, 2012, p. 178.

⁵¹⁶ L'art. 6 (1) dispone “*Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia.*”.

⁵¹⁷ Anche se si sono registrati spesso casi di interpretazione estensiva di queste nozioni. Si pensi al caso *Corte europea dei diritti dell'uomo, 27 settembre 2011, caso 43509/08, Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia*, riguardo l'applicazione di una sanzione per una intesa restrittiva della concorrenza. Si veda M. ALLENA, *Art. 6 CEDU: nuovi orizzonti per il diritto amministrativo nazionale*, in www.ius-publicum.com, 2014.

piena⁵¹⁸. Peraltro dall'art. 6 della CEDU non discende automaticamente un obbligo generale di motivazione⁵¹⁹.

Ciò tuttavia non ha precluso alla dottrina e la giurisprudenza di considerare l'obbligo di motivazione come un «*essential element in promoting public confidence in the system that the parties affected by administrative decision-making should understand why they have won or lost*»⁵²⁰. Si può anzi affermare che proprio la CEDU, insieme all'integrazione dei vari sistemi amministrativi nazionali in vista dell'adesione all'Unione Europea, abbia indotto a sviluppare alcune tra le maggiori riflessioni sulla necessità in un obbligo di motivazione dell'atto amministrativo, conformemente a quella concezione che vede gli ordinamenti amministrativi nazionali aprirsi lateralmente rispetto ad un diritto sovraordinato⁵²¹.

Ciò ha indotto il *Council of the Tribunals*, il quale aveva il potere di imporre delle regole procedurali ai *Tribunals*, ad adottare una *Guide to Drafting* nel 2003. La *rule 76* (2) richiede che: “*a Decision of the Tribunal [...] whether there has been a hearing or not, must be recorded as soon as possible in a document which, save in the case of a decision by consent, must also contain a statement of the reasons in full summary form for the decision*”. Il *Council of the Tribunals* ha infatti ribadito che la motivazione deve essere necessariamente resa alle parti, tanto che la decisione sia resa per iscritto quanto che avvenga oralmente⁵²².

Nella spiegazione concernente le ragioni della disposizione si fa proprio riferimento all'art. 6 della CEDU, oggetto di controversia nel caso *English v Emery Reinbold and Strick Ltd*⁵²³. La Corte di appello spiega lo scopo della previsione della

⁵¹⁸ Il quale è solitamente l'*Upper Tribunal* rispetto a quelli confluiti nel *First Tier Tribunal*. In ogni caso rimane salva la *judicial review*. Si veda P. LEYLAND, G. ANTHONY, *Textbook on Administrative Law*, op. cit., p. 168.

⁵¹⁹ L'art. 6(3) prevede: “(a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico; (b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa; (c) difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia; (d) esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico; (e) farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza.”.

⁵²⁰ P. LEYLAND, G. ANTHONY, *Textbook on Administrative Law*, op. cit., p. 161.

⁵²¹ È la prospettiva elaborata da S. CASSESE, *Il diritto amministrativo: studi e prospettive*, Milano, Giuffrè, 2010.

⁵²² Più approfonditamente, per i rapporti tra la CEDU e la procedura interna, si veda D. FELDMAN, *English public law*, Oxford, Oxford University press, 2009, p. 828 ss.

⁵²³ *English v Emery Reinbold and Strick Ltd* [2002] EWCA Civ 605.

CEDU riguardo la motivazione: “*Where a judicial decision affected the substantive rights of the parties, Strasbourg law required that the decision be reasoned. In contrast some judicial decisions did not require that the parties should be informed of the reasoning underlying them: for example, interlocutory case management decisions. Furthermore ... there were circumstances where the reasoning would be implicit from the decision itself so that it did not need to be set out by the judge*”, segue dichiarando che nel *common law* il principio da seguire riguardo la motivazione è che deve risultare “*apparent to the parties why one party had won and one had lost*”.

La nuova *Tribunal Procedure* impone soltanto all’*Upper Tribunal* di motivare le proprie decisioni⁵²⁴, tuttavia, visto il forte sviluppo dovuto alla precedente elaborazione giurisprudenziale si può ritenere che l’obbligo di motivazione sia ancora valido anche per il *First Tier Tribunal* e gli altri *Tribunals*⁵²⁵.

Per quanto concerne un’analisi delle previsioni legislative, la giurisprudenza ha spesso interpretato in maniera estensiva le poche previsioni previste dagli *statutes*, rendendo scarsamente significativa un’accurata analisi testuale. Sembra pertanto utile dar conto soltanto delle disposizioni più significative.

Il *par. 1* del *Tribunals and Inquiries Act 1992* dispone che la motivazione può essere rilasciata oralmente o per iscritto, senza imporre alcuna specifica regola sulla forma. Richiede che la motivazione debba essere richiesta dall’interessato “*on or before the giving or notification of the decision*”, tuttavia la giurisprudenza ha sostenuto che a «*more elastic meaning must be given to the word "on "*», ammettendo che possa essere richiesta «*at the same time as the decree or within a reasonable time afterwards*»⁵²⁶. Inoltre il successivo *par. 6* dispone che, quando rilasciata, la motivazione «*shall be taken to form part of the decision and accordingly to be incorporated in the record*». La disposizione assolve chiaramente ad una funzione di trasparenza, tuttavia sembra in pieno contrasto con precedente previsione che ammette la motivazione in forma orale. Si tende a riconoscere pertanto che anche quando rilasciata oralmente debba poi essere trascritta. In ogni caso le regole di procedura elaborate dal *Council on Tribunals* hanno

⁵²⁴ Rule 40 (3): “*The Upper Tribunal must provide written reasons for its decision with a decision notice [...] unless— (a) the decision was made with the consent of the parties; or (b) the parties have consented to the Upper Tribunal not giving written reasons.*”

⁵²⁵ L’opinione è sostenuta da H.W.R. WADE, C.F. FORSYTH, *Administrative Law*, op. cit., p. 792.

⁵²⁶ *Arthur Malcolm Lloyd vs Kathleen Lloyd on 10 May, 1921*, la quale richiama *Scott v. Scott (1921) P. 107*. In alcuni dei casi richiamati la giurisprudenza ha ritenuto ammissibile la richiesta 18 mesi dopo la decisione, in quanto è necessario tenere conto di tutte le circostanze del caso.

spinto in passato per l'obbligatorietà della decisione senza alcuna necessaria richiesta da parte dell'interessato⁵²⁷.

Rispetto all'obbligo sono previste una serie di eccezioni. Il *par. 2* dispone che la motivazione può essere rifiutata «*on grounds of national security*». Il *par. 3* esclude l'obbligo quanto la richiesta è effettuata da una persona «*not primarily concerned with the decision*» e quando la motivazione è «*contrary to the interests of any person primarily concerned*».

Ancora, un generale regime di esclusione, previsto dal *par. 5*, concerne tutte le altre previsioni speciali di legge che regolano l'obbligo di motivazione di specifici *Tribunal*, tra cui quello previsto dal *Mental Health Act* del 1959 per i *Mental Health Review Tribunals*, i quali possono evitare di fornire una motivazione quando questa potrebbe essere in contrasto con gli interessi del paziente⁵²⁸.

In molti casi, comunque, la giurisprudenza ha evitato di interpretare letteralmente il *Tribunal and Inquiries Act*, ad esempio, riconoscendo un obbligo di motivazione anche per *Tribunals* estranei al suo ambito applicativo e per i quali non esisteva dunque nessun obbligo specifico. Così è stato ritenuto obbligato a motivare nel 1963 un *Industrial Tribunal*, in quanto «*if an appellant is to succeed, he must satisfy this Court that the tribunal has erred in principle. But it is a corollary of the discretion conferred upon the tribunals that it is their duty to set out their reasoning in sufficient detail to show the principles upon which they have proceeded [...] Where it otherwise, the parties would in effect be deprived of their right of appeal on questions of law. No great elaboration is required and the task should not constitute a burden. Indeed, the need to give reasons may well assist in the process of properly making the discretionary assessment of damages*»⁵²⁹. In questo caso le previsioni degli *statutes* si intrecciano con i principi della *fairness* di cui si dirà successivamente (si veda *infra par. IV. 6.*).

Per quanto concerne l'oggetto della motivazione e la sua sufficienza, la giurisprudenza ritiene spesso adeguata la meccanica dichiarazione dell'assenza di

⁵²⁷ H.W.R. WADE, C.F. FORSYTH, *Administrative Law*, op. cit., p. 792.

⁵²⁸ La questione delle regole procedurali su cui questi *Tribunals* sono tenuti a decidere e lo scarso «*legalismo*» richiesto hanno in passato suscitato un vivace dibattito sulla compatibilità con i diritti riconosciuti dalla CEDU. Ciò ha portato all'adozione di un *Mental Health Act* del 1983. Si veda J. PEAY, *Tribunals on Trial. A Study of Decision-making under the Mental Health Act 1983*, Clarendon Press, Oxford, 1989.

⁵²⁹ *Norton Tool Co Ltd -v- Tewson*; *NIRC 30 Oct 1972*, [1972] IRLR 86 NIRC, [1973] 1 WLR 45, [1972] ICR 501, p. 16.

presupposti per poter adottare una decisione differente, senza necessità di ulteriori argomentazioni specifiche⁵³⁰. Così, in un caso concernente un immigrato richiedente un visto, è stata ritenuta sufficiente la formulazione: «*I am not satisfied that you are genuinely seeking entry only for this limited period*»⁵³¹. Mentre in altri casi, argomentando che la motivazione della decisione debba essere «*proper, adequate and intelligible, and dealing with the substantial points raised*», non è stata ritenuta sufficiente la semplice ripetizione dei presupposti previsti dalla fattispecie, in mancanza di una specifica argomentazione su ciascuno di essi⁵³².

La giurisprudenza ha inoltre spesso dedicato attenzione a stigmatizzare motivazioni eccessivamente generiche. Invece non sempre, da queste premesse, sono derivate anche delle coerenti pronunce di invalidità sull'atto oggetto di controversia, in quanto, più frequentemente la giurisprudenza si limita a ritenere sufficienti motivazioni anche piuttosto succinte⁵³³.

Si fa largo uso di quello è stato definito “*Poyser test*”, in quanto elaborato nel caso *Re Poyser And Mills' Arbitration*⁵³⁴: «*Parliament provided that reasons shall be given, and in my view that must be read as meaning that proper, adequate reasons must be given. The reasons that are set out must be reasons which will not only be intelligible, but which deal with the substantial points that have been raised*» e pertanto «*there must be something 'substantially wrong or inadequate' in the reasons given before it can be set aside*». Il *Poyser test* permette pertanto di salvare quasi sempre motivazioni generiche o succinte, in quanto tende a colpire esclusivamente vizi quali l'evidente contraddittorietà o illogicità.

I casi in cui sono state assunte posizioni particolarmente formaliste rispetto all'obbligo sono stati in pochi. Nel caso *Alexander Machinery (Dudley) LTD V.*

⁵³⁰ Si veda H.W.R. WADE, C.F. FORSYTH, *Administrative Law*, op. cit., p. 793.

⁵³¹ «*it was not required to state the facts and reasoning underlying the decision, since at the time of refusing leave the immigration officer was only required to provide the intending entrant with sufficient information to enable him to consider whether to appeal and the immigration officer's statement provided that information*». *R v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Swati*, [1986] 1 All ER 717, [1986] 1 WLR 477, [1986] Imm AR 88, United Kingdom: Court of Appeal (England and Wales), 10 February 1986.

⁵³² *Cart -v- The Upper Tribunal SC* (Bailii, [2011] UKSC 28, Bailii Summary, SC, SC Summary, UKSC 2010/0176, [2011] PTSR 1053, [2011] 3 WLR 107, [2011] STI 1943, [2012] 1 AC 663)

⁵³³ Si vedano *Elliott v. Southwark LBC* [1976] 1 WLR 433; *Dagg v. Lovett* [1980] Est. Gaz. Dig. 27; *R. (W) National Care Standard Commission* [2003] EWJC 621.

⁵³⁴ *Re Poyser And Mills' Arbitration*; [1963] 1 All ER 612, [1964] 2 QB 467.

*Crabtree*⁵³⁵ si afferma che «*in the absence of reasons it is impossible to determine whether or not there has been an error of law. Failure to give reasons therefore amounts to a denial of justice and is itself an error of law*». In alcuni casi addirittura per motivazioni generali, ambigue o inadeguate la giurisprudenza ha dichiarato nulle le decisioni di *Tribunals* per i quali non era imposto alcun un obbligo di motivazione dalla legge⁵³⁶.

In effetti il principio cardine da osservare per la motivazione dei *Tribunals* sembra essere quello enunciato da Lord Denning nel sopracitato caso *Dudley*: «*It is impossible for us to lay down any precise guidelines. The overriding test must always be: is the tribunal providing both parties with the materials which will enable them to know that the tribunal has made no error of law in reaching its findings of fact?*».

Pertanto ciò induce a ritenere che la motivazione a cui sono assoggettati i *Tribunals* vede essenzialmente come destinatari le stesse parti della controversia, assolvendo ad una funzione di garanzia ed interpretativa in stretta connessione l'eventuale e successivo appello o ricorso. Se le parti sono coerentemente in grado di capire le ragioni del *Tribunal* al punto tale da poterle contestare, allora non vi sarà necessità di motivare ulteriormente.

Pertanto, nonostante questo tipo di procedimenti abbia una natura fortemente inquisitoria, un ruolo di primo piano svolgono le prove che le parti forniscono e che vengono usate alla base di una decisione, dunque i *Tribunals* nel motivare le proprie decisioni devono indicare «*the issue which the tribunal was determining and the evidential basis upon which they had reached their determination of that issue*»⁵³⁷. Anche in questo caso si evidenzia la vicinanza dei *Tribunal* ad un organo esercente giurisdizione piuttosto che ad un'amministrazione, nel cui procedimento non è invece possibile rinvenire alcuna prova.

Anzi, sembra possibile ravvisare delle similitudini molto forti con il diritto italiano, laddove l'art. 5 comma 2 del D.P.R. n. 1199/71 in tema di ricorsi

⁵³⁵ *Alexander Machinery (Dudley) Ltd -V- Crabtree* [1974] ICR 120, [1974] IRLR 56.

⁵³⁶ Si tratta, rispettivamente, dei casi *Re Poyser and Mills' Arbitration* [1964] 2 QB 467; *R. v. Industrial Injuries Commissioner ex p. Howarth* [1968], 4 KIR 621; *Elliott v. University Computing Co.* [1977] ICR 147. Per le posizioni della giurisprudenza sul punto si veda H.W.R. WADE, C.F. FORSYTH, *Administrative Law*, op. cit., p. 793, nota 211.

⁵³⁷ *R v. Immigration Appeal Tribunal, Ex parte Khan (Mahmud)*, [1983] 1 QB 790, [1983] 2 All ER 420, [1983] 2 WLR 759, [1982] Imm AR 176, *United Kingdom: Court of Appeal (England and Wales)*, 13 January 1983.

amministrativi prevedeva – e prevede tutt’ora - un obbligo di motivazione e di comunicazione della stessa, ben prima dell’entrata in vigore di una generale legge sul procedimento. Si tratta di situazioni in cui si avverte chiaramente l’esigenza di garanzie maggiori di quelle che possono essere attribuite ad un privato tramite la partecipazione ad un procedimento amministrativo⁵³⁸. D’altro canto, che la giurisprudenza e lo sviluppo teorico sulla motivazione dovuti al problema dei *Tribunals* abbiano influito in altri settori del diritto inglese, come si vedrà, è una constatazione sicuramente veritiera.

IV. 2.2. Le *inquiries*.

Le inchieste (*inquiries*) sono l’oggetto del secondo principale obbligo di motivazione. Originariamente la loro nascita si deve allo sviluppo e all’espansione dei poteri del governo centrale e locale nel XIX secolo⁵³⁹. La categoria ricomprende una serie piuttosto vasta di inchieste tra loro differenti, tanto nelle procedure quanto nel contenuto. Rispetto al passato, comunque, questa diversità si è ridotta attraverso una serie di *statues* che hanno introdotto regole generali sulla loro disciplina, tra cui l’*Inquiries Act* del 2005.

Solitamente le inchieste si aprono successivamente ad istanze (*complaints*) od obiezioni (*objections*) presentate da cittadini e sono preliminari all’adozione di una specifica decisione (*decision*)⁵⁴⁰, mentre altre volte è la stessa legge che considera

⁵³⁸ Si veda R. GIOVAGNOLI, R. FRATINI, *Le nuove regole dell’azione amministrativa al vaglio della giurisprudenza*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 162.

⁵³⁹ Quando divenne impossibile per il Parlamento regolare ogni singolo aspetto tramite legge, le *inquiries* divennero una sorta di sostituto «*in the administrative sphere, for the parliamentary process which accompanied legislation*». Originariamente la legge attribuiva ad un’autorità pubblica il compito di svolgere un’inchiesta al verificarsi di determinati presupposti e, dopo aver considerato le obiezioni proposte, permetteva di adottare degli ordini a carattere provvisorio (*provisional order*). Questi producevano effetti solo se successivamente confermati dal Parlamento. Con lo *Statutory Orders (Special Procedure) Act* del 1945 alcuni *Order* divennero immediatamente produttivi di effetti, salvo poter essere successivamente annullati da una qualsiasi Camera del Parlamento. Da ultimo venne ridotto il ruolo del Parlamento attribuendo ad un Ministro il potere di confermare gli ordini dati, senza alcuna intervento da parte delle Camere. Oggi questa è la procedura ordinaria. Addirittura il potere di decidere in molti casi è stato delegato interamente dal Ministro al dipendente pubblico responsabile dello svolgimento dell’inchiesta. Si veda H.W.R. WADE, C.F. FORSYTH, *Administrative Law*, op. cit., pp. 803-804.

⁵⁴⁰ Si noti che il termine *decision* permette di avvicinarli ad organi di giustizia amministrativa, quali i *Tribunals*. La distinzione risiede però nel fatto che i *Tribunals* sono tenuti ad accertare i fatti e a risolvere questioni applicando il diritto, seppure senza rigidi formalismi, mentre le *inquiries* sono volte a formulare raccomandazioni su «*questions of policy*». Pertanto la differenza «*is based on the difference between judicial and administrative power*», potendo i secondi essere sicuramente ricondotti all’attività di

un'inchiesta obbligatoria preliminarmente all'adozione di una decisione, indipendentemente da istanze di parti coinvolte⁵⁴¹. L'importanza che storicamente hanno assunto ha comportato una riflessione sulla loro disciplina, in quanto il principale oggetto delle inchieste «*is to assuage the feelings of the citizen, and to give his objection the fairest possible consideration*». Pertanto «*they are a hybrid legal-and-administrative process, [...] they have been made to look as much as possibile like judicial proceedings*», estendendo anche a queste procedure i principi di *natural justice* che sono propri della giurisdizione e dei *Tribunals*⁵⁴².

Le procedure tendono oggi ad essere standardizzate sul modello di quella dell'espropriazione forzata per la distruzione di baraccopoli⁵⁴³. Inizialmente l'autorità locale competente adotta una risoluzione per definire l'area di interesse, notificandola a proprietari, conduttori ed altri soggetti interessati, ed attivando la possibilità di raggiungere un accordo di cessione volontaria. Soltanto se questo non è raggiunto si apre la procedura di espropriazione con un *order* che richiede il consenso del *Secretary of State*. Tuttavia, se nella procedura viene formulata un'obiezione da parte di uno dei soggetti che ha ricevuto la notifica, allora il *Secretary of State*, per poter confermare l'ordine, dovrà necessariamente dar luogo ad una *inquiry*⁵⁴⁴.

Una volta aperta l'inchiesta la procedura inizia con una fase pubblica (*hearing*) in cui il soggetto ispettore dal *Secretary of State* svolge personalmente le consultazioni⁵⁴⁵. Si tratta di un ispettore indipendente rispetto al dipartimento pubblico coinvolto e che ascolterà i soggetti interessati, i quali possono presentare propri testimoni e prove,

decision-making. Tribunals ed Inquiries sono comunque «part of the procedure for ensuring that administrative power is fairly and reasonably exercised». Si veda H.W.R. WADE, C.F. FORSYTH, *Administrative Law*, op. cit., p. 802.

⁵⁴¹ L'attuale legislazione concerne diversi settori, tra cui *housing, town and country planning, roads, agriculture, health, transport, police, local government, compulsory acquisitions of the land, railways, tramways* ed altri mezzi di trasporto.

⁵⁴² H.W.R. WADE, C.F. FORSYTH, *Administrative Law*, op. cit., p. 802.

⁵⁴³ La procedura è disciplinata dall'*Housing Act* del 1985 alla *Part IX* e dall'*Acquisition of Land Act* del 1981.

⁵⁴⁴ «*If any objection duly made as aforesaid is not withdrawn, the confirming authority shall, before confirming the order, either cause a public local inquiry to be held or afford to any person by whom any objection has been duly made as aforesaid and not withdrawn an opportunity of appearing before and being heard by a person appointed by the confirming authority for the purpose, and, after considering the objection and the report of the person who held the inquiry or the person appointed as aforesaid, may confirm the order either with or without modifications.*» *Acquisition of Land Act* 1981, s. 13 (2).

⁵⁴⁵ È stato istituito un apposito *Planning Inspectorate*, composto da più di 400 ispettori responsabili per più di 25.000 inchieste ogni anno, che ha assunto la forma di una *executive agency*.

conferendo al procedimento «*some of the atmosphere of a trial*»⁵⁴⁶. L'ispettore tende a non partecipare direttamente alla controversia sostenendo le ragioni della parte pubblica, mentre si limita a prendere atto delle constatazioni rese, concludendo con l'adozione di un *report*, che costituisce la base su cui il ministro competente adotta la decisione. La procedura ha dunque una forte connotazione avversaria piuttosto che inquisitoria. Il *report* in passato non era reso pubblico e la decisione del ministro non veniva motivata, ciò ha comportato forti critiche che sono state risolte con l'assoggettamento delle *inquiries* a parte delle stesse regole formali dettate per i *Tribunals* grazie al *Tribunal and Inquiries Act* del 1992⁵⁴⁷.

La prima conseguenza è stato il riconoscimento del *right to know the opposing case*, ove l'*opposing case* solitamente si identifica nella proposta dall'autorità pubblica che può danneggiare il destinatario o un soggetto interessato. Pertanto prima dell'inizio dell'inchiesta si rende necessaria una notificazione agli interessati. Inoltre, quando viene proposta un'obiezione, si rende solitamente necessaria una dichiarazione scritta (*policy statement*) in caso di conferma dell'originaria decisione oppure dell'apertura dell'inchiesta, da notificare almeno 28 giorni prima dell'inchiesta stessa. Se questa si fonda su dichiarazioni o atti di una pubblica autorità, questi dovranno essere messi a disposizione degli interessati.

In secondo luogo viene riconosciuto il diritto a partecipare per tutte le persone interessate al procedimento, senza che sia necessaria la titolarità di una situazione giuridica soggettiva⁵⁴⁸. In pratica il procedimento è solitamente aperto a chiunque dichiari di essere interessato⁵⁴⁹. Il diritto ricomprende anche quello di presentare prove e testimoni, nonché di esaminare le prove e sentire i testimoni presentati da altri, anche se

⁵⁴⁶ H.W.R. WADE, C.F. FORSYTH, *Administrative Law*, op. cit., p. 804.

⁵⁴⁷ Il *Frank Committee* diede atto delle due precedenti concezioni delle *inquiries*. Da un lato la concezione amministrativa, predominante in passato, in base alla quale la responsabilità politica del ministro di fronte al parlamento era da ritenersi sufficiente strumento di controllo, nonché incompatibile con l'imposizione di regole capaci di guidare la decisione, in quanto la scelta della *policy* da seguire è scelta politica. Dall'altro la concezione giudiziale, che considerava le *inquiries* come dei veri e propri processi, da cui la necessità di rigide regole di forma per la tutela degli interessi delle parti, un giudice imparziale e una decisione fondata soltanto sulle prove. Si veda *Frank Committee on Tribunals and Enquiries*, 1957, Cmnd 218, par. 273-4.

⁵⁴⁸ *Wednesbury Corporation v. Ministry of Housing and Local Government* (No. 2) [1966] 2 QB 275, par. 302.

⁵⁴⁹ R.E. WRAITH, G.B. LAMB, *Public Inquiries as an Instrument of Government*, London, George Allen & Unwin, 1971, p. 253.

l'ispettore gode di un'ampia discrezionalità nella gestione delle prove, potendo eliminare e tagliare ciò che non ritiene utile⁵⁵⁰.

In terzo luogo, al termine dell'inchiesta è stato imposto l'obbligo di pubblicazione del *report* soltanto in presenza di specifiche disposizioni di legge che lo prevedono, ma è prassi che venga comunque allegato alla decisione finale. Il *report* non deve contenere necessariamente una raccomandazione⁵⁵¹, né è necessario che il ministro la segua, potendo egli decidere liberamente⁵⁵². Egli è comunque tenuto a prendere in considerazione tutte le informazioni rilevanti ivi contenute, anche se si ammette pacificamente che possa decidere anche sulla base di informazioni non contenute nel *report*⁵⁵³.

Da ultimo il *Tribunals and Inquiries Act* prevede un obbligo di motivazione per le decisioni adottate da un ministro a seguito di uno *statutory inquiry*⁵⁵⁴, oppure adottato nei casi in cui una persona coinvolta avrebbe comunque potuto dar inizio ad una *inquiry*, ad esempio presentando un'obiezione.

Si tratta della medesima disposizione che regola l'obbligo di motivazione per i *Tribunals*, pertanto si applica la stessa disciplina sostanziale concernente la necessità di richiedere la motivazione, il suo oggetto ed i casi in cui può essere negata (si veda *supra* par IV. 2.1.). Una specifica eccezione all'obbligo è prevista, tuttavia, per quelle decisioni che sono adottate da un ministro «*in connection with the preparation, making, approval, confirmation, or concurrence in regulations, rules or byelaws, or orders or schemes of a legislative and not executive character*»⁵⁵⁵, escludendo pertanto tutte le decisioni che hanno un qualche rapporto con il potere legislativo. Inoltre rimangono escluse le inchieste in cui non prende in alcun modo parte un ministro, ad esempio perché coinvolgenti esclusivamente personale della pubblica amministrazione.

⁵⁵⁰ H.W.R. WADE, C.F. FORSYTH, *Administrative Law*, op. cit., p. 812.

⁵⁵¹ *R. v. Secretary of State for Transport ex p. Gwent CC* [1988] QB 429, si veda A.W. BRADLEY, K.D. EWING, *Constitutional and Administrative Law*, London, Pearson Education, 2007, p. 709.

⁵⁵² *Nelsonvil Ltd. V. Minister of Housing and Local Government* [1962] 1 WLR 404 in J.C. BLACKHALL, *Planning Law and Practice*, Hove, Psychology Press, 2005, p. 256.

⁵⁵³ *Prest v. Secretary of State for Wales* (1982) 81 LGR 193.

⁵⁵⁴ *Par. 16 Tribunals and Inquiries Act 1992*: ““*statutory inquiry*” means— (a) an inquiry or hearing held or to be held in pursuance of a duty imposed by any statutory provision, or (b) an inquiry or hearing, or an inquiry or hearing of a class, designated for the purposes of this section by an order under subsection (2)”.

⁵⁵⁵ *Tribunals and Inquiries Act 1992 par. 5, 1. (b).*

È stato sostenuto che in questi casi la motivazione avrebbe una specifica funzione: «*it enables the citizen to understand the connection between the inspector's report and the minister's decision*»⁵⁵⁶. In realtà dalla mancanza di un obbligo per il ministro di decidere conformemente alle raccomandazioni formulate, o anche soltanto sulla base delle prove raccolte nel *report*, deriva l'impossibilità di configurare l'obbligo di motivazione in senso troppo stretto. Pertanto si ritiene che la motivazione non dovrà necessariamente indicare tutte le prove che sono state poste alla base della decisione, né indicare specificatamente perché non si aderisce alla raccomandazione del *report*. Questo orientamento è praticamente antitetico a quello di diritto italiano dove le stesse previsioni di legge impongono l'obbligo per l'organo decidente di indicare i motivi del discostamento della decisione rispetto alle risultanze dell'istruttoria. Inoltre nel caso *Westminster City Council -V- Great Portland Estates Plc*⁵⁵⁷ si è ammesso che «*the reasons given by the authority may be a simple repetition of those given to the Inspector*», con la conseguenza di permettere sia il meccanico ed acritico recepimento delle conclusioni del *report* nella decisione, sia una motivazione *per relationem* che si rifaccia a questo.

Si ammette ampiamente che la motivazione possa essere succintamente motivata, ad esempio nel caso *Edwin H Bradley & Sons Ltd -V- Secretary Of State For The Environment*⁵⁵⁸ è stato sostenuto che «*reasons given for a decision may be brief [...] The fact that a procedure is not in the nature of a judicial or quasi-judicial hearing between parties may mean that the requirement to give a party full opportunity to advance his case does not apply in the same way as in such procedures*». In generale però è stata richiamata la stessa giurisprudenza del caso *Poyser*, che, seppur formulata riguardo *Tribunals*, si ritiene pienamente applicabile anche alle inchieste⁵⁵⁹.

I casi che si sono conclusi con pronunce di invalidità della decisione adottata sono in realtà pochi ed isolati. A volte a causa della eccessiva genericità, in quanto la

⁵⁵⁶ H.W.R. WADE, C.F. FORSYTH, *Administrative Law*, op. cit., p. 811.

⁵⁵⁷ *Westminster City Council -V- Great Portland Estates Plc*; HL 1985.

⁵⁵⁸ *Edwin H Bradley & Sons Ltd -V- Secretary Of State For The Environment* (1982) 264 EG 926, 1982 47 P&CR 374.

⁵⁵⁹ «*Parliament provided that reasons shall be given, and in my view that must be read as meaning that proper, adequate reasons must be given. The reasons that are set out must be reasons which will not only be intelligible, but which deal with the substantial points that have been raised.*' *There must be something 'substantially wrong or inadequate' in the reasons given before it can be set aside. The reasons can be briefly stated*».

decisione è stata considerata «*obscurely worded*»⁵⁶⁰, o perché ha comunque lasciato dubbi sostanziali sulle reali intenzioni del ministro⁵⁶¹. Altre volte è stata ritenuta contraddittoria internamente⁵⁶².

In pochi casi la giurisprudenza si è spinta oltre ed ha sostenuto la necessità di obblighi specifici. Un primo caso è *Barnham v Secretary of State for the Environment*, ove, in fase di approvazione da parte del *City Council* di un piano urbanistico, il *Secretary of State* esercita un potere di modifica della proposta per ridurre drasticamente il numero di abitanti previsti, riducendo pertanto anche la volumetria totale del piano. Per l'esercizio di tale potere il *Secretary of State*, solitamente, può limitarsi a motivate succintamente o può evitare di motivare, trattandosi un potere che gli è riconosciuto dalla legge senza necessità di presentare particolari ragioni. Invece se la modifica è sostanziale ed in pieno contrasto con le linee guida fornite precedentemente sarà necessaria una motivazione specifica. Lo stesso nel caso dell'accoglimento di un'obiezione in contrasto con la precedente proposta di atto⁵⁶³. Un secondo caso, *Reading Borough Council v Secretary of State for the Environment*, concerne una situazione simile. La stessa amministrazione competente ad adottare ed approvare un piano urbanistico lo ha prima adottato, e poi radicalmente stravolto in sede di approvazione. La mancata apposizione di una motivazione ha determinato l'invalidità dell'atto, come rilevata dalla giurisprudenza⁵⁶⁴. Si tratta di casi in cui soggetti interessati possono aver fatto un ragionevole affidamento sulle proposte formulate, pertanto sembra opportuno l'imposizione di un obbligo di motivazione maggiore qualora il soggetto adottante abbandoni radicalmente le originarie proposte e posizioni sostenute.

La funzione che viene riconosciuta alla motivazione rispetto a questo tipo di inchieste non sembra tanto rispondere ad esigenze di garanzia, quanto piuttosto di trasparenza. Le posizioni dei privati si ritengono sufficientemente tutelate dalla

⁵⁶⁰ *Givaudan & Co. Ltd. v. Minister of Housing and Local Government* [1967] 1 WLR 250. Si veda C. HARLOW, R. RAWLINGS, *Law and Administration*, Cambridge, Cambridge University press, 2009, p. 524.

⁵⁶¹ *Strathclyde Passenger Executive v. McGill Bus Service* 1984 SLT 377.

⁵⁶² *London Residuary Body v. Secretary of State for the Environment* The Times, 30 March, 1988.

⁵⁶³ *Barnham v. Secretary of State for the Environment* [1985] 52 P & CR 10. La materia in questione è tuttavia regolata da un particolare *statute*, il *Town and Country Planning Act* del 1990, per cui non è chiara la possibilità di estendere il ragionamento ad altre *inquiries*. Si veda J.C. BLACKHALL, *Planning Law and Practice*, op. cit., p. 48.

⁵⁶⁴ *Reading Borough Council v Secretary of State for the Environment* [1985] 52 P&CR 385; [1986] JPL 115. Si veda B. DENYER-GREEN, N. UBHI, *Development and Planning Law*, London, Taylor & Francis, 2013, p. 212, 253.

partecipazione al procedimento e la possibilità di influire concretamente proponendo prove e testimoni. Non si richiede al contempo un obbligo specifico sugli elementi che il ministro ha utilizzato per decidere, anche se il privato può accedere liberamente al *report* che contiene l'insieme delle prove fornite. Pertanto l'idea che traspare è quella per cui di fronte ad una serie di elementi che possono liberamente influenzare l'ampia discrezionalità dell'organo decidente, questi non sia veramente obbligato a valutare o a considerarli tutti, né sia realmente tenuto a dichiarare come ha considerato quelli che lo hanno spinto a decidere.

Più recentemente la giurisprudenza si è spinta più oltre. Nel caso *Save Britain's Heritage v. No. 1 Poultry Ltd*⁵⁶⁵ è stata dichiarata legittima la motivazione del *Secretary of State*, di per sé non adeguata, grazie al fatto che tutti gli elementi di cui le parti necessitavano erano comunque contenuti nel *report* dell'ispettore, che può quindi essere utilizzato per supplire alle carenze dell'apparato motivazionale. La *House of Lords* ha infatti sostenuto che non si possa richiedere al *Secretary of State* «to dot every i and cross every t» e in generale che la motivazione vada letta «with a measure of benevolence»⁵⁶⁶. Pertanto nel caso *South Lakeland DC v. Secretary of State for the Environment* un «excessively legalistic textual criticism of planning decision letters» è stato considerato come «something the court should strongly discourage»⁵⁶⁷.

Prendendo in presto il gergo del codice di procedura civile italiano si può sostenere che tutto ciò che è contenuto nel *report* è liberamente valutabile da parte del soggetto decisore, senza che nulla faccia prova piena di quanto è accaduto. Tuttavia egli non è tenuto a decidere soltanto sulla base delle prove poste a fondamento delle parti, ben potendo attingere ad altre fonti, tra cui la propria scienza privata. Ben può inoltre, di solito, decidere diversamente rispetto le richieste della parte pubblica e di quella privata. In ciò si percepisce l'immediata distanza tra il modello dell'inchiesta e quello giurisdizionale. Ciò non deve indurre erroneamente a credere che il modello dell'inchiesta possa essere assimilato interamente a quello del procedimento amministrativo della legge n. 241/1990, e ciò emerge soprattutto dalla motivazione, la

⁵⁶⁵ *Save Britain's Heritage -V- Number 1 Poultry Ltd*; HL 28 FEB 1991 [1991] 1 WLR 153, Times 01-Mar-1991, [1991] 2 All ER 10, [1991] 62 P&CR 105.

⁵⁶⁶ Si veda J. AUBURN, J. MOFFETT, A. SHARLAND, *Judicial Review: Principles and Procedure*, Oxford, Oxford University Press, 2013, par. 10.34.

⁵⁶⁷ *South Lakeland District Council -V- Secretary Of State for the Environment And Another*; HL 1 APR 1992. Più in generale per la giurisprudenza si veda H.W.R. WADE, C.F. FORSYTH, *Administrative Law*, op. cit., p. 812.

quale non deve dare atto specificatamente degli elementi sulla base di cui la motivazione è stata adottata, né è il risultato di un'istruttoria articolata e definita di cui questa deve dar conto. Si tratta sì di attività di amministrazione attiva, ma la carenza di una rigida struttura procedimentale, retta da solidi principi codificati, svolge i suoi effetti sul risultato finale del procedimento: la decisione e la sua motivazione. Questa, in particolare, permette un controllo blando e poco profondo dell'operato dell'amministrazione, in quanto, a monte, sono meno profondi i paletti che sono imposti all'amministrazione ed entro i quali quest'ultima dovrà dare atto di essersi mossa⁵⁶⁸.

«*These realities often leave objectors with a sense of frustration, feeling that they are fighting a phantom opponent*»⁵⁶⁹. Manca allora quella funzione di garanzia che la motivazione è solita svolgere? In realtà la protezione delle posizioni dei privati viene assicurata tramite un altro istituto, quello della partecipazione. Allora «*the important thing is not that the decision should be dictated by the report but that the objectors' case should be fairly heard and should be fairly taken into account*», dunque il ruolo della legge è quello di assicurare che «*the case is heard, but it cannot ensure that any particular weight is given to it*». Ciò può sembrare poco, ma, al contrario, è di vitale importanza se si osserva che le statistiche dimostrano una spiccata propensione del decisore a mutare la proposta iniziale dopo che una *inquiry* è stata aperta⁵⁷⁰.

IV. 3. Un generale obbligo di motivazione? Dalla *natural justice* alla *fairness*.

Nel diritto inglese non esiste un generale obbligo di motivazione imposto dalla legge, anzi, proprio, l'esistenza di speciali imposizioni previste da alcuni *statutes* indicati

⁵⁶⁸ «*For reasons of convenience inspectors hearing planning appeals have been empowered to decide a great many of the cases themselves. This does alter the fact that legal decisions and political decisions are different things and require different procedure*» in H.W.R. WADE, C.F. FORSYTH, *Administrative Law*, op. cit., p. 807.

⁵⁶⁹ «*the sole use of the liberty to make objections was that the objectors [...] might blow off steam and so rally public opinion to which alone the Minister might blow*» in H.W.R. WADE, C.F. FORSYTH, *Administrative Law*, op. cit., p. 807.

⁵⁷⁰ «*the real risk is not that the minister will perversely disregard the evidence but that he will be tempted to act before he has discovered that there is another side to the case. The statutory inquiry has proved to be an essential piece of mechanism and the committees who have reported upon it have been unable to suggest anything better.*» in H.W.R. WADE, C.F. FORSYTH, *Administrative Law*, op. cit., pp. 807-808.

nel capitolo precedente (si veda *supra* par. IV. 2.) permette di sostenere, al contrario, che negli altri casi l'amministrazione non è tenuta a motivare⁵⁷¹. Sarebbe tuttavia ingenuo prendere in considerazione unicamente le disposizioni di legge, specie in un ordinamento di *common law*, ove il ruolo del giudice è particolarmente rilevante e potrebbe condurre ad effetti diversi ed opposti alle semplici previsioni degli *statues*.

Sembra allora opportuno analizzare gli orientamenti giurisprudenziali sul punto e l'evoluzione che il diritto amministrativo ha subito alla luce della *judicial review*.

Tentando di dare una definizione del termine *natural justice*, a questo ci si riferisce solitamente come «*the natural sense of what is right and wrong*»⁵⁷². Questa costituisce una parte del più generale principio dell'*ultra vires*, infatti quando una pubblica autorità adotta una decisione nell'esercizio di un potere di cui non è munita, o esercita un potere di cui è effettivamente munita, ma in modo irrazionale o in cattiva fede, deve ritenersi che l'atto adottato sia ugualmente nullo. Pertanto la *natural justice*, pur non essendo codificata, trova comunque un fondamento implicito nei singoli *statues* che attribuiscono un potere ad un soggetto pubblico, infatti: «*it is to be implied [...] that Parliament does not authorise by the Act the exercise of powers in breach of the principles of natural justice, and that parliament does by the Act require, in the particular procedures, compliance with those principles*»⁵⁷³.

Storicamente il precedente più famoso del principio viene rinvenuto nel noto *Dr. Bonham's Case* (1610), nel quale *Chief Justice Coke* ritenne di poter dichiarare nullo addirittura un atto del Parlamento qualora in contrasto con il principio della *natural justice*⁵⁷⁴. Più recentemente un forte sviluppo del principio si deve all'espansione della pubblica amministrazione a partire dalla seconda metà del XIX secolo (si veda *supra* par. IV.1.).

Tra i principali precedenti che vengono citati vi è *Cooper v Wandsworth Board of Works*⁵⁷⁵. Il *Metropolis Local Management Act* del 1855 imponeva l'obbligo di notificare ad un *Board* l'inizio della costruzione di un immobile, in mancanza il *Board*

⁵⁷¹ Anche se va rilevato parte della dottrina inglese assume posizioni sempre più radicali sulla necessità di riconoscere un obbligo generale di motivazione: «*Decisions without reasons are certainly not justice: indeed they are scarcely decisions at all*». Lord Neuberger (*from the Bailii Annual Lecture*, 20 November 2012).

⁵⁷² *Voinet v. Barrett* (1885) 55 LJQB 39, par. 41.

⁵⁷³ *Fairmount Investments Ltd. V. Secretary of State for the Environment* [1976] 1 WLR 1255, p. 1263.

⁵⁷⁴ D.C. SMITH, *Sir Edward Coke and the Reformation of the Laws: Religion, Politics and Jurisprudence, 1578–1616*, Cambridge, Cambridge University Press, p. 168.

⁵⁷⁵ *Cooper v Wandsworth Board of Works* [1863] 14 CB(NS) 180.

aveva il potere di ordinarne la distruzione. Nel caso di specie, non essendo stata ricevuta alcuna notifica, venne disposta la distruzione dell'immobile senza previamente ascoltare la parte, infatti non vi era alcun obbligo imposto a tal proposito. Il giudice non ritenne compatibile la distruzione senza aver previamente ascoltato la parte: «*I think the board ought to have given notice to the plaintiff and to have allowed him to be heard. The default in sending notice to the board of the intention to build, is a default which may be explained. [...] I cannot conceive any harm that could happen to the district board from hearing the party before they subjected him to a loss so serious as the demolition of his house; but I conceive a great many advantages which might arise [...] by the restriction which we put upon them, that they should hear the party before they inflict him such a heavy loss*». Dunque configurando una lesione al diritto di proprietà, venne riconosciuto al privato un diritto al risarcimento⁵⁷⁶.

Uno dei principali limiti della *natural justice* emerse nel caso *Board of Education v. Rice* nel 1911⁵⁷⁷, nel quale *Lord Loreburn* sottolineò che «*there is no need to treat all matters as though it were a trial*», tracciando una chiara distinzione tra le *judicial decisions*, oggetto di controllo tramite la *natural justice*, e le *administrative decisions*, che invece non avrebbero necessitato un regime altrettanto rigido di controlli. La linea di demarcazione dovrebbe consistere nel fatto che «*a judicial decision is made according to rules. An administrative decision is made according to administrative policy. [...] The judge's approach is objective, guided by his idea of the law. The administrator's approach is empirical, guided by expediency*»⁵⁷⁸.

La dichiarazione aprì una stagione della giurisprudenza inglese di particolare formalismo, di cui è una rappresentazione esemplare il caso *Local Government Board v. Arlidge*⁵⁷⁹. A seguito di un'ispezione l'abitazione di un privato venne dichiarata inagibile da parte di una *board*, la quale non aveva dato la possibilità al proprietario di presentare alcuna prova contraria. La corte ritenne però legittima la decisione, non vi era infatti alcuna ragione di ritenere che l'amministrazione si sarebbe dovuta

⁵⁷⁶ La citazione viene dal *Chief Justice Erle*. Concordi furono anche gli altri due *judgements* del *Justice Willes*, che dichiarò la regola essere «*of universal application, and founded on the plainest principles of justice*», ed il *Justice Byles* che qualificò l'atto come espressione di *judicial power*. Si veda H.W.R. WADE, C.F. FORSYTH, *Administrative Law*, op. cit., p. 406.

⁵⁷⁷ *Board of Education v. Rice* [1911] AC 179

⁵⁷⁸ H.W.R. WADE, C.F. FORSYTH, *Administrative Law*, op. cit., p. 34.

⁵⁷⁹ *Local Government Board v. Arlidge* [1915] AC 120.

comportare come una *court*⁵⁸⁰. Da qui la successiva tendenza della giurisprudenza, resasi necessaria per estendere il proprio controllo sugli atti dell'amministrazione, ad estendere la nozione stessa di *judicial*, al punto da ricomprendervi un qualsiasi atto in grado di produrre effetti restrittivi della sfera giuridica del destinatario⁵⁸¹. La giurisprudenza raffinò successivamente questa tesi, in quanto ammise che la maggior parte degli atti produttivi di effetti restrittivi nella sfera giuridica dei destinatari erano provenienti da organi amministrativi ed aventi natura amministrativa. Pertanto venne elaborato il termine *quasi-judicial*, per individuare quella sottocategoria degli atti amministrativi comunque da dover assoggettare ai principi della *natural justice*. Un importante precedente è stato il caso *Errington v Minister of Health*⁵⁸², in cui è stato disposto lo sgombero di una baraccopoli attraverso prove acquisite dopo la chiusura di un'inchiesta e con un'ispezione sul luogo realizzata senza la presenza dei proprietari, ai quali era stato negato il diritto di essere ascoltati. La decisione, particolarmente incisiva sui diritti di proprietà dei destinatari, è stata dichiarata essere espressione di un potere *quasi-judicial*, pertanto oggetto di *judicial review*⁵⁸³. La concezione propria della giurisprudenza che l'attività amministrativa non potesse essere oggetto di *natural justice* ha originato ciò che la dottrina ha definito una «*retreat from natural justice*», per designare come la giurisprudenza, dopo un periodo di forte sviluppo dei principi generali, sembrava essersi arenata su una questione terminologica⁵⁸⁴.

Questa filone giurisprudenziale iniziò ad incrinarsi grazie ad una serie di casi nel 1963 e soprattutto nel caso *Ridge v. Baldwin*⁵⁸⁵. Il capo della polizia di Brighton subì un processo insieme a due agenti suoi sottoposti per aver ostruito il corso della giustizia in alcuni procedimenti. Rispetto alle accuse i due agenti vennero dichiarati colpevoli,

⁵⁸⁰ «The words 'natural justice' occur in arguments and sometimes in judicial pronouncements in such cases. My Lords, when a central administrative board deals with an appeal from a local authority it must do its best to act justly, and to reach just ends by just means. If a statute prescribes the means it must employ them. If it is left without express guidance it must still act honestly and by honest means. [...] But that the judiciary should presume to impose its own methods on administrative or executive officers is a usurpation. And the assumption that the methods of natural justice are ex necessitate those of Courts of justice is wholly unfounded» Lord Shaw *Local Government Board v. Arlidge* [1915] AC 120.

⁵⁸¹ *Barnard v. National Dock Labour Board* [1953] 2 QB 18.

⁵⁸² *Errington v Minister of Health* [1935] 1 KB 249.

⁵⁸³ Si veda P. LEYLAND, G. ANTHONY, *Textbook on Administrative Law*, op. cit., p. 388.

⁵⁸⁴ Ciò emerge chiaramente nel caso *Franklin v. Minister of Town and Country Planning* [1948] AC 87, ove si sostiene che tutte le funzioni esercitate da un ministro devono necessariamente avere natura amministrativa, quindi diviene irrilevante il rispetto della *natural justice*. Si veda H.W.R. WADE, C.F. FORSYTH, *Administrative Law*, op. cit., p. 411.

⁵⁸⁵ *Ridge v Baldwin* (no 1); HL [1964] AC 40, [1963] UKHL 2.

mentre il capo della polizia venne assolto, nonostante le numerose critiche che il giudice mosse nei suoi confronti per lo scarso potere di controllo sugli agenti ai quali era preposto. La *section 191 del Municipal Corporations Act* del 1882 attribuiva al *Watch Committee* il potere di licenziare il capo della polizia “*whom they think negligent in the discharge of his duty, or otherwise unfit for the same*”, pertanto il potere venne esercitato immediatamente al termine del processo, senza che fosse previamente sentito alcun soggetto. Considerando che il diritto ad un’audizione equa (*fair hearing*) non è previsto espressamente dalla legge, secondo la previgente giurisprudenza si sarebbe reso necessario qualificare l’attività come *judicial* o *administrative* per determinare l’assoggettabilità ai principi della *natural justice*, applicabile unicamente nel primo caso. Al contrario, la mossa del cavallo di *Lord Reid*, è stata quella di reinterpretare il tradizionale criterio distintivo: se vi è una lesione di un diritto o di un’aspettativa legittima di un soggetto allora il potere va considerato *judicial*, ma ciò non nel senso di espressione di un potere giurisdizionale, come contrapposto al potere esecutivo, quanto piuttosto nel significato che il potere è assoggettabile a *judicial review*. In altri termini, un’*administrative decision* lesiva di diritti o aspettative legittime dei privati è comunque un atto amministrativo ed espressione di potere esecutivo, nonostante obblighi l’autorità amministrativa ad agire come se fosse espressione di potere giurisdizionale, in quanto comunque assoggettata ai principi della *natural justice*⁵⁸⁶. Riconoscere che il potere esecutivo può, in alcuni casi, essere vincolato dalla *natural justice* è stato il primo passo per superare gli orientamenti del passato e riconoscere un controllo più penetrante sullo stesso, il principio è solitamente sintetizzato in un celebre passaggio della sentenza: «*We do not have a developed system of administrative law – perhaps because until fairly recent we did not need it. So it is not surprising that in dealing with new types of cases the courts have had to grope for solutions, and have found that old powers, rules and procedure are largely inapplicable to cases which they were never designed or*

⁵⁸⁶ «*the answer in a given case is not provided by the statement that the giver of the decision is acting in an executive or administrative capacity as if that were the antithesis of a judicial capacity. The cases seem to me to show that persons acting in a capacity which is not on the face of it judicial but rather executive or administrative have been held by the courts to be subject to the principles of natural justice*» *Lord Hudson* al par. 130.

intended to deal with. But I see nothing in that to justify our thinking that our old methods are any less applicable today than ever they were to the older types of case»⁵⁸⁷.

Il secondo è stato il passaggio dai principi alla *natural justice* alla *fairness*. Nel caso *Ridge v. Baldwin* non si può fare a meno di utilizzare il termine *judicial*, in quanto l'idea di fondo è che la *natural justice* sia composta da principi propri del processo e soltanto in determinati casi anche un potere esecutivo sarà tenuto ad osservarli. La *fairness* invece, in ultima analisi, comporta il definitivo abbandono della necessità di ancorare l'attività amministrativa a quella giurisdizionale anche per l'applicazione di principi generali, dovendo questa essere invece assoggettata a principi propri ed in parte autonomi, piuttosto che quelli elaborati per l'attività giurisprudenziale. È vero che la *fairness* si sviluppa applicando direttamente i principi della *natural justice* all'attività amministrativa, pertanto è stato sostenuto che «*there is no difference between natural justice and acting fairly, but they are alternative names for a single but flexible doctrine»⁵⁸⁸*. Tuttavia non vanno sottovalutati gli effetti della distinzione concettuale tra *natural justice*, a cui è assoggettato il potere giurisdizionale, e la *fairness*, a cui è assoggettato il potere esecutivo, che rimangano tra loro in parte autonome. Se infatti condividono un punto di partenza tra loro coincidente non necessariamente ciò implica che l'evoluzione giurisprudenziale determini, a distanza di tempo, anche il medesimo e coincidente punto di arrivo⁵⁸⁹.

Il termine inizia ad apparire nel gergo della giurisprudenza a partire da un caso del 1966 ove l'ufficio immigrazione dell'aeroporto di Londra aveva rifiutato il visto ad un minore senza averlo prima ascoltato. La corte ribadì che il soggetto incaricato di adottare la decisione, pur non agendo nell'esercizio di una funzione *judicial* o *quasi-judicial*, «*must nevertheless act fairly»⁵⁹⁰*. Successivamente Lord Denning MR, in riferimento ai soggetti designati dal *Board of Trade* per eseguire un *report* sull'attività

⁵⁸⁷ *Ridge v Baldwin* [1964] AC 40, 72 per Lord Reid. Successivamente Lord Denning si riferirà al caso dichiarando: «*There have been developments [...] that have transformed the situation. It may truly now be said that we have a developed system of administrative law»*, in *Breen v Amalgamated Engineering Union* [1971] 2 QB 175, 189 per Lord Denning.

⁵⁸⁸ H.W.R. WADE, C.F. FORSYTH, *Administrative Law*, op. cit., p. 416.

⁵⁸⁹ L'idea di *fairness* è consacrata in una celebre espressione di Lord Diplock: «*Where an Act of Parliament confers upon an administrative body functions which involve its making decisions which affect to their detriment the rights of the other persons or curtail their liberty to do as they please, there is a presumption that Parliament intended that the administrative body should act fairly towards those persons who will be affected by their decisions»* in *R. v. Commission for Racial Equality ex p. Hillingdon LBC* [1982] AC 779.

⁵⁹⁰ *Re H. K. (an infant)* [1967] 2 QB 617.

delle società controllate, a causa dei rilevanti impatti sociali che tali *report* possono avere, dichiara: «*I am clearly of the opinion that the inspectors must act fairly. This is a duty which rests on them, as on many other bodies, even though they are not judicial or quasi-judicial, but only administrative*»⁵⁹¹. Più recentemente la *Court of Appeal* ha iniziato a fare propria la terminologia nel sindacare l'attività dell'amministrazione⁵⁹². Anche se secondo taluni il passaggio è meramente terminologico⁵⁹³ va rilevato che, allo stato attuale, la *fairness*, in mancanza di espressi obblighi previsti dalla legge, rappresenta l'istituto giuridico maggiormente assimilabile alla codificazione legislativa del procedimento amministrativo delle esperienze continentali. A ciò contribuisce la natura procedimentale delle regole della *fairness*, mentre si tende a negare che questa abbia anche una natura sostanziale, per la quale «*not only must there be a fair hearing but the decision itself must be fair and reasonable*»⁵⁹⁴.

IV. 4. La *sliding scale of fairness*.

Non è facile capire quali obblighi derivino direttamente dalla *fairness* e se tra questi vi sia anche un vero e proprio obbligo di motivazione. Un primo elemento da considerare è che la *fairness* è oggetto di quella che è definita una *sliding scale*, cioè il riconoscimento del fatto che i principi e doveri a cui sono tenuti i poteri pubblici devono essere declinati alle necessità e alle circostanze del caso concreto, potendosi ammettere in alcuni casi dei doveri maggiormente onerosi rispetto ad altri.

Già nel caso *Ridge v. Baldwin* Lord Reid opera una distinzione tra diversi tipi di cessazioni di incarichi: «*dismissal of a servant by his master, dismissal from an office held during pleasure, and dismissal from an office where there must be something*

⁵⁹¹ *Re Pergamon Press* [1971] Ch. 388.

⁵⁹² Tra gli altri: *R. v. Gaming Board for Great Britain ex p. Benaim and Khaida* [1970] 2 QB 417; *R. v. Race Relations Board ex p. Selvarajan* [1975] 1 WLR 1686; *Fraser v. Mudge* [1975] 1 WLR 1132. Più in generale, per la giurisprudenza si veda H.W.R. WADE, C.F. FORSYTH, *Administrative Law*, op. cit., p. 416.

⁵⁹³ «*courts have extended the requirement of natural justice, namely the duty to act fairly, so that it is required of a purely administrative act*» è l'opinione di Lord Scarman in *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* [1985] AC 347, 407.

⁵⁹⁴ Si tratta dell'opinione di Lord Denning MR nel caso *Chief Constable of North Wales Police v. Evans* [1982] 1 WLR 1155, rigettata dalla *House of Lords*.

against a man to warrant his dismissal.»⁵⁹⁵. Per concludere che la decisione adottata nel caso fosse nulla si rese necessario riconoscere che il caso di specie ricadesse nell'ultima delle tre situazioni, in quanto, nelle prime due si sarebbe dovuta ammettere un'attenuazione dei principi della *fairness*.

Il principio viene ripreso e sviluppato successivamente nel caso *McInnes v Onslow-Fane*⁵⁹⁶ da Magarry VC. Il caso concerne la domanda presentata da un pugile al *Boxing Board of Control* per ottenere una licenza per praticare lo sport, la quale viene negata, senza che il pugile fosse previamente sentito sulla questione e senza alcuna motivazione apposta al provvedimento di diniego. Si tratta di una licenza a scadenza periodica che deve essere richiesta annualmente dai pugili professionisti e che in passato il pugile aveva sempre ottenuto. Il giudice, particolarmente preoccupato dall'evitare di sovrapporsi alle valutazioni che sono state operate dalla *Board*⁵⁹⁷, procede ad una distinzione che risulterà fondamentale nel successivo sviluppo della giurisprudenza. Si tratta della distinzione tra «*forfeiture cases*», dove un beneficio previamente esistente viene revocato, «*application cases*», dove si richiede l'attribuzione di un nuovo diritto o beneficio, ed «*expectation cases*», un gruppo intermedio, dove si richiede l'attribuzione di un diritto o beneficio, ma con la differenza che chi fa domanda vanta una «*legitimate expectation*» che il beneficio sarà attribuito a causa di qualcosa che è previamente accaduto. Pertanto procede a dichiarare che nei casi di *application* in circostanze normali non possono essere riconosciuti particolari obblighi procedurali non previsti dalla legge, mentre nei casi di *forfeiture* la situazione giuridica del privato è tale da permettere la piena applicazione dei principi della *natural justice*. Gli *expectation cases* vanno assimilati alla seconda categoria, pur appartenendo formalmente alla prima, imponendo all'amministrazione un obbligo di comportarsi correttamente più oneroso ai fini della decisione⁵⁹⁸.

⁵⁹⁵ *Ridge v Baldwin* [1964] AC 40, 6 per Lord Reid.

⁵⁹⁶ *McInnes v Onslow-Fane* [1978] 3 All ER 211.

⁵⁹⁷ «*I think that the courts must be slow to allow an implied obligation to be fair to be used as a means of bringing before the court for review honest decisions of bodies exercising jurisdiction over sporting and other activities which those bodies are far better fitted to judge than the courts. [...] The concepts of natural justice and the duty to be fair must not be allowed to discredit themselves by making unreasonable requirements and imposing undue burdens*», Sir Robert Megarry VC in *McInnes v Onslow-Fane* [1978] 3 All ER 211.

⁵⁹⁸ «*It seems plain that there is a substantial distinction between the forfeiture cases and the application cases. In the forfeiture cases, there is a threat to take something away for some reason: and in such cases, the right to an unbiased tribunal, the right to notice of the charges and the right to be heard in answer to the charges are plainly apt. In the application cases, on the other hand, nothing is being taken away, and*

Il riconoscimento di questa distinzione è fondamentale, in quanto permette di riconoscere la possibilità di imporre degli obblighi procedurali anche in situazioni rispetto alle quali gli individui non vantano alcun diritto in senso tradizionale, mentre in passato il principale riconoscimento di un *duty to act fairly* era stato riconosciuto in casi in cui poteva essere lesa il diritto di proprietà⁵⁹⁹. Inoltre la giurisprudenza ha interpretato l'esistenza di un'aspettativa legittima in senso particolarmente ampio, non solo ricomprendendovi elementi fattuali, ma soprattutto ammettendo che la stessa attività svolta dalla pubblica amministrazione possa essere tale da ingenerare nei soggetti terzi delle aspettative legittime⁶⁰⁰.

Definito l'ambito applicativo della *fairness* si può passare ad analizzare gli obblighi che impone all'amministrazione. Come visto precedentemente questa è nata come il recepimento nel diritto amministrativo della più generale *natural justice*, non sorprende dunque che gli obblighi imposti dalla *fairness* all'amministrazione tendano a corrispondere con quelli che la *natural justice* imponeva ai giudici, questi sono la *rule against bias* e il *right to a fair hearing*.

La *rule against bias* viene solitamente sintetizzata nel brocardo *nemo iudex in re sua*, secondo la quale nessuno può essere giudice in una causa che lo riguarda. L'evoluzione del principio ha portato alcuni problemi a causa dell'intreccio di funzioni giurisdizionali ed esecutive, ad esempio quando un'amministrazione svolge prima una funzione di amministrazione attiva adottando un atto, il quale, in caso di successivo *appeal*, viene scrutinato da soggetti non indipendenti rispetto al dipartimento che ha deciso. Pertanto una motivazione dell'atto particolarmente accurata poteva divenire uno

*in all normal circumstances there are no charges, and so no requirement of an opportunity of being heard in answer to the charges. Instead, there is the far wider and less defined question of the suitability of the application for membership or a licence. The distinction is well-recognised, for in general it is clear that the courts will require natural justice to be observed for expulsion from a social club, but not on an application for admission to it. The intermediate category, that of the expectation cases, may at least in some respects be regarded as being more akin to the forfeiture cases than the application cases; for although in form there is no forfeiture but merely an attempt at acquisition that fails, the legitimate expectation of a renewal of the licence or confirmation of the membership is one which raises the question of what it is that has happened to make the applicant unsuitable for membership or licence for which he was previously thought suitable», Sir Robert Megarry VC in *McInnes v Onslow-Fane* [1978] 3 All ER 211.*

⁵⁹⁹ Si veda P. LEYLAND, G. ANTHONY, *Textbook on Administrative Law*, op. cit., p. 396.

⁶⁰⁰ Caso emblematico è stato *Attorney-General for Hong Kong v Ng Yuen Shiu*, [1983] 2 AC 629, ove l'amministrazione di Hong Kong aveva dichiarato pubblicamente che gli immigrati irregolari presenti nel paese che si fossero presentati spontaneamente alle autorità sarebbero stati sottoposti ad un procedimento equo, al fine di valutare la possibilità di rilasciare un permesso di soggiorno. Le dichiarazioni hanno attirato molti immigrati che si sono presentati, con l'unico risultato di essere espulsi immediatamente e senza che un vero procedimento fosse in alcun modo aperto.

strumento per dimostrare l'assenza di un pregiudizio⁶⁰¹. Anche in vista delle previsioni dell'art. 6 della CEDU il *test* ora seguito dalla giurisprudenza è quello del *real danger*, che richiede non soltanto che il decisore sia imparziale, ma anche che appaia come tale, prima della decisione stessa⁶⁰². Ciò rende irrilevante la successiva motivazione.

Più interessante ai fini della motivazione è il diritto ad un *fair hearing*, che viene solitamente riassunto nel brocardo *audi alteram partem*, sulla cui base è stato costruito «*a kind of a code of fair administrative procedure*», permettendo di scrutinare la validità di decisioni che nella sostanza risultano perfettamente valide⁶⁰³. È infatti all'interno del *fair hearing* che la giurisprudenza tende a ricondurre più generalmente la questione dell'obbligo di motivazione.

IV. 5. Il *Fair hearing*.

«*A proper hearing must always include a fair opportunity to those who are parties in a controversy for correcting or contradicting anything prejudicial to their view*»⁶⁰⁴. Un'equa audizione può a suo volta essere scomposta in una serie di sottoprincipi che la regolano, i quali sono stati espressi da Lord Denning in nel caso *Kanda v. Government of Malaya*⁶⁰⁵: «*if the right to be heard is to be a real right which is worth anything, it must carry with it a right in the accused man to know the case which is made against him. He must know what evidence has been given and what statements have been made affecting him: and then he must be given a fair opportunity to correct or contradict them*».

⁶⁰¹ Va considerato che il criterio utilizzato in passato dalla giurisprudenza era quello della *real likelihood of bias*, rispetto al quale la motivazione poteva dimostrare l'assenza di un interesse personale nel caso. Si veda il caso *R. v. Camborne Justices ex p. Pearce* [1955] 1 QB 41.

⁶⁰² In un caso concernente un *ex* giudice dell'*Employment Appeal Tribunal* sono stati considerati incompatibili a giudicare i suoi *ex* colleghi ancora in funzione. Si veda *Lawal v. Northern Spirit Ltd.* [2003] UKHL 35.

⁶⁰³ La fonte del principio viene spesso rintracciata in origini divine, laddove Dio prima di cacciare Adamo dal giardino dell'Eden lo avrebbe interrogato. Altre volte viene richiamata una citazione di Seneca: «*quincunque aliquid statuerit parte inaudita altera, aequum licet statueri, haud aequus fuerit*» H.W.R. WADE, C.F. FORSYTH, *Administrative Law*, op. cit., p. 403.

⁶⁰⁴ Citazione di Lord Loreburn nel caso *Board of Education v. Rice*, ripresa in H.W.R. WADE, C.F. FORSYTH, *Administrative Law*, op. cit., p. 406.

⁶⁰⁵ *Kanda v. Government of Malaya* [1962] AC 322.

Tali principi sono stati, come sopra ricordato, elaborati in riferimento all'attività giurisdizionale, pertanto vanno in parte adattati al contesto dell'attività di amministrazione attiva.

Il primo dei principi è quello che viene definito *the right to notice and hearing*, con tale intendendosi l'obbligo di portare a conoscenza del destinatario le accuse che sono mosse nei suoi confronti, o, più in generale, tanto l'esistenza di un procedimento che lo riguarda, tanto le ragioni che ne hanno determinato l'apertura e che possono indurre all'adozione di un provvedimento sfavorevole. Pertanto non è stato ritenuto legittimo il licenziamento di un ufficiale di polizia sulla base di accuse concernenti la sua vita privata che non gli erano state previamente contestate⁶⁰⁶, né il mancato rinnovo di una licenza ad un tassista a causa della carenza di requisiti fisici, documentata da un fascicolo medico la cui esistenza gli era ignota⁶⁰⁷, né, ancora, il provvedimento con cui è stato iscritto in un individuo nel registro pubblico dei pedofili sulla base di accuse che non gli erano state contestate⁶⁰⁸.

Si tratta di problemi che la legge n. 241/1990 risolve in parte tramite l'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento di cui all'art. 7, il quale impedisce che il destinatario venga a conoscenza del procedimento soltanto al momento dell'adozione del provvedimento finale.

Il secondo, definito *the right to know the opposite case*, riguarda più strettamente la questione delle *evidence*, cioè prove poste alla base della decisione. Nel gergo del procedimento amministrativo è più corretto riferirsi al materiale istruttorio raccolto, anche se l'accento ricade in particolare su quei documenti o sulle dichiarazioni rilasciate da testimoni o periti, le quali possono essere poste a sostegno dell'*opposing case*, potendo comportare l'adozione di un provvedimento sfavorevole. Pertanto non è stato ritenuto legittimo il licenziamento di un poliziotto, al quale era stata concessa un'udienza in cui gli erano contestato alcuni addebiti, in quanto questi erano stati basati su un *report* previamente redatto da una *board of inquiry* che non gli è mai stato rivelato⁶⁰⁹. In un caso simile la decisione di un *Industrial Injuries Commissioner* era stata basata su un *report* di un perito indipendente, che non è mai stato notificato al

⁶⁰⁶ *Chief Constable of the North Wales Police v. Evans* [1982] 1 WLR 1155 e più in generale per la giurisprudenza si veda H.W.R. WADE, C.F. FORSYTH, *Administrative Law*, op. cit., p. 426-429.

⁶⁰⁷ *R. v. Assistant Metropolitan Police Commissioner ex p. Howell* [1986] RTR 52.

⁶⁰⁸ *R. v. Norfolk CC Social Services Department ex p. M.* [1989] QB 619.

⁶⁰⁹ *Kanda v. Government of Malaya* [1962] AC 322.

destinatario, il quale è venuto a conoscenza dello stesso soltanto a procedimento concluso⁶¹⁰.

La questione può riguardare anche casi in cui un individuo ha una conoscenza soltanto parziale degli addebiti che gli sono mossi. In un caso è stata ritenuta nulla la decisione di un ministro basata in parte su addebiti che erano stati prontamente contestati, nonché, per l'altra parte, sulla base di addebiti ed elementi che sono stati resi noti al destinatario del provvedimento soltanto successivamente alla decisione, sulla base di dichiarazioni che il ministro ha reso in un dibattito pubblico⁶¹¹. Lo stesso è accaduto in riferimento ad un *tribunal* che ha prima contestato uno specifico addebito ad un individuo, per poi, nel corso dell'audizione orale, avendo acquisito ulteriori elementi, modificare gli stessi addebiti che erano stati formulati ed adottare una decisione sfavorevole su basi sostanzialmente diverse⁶¹². Comunque non si ritiene necessario rivelare informazioni che possono essere in contrasto con interessi pubblici particolarmente rilevanti, quali i nominativi e le trascrizioni complete di conversazioni ottenute tramite intercettazioni⁶¹³. In alcuni casi espressamente previsti dalla legge si ritiene peraltro possibile evitare di pubblicare elementi di prova adottando la *special advocate procedure*⁶¹⁴.

Gli elementi probatori devono essere notificati entro un tempo ragionevole ai soggetti per i quali possono essere rilevanti, permettendo loro di preparare commenti e difese. Pertanto non si può ritenere legittima una decisione fondata su elementi svelati al destinatario soltanto all'ultimo momento⁶¹⁵. Non lo è nemmeno quella adottata a seguito di un'inchiesta che può aver leso la pubblica immagine di un soggetto, in quanto interrogato pubblicamente su alcuni fatti di cui non era previamente a conoscenza non è riuscito a fornire una pronta risposta⁶¹⁶.

⁶¹⁰ *R. v. Deputy Industrial Injuries Commissioner ex p. Jones* [1962] 2 QB 677.

⁶¹¹ *Maradana Mosque Trustees v. Mahmud* [1967] 1 AC 13.

⁶¹² *R. v. Industrial Injuries Commissioner ex p. Howarth* [1968] 4 KIR 612.

⁶¹³ *R. v. Gaming Board for Great Britain ex p. Benaim and Khaida* [1970] 2 QB 417.

⁶¹⁴ Si tratta di una procedura che è attivata in caso di interessi pubblici particolarmente rilevanti, i quali possono essere lesi dalla pubblicità delle informazioni del procedimento. L'*Attorney-General* nomina uno *special advocate* a cui la legge consente di rappresentare il destinatario del provvedimento. Lo *special advocate* è pertanto tenuto a prendere le difese del suo assistito, esercitando i poteri e producendo le osservazioni che la legge consente a quest'ultimo, senza che egli sia presente. Si veda H.W.R. WADE, C.F. FORSYTH, *Administrative Law*, op. cit., p. 431.

⁶¹⁵ *R. v. Thames Magistrates' Court ex p. Polemis* [1974] 1 WLR 1371.

⁶¹⁶ *Mahon v. Air New Zealand Ltd.* [1984] AC 808.

Rispetto agli elementi che vengono proposti rimane necessario riconoscere un diritto di prendere visione e di presentare elementi a proprio favore tramite una *cross-examination*. Non è stata ritenuta valida la decisione adottata sulla base di testimonianze di soggetti che il destinatario della decisione non ha potuto interrogare, in quanto l'amministrazione ha sostenuto sarebbe stato particolarmente difficoltoso reperire il soggetto in questione⁶¹⁷. Ancora, non è stata ritenuta legittima la prassi di negare al destinatario della decisione la possibilità di interrogare i suoi stessi testimoni che hanno rilasciato pubblicamente delle dichiarazioni in contrasto con quelle rilasciate privatamente⁶¹⁸. In un altro caso il provvedimento di distruzione di una certa quantità di cibo non è stato ritenuto valido perchè basato su un *report* di un unico perito, mentre non è stata data la possibilità per i soggetti interessati di far esaminare il cibo distrutto dai propri periti⁶¹⁹.

Solitamente l'audizione di chi ha interesse a prendere visione delle prove e ad esaminarle viene concessa oralmente⁶²⁰. Tenzialmente si ammette comunque l'ammissibilità del procedimento che permette al destinatario di replicare unicamente per iscritto, a patto che gli sia comunque concessa la possibilità di esaminare previamente il materiale probatorio. Inoltre si riconosce una certa discrezionalità all'amministrazione procedente nella scelta delle modalità che rendano meno onerosa l'istruttoria, sulla base di una *cost-benefit analysis*⁶²¹.

Anche in Inghilterra si ammette pacificamente che le disposizioni concernenti l'ammissibilità ed il valore probatorio delle prove in un processo, espressione di una funzione giurisdizionale, non trovino applicazione nel procedimento amministrativo⁶²². Inoltre alcuni procedimenti previsti dalla legge sono retti dal principio dell'informalità, pertanto non si richiede la rigida osservanza dei criteri sopra indicati⁶²³. Rimane comunque valida l'osservazione che il procedimento amministrativo nel diritto inglese

⁶¹⁷ *R. v. Hull Prison Visitors ex p. St Germain* (No. 2) [1979] 1 WLR 1401.

⁶¹⁸ *R. v. Gartree Prison Visitors ex p. Mealy*, *The Times*, 14 November 1981.

⁶¹⁹ *Errington v. Wilson* *the Times*, 2 June 1995.

⁶²⁰ «an oral hearing is most obviously necessary to achieve a just decision in a case where facts are the issue», *R. (West) v. Parole Board* [2005] UKHL 1.

⁶²¹ *Johns v. Release on Licence Board* (1987) 9 NSW LR 103.

⁶²² *Mahon v. Air New Zealand Ltd.* [1984] AC 808.

⁶²³ Ad esempio le audizioni della *Commission for Racial Equality*, in *R. v. Commission for Racial Equality ex p. Cottrell & Rothon* [1980] 1 WLR 1580. Oppure l'esercizio di poteri di attività amministrativa da parte della *Crown Court* nella concessione di licenze, in *Kavanagh v. Chief Constable of Devon and Cornwall* [1974] QB 624.

ha una forte matrice avversaria piuttosto che inquisitoria, tra una parte pubblica, portatrice di interessi pubblici, ed una parte privata, portatrice di interessi suoi propri. Si percepisce immediatamente la distanza dal modello italiano, ove la legge n. 241/1990 si preoccupa di garantire diritto d'accesso e diritto di partecipazione al procedimento, in quanto la disciplina inglese vede il suo punto focale nell'elemento probatorio, tramite l'attribuzione di un vero e proprio onere della prova sulle parti.

Se questo modello fosse pienamente accolto sarebbe necessario un generale obbligo di motivazione sul modello di quello della sentenza. Una motivazione che dia atto delle prove poste a fondamento della decisione e che, in caso di elementi di prova in contrasto tra loro, dia atto della corretta applicazione da parte del giudice dei criteri di valutazione imposti dal codice. Invece nulla di tutto ciò si verifica nel diritto inglese.

IV. 6. La motivazione come corollario del *fair hearing*.

La motivazione viene solitamente inquadrata tra i sottoprincipi che compongono il *fair hearing*, nonostante si riconosca univocamente che allo stato attuale non sussista un generale obbligo di motivazione dell'atto amministrativo.

Considerati gli sviluppi piuttosto recenti del diritto amministrativo inglese e del *fair hearing*, anche i casi in cui il problema dell'obbligo di motivazione è venuto ad essere in questione sono piuttosto recenti. La dottrina sviluppa con particolare enfasi, *de iure condendo*, la necessità di un obbligo generale di motivazione: «*a right to reasons is therefore an indispensable part of a sound system of judicial review. [...] The giving of reasons is required by the ordinary man's sense of justice. It is also a healthy discipline for all who exercise power over others*»⁶²⁴.

Nella giurisprudenza invece si registrano pochi e sporadici casi in cui si riconosce l'importanza dell'obbligo di motivazione. Il primo solitamente individuato dalla dottrina è *Regina v. Civil Service Appeal Board, Ex Parte Cunningham* del 1991⁶²⁵, concernente il licenziamento di un organo del corpo della polizia penitenziaria sulla

⁶²⁴ «*unless the citizen can discover the reasoning behind the decision, he may be unable to tell whether it is reviewable or not, and so he may be deprived of the protection of the law*», in H.W.R. WADE, C.F. FORSYTH, *Administrative Law*, op. cit., p. 436.

⁶²⁵ *Regina v. Civil Service Appeal Board, Ex Parte Cunningham* [1991] 4 All ER 310.

base di accuse di assalto nei confronti di un detenuto. Il poliziotto appella la decisione a causa della mancanza di motivazione e la *Civil Service Board*, un organo di natura amministrativa e non giurisdizionale, competente a decidere sull'appello proposto, in prima battuta ritiene la decisione *unfair*. Non essendo munita del potere di reintegrare in servizio il dipendente, propone questa soluzione all'*Home Office* che aveva disposto il licenziamento. In seguito al rifiuto di reintegrare in servizio il dipendente, obbliga l'*Home Office* al pagamento di una irrisoria somma di denaro a titolo di risarcimento del danno. È a questo punto che il poliziotto esperisce la procedura di *judicial review* di fronte ad una *court* che ritiene la decisione invalida. Il ragionamento seguito dalla *court* è quello usato per ogni altro elemento della *fairness*: «*when a statute has conferred on any body the power to make decisions affecting individuals, the court will not only require the procedure prescribed by statute to be followed, but will readily imply so much and no more to be introduced by way of additional procedural standards as will ensure the attainment of fairness*». Tuttavia si riconosce immediatamente che la motivazione viene ad esplicare effetti in un momento successivo rispetto al *fair hearing*, pertanto si viene a trovare in una posizione peggiore rispetto agli altri principi che la compongono. Quindi la corte distingue due diverse motivazioni. Il primo è l'obbligo di motivare nei confronti del destinatario della decisione, che se non osservato determina l'invalidità dell'atto. Non vi è un generale obbligo di motivare rispetto ad elementi o prove di cui l'individuo è già a conoscenza, in quanto ha previamente partecipato al procedimento e gli è stato garantito un *fair hearing*⁶²⁶. Pertanto in questo caso la corte, più che imporre un vero e proprio obbligo di motivazione sembra addirittura scardinare in parte il principio del *fair hearing*, ammettendo che alcuni elementi di cui il privato doveva essere a conoscenza durante il procedimento possano essergli notificati soltanto a procedimento concluso tramite la motivazione della decisione.

La seconda è la motivazione che deve essere resa dall'amministrazione alla corte attraverso le memorie difensive. La questione non va sottovalutata in quanto emergono alcune difficoltà che sono estranee al processo amministrativo italiano. Il codice del processo amministrativo impone all'amministrazione resistente l'obbligo di produrre l'atto impugnato⁶²⁷, rispetto al quale il giudice si limiterà ad accertare che la

⁶²⁶ Si veda P. LEYLAND, G. ANTHONY, *Textbook on Administrative Law*, op. cit., p. 410.

⁶²⁷ Dispone l'art. 46, c. 2 del codice del processo amministrativo: "L'amministrazione, entro il termine di cui al comma 1, deve produrre l'eventuale provvedimento impugnato, nonché gli atti e i documenti in

motivazione sia stata redatta e possa essere considerata sufficiente, salvi eventuali vizi ulteriori dell'atto. La *court* invece è chiamata ad un diverso tipo di controllo: accertare che un elemento necessario per la decisione sia stato previamente a conoscenza del destinatario della stessa, oppure che sia stato poi oggetto di specifica motivazione. Accertare la previa conoscenza di questi elementi e il fatto che sia stato assicurato il *fair hearing* non è però una questione che può essere risolta sulla base della motivazione stessa, la quale interviene solo a posteriori nel rapporto tra le parti. Pertanto la *court* sottolinea che quando è stato concesso il permesso (*leave*) per esperire la procedura di *judicial review*, all'amministrazione avrebbe fatto capo un secondo e diverso obbligo di motivazione verso la stessa corte. La carenza di questo tipo di motivazione non determina in ogni caso l'invalidità dell'atto, ma dispiega i suoi effetti esclusivamente in termini probatori nel processo. Pertanto la stessa *court* tiene ferma la distinzione propria anche del modello italiano tra la motivazione, come elemento formale dell'atto, e le memorie difensive da rendere in giudizio.

Il secondo caso solitamente citato è *Regina v. Secretary of State for the Home Department ex parte Doody and others* del 1994⁶²⁸, si tratta del caso che probabilmente ha maggiormente influito sulla successiva giurisprudenza. Il caso concerne un gruppo di condannati a pena detentiva. La durata della pena da scontare per ottenere la liberazione anticipata è divisa in due parti. La prima è una *penal component*, determinata un organo di natura amministrativa, l'*Home Office*, sulla base del parere che era dato dal *trial judge*. La seconda parte è determinata dall'*Home Office* in misura ampiamente discrezionale, in base a criteri generali fissati dalla legge. Nel caso di specie l'*Home Office* non si è attenuto al parere dei *trial judge*, aumentando il periodo di tempo previsto e senza alcuna espressa motivazione. Si legge nelle parole di Lord Mustill: «*It is not, as I understand it, questioned that the decision of the Home Secretary on the penal element is susceptible to judicial review. To mount an effective attack on the decision, given no more material than the facts of the offence and the length of the penal element, the prisoner has virtually no means of ascertaining whether this is an instance where the decision-making process has gone astray. I think it is important that there*

base ai quali l'atto è stato emanato, quelli in esso citati e quelli che l'amministrazione ritiene utili al giudizio».

⁶²⁸ *Regina v. Secretary Of State For The Home Department Ex Parte Doody And Others*, [1994] 1 AC 531.

should be an effective means of detecting the kind of error which would entitle the court to intervene, and in practice I regard it as necessary for this purpose that the reasoning of the Home Secretary should be disclosed. If there is any difference between the penal element recommended by the judges and actually imposed by the Home Secretary, this reasoning is bound to include, either explicitly or implicitly, a reason why the Home Secretary has taken a different view»⁶²⁹. La soluzione è pertanto quella di ritenere il parere non vincolante, ma di riconoscere la possibilità di disattenderlo soltanto sulla base di una specifica motivazione.

Il terzo caso che si ritiene dare atto dello stato attuale dell'obbligo di motivazione è *Regina v. Ministry Of Defence Ex Parte Colin James Murray* del 1997⁶³⁰. Nella decisione del caso, concernente un ufficiale dell'esercito condannato a scontare una pena detentiva, Lord Bingham CJ, pur negando l'esistenza di un generale obbligo di motivazione, svolge un ragionamento piuttosto elaborato su quei casi in cui può comunque ritenersi necessaria. La prima categoria concerne i casi in cui non è previsto alcun *appeal* rispetto alla decisione. Si tratta di casi in cui è preferibile imporre l'obbligo di motivazione per ragioni di *accountability*, nei quali l'unica strada concessa all'individuo per conoscere le ragioni della decisione è quella giurisdizionale. Il secondo ordine di casi concerne l'interesse del soggetto destinatario. Tanto maggiore è il riconoscimento e la tutela che l'ordinamento offre ad uno specifico interesse, tanto la sua lesione dovrebbe essere garantita da una congrua motivazione. La terza categoria concerne la funzione svolta, infatti quando l'amministrazione agisce in funzione giustiziale sarebbe opportuno prondendere per imporre una motivazione.

Si tratta di un orientamento ben lontano da quello che alla fine degli anni '90 parte della dottrina auspicava in riferimento all'evoluzione del diritto amministrativo inglese⁶³¹. Al contrario la giurisprudenza non solo non sembra aver imposto un generale obbligo di motivazione, ma sembra aver evitato accuratamente di selezionare quali specifici atti richiedano una motivazione, mentra sembra essersi assestata unicamente

⁶²⁹ *Regina v. Secretary Of State For The Home Department Ex Parte Doody And Others*, [1994] 1 AC 531, 565.

⁶³⁰ *Regina v. Ministry Of Defence Ex Parte Colin James Murray* [1997] EWHC Admin 1136.

⁶³¹ «Pur senza voler trarre conclusioni affrettate, ci sembra di poter ritenere che il principio della motivazione degli atti amministrativi stia superando la sua dimensione di topico per divenire qualcosa di più concreto, di giustiziabile, e in prospettiva un formante, come del resto è accaduto per gli ordinamenti continentali», in R. SCARCIGLIA, *La motivazione dell'atto amministrativo. Profili ricostruttivi e analisi comparatistica*, op. cit., p. 153.

sullo sviluppo dei principi della *natural justice*. Non vi sono specifici motivi che richiedono una motivazione a pena di invalidità, vi sono soltanto situazioni in cui il giudice risulta particolarmente sensibile alla questione. Questi sono stati raggruppati dalla dottrina in categorie.

La prima concerne «*the decisions that appear aberrant without reasons have to be explained, so that it may be judged whether the aberration is real or apparent*»⁶³². La dottrina vi ricomprende casi in cui vi può essere una disparità di trattamento. Ad esempio quando ad un dipendente è stato riconosciuto il potere di appello ad un organo non tenuto a motivare, mentre soggetti che si trovavano in una posizione sostanzialmente simile potevano ricorrere ad un *tribunal* obbligato dalla legge a motivare. Oppure vi si ricomprendono casi relativi ad un'aspettativa legittima. Tra questi il caso in cui un ministro ha prima adottato delle linee guida per poi decidere in maniera difforme. O ancora il caso in cui un organo dell'amministrazione sanitaria ha disatteso le linee guida, seppure non vincolanti, del *National Health Service Executive*, a cui era sottoposto⁶³³.

La seconda categoria concerne gli interessi individuali coinvolti. Per cui è stato sostenuto che vi sono casi in cui gli interessi coinvolti sono «*so highly regarded by the law that fairness requires that reasons [...] be given as of a right*»⁶³⁴. Non è però chiaro quali interessi effettivamente siano tali da obbligare a motivare. Spesso ci si riferisce al diritto di proprietà in casi concernenti l'adozione di strumenti urbanistici. Altre volte in riferimento al diritto di cittadinanza, in procedimenti concernenti la naturalizzazione o all'espulsione di individui⁶³⁵. Nel recente caso *Mallak v Minister for Justice, Equality and Law Reform*⁶³⁶, concernente il diniego di un *certificate of naturalization* richiesto da un cittadino siriano, la corte ha ritenuto invalido il provvedimento negativo nonostante la legge riconosca all'autorità procedente un'*absolute discretion* riguardo la concessione o meno del titolo. La legge non prevede un meccanismo di appello, ma permette al cittadino di reiterare la richiesta. La mancata apposizione della motivazione al provvedimento non avrebbe però permesso all'individuo di eliminare quelle ragioni

⁶³² H.W.R. WADE, C.F. FORSYTH, *Administrative Law*, op. cit., p. 437.

⁶³³ Per la giurisprudenza si veda H.W.R. WADE, C.F. FORSYTH, *Administrative Law*, op. cit., p. 438.

⁶³⁴ *R. v. Higher Education Funding Council ex parte Institute Of Dental Surgery* [1994] 1 ALL ER 651.

⁶³⁵ Si veda S. HALLIDAY, *Judicial Review and Compliance with Administrative Law*, Hart Publishing, 2004, p. 146.

⁶³⁶ *Mallak v Minister for Justice, Equality and Law Reform* [2012] IESC 59.

ostative che gli hanno precluso in prima battuta l'ottenimento del *certificate*, le quali si sarebbero probabilmente successivamente ripresentate⁶³⁷.

Una terza categoria viene individuata in riferimento a questioni probatorie, non trattandosi di un vero e proprio obbligo. Quando in giudizio tutti gli elementi fanno presumere che la decisione presa sia in realtà viziata, la motivazione apposta dall'organo decidente può convincere il giudice della soluzione contraria. In questo caso la carenza della motivazione non è sicuramente in grado da sola di viziare l'atto⁶³⁸.

L'ultima categoria concerne la successiva possibilità di proporre appello. In questo senso emerge chiaramente la funzione di garanzia che la motivazione svolge. Se, come indicato precedentemente, una decisione non può essere successivamente oggetto di *appeal*, diviene opportuno che la questa sia motivata, al fine di permettere all'individuo di valutare le possibilità di un successivo ricorso. Tuttavia esistono, seppure in casi eccezionali, poteri di natura amministrativa che non possono essere oggetto di *judicial review*, in questi casi pertanto ben si ammette che non è necessaria alcuna motivazione venendo meno la strumentalità necessaria rispetto al successivo controllo giurisdizionale⁶³⁹.

Un ulteriore elemento che viene posto in evidenza concerne l'adeguatezza della motivazione. In molti casi in cui la legge o la giurisprudenza considerano come necessaria la motivazione, questa tende ad essere controbilanciata da altri elementi che rendono ammissibili delle *brief reasons*. Ad esempio sono state ritenute adeguate quanto il *Secretary of State* ha adottato una decisione alla fine di consultazioni piuttosto complesse sulla possibilità di aumentare il rumore prodotto dagli aerei a *Heathrow*⁶⁴⁰. Oppure in un altro caso è stata ritenuta sufficiente una motivazione particolarmente succinta in riferimento al rifiuto di finanziamento di una proposta, in quanto, in ottica comparativa, è stato semplicemente osservato che sembrava meno promettente rispetto alle altre proposte⁶⁴¹.

⁶³⁷ L. JOYCE, *Duty to give reasons for administrative decisions*, in www.lexology.com, 2013.

⁶³⁸ «*if all the other known facts and circumstances appear to point overwhelmingly in favour of a different decision, the decision-maker, who has given no reasons, cannot complain if the court draws the inference that he had no rational reasons for his decision*», Lord Keith in *R. v. Secretary for Trade and Industry ex parte Lonrho plc* [1989].

⁶³⁹ C. FORSYTH, I. HARE, *The Golden Metwand and the Crooked Cord: Essays in Honour of Sir William Wade QC*, London, Clarendon Press, 1998, p. 183.

⁶⁴⁰ *R. v. Secretary of State for Transport ex p. Richmond-upon-Thames LBC* (No. 4) [1996] 4 All ER 903.

⁶⁴¹ *R. (Asha Foundation) v. The Millennium Commission* [2003] EWCA.

In conclusione di questo paragrafo sembra opportuno sottolineare che la motivazione tende ancora ad avere, nel diritto inglese, una posizione ancillare rispetto al più generale *fair hearing*, e, in mancanza di una espressa previsione di legge, è difficile riconoscere la necessità della motivazione come elemento formale dell'atto, mentre più spesso questa tende a rilevare in termini di prova processuale: se il giudice è in grado di desumere l'intrinseca correttezza della decisione adottata, la mancata apposizione della motivazione tende ad essere irrilevante, salvo pochissimi casi in cui il giudice ha sviluppato una maggiore sensibilità per la tutela delle posizioni degli individui. Qualora invece la decisione presenti altri vizi di origine sostanziale, la mancata apposizione della motivazione può divenire uno strumento per fondare l'apprezzamento del giudice. Che un giudice rilevi unicamente la carenza di motivazione come vizio invalidante rappresenta qualcosa di ancora estraneo al diritto amministrativo inglese.

Un'ulteriore considerazione concerne il fatto che, ancorando la motivazione alla questione del *fair hearing*, rimangono sicuramente fuori dalla sua portata tutti quegli atti che non sono direttamente in grado di incidere nella sfera giuridica del destinatario. La mancata previsione di un obbligo elaborato intorno alla categoria del provvedimento, a differenza di quanto avviene nel diritto italiano, non ha pertanto condotto a risultati particolarmente distanti da questo, rimanendo comunque esclusi dall'obbligo atti di natura normativa o di portata generale.

IV. 7. La mancanza della motivazione come vizio dell'atto.

Nel precedente paragrafo si è dato atto della casistica in cui il giudice sia maggiormente propenso a rilevare la mancanza della motivazione. Come detto si tratta di casi in cui spesso la carenza della motivazione concorre con un vizio di natura sostanziale. Il risultato è che il giudice può dichiarare l'invalidità dell'atto sulla base del vizio di natura sostanziale, disinteressandosi di esaminare anche il problema della mancanza della motivazione.

Tuttavia può accadere, diversamente, nei casi in cui l'obbligo di motivazione sia imposto dalla legge o dalla *fairness*, che il giudice si trovi a riconoscere l'intrinseca correttezza della soluzione adottata, mentre rilevi che vi è stata una deficienza

dell'apparato motivazionale. In questo caso il problema è quello di capire quali sono gli effetti che possono derivare dalla mancanza della motivazione.

Va prima di tutto sottolineato che la giurisprudenza non ha degli orientamenti univoci sul punto e non è facile determinare dei principi applicabili ad ogni caso. Basti considerare che per l'esperimento di diversi rimedi giurisdizionali è necessario un atto proveniente dallo stesso giudice (*permission/view*) che può legittimamente essere rifiutato su base discrezionale. A tal proposito nuovi problemi sono stati originati dal recente *Criminal Justice and Courts Act* del 2015, la cui *section 84* preclude alla *High Court* di concedere un rimedio se sembra “*highly likely that the outcome for the applicant would not have been substantially different if the conduct complained of had not occurred*”, a meno che non ricorrano “*reasons of exceptional public interest*”. Secondo taluni ciò avrebbe scardinato il vecchio orientamento secondo cui anche in caso di atti interamente vincolati sarebbe obbligatorio motivare, mentre secondo altri la motivazione potrebbe essere proprio qualificata tra le ragioni eccezionali che permetterebbero la concessione di un rimedio⁶⁴².

Gli orientamenti della giurisprudenza riguardo gli effetti prodotti dalla carenza della motivazione possono essere raggruppati per categorie. Un primo ordine di casi, e si tratta della categoria più frequente, conclude necessariamente con il riconoscimento della nullità (*void*) dell'atto, che viene annullato (*quashed, rectius* dichiarato nullo). Ciò sul presupposto che la motivazione è un elemento formale dell'atto, pertanto nel momento in cui questa viene imposta dalla legge non si può ammettere la validità dell'atto in carenza dello stesso. Questa impostazione fa leva sulla funzione di garanzia della motivazione per precludere ogni successiva integrazione, infatti l'atto va considerato valido o meno così com'è al momento della sua adozione. Si tratta di un approccio particolarmente formalista che tende ad avere forti analogie con il modello sostenuto nel diritto dell'Unione Europea⁶⁴³.

⁶⁴² Alcuni distinguono tra un la presenza di un *error of law* rispetto alla semplice carenza della motivazione. Si veda M. ELLIOTT, *The duty to give reasons and the new statutory “makes no difference” principle*, in <https://publiclawforeveryone.com>, 2016.

⁶⁴³ Tra i casi di questo tipo: *Ermakov, R (on the application of) v Westminster City Council* [1995] EWCA; *Alexander Machinery (Dudley) Ltd -V- Crabtree* [1974] ICR 120; *R. (Wall) v. Brighton and Hove City Council* [2004] EWHC 2592; *R. (Richards) vl Pembrokeshire CC* [2004] EWCA Civ. 1000.

La seconda impostazione, che soprattutto recentemente ha riscosso un certo seguito, consiste nel dichiarare l'atto nullo a causa di un *error of law*⁶⁴⁴. La figura sembra configurare la carenza della motivazione come carenza dello stesso materiale istruttorio utilizzato ai fini della decisione, evocando pertanto quella figura di motivazione sostanziale che appare spesso nelle pronunce dei giudici italiani⁶⁴⁵. La giurisprudenza in alcuni casi ha comunque sottolineato che la carenza della motivazione da sola non potrebbe essere in grado di indurre ad un *error of law*.

La terza impostazione consiste nell'impossibilità di rilevare la nullità dell'atto. Trattandosi di un requisito meramente formale può unicamente essere ottenuta una condanna dell'amministrazione precedente ad integrare l'atto che è stato emanato in mancanza di tutti i suoi requisiti essenziali. Non si tratta comunque di un orientamento particolarmente seguito in giurisprudenza⁶⁴⁶.

Una quarta impostazione consiste nel permettere la successiva integrazione in giudizio. Pertanto l'amministrazione che in giudizio motivi correttamente e dimostri che non vi è stato alcun errore sostanziale può evitare di incorrere in una pronuncia di invalidità dell'atto. Questo orientamento sembra coerente con le considerazioni precedentemente indicate dalla giurisprudenza inglese sulla motivazione come elemento probatorio in giudizio, piuttosto che come un vero e proprio elemento formale del provvedimento⁶⁴⁷. In alcuni casi questo orientamento è stato sostenuto quando si sono verificati degli errori materiali nella motivazione, i quali risultano chiaramente alle parti e sono così stati modificati, senza necessità di invalidare l'atto. La dottrina tende a concordare sul fatto che «*where the reasoning of the decision-maker is exemplary but the account given of that reasoning is defective, it is appropriate to allow the error to be*

⁶⁴⁴ L'*error of law* è riconducibile alla più ampia categoria dell'*error outside jurisdiction*. Si tratta di un limite all'attribuzione di poteri discrezionali ad un determinato soggetto, il quale deriva dall'estensione della dottrina dell'*ultra vires* a casi di cattivo esercizio di potere. Essenzialmente il soggetto che esercita non correttamente un potere che gli è concesso dal Parlamento si sta comunque muovendo al di fuori dei poteri di cui è munito, pertanto si usa dire che non è munito di *jurisdiction*. Nonostante la terminologia evochi l'idea di una sorta di incompetenza, la figura dell'*error of law* è più simile all'eccesso di potere di origine continentale. Si veda H.W.R. WADE, C.F. FORSYTH, *Administrative Law*, op. cit., pp. 211-225.

⁶⁴⁵ Tra i casi di questo tipo: *Mountview Court Properties Ltd v Devlin* [1970] 21 P&CR 689; *Poyser and Mills' Arbitration RE* [1964] 2 QB 467, *Queensway Housing Association Ltd v Chiltern, Thames and Eastern Rent Assessment Committee* [1998] 31 HLR 945.

⁶⁴⁶ *Brayhead (Ascot) Ltd v Berkshire CC* [1964] QB 303.

⁶⁴⁷ Tra i casi di questo tipo: *R. (on the application of Jackson) v Parole Board* [2003] EWHC 2437; *R. (on the application of B) v Merton LBC* [2003] 4 All ER 280.,

set right provided that is done soon afeter the error is discovered. But this principle must be applied with caution»⁶⁴⁸.

Un ultimo tipo di casi è quello in cui è lo stesso giudice ad ordinare alla parte pubblica, sulla base dei poteri che gli sono concessi per la gestione del processo dalla *section 3* delle *Civil Procedure Rules*, di integrare la motivazione nel corso del processo. Questo orientamento è uno sviluppo di quello precedente sull'onere della prova. Nel caso di specie quando il giudice ritiene non provato un fatto e ritiene che l'onere di dimostrarlo ricada sulla parte pubblica può ordinare l'integrazione della motivazione nel corso del processo. Se questa non esegue o non riesce a dimostrare il fatto tramite una nuova motivazione del procedimento, allora il giudice dovrà considerare il fatto sprovvisto di prova e decidere favorevolmente alla parte che ha impugnato l'atto. Il problema di questa impostazione è, a monte, disciplinare l'onere della prova. In genere si ritiene che chi impugna l'atto deve dimostrare eventuali azioni in contrasto con la *fairness*. È dubbio in quale parte, in mancanza della motivazione, vi sarebbe un'inversione dell'onere della prova tale da porre in capo all'amministrazione resistente la dimostrazione del rispetto della *fairness*⁶⁴⁹.

In sostanza, mentre nell'ordinamento italiano tende ad essere più chiara la disciplina dei vizi della motivazione, sulla base della quale si aprono alcuni problemi di teoria generale sulla sua natura e configurazione, la disciplina dei vizi della motivazione nel diritto inglese presenta incertezze maggiori che sono dovute buona parte proprio alla difficoltà nell'elaborazione della teoria generale sull'obbligo di motivazione. Questo induce le corti ad esercitare un certo *self-restraint* nel sindacato degli atti dell'amministrazione.

⁶⁴⁸ H.W.R. WADE, C.F. FORSYTH, *Administrative Law*, op. cit., p. 442.

⁶⁴⁹ Tra i casi di questo tipo *R. v London Rent Assessment Committee Ex p. St George's Court* [1982] 265 EG 984. Più in generale per la giurisprudenza sui vizi della motivazione si veda S.H. BAILEY, *Cases, Materials and Commentary on Administrative Law*, London, Sweet & Maxwell, 2005, pp. 847-850.

Conclusioni

Alla luce delle considerazioni svolte nel Capitolo II si evince come la motivazione nel diritto italiano sia oggetto di un dibattito risalente nel tempo e ancora non interamente risolto. La motivazione è uno dei principali strumenti per comprendere la decisione e l'intero procedimento amministrativo, costituendo una porta attraverso cui esercitare il successivo sindacato giurisdizionale, il quale, tuttavia, non è limitato alla sola validità formale dell'atto. Nel Capitolo III è stata analizzata la disciplina della motivazione nel diritto dell'Unione Europea. Come è stato evidenziato, si tratta di un istituto nato insieme al Trattato della CECA e che cela una forte matrice internazionalistica, differente da quella degli ordinamenti nazionali e che giustifica un ambito applicativo più ampio. Il Capitolo IV esamina la disciplina della motivazione nel diritto inglese, ove la questione dell'obbligo di motivare gli atti amministrativi è più recente, ed è sorta in buona parte grazie all'apertura dell'ordinamento inglese al diritto internazionale e a quello dell'Unione Europea, nonché a quelli nazionali di *civil law* degli altri Stati Membri.

Dopo aver analizzato la disciplina della motivazione nel diritto italiano, quello dell'Unione Europea e quello inglese, diviene necessario cercare di evidenziare quelle affinità e divergenze tra gli istituti esaminati che rappresentano lo specifico oggetto di questo studio.

In riferimento alla fonte dell'obbligo di motivazione, il diritto italiano disciplina la motivazione all'interno della legge generale sul procedimento amministrativo, permettendo un saldo ancoraggio alla struttura procedimentale. Il principale risultato è quello di richiedere una motivazione che dia specificatamente atto dell'intero *iter* procedimentale, oltre che delle risultanze dell'istruttoria, pertanto un vizio della motivazione spesso rappresenta, prima ancora che un vizio formale dell'atto, un vizio dell'intero procedimento e costituisce figura sintomatica di un cattivo esercizio del potere. Nel diritto dell'Unione Europea, oltre che da strumenti di *soft law*, due distinti fasci di norme convergono per la disciplina della motivazione, nessuno dei quali si occupa al contempo anche del procedimento amministrativo. Da un lato, il TFUE è una fonte di diritto internazionale che si preoccupa di istituire una forma di *accountability* per l'operato delle istituzioni dell'Unione nei confronti sia degli Stati Membri, sia delle

altre istituzioni. Dall'altro, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea assolve principalmente alla funzione di garantire delle libertà fondamentali ai cittadini nei rapporti con le istituzioni dell'Unione, per cui il risultato è quello di configurare la stessa motivazione come un diritto fondamentale, piuttosto che come un obbligo procedimentale. In Inghilterra la fonte di obblighi speciali di motivazione è prevista in *statues*, concernenti soprattutto istituti di natura giustiziale (*tribunals*) o che tentano di evocarne la natura (*inquiries*), mentre la giurisprudenza esercita un controllo piuttosto blando, se comparato all'ordinamento italiano, sulla motivazione dell'atto come corollario della *fairness*.

Per quanto concerne l'ambito oggettivo dell'obbligo di motivazione, sia il diritto italiano che quello dell'UE lo costruiscono intorno ad una categoria di atto, il provvedimento nel primo caso e l'atto giuridico nel secondo. Tuttavia mentre il diritto italiano prevede alcune categorie che costituiscono espresse eccezioni all'obbligo generale, cioè gli atti normativi e quelli a contenuto generale, delle corrispondenti eccezioni non sono previste nel diritto dell'UE. In Inghilterra nei casi in cui la legge richiede espressamente un obbligo di motivazione, questo non viene imposto con riferimento ad un tipo di atto, quanto piuttosto ad uno specifico soggetto (*tribunals*), oppure ad uno specifico procedimento (*inquiries*).

Pertanto in riferimento agli atti da motivare il diritto dell'UE presenta l'ambito applicativo più ampio, quello inglese il più ristretto, limitato ai casi di obblighi specifici e quelli derivanti dalla *fairness*, mentre quello italiano si colloca in una posizione intermedia.

Più specificamente negli ordinamenti nazionali considerati, Inghilterra e Italia, non sussistono obblighi di motivazione per atti che non abbiano natura provvedimentale, sebbene in Italia sussista un obbligo concernente anche atti normativi di alcune autorità indipendenti, inoltre le incertezze di teoria generale sulla delimitazione della categoria del provvedimento si prestano a fungere da perno per interpretare l'ambito oggettivo dell'obbligo di motivazione in senso estensivo. Il diritto dell'UE invece non ha delle vere proprie eccezioni al generale obbligo di motivazione, pertanto devono essere motivati anche atti a contenuto generale, nonché atti normativi e legislativi. La peculiarità della posizione degli atti in grado di incidere direttamente e definitivamente nella sfera giuridica del destinatario riemerge comunque anche nel

diritto dell'Unione Europea, dove si tende a configurare un obbligo di motivazione più oneroso per questo tipo di atti.

L'obbligo di motivazione si lega quindi alla possibilità di impugnare l'atto in maniera particolarmente forte negli ordinamenti nazionali. In Italia ed Inghilterra infatti gli atti che devono essere motivati sono tendenzialmente anche impugnabili dal destinatario. Il diritto dell'Unione Europea prevede invece dei regimi di impugnazione differenziati: da un lato quello per gli individui, che è proponibile per atti che sarebbero tendenzialmente impugnabili anche negli ordinamenti nazionali, dall'altro quello concernente atti di portata generale, non impugnabili dai privati ma esclusivamente dai ricorrenti privilegiati.

A ciò si uniscono le considerazioni sul destinatario della motivazione. Da un lato, gli ordinamenti nazionali, richiedendo la motivazione esclusivamente per atti di natura provvedimentale, concepiscono una tendenziale coincidenza tra il destinatario dell'atto ed il destinatario della motivazione. Al contrario, nel diritto dell'Unione Europea anche gli Stati Membri e le Istituzioni sono destinatari della motivazione degli atti adottati, tanto che questi abbiano carattere provvedimentale, aggiungendosi alle posizioni del destinatario dell'atto, tanto che questi abbiano portata generale, rimanendo gli unici soggetti titolari della possibilità di contestare giudizialmente la corretta motivazione di un atto.

Da ciò emerge che gli ordinamenti nazionali configurano la motivazione in funzione essenzialmente di garanzia della posizione del privato, sebbene, di volta in volta, la legge sia in grado di imporre la realizzazione anche di altre funzioni che la motivazione svolge. Nel diritto dell'Unione Europea rimane preminente una funzione di trasparenza che l'atto svolge verso gli Stati Membri e le altre Istituzioni, ben potendo questi agire giudizialmente ed ottenere una pronuncia di invalidità anche nei casi in cui l'atto sia non correttamente motivato, seppure non in grado di incidere immediatamente nella sfera giuridica di soggetti terzi. Soltanto nei casi di *single case decision-making* si aggiunge, senza determinare una riduzione dell'importanza della funzione di trasparenza, anche una funzione di garanzia a tutela delle posizioni degli amministrati.

In riferimento alla concezione di motivazione, il diritto dell'UE aderisce ad una concezione particolarmente formale, non ammettendo mai l'integrazione successiva e qualificando eventuali vizi della motivazione quasi sempre come vizi dell'atto stesso.

L'Italia rispetto al passato ha abbandonato una concezione accentuatamente formale, oscillando tra una concezione formale e una sostanziale. Tendenzialmente non si ammette l'integrazione successiva, salvo qualche caso costituente eccezione alla regola generale, in cui questa viene ammessa, facendo leva su profili di economicità ed efficienza dell'attività amministrativa, in quanto una pronuncia di invalidità potrebbe non essere concretamente utile per il ricorrente. Vizi di incongruità, irragionevolezza, illogicità, contraddittorietà ed insufficienza della motivazione tendono comunque ad essere considerati figure sintomatiche dell'eccesso di potere piuttosto che vizi della motivazione da ricondurre alla violazione di legge. In Inghilterra nei casi in cui un obbligo di motivazione effettivamente sussiste, questo viene interpretato in senso accentuatamente sostanziale, pertanto vi è una scarsa propensione a pronunciare l'invalidità dell'atto soltanto sulla base della mera mancata apposizione della motivazione sull'atto o della sua irregolarità, mentre questa tende a rilevare essenzialmente in termini probatori rispetto alla correttezza della scelta concretamente adottata.

Nel diritto dell'UE dalla concezione formale discende che il giudizio di impugnazione è prevalentemente un giudizio sull'atto, mentre in Italia ed in Inghilterra il giudizio sull'atto tende ad essere più ampio, abbracciando l'intero rapporto giuridico soggettivo oggetto di controversia.

Per finire sembra utile evidenziare quali possano essere i principali vantaggi e svantaggi di un modello piuttosto che un altro. Quello del diritto dell'Unione Europea è probabilmente quello che offre i migliori risultati in termini di certezza del diritto, infatti l'imposizione dell'obbligo di motivazione a tutti gli atti giuridici permette agli amministratori di attendersi una motivazione per tutte le questioni che li riguardino individualmente, senza permettere all'istituzione adottante di esonerarsi dal motivare sulla base di questioni dipendenti dalla natura dell'atto. Si tratta però di un modello particolarmente oneroso per l'amministrazione procedente e che comunque può presentare profili di difficoltà dovuti all'incertezza per quegli atti che si trovano al limite tra *rule making* e *single case decisions*, richiedendo le seconde un onere di motivazione più gravoso.

Spostando l'attenzione sui modelli nazionali, gli studi di diritto comparato sono soliti preferire il modello italiano in termini di certezza del diritto rispetto a quello

inglese. Se tuttavia si considerano le difficoltà interpretative che possono sorgere intorno alle questioni su quali atti è necessario motivare e quali non richiedono una motivazione, oppure ancora sull'oggetto della motivazione stessa, la soluzione potrebbe non apparire così scontata. Si tratta infatti di problematiche che, dal punto di vista dell'amministrazione precedente, possono rendere addirittura più difficoltosa la materiale redazione della motivazione dell'atto piuttosto che l'adozione in concreto della decisione. La redazione della motivazione può infatti costituire un momento piuttosto complesso del procedimento, e pertanto può essere destinataria di una sostanziosa quantità di risorse, in quanto una motivazione non adatta può frustrare gli effetti di un procedimento svolto correttamente e concluso con una decisione valida ed al contempo opportuna. Nel diritto inglese invece si tende a dare una maggiore enfasi proprio a quest'ultimo profilo, permettendo all'amministrazione precedente di concentrare le proprie risorse sulla scelta della migliore soluzione al caso concreto.

Dal punto di vista del destinatario del provvedimento invece, è vero che l'ordinamento italiano sembra offrire una maggiore garanzia rispetto a quello inglese, ove la motivazione tende a rilevare in termini probatori all'interno del processo. Infatti ciascun cittadino leso direttamente da un provvedimento potrà ragionevolmente attendersi una motivazione che giustifichi l'avvenuta restrizione della sua sfera giuridica, mentre un corrispettivo obbligo non sussiste nel diritto inglese. Tuttavia la motivazione non assicura l'intrinseca correttezza della decisione adottata, ma si limita ad offrire al destinatario un mezzo per capire le ragioni che hanno mosso l'amministrazione adottante. Cosa accade nel caso in cui questa non sia stata redatta correttamente o non sia stata redatta affatto? Si renderà comunque necessario per l'amministrato impugnare l'atto, potendo questi ottenere una pronuncia di annullamento che tendenzialmente non precluderà all'amministrazione di riadottare lo stesso atto, anche se correttamente motivato. Nel diritto inglese invece, è vero che la maggior parte delle volte l'atto non sarà motivato ed il destinatario, seppure non concorde con la decisione adottata, potrebbe essere scoraggiato dall'esperimento di rimedi di natura giurisdizionale. Nel caso in cui il ricorso sia però proposto il giudice sarà portato ad utilizzare la motivazione esclusivamente come uno degli elementi probatori a sostegno della decisione. Pertanto una pronuncia che accerti l'invalidità dell'atto sarà fondata su una serie di elementi di cui la motivazione costituirà soltanto parte non essenziale, con il

risultato che una pronuncia di invalidità renderà più difficoltosa, rispetto al diritto italiano, l'adozione della stessa decisione correttamente motivata.

Lungi dal poter essere individuato un modello da etichettare come migliore o peggiore sembra invece preferibile riconoscere che ciascuno porti con sé i propri punti di forza ed i propri inconvenienti.

BIBLIOGRAFIA

A

Alessi R., *Intorno ai concetti di causa giuridica, illegittimità, eccesso di potere*, Giuffrè, Milano 1934.

Alexy R., *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a. Main, 1986.

Alicino F., *Souveraineté e séparation des pouvoirs. Ovvero il giudice francese tra bouche de la loi e giusrealismo scettico*, in <http://www.historiaconstitucional.com/>, 2010.

Allegretti U., *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, in Dig Disc Pubbl., VIII, Torino, 1993.

Allena M., *Art. 6 CEDU: nuovi orizzonti per il diritto amministrativo nazionale*, in www.ius-publicum.com, 2014.

Allison J.W.F., *The Law of the Constitution*, Oxford, Oxford University press, 2013.

Amodio E., *La motivazione della sentenza penale*, in Enciclopedia del diritto, XXVII, 1977.

Arnold A., Chalmers D., *The Oxford Handbook of European Union Law*, Oxford, Oxford University press, 2015.

Auburn J., Moffett J., Sharland A., *Judicial Review: Principles and Procedure*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

Autieri T., *La patologia della motivazione: dall'eccesso di potere alla violazione di legge*, in *La motivazione del provvedimento amministrativo. Raccolta di dottrina giurisprudenza e legislazione*, Padova, CEDAM, 2002.

B

Baccarini S., *Motivazione ed effettività della tutela*, *Foro amm. TAR*, 10, 2007, 3311.

Bailey S.H., *Cases, Materials and Commentary on Administrative Law*, London, Sweet & Maxwell, 2005.

Barnard C., Peers S., *European Union Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

Bartole S., Bin R., *Commentario breve alla costituzione, sub art. 97*, Padova, 2008.

Bartoli A.M., Predieri A., *Piano regolatore*, in *Enc. Dir.* XXXIII, 1983, 700.

Benvenuti F., *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1, 1950.

Betti E., *Teoria generale del negozio giuridico*, a cura di G. Crifò, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2002.

Betti E., *Causa del negozio giuridico*, in *Novissimo Digesto Italiano*, III, Torino 1957.

Biavati P., *Diritto processuale dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 2015.

Bin R., Pitruzzella G., *Diritto Costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2009,

Blackhall J.C., *Planning Law and Practice*, Hove, Psychology Press, 2005.

Boccalatte S., *La motivazione della legge: profili teorici e giurisprudenziali*, CEDAM, Padova, 2008.

Boria P., *Diritto tributario*, Torino, Giappichelli, 2016.

Bradley A.W., Ewing K.D., *Constitutional and Administrative Law*, London, Pearson Education, 2007.

Brown L.N., Bell J.S., *French Administrative law*, Clarendon, Oxford University press, 1998.

Buonomo A., *Informazione e pubbliche amministrazioni: Dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni*, Cacucci, Taranto, 2012.

Burla P., *L' applicabilità della L. 241/1990 al procedimento tributario*, Giuffrè, Milano, 2008.

C

Cammeo F., *Gli atti amministrativi e l'obbligo di motivazione*, in *Giur. it.*, vol. III, 1908.

Cangelli F., *Art. 11, commi 1 e 4 bis*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione*, a cura di Paolantonio N., Police A., Zito A., Giappichelli, Torino, 2005, 265.

Caponigro R., *La valutazione giurisdizionale del merito amministrativo*, in <http://www.paolonesta.it/>, 2010.

Carafa A., *La motivazione del piano regolatore generale*, in www.pausania.it, 17 gennaio 2012.

Caringella F., *Corso di diritto amministrativo. Profili sostanziali e processuali*, Milano, Giuffrè, 2011.

Caringella F., *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, Dike giuridica, 2014.

Casartelli G., Papi Rossi A., *Le misure anticorruzione: legge 6 novembre 2012, n. 190*, Torino, Giappichelli, 2013.

Casetta E., *Attività ed atto amministrativo*, in Riv. Trim. Dir. Pubbl. 1957.

Casetta E., *Manuale diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2001.

Cassese S., *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano, Giuffrè, 2010.

Cavallaro M.C., *Garanzie della trasparenza amministrativa e tutela dei privati*, in Dir. Amm., I, 2015, 121.

Cerulli Irelli V., *Lineamenti di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2014.

Chalmers D., Davies G., Monti G., *European Union Law: Text and Materials*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

Chalmers D., *European Union Law: Text and Materials*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

Chieppa R., Giovagnoli R., *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2011.

Chiti E., *Adelante, con juicio: la prospettiva di una codificazione del procedimento europeo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, luglio 2014, 677.

Chiti M.P., *Diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2013.

Chiti M.P., *Do we need Codes and/or Laws for Better Administrative Procedure and Conduct of Officials?*, in *European Business law review*, 2008.

Chiti M.P., Greco G., *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2007.

Chiti M.P., *L'influenza dei valori costituzionali sul diritto processuale amministrativo*, in Pizzorusso A., Varano V., *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, Milano, Giuffrè, 1985.

Chiti M.P., *La giustizia nell'amministrazione. Il curioso caso degli Administrative Tribunals britannici*, in www.studiolegalechiti.it, 2015.

Chiti M.P., *Towards an EU regulation on Administrative Procedure? – Verso un regolamento Ue sul procedimento amministrativo?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2011, 1.

Cimellaro L., *La motivazione del provvedimento amministrativo. Una rassegna della dottrina e della giurisprudenza di ieri e di oggi*, in *Dir. amm.*, 1995, 441.

Clarich M., *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Il Mulino, Bologna 2005.

Clarich M., Fonderico G., *Procedimento amministrativo*, Milanofiori-Assago, Wolters Kluwer, 2015.

Clarich M., *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, Cedam, 1989.

Clarich M., *La giustizia amministrativa nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, Intervento al Convegno *Feliciano Benvenuti e il Diritto Amministrativo del Nuovo Secolo*, Roma, 23 aprile 2008, in www.giustizia-amministrativa.it

Clarich M., *L'effettività della tutela nell'esecuzioni delle sentenze del giudice amministrativo*, in *dir. proc. amm.*, 1998.

Clarich M., *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2013.

Clarich M., *Trasparenza e diritti della personalità nell'attività amministrativa*, intervento al Convegno *Trasparenza e protezione dei dati personali nell'azione amministrativa*, Roma, 11 febbraio 2004, in www.giustizia-amministrativa.it.

Cocconi M., *L'obbligo di motivazione degli atti amministrativi generali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3, 2009, 707.

Codacci Pisanelli A., *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, in *Giur. it.*, 1892, III, 143.

Corpaci A., *La tutela giurisdizionale dei dipendenti pubblici*, in *Giorn. dir. lav. e relaz. Industriali*, 605.

Corso G., *Motivazione degli atti amministrativi e legittimazione del potere negli scritti di Antonio Romano Tassone*, in *Dir. Amm.*, fasc.3, 2014, pag. 463.

Corso G., *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. Diritto Agg.*, V, 2001, 775.

Craig P., *Administrative Law*, London, Sweet & Maxwell, 1989.

Craig P., De Bùrca G., *EU law: Text, Cases and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

Craig P., *EU Administrative Law. The aquis – Legge amministrativa nella EU. L'aquis*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2011, 329.

Craig P., *UK, EU and Global Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

Crisafulli V., *Sulla motivazione degli atti legislativi*, in *Rivista di diritto pubblico, La Giustizia amministrativa*, 1937, 415.

D

D'Atena A., *Diritto regionale*, Torino, Giappichelli, 2013.

De Cesare G., *L' eccesso di potere e la giurisprudenza del Consiglio di Stato*, Padova, Cedam, 1970.

De Donno M., *La motivazione dell'atto amministrativo*, in *Il diritto amministrativo nella giurisprudenza*, a cura di G. GARDINI, L. VANDELLI, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2013.

De Donno M., *Riflessioni sulla «motivazione in diritto» del provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, fasc.3, 2013, p. 629.

De Paolis M., *La motivazione del provvedimento amministrativo. Raccolta di dottrina giurisprudenza e legislazione*, Padova, CEDAM, 2002.

De Paolis M., *La struttura del provvedimento amministrativo*, in *La motivazione del provvedimento amministrativo*, in *La motivazione del provvedimento amministrativo. Raccolta di dottrina giurisprudenza e legislazione*, Padova, CEDAM, 2002.

Della Cananea G., *Gli atti amministrativi generali*, Padova, CEDAM, 2000.

Denyer-Green B., Ubhi N., *Development and Planning Law*, London, Taylor & Francis, 2013.

Di Camillo F., *Dequotazione dei vizi formali del procedimento*, in www.altalex.com, 2007.

Di Giorgio M., *Innovazione in tema di motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. Amm.*, 1998, p. 612.

Di Marzio F., *La nullità del contratto*, in *Enciclopedia*, vol. 28, CEDAM, 2008.

Dicey A.V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London, Macmillan, 1959.

D'Orsogna M., *Articolo 21 octies comma 1, Annullabilità del provvedimento*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione*, a cura di N. Paolantonio, A. Police, A. Zito, Torino, Wolters Kluwer, 2005.

E

Edward D., Lane R., *Edward and Lane on European Union Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2013.

Elliott M., *The duty to give reasons and the new statutory “makes no difference” principle*, in <https://publiclawforeveryone.com>, 2016.

Elliott, M., *Has the Common Law Duty to Give Reasons Come of Age Yet?*, in *Public Law* 56, 63, 2012.

Endicott T., *Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

F

Falsitta G., *Corso istituzionale di diritto tributario*, Padova, Cedam, 2012.

Fazio G., *Sindacabilità e motivazione degli atti discrezionali*, Giuffrè, Milano, 1963.

Feldman D., *English public law*, Oxford, Oxford University press, 2009.

Ferrara L., *I riflessi sulla tutela giurisdizionale dei principi dell'azione amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento: verso il tramonto del processo di legittimità?*, in *Dir. amm.*, 2006.

Ferrara L., *Motivazione e impugnabilità degli atti amministrativi*, in *Foro Amm. TAR* 2008, 1197.

Ferrara, F. jr., *Teoria dei contratti*, Jovene, Napoli 1940.

Ferrari C., *Osservazioni sulla motivazione degli atti amministrativi*, in *Giur. It.*, II, 1958, pp. 225.

Ferrari G., *Integrazione della motivazione del provvedimento amministrativo nel corso del giudizio*, in *Giur. merito*, fasc.10, 2012, p. 2189.

Ferri G.B., *Motivi, presupposizione e l'idea di meritevolezza*, in *Europa e dir. priv.*, II, 2009, pag. 331.

Foà S., *Novità giurisprudenziali sui profili comunitari del diritto d'accesso nel procedimento amministrativo*, in *Dir. pubbl. compar. eu.*, 1999, 1565.

Fonderico G., *Il termine ed il responsabile del procedimento*, in *Riv. Trim dir. Pubbl.*, 1999, 715.

Fonderico G., *Le modifiche alla legge sul procedimento amministrativo*, in *La legge anticorruzione: prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, Giappichelli, 2013, 165.

Fordham M., *Judicial Review Handbook*, Oxford, Hart Publishing, 2004.

Forsyth C., Hare I., *The Golden Metwand and the Crooked Cord: Essays in Honour of Sir William Wade QC*, London, Clarendon Press, 1998.

Fraudatario B.D., *Motivazione postuma: l'orientamento garantista del Consiglio di Stato*, in Foro amm. CDS, fasc.1, 2010, 151.

G

Galetta D.U., *Diritto ad una buona amministrazione e ruolo del nostro giudice amministrativo dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in Diritto amministrativo, 2010, 601.

Galetta D.U., *Trasparenza e Governance amministrativa nel Diritto Europeo*, in Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, 2006, 265.

Galli L., *Atti organizzativi e atti prodromici: nozione, giurisdizione e tutele*, in Foro Amministrativo (II), 10, 2015, 2527.

Gargiulo G., *I collegi amministrativi*, Jovene, Napoli, 1962.

Giannini M.S., *Atto amministrativo*, in Enc. Dir., vol. VII, Milano, Giuffrè, 1959.

Giannini M.S., *Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1993.

Giannini M.S., *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in Riv. Dir. Proc., 1963, 522.

Giannini M.S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1981.

Giannini M.S., *Lezioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano 1950.

Giannini M.S., *Motivazione dell'atto amministrativo*, in Enc. Dir., vol. XXVII, Milano, Giuffrè, 1977.

Gigliani F., Lariccia S., *Partecipazione dei cittadini all'attività amministrativa*, in Enc. Dir., Agg. IV, Giuffrè, Milano, 2000.

Giovagnoli R., Fratini R., *Le nuove regole dell'azione amministrativa al vaglio della giurisprudenza*, Milano, Giuffrè, 2007.

Goldie M., Wokler R., *The Cambridge History of Eighteenth-Century Political Thought*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

Greco G., *L'atto amministrativo condizionato*, Giappichelli, Torino, 2013.

Guantario A., *Dequotazione della motivazione e provvedimento amministrativo*, in Nuova Rass., 2002, 21, 2229.

Guarneri G., *Riproduzione dell'atto amministrativo e principio: tempus regit actum (Nota a dec. C. Stato, Sez. V, 28 settembre 1957, n. 791)*, in Foro it., 1958, III, 82.

H

Halliday S., *Judicial Review and Compliance with Administrative Law*, Hart Publishing, 2004.

Harden I., Lewis N., *The Noble Lie: The British Constitution and the Rule of Law*, London, Hutchinson, 1986.

Harlow C., Rawlings R., *Law and Administration*, Cambridge, Cambridge University press, 2009.

Hartley T.C., *The Foundations of European Union Law*, Oxford, Oxford University press, 2014.

Heringa A.W., Kiiver P., *Constitutions Compared*, Cambridge, Intersetia, 2012.

Hofmann H., Rowe G., Türk A., *Administrative Law and Policy of the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

Hofmann H., Türk A., *Legal Challenges in EU Administrative Law: Towards an Integrated Administration*, Cheltenham, Edward Elgar, 2009.

I

Iaccarino C.M., *Studi sulla motivazione (con particolare riguardo agli atti amministrativi)*, Società Editrice del Foro Italiano, Roma, 1933.

J

Jannotta R., *La motivazione come modo d'attuazione del principio di imparzialità amministrativa*, in *Scritti Mortati*, Milano, 1977, 199.

Joyce L., *Duty to give reasons for administrative decisions*, in www.lexology.com, 2013.

Juso R., *Motivi e motivazione nel provvedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1963.

K

Kanska K., *Towards Administrative Human Rights in the EU*, *European Law Journal*, 10, 2004, 296.

L

Ledda F., *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 1964.

Levi F., *Legittimità (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Milano, 1974, 124.

Leyland P., Anthony G., *Textbook on Administrative Law*, Oxford, Oxford University press, 2015.

Lindsay A., *Reasons to be Cheerful*, in *The Modern Law Review*, Vol. 57, No. 6, 1994, pp. 954-959.

Logiudice F., *La conclusione di accordi tra amministrazioni e privati*, 2007, in www.altalex.com.

Lucca M., *Valutazione (in forma numerica) e motivazione nelle prove d'esame (di avvocato)*, 2002, in www.giustizia-amministrativa.it.

Lucifredi R., *Alcuni rilievi sulla forma e contenuto degli atti, con particolare riguardo agli atti amministrativi*, in *Riv. Dir. Pubblico* 1938, I, 573-577.

Luigi D., *Diritto dell'Unione europea: sistema istituzionale, ordinamento, tutela giurisdizionale, competenze*, Milano, Giuffrè, 2010.

M

Marshall G., *The Franks Report on Administrative Tribunals and Enquiries*, in *Public Administration*, 1957, Vol. 35, 4, 347.

Martines T., *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2011.

Maschietto E., *Il Consiglio di Stato si pronuncia in favore della salvaguardia anche in variante delle zone agricole se sussiste l'interesse ambientale e conferma la legittimità dei limiti all'edificabilità di immobili residenziali anche con motivazione generica.*, Cons. St., 05 aprile 2013, n.1882, sez. VI, in *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, 2013, 598B.

Massari G., *L'atto amministrativo antieuropeo: verso una tutela possibile*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 3-4, 2014, 643.

Mastrodonato G., *La motivazione del provvedimento nella riforma del 2005*, in www.lexitalia.it, 2005.

Masucci A., *Atto amministrativo informatico*, in *Enc. Dir. Agg.*, 1997, I.

Mattarella B.G., *Analisi di impatto della regolazione e motivazione del provvedimento amministrativo*, in <http://www.osservatorioair.it/>, 2010.

Mazzarelli V., *La motivazione delle varianti urbanistiche*, in *Gior. di dir. amm.*, 2007, 1177.

Mazzarelli V., *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. Giur. Treccani*, XX, 1990.

Mele E., *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2013.

Meloncelli A., *L'informazione amministrativa*, Maggioli, Rimini, 1983.

Meloncelli A., *Pubblicità (dir. pubb.)*, in Enc. dir., vol. XXXVII, Giuffrè, Milano, 1988.

Merloni F., *La trasparenza amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2008.

Miele G., *Il requisito della motivazione negli atti amministrativi*, in Scritti Giuridici, II, Milano, 1987, 465.

Miele G., *L'obbligo di motivazione degli atti amministrativi*, in Foro Amm., 1942, I, 1, 126.

Milakovich M.E., Gordon G.J., *Public administration in America*, Boston, Cengage Learning, 2013.

Minerva M., *L'atto amministrativo in forma elettronica e la sicurezza dei sistemi informativi pubblici*, in Dir. inf. e inform. 1995, 940.

Mirabella M., *Corso di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2009.

Monteduro M., *Il giudice e l'interpretazione del provvedimento amministrativo nell'esperienza italiana: la vicenda esemplare delle clausole dei bandi di gara*, in *Dereito*, vol. 18, n.1, 2009, 203.

Monteduro M., *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento: l'obbligo di provvedere su domande «inammissibili» o «manifestamente infondate»*, in *Dir. amm.*, fasc. 1, 2010, 103.

Montefusco R., *La motivazione degli atti di pianificazione urbanistica: atti amministrativi generali?*, in *Foro amm. TAR*, 2002, IX, p. 2861.

Morbidelli G., *Codice della giustizia amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2015.

Mortati C., *Obbligo di motivazione e sufficienza della motivazione degli atti amministrativi*, in *Giur. It.*, 1943, III, 2.

N

Napolitano C., *Verso la codificazione del procedimento amministrativo dell'unione europea: problemi e prospettive*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, I, 2015, 294.

Napolitano G., *Manuale di diritto amministrativo: aggiornato per la Legge Finanziaria per il 2008*, Matelica, Halley, 2008.

Nigro M., *L'appello nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1960

Nigro M., *Sulla riproduzione dell'atto amministrativo annullato in sede giurisdizionale*, in *Foro it.*, 1958, III, 37.

O

Occhiena M., *Il divieto di integrazione in giudizio della motivazione e il dovere di comunicazione dell'avvio dei procedimenti ad iniziativa di parte: argini a contenimento del sostanzialismo*, in *Foro Amm. - Tar*, 2003, p. 522

Orofino A.G., *La pubblicità telematica nell'impianto del Codice dell'amministrazione digitale*, in *Informatica e Diritto*, Vol. XIV, 2005, n. 1-2, p. 148.

Orofino A.G., *Profili giuridici della trasparenza amministrativa*, Cacucci, Bari, 2013.

P

Pacinotti G., *Saggio di studi sui negozi giuridici di diritto pubblico*, Archivio Giuridico, Modena, 1903.

Pandolfelli A., *Obbligatorietà della motivazione negli atti amministrativi*, in *Studi in onore di E. Eula*, III, Milano, 1957, 79.

Parisio V., *Motivazione postuma, qualità dell'azione amministrativa e vizi formali*, Foro amm. TAR, 9, 2006, 3087.

Patroni Griffi F., *Forma e contenuto della sentenza amministrativa*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 1, 2015, 17.

Peay J., *Tribunals on Trial. A Study of Decision-making under the Mental Health Act 1983*, Clarendon Press, Oxford, 1989.

Picardi N., *Manuale del processo civile*, Giuffrè, Milano, 2013.

Picchi M., *L'obbligo di motivazione delle leggi*, Giuffrè, Milano, 2011.

Police A., *Annulabilità e annullamento (dir. amm)*, in *Enc. Dir. Annali*, I.

Posteraro N., *Considerazioni critiche sul generalizzato dovere di provvedere della p.a.*, in *Foro Amministrativo (II)*, 10, 2015, 2676.

Provenzano P., *Art. 41 della carta dei diritti fondamentali dell'unione europea e integrazione postuma della motivazione*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2013, 5, 1116.

R

Ragnisco L., *Sezione IV; Decisione 15 Maggio 1908; Pres. Perla, Est. Pincherle; Gadaleta E Caldarola C. Capitolo Cattedrale Di Ruvo Di Puglia E Altri*, in *Il Foro Italiano*, 1909, 7-14.

Ramajoli M., Tonoletti B., *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm.*, fasc.1-2, 2013, pag. 53.

Raz J., *Legal Principles and the Limits of Law*, in *Yale Law Journal*, 81, 1972.

Reichel J., *Between Supremacy and Autonomy – Applying the Principle of Good Administration in the Member States*, in *General Principles of EC Law in a Process of Development*, Kluwer, Stockholm, 2009, p. 245.

Rivalta M., *La motivazione degli atti amministrativi in relazione al pubblico e privato interesse*, Milano, Giuffrè 1960.

Roehrsen G., *Note sulla motivazione degli atti amministrativi*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, 1941, I, 110.

Romano S., *Corso di diritto amministrativo: Principi generali*, CEDAM, Padova, 1932.

Romano Tassone A., *Legge sul procedimento e motivazione del provvedimento amministrativo. Prime osservazioni*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, II, Milano, 1994.

Romano Tassone A., *Motivazione dei provvedimenti e sindacato di legittimità*, Giuffrè, Milano, 1987.

Romano Tassone A., *Motivazione nel diritto amministrativo*, in D. disc. Pubbl., XIII, 1997, 683.

Romano, A. *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1958.

Roppo V., *Il contratto*, Giuffrè, Milano, Giuffrè, 2011, p. 343.

Roscoe Pound N., *Common law and legislation*, in Harvard Law Review, 1908, 21, 483.

Rose-Ackerman S., Lindseth P.L., *Comparative administrative law*, Cheltenham, Northampton, Edward Elgar, 2010.

Russo P., *Manuale di diritto tributario*, Milano, Giuffrè, 2007.

S

Sandulli A. M., *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 1989.

Sandulli A.M., *Sugli atti amministrativi a contenuto non normativo*, in Scritti giuridici in memoria di V. E. ORLANDO, Padova, 1956.

Sandulli M. A., *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2010.

Sanino M., *Codice del processo amministrativo*, Torino, UTET, 2011.

Santise M., *Le coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2016.

Scarciglia G., *La motivazione dell'atto amministrativo. Profili ricostruttivi e analisi comparatistica*, Milano, Giuffrè, 1999.

Schikore J., *Scientific Discovery*, in Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2014.

Schwarze J., *European Administrative Law*, London, Sweet & Maxwell, 1992.

Schwarze J., *The convergence of the Administrative Laws of the EU Member States*, in European public law, 1998, 191.

Seerden R., *Administrative law of the European Union, its Member States and the United States*, Cambridge, Intersetia, 2012.

Siems M., *Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

Simonati A., *Procedimento amministrativo comunitario e principi a tutela del privato nell'analisi giurisprudenziale*, Padova, CEDAM, 2009.

Smith D.C., *Sir Edward Coke and the Reformation of the Laws: Religion, Politics and Jurisprudence, 1578–1616*, Cambridge, Cambridge University Press.

Sorace D., Atto amministrativo, in Enc. dir, Annali, III, Milano, 2010.

Speranza R., *La riproduzione dell'atto amministrativo*, in Foro amm., 1961, I, 1394.

Stolfi, G. *Teoria del negozio giuridico*, Cedam, Padova, 1947.

T

Taccola C., *La seconda decisione sulla comitologia e l'obbligo di motivazione*, in Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, 2003, 1588.

Tedeschini F., *Procedimento amministrativo*, in Enc. Dir. Aggiornamento, III, Milano, 1999.

Tedeschini F., *Procedimento amministrativo*, in Enc. Dir., XXXV, Milano, 1986, 872.

Terrados Molledo S., *La motivazione dei provvedimenti tributari*, in *La motivazione del provvedimento amministrativo. Raccolta di dottrina giurisprudenza e legislazione*, Padova, CEDAM, 2002.

Torrente, A. e Schlesinger, P., *Manuale di diritto privato*, a cura di Anelli F. e Granelli C., Giuffrè, Milano, 2011.

Treves R., *Potere (sociologia politica)*, vol. XIII, Torino, 1966, 437.

Trimarchi Banfi F., *Illegittimità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, in *Dir. proc. Amm.*, 2, 431.

Trimarchi F., *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1990.

U

Urbani P., Civitarese Matteucci S., *Diritto urbanistico: organizzazione e rapporti*, Giappichelli, Torino, 2013.

V

Valentini S., *La collegialità nella teoria della organizzazione*, Giuffrè, Milano, 1968.

Vandelli L., *Osservazioni sull'obbligo di motivazione degli atti amministrativi*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1973, 1595.

Villata R., Ramajoli M., *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2006.

Virga P., *Il provvedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1968

Von Bogdandy A., Bast J., *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, Hart, 2010.

W

Wade H.W.R., Forsyth C.F., *Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

Wade H.W.R., *Tribunals and Inquiries Act, 1958*, in The Cambridge Law Journal, 1958, Vol. 16, 2, 129.

Whitfield B., *The Extension of the Franchise 1832-1931*, Oxford, Heinemann, 2001.

Wolfgang R., *Administrative Procedure in EU Member States*, atti del convegno Conference on Public Administration Reform and European Integration, Budva, Montenegro, 26-27 March 2009, in <http://www.sigmaxweb.org/>.

Wraith R.E., Lamb G.B., *Public Inquiries as an Instrument of Government*, London, George Allen & Unwin, 1971.

Z

Zanobini G., *Corso di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano 1958.

Zanobini G., *Corso di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano 1936.

Ziller J., *Is a law of administrative procedure for the Union institutions necessary? – È necessaria una legge sul procedimento amministrativo per le Istituzioni dell'Unione?*, in *Rivista di diritto pubblico comunitario*, 2011, 699.

Zito A., *Il principio del giusto procedimento*, in M. RENNA, F. SAITTA, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012.

Zuballi U., Savoia R., *La motivazione dell'atto amministrativo: struttura e contenuti per una corretta e puntuale motivazione: problemi e casi pratici*, Milano, Giuffrè, 1999.

Zuccaro A., *L'obbligo di motivazione tra ordinamento europeo ed ordinamento nazionale: brevi considerazioni a margine di un rinvio pregiudiziale "alternativo"*, in *Foro amm. TAR*, fasc. 9, 2011, p. 2912.