GIUSTIZIA INSIEME

Diritto e Processo Amministrativo

Limiti alla convalida del vizio di motivazione in corso di giudizio (nota a Cons. Stato, sez. VI, n. 3385/2021)

di Flaminia Aperio Bella

10 novembre 2021

Limiti alla convalida del vizio di motivazione in corso di giudizio (nota a Cons. Stato, sez. VI, n. 3385/2021)

di Flaminia Aperio Bella

Sommario: 1. Premessa – 2. Il problema dell'integrazione della motivazione dell'atto amministrativo in corso di giudizio nella lettura del Consiglio di Stato – 3. La convalida del provvedimento e gli altri istituti espressivi del principio di economia dei mezzi giuridici – 4. I vizi convalidabili e la qualificazione del vizio di motivazione – 5. *In cauda venenum*: la convalida del vizio di motivazione in corso di giudizio – 6. Digressioni alla luce della giurisprudenza successiva – 7. Considerazioni conclusive sui limiti all'applicabilità della logica del giudizio "sul rapporto".

1. . Premessa

La decisione che si annota individua le condizioni di ammissibilità della convalida in corso di giudizio del provvedimento viziato sotto il profilo della motivazione, ricercandone le differenze rispetto alla c.d. integrazione postuma della motivazione, che il Collegio ritiene sempre inammissibile.

La controversia origina dall'esposto con cui il Codacons segnalava all'AGCM che la manifestazione "Eletto prodotto dell'anno" avrebbe costituito una pratica commerciale scorretta per orientare in maniera ingannevole i consumatori verso determinati prodotti. La censura si appuntava sulle condizioni per accedere alla competizione (i.e. la presenza del prodotto nel circuito della grande distribuzione e la corresponsione di una quota di ammissione) e sul fatto che il vincitore, titolato a esporre il marchio "eletto prodotto dell'anno", si sarebbe avvantaggiato dell'affidamento impropriamente ingenerato nei consumatori, in assenza di un completo confronto tra i prodotti in commercio.

L'Autorità comunicava al Codacons l'archiviazione per "manifesta infondatezza" dell'esposto, motivando che risultavano "assenti gli elementi di fatto idonei a giustificare ulteriori accertamenti". Il Codacons impugnava il provvedimento, lamentandone a vario titolo l'illegittimità e in particolare l'insufficiente motivazione, richiedendo il riesame del proprio esposto.

Con successivo atto l'Autorità "confermava il non luogo a provvedere". Anche tale secondo provvedimento veniva gravato in giudizio dal Codacons che, con motivi aggiunti, insisteva per l'annullamento dell'archiviazione come confermata dal sopravvenuto provvedimento.

Il primo giudice, dichiarata l'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse del ricorso introduttivo, respingeva nel merito i motivi aggiunti affermando che l'Autorità avrebbe adeguatamente motivato l'assenza della ingannevolezza nella pratica oggetto di segnalazione "*in ragione della presenza di esaustive informazioni messe a disposizione sul sito internet www.prodottodellanno.it riguardanti l'iscrizione dei prodotti, il controllo dei requisiti, la ricerca di mercato e l'utilizzo del logo. Quanto all'uso del* claim *"Eletto Prodotto dell'Anno", Agcm ha ritenuto che la locuzione adoperata accanto al claim "i Consumatori premiano l'innovazione" fosse sufficiente a delimitare la natura del processo di selezione, nel quale è premiata l'innovazione del prodotto e non, in termini assoluti, il miglior prodotto in ogni categoria»*".

Contro tale pronunciamento il Codacons proponeva appello, denunciando *in primis* l'erroneità della sentenza gravata per aver dichiarato improcedibile il ricorso. Nella ricostruzione dell'appellante il TAR avrebbe errato nel non rilevare l'inammissibile violazione del divieto di motivazione postuma perpetrata dall'Autorità con il suo secondo provvedimento, che non si limitava a confermare l'esito dell'archiviazione disposta, bensì forniva le ragioni (precedentemente non puntualmente esplicitate) a sostegno della decisione assunta.

2. Il problema dell'integrazione della motivazione dell'atto amministrativo in corso di giudizio nella lettura del Consiglio di Stato.

L'esame della censura consente al Collegio di affrontare il tema dell'integrazione della motivazione dell'atto amministrativo in corso di giudizio, questione che viene scomposta in tre diverse ipotesi: (i) la motivazione postuma fornita dall'amministrazione resistente attraverso gli scritti difensivi; (ii) la statuizione del giudice di non annullabilità dell'atto viziato da carente motivazione, qualora «sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato» (ex art. 21-*octies* l. n. 241 del 1990) e (iii) la possibilità di sanare la motivazione carente o insufficiente con un provvedimento di convalida.

Nella ricostruzione del Collegio, tanto la prima che la seconda ipotesi sarebbero da respingere secondo la giurisprudenza prevalente.

Quanto alla possibilità per la p.A. di integrare la motivazione del provvedimento tramite i propri difensori, l'orientamento della giurisprudenza è sempre stato di segno negativo. Nella ricostruzione del Collegio le pronunce più risalenti avrebbero peraltro trovato sostegno nell'art. 6, l. 18 marzo 1968, n. 249, che ammetteva la convalida nelle more del giudizio esclusivamente con riguardo al vizio di incompetenza.

Allo stesso modo, nella ricostruzione della sentenza annotata, il dibattito riacceso a partire dal 2005 tra i sostenitori dell'applicabilità del meccanismo "non invalidante" disciplinato dall'art. 21-*octies* l.n. 241/90 al vizio di motivazione e chi, al contrario, escludeva tale vizio da quelli "sulla forma o sul procedimento", si sarebbe risolto nel senso dell'inammissibilità dell'integrazione postuma della motivazione. Tale ultimo indirizzo, avallato dalla Corte costituzionale a partire dal 2015, sarebbe ormai prevalente e consolidato nel senso che "*il difetto di motivazione nel provvedimento non può essere in alcun modo assimilato alla violazione di norme procedimentali o ai vizi di forma [...] 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, della legge n. 241 del 1990, il provvedimento affetto dai cosiddetti vizi non invalidanti*". Nello stesso senso, puntualizza la Sezione, si è espressa la dottrina, sulla scorta le regole del giusto procedimento amministrativo come delineato dal diritto euro-unitario.

Discorso diverso è riservato all'ipotesi, in rilievo nel caso di specie, della conservazione dell'atto amministrativo operata mediante un nuovo atto integrativo della motivazione insufficiente.

La sentenza si sofferma dunque sull'istituto della convalida (art. 21-*nonies*, co. 2, l. n. 241/90) nei suoi caratteri generali, rintracciandone le radici nella possibilità per l'Amministrazione di

concludere il riesame del proprio operato con una decisione di carattere conservativo ("convalescenza"), fenomeno da sempre ritenuto ammissibile in dottrina e tradizionalmente ancorato al principio generale di economicità e conservazione dei valori giuridici e alla garanzia del buon andamento dell'agire amministrativo.

È dunque passato in rassegna il ventaglio di atti con esito confermativo tradizionalmente ricondotti alla potestà generale dell'amministrazione di prevenire o risolvere le controversie sulla legittimità dei propri atti. Il Collegio esamina pertanto gli istituti della conferma, della ratifica, della convalida, della rettifica, della conversione e della sanatoria, evidenziandone l'elemento distintivo nel vizio da emendare. Tra questi istituti, accomunati dalla uniforme matrice di provvedimenti di carattere conservativo, la sentenza precisa però che solo la sanatoria (ovvero "*l'effetto che si verifica allorquando un provvedimento viziato per mancanza nel procedimento di un atto preparatorio viene sanato dalla successiva emanazione dell'atto mancante* ") e la ratifica (i.e. "*l'appropriazione dell'atto, emesso da un organo incompetente (ovvero fornito di una competenza temporanea e occasionale), da parte della Autorità che sarebbe stata competente*") possono ritenersi ricompresi nella (pur ampia) formulazione dell'art. 21-*nonies*, co. 2, l. n. 241/90, perché ascrivibili al *genus* dei provvedimenti di secondo grado tesi ad eliminare il vizio da cui l'atto originario è inficiato. Medesima struttura e funzione non è invece rintracciata né nella conferma propria (in quanto, sia pur connotata dall'apertura di una nuova istruttoria a differenza dell'atto meramente confermativo, non è comunque volta a rimuovere alcun vizio), né nella rettifica (avente ad oggetto difformità che comportano solo l'irregolarità del provvedimento) né, da ultimo, nella conversione (che tiene fermo il provvedimento originario sussumendolo in una diversa fattispecie).

Così perimetrata rispetto alle nozioni contermini, la convalida è esaminata dalla sentenza nei suoi caratteri peculiari.

Trattandosi di provvedimento che "si salda" con il provvedimento convalidato, dando luogo a una fattispecie complessa, la convalida è "fonte di una sintesi effettuale autonoma" senza operare una modificazione strutturale del provvedimento viziato. La convalida, poi, opera *ex tunc* proprio perché si ricollega all'atto convalidato, mantenendone fermi gli effetti fin dal momento in cui esso venne emanato (in tale carattere riposa la principale differenza rispetto alla rinnovazione dell'atto, che invece non retroagisce). Il Collegio accenna, per tale via, a un importante limite al potere di convalida nelle ipotesi in cui l'esercizio del potere sia sottoposto ad un termine perentorio.

Passando ai requisiti "strutturali" del provvedimento di convalida, la sentenza abbraccia l'approccio "informale", che ritiene superflua l'individuazione precipua del vizio da convalidare e bastevole che, dal tenore complessivo del provvedimento, "*si desuma che la "causa" dell'atto è quella di dare stabilità e sicurezza a un atto invalido*", in ciò identificando, peraltro, le "*ragioni di interesse pubblico*".

Quanto al requisito temporale del termine ragionevole, il Collegio si limita a notare che "*lo stesso trascorrere del tempo può contribuire a corroborare il legittimo affidamento del privato che dal provvedimento invalido abbia ricavato delle utilità*".

Affrontando la più annosa questione della emendabilità tramite convalida del vizio di motivazione, la sentenza muove dalla distinzione tra vizi di tipo formale e procedimentale (compreso quello di incompetenza relativa) da ritenersi sempre sanabili, e vizi "sostanziali" (" *derivanti cioè dall'insussistenza di un presupposto o requisito di legge, ovvero dall'irragionevolezza e non proporzionalità del* decisum") rispetto ai quali la convalida è priva di effetto.

A tale stregua, il Collegio verifica la convalidabilità del vizio di motivazione: ammettendola nei casi in cui si traduca in una mera "*insufficienza del discorso giustificativo-formale*" ovvero nel " *non corretto riepilogo della decisione presa*" ed escludendola in tutti i casi in cui "*l'inadeguatezza della motivazione riflette un vizio sostanziale della funzione (in termini di contraddittorietà, sviamento, travisamento, difetto dei presupposti)*". Merita enfatizzare la precisazione che, nel primo caso, l'amministrazione si limiterebbe a munire l'atto originario di una argomentazione giustificativa sufficiente, lasciandone ferma l'essenza dispositiva, e a "*tirare nuovamente le fila delle stesse risultanze procedimentali".*

La sentenza giunge, infine, al tema della convalida in corso di giudizio.

La questione è affrontata nel prisma della contrapposizione tra un "modello processuale amministrativo primigenio" e l'impianto del "nuovo processo amministrativo".

Nel primo modello, incentrato sull'atto, la pendenza dell'impugnativa del provvedimento da convalidare escludeva l'operatività della convalida. Per la via della convalida, infatti, l'Autorità avrebbe finito con l'eludere le garanzie predisposte a tutela del cittadino leso dal provvedimento, il quale "*ha acquisito il diritto a ottenere una decisione di annullamento del provvedimento viziato*" (virgolettato in sentenza). Unica eccezione espressa a tale regola (dunque confermativa della relativa vigenza) la previsione della citata l. n. 249/1968, secondo cui: *"Alla convalida in corso di giudizio degli atti viziati di incompetenza può provvedersi anche in pendenza di gravame in sede amministrativa e giurisdizionale*".

Nel "nuovo processo amministrativo", all'opposto, sarebbero venute meno tutte le ragioni a sostegno di tale preclusione. In particolare, l'istituto dei motivi aggiunti, permettendo di impugnare tutti i provvedimenti adottati in pendenza del ricorso, consente di contestare l'atto di convalida sia per vizi propri (perché autonomamente viziato in quanto inammissibile), sia per persistente illegittimità dell'atto convalidato.

La convalidabilità del provvedimento in corso di giudizio risulterebbe peraltro conforme ai principi di effettività e concentrazione della tutela (ex art. 7, co. 7, c.p.a.), inverati nel "*massimo ampliamento del contenuto di accertamento del giudicato amministrativo*". Tale declinazione del principio di effettività si realizza, infatti, nelle parole del Collegio, "*facendo confluire all'interno dello stesso rapporto processuale – per quanto possibile – tutti gli aspetti della materia controversa dalla cui definizione possa derivare una risposta definitiva alla domanda del privato di acquisizione o conservazione di un certo bene della vita, evitando defatiganti parcellizzazioni della medesima disputa*".

Il concetto viene ulteriormente precisato attraverso la specificazione, ormai ricorrente in giurisprudenza, che, quando l'Amministrazione conserva intatto il potere di riemanare un provvedimento con dispositivo identico a quello che risulterebbe annullato per mero difetto di motivazione – in quanto il giudicato non ha potuto accertare la spettanza del provvedimento favorevole – la combinazione di convalida e motivi aggiunti "*è in grado di accrescere le potenzialità cognitive dell'azione di annullamento consentendo di focalizzare l'accertamento, per successive approssimazioni, sull'intera vicenda di potere*"**[1]**. L'affermazione contiene due importanti precisazioni: (i) che la convalida di cui si tratta potrebbe essere sia spontanea (come nella specie), sia occasionata da un '*remand*' cautelare o da una richiesta di chiarimenti del giudice e che (ii) resta esclusa da tale schema "*l'ipotesi in cui venga contestato un atto non ripetibile*", circostanza che, come detto, non consente convalida alcuna.

La soluzione prospettata, prosegue il Collegio, coniugherebbe l'inesauribilità del potere amministrativo con il diritto di difesa, agevolando tanto il ricorrente (che otterrebbe una più rapida ed efficace verifica della sua possibilità di risultato vantaggioso "*perseguita attraverso la deduzione di un vizio strumentale come il difetto di motivazione*"), che l'amministrazione (che eviterebbe annullamenti "*del tutto 'sovradimensionati' rispetto alla reale consistenza dell'interesse materiale del privato, potendo dimostrare che l'insufficiente motivazione non ha alterato la fondatezza sostanziale della decisione*").

Argomento di diritto positivo che agevolerebbe una siffatta ricostruzione viene tratto, per i procedimenti a istanza di parte, nella nuova regola di preclusione procedimentale di cui all'art.

10-*bis*, l. n. 241/90 come novellato dal d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, in l. 11 settembre 2020, n. 120, che, secondo il Collegio, troverebbe applicazione anche in caso di convalida per difetto di motivazione "*per evidenti ragioni sistematiche (e per evitare facili aggiramenti)*". La previsione che "*in caso di annullamento in giudizio del provvedimento...nell'esercitare nuovamente il suo potere l'amministrazione non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato*" imporrebbe infatti alla p.A. di esaminare l'affare nella sua interezza già nella fase del procedimento "*sollevando, una volta per tutte la questioni ritenute rilevanti, dopo di ciò non potendo tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione ai profili non ancora esaminati*".

Così perimetrata, la "motivazione successiva" non comporterebbe una 'dequotazione' dell'obbligo motivazionale, sussistendo adeguati disincentivi alla relativa inosservanza, rintracciati dal Collegio, sul piano individuale, nelle ricadute negative sulla valutazione della performance del funzionario e, sul piano processuale, nella "*possibilità*" per il giudice di accollare "*in tutto o in parte*" le spese di lite all'Amministrazione che (pur non soccombente, cionondimeno) abbia con il suo comportamento dato scaturigine alla controversia.

Applicando tali coordinate ermeneutiche al caso di specie, la sentenza qualifica il secondo provvedimento dell'Autorità non già come l'esito di una rinnovata istruttoria e di valutazioni autonome e distinte rispetto a quelle esplicitate in origine, bensì come un provvedimento diretto ad esplicitare "*con maggiore chiarezza i fatti – già acquisti al procedimento – che a parere* [dell'Autorità] *escludono in radice il carattere scorretto della pratica commerciale segnalata*". Se ne fa discendere che "sul piano tecnico-giuridico", non è corretta la declaratoria di improcedibilità del primo atto di archiviazione operata dal primo giudice, in quanto la successiva nota dell'Autorità non avrebbe sostituito l'archiviazione originariamente disposta con un nuovo provvedimento, bensì ne avrebbe semplicemente "*integrato la motivazione, per convalidarne gli effetti*".

Così chiarita l'ammissibilità dell'intervenuto atto di convalida, il Collegio afferma anche la legittimità dell'atto di archiviazione come convalidato, concludendo per il rigetto dell'appello.

Le spese di lite del secondo grado vengono compensate, "*in considerazione del fatto che il ricorso originario è stato inizialmente sollecitato dal difetto di motivazione dell'archiviazione*".

La pronuncia annotata, indicando la convalida come via maestra per sanare i vizi di motivazione del provvedimento in corso di giudizio, fornisce l'occasione per riflettere sui limiti applicativi

dell'istituto alla luce dell'attuale quadro normativo ed ermeneutico.

3. . La convalida del provvedimento e gli altri istituti espressivi del principio di economia dei mezzi giuridici

Gli approfondimenti dottrinali sugli istituti espressivi del principio di economia dei mezzi giuridici nel diritto pubblico sono, nella dottrina più risalente, autorevoli, ma relativamente scarsi[2], specialmente se confrontati alla produzione privatistica sull'argomento. La circostanza non può che sorprendere ove si condivida che proprio nel campo del diritto pubblico sia particolarmente avvertito il bisogno che "*le energie dell'azione pubblica non vadano, entro i limiti consentiti dal sistema, disperse, là dove possono invece venire senza pregiudizio risparmiate*"[3].

L'attenzione per il tema è stata di poi ravvivata, sia in dottrina che in giurisprudenza[4], dalla valorizzazione di politiche orientate all'economicità e all'efficacia dell'azione amministrativa[5] e successivamente dalla positivizzazione dell'istituto della convalida[6]. L'esiguità del disposto dell'art. 21-*nonies*, co. 2 l. n. 241/1990 ha infatti risolto solo alcuni dei problemi posti dall'istituto, lasciando agli interpreti la soluzione di gran parte dei nodi interpretativi.

Quanto al rafforzamento del parametro della conservazione dei mezzi giuridici, già ricavabile dal comma 2 dell'art. 21-*nonies*, che, nel fare "*salva la possibilità di convalida*", impone all'amministrazione di saggiare l'eventualità dell'applicazione della misura conservativa prima di porsi sulla strada dell'annullamento[7], esso parrebbe confermato dalle più recenti riforme che, nel limitare variamente lo *ius penitendi* in senso caducatorio (o sospensivo), non hanno specularmente esteso tali limiti alla c.d. autotutela conservativa[8].

Vero è che, sul piano pratico, gli interventi conservativi dell'amministrazione restano numericamente inferiori rispetto a quelli caducatori, il che potrebbe aver contribuito allo sbilanciamento della produzione dottrinaria verso questi ultimi[9].

Nel quadro della letteratura, come sopra delineato, la questione terminologica viene trasversalmente percepita come problematica: i più evidenziano la necessità di fare ordine sul piano definitorio, evitando di usare le medesime parole per identificare fenomeni giuridici differenti[10].

Apprezzabile, in tale prospettiva, lo sforzo ricostruttivo operato dalla sentenza annotata che, nel passare in rassegna i diversi istituti riconducibili al principio di conservazione dei mezzi

giuridici, ne mette in evidenza caratteri e peculiarità. La dovizia di argomenti spesi per tale inquadramento si spiega guardando alla rapidità con cui il primo giudice aveva respinto i rilievi della ricorrente sulla violazione del divieto di "motivazione postuma", con conseguente necessità di fare chiarezza sulle diverse ipotesi di integrazione della motivazione al fine di evidenziare le peculiarità di quella operata mediante un nuovo atto volto a sanare una motivazione carente. A tale scopo, prima di affrontare l'ipotesi della convalida del vizio di motivazione in corso di giudizio, il Collegio si sofferma sull'istituto nei suoi caratteri generali.

Appare in particolare convincente (e utilmente semplificante) lo sforzo di ricondurre all'art. 21-*nonies* gli istituti della sanatoria e della ratifica (intesa quale atto diretto ad eliminare il vizio di incompetenza) perché entrambi ascrivibili "*al* genus *dei provvedimenti di secondo grado tesi ad eliminare il vizio da cui l'atto originario è inficiato*". La categorizzazione persuade meno, invece, intendendo la ratifica anche quale provvedimento che viene in rilievo in vicende di legittimazione straordinaria di un organo ad emanare un provvedimento**[11]**: in tali casi, infatti, il riesame concerne un atto emanato da un organo che ne è competente, sia pure in via provvisoria, sicché mancherebbe in radice il "*vizio da cui l'atto originario è inficiato*"**[12]**.

L'utilità dell'intero *excursus* argomentativo rischia però di essere svilita dall'approccio "informale" abbracciato dal Collegio in ordine ai requisiti "strutturali" del provvedimento di convalida. Reputando superflua l'individuazione precipua del vizio da convalidare e implicitamente desumibili dal tenore complessivo del provvedimento le "*ragioni di interesse pubblico*" che la legge pone a presupposto dell'esercizio del potere e chiede di specificare, la sentenza sfuma i tratti distintivi dell'istituto, finendo con il favorire, sul piano pratico, la confusione tra la convalida e altri istituti contermini che si mirava a scongiurare sul piano teorico. Il rispetto del principio di legalità pare vieppiù imprescindibile ove si condivida che il potere di ritiro possa convincentemente essere ricostruito come autonomo rispetto al potere originario**[13]**, con ciò che ne consegue sulla relativa invalidità se non conforme agli schemi normativi vigenti**[14]**.

Al di là delle criticità rilevate, la dovizia argomentativa del Collegio contribuisce se non altro a profilare i caratteri della convalida per differenza rispetto all'attività processuale dei difensori della p.A. tesa a provare l'irrilevanza del vizio di motivazione dedotto in giudizio**[15]**.

4. I vizi convalidabili e la qualificazione del vizio di motivazione

Quanto ai vizi suscettibili di convalida, la legge si riferisce al provvedimento "*annullabile*", non già a quello nullo o meramente irregolare.

La dottrina prevalente[16], facendo leva vuoi sull'argomento letterale, vuoi sull'insussistenza in tali casi di un interesse pubblico alla convalida[17], converge nel ritenere non convalidabili i provvedimenti "*non annullabili*" ex art. 21-*octies*co. 2. Benché l'opinione maggioritaria sia dunque nel senso che il margine di operatività dell'istituto sarebbe ridotto (benché non eliso) per effetto dell'entrata in vigore dell'art. 21-*octies*, co. 2 l. n. 241/1990, la pronuncia annotata si muove in direzione opposta, includendo espressamente tra i vizi convalidabili quelli "non invalidanti" [18].

Sotto altro (ben più decisivo) profilo, la sentenza si allinea invece all'interpretazione assolutamente prevalente, includendo tra i vizi convalidabili solo quelli relativi agli elementi formali o procedimentali[19] e non già i vizi sostanziali[20]. Peraltro, la circostanza che il Consiglio di Stato adduca a suffragio dell'inammissibilità della convalida per i vizi sostanziali quanto recentemente precisato dall'Adunanza plenaria (sia pure nel diverso ambito della c.d. fiscalizzazione dell'abuso edilizio[21]), potrebbe segnare una battuta di arresto al minoritario filone giurisprudenziale, specialmente di primo grado, che stava aprendo alla convalida anche per i vizi sostanziali, facendo leva sull'assenza di un espresso divieto legislativo in tal senso[22].

In tale quadro, il tema della convalida del vizio di motivazione merita, però, un trattamento particolare.

La dottrina tradizionale ammetteva la convalidabilità del vizio di motivazione[23] assumendo la relativa ascrivibilità ai vizi formali, invero da tempo discussa quanto meno nei casi in cui il vizio di motivazione fosse il "*sintomo di una imperfezione del processo di formazione di volontà*" e, dunque, spia di un vizio sostanziale[24].

Soccorrono in proposito i determinanti approfondimenti dedicati all'istituto della motivazione del provvedimento[25]che, pur muovendo dalla multidimensionalità del vizio per lo stretto legame tra motivazione enunciativa e sindacato giurisdizionale d'eccesso di potere[26] e dunque dallo stretto rapporto che avvince la teoria della motivazione e quella dell'eccesso di potere[27], hanno abbracciato traiettorie differenti.

In un primo senso, verso la "diluizione" del vizio di motivazione in quello di eccesso di potere, si è mossa la visione "sostanzialistica", compendiata nell'affermazione gianniniana che "*conta ciò che si è fatto, non ciò che si è dichiarato di voler fare*"**[28]**. La nota impostazione, proposta come reazione all'aperto formalismo che caratterizzava l'approccio tradizionale al vizio in parola**[29]**, scaturiva da una valorizzazione dalle nuove potenzialità del giudizio amministrativo che avrebbero consentito al giudice di non arrestarsi al dato "formale" del vizio di motivazione, permettendogli di ricavare l'iter logico-argomentativo seguito dalla p.A. dall'esame del *dossier* procedimentale e verificare la bontà sostanziale della decisione.

Diversa traiettoria è stata seguita da quella dottrina che, liberando la motivazione da ogni concezione "psicologica" e valorizzandola come segno formale, la ha qualificata come "discorso giustificativo"**[30]** rivolto non solo al destinatario della decisione e al giudice, bensì anche, seppur mediatamente, a una tribuna di opinione pubblica davanti alla quale la stessa motivazione è chiamata a dissipare le apparenze arbitrarie ed illogiche dell'atto autoritativo**[31]**.

Con l'avvento dell'art. 3 l. n. 241/1990, la motivazione è descritta come elemento formale, un'esternazione, un segno linguistico avente determinate caratteristiche**[32]**.

In tale rinnovato quadro, gli interpreti si sono fatti carico del carattere "polifunzionale" della motivazione**[33]**(polifunzionalità che si spiega alla luce della molteplicità dei potenziali destinatari della motivazione del provvedimento**[34]**) e, nel ricercare la funzione principale o prevalente della stessa, l'hanno variamente rintracciata, a seconda delle interpretazioni**[35]**, in principi e valori accomunati dalla relativa autonomia rispetto al "bene finale" rappresentato dalla pretesa collegata all'emanazione del provvedimento**[36]**.

Sulla scorta di queste premesse può essere maggiormente compresa anche l'evoluzione giurisprudenziale sulla natura della motivazione e sui riflessi della violazione dell'art. 3 l. n. 241 sulla validità del provvedimento.

La motivazione del provvedimento amministrativo può essere alternativamente ricostruita come: 1) elemento avente rilevanza formale o procedimentale; 2) elemento sostanziale; 3) elemento essenziale del provvedimento.

L'adesione alla prima ricostruzione implicherebbe, ai sensi dell'art. 21-*octies*, co. 2, primo alinea, che il provvedimento vincolato privo o carente di motivazione non sarebbe suscettibile di annullamento quando sia palese che, anche in assenza del vizio, il contenuto dispositivo del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso. Le pronunce giurisprudenziali che aderiscono a tale tesi (ammettendo, a tale stregua, scritti difensivi diretti a integrare la

motivazione del provvedimento *sub iudice*) fanno perno sulla notazione ricorrente che l'annullamento dell'atto per vizio di motivazione si tradurrebbe in una "vittoria di Pirro" per il ricorrente, esponendolo all'emanazione di un provvedimento di identico contenuto, ma motivato in modo più adeguato**[37]** e che l'illustrazione, in giudizio, dell'inconfigurabilità di contenuti dispositivi alternativi non costituirebbe un'indebita integrazione postuma della motivazione, rappresentando un'applicazione dell'art. 21-*octies*, co. 2. Siffatte ricostruzioni trovano oggi un importante ostacolo nella posizione assunta dalla Corte costituzionale nel 2015 e ribadita nel 2017, quando, investita (in entrambe le occasioni) dalla Corte dei conti della questione di legittimità dell'art. 21-*octies*, co. 2 l. n. 241 per la parte in cui consentirebbe un'integrazione postuma della motivazione, con riferimento agli art. 3, 97, 24, 113 e 117 Cost., l'ha dichiarata inammissibile, richiamando l'interpretazione costituzionalmente conforme sostenuta dalla giurisprudenza amministrativa secondo la quale "*il difetto di motivazione nel provvedimento non può essere in alcun modo assimilato alla violazione di norme procedimentali o ai vizi di forma*"**[38]**, costituendo la motivazione del provvedimento il presupposto "*il fondamento, il baricentro e l'essenza stessa del legittimo esercizio del potere amministrativo*".

Al polo opposto si pongono le interpretazioni che configurano la motivazione come elemento essenziale del provvedimento**[39]**. Benché non manchino, in giurisprudenza, incidentali affermazioni della ascrivibilità della "*assenza del dispositivo o della motivazione*" alla categoria della nullità**[40]**, non risultano pronunce che ne abbiano disposto, in concreto, la declaratoria.

Ora, ove si acceda alla conclusione che il vizio di motivazione non possa più essere ricostruito alla stregua di un vizio formale o procedimentale sanabile ai sensi dell'art. 21-*octies*, co. 2 l. n. 241/1990**[41]**, c'è da chiedersi quali ricadute si producano sulla convalidabilità del vizio in questione.

Per la tesi implicitamente abbracciata dalla pronuncia in commento, nessuna.

La posizione è logicamente ineccepibile ove si condivida che altro è la convalida (i.e. il provvedimento amministrativo di secondo grado che scaturisce dalla scelta di fare salvi gli effetti di un provvedimento viziato nella motivazione) altro è il meccanismo processuale che consente di far emergere la necessarietà del contenuto dell'atto viziato nella motivazione vista la vincolatezza della fattispecie. Del resto, l'affermazione che il provvedimento vincolato viziato nella motivazione non è "non annullabile" conduce, attraverso una doppia negazione, all'affermazione della ricorrenza del primo presupposto per procedere alla convalida: la presenza di un vizio suscettibile di annullamento.

Diverse conclusioni si raggiungono, tuttavia, ove dalla riferita giurisprudenza si ricavi che il vizio della motivazione si qualifichi sempre come vizio sostanziale. Ne discenderebbe un imponente ostacolo all'ammissibilità della convalida. Tale preclusione supererebbe peraltro la (invero malsicura) scomposizione del vizio di motivazione tra meramente formale e sostanziale operata dalla sentenza**[42]**, in quanto l'esigenza di preservare la motivazione quale "*essenza stessa del legittimo esercizio del potere amministrativo*" precluderebbe all'amministrazione di reintervenire, sia pure al solo fine di "*tirare nuovamente le fila delle stesse risultanze procedimentali*".

Una conclusione di tale rigidità potrebbe però tradire la stessa funzione della motivazione.

Se infatti si riconosca, con le posizioni più avanzate sulla garanzia dell'obbligo di motivazione, che la pretesa alla decisione motivata abbia un fondamento autonomo rispetto alla pretesa principale collegata all'emanazione del provvedimento (da ricercarsi nei "valori" della conoscibilità, della trasparenza, della assunzione della responsabilità dei propri atti ad opera della p.A., nel suo ruolo di essenza della funzione amministrativa), tanto dal dover essere assicurata anche quando il contenuto di quest'ultimo non avrebbe potuto essere diverso per la sua vincolatezza, sarebbe controproducente precludere all'amministrazione di rimediare al vizio, conformandosi a detti valori. Ciò vale a maggior ragione ove si aderisca alle posizioni che riconoscono alla motivazione un ruolo non meramente "difensivo" bensì "pubblicitario" e comunque extra-procedimentale.

La conclusione non lascia spazio per riservare trattamenti differenziati ai casi in cui la convalida incida su un provvedimento *sub iudice* rispetto a quelli di provvedimento non contestato nei termini e non contrastante con gli interessi di alcuno degli amministrati**[43]**. Si incorrerebbe infatti nell'antica obiezione che o si ammette, o si nega, l'ammissibilità della convalida da parte degli organi amministrativi dei propri atti viziati, mentre, una volta accolta la soluzione affermativa, sarebbe contraddittorio "*fermarsi a mezza via*", e sostenere che la proposizione del ricorso, la sua notifica, possa impedire alla amministrazione l'esercizio di questa sua potestà**[44]**.

Le ragioni di un eventuale regime differenziato andrebbero, pertanto, ricercate altrove.

5. In cauda venenum: la convalida del vizio di motivazione in corso di giudizio

Gli sforzi interpretativi diretti a limitare la convalida in corso di giudizio dimostrano che qui si collocano le maggiori criticità dell'istituto.

In termini generali, a fronte di una tradizionale chiusura alla convalidabilità in corso di giudizio di qualsivoglia vizio del provvedimento, fondata sulla necessità di preservare il "*diritto del privato a valersi dei vizî che inficiano l'atto amministrativo*"**[45]** nell'ottica di un processo eminentemente impugnatorio, si è registrata una apertura alla convalidabilità, dapprima, del solo vizio di incompetenza relativa (espressamente ammessa dal citato art. 6, l. n. 249/1968) e poi anche di vizi diversi, in concomitanza con l'evoluzione delle regole processuali e sostanziali.

La nuova struttura del processo amministrativo, che affida ai motivi aggiunti l'impugnativa dei provvedimenti adottati in pendenza del ricorso tra le stesse parti (peraltro oggi presupponendo che il potere conferito al difensore per proporre ricorso comprenda anche quello a promuovere tale ulteriore impugnativa ex art 24 c.p.a.), ha definitivamente avallato l'ampliamento dell'oggetto del giudizio "al futuro", ammettendo che nel processo confluiscano, di regola, tutti gli atti espressivi della stessa vicenda di potere**[46]**.

Del resto, la facoltà della p.A. di reintervenire sul rapporto *sub iudice* è tradizionalmente ammessa non solo e non tanto in ragione del carattere pacificamente non sospensivo della proposizione del ricorso, quanto soprattutto in considerazione del fatto che l'Amministrazione conservi possibilità di intervento anche all'indomani del giudicato, pur nei limiti delineati da quest'ultimo**[47]**.

Certo è che sulla scorta dello strumentario processuale sopra citato, è stato facile gioco per gli interpreti negare l'esistenza di un principio che imponesse di "paralizzare" i poteri dell'amministrazione in dipendenza dell'esercizio da parte dei cittadini dei rimedi di tutela contro precedenti provvedimenti e, per tale via, ammettere una "motivazione successiva" **[48]** che consentisse al giudice un pieno sindacato della controversia nell'ottica della valorizzazione del giudizio amministrativo come giudizio di spettanza**[49]**.

In tale quadro, i tentativi dottrinali di rivisitare i caratteri della convalida in generale**[50]** e di quella incidente sul vizio di motivazione in particolare**[51]**, hanno posto mente alla necessità di favorire il "ravvedimento operoso" della p.A. anche in corso di processo, ma sempre sforzandosi di bilanciare i contrapposti interessi del ricorrente, ad esempio, attraverso la negazione della retroattività della convalida**[52]**.

L'entrata in vigore dell'art. 21-*nonies*, co. 2 l. n. 241/1990 non ha, come visto, sopito il dibattito, contribuendo anzi ad alimentarlo vista la esiguità del dettato legislativo e la concomitante

entrata in vigore del meccanismo non invalidante di cui all'art. 21-*octies*.

Nell'ambito del nutrito filone "aperturista" che ne è seguito, plaudito da parte della dottrina**[53]** e criticato da altra**[54]**, solo parte della giurisprudenza ha precisato che la possibilità di intervenire per integrare una motivazione insufficiente dovesse essere riservata all'amministrazione e che non fosse possibile consentirla agli atti difensivi nella sede processuale **[55]**.

La precisazione è di non poco momento ove si consideri che l'intervento emendativo del vizio attraverso un provvedimento dell'amministrazione resistente piuttosto che attraverso gli scritti dei suoi difensori ha il pregio di mantenere saldo il riparto di responsabilità, nel rispetto dell'art. 28 Cost., nonché l'autonomia dell'amministrazione di "*assumere l'ordinaria competenza di amministrare*" ex art. 118, co. 1 Cost.. Vero è che ciò non elimina il rischio, paventato in dottrina " *che le "ragioni postume" della scelta siano dettate da esigenze defensionali e dal tentativo di giustificare la decisione impugnata con attività riferibili alla p.a. come parte resistente nel processo* "**[56]**e il rischio è vieppiù elevato quando le "giustificazioni" della decisione impugnata siano filtrate dalla difesa e dal "gioco delle parti" imposto dalle regole interne al processo.

6. . Digressioni alla luce della giurisprudenza successiva

La pronuncia in commento ha già ricevuto un certo seguito in giurisprudenza.

La sentenza annotata avvalora, anzitutto, la tesi dell'inammissibilità dell'integrazione postuma della motivazione operata attraverso gli scritti difensivi e proprio in tale prospettiva è stata richiamata dal TRGA di Trento, investito della legittimità di un provvedimento di revoca del permesso di soggiorno corredato da una motivazione superficiale e stereotipa, poi dettagliata e integrata con memoria dall'amministrazione resistente. Il Collegio ha disposto l'annullamento del provvedimento impugnato precisando che il divieto di integrazione postuma della motivazione troverebbe fondamento, *inter alia*, nell'istituto disciplinato dall'art. 21-*nonies*, comma 2, della legge n. 241 del 1990, "*da interpretare nel senso che, in presenza di un provvedimento discrezionale che risulti viziato per carenza di motivazione, l'impugnazione di tale provvedimento non preclude all'Amministrazione intimata la possibilità di agire in autotutela, convalidandolo*"**[57]**.

In questa prospettiva, la sentenza n. 3385/2021 concorre ad arginare una pratica criticabile per tutte le ragioni viste *supra*.

Per altro verso, i canoni interpretativi applicati dal Consiglio di Stato sono stati ampiamente ripercorsi per valutare gli effetti del nuovo esercizio del potere conseguente al *remand* cautelare in un processo diretto all'ottenimento dell'autorizzazione inizialmente negata dall'amministrazione**[58]**.

Il TAR del Lazio**[59]**, nel vagliare i motivi aggiunti con cui si contestava la legittimità del provvedimento con cui l'Ente parco, chiamato in via cautelare a riesaminare "*avuto riguardo, in particolare, alla censura tesa a valorizzare il deficit motivazionale*" il diniego di autorizzazione all'installazione di antenne telefoniche opposto alla ricorrente, confermava il diniego originario, ha ritenuto che tale nuovo provvedimento non determinasse l'improcedibilità del ricorso introduttivo, proprio alla stregua delle argomentazioni utilizzate dalla sentenza n. 3385/2021. Merita precisare che il nuovo provvedimento interveniva "in dichiarata esecuzione" del comando cautelare e che il Collegio vi riconosceva i connotati della convalida**[60]**. Il TAR ne fa discendere, ripercorrendo l'insegnamento della sentenza annotata, che l'integrazione della motivazione del diniego originario a opera del secondo atto "*non costituisc*[e] *l'esito di una rinnovata istruttoria e di valutazioni autonome e distinte rispetto a quelle esplicitate in origine', essendosi l'amministrazione limitata a esplicitare 'con maggiore chiarezza' i fatti, già acquisti al procedimento, idonei a fondare il diniego di nulla osta*", ciò che attribuisce al provvedimento sopravvenuto la natura di atto di convalida, con conseguente necessità di verificare "*la legittimità del diniego 'come convalidato'*", senza potersi dichiarare l'improcedibilità del ricorso introduttivo.

Senza poter affrontare compiutamente in questa sede il delicato tema del rapporto tra pronunce cautelari "atipiche" e nuovo esercizio del potere**[61]**, preme segnalare la sentenza del TAR capitolino per aver qualificato il provvedimento esecutivo dell'ordine cautelare alla stregua di una convalida e per aver negato, per tale via, l'improcedibilità del ricorso originario per sopravvenuta carenza di interesse, difettando "*una rinnovata istruttoria e di valutazioni autonome e distinte rispetto a quelle esplicitate in origine*". La decisione si pone in netta discontinuità con l'orientamento giurisprudenziale che riconosce sempre al provvedimento assunto a valle del *remand* l'effetto di determinare la sopravvenuta carenza di interesse alla coltivazione del ricorso originario**[62]**, e ciò sulla scorta della configurazione dell'ordinanza propulsiva quale strumento che rimette in mano alla p.A il potere decisionale iniziale, senza pregiudicare il risultato finale**[63]**.

Al contempo, la decisione pare allontanarsi pure dal filone interpretativo che ha guardato al grado di intensità del contenuto ordinatorio della pronuncia per stabilire se la relativa

esecuzione determinasse o meno improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse del ricorso originario**[64]**. Invero, nell'ambito di questo filone, il provvedimento meramente esecutivo della misura cautelare era considerato inidoneo a determinare la sopravvenuta carenza di interesse e suscettibile di essere automaticamente caducato (insieme alla misura cautelare) dalla eventuale decisione di merito contraria. Vero è che la distinzione che riposa sull'intensità del contenuto ordinatorio è di ardua applicazione pratica, specialmente a fronte di ordinanze propulsive**[65]**, e che l'atteggiamento prudenziale che connota le difese in giudizio ha dato luogo a una impugnazione generalizzata dei provvedimenti non satisfattivi assunti "su riesame", ma resta il fatto che il connubio tra il carattere meramente esecutivo del provvedimento assunto a valle dell'ordine cautelare e l'assenza di un'autonoma istruttoria deporrebbe, nel quadro interpretativo descritto, per il relativo carattere non autonomamente impugnabile**[66]**.

Corre l'obbligo di interrogarsi sui riflessi sulla dinamica del processo generati dalla configurazione del provvedimento assunto su ordine cautelare come una convalida.

Il fatto che il nuovo provvedimento "si saldi" con quello originariamente assunto, senza dare luogo a una rinnovata istruttoria e a valutazioni autonome e distinte rispetto a quelle esplicitate in origine e senza far venir meno l'interesse al giudizio diretto a contestare il provvedimento convalidato, potrebbe consentire al ricorrente di evitare di impugnare la convalida ritenuta non satisfattiva così evitando gli oneri economici connessi?

Non sembra che le logiche del processo di tipo soggettivo, basato sul principio dispositivo, consentano di evitare l'intercessione della domanda di parte per dare ingresso nel processo alla questione della legittimità di nuovi provvedimenti**[67]**. Se tale domanda, però, debba fare ingresso nel processo nelle forme tradizionali è questione su cui vale la pena soffermarsi per esaminare compiutamente le conseguenze pratiche che discendono dall'adesione all'orientamento inaugurato dalla sentenza annotata.

7. . Considerazioni conclusive sui limiti all'applicabilità della logica di giudizio "sul rapporto" al processo incentrato sull'atto

La sentenza della Sesta Sezione affronta varie questioni di rilievo al fine di concentrare nelle mani della p.A. il potere di sanare il vizio di motivazione, anche in corso di giudizio. La sentenza

prospetta alcune soluzioni, di cui sottolinea essere fondamento l'impianto del "nuovo processo amministrativo", in contrapposizione al "modello processuale amministrativo primigenio". Traspare così l'intenzione di determinare un indirizzo giurisprudenziale autorevole (già ampiamente seguito, come illustrato *supra*) che faccia della convalida la via maestra per sanare i vizi della motivazione in corso di giudizio, ponendo così rimedio alla estrema varietà di posizioni espresse in argomento. L'attenzione riservata a soluzioni come quella affermata dalla sentenza annotata non vuole, però, significare che il dibattito debba ritenersi esaurito.

Assegnare all'amministrazione cui va imputata un'illegittimità di indubbia gravità come quella di aver assunto un provvedimento viziato nella motivazione l'ulteriore vantaggio di estendere il giudizio, sia in termini di ampliamento del *thema decidendum,* sia in quelli di imposizione al ricorrente di ulteriori attività processuali, può tradursi in un ingiusto pregiudizio per quest'ultimo.

L'argomento della "focalizzazione dell'accertamento" per successive approssimazioni, declamato dal filone interpretativo in cui si inserisce la pronuncia annotata, si attaglia poi con difficoltà al processo su provvedimenti ablatori. La sensazione che la ricostruzione del Collegio abbia guardato specialmente ai giudizi su interessi legittimi pretensivi sembra peraltro confermata dal passaggio in cui, nell'argomentare dell'esigenza di estendere il contenuto di accertamento del giudicato amministrativo quale postulato dei principi di effettività e concentrazione della tutela ex art. 7, co. 7 c.p.a., invoca, peraltro in modo equivoco**[68]**, la preclusione procedimentale che discende dalla nuova formulazione dell'art. 10-*bis*, pacificamente applicabile ai soli procedimenti a istanza di parte.

Alla luce del ruolo proprio della motivazione, come sopra ricostruito, la denuncia del suo difetto in un giudizio rivolto alla caducazione del provvedimento impugnato non può essere sbrigativamente qualificato, come fa la Sezione, alla stregua di un "vizio strumentale". Ciò a maggior ragione ove si consideri che la riedizione del potere a seguito dell'annullamento del provvedimento (in via di autotutela o giurisdizionale) potrebbe dare luogo a esiti procedimentali diversi, dimostrando che l'annullamento sarebbe tutt'altro che "sovradimensionato"**[69]**.

Nell'attuale configurazione del processo amministrativo, la parte ricorrente sembra aver guadagnato il ruolo di migliore interprete del proprio interesse**[70]**, sicché, a fronte della geometria variabile che connota il processo amministrativo permeato sull'atipicità delle azioni e sul principio della domanda, ragionare di 'tutela sostanziale' e di 'tutela effettiva' per respingere azioni meramente caducatorie può risultare paradossale. In ultima analisi, la proposizione da parte del ricorrente della sola azione caducatoria, o la proposizione di un'azione di adempimento

accanto a quella di annullamento, costituiscono la legittima applicazione del principio dispositivo e attivano in modo non eguale la competenza del giudice con riferimento alla risposta che dalla sua decisione deriva e si trasferisce nella definizione del rapporto**[71]**.

Anche non volendo accedere a una modulazione della ammissibilità della convalida del provvedimento viziato nella motivazione in corso di giudizio a seconda della pretesa azionata **[72]**, resta il fatto che la pronuncia in commento sembra prospettare argini deboli al potere di convalida, trascurando il principio essenziale per cui nello stato di diritto l'amministrazione entra in giudizio come parte e non come autorità**[73]**.

Debole pare, in particolare, escludere la convalida nelle sole ipotesi in cui l'esercizio del potere sia sottoposto ad un termine perentorio. Se infatti è indubbiamente condivisibile che l'atto "non ripetibile" debba ritenersi insuscettibile di convalida, è anche noto che la giurisprudenza è estremamente restrittiva nell'individuazione delle ipotesi in cui il decorso del termine per concludere il procedimento consumi il potere**[74]**, arrivando financo a smentire la perentorietà di termini definiti come perentori dalla legge stessa**[75]**. E' significativo che il legislatore abbia dovuto esplicitamente rimarcare che il provvedimento di diniego di un'istanza dopo la formazione del silenzio assenso è inefficace**[76]**. Specularmente risulta assai esiguo lo spazio riconosciuto alla convalida con efficacia *ex nunc* (equivalente, nella prospettazione del Collegio, a una rinnovazione**[77]**) limitata appunto ai soli casi di convalida su provvedimenti non ripetibili **[78]**, con conseguente ostacolo al riconoscimento dell'ingiustizia del danno che costituisce necessario presupposto della tutela risarcitoria. L'ammissione della convalida del provvedimento viziato nella motivazione in corso di giudizio dovrebbe quantomeno essere bilanciata dalla ristorabilità del danno provocato dalla condotta scorretta dell'amministrazione, la quale, nell'emanare un atto legittimo, abbia ciononostante violato una regola comportamentale.

A tali considerazioni di carattere sistematico non possono non aggiungersi alcune notazioni di carattere pratico. Anche ove la riferita progressiva "focalizzazione dell'accertamento" attraverso la combinazione tra convalida e motivi aggiunti rappresenti effettivamente una preziosa risorsa per accrescere la portata conformativa della decisione del giudice amministrativo**[79]**, essa non è senza costi per il ricorrente**[80]**.

Ogni provvedimento che venga assunto a giudizio già instaurato dall'amministrazione resistente (spontanemente o "*iussu iudicis*", a seguito di *remand* o di richiesta istruttoria) pertanto, pur rispettando il giusto riparto delle responsabilità, genera una sopravvenienza provvedimentale che pone il ricorrente innanzi all'annosa questione sul se e come rimodulare la propria

contestazione, sobbarcandosene i relativi costi. Vero è che ciascuna di queste sopravvenienze provvedimentali concorre ad esaurire la discrezionalità dell'amministrazione**[81]**, consentendo di giungere all'accertamento della spettanza del bene della vita, ma, nel farlo, si innesta in un processo ancora di carattere prevalentemente impugnatorio e deve fare i conti con le regole che lo governano**[82]**.

A ciò si aggiunga che ammettere che la p.A. sani in corso di giudizio i vizi di provvedimenti precedentemente assunti significa consentirle di risultare vittoriosa di un processo generato dal suo agire *contra legem*. Il punto non pare risolto dalla sentenza commentata, che si limita a consentire al giudice di accollare "*in tutto o in parte*" le spese di lite all'Amministrazione, che pur non soccombente, cionondimeno abbia con il suo comportamento dato scaturigine alla controversia. Si tratta di una mera "possibilità" che peraltro, nella specie, ha dato luogo a una mera compensazione**[83]**.

La considerazione dei costi sostenuti dal ricorrente non può essere trascurata in un processo permeato sul principio di effettività. A nulla servirebbe, del resto, architettare soluzioni processuali raffinate per conseguire una pronuncia "di spettanza" se poi, nel concreto, l'alternanza provvedimentale-processuale per giungervi si riveli eccessivamente onerosa per il ricorrente**[84]**.

Con le considerazioni e digressioni che precedono si è inteso evidenziare che le questioni lasciate aperte dall'istituto della convalida sono ancora molte. C'è da sperare che l'attenzione riservata dalla sentenza annotata alla convalida del vizio di motivazione, rendendo ancora più evidenti i limiti di certe soluzioni, faccia riflettere più seriamente sulla necessità di interventi profondi.

[1] La formula, ormai ricorrente, esprime la tendenza a valorizzare la combinazione di ordinanze propulsive e motivi aggiunti avverso l'atto di riesercizio del potere quale strumento per focalizzare l'accertamento, per successive approssimazioni, sull'intera vicenda di potere; tendenza che, come recentemente ricordato, affonda le sue radici in una fase che precede l'entrata in vigore del c.p.a. e principia con il rinnovato assetto delle relazioni tra amministrati e p.A. inaugurato dalla l. n. 241/1990 (F. Patroni Griffi, *La giustizia amministrativa tra presente e futuro* (intervento al convegno «Stato a diritto amministrativo tra presente e futuro», Parma, 4 ottobre 2019), in *Il processo*, n. 3/2019, 587 ss.).

[2] Cfr. P. Ravà, *La convalida degli atti amministrativi*, Padova, 1937. Per temi affini anche P. Bodda, *La conversione degli atti amministrativi illegittimi*, Milano, 1935; R. Lucifredi,

Inammissibilità di un esercizio "ex post della funzione consultiva", in *Scritti per Vacchelli*, Milano, 1937, 283 ss. e più tardi Le. Mazzarolli, *Gli atti amministrativi di conferma*, I, Padova, 1964. Fra le voci enciclopediche, v. G. Santaniello, *Convalida (dir. amm.)*, in *Enc. dir*., X, Milano, 1962, 503 ss.; E. Cannada Bartoli, *Conferma (dir. amm.*), in *Enc. dir*., VIII, Milano, 1961, 856 ss.; L. Mazzarolli, *Convalida (II Diritto Amministrativo)*, voce dell'Enc. giur., Roma, IX, 1988, 2; G. Ghetti, *Conferma, convalida e sanatoria degli atti amministrativi*, in *Dig. disc. pubbl*. III, Torino, 1989, 347.

[3] A.M. Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940, consultato nella ristampa inalterata del 1964, qui 351.

[4] Si veda, in particolare, la molto commentata TAR Lazio, Sez. I, 16 gennaio 2002, n. 398, in *Foro amm. Tar*, 2002, 511 ss., con nota di D.U. Galetta, *Recenti novità in tema di illegittimità del provvedimento amministrativo affetto da c.d. vizi formali*, in *Giorn. dir. amm*., 2002, 641 ss., con nota di V. Cerulli Irelli, *Convalida in corso di giudizio e tutela della pretesa sostanziale*, e in *Urb. e app*., 2002, 935 ss., con nota di L. Tarantino, *Wittgenstein, Mortati e l'integrazione della motivazione in giudizio*. Di poco successivo il contributo di G. Tropea, *La c.d. motivazione "successiva" tra attività di sanatoria e giudizio amministrativo*, in *Dir. amm*., 3, 2003, 531 ss..

[5] E' affermazione ricorrente anche in giurisprudenza che il parametro della conservazione dei valori giuridici tenda a rafforzarsi e ad assumere sempre maggiore consistenza in rapporto alle regole dell'economicità e dell'efficacia dell'azione amministrativa (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 3 febbraio 2000, n. 665, in *Cons. Stato*, 2000, I, 236 citata in G. Tropea, *op. cit*. 531). Sul tema più generale della declinazione del buon andamento come principio diretto a conseguire una c.d. "amministrazione di risultati" v. F. Ledda, *Dal principio di legalità al principio d'infallibilità dell'amministrazione*, in *Foro amm*., 1997, 3303; A. Romano Tassone, *Sulla formula «amministrazione per risultati»*, in *Scritti in onore di E. Casetta*, II, Napoli, 2001, 813 ss.; R. Ferrara, I*ntroduzione al diritto amministrativo. Le pubbliche amministrazioni nell'era della globalizzazione,* Bari, 2002; G. Corso, *Amministrazione di risultati*, in Annuario AIPDA 2002, Milano, 2003, 131 ss.; M.R. Spasiano, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003; M. Immordino, A. Police (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004; L.R. Perfetti (a cura di), *La riforma della l. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità e amministrazione di risultato*, Padova, 2008.

[6] Tra i commentari all'art. 21-*nonies*, co. 2 l. n. 241/1990 come inserito con l. n. 15/2005 v. A.G. Pietrosanti, *La convalida del provvedimento*, in M.A. Sandulli (a cura di) *Princìpi e regole dell'azione amministrativa,* 3 ed. Milano, 2020, 501 ss.; F. Costantino, *La convalida del provvedimento*, in A. Romano (a cura di) *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 897 ss.. In

argomento si vedano R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, 2 ed., Milano, 2017, 691 ss. nonché G. Pepe, *Atti giuridici e principio di conservazione*, in *Amministrativamente.com* 1-2, 2015.

[7] In tal senso E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2015, 547; R. Villata, M. Ramajoli, cit., spec. 691 ove gli Aa. rilevano che risulta arduo, in concreto, individuare il punto di confine varcato il quale l'amministrazione deve passare dal riesame conservativo a quello eliminatorio e che i provvedimenti ad esito conservativo risultano ben più rari di quelli di annullamento (692).

[8] Il riferimento va all'art. 21 *nonies*, co. 1 nella formulazione risultante dalla c.d. riforma Madia (l. n. 124 del 2015), che, nel dare prevalenza alle esigenze di stabilità dei titoli rispetto al ripristino della legalità, fissa a 18 mesi (oggi 12, cfr. art 63 d.l. 31 maggio 2021, n. 77, conv. nella l. n. 108 del 29 luglio su cui v. M.A. Sandulli, *Addenda 31 agosto 2021 al volume "Principi e regole dell'azione amministrativa", Milano, Giuffrè, 3ed, 2020*, in questa Rivista, 2 9 2021) il "termine ragionevole" entro cui l'amministrazione può esercitare il proprio *ius penitendi* in senso caducatorio (o sospensivo) su provvedimenti illegittimi attributivi di vantaggi economici, senza specularmente estendere tale limite alla convalida. Si deve invece a un intervento riformatore di poco precedente alla riforma Madia (d.l. 12 settembre 2014, n. 133, conv. nella l. 11 novembre 2014, n. 164,) la perimetrazione dell'ambito applicativo dell'annullamento d'ufficio nel senso di escluderne gli atti non annullabili ex art. 21-*octies*, esclusione che non si ritrova, specularmente, nella convalida.

E' evidente che in tanto può parlarsi di rafforzamento del parametro della conservazione dei mezzi giuridici in quanto si ravveda nell'inapplicabilità dei limiti menzionati all'autotutela conservativa il frutto di una precipua scelta legislativa (e*x multis* S. Tuccillo, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, 2016, Id. *Autotutela amministrativa 2. Gli istituti*, in Treccani online 2019).

[9] Oltre alla dottrina citata nelle note precedenti, v. F. Benvenuti, *Autotutela (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir*., IV, 1959, 539 ss.; G. Corso, *Autotutela (dir. amm.),* in S. Cassese, (a cura di), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Milano, 2006. Più di recente F. Francario, *Autotutela e tecniche di buona amministrazione*, in A. Contieri, F. Francario, M.

Immordino, A. Zito (a cura di) *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Napoli, 2010, II, 107 ss.. Tra i contributi monografici v. M. Immordino, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999; L. Lorello, *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e*

diritto comunitario, Torino, 1998; A. Contieri, *Il riesame del provvedimento amministrativo tra annullamento e revoca. Gli interessi sopravvenuti al procedimento*, Napoli, 1990.

[10] Così già P. Ravà, *La convalida*, cit. 74 che, proprio al fine di scongiurare la "*pericolosa confusione di concetti e principî*" insita nell'utilizzo del termine "conferma", ne propone una sostituzione con quello di "convalida" che, anche per le sue radici romanistiche, pareva il più idoneo a qualificare "*un provvedimento che ne fa* convalescere *uno precedente viziato*". Così anche L. Mazzarolli, *Convalida*, cit., 2.

[11] Questa la migliore definizione di ratifica per R. Villata, M. Ramajoli, *op. cit.*, 703 ss. ché, altrimenti, sarebbe da ricondurre alla convalida. Non mancano letture che collegano la ratifica al vizio di incompetenza (di recente Cons. Stato, sez. V, 22 dicembre 2014, n. 6199), mente altra parte della giurisprudenza ha affermato che "*l'istituto della ratifica ricorre allorché sussista una legittimazione straordinaria di un organo ad emanare a titolo provvisorio e in una situazione d'urgenza un provvedimento che rientra nella competenza di un altro organo il quale, ratificando, lo fa proprio*" (Cons. Stato, sez. V, 2 novembre 2011, n. 5834).

[12] Per l'affermazione che "*la ratifica non presuppone necessariamente un atto invalido*", *ex multis* G. Santaniello, cit. 503. *Contra* B. Cavallo, *Provvedimenti e atti amministrativi*, Padova, 1993, 410 ss., che muove dalla premessa abbracciata in sentenza che l'atto emanato in forza di una legittimazione straordinaria sia illegittimo per incompetenza (spec. 408).

[13] Così M. Trimarchi, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018 spec. 205 ss. che, con l'obiettivo di dimostrare l'estraneità degli atti di riesame (annullamento, revoca, convalida, riforma, conferma, etc.) alla logica dell'inesauribilità del potere, ha argomentato la relativa riconducibilità a un potere autonomo sulla scorta dell'analisi del diritto positivo. Per un ulteriore appiglio normativo può oggi evocarsi il co. 8-*bis* dell'art. 2 l. n. 241/1990 inserito dal d.l. 76/2020, conv. nella l. n. 120/2020 che, nel sancire l'inefficacia del provvedimento di diniego espresso emanato a valle del decorso del termine per la formazione del silenzio assenso, tiene fermo quanto previsto dall'art. 21-*nonies* ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni.

[14] M. Trimarchi, op. cit., 205-206.

[15] La precisazione è benefica in quanto anche in tale specifico ambito si riscontrava, specialmente in passato, una notevole confusione terminologica. Emblematica, tra le molte, TAR Molise, 29 gennaio 2003, n. 41, in *Foro amm. T.A.R.*, 2003, 227, ove si legge che la nuova struttura del giudizio amministrativo (che non s'incentra più sull'atto) "*ha definitivamente legittimato anche la prassi dell'integrazione o convalida postuma del provvedimento in pendenza di giudizio*".

Con specifico riferimento alla confusione terminologica che investe i provvedimenti diretti a sanare il vizio di motivazione ad es., V. Cerulli Irelli, *Convalida in corso di giudizio e tutela della pretesa sostanziale*, cit., 641 ss., rilevava che "*una certa confusione si riscontra nel dibattito, laddove a volte non si distingue l'integrazione della motivazione mediante scritti difensivi presentati nel corso del giudizio, dall'integrazione della motivazione apportata dalla stessa amministrazione autrice del provvedimento impugnato mediante convalida di questo, cioè mediante successivo provvedimento emanato in corso di giudizio*". Particolarmente utile sembra, in tale quadro, la perimetrazione della nozione di "integrazione postuma della motivazione" ai soli casi in cui l'Amministrazione deduce, nell'ambito del processo (tramite i propri difensori o tramite la produzione di atti endoprocedimentali), ragioni non sufficientemente articolate e rappresentate nel provvedimento impugnato, allo scopo di integrarne la motivazione, fermo restando il dispositivo provvedimentale (M.A. Sandulli, *Rilevanza e trasparenza dei motivi nel procedimento e nel processo*, in Aa.Vv., *Atti del Convegno di Brescia del 18-19 ottobre 1991*, Roma, 1995, 8). La nozione, così delimitata, pare preferibile anche rispetto a ulteriori declinazioni e specificazioni terminologiche del concetto (così ad es., per la distinzione tra integrazione della motivazione, motivazione postuma e motivazione successiva v. G. Mannucci, *Uno, nessuno, centomila. Le motivazioni del provvedimento amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2013, 837 ss., qui 858).

[16] Che lo spazio riservato alla convalida risulterebbe sensibilmente ristretto dall'art. 21-octies è sostenuto da vari autori (*ex multis* R. Villata, M. Ramajoli, op. cit., 696; V. Cerulli Irelli, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della L. n. 241/90*, in **www.giustamm.it**). In punto è stato precisato (G. Mannucci, *Della convalida del provvedimento amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2011, 201 ss.) che i dei margini di residua operatività della convalida dei vizi formali vadano verificati caso per caso e dunque che, se indubbiamente non sia convalidabile "*un provvedimento adottato in violazione di una norma formale, la quale si rivela neutra rispetto al suo contenuto*" (219), specularmente non sussistono ostacoli alla convalida in casi, estranei alla sfera di incidenza dell'art. 21-*ocities*, co. 2, in cui la violazione formale incorra in "*fattispecie in cui l'effetto del provvedimento è dipendente da una valutazione discrezionale*" (224)

[17] D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2010, p. 433, ripreso da G. Mannucci, *Della convalida*, cit. 216-217 che evidenzia come l'argomento che esclude l'interesse pubblico vale sia che si acceda alla tesi secondo la convalida sia funzionale a evitare le possibili conseguenze negative della illegittimità dell'atto, sia che la si fondi su di un interesse pubblico ulteriore rispetto a quello al mantenimento dei valori giuridici.

[18] Sul presupposto che la regola ivi sancita opererebbe solamente sul piano processuale e che l'utilità giuridica conseguita dalla p.A. in tali casi consisterebbe "*al più soltanto in una maggiore certezza e stabilità del rapporto amministrativo*".

[19] Si riportano tradizionalmente gli esempi dei vizi formali e procedimentali dell'insufficienza del *quorum,* dell'irrituale convocazione dell'organo collegiale, dell'omissione degli accertamenti preliminari necessari o ancora, per chi acceda alla convalidabilità anche dei vizi "di contenuto", l'esempio dell'inserzione di una condizione illegittima (A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 709).

[20] Sulla convalidabilità del provvedimento nei soli casi di vizio formale o procedimentale v. R. Villata, *L'atto amministrativo*, cit., 1597; E. Casetta, *Manuale*, cit., 518; G. Santaniello, *Convalida*, cit., 505; L. Mazzarolli, *Convalida*, cit., 2; B.G. Mattarella, *Il provvedimento*, cit., 837.

[21] Investita della corretta esegesi dell'art. 38 TUED, nella parte in cui consente la corresponsione di una sanzione pecuniaria in luogo della demolizione delle opere realizzate in forza di un permesso annullato nei casi in cui non sia possibile, in base a motivata valutazione, la rimozione "dei vizi delle procedure amministrative" (o "la restituzione in pristino"), la Plenaria si è infatti soffermata sulla differenza tra vizi della procedura e altri vizi del provvedimento "*che, non attenendo al procedimento, involvono profili di compatibilità della costruzione rispetto al quadro programmatorio e regolamentare che disciplina l'an e il quomodo dell'attività edificatoria*". Nel ricondurre la riferita rimozione "dei vizi delle procedure" all'attività di convalida (*sub specie* del permesso di costruire), il Consesso ha precisato che "*La convalida per il tramite della rimozione del vizio implica necessariamente un'illegittimità di natura "procedurale", essendo evidente che ogni diverso vizio afferente alla sostanza regolatoria del rapporto amministrativo rispetto al quadro normativo vigente risulterebbe superabile solo attraverso una modifica di quest'ultimo;* ius superveniens *che, in quanto riguardante il contesto normativo generale, certamente esula da concetto di "rimozione del vizio" afferente la singola e concreta fattispecie provvedimentale*" (Cons. Stato, ad. plen. 7 settembre 2020, n. 17).

[22] V. TAR Calabria, Catanzaro, sez. II, 2 febbraio 2016, n. 175 e TAR Veneto, sez. I, 22 febbraio 2018, n. 217 su cui A.G. Pietrosanti, *La convalida*, cit. e ivi l'appendice giurisprudenziale di L. Nadir Sersale, spec. 514.

[23] P. Ravà, op. cit., 206, A.M. Sandulli, op. loc. cit.. Invero il vizio di "errore o difetto di motivazione" veniva tradizionalmente ritenuto convalidabile in collegamento con la natura di atto di amministrazione attiva della convalida (P. Ravà, cit. 110 che, riconducendo l'istituto a

"l'autotutela di cui è dotata la pubblica amministrazione" afferma che la convalida, come la revoca, rappresenta l'esercizio di una funzione di amministrazione attiva; A.M. Sandulli, op. cit. 362). Trattandosi, nel caso di vizio di motivazione, di vizio inerente all'esplicazione di quella funzione attiva, esso era ritenuto ammissibile, mentre non era ritenuto convalidabile, *a contrario* , il provvedimento viziato dalla circostanza che, nel porlo in essere, l'autorità emanante non si fosse attenuta al rispetto dei limiti fissati dall'ordinamento e avesse agito al di fuori della situazione nella cui coesistenza soltanto l'ordinamento le consentiva di agire (A.M. Sandulli, op. loc. cit.). La collocazione della convalida tra gli atti di secondo grado (P. Virga, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1968, 526; L. Mazzarolli, cit., 3) le ha conferito la pacifica natura di atto autonomamente impugnabile (così ad esempio P. Stella Richter, *L'inoppugnabilità*, Milano, 1970, ove si legge che "*un procedimento di riesame del precedente, sia esso di legittimità sia...di merito, darà sempre luogo ad un provvedimento autonomamente impugnabile. Si tratterà, a seconda dei casi, di un annullamento dell'atto precedente... o infine di una convalida dell'atto precedente*", 239).

[24] Come non manca di evidenziare M. Nigro, *Sulla riproduzione dell'atto amministrativo annullato in sede giurisdizionale per difetto di motivazione*, in *Foro it*., 1958, oggi in *Scritti giuridici* , Milano, 1996, II, 442 ss., spec. 449, richiamando la bibliografia in R. Lucifredi, *L'atto amministrativo nei suoi elementi accidentali*, Milano, 1941, 25. Così M. Nigro, *op. cit*. 449 precisava che la motivazione può essere considerata o sul piano formale quale componente dell'atto oppure come "*rappresentazione del modo di formazione e dell'esatto contenuto della volontà*". A tale ultima stregua, il vizio di motivazione è il "*sintomo di una imperfezione del processo di formazione di volontà*" e, dunque, spia di un vizio sostanziale (450). Se ne fa discendere che, quando il vizio di motivazione celi un vizio sostanziale, non potrà trovare accoglimento la ricostruzione giurisprudenziale secondo cui l'annullamento del provvedimento restituirebbe nelle mani della p.A. il potere "*fino alla sua originaria estensione*", dovendosi invece ritenere preclusa alla p.A. la possibilità di emanare "*un atto confermante, con diverso o più completo ragionamento, la soluzione precedente*".

[25] Per tutti M.S. Giannini, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in Enc. dir., XXVII, Milano, 1977, 268 ss.; A. Romano Tassone, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987. In argomento già C.M. Iaccarino, *Studi sulla motivazione con speciale riguardo agli atti amministrativi*, Roma, 1933; G. Miele, *L'obbligo di motivazione negli atti amministrativi*, in FA, 1941, 126 ss., oggi in *Scritti giuridici*, Milano, 1987, I, 334.

[26] A. Romano Tassone, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi*, cit., 178 ss., il quale fa risalire agli anni '30 del secolo scorso la tendenza che fa della motivazione enunciativa oggetto

privilegiato del sindacato giurisdizionale d'eccesso di potere.

[27] C.M. Iaccarino, *Studi sulla motivazione*, cit. 20 s.: "*la teoria della motivazione è in rapporto molto stretto con la teoria dell'eccesso di potere, in quanto ché questo, che è spesso basato su un vizio relativo ai motivi, su un errore voluto o non voluto, si rileva facilmente attraverso la motivazione, che, come esposizione dei motivi, rende agevole vedere se essi rispondano ad esattezza oppure no*".

[28] M.S. Giannini, op. cit. 265. Lo stesso A. rilevava che la propria impostazione determinava un'attenuazione della finalità garantistica della motivazione, incentivando la p.A. a non motivare i propri atti a fronte della (ritenuta) sostanziale legittimità degli stessi (268).

[29] Così M.S. Giannini, op. cit., 262.

[30] A. Romano Tassone, *Motivazione,* cit..

[31] A. Romano Tassone, *Motivazione*, cit. 100.

[32] G. Corso, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir., Agg.*, Milano, 2001, 775 ss. Nel dato normativo risiederebbe peraltro una conferma della prevalenza della già vista visione formalistica della decisione, in una con quella oggettivistica, nella misura in cui il contenuto della motivazione è ancorato in modo oggettivo alle risultanze dell'istruttoria e non già ad aspetti psicologici (così G. Corso, *Motivazione degli atti amministrativi e legittimazione del potere negli scritti di Antonio Romano Tassone*, in *Dir. amm.*, 2014, pp. 463 ss. rileggendo gli scritti dell'A., come ricordato in G. Tropea, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2017, 1235 ss.). I contributi dottrinali sul tema sono moltissimi e confermano la centralità della motivazione nell'azione amministrativa. Oltre a quelli citati nelle note precedenti, A. Andreani, *Idee per un saggio sulla motivazione obbligatoria dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 1993, 1, 9 ss.; F. Cardarelli, *La motivazione del provvedimento*, in M.A. Sandulli (a cura di) *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 374 ss.; A. Cassatella, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, 2013; A. Cioffi, *La motivazione del provvedimento amministrativo*, in A. Romano (a cura di) *L'azione amministrativa*, cit., 199 ss.; M. De Benedetto, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in EG Agg., XXIII, Roma, 2003, 1; B. Marchetti, *Il principio di motivazione*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di) *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 521 ss.; B.G. Mattarella, *Il provvedimento*, in S. Cassese (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, I, Milano, 2000, 769 ss.; M. Ramajoli, *Il declino della decisione motivata*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2017, 894 ss.; M.C. Romano, *L'esclusione della motivazione per gli atti normativi e per gli atti a contenuto generale*, in A.

Romano (a cura di) *L'azione amministrativa*, cit., 231 ss.; A. Romano Tassone, *Motivazione (dir. amm.)*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, 2006, 3741 ss.; A. Scarciglia, *La motivazione dell'atto amministrativo*, Milano, 1999; G. Tropea, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 1235 ss.. Più di recente si vedano i contributi monografici M.S. Bonomi, *La motivazione dell'atto amministrativo: dalla disciplina generale alle regole speciali*, Roma, 2020, V. Cocozza, *Contributo a uno studio sulla motivazione del provvedimento come essenza della funzione amministrativa*, Napoli, 2020. Per più ampi riferimenti si veda, se si vuole, F. Aperio Bella, *La motivazione del provvedimento* in M.A. Sandulli (a cura di) *Princìpi e regole dell'azione amministrativa*, 3 ed., Milano, 2020, 313 ss.

[33] F. Cardarelli, 397 ss., B. Marchetti, 521 ss. V. Cocozza, 158. In giurisprudenza, il carattere polifunzionale della motivazione era stato già implicitamente riconosciuto da C. cost. 5 novembre 2010 che, nel vagliare la l.c. di una disposizione che sottraeva i provvedimenti di sospensione dell'attività imprenditoriali degli ispettori del lavoro dal rispetto dell'obbligo di motivazione, ne ha affermato l'illegittimità costituzionale per ciò che elusiva di una serie di principi e canoni costituzionali, *sub specie* "*i principi di pubblicità e di trasparenza dell'azione amministrativa, pure affermati dall'art. 1, comma 1, della legge n. 241 del 1990, ai quali va riconosciuto il valore di principi generali, diretti ad attuare sia i canoni costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione (art. 97, primo comma, Cost.)*", nonché "*altri interessi costituzionalmente protetti, come il diritto di difesa nei confronti della stesse amministrazione (artt. 24 e 113 Cost.; sul principio di pubblicità, sentenza n. 104 del 2006, punto 3.2 del Considerato in diritto)*" e, da ultimo, "*l'esigenza di conoscibilità dell'azione amministrativa, anch'essa intrinseca ai principi di buon andamento e d'imparzialità, esigenza che si realizza proprio attraverso la motivazione, in quanto strumento volto ad esternare le ragioni e il procedimento logico seguiti dall'autorità amministrativa*".

[34] F. Aperio Bella, cit. spec. 320 ss. ove è evidenziato il nesso trilaterale che lega funzione della motivazione, natura dell'istituto e tipologia di invalidità che colpisce il provvedimento assunto in violazione o falsa applicazione dell'art. 3 l. n. 241/1990.

[35] Così, a seconda delle interpretazioni, la motivazione è ricostruita come funzionale ad attuare il principio di trasparenza (B.G. Mattarella, 872), a tutelare il bene autonomo della conoscenza del cittadino (G. Mannucci, *Uno nessuno*, cit. 867) e ad affermare la "responsabilità funzionale" dell'amministrazione rispetto alle decisioni assunte (A. Cassatella, 392).

[36] In tal senso, se si è ben compreso, sembra anche convergere la posizione di V. Cocozza, op. cit. che, pur escludeno che la "pretesa alla motivazione" attenga a un bene della vita autonomo

rispetto a quello finale (“*l’interesse al bene della vita si fonde con la pretesa alla motivazione, essendo quest’ultima l’espressione del modo di svolgimento della funzione che a esso conduce*”, 366) finisce con l’individuare comunque una “*pretesa a ottenere una motivazione che incorpora il bene della vita*”, tutelabile in via autonoma attraverso un’azione di accertamento-adempimento (367).

[37] Per una critica alla “ricorrente notazione” secondo cui l’annullamento dell’atto per vizio di motivazione può essere inutile per il soggetto nel caso in cui l’amministrazione emani nuovamente un provvedimento di identico contenuto ma motivato in modo più adeguato, come anche a quella secondo cui il processo amministrativo non adempirebbe la sua funzione se si esaurisse nella rilevazione del difetto formale V. Cocozza, *op. cit*., 262 ss. ove, passando per l’analisi dei correttivi proposti dalla giurisprudenza per evitare la reiterazione *ad libitum* del provvedimento non satisfattivo ma emendato del vizio di motivazione, si evidenzia il possibile valore aggiunto di un giudizio amministrativo sulla motivazione quale “essenza” della funzione.

[38] C. cost., ord. 26 maggio 2015, n. 92 ripresa dalla stessa Corte nella successiva ord. 17 marzo 2017, n. 58 che, più diffusamente, ha affermato, sia pure in forma di *obiter* “*il difetto di motivazione nel provvedimento non può essere in alcun modo assimilato alla violazione di norme procedimentali 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 della legge 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, della legge n. 241 del 1990, il provvedimento affetto dai cosiddetti vizi non invalidanti*”.

[39] Per dei cenni a tale ricostruzione v., in dottrina L. Ferrara, *Motivazione e impugnabilità degli atti amministrativi*, in *Foro amm. TAR*, 2008, 1197 ss. e poi anche F. Cardarelli, *op. cit*., 425; G. Mannucci, *op. ulti, cit*. 885-886 e A. Cassatella, 287 ss.. Più di recente, la tesi della nullità è stata sostenuta da V. Cocozza, *op. cit*., 367 ss. che tuttavia la riconosce solo “per assenza totale di motivazione” e, al più, per il caso di “presenza solo apparente” di motivazione (372).

[40] TAR Calabria, Reggio Calabria, 28 gennaio 2019, n. 47; TAR Lazio, Roma, Sez. I-*quater*, 10 aprile 2018, n. 3943; TAR Sicilia, Catania, Sez. III, 26 settembre 2013, n. 2312; Cons. Stato, Sez. V, 16 febbraio 2012, n. 792. Per rintracciare una specularità con il processo, la giurisprudenza ha significativamente enfatizzato, con riferimento alla sentenza corredata da “*motivazione radicalmente assente (o meramente apparente)*” che il difetto assoluto di motivazione (che non si identifica con la motivazione illogica, contraddittoria, errata, incompleta o sintetica), non solo dà luogo alla relativa nullità (per il combinato disposto degli artt. 88, co. 2, lett. d) e 105, co. 1, c.p.a. anche alla luce del principio processuale di cui all’art. 156, co. 2, c.p.c.. secondo cui la

motivazione rappresenta un requisito formale – oltre che sostanziale – indispensabile affinché la sentenza raggiunta il suo scopo) ma a una decisione "abnorme" che "*non è sindacabile dal giudice, in quanto essa costituisce un atto d'imperio immotivato, e dunque non è nemmeno integrabile, se non con il riferimento alle più varie, ipotetiche congetture, ma una sentenza "congetturale" è, per definizione, una non-decisione giurisdizionale – o, se si preferisce e all'estremo opposto, un atto di puro arbitrio – e, quindi, un atto di abdicazione alla* potestas iudicandi" (Cons. Stato, ad. plen. 2018, n. 10).

[41] La conclusione della non ascrivibilità del vizio di motivazione al meccanismo non invalidante di cui all'art. 21-*octies* è ampiamente argomentata, anche alla luce del diritto dell'Unione Europea, in P. Provenzano, *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo. Fra diritto interno e diritto dell'Unione Europea,* Milano, 2015.

[42] La sentenza distingue i casi in cui il vizio di motivazione sia meramente formale, traducendosi nel "*non corretto riepilogo della decisione presa*", da quelli in cui l'inadeguatezza della motivazione rifletta "*un vizio sostanziale della funzione (in termini di contraddittorietà, sviamento, travisamento, difetto dei presupposti)*". I vizi che alcuni vogliono definire come formali *tout court*, in realtà, talvolta possono divenire, in relazione alle circostanze del caso concreto, vizi di forma sostanziale, richiedendo così una differenziazione nelle forme di tutela (R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento*, cit., 308).

[43] Nel testo si è inteso aggiungere il riferimento al provvedimento non contrastante con gli interessi di alcuno degli amministrati (su cui già Ravà83) a quello al provvedimento inoppugnato al fine di ricomprendere l'ipotesi, invero del tutto residuale, in cui il soggetto amministrato, pur inciso negativamente dal provvedimento, non vi reagisca confidando nella relativa disapplicazione.

[44] Ravà 217.

[45] P. Ravà, 213.

[46] Nel senso della permanenza del potere decidente della p.A. anche durante il corso della causa depongono del resto anche l'art 34, co. 5 c.p.a. sulla cessazione della materia del contendere per "piena soddisfazione" della pretesa del ricorrente nel corso del giudizio, nonché una certa lettura del co. 3 dello stesso articolo, in tutti i casi in cui la non utilità dell'annullamento derivi da una sopravvenienza provvedimentale attribuibile alla p.A. resistente.

[47] G. Virga, *Integrazione della motivazione nel corso del giudizio e tutela dell'interesse alla legittimità sostanziale del provvedimento impugnato*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 529. Resta il tema del regime giuridico cui soggiace l'esercizio del potere che segue il giudicato, potenzialmente diverso, in caso di *ius superveniens*, da quello applicabile alla convalida. La corretta individuazione del limite alla rilevanza delle sopravvenienze di diritto in sede di esecuzione del giudicato amministrativo ha largamente impegnato dottrina e giurisprudenza e non può essere compiutamente affrontato in questa sede. Per qualche ulteriore riferimento v. *infra* nota 69.

[48] Così già TAR Veneto, sez. I, 10 giugno 1987, n. 648, in *Foro amm.*, 1988, 1439, con nota di S. D'Alessandro, *Obbligo di motivazione del provvedimento amministrativo ed interesse sostanziale del ricorrente* e in *Dir. proc. amm.* 1989, p. 470 ss., con nota di P. Bartot, *La motivazione tra vizio formale e tutela sostanziale in giudizio*, in cui il Collegio precisa che "*oltre a non apparire assiomatico il collegamento tra l'immutabilità dell'atto impugnato e la pienezza delle garanzie di difesa del cittadino, non vi è in realtà nessun principio che in qualche modo stabilisca che i poteri dell'amministrazione debbano restare paralizzati in dipendenza dell'esercizio da parte dei cittadini dei rimedi di tutela amministrativa e giurisdizionali contro precedenti provvedimenti amministrativi*". In dottrina, la tesi si condensa nell'assunto, già confutato da P. Ravà, 216, che lo stato di diritto e di fatto (invalidità o intervenuta sanatoria) resterebbe cristallizzato ed invariabile al momento in cui il ricorso è stato proposto, e cioè notificato.

[49] In termini, *ex multis* CGA, 20 aprile 1993, n. 149; TAR Lazio Roma, sez. I, 16 gennaio 2002, n. 398, cit. TAR Molise, 29 gennaio 2003, n. 41 e Cons. Stato, sez. IV, 8 novembre 2005, n. 6220. Naturalmente non sono mancate conclusioni diverse e orientamenti che continuano a sostenere l'illegittimità della motivazione postuma ancorando il divieto alla tutela del buon andamento amministrativo e all'esigenza di una delimitazione dell'indagine giudiziaria (così ad es. Cons. Stato, sez. VI, 30 giugno 2011, n. 3882, in *Foro amm. CdS,* 2011, 6, 2097).

[50] G. Falcon, *Questioni sulla validità e sull'efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo*, in *Dir. amm.*, 2003, ove si mette in discussione la retroattività della convalida confutando l'argomento tradizionale secondo cui, negandole tale carattere, essa finirebbe col realizzare un duplicato del fenomeno della sostituzione. Si argomenta, in punto che, mentre la sostituzione implicherebbe lo svolgimento *ex novo* del procedimento "*per la convalida basta il venire in essere di un singolo atto*" (26). La tesi trova un precedente in quelle posizioni intermedie, attente alle posizioni soggettive consolidate del privato destinatario dell'atto e dei terzi, secondo cui la sanatoria in corso di giudizio sarebbe stata possibile, ma la relativa efficacia sanante non avrebbe operato *ex tunc* proprio là dove vi potesse essere un effetto ablativo su situazioni

giuridiche soggettive consolidate e costituzionalmente garantite (L. Acquarone, *Attività amministrativa e provvedimenti amministrativi*, Genova, 1995, 189). A differenza di quest'ultima posizione, però, nella precedente si conferisce portata generale alla irretroattività della convalida senza distinguere a seconda che essa incorra in giudizio o al di fuori (superando così l'antica obiezione di P. Ravà, 217 di cui si è già detto).

[51] G. Tropea, *op. cit*. che, nel ritenere sempre ammissibile la convalida del vizio di motivazione come vizio di forma del provvedimento, propone una sotto-distinzione nel caso in cui il vizio di motivazione esprima un vizio della funzione ammettendone la sanatoria in corso di giudizio. Qui la convalida non sarà ammissibile quando, da una valutazione ex post, emerga che la motivazione successiva "*altera l'essenza del provvedimento*" (il discorso specificamente legato all'utilizzo dello strumento del *remand* cautelare per sollecitare l'integrazione della motivazione, considerato "*tout court ammissibile, salva la dimostrazione che in realtà il vizio di motivazione non era un mero vizio formale*"). Viene nondimeno ritagliato un margine di operatività della convalida anche a fronte di vizi sostanziali nei casi in cui "*nel contraddittorio fra le parti si accerti la persistente possibilità che l'amministrazione reiteri l'atto munendolo di una argomentazione giustificativa sufficiente ed idonea*". In tal caso, in sostanza, la p.A. dimostrerebbe che il vizio della motivazione non avrebbe in concreto determinato alcuno sviamento, contraddittorietà, vizio di erroneità o difetto dei presupposti. Se ne fa discendere che "*ove la motivazione successiva non alteri la sostanza della statuizione...l'effetto eliminatorio* [della sentenza di annullamento, n.d.r.] *può considerarsi risolutivamente condizionato dalla scelta dell'amministrazione di convalidare la propria precedente determinazione*".

[52] G. Falcon, op. cit. 29 che, per tale via, rintraccia un equilibrio tra potere sanante e tutela delle situazioni soggettive nella misura in cui consente all'interessato "*di far valere l'illegittimità del provvedimento per il periodo in cui essa sia esistita*", al fine di ottenere l'"*annullamento per gli effetti prodotti prima della convalida*", previa verifica del suo concreto e attuale interesse. La tesi è poi ripresa e sviluppata in G. Mannucci, *La convalida del provvedimento*, cit. spec. 209 ss.

[53] Così ad esempio V. Cerulli Irelli, op. cit., che ha individuato nella ammissibilità della convalida in corso di giudizio di vizi formali e procedimentali la via maestra "*per adattare anche l'esercizio dell'azione di annullamento a strumento di tutela di situazioni sostanziali*", in un momento storico in cui l'ordinamento non conosceva ancora il meccanismo "non invalidante" introdotto con l'art. 21-*octies* l. n. 241/1990. Letteralmente l'A. affermava "*in attesa di una decisiva svolta, sul punto, dell'ordinamento, che riconosca al giudice la possibilità di valutare se vizi di forma o di procedimento abbiano inciso o meno sul contenuto sostanziale del provvedimento (come*

espressamente prevede l'art. 13-sexies, l. n. 241/1990, come modif. dall' art.4, del d.d.l. in discussione al Senato: A.S. 1281), si presenta come unica possibilità per adattare anche l'esercizio dell'azione di annullamento a strumento di tutela di situazioni sostanziali, quello di ammettere, anche in corso di giudizio, la convalida dell'atto impugnato, illegittimo in qualche sua parte (forma e procedimento) ma fondato nel suo contenuto sostanziale". Aperture all'integrazione postuma si trovano anche in G. Greco, *Per un giudizio di accertamento compatibile con la mentalità del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 485, pur con le importanti precisazioni di cui si dirà *infra*.

[54] A. Zito, *L'integrazione in giudizio della motivazione del provvedimento: una questione ancora aperta*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 3, 577 ss., spec., 591 ss. sottolineando, tra l'altro, che le impugnazioni per vizi formali non possono essere classificate come inutili e che considerare come "interessi illegittimi" quelli vantati dal ricorrente che, ottenuto un annullamento per vizi formali, ottenga una determinazione diversa da quella in origine adottata per "*normale impossibilità per l'amministrazione di reintegrare con efficacia ex tunc il provvedimento annullato*" ovvero avvantaggiandosi di "*nuovi equilibri politico-amministrativi*" (così CGA n. 149/2003, cit.) è errato perché essi si basano su un'affermazione non dimostrata, e cioè che "*la non conformità del provvedimento allo schema normativo, dovuta alla presenza di vizi procedurali e formali, sia fattispecie da assumere, non nella norma che disciplina materia della impugnazione e quindi della reazione processuale, bensì in altra norma che instaura una diversa relazione fra l'atto e la sua efficacia*", tale da impedire l'annullamento.

[55] Così Cons. Stato, sez. VI, 19 agosto 2009, n. 4993 e successivamente Id., sez. V, 27 marzo 2013, n. 1808, che, operando ampi richiami alla prima pronuncia, precisa che "*se è vero che, secondo le più avanzate puntualizzazioni giurisprudenziali sul tema, "una motivazione incompleta può essere integrata e ricostruita attraverso gli atti del procedimento amministrativo, così come può ipotizzarsi che l'amministrazione convalidi il provvedimento integrandone in un secondo momento la motivazione", tuttavia, proprio secondo la stessa giurisprudenza, "l'integrazione della motivazione deve pur sempre avvenire da parte dell'amministrazione competente, mediante gli atti del procedimento medesimo o un successivo provvedimento di convalida. Invece, gli argomenti difensivi dedotti nel processo avverso il provvedimento, per non essere inseriti in un procedimento amministrativo, non sono idonei a integrare postumamente la motivazione*". Più di recente Cons. Stato, sez. VI, 19 ottobre 2018, n. 5984, in *Foro amm.*, 2018, 10, 1675.

[56] A. Cassatella, cit., 333.

[57] TRGA Trento, sez. un., 17 maggio 2021, n. 81. Merita precisare che l'inciso riportato nel testo contiene la precisazione del carattere discrezionale del provvedimento la cui motivazione sia

stata integrata tramite convalida in quanto l'intero iter argomentativo seguito dal Collegio muove da una netta distinzione tra il giudizio amministrativo vertente su provvedimenti vincolati e quello vertente su provvedimenti discrezionali, al punto che lo stesso "oggetto del giudizio" divergerebbe ("*l'oggetto del giudizio amministrativo differisce sensibilmente a seconda che la controversia abbia ad oggetto provvedimenti che sono espressione di poteri discrezionali (come nel caso in esame), ovvero provvedimenti che sono espressione di poteri vincolati*"). Nelle parole del Collegio è proprio (e solo?) nel processo avente ad oggetto provvedimenti vincolati, infatti, che si deve registrare "*la progressiva evoluzione del processo amministrativo avente ad oggetto provvedimenti autoritativi di natura vincolata nella direzione del giudizio sul rapporto, desumibile non solo dalla disposizione dell'art. 21-octies, comma 2, primo periodo, della legge n. 241/1990 ... ma anche dalla disposizione dell'art. 31, comma 3, cod. proc. amm....Da tali disposizioni si desume che, nei casi di attività vincolata, il giudice amministrativo può ben operare un sindacato teso ad accertare l'effettiva spettanza del bene della vita, ...Di converso nei casi di attività discrezionale il giudice amministrativo, se chiamato ad operare un sindacato di legittimità sulla discrezionalità (pura o tecnica) dell'amministrazione, non può sostituirsi ad essa, ma deve limitarsi a svolgere il sindacato dall'esterno, ossia verificando se il potere sia stato correttamente esercitato o meno*" così TRGA n. 81/2021 cit., anche richiamando i propri precedenti 19 ottobre 2020, n. 177; e 13 aprile 2017, n. 136).

[58] Si intende far riferimento alla prassi processuale con cui il Giudice amministrativo accompagna la sospensione dell'atto impugnato con l'ordine alla p.A. di riesaminare la situazione alla luce dei motivi di ricorso. In argomento, basti richiamare, oltre allo studio fondamentale di Follieri, *Giudizio cautelare amministrativo e interessi tutelati,* Milano, 1981; F.G. Scoca, *Processo cautelare amministrativo e Costituzione*, in *Dir. proc.*amm., 1983; R. Villata, *La Corte costituzionale frena bruscamente la tendenza ad ampliare la tutela cautelare nei confronti dei provvedimenti negativi*, in *Dir. proc. amm*., 1991, 619 ss.; M.A. Sandulli (a cura di) *Le nuove frontiere del giudice amministrativo tra tutela cautelare ante causam e confini della giurisdizione esclusiva,* Milano, 2004; Id., I *principi costituzionali e comunitari in materia di giurisdizione amministrativa*, in *Foro amm. TAR*, 2009; Id., *La fase cautelare*, in *Dir. proc. amm*., 4, 2010.

[59] TAR Lazio, Roma, sez. II-*quater*, 14 giugno 2021, n. 7056.

[60] Si legge in sentenza che il provvedimento interveniva a integrare e confermare, "*per le motivazioni originariamente formulate con le ulteriori integrazioni di cui in premessa*", il diniego originario e "*confermandone, ora per allora in conseguenza del presente provvedimento, l'efficacia, gli effetti e le conseguenze*" (TAR Lazio n. 7056/2021, cit.).

[61] Tema che, come acutamente osservato, riflette più in generale i rapporti tra giudice amministrativo e pubblica amministrazione (A. Travi,*Misure cautelari di contenuto positivo e rapporti fra giudice amministrativo e pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 1997, 168 ss.).

[62] Da ultimo TAR Napoli, sez. V, 9 giugno 2021, n. 3909, in cui si afferma che "*il provvedimento adottato all'esito del "remand", lungi dal costituire una mera integrazione della motivazione del precedente, si configura come espressione di nuove, autonome, scelte discrezionali dell'Amministrazione, in presenza delle quali non può non farsi applicazione del tradizionale e consolidato orientamento giurisprudenziale, secondo cui la sostituzione dell'atto impugnato a mezzo di un nuovo provvedimento (che non sia meramente confermativo del precedente) rende improcedibile il ricorso (T.A.R. Lombardia – Milano, sez. I, 17/05/2013, n.1326)*". In termini, *ex multis*, TAR Lazio, sez. II-*bis*, 2014, 7 aprile 2014, n. 3758, secondo cui "*essendo il remand una tecnica di tutela cautelare che si caratterizza proprio per rimettere in gioco l'assetto di interessi definiti con l'atto gravato, restituendo, dunque, all'Amministrazione l'intero potere decisionale iniziale, senza tuttavia pregiudicarne il risultato finale [...] il provvedimento sopravvenuto deve essere inteso come espressione dell'esercizio di funzione amministrativa e non di mera attività esecutiva della pronuncia giurisdizionale (cfr., tra le altre, TAR Lazio, Roma, Sez. I quater, 2 ottobre 2007, n. 9660; TAR Puglia, Lecce, Sez. III, sent. 21 settembre 2004, n. 6570; da ultimo, TAR Lazio, Sez. II quater, sentenze 2 luglio 2007, nn. 5890 e 5891)*".

[63] Tra i tanti, TAR Lazio, Roma, sez. II-quater, 27 luglio 2015, n. 10245, secondo cui l'istituto del c.d. "accoglimento della domanda cautelare ai fini del riesame", "*determina solo l'effetto di obbligare la Pubblica amministrazione a rideterminarsi formalmente, ma lascia intatta la sfera di autonomia sostanziale e la responsabilità della stessa, per cui non dà luogo ad alcuna inibitoria, consentendo l'adozione di una nuova decisione confermativa ovvero di una determinazione comunque non satisfattiva del privato*" (in senso analogo, Cons. St. sez. IV, 14 maggio 2014, n. 2475 e TAR Calabria, Reggio Calabria, 11 settembre 2017, n. 762).

prassi processuale con cui il Giudice amministrativo accompagna la sospensione, nelle more, dell'atto impugnato con l'ordine all'Amministrazione di riesaminare la situazione alla luce dei motivi di ricorso

[64] Così *ex multis* Cons. Stato, sez. V, 9 giugno 2008, n. 2838, pur resa in un caso di sospensione del provvedimento negativo, in cui si legge "*come autorevolmente precisato dalla stessa Adunanza Plenaria di questo Consiglio (27 febbraio 2003, n. 3), l'improcedibilità del ricorso può discendere solo dall'adozione da parte dell'Amministrazione di provvedimenti diversi ed ulteriori*

rispetto a quelli imposti dalla necessità di dare esecuzione alla misura cautelare; per contro, la mera esecuzione di un provvedimento cautelare, non presentando profili di discrezionalità nell'an, non comporta il venir meno della res litigiosa". Con specifico riferimento al confronto tra le tecniche del *remand* cautelare e dell'ordinanza a contenuto positivo v. R. Garofoli, *La tutela cautelare degli interessi negativi. Le tecniche del remand e dell'ordinanza a contenuto positivo alla luce del rinnovato quadro normativo*, in *Dir. proc. amm*., 2002, 4, 857 ss.

[65] Vedi infatti TAR Lazio, Roma, sez. I-*bis*, 20 gennaio 2017, n. 1067, in cui si riconosce che, secondo l'orientamento da ultimo menzionato nel testo "*in virtù del principio di strumentalità e del carattere di interinalità delle misure cautelari, l'esecuzione della ordinanza di sospensione di un provvedimento negativo non costituisce attività di autotutela e quindi non comporta l'improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse o la cessazione della materia del contendere – a seconda che il nuovo atto sia sfavorevole o piuttosto favorevole all'istante – trattandosi di determinazione adottata non spontaneamente, ma in doverosa esecuzione all'ordinanza di sospensione degli effetti (giuridici) del provvedimento impugnato ed in via meramente provvisoria fino alla pubblicazione della sentenza di merito*". Il Collegio aggiunge però che "*Tale principio, formulato con riferimento agli atti adottati in attuazione di misure cautelari di tipo positivo o sostitutorie, il cui ambito di attuazione è completamente definito dalla portata conformativa del giudicato cautelare (Cons. St., Sez. IV n. 253 del 9.1.2001), mal si attaglia tuttavia alla diversa ipotesi dell'esecuzione delle ordinanze emesse "ai fini del riesame"*".

[66] Una apertura in tal senso in Cons. Stato, n. 2838/2008 cit., che pronunciandosi in un caso del tutto peculiare di *remand* in appello, afferma che "*l'improcedibilità del ricorso può discendere solo dall'adozione da parte dell'Amministrazione di provvedimenti diversi ed ulteriori rispetto a quelli imposti dalla necessità di dare esecuzione alla misura cautelare; per contro, la mera esecuzione di un provvedimento cautelare, non presentando profili di discrezionalità nell'an, non comporta il venir meno della res litigiosa. Tanto più detto orientamento deve valere nella presente fattispecie in cui il riesame del provvedimento impugnato, con conferma dell'esclusione dalla gara, è intervenuto in sede di appello avverso la sentenza del TAR, per cui l'Impresa ricorrente non avrebbe potuto presentare neppure motivi aggiunti avverso la conferma dell'esclusione ai sensi dell'art. 21 L. 6.12.1971 n.1034, come modificato dall'art. 1 L. 21.7.2000 n.205, trattandosi di facoltà esercitabile solo davanti al giudice di 1° grado*". In termini diversi il più di recente TAR Lazio, Roma, sez. II-*ter* , 21 ottobre 2014, n. 10574 in cui il Collegio, pur ritagliando uno spazio per l'ipotesi in cui il nuovo atto assunto a valle di *remand* non costituisca "*nuova espressione di una funzione amministrativa*" essendo "meramente confermativo", poco dopo precisa che quando la p.A. "*sulla scorta di un rinnovato esame valutativo, dimostri di voler confermare la volizione espressa in un precedente*

provvedimento, il successivo provvedimento ha valore di atto di conferma e non di atto meramente confermativo, con la conseguenza che anche in tal caso deve essere dichiarato improcedibile, per sopravvenuta carenza di interesse, il ricorso avverso il provvedimento che, in pendenza del giudizio, sia stato sostituito dal provvedimento di conferma; infatti, il provvedimento di conferma, anche se frutto di un riesame non spontaneo ma indotto da un'ordinanza cautelare del giudice amministrativo, riflette nuove valutazioni dell'Amministrazione e implica il definitivo superamento di quelle poste a base del provvedimento confermato, sicché il ricorrente non ha più interesse alla coltivazione del gravame proposto avverso tale provvedimento, non potendo conseguire alcuna utilità da un eventuale esito favorevole dello stesso".

[67] Diverso sarebbe il caso in cui si accedesse alla tesi della mera caducazione del provvedimento successivo per vizi propri di quello presupposto. Si tratta dello schema del c.d. annullamento con effetti caducanti sul provvedimento successivo, che, però, non consentirebbe di contestare la convalida per vizi propri.

[68] Il richiamo pare equivoco in quando non è chiaro in che termini il meccanismo di cui al nuovo 10-*bis* dovrebbe ricevere attuazione anche nel caso di convalida per difetto di motivazione "*per esigenze sistematiche (e per evitare facili aggiramenti)*". Se, infatti, si condivida con il Collegio che la disposizione, nella formulazione risultante dalle modifiche apportate dal più volte citato d.l. n. 76/2020, "*impone alla pubblica amministrazione di esaminare l'affare nella sua interezza − già nella fase del procedimento, sollevando, una volta per tutte la questioni ritenute rilevanti, dopo di ciò non potendo tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione ai profili non ancora esaminati*" (così pt. 8.4 sentenza annotata) non si comprende come tale preclusione procedimentale, imponendo che tutti i motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza emergenti dall'istruttoria siano illustrati nel provvedimento "così adottato" (cioè adottato a valle dell'interlocuzione prevista dall'art. 10-*bis*) tanto da non poter essere esplicitati *ex post*, nemmeno in sede di riedizione del potere a seguito annullamento giurisdizionale, possa combinarsi con una ricostruzione che ammette la convalida del vizio di motivazione che, per antonomasia, osta all'annullamento giurisdizionale per il vizio convalidato oltre a non presupporre un'istanza di parte.

[69] In sede di replica al tradizionale argomento che l'annullamento del provvedimento per vizio di motivazione (o altro vizio "formale) non erode il potere della p.A. di riemanare un provvedimento con dispositivo identico a quello annullato, esponendo il ricorrente al riesercizio del potere (pur a giudizio concluso) e ai conseguenti oneri in caso di contestazione, si oppongono una serie di, altrettanto tradizionali, contro-argomentazioni in ordine all'"*effetto traumatico e*

dirompente dell'annullamento" cui il ricorrente può legittimamente aspirare proponendo la sola domanda di annullamento (riconosciuto dalla stessa dottrina che promuove la convergenza in un unico giudizio dell'intero conflitto sostanziale: G. Greco, *Per un giudizio di accertamento compatibile con la mentalità del giudice amministrativo*, cit. qui 492); nonché, con specifico riferimento al vizio di motivazione, che esso potrebbe celare un effettivo errore nell'iter formativo della volizione provvedimentale, con ciò non escludendo che "*una volta resa edotta e consapevole, attraverso l'annullamento giurisdizionale, del proprio errore – l'amministrazione rinunci spontaneamente a reiterare il provvedimento caducato*" (A. Romano Tassone, *Motivazione*, cit., 402-403; nella stessa direzione M. Clarich, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989, spec. 234-235). Sul piano delle regole applicabili al nuovo esercizio del potere, la circostanza che il nuovo procedimento venga avviato sotto l'egida di una normativa sopravvenuta e di un contesto fattuale evoluto, potrebbe contribuire al raggiungimento di un diverso esito provvedimentale. Il nuovo esercizio del potere conseguente a un giudicato che lasci impregiudicati "*tratti liberi dell'azione amministrativa*" dovrà infatti fondarsi sui presupposti fattuali e normativi sopravvenuti (*ex multis* Cons. St., ad. plen n. 11/2016) che potrebbero, in astratto, risolversi in un vantaggio per il ricorrente (in dottrina, sull'individuazione della disciplina applicabile al potere amministrativo intervenuto dopo l'annullamento del provvedimento v. C.E. Gallo, *Giudicato amministrativo e successione di leggi nel tempo*, in *Foro it*., 1980, qui 103 e M. Clarich, *L'effettività della tutela nell'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm*., 1998, qui 545; F. Francario, *Osservazioni in tema di giudicato amministrativo e legge interpretativa*, in *Dir. proc. amm*., 1995, 283). Anche tali contro-argomentazioni non hanno mancato di sollevare repliche e contro-repliche (su cui *supra*, nota 54). Il dibattito potrebbe peraltro essere completamente superato accedendo alla tesi della preclusione procedimentale che, senza attribuire al giudicato di annullamento un'efficacia preclusiva più ampia, offre una alternativa ricostruttiva alla tesi secondo la quale dopo l'annullamento l'amministrazione può liberamente esercitare il proprio inesauribile potere in relazione a tutti gli aspetti del rapporto non interessati dall'accertamento giurisdizionale (in questa direzione M. Trimarchi, *L'inesauribilità*, cit. 230 ss., che, rivisitando la posizione di M. Clarich, *Giudicato e potere*, cit., configura il potere amministrativo come potere che, almeno in linea di principio, si esaurisce con il suo esercizio, rintracciando una base giuridica della propria ricostruzione proprio nell'art. 3 l. n. 21/1990, che, nella lettura dell'A., imporrebbe di indicare in motivazione tutti i presupposti e le ragioni di diritto, eventualmente concorrenti, sui quali si fonda la scelta effettuata in relazione alle risultanze dell'istruttoria; e non soltanto quelli sufficienti a giustificarla).

[70] Una dimostrazione emblematica del ruolo giocato dalla domanda di parte nel processo amministrativo si ricava dall'applicazione dell'art. 34, co. 3 c.p.a. fatta dal Cons. Stato, ad. plen. 13 aprile 2015, n. 4 su cui, se si vuole, F. Aperio Bella, *Principio della domanda e accertamento dell'interesse a ricorrere da parte del giudice amministrativo*, in S. Toschei (a cura di) *L'attività Nomofilattica del Consiglio di Stato*, Roma, 2016, 672 ss.

[71] In tal senso sembra potersi leggere V. Cocozza, 313.

[72] Spunti in questa direzione in L. Tarantino, *Wittgenstein*, cit., 949, il quale ritiene di ammettere la motivazione successiva solo nei casi di diritto soggettivo vantato dal privato o di interesse pretensivo illegittimamente colpito. Secondo l'A., infatti, nel caso del diniego illegittimo dell'accesso, sarebbe configurabile una motivazione successiva, posto che l'annullamento dell'illegittimo diniego non si potrebbe tradurre nell'accertamento di un diritto d'accesso comunque inesistente. Anche nel caso in cui sia fatto valere in giudizio un interesse pretensivo, la motivazione successiva sarebbe utile in quanto contribuirebbe al formarsi di un giudicato più ampio e vincolante per l'amministrazione. Diversamente, nel caso di interessi oppositivi e di procedimenti d'ufficio, non sarebbe ammissibile la motivazione successiva in quanto l'esercizio del potere ablativo-sanzionatorio deve svolgersi prima della fase giurisdizionale, sia per il venir meno del potere dell'amministrazione dopo il primo esercizio, sia perché nei casi di provvedimenti positivi sfavorevoli deve essere rispettata la logica dell'atto formale, visto che la giustificazione non può essere data quando la sfera del cittadino sia già stato vulnerata dal provvedimento. Tale tesi riprende da un lato le elaborazioni di M. Clarich sul termine del procedimento, dall'altro quelle di F. Ledda sulle ricadute del diverso regime degli interessi oppositivi e pretesivi sulla problematica della motivazione successiva (v. ad es. F. Ledda, *Intervento*, in *Aspetti e problemi dell'esercizio del potere di sostituzione nei confronti dell'amministrazione locale*, Atti del convegno di studi amministrativi, Cagliari, 19-20 dicembre 1980, Milano, 87).

[73] F. Ledda, *Elogio della forma scritto da un anticonformista*, in *Foro. amm.*, 2000, 3449, proprio in riferimento all'orientamento che ammette l'integrazione in giudizio della motivazione.

[74] Non solo la giurisprudenza è granitica nell'affermare che il termine a conclusione del procedimento ex art. 2 l. n. 241/1990 ha carattere ordinatorio (*ex multis* Cons. Stato, sez.VI, 10 dicembre 2010, n. 8371), ma tende a negare la perentorietà di tutte le normative speciali che introducono "termini massimi" a conclusione del procedimento (si pensi alla definizione del procedimento di autorizzazione unica per la costruzione di impianti a energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili ex art. 12, co. del d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387) ritenendo si

verta in ipotesi di "*assenza di espresse previsioni testuali che colleghino uno specifico effetto preclusivo all'inutile decorso del termine*" (TAR Puglia, Lecce, sez. I, 28 gennaio 2013, n. 209) e ciò anche nel caso di procedimenti avviati d'ufficio, *sub specie* sanzionatori (ad es., per l'affermazione che il potere dell'amministrazione di ingiungere l'indennità a fronte dell'abuso ex artt. 1 e 18 l. 24 novembre 1981, n. 689 è inesauribile salvo espresse e puntuali previsioni decadenziali v. Cons. Stato, sez. IV, 26 novembre 2013, n. 5615).

[75] Emblematico il caso del parere vincolante della soprintendenza, da rendersi "*entro il termine perentorio di novanta giorni*" ai sensi dei commi 4 e 5 dell'art. 167 d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, la cui perentorietà è smentita in giurisprudenza (TAR Campania, Napoli, sez. VII, 26 febbraio 2013, n. 1131 e già TAR Lazio, Roma, sez. I, 10 settembre 1990, n. 734, per ulteriori riferimenti alla dottrina e alla giurisprudenza si rinvia a M. Trimarchi, *L'inesauribilità*, op cit., spec. 61 ss.)

[76] Ci si riferisce evidentemente al disposto dell'art. 2, co. 8-*bis* come risultante dal c.d. semplificazioni n. 76/2020 convertito in legge n. 120/2020.

[77] Vedi però le obiezioni della dottrina citata *supra* nota 50.

[78] La sentenza afferma infatti che "*La decorrenza* ex tunc *è connaturale alla funzione della convalida di eliminare gli effetti del vizio con un provvedimento nuovo ed autonomo*" e che "*La retroattività della convalida trova tuttavia un importante limite nelle ipotesi in cui l'esercizio del potere sia sottoposto ad un termine perentorio, scaduto il quale anche il potere di convalida viene necessariamente meno*". Una apertura nella direzione della risarcibilità del danno cagionato dal provvedimento oggetto di convalida si trovava invece nella celebre pronuncia TAR Lazio, Sez. I, 16 gennaio 2002, n. 398, cit., che, che, a suffragio della ammissibilità della convalida in corso di giudizio, aveva fatto ricorso all'esigenza di riconoscere alla p.A. che avesse riscontrato (anche in virtù delle censure sollevate in giudizio) un vizio di legittimità del proprio operato di porvi rimedio in corso di processo "*allo scopo di limitare i possibili danni per l'erario*" derivanti da una eventuale condanna al risarcimento. Rappresentando l'esigenza "*di limitare*" il danno tramite la convalida non si pretende di eliminarlo: non pare infatti che una convalida possa eliminare dal mondo giuridico il fatto storico che, per un certo tempo, un provvedimento illegittimo ha prodotto i suoi effetti (eventualmente forieri di danno risarcibile). In tale ottica si muovono del resto le ricostruzioni dottrinali della convalida come avente effetti *ex nunc*. Contra come noto la dottrina più risalente P. Ravà, 220.

[79] Per un apprezzamento del ricorso alla combinazione di ordinanze propulsive e motivi aggiunti quale strumento di accrescimento dell'effetto conformativo delle pronunce del g.a. v. M.A. Sandulli, *La "risorsa" del giudice amministrativo*, in *Ques. giust*., 1/2021, 38 ss., spec. 48.

[80] Si è già visto che lo strumento messo a disposizione dall'ordinamento per impugnare provvedimenti sopravvenuti in corso di giudizio è quello dei motivi aggiunti ("impropri") ed è noto che la relativa presentazione impone il versamento di un nuovo contributo unificato. Solo aderendo a una lettura progredita della normativa di riferimento, proposta dagli interpreti sulla scorta delle evoluzioni della giurisprudenza eurounitaria (CGUE 6 ottobre 2015, n. 61 resa nella causa C-61/14), ma non compiutamente seguita dalla giurisprudenza interna (Cass. civ. sez. trib., 27 ottobre 2020, nn. 23528 e 23530), si potrebbe ritenere esentata dall'assolvimento dell'onere contributivo l'impugnativa avente ad oggetto un provvedimento di convalida del vizio di motivazione intervenuto in corso di giudizio (G. Taglianetti, *Considerazioni in tema di motivi aggiunti e contributo unificato nel processo amministrativo. Come dare un senso compiuto al criterio del «considerevole ampliamento dell'oggetto della controversia già pendente»*, in federalismi.it, n. 6/2019). L'interpretazione prevalente continua nondimeno a preservare le esigenze di conservazione dei mezzi giuridici sottese all'ammissibilità di interventi conservativi di provvedimenti *sub iudice*, a detrimento di quelle di effettività della tutela giurisdizionale. In dottrina, sulla pesante incidenza delle misure economiche di accesso al processo sull'esercizio del diritto di difesa v. M.A. Sandulli, A. Carbone, *Misure economiche di deflazione del contenzioso*, in *Libro dell'anno del Diritto 2015*, Roma.

[81] Da tempo la giurisprudenza ammette che il principio preclusivo di "esaurimento della discrezionalità" possa essere anticipato già nella fase di cognizione attraverso la richiesta di chiarimenti o l'emissione di pronunce interinali. In riferimento a tale ultima ipotesi, per un commento a una delle prime pronunce che ha anticipato alla fase di cognizione quella tesi in base alla quale il principio di preclusione si avrebbe per l'amministrazione dopo il giudicato, con la conseguenza che essa sarebbe tenuta in sede di esecuzione della sentenza ad esaminare la pratica nella sua interezza (non potendo far valere profili sfavorevoli non ancora esaminati), estendendo il principio preclusivo all'esito di una pronuncia interinale v. G. De Giorgi Cezzi, *Sulla «inesauribilità» del potere amministrativo*, nota a TAR Lecce, Sez. I, 7 febbraio 2002, n. 842, in *Urb. e app*., 955, ss.. Per una completa perimetrazione del "dogma" dell'inesauribilità del potere amministrativo M. Trimarchi, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, cit.

[82] Sia consentito rinviare a F. Aperio Bella, *L'innesto di regole del processo amministrativo di altri ordinamenti. Un possibile approccio alla comparazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com*., 2/2019, 227

ss., spec. 262.

[83] Una posizione più decisa in punto di spese potrebbe forse ricavarsi dall'applicazione della regola della c.d. "soccombenza virtuale", già enunciata in caso di cessazione della materia del contendere, secondo cui il giudice deve comunque pronunciarsi sulle spese, individuando in via virtuale la soccombenza "*in base ad una ricognizione della 'normale' probabilità di accoglimento della pretesa della parte su criteri di verosimiglianza o su indagine sommaria di delibazione del merito*" (da ultimo CGA, 1 giugno 2020, n. 369). Poiché la stessa adozione del provvedimento di convalida attesta la verosimiglianza dell'accoglimento della pretesa originariamente fatta valere, occorrerebbe porre sempre a carico della p.A. quanto meno i costi sostenuti per la proposizione del ricorso introduttivo, compreso il pagamento del contributo unificato.

[84] Resta vivo il monito di autorevole dottrina secondo cui "*Un sistema di giustizia amministrativa ben congegnato ed efficiente è infatti una delle condizioni essenziali per l'esistenza di un reggimento politico libero, non potendo un regime di libertà esistere se non là dove l'azione della pubblica amministrazione sia governata dal principio della legalità, e dove l'osservanza di tale principio venga garantita da giudici indipendenti e forniti di strumenti adeguati*" A.M. Sandulli, *La giustizia nell'Amministrazione*, in *Amm. Civ*., 1961, 159-168, oggi in *Scritti giuridici*, V, Napoli, 1990, 497 ss.