

8. L'integrazione *ex post* della motivazione.

Da tempo dibattuta la questione dell'ammissibilità di una motivazione postuma⁵⁸, cioè la questione relativa alla sussistenza del potere dell'Amministrazione di ovviare all'illegittimità (già dedotta in giudizio) in cui è incorsa per effetto della violazione dell'obbligo di motivazione.

Sul punto, sono emerse due contrapposte posizioni.

1. Non è ammessa la motivazione postuma

La giurisprudenza e la dottrina tradizionali hanno a lungo escluso la sanatoria *ex post* del difetto di motivazione. Il giudice amministrativo sarebbe dunque senz'altro tenuto ad annullare l'atto per violazione di legge, ove difetti un'adeguata motivazione⁵⁹.

Plurime le ragioni addotte a sostegno di tale prima opzione.

A. La natura demolitoria del giudizio amministrativo

Con un primo argomento si valorizza la struttura tradizionalmente impugnatoria e demolitoria del giudizio amministrativo, tradizionalmente configurato come giudizio sull'atto. Se ne deduce che il giudice amministrativo, chiamato a verificare la legittimità dell'atto, anziché la sua giustizia sostanziale (come sarebbe invece se il giudizio avesse ad oggetto il rapporto e la fondatezza sostanziale della pretesa), è tenuto ad accertare la sola sussistenza o meno del vizio dedotto; riscontrato il vizio, quindi, deve annullare l'atto accogliendo il ricorso.

Al giudice è viceversa preclusa la possibilità di ampliare l'oggetto della sua indagine, estendendola ad elementi sopravvenuti rispetto all'emanazione del provvedimento stesso.

Se così facesse – si osserva – il giudizio finirebbe per vertere sulla spettanza del bene della vita, potendo l'Amministrazione, con l'integrazione postuma della motivazione, dimostrare l'effettiva non spettanza del provvedimento.

B. Il principio di parità delle armi

Di converso, sul versante sostanziale si sostiene che, ammettendo l'integrazione postuma della motivazione da parte della Pubblica amministrazione, risulterebbe violato il principio della parità delle armi tra privato e P.A. nel processo amministrativo, atteso che il primo risulterebbe esposto *sine die* alle determinazioni della P.A., con conseguente costante pericolo di soccombenza in giudizio.

In una prospettiva più ampia, si osserva che il rischio di subire “sorpresa” nel corso del giudizio finirebbe per scoraggiare il privato dalla proposizione di ricorsi

⁵⁸ TROPEA, *op. cit.*, sottolinea come, in realtà, l'espressione motivazione successiva o postuma può sottendere diversi fenomeni, compendiabili, quanto meno, nei seguenti: *a*) integrazione della motivazione mediante atti processuali, o comunque scritti difensivi; *b*) opera del giudice amministrativo, allorché fonda il proprio convincimento utilizzando atti non richiamati dalla motivazione (c.d. motivazione «implicita»); *c*) integrazione effettuata della pubblica amministrazione attraverso l'emanazione di un autonomo provvedimento di convalida.

⁵⁹ *Ex pluribus*, Cons. St., Sez. III, 22 aprile 2014, n. 2247, secondo cui il difetto di motivazione nel provvedimento impugnato non può essere in alcun modo assimilato alla violazione di norme procedurali o ai vizi di forma, costituendo la motivazione del provvedimento, *ex art. 3, l. 7 agosto 1990, n. 241*, l'essenza stessa del legittimo esercizio del potere amministrativo e, per questo, un presidio di legalità sostanziale insostituibile, nemmeno mediante il ragionamento ipotetico che fa salvo, *ex art. 21 odies*, comma 2, l. n. 241 del 1990, il provvedimento affetto dai c.d. vizi non invalidanti; di qui l'inammissibilità della motivazione postuma addotta dall'Amministrazione in sede giudiziale; più di recente, Cons. St., 11 maggio 2018, n. 2843

giurisdizionali, implicando l'aumento di provvedimenti illegittimi perché nient'affatto o poco motivati⁶⁰.

Si osserva, inoltre, che, nella struttura della l. n. 241 del 1990, la motivazione del provvedimento amministrativo è volta a garantire la trasparenza dell'azione amministrativa, anche a fini di un controllo della stessa azione.

Viceversa, riconoscendo all'Amministrazione la facoltà di integrare in giudizio la motivazione, si finirebbe per degradare la motivazione a mero elemento accidentale, riconducendo il relativo difetto alla categoria della mera irregolarità.

C. La degradazione ad irregolarità del vizio

Secondo altro orientamento giurisprudenziale, ben può l'Amministrazione integrare *ex post* la motivazione del provvedimento già sottoposto a sindacato giurisdizionale, rappresentando in giudizio ulteriori circostanze ostative all'accoglimento della pretesa formulata in sede amministrativa dal ricorrente.

2. È ammessa l'integrazione in giudizio

A supporto dell'esposta impostazione, sono in primo luogo svolte talune penetranti critiche con riferimento ai principali argomenti su cui poggia l'avversa impostazione.

Così, si esprimono forti dubbi in merito alla possibilità di far coincidere ancora l'oggetto del giudizio amministrativo con l'atto e non con il rapporto. Si sostiene infatti che al giudice amministrativo è ormai affidato non più il solo sindacato sulla legittimità dell'atto amministrativo, quanto piuttosto la verifica della fondatezza della pretesa sostanziale, imperniata sulla spettanza del bene della vita⁶²: il che emerge con evidenza dai poteri giudiziali oggi contemplati dagli artt. 31, comma 3, e 34, comma 1, lett. c), c.p.a., che consentono al giudice di pronunciarsi sulla stessa fondatezza della pretesa e di condannare l'Amministrazione all'adozione di un provvedimento prestabilito, ancorché soltanto ove appaia esaurito ogni margine di discrezionalità.

Se così è, verrebbe meno il primo argomento evocato a sostegno della tesi ostile, atteso che l'eventuale adozione di un provvedimento integrativo *ex post* non risulterebbe sottratto alla cognizione del giudice amministrativo, a fronte dell'impugnabilità del medesimo mediante proposizione di motivi aggiunti *ex art. 43 c.p.a.*: istituto quest'ultimo che annullerebbe i paventati profili di frizione con il principio di parità delle armi.

Ad ulteriore sostegno della tesi in esame, si evidenzia peraltro che la negazione del potere di integrazione postuma della motivazione potrebbe in concreto condurre ad una vittoria meramente formale del ricorrente, esposto alla successiva adozione di un secondo provvedimento finalizzato allo stesso scopo dell'atto annullato in giudizio, sulla base di motivazioni eterogenee (cfr. *amplius* il successivo par. 8.1): in quest'ottica, dunque, l'integrazione postuma della motivazione finirebbe per costituire un vantaggio per il privato, il quale si troverebbe nella condizione di contestare gli avversi rilievi nel medesimo giudizio già instaurato, senza necessità di esperire ulteriori contenziosi al fine di demolire il secondo provvedimento emanato a seguito dell'annullamento giudiziale.

Sulla base di tali considerazioni, dunque, l'ammissibilità di un'integrazione

⁶⁰ Il rischio è prospettato da LONGOBARDI, *La motivazione del provvedimento amministrativo dopo la L. n. 15 del 2005*, in *www.giustamm.it*.

⁶² Tar Abruzzo, Pescara, 13 giugno 2005, n. 394.

postuma della motivazione risulterebbe funzionale al principio di economia processuale, senza peraltro ridimensionare il ruolo centrale dell'obbligo di motivazione nell'ordinamento, atteso che la sua violazione si riverbererebbe pur sempre sulla condanna alle spese e sulla responsabilità amministrativa del funzionario.

Come è evidente, l'orientamento fin qui esaminato finisce per configurare il difetto di motivazione alla stregua di un vizio formale, capace di tradursi in una mera irregolarità del provvedimento ogniqualvolta sussistano effettive ragioni a sostegno di quest'ultimo: irregolarità sanabile esplicitando in un secondo momento le considerazioni in grado di sorreggere il medesimo.

3. L'impatto dell'art. 21 octies, l. n. 241 del 1990

Del resto, tale lettura ha in un primo tempo tratto nuova linfa a seguito dell'introduzione dell'art. 21 *octies*, comma 2, l. n. 241 del 1990, il quale esclude l'annullabilità del 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.

La disposizione in parola, dunque, consentirebbe all'Amministrazione di dimostrare in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello concretamente adottato, almeno in caso di potere vincolato⁶³. Se una lettura siffatta ha trovato accoglimento in alcuni recenti arresti della giurisprudenza amministrativa⁶⁴, permane tuttavia un nutrito orientamento in senso contrario, teso a negare l'ascrivibilità della motivazione ai vizi formali considerati dal citato art. 21 *octies*, a fronte della rilevanza cruciale attribuita all'art. 3, l. n. 241 del 1990, reputato ricognitivo di principi di indubbio rilievo costituzionale⁶⁵.

4. La Corte costituzionale e i più recenti indirizzi

Su quest'ultima posizione si è attestata anche la Corte Costituzionale che, nel dichiarare l'inammissibilità della questione sollevata in relazione al citato art. 21 *octies*, comma 2, ha affermato che il difetto di motivazione non può essere assimilato alla violazione di norme procedurali o di forma⁶⁶.

Ad ogni modo, anche i sostenitori della tradizionale impostazione tesa a negare l'integrazione postuma della motivazione in giudizio ammettono la presentazione di *chiarimenti in giudizio*, laddove siano volti ad esplicitare talune ragioni sottese al provvedimento che siano pur sempre desumibili dal tenore letterale di quest'ultimo, ancorché non espressamente enunciate⁶⁷.

⁶³ Cons. St., Sez. IV, 7 luglio 2014, n. 3417.

⁶⁴ È emblematica in tal senso Cons. St., Sez. IV, 4 marzo 2014, n. 1018.

⁶⁵ Cfr. *ex plurimis* Tar Friuli Venezia Giulia 11 maggio 2015, n. 212. Nello stesso senso, cfr. Cons. St., Sez. IV, 18 febbraio 2016, n. 651, nonché Corte cost., ord., 26 maggio 2015, n. 92, che ha dichiarato inammissibile una questione sollevata in relazione al citato art. 21 *octies*, rilevando come il giudice rimettente non avesse preso in considerazione il fatto che, secondo un diffuso orientamento della giurisprudenza amministrativa, “il difetto di motivazione nel provvedimento non può essere in alcun modo assimilato alla violazione di norme procedurali o ai vizi di forma, costituendo la motivazione del provvedimento il presupposto, il fondamento, il baricentro e l'essenza stessa del legittimo esercizio del potere amministrativo (art. 3, l. n. 241 del 1990) e, per questo, un presidio di legalità sostanziale insostituibile, nemmeno mediante il ragionamento ipotetico che fa salvo, ai sensi dell'art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241 del 1990, il provvedimento affetto dai cosiddetti vizi non invalidanti”.

⁶⁶ Corte cost., 26 maggio 2015, n. 92.

⁶⁷ Cfr. Tar Campania, Salerno, Sez. I, 13 gennaio 2016, n. 23. Cfr. nello stesso senso Cons. St., Sez. V, 27

La giurisprudenza amministrativa distingue, infatti, tra *l'integrazione della motivazione in corso di causa* ed i *meri chiarimenti forniti tramite l'attività difensiva* dei legali della parte pubblica, ritenuti sempre legittimi/ammissibili se diretti a meglio esplicitare le circostanze di fatto o le ragioni di diritto già espresse nella motivazione del provvedimento. In questo caso, infatti, non v'è attività procedimentale espletata oltre il tempo massimo consentito (e quindi integrazione postuma della motivazione), ma legittima attività difensiva diretta a incidere sul convincimento del giudice per indurlo a ritenere legittima la decisione assunta dall'amministrazione⁶⁸.

Proprio alla categoria concettuale dei “meri chiarimenti resi in corso di giudizio” – anziché a quella dell'integrazione postuma della motivazione – la giurisprudenza tende di frequente a ricondurre l'ipotesi in cui l'Amministrazione, a fronte dell'impugnazione di un provvedimento di natura vincolata, tramite le sue argomentazioni difensive intenda fornire in sede processuale la dimostrazione dell'impossibilità di un diverso contenuto dispositivo dell'atto, ai sensi e per gli effetti dell'art. 21 *octies*, comma 2, l. n. 241 del 1990⁶⁹.

8.1. Può l'Amministrazione, resistente in giudizio, adottare un nuovo e motivato provvedimento?

Occorre chiedersi se la P.A. possa, non solo integrare in corso di giudizio l'apparato motivazionale producendo scritti difensivi, ma anche adottare un autonomo e distinto provvedimento volto ad ovviare alle lacune motivazionali del primo, oggetto di un giudizio pendente.

A lungo, in giurisprudenza è stata esclusa l'ammissibilità di interventi provvedimenti “sananti” in pendenza del giudizio, ritenuti non compatibili con l'esigenza di salvaguardare il rispetto del principio costituzionale di parità delle armi nel processo amministrativo.

L'esposto indirizzo è stato ripetutamente ripensato dalla stessa giurisprudenza amministrativa⁷⁰.

Un primo argomento addotto a sostegno della tesi contraria, volta ad ammettere la riedizione del potere da parte dell'Amministrazione, in funzione correttiva delle lacune motivazionali dell'impugnato provvedimento, è quello tratto dalla considerazione degli effetti sistemici e di più ampio respiro derivanti dalla famosa svolta segnata dalle Sezioni unite di Cassazione n. 500 del 22 luglio 1999 in tema di risarcibilità dei danni da lesione di interesse legittimo.

Amnesso, infatti, che l'Amministrazione possa essere chiamata a rispondere in sede risarcitoria delle illegittimità dei suoi atti, si è ritenuto che non possa più essere negata alla stessa, quando abbia riscontrato un'ipotesi di illegittimità nel proprio operato e benché sia pendente al riguardo un giudizio, il potere-dovere di intervenire per porvi rimedio, allo scopo di circoscrivere, così, la propria eventuale responsabilità limitando possibili danni per l'erario.

L'Amministrazione, pertanto, deve essere posta in condizioni tali da poter esercitare un ampio *jus poenitendi* in autotutela. Diversamente, verrebbe violato il principio della parità tra le parti del processo, finendo la pendenza del ricorso del privato per impedire all'Amministrazione, pur assoggettata al principio paritario del *neminem laedere*, di assumere iniziative di diligenza a difesa (oltre che della legalità) dei propri interessi anche patrimoniali⁷¹.

Ulteriore argomento utilizzato per ripensare la tematica in esame è quello tratto dalla riscrittura della disciplina relativa all'estensione del rimedio costituito dal ricorso per motivi

agosto 2012, n. 4610.

⁶⁸ Così, Cons. St., Sez. V, 3 settembre 2018, n. 5155.

⁶⁹ Cfr. Cons. St., sez. IV, 28 marzo 2018, n. 1959 e 4 marzo 2014, n. 1018.

⁷⁰ Cons. St., Sez. III, 10 luglio 2015, n. 3488; Tar Puglia, Lecce, Sez. II, 26 giugno 2015, n. 2175.

⁷¹ Tar Lazio, Roma, Sez. I, 16 gennaio 2002, n. 398.