



Università degli Studi di Cagliari

DOTTORATO DI RICERCA

**DIRITTO DELL'ATTIVITA' AMMINISTRATIVA INFORMATIZZATA E DELLA
COMUNICAZIONE PUBBLICA**

Ciclo XXII (2006-2009)

TITOLO TESI

LA MOTIVAZIONE DEGLI ATTI NELL'AMMINISTRAZIONE DIGITALE

Settore/i scientifico disciplinari di afferenza

IUS/10 DIRITTO AMMINISTRATIVO

Presentata da: dott. Andrea VACCA

Coordinatore Dottorato Prof.ssa Paola PIRAS

Tutor Prof. Sergio LARICCIA

Esame finale anno accademico 2009 - 2010

La motivazione degli atti nell'amministrazione digitale

A Dee e Michi per il tempo che

non avevo e che pure ho sottratto loro...con l'amore più grande che conosca

Ai miei genitori per il sostegno materiale e spirituale senza il quale non avrei potuto scrivere neppure una pagina...con gratitudine infinita

LA MOTIVAZIONE DEGLI ATTI NELL'AMMINISTRAZIONE DIGITALE

INDICE

CAPITOLO I

LA MOTIVAZIONE. SUOI CARATTERI GENERALI.

1.1. La motivazione un oggetto misterioso pronto ad affacciarsi nell'attività amministrativa informatizzata.....	Pag. 7
1.2. La motivazione prima della legge n. 241/1990.....	Pag. 11
1.3. L'art. 3 della legge 1. 7 agosto 1990, n. 241. Il campo d'applicazione.....	Pag. 15
1.4. Gli orientamenti della dottrina.	Pag. 16
1.5. Le tesi formalistico-soggettivistiche e la loro (in)compatibilità con il principio di effettività della giustizia e con il principio di uguaglianza... ..	Pag. 19
1.6. Le tesi sostanzialistiche e la loro tendenza riduzionista.....	Pag. 20
1.7. Gli sbocchi del dibattito dopo la riforma del procedimento amministrativo.....	Pag. 22
1.8. La dequotazione della motivazione nella vigenza dell'obbligo di cui all'art. 3 legge n. 241 del 1990 (una recente ricostruzione teorica)	Pag. 26
1.9. Il dato giurisprudenziale.....	Pag. 33
1.10. Il problema della denuncia di inizio attività : assenza di motivazione , atto amministrativo implicito, controlli sulla legittimità della situazione di fatto.....	Pag. 41
1.11. La recente legge sul procedimento amministrativo.....	Pag. 45

1.12.L'odierna veste della motivazione.....Pag. 52

CAPITOLO II

2.1. La motivazione nel provvedimento amministrativo elettronico.....Pag. 55

2.2. La motivazione nel provvedimento amministrativo automatizzato.....Pag. 60

2.2.1. La normalizzazione.....Pag. 60

2.2.2.L'atto amministrativo automatico e la sua natura di provvedimento amministrativo
.....Pag. 62

2.2.3.Cenni generali sulla motivazione del provvedimento amministrativo automatizzato
.....Pag. 66

2.2.4.La automazione della motivazione nel provvedimento amministrativo vincolato.
.....Pag. 68

2.2.5 – Interferenze dell'art. 21 octies, comma 2 della legge 7 agosto 1990. n. 241 con la
automazione della motivazione del provvedimento amministrativo vincolato e non
.....Pag. 74

2.2.6.L'automazione e la semiautomazione nel provvedimento amministrativo caratterizzato
da discrezionalità amministrativa.....Pag. 78

2.2.7.La automazione della motivazione nel provvedimento amministrativo caratterizzato da
discrezionalità tecnica.....Pag. 80

2.3 – La motivazione nel provvedimento amministrativo ipertestuale e multimediale e la
parziale automazione del provvedimento amministrativo non vincolato.....Pag. 83

2.3.1. - L'ipertestualizzazione del provvedimento amministrativo elettronico (ovvero l'iper-
provvedimento o il provvedimento arricchito).....Pag. 83

2.3.2. - Il provvedimento amministrativo multimediale.....Pag. 88

2.3.3. - La standardizzazione e la modularità del provvedimento amministrativo elettronico
ed in particolare della motivazione.....Pag. 90

2.3.4. - Il provvedimento amministrativo ipertestuale, multimediale e modulare in rapporto
alla sua motivazione.....Pag. 93

2.3.5. - L'automazione del provvedimento amministrativo caratterizzato da ambiti di
discrezionalità amministrativa (limiti, linee operative).....Pag. 97

2.3.6. - I presupposti di fatto e di diritto alla luce del provvedimento amministrativo ipertestuale ed automatico e la giurisprudenza in materia di motivazione dagli atti istruttori o motivazione postuma in giudizio.....	Pag. 101
2.3.7. - L'istituto della motivazione per relationem alla luce del provvedimento amministrativo ipertestuale ed automatico.....	Pag. 104
2.3.8. - La relazione conclusiva del responsabile del procedimento in base alle risultanze dell'istruttoria alla luce del provvedimento amministrativo ipertestuale ed automatico	Pag. 107
2.3.9 - L'art. 10 bis della legge 7 agosto 1990, n. 241 alla luce del provvedimento amministrativo ipertestuale ed automatico.....	Pag. 109
2.3.10. - I silenzi significativi (assenso e diniego) alla luce del provvedimento amministrativo ipertestuale ed automatico e la disciplina in materia di sportello unico per le attività produttive.....	Pag. 113
2.3.11. La motivazione del provvedimento amministrativo, in relazione alla programmazione dell'atto software e l'automazione dei provvedimenti amministrativi caratterizzati da discrezionalità amministrativa.....	Pag. 118
2.4. Casistica.....	Pag. 123
2.4.1. Esclusione dal concorso per mancanza di requisiti oggettivi previsti a pena di esclusione.....	Pag. 123
2.4.2. Provvedimento di rimozione o di demolizione derivante da un abuso edilizio	Pag. 126
2.4.3. Provvedimento conclusivo di una procedura di valutazione con attribuzione di un punteggio numerico.....	Pag. 131
2.4.4. - Provvedimento di massa	Pag. 138
2.4.5. - Provvedimento di reiterazione del vincolo espropriativo.....	Pag. 138
Bibliografia.....	Pag. 142

CAPITOLO I

LA MOTIVAZIONE. SUOI CARATTERI GENERALI.

1.La motivazione un oggetto misterioso pronto ad affacciarsi nell'attività amministrativa informatizzata.

Recentemente, in modo efficace, la motivazione¹ è stata definita come l'oggetto misterioso della riforma della legge sul procedimento amministrativo.²

¹ Cfr. F.CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2006, pag. 1051 ss. La motivazione del provvedimento amministrativo costituisce lo strumento attraverso il quale la Pubblica Amministrazione esterna i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche posti a fondamento dell'adozione di un determinato provvedimento. Per presupposti di fatto si intendono i supporti fattuali del provvedimento, ovvero gli elementi ed i dati di fatto che sono stati acquisiti in sede istruttoria e abbiano costituito oggetto di valutazione ai fini dell'adozione dell'atto terminale. Le ragioni giuridiche sono invece la argomentazioni sul piano del diritto poste alla base del provvedimento, ovvero le norme ed i principi ritenuti applicabili nel caso che concretamente occupa. Oramai pacificamente la giurisprudenza ritiene che l'atto sia legittimo anche nei casi in cui non siano puntualmente indicate le norme oggetto di applicazione.

² L. Tarantino Wittgenstein, *Mortati e l'integrazione della motivazione in giudizio in Urb. appalti*, 2002, 935 e ss.

Le nebbie del mistero che si affollano su di essa, risultano ancor più inquietanti laddove si ricordi che la parte motivazionale del provvedimento amministrativo è elemento centrale dell'intera materia amministrativa.

È stato innanzitutto evidenziato che la definizione del concetto di motivazione del provvedimento amministrativo svolge un ruolo essenziale anche ai fini della definizione dell'ampiezza del sindacato giurisdizionale³ del giudice amministrativo⁴.

Ma le questioni cruciali del tema sono da sempre, come è noto, la questione dell'ammissibilità di una motivazione postuma⁵ del provvedimento impugnato e la questione della c.d. inesauribilità del potere amministrativo per la possibilità, riconosciuta alla p.a., di nuovamente motivare infinite volte il diniego rispetto ad un'istanza del privato, nonostante il già intervenuto annullamento di un precedente provvedimento negativo per difetto di motivazione⁶.

In fondo al tema v'è l'aspirazione all'effettività della giustizia amministrativa, sulla quale grava un interrogativo serio: si tratta di un principio (capace di effettivamente orientare l'operare dei giudici) o di un mito (che può sviare la funzione giurisdizionale dal suo ruolo, facendola sconfinare in campi che non le sono propri perché affidati al merito amministrativo)⁷? Alla base v'è, ancora e sempre, l'aspirazione destinata a non essere mai del tutto soddisfatta in un sistema

³ A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, il quale svolge al riguardo una poderosa e fondamentale opera di ricostruzione storica e di analisi delle tendenze dottrinali e giurisprudenziali. L'illustre Autore peraltro ricorda al riguardo che "Allo sviluppo dell'idea, tanto diffusa quanto poco controllata, che la motivazione del provvedimento amministrativo sia richiesta in funzione del sindacato che su di esso opera l'autorità giudiziaria, hanno contribuito molteplici fattori, tutti egualmente rilevanti nel determinarne le remote fortune e la recente decadenza...Teoria dell'atto amministrativo, ambito e modalità del sindacato giurisdizionale su quest'ultimo, caratteri dell'istruzione nel processo amministrativo, natura del vizio di eccesso di potere e concetto di discrezionalità dell'amministrazione (per non citare che le maggiori tra le tematiche implicitamente o esplicitamente coinvolte nella definizione del problema) rivelano nella specie troppe connessioni reciproche per consentire una attendibile graduazione d'importanza nella delineata teoria"; (pp. 131 ss.).

⁴ G. MONTEDORO, *Potere amministrativo, sindacato del giudice e difetto di motivazione*, in *Le nuove regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2006, p. 334.

⁵ S. PUDDU, *Riflessioni sulla motivazione successiva del provvedimento amministrativo*, in *Studi Economico-giuridici* in memoria di Franco Ledda, vol. LX, II, Torino, 2004, p. 1001; F. CARINGELLA-R.GAROFOLI, *Giurisprudenza amministrativa* 2005, p. 291.

⁶ G. MONTEDORO, *Potere amministrativo, sindacato del giudice e difetto di motivazione*, in *Le nuove regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2006, p. 334.

⁷ G. ROMEO, *L'effettività della giustizia amministrativa: principio o mito?* in *Dir. proc. amm.* 2004.

costituzionale connotato dal principio di divisione dei poteri, ad un giudizio sul rapporto, nelle controversie fra privati e p.a.

Giudizio sul rapporto che è tipico dello schema diritto-obbligo, mentre mal si attaglia allo schema potestà-soggezione, all'esistenza del potere discrezionale della p.a., all'agere dell'amministrazione come autorità, cui meglio si rapporta il paradigma del giudizio sull'atto⁸.

Si tratta di una questione filosoficamente definita come la questione dell'inafferrabilità del potere amministrativo⁹.

La questione impegna fin dal momento della nascita dello Stato di diritto la dottrina pubblicistica, e, per essere colta in tutta la sua estensione, va certamente esaminata dall'angolo visuale della giurisprudenza, come osservatorio in grado di cogliere meglio la vita reale, i rapporti effettivi esistenti fra i poteri e fra il potere pubblico e la società civile¹⁰.

Tuttavia, prima dell'analisi del dato giurisprudenziale, è fondamentale (e necessaria) la disamina degli orientamenti di carattere generale, al fine di individuare le coordinate generali che delimitano il tema.

E la questione della motivazione del provvedimento amministrativo si trova in un punto di snodo fra il mondo delle regole normative ed il mondo delle regole giurisprudenziali, fra il vizio di violazione di legge ed il vizio di eccesso di potere¹¹, fra l'attività discrezionale dell'amministrazione ed il controllo di legittimità su di essa esercitato dai giudici amministrativi ed ordinari¹².

⁸ *L'insegnamento di Santi Romano sul punto è semplice: ove c'è obbligo non c'è potere e viceversa.*

⁹ G. Montedoro, *Potere amministrativo, sindacato del giudice e difetto di motivazione*, op. cit., p. 335.

¹⁰ G. MONTEDORO, *Potere amministrativo, sindacato del giudice e difetto di motivazione*, in *Le nuove regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2006, p. 334.

¹¹ A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, op. cit., il quale svolge un accuratissimo esame del ruolo che nel sindacato rivolto a snidare l'eccesso di potere è stato commesso alle enunciazioni motive dell'autorità.

¹² G. MONTEDORO, *Potere amministrativo, sindacato del giudice e difetto di motivazione* op. ult. cit., p. 336.

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

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

La motivazione , vista dal lato di chi è titolare delle funzioni pubbliche è una via¹³.

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

Ma non solo: considerata dal lato del destinatario dell'atto, la motivazione è un garanzia, la principale garanzia che la legge appresta a sua tutela.

Strumento per il perseguimento legittimo dell'interesse pubblico, garanzia per la tutela della propria posizione: fra questi due opposti obiettivi, fra queste missioni antitetiche, la motivazione dell'atto amministrativo tirata da una parte e richiamata dall'altra percorre, com'è stato efficacemente sottolineato, un cammino tormentato¹⁴.

E con simile tormento si presenta al cospetto delle implicazioni teoriche e pratiche, del tutto inedite, poste dall'informatizzazione dell'attività amministrativa.

La pendenza verso l'uno o l'altro dei suddetti opposti obiettivi è determinante nello stesso approccio al problema dell'informatica applicata all'azione amministrativa, potendosi prospettare una situazione in cui la richiesta necessità di un

¹³ G. MONTEDORO, *Potere amministrativo, sindacato del giudice e difetto di motivazione*, op. ult. cit., p. 336.

¹⁴ G. MONTEDORO, *Potere amministrativo, sindacato del giudice e difetto di motivazione* op. ult. cit., p. 336.

apparato motivazionale con riferimento anche agli atti vincolati, può schiudere prospettive molto interessanti ed aprirsi a novità dirompenti (si pensi ai provvedimenti c.d seriali laddove l'informatizzazione potrà dare un ausilio efficace in termini di puntualità, velocità e precisione), e potendosi invece, all'opposto, configurare una situazione in cui – nell'ottica della più spinta logica dequotativa – la circoscrizione dell'obbligo di motivazione agli atti discrezionali può rendere l'impatto dell'agere amministrativo con l'automazione del tutto soft e comunque privo di significative novità (si pensi al fatto che nell'attività discrezionale pura la ponderazione degli interessi e le conseguenti scelte potranno essere compiute solo dall'uomo).

La configurazione della motivazione nell'ambito della c.d. amministrazione digitale scontrerà, pertanto, le ineludibili opzioni di carattere generale che in ordine al concetto di motivazione si riterrà di aderire.

Da queste, pertanto è necessario partire. Non prima, però di aver rivolto lo sguardo alla più recente storia della motivazione nel nostro ordinamento.

1.2.La motivazione prima della legge n. 241/1990.

Prima che entrasse in vigore la legge 241/1990 non esisteva nell'ordinamento giuridico una norma che imponesse un obbligo generale di motivazione dei provvedimenti amministrativi.

Parte della dottrina, allo scopo di ovviare alla lacuna, cercava di individuare il fondamento di tale obbligo ora nell'art. 3 della legge 2248/1865 all. E, legge di abolizione del contenzioso amministrativo (norma poi ripresa dall'art. 5, comma 2, del d.P.R. 24 novembre 1979, n. 1199), che prevede l'obbligatorietà della motivazione per le decisioni sui ricorsi amministrativi; ora, nell'art. 111 Cost., comma 1, che impone l'obbligo di motivazione per i provvedimenti giurisdizionali.

Il tentativo di estensione analogica di tali disposizioni trovava però un ostacolo nell'oggetto e nella *ratio* delle due norme: la prima, faceva chiaro riferimento alle

sole decisioni sui ricorsi amministrativi, assimilate così alle decisioni sui ricorsi giurisdizionali; la seconda imponeva l'obbligo per i soli provvedimenti giurisdizionali¹⁵.

La ricerca di una base normativa *sub specie* di applicazione analogica delle predette disposizioni rispondeva peraltro al pregevole fine di neutralizzare le ricadute negative dell'assenza dell'obbligo di motivazione del provvedimento amministrativo.

La mancanza di un siffatto obbligo generale di motivazione portava infatti con sé tutta una serie di conseguenze negative.

Risultava fortemente compromesso il principio di trasparenza dell'azione amministrativa: senza la motivazione, non era possibile accertare se l'amministrazione avesse agito correttamente;

Risultava intaccata la pienezza della tutela giurisdizionale: la mancata *discovery* delle ragioni della statuizione adottata dalla P.A. non consentiva infatti all'interessato un'adeguata comprensione dei possibili profili di illegittimità dell'atto e, per l'effetto, impediva una reale ponderazione circa l'utilità e le effettive possibilità di successo in caso di proposizione di ricorso giurisdizionale. Così il privato che intendeva interporre gravame si vedeva costretto ad articolare un ricorso al buio, senza avere contezza delle argomentazioni e degli elementi di fatto posti a sostegno della determinazione (carenza solo in parte sanabile nel corso del giudizio per via dell'esercizio dei poteri istruttori da parte dell'organo decidente)¹⁶.

La mancanza di un obbligo di motivazione depotenziava inoltre il controllo giurisdizionale amministrativo: il sindacato estrinseco sulla legittimità di un atto, tratto tipico del processo impugnatorio nella giurisdizione di legittimità, risultava difficilmente attuabile in assenza di una base motivazionale della quale sondare la

¹⁵ R. GIOVAGNOLI – M. FRATINI, *Le nuove regole dell'azione amministrativa al vaglio della giurisprudenza, Tomo I, Procedimento e Accesso*, Milano, 2007, p. 163.

¹⁶ R. GIOVAGNOLI – M. FRATINI, *Le nuove regole dell'azione amministrativa al vaglio della giurisprudenza*, op. cit., p. 164.

logicità e la congruità in rapporto alla situazione di fatto ed alle acquisizioni istruttorie.

Per ovviare a tutto ciò, la dottrina e la giurisprudenza hanno progressivamente individuato talune tipologie di atti per i quali la motivazione, pur in difetto di una specifica prescrizione normativa, doveva comunque ritenersi obbligatoria.

In particolare, si riteneva che fossero atti necessariamente motivati:

- gli atti che comportano giudizi, pareri o valutazioni comparative;
- i provvedimenti difformi dai pareri acquisiti in sede istruttoria o dall'osservanza di prescrizioni contenute in circolari o dalla prassi;
- gli atti sacrificativi e gli atti che vanno ad incidere in senso complessivamente negativo sulla sfera giuridica del privato.

Gli atti sacrificativi, concretano una *deminutio* della sfera del privato, incidendo sull'interesse oppositivo alla difesa del patrimonio giuridico (ad esempio l'irrogazione di una sanzione o il provvedimento di espropriazione). Gli atti negativi, invece, non realizzano un deterioramento della sfera giuridica del privato, ma ostano al suo miglioramento, così frustrando il relativo interesse pretensivo: rientrano in questa categoria gli atti con cui si respinge un'istanza di autorizzazione o di concessione.

- gli atti ad istruttoria complessa, che necessitano di un'adeguata rappresentazione degli esiti dell'istruttoria;

- gli atti discrezionali, che abbisognano dell'esplicitazione delle ragioni della scelta adottata tra tutte le opzioni percorribili¹⁷.

Non si riteneva quindi necessario motivare gli atti positivi, quelli, cioè, con cui si accoglie l'istanza di un privato o, più in generale, si implementa la relativa sfera giuridico-patrimoniale (ad. esempio i provvedimenti di autorizzazione e di concessione). L'atto positivo, non comporta, infatti un sacrificio per il privato e non

¹⁷ R. GIOVAGNOLI – M. FRATINI, *Le nuove regole dell'azione amministrativa al vaglio della giurisprudenza*, op. cit., p. 164.

comporta, di conseguenza, l'esigenza di un'illustrazione delle ragioni che hanno portato all'emanazione del provvedimento; l'atto in quanto tale risulta, per converso, indicativo di una conformità alla legge dell'istanza del privato, conformità della quale non è necessaria una specificazione in dettaglio.

Allo stesso modo la motivazione non doveva considerarsi obbligatoria per gli atti vincolati, per gli atti generali o di alta amministrazione, per gli atti organizzativi, per gli atti normativi e per quelli conformi all'istanza dell'interessato. L'esclusione di tali categorie di atti dal campo di applicazione dell'obbligo motivazionale veniva ricondotta all'assenza di discrezionalità di cui godeva l'amministrazione sotto il profilo dell'adozione (an) e del contenuto (quid) degli atti ovvero a ragioni di sostanziale superfluità dell'apparato motivazionale.

L'elaborazione di un tale catalogo di atti a motivazione obbligatoria siccome coniato da dottrina e giurisprudenza ha consentito, di esercitare un più efficace sindacato giurisdizionale amministrativo munendo il Giudice amministrativo di strumenti atti a scandagliare più a fondo gli atti caratterizzati da maggiori potenzialità lesive, attraverso l'arma dell'eccesso di potere: la P.A., che si sottraeva all'obbligo di una congrua motivazione, in una delle ipotesi di cui detto obbligo derivava dalla natura dell'atto, "accendeva" la spia di un esercizio non funzionale del potere amministrativo e, per l'effetto, del vizio di eccesso di potere.

È proprio questa la *sedes materiae* in cui si è registrata la fioritura di numerose figure sintomatiche di eccesso di potere legate alla motivazione, quali: l'assenza, l'insufficienza, la perplessità della motivazione, il contrasto tra motivazione e dispositivo, la contraddittorietà tra motivazione e risultanze procedurali¹⁸.

Al contempo, la giurisprudenza è passata da una concezione di motivazione meramente formale ad una sostanziale.

¹⁸ R. GIOVAGNOLI – M. FRATINI, *Le nuove regole dell'azione amministrativa al vaglio della giurisprudenza*, op. cit., p. 165.

Se in un primo momento, si riteneva sufficiente a soddisfare l'obbligo la presenza, nel testo del provvedimento, dell'esposizione dei presupposti e delle ragioni di esso, in seguito, e progressivamente, i giudici hanno spostato la loro attenzione sulla catena degli atti esistenti all'interno del procedimento per valutare se l'atto finale, il provvedimento, oltre ad essere formalmente motivato, fosse effettivamente la risultante logica dell'iter procedimentale.

Nel solco di un simile approccio si è poi affacciata, in giurisprudenza, talora, una tentazione sostanzialistica basata sulla teoria del raggiungimento allo scopo e su di una logica di conservazione: veniva in tal modo evitato l'annullamento di atti che, pur se immotivati o non adeguatamente motivati, anche attraverso le spiegazioni fornite in giudizio dalla difesa della P.A., rappresentassero il logico sbocco dell'iter procedimentale e fossero comunque capaci di raggiungere lo scopo cui è preordinata l'azione della P.A.

1.3.L'art. 3 della legge 1. 7 agosto 1990, n. 241. Il campo d'applicazione.

L'obbligo di motivazione è fissato nel primo comma dell'art. 3 della legge 241 del 1990: "ogni provvedimento amministrativo... deve essere motivato".

La norma precisa, poi, cosa sia una motivazione, puntualizzando che essa deve rappresentare i "presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in rapporto alle risultanze dell'istruttoria". (nota n. 6 vedi pag. 165).

La norma specifica altresì che la necessità di motivazione si estende anche ai procedimenti riguardanti "l'organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi ed il personale". (nota n. 7 vedi pag. 166).

Soltanto gli atti normativi e quelli a contenuto generale si sottraggono all'obbligo.

Pertanto, per effetto dell'art. 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241, l'obbligo della motivazione – vale a dire dell'esposizione dei presupposti di fatto e delle ragioni di diritto che sono adottati a fondamento delle determinazioni della P.A. – vige, salvo esplicite eccezioni, per tutti i provvedimenti amministrativi (Cons. Stato, Sez. V, 11 ottobre 2005, n. 5479)¹⁹.

1.4.Gli orientamenti della dottrina

Gli studi dottrinali sulla motivazione sottolineano che essa è un tratto discorsivo dell'atto volto ad enunciare, esplicitandoli, i motivi che determinano l'agente²⁰.

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

Cammeo, in uno studio del 1908, accenna ai motivi all'atto come frutto dell'intuito dei buoni funzionari²¹.

Alle fondamenta di questa definizione, sta, infatti, quell'accostamento della dottrina di diritto amministrativo alla grande tradizione pandettistica, cui fa necessario riscontro una immagine marcatamente soggettiva dell'attività dell'amministrazione²².

Segnatamente, il provvedimento, in quest'ottica, è – essenzialmente – negozio giuridico di diritto pubblico (uno dei tre atti del diritto pubblico, insieme alla legge ed alla sentenza, il più vicino all'empiria sociale, al brulichio degli interessi privati) e,

¹⁹ R. GIOVAGNOLI – M. FRATINI, *Le nuove regole dell'azione amministrativa al vaglio della giurisprudenza*, op. cit., p. 164.

²⁰ In materia si richiama per tutti il fondamentale scritto di A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano. C.M. IACCARINO *Studi sulla motivazione, con particolare riguardo agli atti amministrativi*, Roma 1933 e IACCARINO, *Motivazione degli atti amministrativi* in NN.D.I. X, 1964, 959. Ripreso da A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità* Milano 1987, pag. 7 e ss. A. GUANTARIO *Dequotazione della motivazione e provvedimento amministrativo*, in Nuova Rass. 2002, ed in ed. di stampa anastatica pag. 43 e ss.

²¹ CAMMEO, *Gli atti amministrativi e l'obbligo di motivazione* in Giur. It., 1908, III, 253.

²² A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità* Milano 1987, pag. 9 e ss.

dietro il provvedimento, il funzionario, esternatore dei motivi, motivatore, assolve ad una funzione fondamentale.

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

Si crea poi quel nesso stretto tra motivazione e discrezionalità, consentendo al potere giudiziario di entrare nell'*hortus conclusus* dell'attività discrezionale della p.a., evitando alla discrezionalità di essere una pura e semplice manifestazione della soggettività amministrativa intesa come autorità, poiché la soggettività amministrativa ha una sua sfera psicologico-soggettiva, che si esprime nella motivazione, che diviene il canale d'accesso alla discrezionalità²³.

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

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

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

Se la motivazione, poi, è elemento o requisito fondamentale del provvedimento la sua mancanza non può essere surrogata successivamente all'adozione dell'atto, perché essa deve precederlo o essere formata contestualmente all'atto, comunque prima della proposizione del ricorso giurisdizionale²⁴.

²³ G. MONTEDORO, *Potere amministrativo, sindacato del giudice e difetto di motivazione* op. ult. cit., p. 337.

²⁴ G. MONTEDORO, *Potere amministrativo, sindacato del giudice e difetto di motivazione* op. ult. cit., p. 336.

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

Si tratta di una linea di pensiero formalistico-subbiettivista.

Accanto a questa ricostruzione teorica, ne va ricordata un'altra, che, con lo sviluppo dello Stato legislativo schmittiano (ove governano le leggi e non uomini, autorità o magistrature) , connotato dalla spersonalizzazione dell'amministrazione, attribuisce alla motivazione un carattere sostanziale ed oggettivo²⁵.

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

Si inizia a ritenere che il vizio di motivazione non sia un vizio formale che non impedisce il riesercizio del potere ma un vizio sostanziale, che non può essere superato correggendo , da parte dell'autorità amministrativa, il provvedimento carente²⁶.

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

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

Nel passaggio dall'atto all'attività, dal provvedimento al procedimento, dalla struttura alla sostanza tutto il diritto amministrativo si arricchisce (per effetto della spersonalizzazione che consente di conferire centralità alla funzione, come nell'architettura moderna il funzionalismo consente di soddisfare esigenze abitative

²⁵ G. MONTEODORO, *Potere amministrativo, sindacato del giudice e difetto di motivazione* op. ult. cit., p. 336.

²⁶ M. NIGRO *Sulla riproduzione dell'atto amministrativo annullato in sede giurisdizionale per difetto di motivazione* in Foro it. 1958, III, 41 -43.

prima non attingibili) e si impoverisce nello stesso tempo (perdendo il riferimento al soggetto, al funzionario decidente , annacquando nella pluralità degli uffici e degli atti procedurali il processo formativo della volontà impersonale dell'amministrazione).

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

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

Certo l'insistenza sulla funzione porta alla c.d. dequotazione²⁷ della motivazione , alla sua perdita di peso quale mero atto di esternazione della volontà , quale discorso argomentativo-giustificativo.

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

1.5. Le tesi formalistico-soggettivistiche e la loro (in)compatibilità con il principio di effettività della giustizia e con il principio di uguaglianza.

Certamente l'impostazione tradizionale ha una maggiore coerenza interna, che conduce dai postulati teorici alle conseguenze pratico – applicative con una serie ordinata di passaggi²⁸.

²⁷ L'espressione è di M.S. GIANNINI cui si deve la voce *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.* XXVII, cfr. pag. 268.

²⁸ Così A. ROMANO TASSONE, op. ult, cit. pag. 21.

Tuttavia la tendenza del diritto amministrativo contemporaneo, pressato dall'emergere di nuovi bisogni e di nuove istanze di tutela, la tendenza all'effettività della giustizia amministrativa, la critica ricorrente al carattere meramente cassatorio del giudizio amministrativo di impugnazione, la denunciata insoddisfazione riguardante l'azione di annullamento²⁹, la mancanza, nel nostro ordinamento di un'azione di adempimento, la tendenza ad evitare che il processo amministrativo funzioni come meccanismo formalistico di caccia all'errore dell'amministrazione, anche a fronte di atti o provvedimenti che sono stati il frutto di un grande dispendio di mezzi e di attività, e che sono volti a tutelare beni essenziali per la tutela della persona umana e della comunità sono tutti fattori che hanno spinto e spingono per il ridimensionamento della portata delle forme nella teoria del potere amministrativo³⁰.

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

1.6. Le tesi sostanzialistiche e la loro tendenza riduzionista.

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

In questo senso la motivazione appare costruita in funzione del controllo, amministrativo e giudiziario, specie del controllo in prospettiva del sindacato

²⁹ Cfr. sul punto MONTEDORO-GENTILI *Azione di annullamento* di prossima uscita in *Trattato di diritto processuale amministrativo* a cura di F. CARINGELLA e R. GAROFOLI.

³⁰ G. MONTEDORO, *Potere amministrativo, sindacato del giudice e difetto di motivazione* op. ult. cit., p. 338.

sull'eccesso di potere esercitato dal giudice amministrativo, così determinandosi una perdita di alcune delle valenze dell'istituto della motivazione, istituto giuridico polifunzionale.

E' stato infatti notato³¹ che la motivazione assolve a plurime funzioni, non tutte colte nella prospettiva sostanzialistica che svaluta la natura e la struttura discorsiva della motivazione per evidenziarne una pretesa funzione obiettiva, tutta improntata e costruita, in realtà, al fine di rispondere ad esigenze di controllo.

Fra queste funzioni della motivazione oltre quella di controllo amministrativo e giurisdizionale, campeggiano la funzione interpretativa dell'atto, la funzione di garanzia per il privato³², ed, in ultimo, la funzione extra-processuale ed extraprocedimentale della motivazione, che mira a rendere possibile la trasparenza dell'attività amministrativa rispetto alla comunità dei cittadini e dall'opinione pubblica³³.

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

Sostanzialismo e dequotazione della motivazione appaiono quindi un sostanziale impoverimento del linguaggio, un ennesimo esempio di afasia della

³¹ A. ROMANO TASSONE, *op. ult. cit.* pag. 24 e ss.

³² Al riguardo va ricordato che la dottrina tradizionale ha assegnato alla motivazione una funzione prettamente garantistica, in favore dei destinatari dell'atto, e nei confronti dell'esercizio arbitrario del potere. Sotto questo profilo, l'esternazione dei motivi del provvedere consentirebbe all'interessato di prendere conoscenza delle ragioni che hanno indotto la pubblica amministrazione ad agire, così riuscendo ad organizzare un'adeguata difesa in sede giurisdizionale.

³³ Si tratta della c.d. funzione democratica che autorevolissima dottrina (A. ROMANO TASSONE, *op. ult. cit.* p. 70 ss.) assegna all'enunciazione dei motivi: ciò consentirebbe all'opinione pubblica di esercitare una verifica diffusa in ordine alla non arbitrarietà dell'esercizio del potere. Destinatario della motivazione non sarebbe primariamente il ricorrente quanto, piuttosto, la comunità dei cittadini in nome della quale sarebbe possibile esercitare un controllo di correttezza ed imparzialità.

modernità, alla quale si vorrebbe porre rimedio invocando criteri funzionalistici, utilitaristici ed efficientistici.

E' stato in proposito chiarito che l'ottica delle tesi sostanzialistiche finisce per essere "parziale ed indebitamente riduttiva" come risulta dalle stesse ammissioni dei più autorevoli esponenti della dottrina sostanzialistica, che "postisi il problema delle esigenze di informazione del potenziale ricorrente, riconoscono che esso pesa negativamente, irrisolto ed irresolubile, sulla pur auspicata dequotazione dell'enunciato motivante"³⁴.

1.7.Gli sbocchi del dibattito dopo la riforma del procedimento amministrativo

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

Un obbligo generale di motivazione degli atti amministrativi è stato introdotto nei principali paesi europei, nel 1976 nella Repubblica federale tedesca nell'ambito della legge sul procedimento amministrativo (legge 25 maggio 1976), nel 1979 in Francia con la legge 11 luglio 1979 (confermata dalla legge 17 gennaio 1986); nel 1990 in Italia, con la legge 7 agosto 1990 n. 241 sul procedimento amministrativo ed il diritto di accesso; in Spagna con la nuova legge sul procedimento amministrativo del 1992 (legge 26 novembre 1992) .

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

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

³⁴ A.ROMANO TASSONE, op. ult. cit. pag. 25 e ss. i dubbi critici prima riportati sono di M.S. GIANNINI *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.* , XXVII, 268.

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

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

La prospettiva gianniniana di una dequotazione della motivazione sarebbe stata smentita³⁵.

La motivazione va data , esternandola, perché ciò è obbligatorio.

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

Si è ben lontani dall'iter voluntatis di cui parlava la dottrina tradizionale di stampo soggettivista³⁶.

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

Nessun rilievo nell'adozione dell'atto amministrativo hanno o devono avere le inclinazioni naturali del decidente (le sue sensibilità giuridiche il suo personale approccio ai fatti), il suo intuito, inteso alla Cammeo , risiede nella capacità di interpretare il ruolo che gli è stato affidato, l'interpretazione di un dover essere che è imposto dalle norme che definiscono il ruolo dell'autorità decidente³⁷.

³⁵ G. CORSO, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.* aggiornamento Milano , 2001, 774 e ss.

³⁶ Così G. CORSO op. ult. cit. pag. 775, discutendo di IACCARINO, op. ult. cit. 959.

³⁷ G. MONTEDORO, *Potere amministrativo, sindacato del giudice e difetto di motivazione*, op. ult. cit., p. 336.

La volontà da esternare è in questo senso già obiettivata. La motivazione poi segue il sillogismo pratico, di stampo aristotelico (per il quale le ragioni giuridiche sono la premessa maggiore, i presupposti di fatto la premessa minore, la decisione è la conclusione del ragionamento sillogistico).

Anche se siamo avvertiti della frequente impossibilità di derivare gli effetti secondo rigida consequenzialità logica: all'amministrazione infatti è spesso affidato il compito di "riempire" il carattere indeterminato delle norme di azione mediante l'esercizio del potere discrezionale di individuazione del concreto interesse pubblico, da affermarsi in ogni concreta vicenda umana.

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

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

In ogni caso il compito dell'amministrazione non si ferma a questi passaggi (pure ardui), poiché tutte le volte che vi è da esercitare un potere amministrativo discrezionale, l'amministrazione deve ponderare gli interessi privati e pubblici in giuoco, rilevanti nel procedimento, al fine di individuare il concreto interesse pubblico da perseguire³⁸.

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

³⁸ Ed è qui che può innestarsi la perdurante sussistenza del difetto di motivazione come figura sintomatica dell'eccesso di potere, dovendosi distinguere fra un difetto radicale di motivazione, riconducibile ormai ad un vizio di violazione di legge, che si ha le quante volte l'amministrazione adotti un atto che non esterna alcuna ragione, giuridica e fattuale, a sostegno della scelta operata, ed il difetto di motivazione consistente nell'inadeguatezza intrinseca della motivazione da riportare invece, come è nell'insegnamento classico, all'eccesso di potere.

Quanto alle ragioni per le quali sarebbe imposto l'obbligo di motivazione, la dottrina è divisa fra coloro i quali individuano la funzione della motivazione nell'esigenza di un controllo democratico dell'opinione pubblica sull'operato della p.a.³⁹ e coloro i quali qualificano la motivazione essenzialmente come un elemento di garanzia preordinato alla tutela dei privati destinatari degli atti amministrativi, ossia dei soggetti nei confronti dei quali i provvedimenti amministrativi possono produrre effetti pregiudizievoli⁴⁰.

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

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

La motivazione è in funzione del consenso degli amministrati. Consenso riferito, non certo al sacrificio, alla limitazione, né al pregiudizio, bensì alla sua rispondenza alla legge.

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

E di ciò si convinca per la rispondenza del provvedimento, così come spiegato nella motivazione, alla legge. Convinzione che, appunto, produce consenso.

La funzione della motivazione è duplice di persuasione e di controllo, costituendo la tipica forma di legittimazione del potere che si svolge al di fuori del circuito democratico, in modo imparziale, al di fuori dell'ambito del consenso che

³⁹ Così A. ROMANO TASSONE, op. ult. cit. 1987, 52 e ss. al quale si obietta che l'atto è motivabile *per relationem* con riferimento ad atti non oggetto di pubblica ostensione, e che l'atto amministrativo non è generalmente accessibile dal pubblico, ma solo dagli interessati.

⁴⁰ G. CORSO, op. ult. cit. pag. 786 e ss.

procede dal Corpo elettorale al Parlamento ed al Governo; ciò in quanto le funzioni di Governo si limitano all'indirizzo politico dell'amministrazione, senza potere investire le funzioni gestionali che sono, pertanto, (art. 97 Cost.) affidate alle regole del contraddittorio, della motivazione, del controllo di ragionevolezza incentrato sulla motivazione (tipico controllo di stampo giurisdizionale amministrativo e non costituzionale).

Emerge così una grande antitesi quella fra esercizio del potere mediante motivazione e sovranità : non a caso gli atti normativi non richiedono motivazione, e gli atti generali sono ad essi parificati, per funzione, e, non a caso a fronte di forme di sovranità in fieri come quelle che connotano l'azione degli organi della Comunità europea, la motivazione è richiesta anche nell'adozione degli atti normativi ed il potere normativo è amministrativizzato poiché costante deve essere la possibilità di controllare la rispondenza dei poteri normativi esercitati dalla Comunità ai poteri ad essa conferiti dai Trattati, controllo inconcepibile di fronte a poteri sovrani pienamente costituzionalizzati come quelli dei Parlamenti dei singoli Stati membri, controllati per la ragionevolezza sostanziale delle soluzioni accolte⁴¹.

La sovranità ammette il controllo di ragionevolezza sostanziale del giudice delle leggi; il potere amministrativo, laicizzato, separato (relativamente) dalla politica⁴², detronizzato dallo Stato di diritto, tecnicizzato e procedimentalizzato, può vivere solo motivando le sue scelte, facendo i conti con il dovere di enunciare in un continuo discorso rivolto agli amministrati le ragioni del suo procedere e del suo provvedere.

1.8. La dequotazione della motivazione nella vigenza dell'obbligo di cui all'art. 3 legge n. 241 del 1990 (una recente ricostruzione teorica) .

⁴¹ La motivazione degli atti normativi comunitari risulta in larga misura funzionale al controllo della pubblica opinione.

⁴² Ciò che oggi è ancor più vero alla luce delle note riforme che a partire dalla legge delega n. 421 del 1992, dal D.lgs n. 29 del 1993 e dalla legislazione successiva, hanno marcato in maniera più netta la separazione della dirigenza dalla politica. Sul tema, ampiamente, F. Caringella, Corso di diritto amministrativo, Milano , 2005, p. 1067 ss.

L'obbligo di motivazione fissato dall'art. 3 legge 241 del 1990 non ha tuttavia arrestato quel processo svalutativo degli aspetti formali dell'istituto da parte di quanti, in un'alternativa lettura sostanzialistica, ritengono che la carenza dell'elemento motivo non comporti effetti invalidanti ogni qualvolta sia possibile «attraverso la vivisezione dell'iter procedimentale, ricostruire e positivamente valutare il filo del ragionamento seguito dalla p.a. in sede di decisione»⁴³.

La dottrina più recente è tornata sull'argomento, sottolineando che esso deve essere letto nel quadro della tendenza sempre più spiccata a condurre il processo amministrativo dal modello demolitorio al modello di giudizio di accertamento del rapporto⁴⁴, ripercorrendo le stesse formulazioni teoriche sull'eccesso di potere che andrebbero rese compatibili con il principio di effettività della tutela giurisdizionale di cui all'art. 24 della Cost.⁴⁵.

In questa prospettiva occorrerebbe prendere consapevolezza della "inutilità del vizio di eccesso di potere per difetto di motivazione" quale vizio avente natura formale (così qualificato dalla dottrina e dalla giurisprudenza) rispetto al quale sarebbe sempre ammissibile un'attività di rinnovazione, volta ad emendare l'atto annullato, munendolo dopo il giudizio di un'enunciazione motivante⁴⁶. A supporto di tale assunto viene spesso invocato il principio di conservazione degli atti amministrativi in forza del quale non è annullabile l'atto che, seppur viziato, ha raggiunto il proprio scopo.

Il giudizio amministrativo rischierebbe sempre di funzionare a vuoto, senza offrire tutela effettiva, sia nei casi di interesse legittimo pretensivo, che nei casi di interesse oppositivo, poiché la demolizione dell'atto sarebbe, anche in quest'ultimo

⁴³ F.Caringella, Corso di diritto amministrativo, 2005, p. 1423.

⁴⁴ È noto come la poderosa riscrittura della legge sul procedimento ad opera delle leggi n. 15 e n. 80 del 2005 ed in particolare l'introduzione dell'art. 21 octies abbia sì ritiene abbia inciso in profondità sugli stessi cromosomi del processo amministrativo, ora emancipato dalle angustie della verifica estrinseca della legittimità formale e chiamato ad indagare sulla bontà sostanziale del risultato dell'azione amministrativa e, in definitiva, sulla fondatezza e sulla pretesa del privato (cfr. F. Caringella, Corso di diritto amministrativo, Milano, 2005, premessa e p. 1909 ss.)

⁴⁵ A. Guantario, op.ult. cit., pag. 73 e ss.

⁴⁶ Cfr. A. GUANTARIO, op. ult. cit. pag. 69 e ss.

caso del tutto provvisoria, a fronte dell'interesse dell'amministrazione a reiterare l'atto munendolo di motivazione⁴⁷.

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

Ne deriva, quale limite all'interprete, l'impossibilità di ricorrere arbitrariamente alla motivazione implicita per salvare determinazioni amministrative prive di qualsiasi enunciazione di sostegno, così come ne deriva l'impossibilità di valorizzare la giustificazione del provvedimento in assenza di ogni attività esterne dell'organo decidente, di consentire che l'esternazione sia superata come esigenza, in favore della rilevanza dei meri motivi (obiettivamente) adeguati, ricavabili da qualsiasi atto del procedimento⁴⁸.

Insuperabili appaiono le considerazioni di chi ha notato, per esigenza garantistica, che "qualunque modificazione unilaterale del rapporto tra autorità e libertà deve essere fissata formalmente in un atto, che esprima nei termini di una

⁴⁷ L'esame di questi orientamenti, e la recente introduzione nella legge sul procedimento dell'art. 21 *octies*, mostrano in modo piuttosto chiaro la tendenza ad introdurre una sorta di prova di resistenza fondata sulla valutazione, caso per caso, dell'utilità della motivazione non esternata. Secondo questa prospettiva competerebbe al Giudice la ricostruzione, in un'ottica rovesciata, del provvedimento amministrativo virtuale da raffrontarsi con quello concretamente posto in essere dall'amministrazione ed al privato l'onere di provare che l'osservanza dell'obbligo di motivare avrebbe modificato gli esiti dell'iter procedurale. Tra gli argomenti richiamati dai fautori della motivazione successiva c'è inoltre l'idea sostanzialistica del processo amministrativo in forza della quale tale giudizio avrebbe oggi ad oggetto non più (e non solo) il provvedimento amministrativo bensì il rapporto o la pretesa sostanziale sottostante.

⁴⁸ G. MONTEDORO, *Potere amministrativo, sindacato del giudice e difetto di motivazione*, op. ult. cit., p. 338.

puntuale proposizione giuridica la soluzione di un conflitto attuale o potenziale di interessi”⁴⁹.

Da ciò deriva che “ammettendo la possibilità della motivazione successiva, si ridurrebbe di molto la portata della garanzia offerta al cittadino, poiché la proposizione giuridica relativa al caso concreto raggiungerebbe la sua completa espressione formale in un momento posteriore e successivo a quello in cui, con la statuizione autoritativa, e normalmente esecutoria, si determina la lesione dell'interesse individuale”⁵⁰.

In tal modo può concordarsi con la dottrina che considera sempre esistente un obbligo formale di esternazione dei motivi del provvedimento, con riferimento alla realtà effettivamente emersa e valutata nel procedimento⁵¹.

La motivazione rimane un requisito formale, un discorso enunciativo-argomentativo, ma essa non va letta in chiave psicologica, ma obiettiva, va ricavata dal procedimento se necessario, va temperata con una considerazione sostanziale della legittimità delle ragioni e delle giustificazioni dell'amministrazione desumibili dal complesso degli atti del procedimento, che assumono un valore orientativo nella ricostruzione dell'obiettiva voluntas provvedimentoale⁵².

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

⁴⁹ Così F. LEDDA *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Torino, 1964, 216 e ss.

⁵⁰ Ancora F. LEDDA, *op. ult. cit.*, pag. 217 -218.

⁵¹ Così L. TORCHIA, *Procedimento e processo dopo la legge n. 241/1990 : tendenze e problemi*, in *La trasparenza amministrativa a due anni dalla legge n. 241 del 1990*, Atti del convegno di Siena, 30 ottobre 1992, Mondo economico allegato al numero del 27 febbraio 1993, pag. 39.

⁵² G. MONTEDORO, *Potere amministrativo, sindacato del giudice e difetto di motivazione*, *op. ult. cit.*, p. 339.

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

Qui certo, occorre stabilire attentamente qual è la soglia estrema oltre la quale il provvedimento non può essere salvato in giudizio (e cioè va incontro alla caducazione giurisdizionale) e al di qua del quale i chiarimenti forniti al cospetto del Giudice potranno condurre ad un esito salvifico della decisione della p.a.

Perché se chiaramente non potranno essere presi in considerazione elementi di fatto pur dimostrativi della bontà e giustizia del provvedimento finale ma che non erano presenti in alcun atto del procedimento, più complesso risulta comprendere se circostanze e fatti evincibili dalla documentazione che ha accompagnato l'iter procedimentale ma non esternate nel provvedimento finale né richiamate (attraverso lo schema della *motivatio ob relationem*), possano essere ripescate “con successo” in sede processuale.

Ci pare che anche in questo secondo caso la soluzione debba essere quella del divieto di motivazione postuma con conseguente annullamento giurisdizionale: sono state obliterate le due possibili strade fornite dal legislatore alla p.a. per motivare il provvedimento, non essendo stati richiamati gli elementi motivazionali decisivi né nel corpo del provvedimento finale né col richiamo *per relationem*.

È vero che la giustificazione della soluzione amministrativa adottata dalla p.a. è presente nei documenti e negli atti del procedimento, ma essa non può essere “portata fuori” per la prima volta in giudizio. Andava palesata prima.

Diverso è il caso in cui la giustificazione presente tra le carte del procedimento è stata malamente richiamata, in modo poco chiaro o per niente perspicuo, ovvero è

stata esplicitata nel provvedimento in modo nebuloso, perché qui potrà effettivamente parlarsi di chiarimenti salvifici e non di motivazione postuma.

D'altra parte il chiarimento svela (chiarisce appunto) meglio ciò che c'è già stato (una motivazione inadeguata, non chiara); l'integrazione postuma aggiunge qualcosa che è mancato (assenza tout court della motivazione o di parte fondamentale della stessa).

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

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

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

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

Con questi correttivi, miranti a valorizzare la portata obiettiva della motivazione, il suo valore nel complesso delle attività procedimentali, possono essere accolte parte delle istanze della dottrina relativa alla c.d. dequotazione della motivazione, che, pur smentita su un piano formale dalla legge n. 241/1990, che ha fatto assurgere la motivazione a requisito formale del provvedimento, riportando la

sua mancanza assoluta a vizio di violazione di legge, non ha del tutto escluso la possibilità di valutare il vizio di difetto di motivazione in chiave sostanzialistica, al fine di evitare che il sistema di giustizia funzioni a vuoto e che la garanzia offerta al privato sia più apparente che reale.

Tale opzione interpretativa risulta inoltre irrobustita dalla riforma *ex legibus* nn. 15 e 80 del 2005, che se non ha rinverdito le tesi dequotative della motivazione, ha certamente tolto smalto alla formalistica primigenia configurazione dell'obbligo di motivazione di cui all'art. 3 della legge sul procedimento amministrativo.

Ciò detto sui correttivi all'obbligo iper-formalista della motivazione.

Ricordando che i correttivi paiono suggeriti: (a) dalla nuova configurazione del processo amministrativo, non certo compiuta ma chiaramente in progress, che va assumendo le vesti di un giudizio sul rapporto; (b) dalla nuova impalcatura del procedimento amministrativo così come ridisegnata dalle riforme del 2005⁵³.

Oltre però non pare lecito andare, e la motivazione non è, come detto, sempre surrogabile *ex post*.

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

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

⁵³ S.PUDDU, *Riflessioni sulla motivazione successiva del provvedimento amministrativo*, in *Studi economico-giuridici in Memoria di Franco Ledda*, vol. LX, 2003-2004, II, Torino, 2004, p. 1001;

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

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

1.9. Il dato giurisprudenziale

L'esame della giurisprudenza amministrativa ci consegna spontanei equilibri raggiunti, sul piano pratico, tenendo conto delle diverse istanze esplorate dalla dottrina⁵⁴.

In giurisprudenza si è ritenuto – sottolineando il nesso esistente fra discrezionalità e motivazione -che l'ampia discrezionalità riconosciuta ad una p.a. in

⁵⁴ nel presente paragrafo si richiama l'analitica ricostruzione giurisprudenziale condotta da G. MONTEDORO, *Potere amministrativo, sindacato del giudice e difetto di motivazione*, op. ult. cit., p. 340 ss., analizzando e richiamando, invece, la giurisprudenza più recente nel paragrafo seguente con specifico riguardo alle novità introdotte dalle novelle 2005 in seno alla legge sul procedimento amministrativo.

una determinata materia non sottrae i relativi provvedimenti al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, volto a controllare, proprio attraverso l'esame della motivazione, l'esercizio del potere sotto il profilo della logicità, della razionalità e della congruità, per evitare che esso possa scadere nel mero arbitrio (alla stregua del principio non sono state ritenute fondate le generiche doglianze della p.a. appellante secondo cui i primi giudici avrebbero esorbitato dal loro potere giurisdizionale, compiendo un'inammissibile controllo di merito sulle scelte operate dall'amministrazione stessa) (C. Stato, sez. IV, 29-04-2002, n. 2281).⁵⁵

La funzione garantistica della motivazione è stata poi di recente affermata quando si è ritenuto che dai principi desumibili dagli art. 3 e 7 l. 7 agosto 1990 n. 241, incentrati sui fondamentali canoni della trasparenza e della partecipazione, discende che spetta all'amministrazione curare la comunicazione dell'atto amministrativo conclusivo del procedimento, corredato dalla sua motivazione, a tutti i soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti, nonché ai soggetti individuati o facilmente individuabili, diversi dai suoi destinatari (C. Stato, sez. V, 30-04-2002, n. 2290).⁵⁶

Detta funzione garantistica della motivazione è stata esaminata per la sua stretta strumentalità rispetto al sindacato giurisdizionale dalla già citata C. Stato, sez. IV, 29-04-2002, n. 2281 secondo cui la motivazione del provvedimento amministrativo ha lo scopo di consentire al cittadino la ricostruzione dell'iter logico-giuridico attraverso cui l'amministrazione si è determinata ad adottare un determinato provvedimento, controllando, quindi, il corretto esercizio del potere ad essa conferito dalla legge e facendo valere eventualmente nelle opportune sedi, giustiziali o giurisdizionali, le proprie ragioni.⁵⁷

⁵⁵ In *Giust. amm.*, 2002, 556; *Urbanistica e appalti*, 2002, 935 ; *Dir. e giustizia*, 2002, fasc. 22, 44, n. CICATIELLO

⁵⁶ In *Foro amm.-Cons. Stato*, 2002, 943 (m).

⁵⁷ In *Giust. amm.*, 2002, 556; *Urbanistica e appalti*, 2002, 935 ; *Dir. e giustizia*, 2002, fasc. 22, 44, n. CICATIELLO.

L'adesione ad una concezione formale, ma non formalistica della motivazione, improntata ad un'equilibrata valorizzazione delle risultanze del procedimento risulta da C. Stato, sez. IV, 27-12-2001, n. 6417 secondo cui il difetto di motivazione del provvedimento amministrativo ricorre nell'ipotesi in cui non è dato comprendere in base a quali dati specifici sia stata operata la scelta amministrativa, impedendo la verifica del percorso logico giuridico seguito dall'amministrazione nell'applicare i principi generali al caso concreto, ma la funzione della motivazione è da ritenersi comunque soddisfatta anche nel caso in cui, sebbene nel provvedimento amministrativo non risultino chiaramente e compiutamente esplicitate le ragioni sottese alla scelta, queste possono tuttavia essere colte dalla lettura degli atti del procedimento richiamati nel provvedimento stesso⁵⁸.

Analoga scelta è stata compiuta dalla più volte citata C. Stato, sez. IV, 29-04-2002, n. 2281 ⁵⁹che in omaggio ad una visione non meramente formale dell'obbligo di motivazione e coerentemente con i principi di trasparenza e di lealtà desumibili dall'art. 97 cost., ha ritenuto debba valutarsi legittimo un provvedimento nel quale le ragioni sottese alle scelte della p.a., anche se non formalmente e compiutamente esplicitate nel provvedimento stesso, possono essere agevolmente colte dalla lettura degli atti afferenti alle varie fasi in cui si articola il procedimento.

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

⁵⁸ In *Foro amm.*, 2001, 3149.

⁵⁹ In *Giust. amm.*, 2002, 556; *Urbanistica e appalti*, 2002, 935; *Dir. e giustizia*, 2002, fasc. 22, 44, n. CICATIELLO.

ragioni di diritto della determinazione della p.a. con argomenti non illogici, non contraddittori, ma coerenti e logicamente autosufficienti.⁶⁰

Nella stessa scia il C. Stato, sez. IV, 18-10-2002, n. 5730 ha alleggerito l'obbligo motivatorio per i provvedimenti vincolati osservando che la motivazione dell'atto amministrativo assolve la funzione di rendere palesi le ragioni che hanno indotto l'amministrazione ad adottarlo al fine di consentire il successivo ed eventuale sindacato di legittimità; peraltro, quando l'attività amministrativa è vincolata, tale funzione deve considerarsi assolta se il provvedimento indichi con precisione i presupposti di fatto e di diritto la cui presenza o la cui mancanza ne hanno reso necessaria l'adozione, senza che occorran ulteriori e più ampie argomentazioni rivolte, in particolare, a confutare analiticamente le deduzioni svolte dalle parti interessate⁶¹.

L'esito negativo possibile nelle vicende di rinnovato esercizio del potere, per cui l'atto può risultare nuovamente sfavorevole al privato, è colto da C. Stato, sez. IV, 26-09-2001, n. 5064 che ha statuito che l'annullamento per difetto di motivazione non impedisce l'amministrazione di procedere al rinnovato esercizio del potere discrezionale, purché il provvedimento, quale ne sia il contenuto ed il dispositivo, sia congruamente motivato e rispettoso di tutti gli altri limiti di legge⁶².

Il nesso fra motivazione ed incedere della tecnica è paradigmaticamente scolpito da C. Stato, sez. VI, 03-05-2002, n. 2349 secondo cui l'obbligo di motivazione riguarda ormai tutte le tipologie provvedimentali, ad esclusione di quelle espressamente eccettuate, quale che sia il tasso di tecnicismo destinato a connotare le valutazioni operate dall'amministrazione in vista dell'adozione dell'atto: può anzi sostenersi che la natura tecnica delle valutazioni rimesse all'amministrazione impone

⁶⁰ In *Foro amm.-Cons. Stato*, 2002, 1312 (m).

⁶¹ In *Cons. Stato*, 2002, I, 2275.

⁶² In *Foro amm.*, 2001, 2344 (m).

in capo alla stessa un più intenso dovere motivazionale, sì da consentire al giudice stesso un più pregnante sindacato sulla legittimità delle scelte compiute⁶³.

L'obbligo di motivazione è poi colto come carattere dell'agere pubblicistico delle p.a. quando C. Stato, sez. V, 04-04-2002, n. 1879 osserva che l'obbligo di motivazione si riferisce essenzialmente all'attività provvedimentoale dell'amministrazione e non riguarda il rifiuto di adempiere ad obbligazioni civilistiche, ancorché affidate alla giurisdizione esclusiva amministrativa ai sensi dell'art. 33 d.leg. 31 marzo 1998 n. 80, in relazione al loro collegamento con l'espletamento del servizio pubblico sanitario⁶⁴.

La necessità che l'obbligo, più o meno stringente della motivazione sia proporzionato ai concreti connotati della fattispecie da regolare è espressa sempre dalla citata da C. Stato, sez. IV, 29-04-2002, n. 2281 per cui l'onere della motivazione, per la stessa funzione che è chiamato a svolgere il provvedimento amministrativo (di ordinatore degli interessi pubblici e di temperamento tra questi e quelli privati), non può rispondere ad uno standard fisso ed immutabile, ma varia ⁶⁵ necessariamente in ragione degli effetti, ampliativi o restrittivi, che il provvedimento è destinato a produrre nella sfera giuridica dei destinatari e della più o meno elevata interferenza degli interessi privati con quello pubblico perseguito.

La relazione esistente fra motivazione ed atti del procedimento si disvela poi nell'istituto della motivazione per relationem a proposito del quale C. Stato, sez. VI, 06-05-2002, n. 2400 ha ritenuto che la motivazione di cui all'art. 3 l. 7 agosto 1990 n. 241, può ben essere effettuata per relationem, purché l'amministrazione renda disponibile il documento al quale l'atto motivato per relationem fa riferimento, ma deve anche sottolinearsi che dalla motivazione di un atto per relationem si deve distinguere l'evenienza della mera comunicazione della parte «dispositiva» della

⁶³ In *Foro amm.-Cons. Stato*, 2002, 1281 (m).

⁶⁴ In *Foro amm.-Cons. Stato*, 2002, 919 (m) ; da ciò potendosi derivare la conseguenza che non debbano essere motivati gli atti della p.a. quale privato datore di lavoro nel rapporto di pubblico impiego privatizzato.

determinazione amministrativa conclusiva del procedimento; in tal caso, infatti, si ha l'effettuazione di un mero atto di avviso o partecipazione al privato che può ben attivarsi al fine di conoscere nella sua integrità l'atto finale, a mezzo degli strumenti giuridici garantiti ampiamente dall'ordinamento, quali il diritto d'accesso ed, eventualmente, anche a mezzo dei poteri di acquisizione istruttoria propri del giudice in sede giurisdizionale.⁶⁶

C. Stato, sez. V, 01-10-2001, n. 5187 ha ritenuto che l'atto amministrativo, oggetto di impugnazione, non può essere integrato con motivazione postuma nel corso del giudizio, con la conseguenza che va esaminato alla stregua delle sole ragioni poste a suo sostegno e in esso esplicitate⁶⁷ ed eguale principio è stato espresso dalla nota C. Stato, sez. IV, 29-04-2002, n. 2281 secondo cui non è consentita nel corso del giudizio, da parte del difensore della p.a., l'integrazione della motivazione del provvedimento impugnato.

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

Controverso è poi il tema della sufficienza dei punteggi numerici nelle valutazioni concorsuali su cui C. Stato, sez. IV, 29-10-2001, n. 5635 ha ritenuto, in conformità alla giurisprudenza maggioritaria, che l'onere di motivazione circa la valutazione delle prove scritte di un concorso pubblico o di una procedura selettiva

⁶⁶ In Foro amm.-Cons. Stato, 2002, 1288 (m).

⁶⁷ T.a.r. Lazio, sez. I, 16-01-2002, n. 398 che ha statuito : “ La circostanza che l'amministrazione possa integrare la motivazione di un proprio atto contro il quale pende un ricorso giurisdizionale non pregiudica il diritto di difesa del privato che può impugnare con atto di motivi aggiunti l'atto sopravvenuto in pendenza di un giudizio instaurato, ai sensi dell'art. 21 l. 6 dicembre 1971 n. 1034, come modificato dall'art. 1 l. 21 luglio 2000 n. 205, e tanto più che all'amministrazione, se può essere chiamata a rispondere della illegittimità dei propri atti in sede risarcitoria, non può essere negato il potere-dovere di intervenire in via di autotutela.” Vedila in Trib. amm. reg., 2002, I, 1;Giornale dir. amm., 2002, 641, n. CERULLI IRELLI;*Foro amm.-Tar*, 2002, 115;Foro amm.-Tar, 2002, 511 (m), n. GALETTA; Urbanistica e appalti, 2002, 936, n. TARANTINO;Nuovo dir., 2002, I, 613, n. MAZZIA;*Quaderni regionali*, 2002, 350 *Guida al dir.*, 2002, fasc. 7, 70, n. CORRADO.

per il conseguimento dell'idoneità per l'iscrizione negli albi e collegi professionali è di regola sufficientemente adempiuto con la sola attribuzione del punteggio numerico, essendo questa una espressione sintetica, ma eloquente, della valutazione compiuta dalla commissione (fattispecie relativa all'esame per l'idoneità all'esercizio della professione di avvocato)⁶⁸.

CdS VI 25 febbraio 2003 n. 1054 ha poi giudicato su una fattispecie che aveva condotto il Tar del Lazio ad impegnative affermazioni sulla possibilità di una motivazione successiva³⁸.

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

In detta pronuncia si legge che "il nostro ordinamento non conosce un principio generale che imponga alla pubblica amministrazione un onere di clare loqui spinto fino al punto di esplicitare, in modo esaustivo e con effetto preclusivo, tutti i motivi che possano supportare una determinata conclusione, dovendosi al contrario ammettere che la pubblica amministrazione possa mettere in evidenza, ad esempio in sede di provvedimento di diniego, motivi autosufficienti considerati più significativi. L'assunto è corroborato dalla considerazione che il sistema processuale, ai sensi dell'art. 26 l. 1034/71, è basato sul principio della salvezza del potere amministrativo di riesercitare dopo il giudicato amministrativo e nel rispetto dei vincoli da esso promananti; e che solo con riferimento alla fattispecie del riesercizio della potestà pubblica in un turno di tempo successivo al giudicato di annullamento, la giurisprudenza, facendo leva sulla discontinuità delle regole dell'agire amministrativo segnata dalla statuizione giudiziale cassatoria, ha concluso nel senso dell'emersione

⁶⁸ In *Giur. it.*, 2002, 393.

di un onere di integrale motivazione, incompatibile con una riserva di ulteriore esplicitazione di motivi di diniego (Cons. Stato, sez. V, 6 febbraio 1999, n. 134, id., 1999, III, 166).

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

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

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

Con questa pronuncia il Supremo Consesso ha posto un limite alla ritenuta inesauribilità del potere amministrativo che non può tradursi in un potere di centellinare provvedimenti negativi⁶⁹.

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

La ritenuta centralità dell'azione amministrativa non esclude affatto che debba segnalarsi come, in materia di provvedimenti favorevoli ai privati e di attività economiche, si stia arrivando alla generalizzazione dell'istituto della denuncia di inizio attività per le attività autorizzatorie vincolate , salvo specifiche eccezioni , ed altresì alla generalizzazione dell'istituto del silenzio-assenso⁷⁰.

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

La liberalizzazione delle attività economiche comporta una riduzione delle garanzie.

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

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

⁶⁹ Foro it., 1999, III, 166; Cons. Stato, 1999, I, 211; Giur. it., 1999, 1315; Foro amm., 1999, 349; Urbanistica e appalti, 1999, 1229, n. RUSSO; Giur. it., 1999, 2414, n. CANNADA-BARTOLI ; nel Repertorio Foro It. : 1999, Giustizia amministrativa [3340], n. 1120. Nello stesso senso Tar Puglia Sez. Lecce 7 febbraio 2002 n.842, in Urb. appalti, 2002, 955 e ss. con nota di G. DE GIORGI CEZZI *Sull'inesauribilità del potere amministrativo*.

⁷⁰ Una norma in proposito è contenuta nel d.d.l sulla competitività di prossima adozione da parte dell'esecutivo, attualmente in discussione con le parti sociali.

Si è ritenuto che la denuncia di inizio di attività che, ai sensi dell'art. 19 l. 7 agosto 1990 n. 241 (nel testo sostituito dall'art. 2, 10° comma, l. 24 dicembre 1993 n. 537), assume il valore di autorizzazione amministrativa è e rimane un atto del privato; tale denuncia – si è osservato - non è, pertanto, autonomamente impugnabile con ricorso al giudice amministrativo, innanzi al quale possono essere invece impugnati gli eventuali atti amministrativi presupposti, dal cui annullamento può conseguire l'accertamento dell'illegittimità dell'attività posta in essere dall'autore della denuncia e la sua cessazione.⁷¹

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

L'equilibrio dei valori costituzionali può essere turbato da un eccessivo diffondersi di questo strumento di liberalizzazione delle attività private , con la conseguente necessità di prevedere eccezioni che possano ripristinare una certa considerazione dell'interesse pubblico e di ipotizzare un'utilizzazione del rimedio del rito avverso il silenzio che dia corpo alle esigenze di tutela dei controinteressati.⁷²

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

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

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

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

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

4. Il terzo che ritenga di essere leso da una denuncia di inizio di attività è legittimato ad agire avverso il silenzio tenuto dall'amministrazione, sulla scorta di un giudizio di cognizione tendente all'accertamento della insussistenza dei requisiti e dei presupposti fissati dalla legge per la libera intrapresa della attività edilizia, e quindi della illegittimità del silenzio medesimo. A tal fine, nei confronti dell'amministrazione che abbia omissa di esercitare il suo potere inibitorio entro il termine decadenziale fissato dalla legge, il terzo può esercitare un'azione di accertamento circa la legittimità di tale comportamento (con ogni conseguenza sulle opere già eseguite, in caso di accoglimento del ricorso), a cui è intimamente connessa un'azione risarcitoria, ove ne ricorrano i presupposti, ed è strumentalmente collegata un'ulteriore azione cautelare per assicurare interinalmente, in presenza di un pregiudizio grave ed irreparabile, gli effetti della decisione sul ricorso . 5. Il termine entro cui il terzo che assuma di essere stato leso da una denuncia di inizio di attività deve proporre il giudizio di accertamento va individuato in quello decadenziale di sessanta giorni dalla conoscenza della

Appare condivisibile⁷³ richiamare in proposito la ricostruzione dell'istituto svolta dal Tar Campania, con la sentenza 6 dicembre 2001 n. 5272 laddove si è ritenuto che :

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

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

illegittimità del comportamento silente tenuto dall'amministrazione; conoscenza questa che verosimilmente interverrà, salvo prova contraria, con l'intrapresa dei lavori.

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

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

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

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

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

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

73 G. Montedoro, Potere amministrativo, sindacato del giudice e difetto di motivazione, op. ult. cit., p. 340.

corrispondenza di quanto dichiarato dall'interessato rispetto ai canoni normativi stabiliti per l'attività in questione.

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

4. Nel caso in cui non sussistano le condizioni che legittimavano l'inizio di una attività "libera" sulla base della D.I.A. e si tratti di attività per la quale sia richiesto il preventivo rilascio di una concessione od autorizzazione edilizia, l'amministrazione ha l'obbligo di rispondere sulla istanza del terzo legittimato in ordine alla mancata attivazione dei suoi poteri repressivi ex art. 21, 2° comma, L. 241/90, anche con specifico riferimento a quelli propri della legislazione edilizia". Siamo di fronte ad una vero e proprio ritrarsi dell'atto amministrativo, del provvedimento, della funzione garantistica dello stesso, che costringe ad acrobazie interpretative nella ricerca di strumenti di tutela dei controinteressati⁷⁴.

La duttilità del processo amministrativo ha consentito di individuarli, ma va rilevato che il rito del silenzio, applicato alla d.i.a. subisce una certa torsione, non risultando tanto chiaro se sia semplicemente da accertare l'inosservanza dell'obbligo di provvedere sull'istanza del controinteressato, ovvero se sia da concludere il giudizio con un accertamento sulla fondatezza nel merito della pretesa (relativa ad attività vincolate della p.a.)⁷⁵.

Qualunque conclusione si assuma, certo la d.i.a. (così come l'istituto del silenzio assenso che è atto tacito quindi per sua natura non motivato) segna in modo palese la ritirata della motivazione dall'orizzonte dell'attività amministrativa

74 G. Montedoro, Potere amministrativo, sindacato del giudice e difetto di motivazione, op. ult. cit., p. 341.

75 G. Montedoro, Potere amministrativo, sindacato del giudice e difetto di motivazione, op. ult. cit., p. 342.

condizionante il diritto dell'economia, per addivenire ad un modulo organizzativo dei controlli imperniato sulle attività successive all'inizio dell'impresa⁷⁶.

1.11.La recente legge sul procedimento amministrativo

La motivazione del provvedimento amministrativo tuttavia è stata oggetto di un recente interessamento da parte del legislatore, con la legge 11 febbraio 2005 n. 15, recante modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990 n. 241.

Ciò rende opportuno verificare la portata ed il senso delle innovazioni normative introdotte perché queste tracciano direttrici del tutto differenti rispetto a quelle ricavabili dai recenti provvedimenti di liberalizzazione.

Una prima novità introdotta dalla legge n. 15 del 2005 è costituita dall'aggiunta di un nuovo periodo, all'art. 6, comma 1 lett. b) della legge n. 241 del 1990, con il quale si specifica che l'organo competente per l'adozione del provvedimento finale, ove diverso dal responsabile del procedimento, non può discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile del procedimento, se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale.

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

E' stato tuttavia segnalato⁷⁷, che non è del tutto indolore avere previsto tale disposizione.

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

76 G. Montedoro, Potere amministrativo, sindacato del giudice e difetto di motivazione, op. ult. cit., p. 340.

77 G. Montedoro, Potere amministrativo, sindacato del giudice e difetto di motivazione, op. ult. cit., p. 340.

Restando alla norma in esame, ossia all'art. 6 comma 1 lett. b) ultimo periodo della legge 7 agosto 1990 n. 241, è stato così rilevato che il primo effetto della disposizione è un ampliamento dell'area del vizio di difetto di motivazione sanzionabile in via diretta per violazione di legge: la norma consente, ovviamente, di ritenere che un provvedimento finale che non abbia dato conto in modo specifico delle ragioni per cui disattende le risultanze dell'istruttoria sia illegittimo per violazione di un preciso disposto legislativo⁷⁸.

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

L'esito applicativo della novella è l'introduzione di un onere di motivazione formale che vige solo per il caso in cui l'atto finale debba essere adottato da un organo che non ha proceduto all'istruttoria, solo in questo caso dovendosi l'organo fare carico, formalmente prima che sostanzialmente, dell'onere di motivare una scelta che possa apparire non coerente rispetto alle acquisizioni istruttorie avutesi per opera del responsabile del procedimento⁷⁹.

Attraverso questo esempio si inizia a delineare uno spazio nuovo per la teoria della dequotazione della motivazione lo spazio, residuale, in cui il difetto di motivazione opera come figura sintomatica dell'eccesso di potere, mentre in diverso caso, tutte le volte che si possa riportare il difetto di motivazione all'area dei vizi di

78 G. Montedoro, *Potere amministrativo, sindacato del giudice e difetto di motivazione*, op. ult. cit., p. 341.

79 G. Montedoro, *Potere amministrativo, sindacato del giudice e difetto di motivazione*, op. ult. cit., p. 341.

violazione di legge, è evidente che il difetto formale di un elemento dell'atto porterà ad una patologia del tutto differente.

A questo proposito è stato evidenziato⁸⁰ anche che la stessa legge, con un ulteriore (invero solo apparente) irrigidimento formalistico, rispetto alla tradizionale previsione delle forme di patologia dell'atto amministrativo, all'art. 14 , introducendo il nuovo articolo 21 septies della legge 7 agosto 1990 n. 241, prevede una disposizione che potrebbe astrattamente pensarsi possa incidere sull'argomento della motivazione, modificando il suo regime di trattamento giuridico quale forma di patologia dell'atto.

L'art. 21 septies prevede che sia nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, sicché occorre chiedersi se la motivazione di cui all'art. 3 della stessa legge, non sia un elemento essenziale del provvedimento la cui mancanza determina nullità. Ebbene, tenendo conto dell'insegnamento classico della dottrina più attenta ai profili classificatori della struttura dell'atto⁸¹, deve escludersi che la motivazione sia un elemento essenziale dell'atto, necessario per la sua ricognizione sul piano dell'esistenza giuridica, essa è un requisito di validità dell'atto, che ne condiziona la legittimità, configurata dall'ordinamento, in via generale, quale regime di annullabilità.

Ma anche potendo ipotizzare, *prima facie*, e con uno sguardo che si voglia non condizionato dalle acquisizioni della dottrina tradizionale, che la mancanza della motivazione possa in alcuni casi rilevare come mancanza di un elemento essenziale,

80 G. Montedoro, Potere amministrativo, sindacato del giudice e difetto di motivazione, op. ult. cit., p. 341.

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

ciò, a ben vedere, avverrà nei soli casi in cui il difetto di motivazione si traduca in un'impossibilità di riconoscere del tutto la volontà espressa nel provvedimento, rendendola del tutto perplessa e non individuabile, non certo nei casi in cui la volontà vi sia ma non sia stata motivata la ragione della scelta amministrativa.

Il tema in esame, oggetto di solo accenno, ancora in fase di assestamento, poiché la nullità/inesistenza dell'atto introdotta dalla legge deve ancora conoscere un'opera di scavo giurisprudenziale che è appena cominciata, dovrà necessariamente rivolgersi al reperimento di agili strumenti di demarcazione fra le fattispecie, che consentano di avere certezze sul regime di impugnabilità dell'atto⁸².

Sempre la novella n. 15 del 2005 ha poi introdotto un'altra novità; l'istituto della motivazione anticipata, o della comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza⁸³.

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

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

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

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

82 Al riguardo cfr. L. D'ANGELO, Difetto di motivazione ed interferenze tra regole di validità del provvedimento amministrativo, in www.lexitalia.it.

83 Cfr. F. CARINGELLA, Manuale di diritto amministrativo, Milano, 2006, p. 1004 ss.

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

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

L'unica esclusione prevista dalla novella concerne i procedimenti concorsuali ed i procedimenti in materia previdenziale ed assistenziale.

Vi è infine un'ulteriore disposizione d'interesse introdotta dal legislatore del 2005.

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

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

Il punto fondamentale che assume grande interesse per il nostro discorso sulla motivazione è il questo: se la motivazione è requisito formale del provvedimento ex art. 3 della legge n. 241/1990, e tale è, allora è evidente che il legislatore stesso ha tenuto conto della necessità di non irrigidire tale requisito dando luogo ad annullamenti formalistici, ed ha previsto che l'annullamento non si pronunci, le quante volte il provvedimento abbia natura vincolata.

In sostanza la c.d. dequotazione della motivazione di fronte alle esigenze della giustificazione dell'attività amministrativa, trova un suo riconoscimento legislativo, ma solo per gli atti vincolati, non per le attività discrezionali (per le quali si consente

tuttavia di prescindere dalla comunicazione di avvio del procedimento); per le attività vincolate è possibile la motivazione postuma purché si provi che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

Sembra dunque che il legislatore abbia “consentito” la motivazione postuma solo per gli atti vincolati, non per gli atti discrezionali, sicché la norma non appare così squilibrata e lesiva del diritto di difesa, come l'altra dettata nel campo, assai più delicato, delle valutazioni discrezionali.

Con la legge 15 del 2005, il legislatore ha mostrato di accogliere le istanze di questa corrente minoritaria: invero, il difetto di motivazione non può che rientrare tra i vizi sulla forma degli atti di cui all'art. 21 octies, comma 2, primo periodo. La motivazione da vizio-principe dell'atto, viene dequotata a mera illegittimità formale, con la duplice conseguenza dell'irrilevanza di tale vizio nel caso in cui, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il contenuto dispositivo non sarebbe stato diverso ed dell'ammissibilità in tali casi dell'integrazione postuma della motivazione nel corso del giudizio.

In questa nuova prospettiva, il legislatore si mostra particolarmente sensibile, in caso di attività vincolata, più che alla formale motivazione dell'atto, ai motivi sottostanti alla sua emanazione, nella prospettiva di salvare dall'annullamento atti che, sebbene viziati, contengano in realtà delle decisioni corrette e “giuste”.

Le prime pronunce della giurisprudenza hanno confermato sostanzialmente questa tesi valorizzando le indicazioni che la dottrina da ultimo riferita aveva ritenuto di trarre dalla nuova normativa.

Si afferma così che nel nuovo assetto normativo la motivazione è degradata a mero vizio formale del provvedimento, e che pertanto, in assenza della stessa, al giudice spetterà operare la prova di resistenza prevista dall'art. 21 octies, comma 2, primo periodo⁸⁴.

⁸⁴ In tal senso, in materia urbanistica ed edilizia, T.A.R. Abruzzo, Pescara, 14 aprile 2005, n. 185, in www.lexitalia.it; in tema di concorsi pubblici, T.A.R. Abruzzo, Pescara, 13 giugno 2005, n. 394, in www.lexitalia.it e T.A.R. Sardegna, sez I, 15 luglio 2005, n. 1653.

Una certa giurisprudenza di prime cure ha poi interpretato estensivamente il dettato normativo ritenendo che l'illegittimità dell'atto per difetto di motivazione possa non comportare l'annullabilità, oltre che in fattispecie a natura vincolata, anche in casi in cui sussistano bassi profili di discrezionalità tecnica, ove risulti *ictu oculi* l'impossibilità che il contenuto dispositivo dell'atto possa essere diverso. Detta lettura della norma è stata definita, correttamente, poco condivisibile, dovendo l'art. 21 *octies* per quanto possibile, essere interpretato in maniera restrittiva. In più, si può notare che nella fattispecie di cui si discuteva non di discrezionalità tecnica vera e propria si trattava, bensì di accertamento tecnico sotteso ad attività vincolata (si trattava di appurare un profilo psichico diverso da quello richiesto). È stato rilevato però, in maniera condivisibile, che, anche data la sussistenza di una differente prova di resistenza richiesta nella seconda parte del comma 2, è prevedibile che assisteremo, per via giurisprudenziale, ad una certa uniformazione dei parametri per la prova di resistenza, e pertanto ad un certo livellamento tra il primo ed il secondo periodo della norma in questione.

Da ultimo la giurisprudenza si è anche pronunciata sull'integrazione postuma della motivazione, affermando l'avvenuto ribaltamento del tradizionale principio che sanciva il divieto di integrazione postuma: oggi, invero, l'amministrazione sarebbe – secondo questa giurisprudenza – ben in grado, in corso di giudizio, di precisare le ragioni che l'hanno spinta all'adozione del provvedimento, restando poi a carico del privato l'onore di proporre tempestivamente (prima dell'udienza di merito) motivi aggiunti avverso l'ulteriore provvedimento della p.a., ove voglia contestare la fondatezza di tale integrazione⁸⁵.

85 TAR Campania, Salerno, sez. I, 4 maggio 2005, n. 760; TAR Abruzzo, Pescara, 13 giugno 2005, n. 394; TAR Veneto, sez. II, 11 marzo 2005 n. 935, in www.lexitalia.it.

1.12.L'odierna veste della motivazione.

La motivazione, confinata dalla liberalizzazione in un angolo, rimane il centro dell'agere dell'amministrazione come autorità (Corte Cost. n. 204/2004), quasi uno zoccolo duro che non si presta ad essere dissolto⁸⁶.

Fra sostanza e forma, fra diritto sostanziale e processo, fra autonomia dell'amministrazione ed intervento del giudice, rappresenta sempre la via elettiva per garantire la ragionevolezza dell'uso del potere.⁸⁷

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

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

Esenzione dalla motivazione per ragioni di liberalizzazione, suo irrigidimento in un requisito di forma, dequotazione della motivazione per esigenze di sanatoria della giustificazione dell'atto sono tendenze tutte presenti nella legislazione che non sembra sapere scegliere con chiarezza fra opposte e contraddittorie spinte⁸⁸.

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

Se poi a tale fenomenologia si accostino le recenti innovazioni contenute nella legge sul procedimento si avrà l'impressione netta che la motivazione , quale costruita

86 G. Montedoro, Potere amministrativo, sindacato del giudice e difetto di motivazione, op. ult. cit., p. 340.

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

88 G. Montedoro, Potere amministrativo, sindacato del giudice e difetto di motivazione, op. ult. cit., p. 341.

da due secoli di lavoro della giuspubblicistica e della giurisprudenza, ormai è confinata all'ambito delle attività discrezionali non investite dalla liberalizzazione e quindi, potremmo dire delle attività discrezionali "in senso forte".

Il principio di motivazione, quindi, assume un significato pregnante di fronte dell'attività amministrativa discrezionale in senso forte, mentre non appare poco in armonia con la speditezza del procedimento il richiedere la motivazione formale per gli atti vincolati o per le attività che si vogliono investire con il vento delle liberalizzazioni⁸⁹.

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

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

Si è acutamente osservato, in proposito, che a fronte di queste liberalizzazioni, il rischio potrebbe essere proprio quello di rimpiangere i tempi in cui per assicurare la legittimità dell'atto amministrativo si contava sull'intuito, soggettivo, del buon funzionario, sulla sua sagacia motivatoria, sulla sua capacità di dare un equilibrato assetto agli interessi in giuoco nella vicenda amministrativa⁹⁰.

Dopo il passaggio dal negozio amministrativo al procedimento il diritto amministrativo si privatizza e questo rischia di determinare un ulteriore cambiamento epocale della sua breve storia, con il ridimensionamento della motivazione che cede di fronte alle esigenze dell'impresa, e rischia di permanere solo nel rapporto della p.a.

89 Cfr. G. Montedoro, Potere amministrativo, sindacato del giudice e difetto di motivazione, op. ult. cit., p. 341.

90 G. Montedoro, Potere amministrativo, sindacato del giudice e difetto di motivazione, op. ult. cit., p. 339.

con altri mondi vitali della società civile, diversi dall'impresa, e solo negli spazi di discrezionalità "forte"⁹¹.

La tecnicizzazione dell'attività amministrativa e la grande complessità di alcuni settori della vita economica (concorrenza, banche, assicurazioni) conducono – tuttavia - ad affermare che un'attività amministrativa senza motivazione – anche solo considerando le esigenze delle imprese - sia incapace di reggere la sfida della modernità, che non può che essere basata su un adeguato confronto ed equilibrio fra potere pubblico e poteri privati. Proprio Il grande numero e la grande estensione dei campi della vita "toccati" oggi dall'azione amministrativa, da una parte, e i moduli decisionali e operativi utilizzati dalla p.a. sempre più tesi ad operare una comparazione, una scelta tra più pretese, tra diverse offerte, tra opposte posizioni, piuttosto che rivolti a calare una soluzione discendente in modo diretto dalla legge⁹², accresce all'evidenza la necessità di un'esternazione motivazionale chiara.

91 G. Montedoro, Potere amministrativo, sindacato del giudice e difetto di motivazione, op. ult. cit., p. 341.

92 Muovendo dal dato basilare di una pubblica amministrazione rivolta a curare e perseguire i fini ex lege affidatigli e quindi alla realizzazione di finalità di pubblico interesse, è innegabile che tali finalità diverse, e sempre più numerose hanno determinato un'espansione dell'attività amministrativa in settori ed ambiti disciplinari un tempo lasciati al libero mercato e nei quali, ad ogni modo, non era dato rilevare interessi pubblici che giustificassero la presenza di interventi amministrativi.

Invero il fenomeno della riduzione/espansione dell'azione del potere esecutivo ha, storicamente, conosciuto alterne vicende ma, attualmente, nel nostro Paese con l'avvento, in particolare della Costituzione repubblicana conosce un periodo di intensa espansione (c.d. Welfare State – pur entrato in crisi per ragioni di bilancio - : artt. 2, 3, 41 Cost.).

Per effetto di tale espansione l'attività amministrativa, tradizionalmente estrinsecatasi attraverso provvedimenti autoritativi, è costituita oggi, in larga misura da un'azione erogatrice di servizi.

CAPITOLO II

LA MOTIVAZIONE DEL PROVVEDIEMNTO AMMINISTRATIVO ELETTRONICO

2.1. La motivazione nel provvedimento amministrativo elettronico

L'evoluzione e lo sviluppo della motivazione del provvedimento amministrativo, sia nella legislazione che nella giurisprudenza, devono ora essere

analizzati alla luce delle nuove tecnologie e dell'informatica applicata alla pubblica amministrazione.

In particolare la problematica può essere affrontata sotto due diversi punti di vista.

La opzione tradizionalmente sviluppata dalla dottrina riguarda la possibilità di adottare dei provvedimenti amministrativi automatizzati, vale a dire nei quali è la macchina, previamente programmata dall'uomo con dettagliate istruzioni, ad elaborare ed emettere atti amministrativi⁹³. Da tale presupposto consegue l'analisi della motivazione quale elemento del provvedimento amministrativo automatizzato e dunque della possibilità della sua stessa automazione. Qui, come si vedrà, l'automatizzazione della motivazione è e si pone come problema nevralgico dell'intero processo di informatizzazione dell'azione amministrativa se è vero che la motivazione in quanto massima espressione della discrezionalità della pubblica amministrazione e della unicità di ogni provvedimento, rappresenta una sorta di *discovery* dei percorsi logici seguiti della p.a. nei campi in cui la sua azione si presenta più libera – discrezionale, appunto – e perciò necessitante di più chiare spiegazioni.

Pertanto la questione non deve essere vista soltanto sotto il profilo della automazione dell'attività amministrativa, ma anche dall'angolo visuale più propriamente tecnico ed informatico della rivelazione-comunicazione degli atti all'utenza.

Ed è questa la seconda opzione.

L'evoluzione dei media ha portato, infatti, allo sviluppo di nuove forme e *medium* di comunicazione, cui la pubblica amministrazione non può rimanere indifferente. Se infatti l'atto amministrativo ed in particolare il provvedimento amministrativo, così come lo conosciamo odiernamente, nasce in una società che fa

93 G. DUNI, L'utilizzabilità delle tecniche elettroniche nell'emanazione degli atti e nei procedimenti amministrativi. Spunto per una teoria dell'atto amministrativo emanato nella forma elettronica, in *Rivista Amministrativa*, 1978, p. 407 e seg.

uso quale suo media di comunicazione della scrittura sequenziale⁹⁴ è ormai evidente che esistono nuovi e più efficaci mezzi di comunicazione, tra i quali, in particolare, è da ultimo emersa la rete delle reti: Internet. La rete Internet è stata, sotto questo profilo, efficacemente definita come il media dei media, in quanto racchiude in se tutti i differenti media di comunicazione, combinandoli tra loro e creando dunque un nuovo medium digitale che realizza appunto la cd. convergenza digitale. In tali termini, il provvedimento amministrativo, e per quanto ci riguarda la sua motivazione, possono essere non solo automatizzati ma anche assumere una forma comunicativa differente, rispetto a quella tradizionale costituita dalla rivelazione cartacea.

Si fa riferimento, in particolare, all'uso dell'ipertesto, che è il linguaggio che sta alla base della comunicazione tramite la rete internet. Ma si potrebbe ipotizzare anche l'introduzione di alcuni elementi di multimedialità, intendendosi per essa una combinazione fisiologica dei differenti media di comunicazione esistenti⁹⁵.

In effetti questi due percorsi interpretativi, appena illustrati, evidenziano due fasi evolutive della tecnologia, la prima che riguarda l'introduzione del computer nella vita moderna e negli uffici; la seconda relativa ad un nuovo modo di utilizzo del computer tramite internet. Queste fondamentali innovazioni del mondo moderno hanno rivoluzionato il modo di comunicare tra le persone ed anche tra cittadino e pubblica amministrazione, modificando al contempo il linguaggio della comunicazione stessa.

Inizialmente, dunque, si è pensato soprattutto all'automazione dell'attività amministrativa, anche se gli studi compiuti al riguardo hanno sempre avuto una portata meramente teorica⁹⁶. Nella visione attuale, invece, è possibile ragionare non

94 U. GUIDOLIN, *Pensare digitale, Teoria e tecniche dei nuovi media*, Milano, McGraw-Hill, 2005, pag. 18 e 19, nel quale l'autore evidenzia come la scrittura, prima ideografica o pittografica, e poi sequenziale, come quella dell'alfabeto greco, rappresenti il primo medium di comunicazione, che consente di superare le barriere di spazio e tempo cui è legata la comunicazione naturale che avviene oralmente tramite parole e gesti.

95 U. GUIDOLIN, *Pensare digitale, Teoria e tecniche dei nuovi media*, Milano, McGraw-Hill, 2005, pag. 80.

96 D. MARONGIU, *L'attività amministrativa automatizzata – profili giuridici*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2005, pag. 23.

soltanto in termini di automazione del procedimento amministrativo: a tale aspetto, infatti, può combinarsi ed aggiungersi la seconda prospettiva, ovvero quella che è la dinamica del linguaggio di internet con la relativa fusione di tutti i media di comunicazione anche nel procedimento e nel provvedimento amministrativo.

Le due prospettive esistono entrambe; si affacciano entrambe nell'odierna esperienza con i loro vantaggi e le loro nuove questioni; vanno dunque affrontate entrambe.

Proprio dalla combinazione di questi due elementi, l'automazione e la multimedialità, si potranno verificare quelle che sono le caratteristiche che la motivazione del provvedimento amministrativo può assumere allo stato attuale, attraverso modelli innovativi che combinino il rispetto di tutti i principi e le garanzie costituzionali e legislative per il cittadino con i vantaggi delle nuove tecnologie. Infatti, bisogna sempre ricordare che la tecnologia non può mai essere considerata il reale obiettivo, ma essa assume sempre un carattere strumentale al miglioramento della posizione e della tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione⁹⁷. L'informatizzazione, infatti, non deve essere vista come uno strumento diretto ad attuare soltanto i principi di celerità ed efficienza della pubblica amministrazione (pur se tali principi sono assurti ormai al rango di canoni fondamentali dell'azione amministrativa con relativo recepimento a livello normativo – art. 1 legge 241 del 1990 nella riforma del 2005 -), ma deve anche temperarsi con quei principi (imparzialità, buon andamento, eguaglianza democraticità della decisione) che ne costituiscono il limite e la ragione⁹⁸. Né d'altro canto può in qualsivoglia modo consentirsi che le esigenze del procedimento amministrativo e i diritti del cittadino possano piegarsi alle esigenze dell'automazione⁹⁹. Infatti

97 A. CAPUTO, *Tecnica dell'informazione nella pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 1989, pag. 119 e seg.

98 S. PUDDU, *Contributo ad uno studio sull'anormalità dell'atto amministrativo informatico*, Napoli, Jovene Editore, 2006, pag. 113., legati secondo l'autore ad un immanente principio di personalizzazione che inferisce al procedimento amministrativo.

99 G. CARIDI, *Informatica giuridica e procedimenti amministrativi*, Franco Angeli Editore, Milano, 1983, pag. 29 e seg.

l'informatica e l'automazione in genere rispondono a logiche diverse da quelle di un procedimento amministrativo diretto a dare attuazione a tutta una serie di prerogative costituzionali e legislative. Scopo dunque dell'automazione è proprio quella di far sì che sia l'informatica a porsi al servizio del procedimento amministrativo e non viceversa. Non devono essere le limitazioni, talvolta contingenti, del programma elettronico a determinare una inaccettabile modifica delle prerogative costituzionali e legislative che il nostro ordinamento riconosce al cittadino, come invece si riscontra nell'esperienza dell'informatica applicata alla pubblica amministrazione¹⁰⁰.

Si vedrà nel prosieguo quali vantaggi possa trarre il cittadino e non la sola pubblica amministrazione dall'impiego "calibrato" delle nuove tecnologie nel ristretto ma fondamentale ambito della motivazione del provvedimento amministrativo, partendo dall'assunto che proprio la motivazione è l'elemento di più difficile automazione del provvedimento amministrativo.

100 Si veda sul tema per tutti: G. DUNI, Voce Teleamministrazione, in Enciclopedia Giuridica Treccani, Vol. XXX, 1993, in <http://spol.unica.it/teleamm/italiano/pubblicazioni/telea.htm>.

2.2 – La motivazione nel provvedimento amministrativo automatizzato

Da lungo tempo la dottrina ha affrontato la problematica del provvedimento amministrativo automatizzato e conseguentemente della motivazione dello stesso. Di seguito verranno affrontate le differenti tematiche relative a tale problematica evidenziando, in particolar modo, le influenze dirette ed indirette sul profilo della motivazione.

2.2.1 – *La normalizzazione*

In primo luogo il presupposto comunemente inteso come necessario ai fini della automazione del provvedimento amministrativo è la cd. “normalizzazione”¹⁰¹. L'automazione, infatti, richiede che il linguaggio giuridico si adatti al ragionamento logico ed esatto delle macchine. Il linguaggio umano, infatti, si caratterizza per la sua ambiguità, per la sua imprecisione, per la sua indeterminatezza, che si mostra prima di tutto rispetto all'uso anche di singoli termini. Ogni parola infatti non ha necessariamente un significato univoco ma può presentare un carattere polisenso come emerge dal noto fenomeno dei sinonimi e degli omonimi¹⁰². Peraltro quel predetto profilo di ambiguità non deriva solo dal diverso significato che un singolo termine può assumere ma anche dal modo in cui lo stesso si presenta all'interno di un periodo e dai connettori che sono utilizzati per legare i differenti termini e le differenti frasi grammaticali. Proprio questa natura del linguaggio umano, che richiede per la sua comprensione l'utilizzo dell'intelligenza umana, è ostico per la macchina. La macchina, infatti, non è allo stato attuale in grado di sviluppare associazioni, intuizioni, di regolarsi in base all'esperienza – come invece è in grado di fare l'uomo. Questi elementi non sono, inoltre, misurabili in termini meramente quantitativi e

101 A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico, Primi lineamenti di una ricostruzione*, Jovene Editore, Napoli, 1993, pag. 19 e seg.; G. SARTOR, *Le applicazioni giuridiche dell'intelligenza artificiale*, Milano, Giuffrè, 1990, pag. 121 e seg..

102 Da cui la necessità che la macchina si supportata da glossari precisi, ed in un futuro più lontano di vere e proprie ontologie con il sistema del web semantico.

quindi sfuggono alla logica basica, razionale ed elementare che caratterizza attualmente le macchine, che non sono in grado di interpretare un linguaggio ricco di sfaccettature e di ambiguità come quello umano¹⁰³. Per superare tale ostacolo è necessario, di conseguenza, che il linguaggio umano si adatti al modo di ragionare della macchina, la quale si basa, invece, sull'uso di concetti univoci attraverso la logica matematica dell'algoritmo.

Questo risultato è conseguibile attraverso la cd. normalizzazione dei concetti giuridici in modo tale che gli stessi siano espressione di un unico significato o al massimo che tale univocità sia raggiungibile attraverso l'interpretazione, anch'essa dunque di semplice realizzazione ove le opzioni interpretative siano limitate e prevedibili da parte dell'operatore e dunque programmabili all'interno del software della macchina. Ove, invece, il concetto presenti quel carattere di ambiguità, che è tipico del linguaggio, la macchina dovrà cedere il passo all'intervento dell'uomo. La normalizzazione, in altre parole, consiste nel tradurre il linguaggio umano, tendenzialmente non esatto, determinato dalla sua natura prevalentemente ambigua, in un linguaggio matematico ed artificiale, comprensibile dalla macchina¹⁰⁴.

La normalizzazione fa dunque riferimento, in primo luogo, ad un nuovo modo di scrivere i testi normativi che si deve adattare alla logica della macchina presentando quel carattere di univocità dalla stessa richiesto. Un testo normativo sviluppato secondo questi criteri consente, come vedremo, di raggiungere lo scopo della chiarezza della volontà espressa dal legislatore, tranne che nei casi nei quali il legislatore stesso attribuisca la definizione del caso concreto alla discrezionalità della pubblica amministrazione¹⁰⁵. Il linguaggio che deve essere adottato segue una logica

103 G. CARIDI, *Informatica giuridica e procedimenti amministrativi*, Franco Angeli Editore, Milano, 1983, pag. 102 e seg.

104 M.G. LOSANO, *Informatica per le scienze sociali. Corso di informatica giuridica*, Giappichelli, Torino, 1985, 399 ss.

105 G. CARIDI, *Informatica giuridica e procedimenti amministrativi*, Franco Angeli Editore, Milano, 1983, pag. 102 e seg. A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico, Primi lineamenti di una ricostruzione*, Jovene Editore, Napoli, 1993, pag. 31. come ricorda correttamente quest'ultimo autore, non bisogna confondere il concetto giuridico indeterminato con l'attribuzione alla pubblica amministrazione di un potere discrezionale.

rigida che si esprime per il tramite di algoritmi, attraverso i quali gli elementi di *input* del sistema sono trasformati nella risoluzione conclusiva tramite l'*output*. La macchina usa principalmente una logica semplice attraverso una struttura condizionale per cui dato un certo presupposto (se) si ha una determinata conseguenza (allora)¹⁰⁶. La norma di legge deve pertanto adeguarsi a questo tipo di ragionamento ed utilizzare proposizioni verbali semplici e sintetiche, che si legano con le altre tramite connettori logici univoci, di congiunzione, esclusione, alternatività etc.¹⁰⁷.

2.2.2. - *L'atto amministrativo automatico e la sua natura di provvedimento amministrativo*

Verificato il concetto della “normalizzazione” su cui si basa ogni ragionamento in tema di automazione, anche nel campo del diritto amministrativo, appare preliminarmente necessario chiarire se l'atto amministrativo automatizzato sia effettivamente un provvedimento amministrativo, ovvero se abbia una differente natura di semplice atto ovvero di evidenza informatica¹⁰⁸. La questione, di per sé rilevante nell'ambito di una analisi del procedimento amministrativo informatizzato, assume maggiore valore ove si parli specificamente della motivazione del provvedimento amministrativo. Infatti la motivazione riguarda non ogni singolo atto amministrativo bensì soltanto quegli atti che assumono il carattere di provvedimenti amministrativi. Questo fatto comporta che, ove si concluda che l'atto automatizzato non sia un provvedimento amministrativo, non si porrebbe nemmeno la necessità di trattare della motivazione di tali atti perché non sarebbe prevista dall'ordinamento e la presente trattazione dovrebbe concludersi a questo punto. In tal caso bisognerebbe

106 A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico, Primi lineamenti di una ricostruzione*, Jovene Editore, Napoli, 1993, pag. 19

107 D. MARONGIU, *L'attività amministrativa automatizzata – profili giuridici*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2005, pag. 33 e seg.

108 Per il concetto di evidenza informatica si veda G. DUNI, *Corso di informatica giuridica*, in <http://spol.unica.it/didattica/duni/EPAS/CORSO-INFORMATICA-4.doc>.

ricondere o limitare lo studio all'atto programma o atto software che sta a monte di questo procedimento automatizzato, sostenendo che la motivazione interviene in questo determinato momento storico nell'ambito del procedimento amministrativo¹⁰⁹. Sul punto dunque risulta necessario verificare quali sono le caratteristiche che contraddistinguono il provvedimento amministrativo. In particolare assumono particolare interesse quegli elementi che distinguono il provvedimento amministrativo rispetto alla più generale categoria dell'atto amministrativo.

A livello della presente trattazione è sufficiente sintetizzare le conclusioni cui la dottrina è comunemente giunta. Il provvedimento si caratterizza per essere quell'atto autoritativo, tipico e nominato¹¹⁰, con il quale è esercitata la volontà della pubblica amministrazione e dunque regola anche quella che è la finalità dell'azione amministrativa, vale a dire l'interesse pubblico¹¹¹. Lo stesso provvedimento ha altresì efficacia esterna, in quanto incide sulla sfera giuridica dei cittadini, destinatari della statuizione autoritativa della pubblica amministrazione. Gli altri atti, che non sono qualificabili come provvedimenti, rappresentano dunque una categoria residuale, indicando quegli atti che presentano inoltre un carattere strumentale rispetto al provvedimento amministrativo¹¹². Il provvedimento amministrativo, in effetti, è l'atto conclusivo del procedimento, intorno al quale ruotano tutti gli altri atti amministrativi, che assumono un carattere servente nei confronti dello stesso. Sotto tale aspetto il provvedimento amministrativo non ha soltanto un carattere funzionale al perseguimento dell'interesse pubblico, come momento in cui la pubblica amministrazione opera il confronto tra i vari interessi pubblici e privati in gioco, al fine di raggiungere nel modo più opportuno e conveniente il fine primario definito

109 D. MARONGIU, *L'attività amministrativa automatizzata – profili giuridici*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2005, pag. 125 e seg.

110 A.M.SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, pag. 611 e seg.

111 M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, volume II, Milano, 1993, pag. 236 e seg.

112 M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, volume II, Milano, 1993, pag. 236 e seg.; A.M.SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, pag. 611 e seg.

dalla legge, ma gli deve essere attribuito anche quel carattere procedimentale, appena ricordato, di atto conclusivo e di sintesi dell'intero procedimento amministrativo¹¹³.

La dottrina è da tempo giunta alla conclusione che l'atto automatizzato emanato dalla macchina previamente programmata dall'uomo è un vero e proprio provvedimento amministrativo anche nelle ipotesi di attività vincolata. Deve ritenersi ormai superata l'impostazione tradizionale per cui l'atto emanato dall'elaboratore non possa essere riferito ad una volontà umana, anche se, in effetti, l'attività umana in senso stretto è anticipata alla fase di programmazione dell'elaboratore elettronico, il quale, poi, emette automaticamente gli atti amministrativi in esecuzione delle istruzioni contenute nel programma¹¹⁴.

La tesi contraria alla natura provvedimentale fa leva sul fatto, che l'atto emanato presenta un carattere di mera strumentalità ed attuazione di quanto già previsto a livello di atto-programma o atto-software; tesi che, ad un'analisi superficiale, potrebbe più facilmente sostenersi in relazione quanto meno all'attività meramente vincolata. In questi termini si potrebbe anche affermare che la motivazione è in realtà già definita in sede di atto software, attraverso una pre-determinazione di tutte le situazioni che possono occorrere e delle relative conseguenze, seppure attraverso combinazioni molteplici che possono essere concretamente individuate soltanto riscontrando il caso concreto¹¹⁵. Questa opzione interpretativa, peraltro, non coglie nel segno, laddove sottovaluta che anche nell'attività vincolata sono presenti le fasi di analisi degli elementi di fatto e di verifica delle informazioni acquisite; laddove trascura di considerare che è

113 F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2006, pag. 1026 e seg.

114 U. FANTIGROSSI, *Automazione e pubblica amministrazione, profili giuridici*, Il Mulino, 1993, pag. 129 e seg.; A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico, Primi lineamenti di una ricostruzione*, Jovene Editore, Napoli, 1993, pag. 84 e seg.

115 D. MARONGIU, *L'attività amministrativa automatizzata – profili giuridici*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2005, pag. 125 e seg. Si veda anche G. DUNI, *Corso di informatica amministrativa*, IV, in <http://spol.unica.it/didattica/duni/EPAS>, pag. 7 e seg, per il quale appare indubbio il riferimento della volontà dell'atto al programmatore umano e non alla macchina, che svolge il ruolo di un semplice esecutore delle istruzioni fornite dall'uomo, ma che mette in dubbio la reale natura di atto in senso proprio, parla invece di mere conseguenze, senza la tipica volontà ulteriore dell'atto. Si parlerebbe, in questo caso, di semplici “evidenze informatiche”.

propriamente ed esclusivamente in tale momento, che trova svolgimento quell'attività di sintesi (e contemperamento) che si estrinseca soltanto con l'emanazione del provvedimento amministrativo.

In fase di programmazione, infatti, possono solo prevedersi le varie tipologie di fatti e le conseguenze legate alla loro sopravvenienza, non anche i singoli fatti che si verificano concretamente, che sono elementi di input per ciascun differente procedimento. L'elaborazione dei fatti, l'effettiva ponderazione dei dati fattuali, pacificamente, si può sviluppare soltanto al momento dell'emanazione del singolo atto concreto.

Certo non può sottacersi che a livello di programmazione della macchina, attraverso il cd. atto software¹¹⁶, sono previste le differenti conclusioni che potranno scaturire in presenza – e in conseguenza - delle diverse eventualità di fatto. Ma soltanto al momento dell'emanazione del concreto atto amministrativo avviene il confronto tra le regole contenute nella macchina e la situazione concreta, cosicché non è immaginabile che prima di quel determinato punto temporale vi sia alcunché che incida effettivamente sulla sfera giuridica dei cittadini destinatari di quella specifica statuizione amministrativa, né che sia stata espressa una motivazione di una decisione relativa ad un fatto che non si è ancora concretamente verificato. Si deve inoltre rilevare come la volontà dell'atto emanato dalla macchina è sempre riferibile all'autorità in quanto è la stessa che ha proceduto alla programmazione della macchina stessa¹¹⁷.

Vi è infine un altro decisivo argomento che conduce a qualificare l'atto conclusivo della sequenza procedimentale automatizzata alla stregua di un provvedimento amministrativo vero e proprio. Tale qualificazione, come già in precedenza esplicitato, infatti, deriva *naturaliter* dalla logica considerazione che esso

116 Sulla natura dell'atto – software si veda: U. FANTIGROSSI, Automazione e pubblica amministrazione, profili giuridici, Il Mulino, 1993, pag. 103 e seg., il quale conclude che trattasi di un atto amministrativo generale in quanto pur prescrivendo regole generali ed astratte è altresì in grado di incidere direttamente sulle posizioni giuridiche dei futuri destinatari dei provvedimenti amministrativi emanati in esecuzione delle istruzioni dell'atto – software.

117 G. DUNI, Corso di informatica amministrativa, n. 4, in <http://spol.unica.it/didattica/duni/EPAS>, pag. 7 e seg.

rappresenta l'atto conclusivo del procedimento amministrativo. Solo l'atto così emanato determina dunque una modificazione, in termini di ampliamento o di restringimento, della sfera giuridica del destinatario, cosicché anche per questa ragione appare difficile sostenere la tesi contraria a quella che riconosce ad esso il carattere tipico del provvedimento amministrativo¹¹⁸.

2.2.3. - *Cenni generali sulla motivazione del provvedimento amministrativo automatizzato*

Stabilito che l'atto amministrativo automatizzato che chiude il procedimento è, a tutti gli effetti, un provvedimento amministrativo, è ora possibile analizzare in particolare il profilo della motivazione del provvedimento amministrativo automatizzato.

Un primo punto di riferimento è dato, da alcune considerazioni, talvolta tramutate in norme giuridiche, provenienti da ordinamenti giuridici diversi da quello italiano¹¹⁹, che mettono in evidenza la necessità di una normazione che superi le contraddizioni del linguaggio umano e che nel contempo, limitando i concetti che comportano una valutazione, determini una limitazione della motivazione¹²⁰. La motivazione deve essere ridotta al minimo indispensabile in quanto una motivazione estesa richiede un intervento di programmazione molto più complesso nonché l'impiego di maggiori risorse informatiche¹²¹, anzi, in taluni casi, come si avrà modo di vedere, quando si verificano situazioni non previste o non prevedibili, la motivazione sarà l'aspetto del provvedimento amministrativo non automatizzabile, quello che richiederà necessariamente l'intervento dell'operatore umano – funzionario pubblico. Da questo primo aspetto emerge una tensione tra i principi di partecipazione

118 U. FANTIGROSSI, Automazione e pubblica amministrazione, profili giuridici, Il Mulino, 1993, pag. 131 e seg.

119 U. FANTIGROSSI, Automazione e pubblica amministrazione, profili giuridici, Il Mulino, 1993, pag. 65 e seg.

120 Si fa in particolare riferimento alla disciplina dei Principi provvisori per la stesura di disposizioni compatibili con l'automazione, per cui al punto 4.1. si stabilisce che “Le clausole discrezionali, i concetti giuridici non definiti, i concetti che esigono valutazioni e le clausole generali ostacolano l'automazione: pertanto vanno il più possibile evitate nelle disposizioni che devono essere applicate ricorrendo all'elaboratore elettronico. Per la lettura del testo completo si veda M.G. LOSANO, Per un diritto compatibile con l'elaborazione elettronica, in Rivista trimestrale di diritto pubblico, 1971, pag. 1836 e seg.

121 U. FANTIGROSSI, Automazione e pubblica amministrazione, profili giuridici, Il Mulino, 1993, pag. 69 e seg.

e trasparenza a favore del cittadino da un lato e i principi di buon andamento ed efficienza¹²². Infatti una motivazione ampia e diffusa consente una maggiore conoscenza dei destinatari sulle modalità di scelta operate dell'amministrazione, garantendo anche un efficace sindacato giurisdizionale e, prima ancora, un più consapevole controllo sociale. La automazione peraltro, come meglio si vedrà anche di seguito, richiede invece la massima standardizzazione o come si dice normalizzazione, per cui l'ambito discrezionale della pubblica amministrazione deve essere necessariamente ridotto e lo stesso vale di conseguenza anche per la motivazione.

Qui si innesta un evidente momento di conflitto tra esigenze dell'informatica e dimensioni della motivazione ideale, della motivazione ottima, quella astrattamente auspicabile.

Ovviamente la motivazione ideale, sarebbe la sintesi in cui si raccolgono e condensano i principi cardine del diritto amministrativo e, quindi, primariamente – considerato anche quanto detto sulla “storia” della motivazione e sulla giurisprudenza che la riteneva obbligatoria pur in difetto di una prescrizione normativa – le esigenze di garanzia di tutela del cittadino (art. 24 Cost.).

Ma non solo. La motivazione non è impermeabile rispetto alle ragioni di efficienza, economicità, snellezza operativa (art. 97 Cost.) che sono diventati ormai principi cardine della materia al pari degli altri più tradizionali.

Pertanto fermo restando l'assunto di base per cui non possono essere le esigenze dell'informatica a sacrificare il diritto di difesa, resta chiara sul campo la necessità di un equilibrato temperamento tra detti principi, che si pone in termini assoluti, a prescindere dall'avvento dell'informatica e al di là delle proficue possibilità di una utilizzazione delle tecnologie nell'attività amministrativa.

È chiaro dunque come sia necessario mantenere in equilibrio le due esigenze ed è chiaro che l'automazione dell'azione amministrativa e del procedimento

122 Ex multis si veda A. PUBUSA, Diritti dei cittadini e pubblica amministrazione, Giappicchelli, 1996, pag. 54 e seg.

amministrativo deve essere rispettosa dei diritti del cittadino indicati dalla Costituzione e dalla legge, in particolare quelli contenuti nella legge 7 agosto 1990, n. 241¹²³. Questo è possibile secondo un concetto di parziale automazione del provvedimento amministrativo, lasciando gli aspetti che si discostano dagli elementi standardizzabili ed automatizzabili all'intervento dell'uomo, sul quale punto si ritornerà diffusamente nelle pagine che seguono. Come già detto, infatti, non è la completa automazione il reale scopo dell'innovazione nella pubblica amministrazione¹²⁴.

2.2.4 – La automazione della motivazione nel provvedimento amministrativo vincolato (con rinvio per le specifiche problematiche)

In questa prima analisi si valuterà solo il profilo di una completa automazione del provvedimento e conseguentemente della motivazione, per poi approfondire in seguito l'aspetto della semi automazione degli stessi. L'ambito di questa prima limitata analisi riguarderà principalmente l'attività amministrativa vincolata.

Al riguardo la dottrina ritiene, ormai pacificamente, che non vi siano ostacoli reali alla possibilità di automatizzare l'attività amministrativa vincolata e dunque, con specifico riferimento all'ambito della presente trattazione, anche la motivazione contenuta nei relativi provvedimenti, espressione della predetta potestà amministrativa¹²⁵.

Proprio l'analisi della natura dell'attività vincolata porta a raggiungere tali risultati. Non è necessario in questo scritto un particolare approfondimento sulle vicende

123 S. PUDDU, Contributo ad uno studio sull'anormalità dell'atto amministrativo informatico, Napoli, Jovene Editore, 2006, pag. 114 e seg.

124 A. CAPUTO, Tecnica dell'informazione nella pubblica amministrazione, Padova, Cedam, 1989, pag. 119 e seg.

125 U. FANTIGROSSI, Automazione e pubblica amministrazione, profili giuridici, Il Mulino, 1993, pag. 63 e seg.; A. MASUCCI, L'atto amministrativo informatico, Primi lineamenti di una ricostruzione, Jovene Editore, Napoli, 1993, pag. 98 e seg.; S. PUDDU, Contributo ad uno studio sull'anormalità dell'atto amministrativo informatico, Napoli, Jovene Editore, 2006, pag. 141 e seg.

storiche dell'evoluzione del concetto di attività vincolata¹²⁶, potendosi, in estrema sintesi, ritenere che la stessa si verifica quando l'amministrazione non abbia alcun potere di scelta essendo la scelta medesima già determinata dalla legge o dalle altre fonti sovraordinate cosicché al prodursi della situazione concreta descritta dalla norma è automatica ed univoca l'emanazione di un atto che presenti un determinato contenuto e delle determinate caratteristiche¹²⁷.

Si tiene naturalmente conto dell'insegnamento per cui in realtà non esistono solo attività totalmente vincolate ovvero totalmente discrezionali, ma esistono differenti gradazioni di discrezionalità entro le quali i provvedimenti amministrativi possono muoversi. Appare più realistico, pertanto, affermare che vi sono all'interno di ogni provvedimento elementi che presentano un carattere di vincolatezza ed elementi che presentano un carattere di discrezionalità e dunque elementi automatizzabili ed elementi semi automatizzabili, cosicché il concetto maggiormente applicabile nella concreta realtà della pubblica amministrazione sarà quello della semi automatizzabilità¹²⁸. Si vedrà, anche attraverso l'analisi di una ampia casistica come la motivazione possa declinarsi in un provvedimento amministrativo automatizzato, compresi i casi in cui si faccia riferimento ad un'attività amministrativa vincolata, cui si rimanda nel prosieguo.

Nell'ambito dell'attività vincolata è dato assodato che sia possibile una completa automazione del provvedimento amministrativo che verrebbe elaborato dalla macchina in base alle istruzioni ricevute. Proprio il carattere dell'attività amministrativa vincolata determina la piena trasformazione del procedimento amministrativo in una serie di algoritmi. Tramite questo procedimento di "normalizzazione" è possibile definire in maniera univoca il procedimento e la sua gestione da parte dell'elaboratore.

126 Si veda a proposito: U. FANTIGROSSI, Automazione e pubblica amministrazione, profili giuridici, Il Mulino, 1993, pag. 69 e seg.

127 F. CARINGELLA, Manuale di diritto amministrativo, Giuffrè, 2006, pag. 899 e seg.

128 G. CARIDI, Informatica giuridica e procedimenti amministrativi, Franco Angeli Editore, Milano, 1983, pag. 106.

Si è appena detto di una completa automatizzabilità del provvedimento amministrativo.

Dunque, anche la motivazione, siccome elemento del provvedimento, per effetto di quanto appena considerato, diventa automatizzabile. Eventualmente, in sede di applicazione di norme che si riferiscono ad una attività amministrativa vincolata, possono porsi problematiche di interpretazione le quali sono, peraltro, pienamente programmabili a livello di definizione delle istruzioni poste nell'atto software che sta a monte del procedimento amministrativo informatizzato¹²⁹.

In una visione più radicale di quella appena prospettata, secondo l'impostazione che era peraltro comune prima dell'introduzione della legge 7 agosto 1990, n. 241, i provvedimenti amministrativi vincolati non necessiterebbero di alcuna forma di motivazione¹³⁰. A tal proposito vale anche ricordare quanto previsto dalla disciplina tedesca per cui la motivazione dell'atto non è richiesta quando l'atto amministrativo è stato adottato con strumentazioni informatiche ovvero quando, per le specifiche circostanze del caso concreto, la motivazione non risulti necessaria¹³¹. Tale considerazione mette in luce come proprio la motivazione sia l'elemento che ostacola la automazione del provvedimento amministrativo. Questa ricostruzione va peraltro rivista alla luce sia dell'attuale normativa che della giurisprudenza successiva all'entrata in vigore della legge 7 agosto 1990, n. 241, facendo attenzione, in particolare a quella più recentemente sviluppata dai giudici amministrativi, salvo quanto, peraltro, stabilito dall'art. 21 *octies*, comma 2, della stessa legge 241/1990 (dequotazione dei vizi formali e procedurali: la possibilità di fornire una motivazione postuma, in giudizio, significa ammettere che l'atto possa esserne sprovvisto al momento della sua genesi. E per gli atti vincolati questo discorso acquista una forza maggiore se si pensa alla rilevabilità ex officio della "non annullabilità" dell'atto

129 S. PUDDU, Contributo ad uno studio sull'anormalità dell'atto amministrativo informatico, Napoli, Jovene Editore, 2006, pag. 141 e seg.

130 M. S. GIANNINI, Diritto amministrativo, volume secondo, Giuffrè, 1993, pag. 260 e seg.

131 A. MASUCCI, L'atto amministrativo informatico, Primi lineamenti di una ricostruzione, Jovene Editore, Napoli, 1993, pag. 98 e seg.

vincolato, con conseguente valutazione giurisdizionale di non necessità della motivazione - che così manca ab origine e manca pure ex post - anche di quello privo della motivazione.

La motivazione del provvedimento vincolato, pur non dovendo presentare la stessa ampiezza di un provvedimento discrezionale, deve pur essere presente. È dunque di interesse capire quali sono gli elementi comunque indispensabili, anche al fine della automazione del provvedimento medesimo e della sua relativa motivazione.

Si consideri infatti che l'art. 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241 stabilisce, innovando rispetto alle regole precedentemente elaborate dalla giurisprudenza, al suo comma 1, che: *”Ogni provvedimento amministrativo, compresi quelli concernenti l'organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi ed il personale, deve essere motivato, salvo che nelle ipotesi previste dal comma 2. La motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria.*

Sono due dunque i concetti che emergono da una semplice lettura del testo normativo appena riportato e che devono essere prese in considerazione. In premessa risulta certo che la motivazione deve essere presente anche all'interno di un provvedimento di natura vincolata stante la dizione generale utilizzata dal legislatore *“ogni provvedimento”*¹³². Tale motivazione consiste dunque nella indicazione dei presupposti di fatto e delle ragioni giuridiche, senza dimenticarsi che tali elementi devono fare riferimento a quanto risultante dall'istruttoria¹³³.

Anche la giurisprudenza conferma la piana ricostruzione fornita dal legislatore per cui si ritiene, pacificamente, che è necessario richiamare il presupposto giuridico che

132 G. BERGONZINI, Difetto di motivazione del provvedimento amministrativo (a dieci anni dalla legge n. 241 del 1990), in *Diritto amministrativo*, 2000, n. 2, pag. 282 e seg. In cui si evidenzia che la norma legislativa appare inequivoca e che non opera una limitazione ai soli atti caratterizzati da discrezionalità amministrativa.

133 Si vedrà di seguito come questo elemento vada inteso anche con attività istruttorie vere e proprie che sono in grado di anticipare i contenuti della motivazione, come può avvenire nel caso della relazione del responsabile del procedimento ove tale soggetto sia differente rispetto al responsabile del provvedimento, od ancora al caso dell'art. 10 bis, quando è comunicato un atto contenente il preavviso del rigetto di una istanza di parte.

determina l'adozione di un determinato provvedimento¹³⁴. Altrettanto indispensabile è il riferimento ai presupposti fattuali che comportano la ricorrenza, nel caso di specie di un determinato provvedimento amministrativo, dei presupposti normativi altrettanto richiamati nella motivazione medesima¹³⁵. Anche quella giurisprudenza che afferma che non sussiste un vero obbligo di motivazione nel caso di atti vincolati¹³⁶, comunque sostiene che debbano essere indicati i presupposti (giuridici e fattuali) per l'emanazione del provvedimento amministrativo, cosicché non si può ritenere che la stessa contraddica quanto espresso in precedenza. La stessa può essere ricondotta semmai alla distinzione tra giustificazioni (che si identificano con i presupposti di fatto e di diritto) e la motivazione in senso stretto¹³⁷, cosicché si deve ritenere che la predetta giurisprudenza faccia riferimento non alla mancanza di un obbligo di motivazione in senso generale, ma solo alla mancanza di una motivazione in senso stretto, elemento che consiste nell'indicazione dei motivi specifici per i quali si sta emanando un determinato provvedimento¹³⁸. Chiaramente se la motivazione comprende gli elementi di fatto e di diritto, la loro presenza necessitata ovvero la loro obbligatoria indicazione conduce a concludere che la motivazione è presente anche all'interno dei provvedimenti vincolati. Il concetto di motivazione che l'interprete deve prendere in considerazione, infatti, non deve essere quello elaborato dalla dottrina, ma quello che il legislatore ha enucleato in una specifica disposizione

134 Consiglio di Stato, sez. VI, 8 giugno 2010, n. 3642, in www.giustizia-amministrativa.it per cui nel caso di provvedimento di esclusione da un concorso pubblico è sufficiente richiamare la disposizione del bando che si assume essere stata violata per soddisfare il requisito della motivazione richiesto dall'art. 2, legge 7 agosto 1990, n. 241. (su questo esempio si ritornerà in seguito quanto si affronterà una specifica casistica di atti amministrativi e loro possibile automazione). Si veda anche Consiglio di Stato, sez. VI, 27 agosto 2010, n. 5992, in www.giustizia-amministrativa.it.

135 Da ultimo T.A.R. Napoli, Campania, sez. VIII, 1 aprile 2010, n. 1762, in www.giustizia-amministrativa.it, e Foro amministrativo TAR, 2010, n.4, pag. 1413, per cui nel caso di abuso edilizio è sufficiente come motivazione che si faccia riferimento all'accertata abusività dell'opera. Si veda anche Consiglio di Stato, sez. VI, 29 marzo 2007, n. 1461 e T.A.R. Roma, Lazio, sez. II, 2 aprile 2010 n. 5630 in www.giustizia-amministrativa.it che è sufficiente il richiamo di un precedente provvedimento di espulsione è sufficiente a determinare il successivo provvedimento di rigetto dell'istanza di rinnovo.

136 T.A.R. Roma, Lazio, sez. III, 10 agosto 2010, n. 3057 in www.giustizia-amministrativa.it

137 Si veda ad esempio A. BATTISTA, Atto Amministrativo: motivazione e prova, 12/2001, in www.diritto.it.

138 Sul concetto di motivazione in senso stretto si veda per tutti F. CARINGELLA, Corso di diritto amministrativo, Milano, 2001, pag. 1406 e seg.

normativa, nel caso di specie l'art. 3 della legge sul procedimento amministrativo, la legge 7 agosto 1990, n. 241¹³⁹.

Peraltro la motivazione, come detto, non si connota in tale categorie di atti sotto il profilo formale e dimensionale, sia in senso quantitativo che qualitativo, come quella che riscontriamo nel provvedimento discrezionale. Ciò che è determinato dal fatto che all'interno di un provvedimento vincolato non sarà necessaria una specifica valutazione di quelle che sono le ragioni di interesse pubblico che sottendono all'intervento amministrativo¹⁴⁰. Non sarà tantomeno necessario operare con la classica comparazione dell'interesse pubblico primario con gli altri interessi pubblici ed in *species* privati coinvolti e sacrificati¹⁴¹. Questo in quanto la valutazione dell'interesse pubblico prevalente è già effettuata a priori dalla fonte legislativa cui la pubblica amministrazione deve dare semplice ed automatica esecuzione. Proprio la mancanza di ogni profilo valutativo rende del tutto automatizzabili il provvedimento amministrativo e la sua relativa motivazione.

È appena il caso di ricordare che il discorso che precede può essere spinto fino alle estreme conseguenze solamente innanzi ai provvedimenti totalmente vincolati (quelli che chiudono ogni spazio alla discrezionalità nell'*an*, nel *quando*, nel *quid* e nel *quomodo*).

Ed è qui che occorre ricordare pure che secondo taluni studiosi i provvedimenti totalmente vincolati non esisterebbero essendo invece presente un margine di discrezionalità in tutti gli atti amministrativi, anche in quelli tradizionalmente classificati come integralmente vincolati: anche la constatazione di un fatto, o di un

139 Si veda sul punto G. VIRGA, Motivazione successiva e tutela della pretesa alla legittimità sostanziale del provvedimento amministrativo in *Diritto processuale amministrativo*, 1993, pag. 507 e seg., e in www.lexitalia.it.

140 Questa mancata indicazione non si traduce in una mancata valutazione dell'interesse pubblico, poiché la stessa sussiste anche qui, risultando in *re ipsa*. Come nel caso della demolizione dell'opera abusiva in cui è già il legislatore a monte a valutare la sussistenza dell'interesse pubblico alla demolizione ogni qualvolta si abbia la semplice constatazione che è stata eseguita un'opera in difformità dal titolo edilizio abilitativo o in carenza dello stesso, cfr. T.A.R. Napoli, Campania, sez. I 18 marzo 2010 n. 4243 in www.giustizia-amministrativa.it

141 Da ultimo: Consiglio di Stato, sez. V, 31 agosto 2010, n. 3955 in www.giustizia-amministrativa.it in tema di ordinanze di demolizione per abusi edilizi ed anche la già citata T.A.R. Napoli, Campania, sez. VIII, 1 aprile 2010, n. 1762, in www.giustizia-amministrativa.it, e Foro amministrativo TAR, 2010, n.4, pag. 1413

presupposto -dai quali discenderebbe l'atto vincolato in modo automatico-, sconta infatti margini di valutazione e di apprezzamento non obbiettivati per cui anche in essi si nasconderebbe una qualche forma di scelta e quindi discrezionalità quantomeno tecnica.

Rispetto alle problematiche delle risultanze dell'istruttoria si rimanda a quanto si indicherà in seguito sul provvedimento ipertestuale¹⁴².

2.2.5 – Interferenze dell'art. 21 octies, comma 2 della legge 7 agosto 1990. n. 241 con la automazione della motivazione del provvedimento amministrativo vincolato e non.

Un istituto giuridico che ha fatto molto parlare di sé è quello contenuto nell'art. 21 octies, comma 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241, e che rileva anche sotto il profilo della motivazione e dell'automazione¹⁴³.

Ricordiamo in sintesi cosa prescrive la predetta disposizione normativa. Si distinguono due casi. Quello del primo periodo si riferisce ai casi in cui *non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.*

Il secondo periodo afferma che *“Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”.*

Entrambe queste disposizioni possono avere un certo impatto sul profilo della motivazione e dell'automazione, compresa la ipotesi contenuta nel secondo periodo in

142 Sull'importanza delle risultanze dell'istruttoria si veda: G. MASTRODONATO, La motivazione del provvedimento nella riforma del 2005, in www.lexitalia.it, n. 10/2005.

143 In generale F. CARINGELLA, Manuale di diritto amministrativo, Milano, Giuffrè, 2005, pag. 954.

quanto la mancanza di partecipazione rifluisce nella motivazione come motivazione del perché non sono state accolte le prospettazioni dell'interessato¹⁴⁴.

Sotto il profilo della automazione, peraltro, risulta necessaria l'analisi di una fondamentale premessa sistematica, vale a dire capire il reale inquadramento del nuovo istituto. Bisogna comprendere, infatti, se il provvedimento che presenta i vizi sovraindicati dalla norma sia da considerarsi legittimo o illegittimo, in quanto solo nel primo caso si potrà dare a tale principio rilevanza sotto il profilo della automazione. Se invece si concludesse anche in questo caso che le ipotesi delineate dall'art. 21 octies comma 2 sono, comunque, delle ipotesi patologiche, non avrebbe rilievo sotto il profilo della automazione. In tal caso, infatti, l'automazione, in quanto basata sulla programmazione, sarebbe in grado di eliminare alla radice la possibilità che si verificano tali situazioni patologiche.

Sul punto la tesi prevalente in dottrina è quella della illegittimità, fondata in particolare sul dato testuale per cui l'atto è considerato, nei casi di species non annullabile¹⁴⁵. È importante sottolineare che non può che risultare ferma (e confermata) la qualifica dell'atto che viola una regola formale o procedimentale – sul

144 Sulla rilevanza del contraddittorio in relazione alla successiva motivazione del provvedimento amministrativo si veda per tutti: G. MASTRODONATO, La motivazione del provvedimento nella riforma del 2005, in www.lexitalia.it, n. 10/2005

145 F. CARINGELLA, Il nuovo ruolo del G.A.: articolo 21 OCTIES legge 241, in www.giustizia-amministrativa.it. «...il legislatore non afferma che il provvedimento affetto da vizi ininfluenti è un provvedimento legittimo, ma al contrario, nell'assunto dell'illegittimità del provvedimento per violazione di una regola, la cui cogenza non è messa in discussione, puntualizza che il provvedimento non è annullabile». Come dire che in astratto le regole rimangono ferme e intatte (e produttive perciò di illegittimità per il caso della loro violazione), in concreto (id est per quel caso) la stessa non riceve applicazione. Prosegue l'illustre Autore innanzi citato, riferendosi all'art. 21 octies: «È in definitiva una norma sostanziale con effetti processuali, che tuttavia non incide sulla qualifica del provvedimento in termini di illegittimità, ma incide sul profilo della sanzione. È un provvedimento illegittimo per il quale il legislatore ritiene che la sanzione dell'annullamento sia una sanzione eccessiva...». Si vedano anche: F. CARINGELLA, Corso di Diritto Amministrativo, Milano, Giuffrè, 2005, p. 1846 il quale segnala l'esigenza di distinguere «l'ipotesi in cui il vizio procedimentale non merita la sanzione dell'annullamento perché lo scopo cui la norma era preordinata è stato comunque raggiunto (nel qual caso non v'è alcuna lesione in concreto), dall'ipotesi in cui invece la violazione di norme sul procedimento appare ininfluenza rispetto al contenuto del provvedimento finale»; F.G. SCOCA, I vizi formali nel sistema delle invalidità dei provvedimenti amministrativi, in V. PARISIO (a cura di), Vizi formali, procedimento e processo amministrativo, Milano, 2004, pag. 56 e seg.; G. MASTRODONATO, La motivazione del provvedimento nella riforma del 2005, in www.lexitalia.it, n. 10/2005.

piano sostanziale – in termini di illegittimità¹⁴⁶; l'art. 21 *octies*, comma 1, nell'affermare che l'atto posto in essere in violazione della legge (compresa – è ovvio – quella relativa a prescrizioni procedimentali e formali) è, in linea di principio, annullabile pare voler sottolineare che alla illegittimità consegue normalmente l'annullamento, perciò l'atto illegittimo è ordinariamente annullabile. L'atto è, cioè, astrattamente, annullabile in quanto illegittimo, fintantoché non viene, concretamente, annullato. Poi, però, si precisa al comma 2 del medesimo articolo, che alcune volte l'atto non è annullabile; vale a dire: l'atto talvolta non è – processualmente – annullabile nonostante che esso sia – sostanzialmente – illegittimo. Questa appare, in effetti, la giustificazione più plausibile dell'esigenza di introdurre nella legge sul procedimento il neologismo “annullabilità”.

Particolarità che deve essere segnalata a sostegno di quanto precedentemente affermato con riguardo alla dinamica della prova di resistenza delle due ipotesi. L'oggetto della prova di resistenza richiesta (la sostanziale identità contenutistica dell'atto nell'ipotesi di violazione come in quella di non violazione di legge) è, in entrambe le ipotesi, la medesima; differente appare, invece, il soggetto cui è rimesso l'onere di fornire tale prova.

Nella ipotesi prevista nel primo periodo del comma 2 dell'art. 21 *octies*, questa potrà scaturire dalle valutazioni effettuate in via officiosa ed autonoma dal Giudice, indipendentemente dal dispiegarsi dell'attività defensionale dell'Amministrazione¹⁴⁷.

Nell'ipotesi di cui al secondo periodo invece, sarà la pubblica amministrazione a dover “dimostrare in giudizio” l'inconfigurabilità di esiti decisori concretamente alternativi (e, per tal via, la sostanziale inutilità della partecipazione procedimentale).

Verificata dunque l'impostazione dogmatica predetta, che riconosce la perdurante illegittimità, appare comunque necessario analizzare l'ipotesi specifica

146 D. NAZZARO, “Illegittimità non invalidante” dell'atto amministrativo e “motivazione postuma”: la “positiva” metamorfosi del g.a... in www.giustizia-amministrativa.it.

147 Si veda G. GRASSO, Spunti di riflessione sull'art. 21 *octies*, 2° comma l. n. 241/90, su www.lexitalia.it, n. 7-8/2005 il quale parla di sanatoria ope judicis nel primo caso e di sanatoria in jure nella seconda serie di ipotesi;

della carenza di motivazione nel caso di cui al primo periodo del comma 2 dell'art. 21 octies, per verificare se ed in qual modo l'automazione dei provvedimenti amministrativi possa essere influenzata ovvero come, più probabilmente, l'automazione può influenzare l'art. 21 octies.

Sul punto è ormai consolidata l'opinione secondo cui la carenza di motivazione non comporta la mancanza di un elemento essenziale del provvedimento amministrativo, che determinerebbe la conseguente nullità del provvedimento amministrativo¹⁴⁸. La motivazione è piuttosto un elemento di forma che, dunque, ove il contenuto dispositivo del provvedimento oggetto di gravame non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, nei casi di un atto caratterizzato da un potere meramente vincolato, non determina l'annullamento dell'atto medesimo¹⁴⁹. Peraltro l'impostazione dogmatica che si ritiene di dover adottare, nonché l'elemento normativo della necessità di una prova di resistenza, mettono in evidenza che trattasi comunque di ipotesi patologiche, presupponenti un atto amministrativo teoricamente illegittimo¹⁵⁰. Dunque, in sede di automazione non è di certo configurabile una programmazione di un atto amministrativo privo di motivazione, che soddisfi quanto disciplinato dal recente istituto normativo. Piuttosto vale il ragionamento contrario, per cui la programmazione del software e l'automazione - in particolare per gli atti vincolati, cui inerisce la problematica dell'art. 21 octies comma 2 - è in grado di annullare la probabilità di trovarci di fronte ad un atto privo di motivazione, soprattutto nel caso degli atti vincolati che possono essere completamente automatizzati. Si consideri peraltro quanto già riportato in tema di atto vincolato e

148 Ad esempio si veda: L. DE ANGELO, Difetto di motivazione ed interferenze tra regole di validità del provvedimento amministrativo, in www.lexitalia.it, in cui l'autore opera una distinzione tra l'essenzialità della motivazione contenuto rispetto alla mancanza funzionale della stessa, intesa come incapacità di soddisfare i requisiti previsti dall'art. 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241, pur concludendo che non si determina in nessun caso la nullità dell'atto amministrativo. La mancanza può anche essere tale da non determinare neanche l'annullabilità come vi dirà di seguito.

149 Si veda da ultimo: T.A.R. Puglia, sez. III, 10 giugno 2010 n. 2406 in Foro Amministrativo TAR, 2010, n. 6, pag. 2.

150 Non è condivisibile l'opinione di L. OLIVERI, L'irregolarità del provvedimento amministrativo nell'articolo 21-octies, comma 2, della legge 241/1990, novellata, in www.lexitalia.it n. 4/2005, per cui la carenza di motivazione negli atti vincolati si riduca ad una mera irregolarità.

della sua motivazione, più limitata rispetto a quella discrezionale, nonché quanto si riporterà di seguito in tema di motivazione traibile dagli atti istruttori. Tutti questi elementi confermano che l'automazione non è influenzata dall'art. 21 *octies* comma 2, ma determina sempre la presenza della motivazione, cosicché l'istituto in esame risulterà del tutto inutile al momento di un ipotizzata effettiva realizzazione del complessivo sistema di automazione dei provvedimenti amministrativi vincolati.

Con una precisazione importante: l'automazione eliminerà alla radice la questione più estrema ed evidente costituita dalla carenza-assenza di motivazione; lascerà invece immutata ogni problematica inerente gli eventuali vizi logici (contraddittorietà, perplessità, insufficienza) della motivazione. Peraltro, in proposito va detto che stiamo trattando di atti per i quali: a) inizialmente non era prevista una motivazione perché ritenuta pleonastica; b) la motivazione era considerata non necessaria pure nella vigenza dell'art. 3 della legge 241 del 1990 da parte della giurisprudenza fautrice del principio del raggiungimento del risultato; c) la motivazione risulta ora messa in forte discussione dalla possibile sanatoria giurisdizionale ex art. 21 *octies*, comma 2, primo periodo.

Quindi l'automazione, assicurandone "programmaticamente" la presenza, sembra portarci avanti, verso l'eliminazione del problema. Senonché quando si dice di più di ciò che è necessario talvolta si cade in errore più di quanto si tace e così potrebbero aumentare i casi di vizi logici della motivazione.

Ma qui entra in giuoco uno dei vantaggi-pregi dell'automazione: la minore fallibilità della macchina, la riduzione degli errori proprio in casi di attività seriale quale dovrebbe essere quella che sbocca negli atti completamente vincolati, quelli così vincolati da essere totalmente automatizzabili.

2.2.6. - L'automazione e la semiautomazione nel provvedimento amministrativo caratterizzato da discrezionalità amministrativa (cenni e rinvio)

Non tutti i provvedimenti amministrativi fuoriescono all'esito di un'attività totalmente vincolata. Spesso i procedimenti amministrativi presentano segmenti vincolati che si accompagnano ad altri connotati da un alto livello di discrezionalità combinandosi variamente sì da dar vita ad una vasta gamma di procedimenti che vanno da un'attività a bassa discrezionalità fino a quella totalmente discrezionale (anche se mai libera nel fine, come si insegna tradizionalmente: l'attività amministrativa è sempre funzionalizzata).

Su un panorama di base così connotato, peraltro verificheremo come sia possibile, con varie tecniche sia procedimentali sia informatiche, la riduzione e la limitazione della discrezionalità in modo tale da consentire se non una piena automazione, una semi automazione della motivazione del provvedimento amministrativo¹⁵¹.

Sempre ricordando che l'obiettivo della informatizzazione della pubblica amministrazione e dei procedimenti amministrativi non è in realtà quello dell'automazione. Non deve dunque ritenersi la completa automazione di un procedimento amministrativo e del suo atto conclusivo, il provvedimento amministrativo, come un risultato necessariamente desiderabile od auspicabile, in quanto, in realtà, tale soluzione potrebbe porsi in contrasto con taluni principi costituzionali e legislativi vigenti nel vasto ambito della disciplina relativa all'attività della pubblica amministrazione.

Una completa automazione, infatti, determina una limitazione della capacità di dialogo della pubblica amministrazione e, nel contempo, una riduzione dei correlativi diritti di partecipazione e di personalizzazione posti in capo al cittadino¹⁵². Si deve, dunque, ritenere, che in talune situazioni sia presente un sistema di emanazione semi automatica dei provvedimenti amministrativi, in cui l'operatore umano interviene sia

151 A. MASUCCI, L'atto amministrativo informatico, Primi lineamenti di una ricostruzione, Jovene Editore, Napoli, 1993, pag. 24; A. NATALINI Sistemi informativi e procedimenti amministrativi, in Rivista trimestrale di diritto pubblico, n. 2, 1999, Giuffrè, Milano, pag. 463.

152 S. PUDDU, Contributo ad uno studio sull'anormalità dell'atto amministrativo informatico, Napoli, Jovene Editore, 2006, pag. 116. "Esistono, insomma, dei segmenti della procedura che non possono essere affidati esclusivamente alla macchina. L'opposta soluzione non solo ridurrebbe drasticamente le capacità di dialogo, ma non porterebbe, come si vedrà, neanche ad un reale incremento di efficienza."

in fase di controllo quando la macchina richieda il suo intervento, sia in termini di impulso del procedimento, per tutte quelle situazioni in cui la macchina non è in grado di operare da sola¹⁵³. L'automazione dunque deve essere sempre vista in relazione ad un effettivo miglioramento della dialettica procedimentale di cui si avvantaggi anche il cittadino¹⁵⁴. L'opzione della semi automazione appare dunque non solo quella di più facile realizzazione per l'emanazione di qualsivoglia provvedimento amministrativo, ma anche quella che maggiormente tutela le istanze di partecipazione e di conoscenza del cittadino, che per quel che qui più interessa si esplicano attraverso la formulazione della motivazione del provvedimento stesso.

Nello stesso tempo la semi automazione consente di usufruire delle novità che la tecnologia offre determinando anche la riscrittura di alcuni istituti e di alcune tematiche proprie della motivazione del provvedimento amministrativo.

Tematiche che saranno analizzate in maniera approfondita di seguito.

2.2.7. - La automazione della motivazione nel provvedimento amministrativo caratterizzato da discrezionalità tecnica

La realizzazione di un' automazione della attività amministrativa caratterizzata dalla cd. discrezionalità tecnica è ritenuta per lo più possibile¹⁵⁵.

L'automazione, come detto, richiede che il concetto che si domanda al computer di elaborare presenti un carattere di univocità. Tale fatto però non si verifica quando i risultati dell'analisi tecnica, operata attraverso il riferimento a scienze non esatte, siano opinabili¹⁵⁶.

In effetti è possibile distinguere tra due ipotesi.

153 A. NATALINI Sistemi informativi e procedimenti amministrativi, in Rivista trimestrale di diritto pubblico, n. 2, 1999, Giuffrè, Milano, pag. 463.

154 A. CAPUTO, Tecnica dell'informazione nella pubblica amministrazione, Padova, Cedam, 1989, pag. 119 e seg.

155 A. MASUCCI, L'atto amministrativo informatico, Primi lineamenti di una ricostruzione, Jovene Editore, Napoli, 1993, pag. 40 e seg.

156 Sulla discrezionalità tecnica in genere si veda: F. VOLPE, Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo, in Diritto amministrativo, 2008, n. 4, pag. 791 e seg.

C'è quella in cui la disciplina scientifica che trova applicazione da luogo ad un risultato esatto. In tal caso non vi sono ostacoli particolari all'automazione in quanto il verificarsi del presupposto, analizzato e verificato (*rectius*: accertato) con l'applicazione della regola scientifica esatta, darà luogo all'emanazione di un provvedimento amministrativo con un determinato contenuto.

C'è quella in cui, invece, la norma tecnica applicabile conduce a risultati lontani dalla certezza scientifica. In tal caso la opinabilità della scelta potrebbe determinare un serio ostacolo all'automazione.

Si può dunque affermare che sussistono dei casi nei quali è possibile una completa automazione dei provvedimenti amministrativi caratterizzati da discrezionalità tecnica.

Ove invece sia presente quel carattere di opinabilità che è stato precedentemente rappresentato, sarà invece comunque possibile una semi automazione.

La questione va infatti analizzata anche in relazione all'eventuale richiamo ad una analisi tecnica che avvenga in una fase precedente a quella decisoria, rispetto alla quale sarà possibile, con il sistema che si descriverà diffusamente di seguito, quanto meno una parziale automazione. È qui che, in effetti, si pone la tradizionale questione dogmatica volta a chiarire che in tali casi di c.d. discrezionalità tecnica se si parla di discrezionalità lo si fa in modo improprio in quanto a fronte del dato – comune alla discrezionalità amministrativa – costituito dalla presenza di una scelta, vi è poi un altro elemento – di profonda differenza rispetto alla discrezionalità amministrativa – rappresentato dall'opinabilità di un risultato scientifico: nella discrezionalità amministrativa la scelta di un certo contenuto del provvedimento, i tempi della sua adozione, le modalità stabilite per la sua esecuzione sono il frutto di valutazioni condotte in nome dell'interesse pubblico primario da soddisfare; nella discrezionalità tecnica la scelta (se di scelta si può propriamente parlare) viene compiuta rispetto all'accettazione di uno o di un altro risultato scientifico ottenuto all'esito di una certa

legge scientifica o di una certa metodologia d'analisi condotte in nome dell'accertamento di un fatto o di un elemento oggetto dell'azione amministrativa.

Questione cui fa logico seguito quella del posizionamento dell'elemento oggetto di valutazione scientifica discrezionale all'interno del procedimento amministrativo.

Il fatto da valutare può essere infatti, il presupposto del procedimento amministrativo così che l'attività amministrativa susseguente possa essere talvolta vincolata altre volte discrezionale a seconda casi (sono le ipotesi rispettivamente di discrezionalità tecnica + attività vincolata e di discrezionalità tecnica + discrezionalità amministrativa).

Ma il fatto da valutare può essere anche l'azione o l'intervento ipotizzato per soddisfare l'interesse pubblico, quello, cioè, che dovrebbe costituire il contenuto del provvedimento adottando. Quello, quindi, che viene scelto come soluzione migliore in nome dell'interesse pubblico primario. In questi casi, più complessi sia sotto il profilo dogmatico che sotto il profilo fattuale, discrezionalità tecnica e discrezionalità amministrativa si sovrappongono, tendendo quasi a confondersi, pur se restano chiaramente distinte e distinguibili a livello teorico. La scelta del contenuto del provvedimento (ovvero dell'intervento-azione amministrativa da realizzare) compiuta al fine di soddisfare l'interesse pubblico primario – e quindi costituente spendita di pura discrezionalità amministrativa – viene guidata dalle regole scientifiche opinabili – ed è questa l'esercizio della discrezionalità tecnica.

In questo momento è solo possibile anticipare che la semi automazione potrà essere realizzata in questo tipo di procedimenti attraverso il richiamo del noto istituto della motivazione per relationem, con gli ulteriori vantaggi derivanti dall'eventuale adozione del modello del provvedimento ipertestuale, che si introduce nel paragrafo seguente.

2.3 – La motivazione nel provvedimento amministrativo ipertestuale e multimediale e la parziale automazione del provvedimento amministrativo non vincolato

2.3.1. - L'ipertestualizzazione del provvedimento amministrativo elettronico (ovvero l'iper-provvedimento o il provvedimento arricchito)

Nell'ambito delle tradizionali trattazioni in tema di atto amministrativo informatico si analizza sempre in via prevalente la dinamica relativa all'automazione dell'atto. Le novità tecnologiche, invero, possono assumere un rilievo anche nell'ambito della strutturazione formale e del contenuto di ogni singolo provvedimento¹⁵⁷. Queste novità, che si illustreranno immediatamente di seguito, comportano una vera e propria rivoluzione nel tradizionale modo di accostarsi al provvedimento amministrativo, in quanto intervengono in termini sostanziali sul modo di essere del provvedimento amministrativo stesso. Tali novità determinano dei benefici immediati e tangibili per ogni singolo cittadino interessato, sia in termini di conoscibilità della motivazione che sotto il profilo della difesa del medesimo cittadino in giudizio ed hanno inoltre delle importanti ricadute su alcuni istituti consolidati legati alla problematica della motivazione.

Il provvedimento amministrativo informatico, difatti, non deve semplicemente replicare la medesima strutturazione dell'atto cartaceo: altrimenti non sarebbe che la semplice riproposizione dello stesso, seppure in un formato esteriore diverso da quello tradizionale. Ove si seguisse, in altre parole, la semplice trasposizione della tradizionale struttura del provvedimento amministrativo cartaceo in quello informatico, non sarebbe possibile cogliere le potenziali innovazioni di natura sostanziale che i nuovi mezzi sono in grado di sviluppare. Si consideri ad esempio

157 G.DUNI, L'utilizzabilità delle tecniche elettroniche nell'emanazione degli atti e nei procedimenti amministrativi. Spunto per una teoria dell'atto amministrativo emanato nella forma elettronica, in *Rivista Amministrativa*, 1978, p. 407 e seg., evidenzia come la forma scritta sia il maggiore ostacolo alla utilizzabilità dell'informatica nell'ambito della pubblica amministrazione.

quanto previsto dall'art. 22, comma 1, lettera d) della legge 7 agosto 1990, n. 241, per cui si intende: *“per "documento amministrativo", ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni o non relativi ad uno specifico procedimento, detenuti da una pubblica amministrazione e concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale”*¹⁵⁸. È dunque lo stesso legislatore che chiarisce la rilevanza che possono assumere i differenti media di comunicazione ora presenti. Questa considerazione, valida per il documento amministrativo, può agevolmente estendersi anche al provvedimento amministrativo, che può dunque fare riferimento alla possibilità di utilizzare tutti i differenti media di comunicazione. Se si considera, infatti, che il provvedimento amministrativo non è altro che la sintesi di tutti gli atti ed i documenti dell'istruttoria amministrativa, la norma richiamata assume maggiore valore in quanto il provvedimento potrà fare riferimento e anche materialmente ricomprendere, documenti che possono assumere molteplici forme esteriori, differenti in particolare da quella tradizionale cartacea.

Le valutazioni appena riportate non paiono contrastare con quanto ora previsto dall'art. 22 del codice della pubblica amministrazione digitale (D. Lgs. 7 marzo 2005, n. 82), che delinea la nozione di *“documenti informatici delle pubbliche amministrazioni”* comunemente interpretato nel senso che l'atto amministrativo assume ormai le forme di atto amministrativo elettronico vero e proprio quale sua forma naturale ed originaria, cosicché è la forma cartacea ad avere assunto un carattere subordinato¹⁵⁹.

Al fine di verificare la forma che il provvedimento amministrativo può presentare si consideri che l'elemento sostanziale di riferimento è che sia possibile

158 A. MASUCCI, L'atto amministrativo informatico, Primi lineamenti di una ricostruzione, Jovene Editore, Napoli, 1993, pag. 88 e seg.

159 Si veda ad esempio D.F.G. TREBASTONI, Commento all'art. 22, in Il codice della pubblica amministrazione digitale – commentario al D. Lgs. n. 82 del 7 marzo 2005, Giuffrè, Milano, 2005, pag. 204 e seg.

garantire che lo stesso sia conservabile nel tempo e sia altresì di facile conoscibilità per gli interessati. In effetti l'atto amministrativo è stato proposto, nell'evoluzione temporale e nello sviluppo delle nuove tecnologie, prima attraverso la scrittura manuale, su pietra, su papiro e su carta, e poi con quella meccanica¹⁶⁰. Indubbiamente l'avvento dei nuovi media e di internet consentono di fare un salto ulteriore. In particolar modo internet, configurandosi come il media dei media -vale a dire quel media che riesce a racchiudere in se tutti i differenti mezzi di comunicazione- merita di essere fatto oggetto di una speciale attenzione. Può dunque farsi riferimento a quell'autorevole dottrina che sottolinea l'indifferenza dei diversi metodi di scrittura che sono stati espressi nel tempo e dei differenti supporti di memorizzazione sviluppatisi contemporaneamente, per concludere che l'utilizzo dei nuovi mezzi di comunicazione non solo non deve essere avversato ma piuttosto deve essere incentivato nelle sue differenti applicazioni pratiche dal legislatore e dalla stessa pubblica amministrazione¹⁶¹. Al proposito è necessario richiamare anche i concetti di accessibilità e multicanalità¹⁶² riconosciuti nel nostro ordinamento per cui, in particolare in base a quest'ultimo, il cittadino ha diritto di ricevere una comunicazione attraverso le modalità dallo stesso preferite in applicazione del principio di eguaglianza formale e sostanziale. Lo stesso codice della pubblica amministrazione digitale riconosce il principio della multicanalità, per cui l'art. 12, comma 3 del codice medesimo stabilisce al comma 3, che le *“pubbliche amministrazioni operano per assicurare l'uniformità e la graduale integrazione delle modalità di interazione degli utenti con i servizi informatici da esse erogati, qualunque sia il canale di erogazione, nel rispetto della autonomia e della specificità di ciascun erogatore di servizi”*¹⁶³. Il principio, pur se riferito al generale profilo della comunicazione con il cittadino può

160 U. FANTIGROSSI, Automazione e pubblica amministrazione, profili giuridici, Il Mulino, 1993, pag. 57 e seg.

161 R. BORRUSO, Computer e Diritto, Milano, 1988, II, 218 e seg.

162 S. BAGNARA, E. DONATI, T. SCHAEEL, Call e contact center, Strategie di Customer relationship management nelle imprese private e pubbliche, Milano, Il Sole 24 Ore, 2002, pag. 73 e seg.

163 B. PONTI, Commento agli artt. 12 – 19 in E. CARLONI (a cura di), Codice dell'amministrazione digitale, Commento al D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82, Santarcangelo di Romagna, 2005, pag. 137 e seg.

facilmente essere applicato anche all'attività provvedimentale, ponendosi dunque anche come un principio evolutivo di cui l'interprete deve tener conto nelle sue analisi in materia. Si devono, peraltro, adottare tutte le cautele all'uopo necessarie per garantire che il provvedimento non perda le caratteristiche tipiche del suo contenuto e della sua natura di sintesi del procedimento amministrativo, tenendo conto del principio di conservabilità espresso in precedenza e salvaguardando il fatto per cui la sua fruizione e comprensione sia effettivamente ad appannaggio di tutti i cittadini, compresi quelli che non possono o non sono in grado di far uso delle nuove tecnologie. In quest'ultimo caso si può agevolmente pensare da una parte alla consultazione negli uffici pubblici, anche con l'aiuto di un assistente informatico¹⁶⁴, dall'altra agli strumenti automatici simili agli ATM bancari.

Nel caso di specie va in primo luogo analizzato **l'ipertesto**. Uno dei principi fondamentali del mondo digitale, il principio di non sequenzialità¹⁶⁵ è infatti basato sul concetto di ipertesto¹⁶⁶. L'ipertesto consiste in una struttura informativa interconnessa, decodificato da un apposito software a ciò dedicato. Le parole del testo, tramite un collegamento ipertestuale, consentono di collegarsi ad altre pagine, superando il carattere sequenziale tipico delle forme di comunicazione lineari. Grazie all'ipertesto si supera la lettura tipica della scrittura lineare che si sviluppa in termini di sequenzialità temporale, potendosi invece operare tramite infiniti percorsi cognitivi basati su associazioni simultanee.

L'ipertesto, applicato al provvedimento amministrativo consente di superare quel carattere tipico di separazione tra provvedimento amministrativo e procedimento, che male si concilia con l'evoluzione del nostro ordinamento che con la

164 L. TIVELLI L., S. MASINI, Un nuovo modo di governare, L'e-government e il cambiamento della pubblica amministrazione, Roma, Fazi, 2002, pag. 169 e seg.

165 La logica ipertestuale e non sequenziale del mondo digitale nasce con l'ideazione del Memex, una macchina capace di ampliare la propria memoria mediante collegamenti tra documenti e microfilm attraverso l'adozione di una struttura reticolare: V. BUSH., As We May Think, in Atlantic Monthly, luglio 1945, oggi reperibile al seguente indirizzo internet: <http://www.theatlantic.com/doc/194507/bush>.

166 L'ipertesto è un concetto che fu da Ted Neslon, in base agli scritti dell'ideatore del Memex per cui si veda: <http://ted.hyperland.com/>.

legge 7 agosto 1990, n. 241 ha posto come centrale il procedimento rispetto al provvedimento¹⁶⁷. È proprio questo elemento di sistema che porta a ripensare il provvedimento amministrativo, il quale non è più quell'atto in cui si concentra l'intera attività amministrativa, ma piuttosto la sintesi dell'intero procedimento amministrativo. Grazie all'ipertesto diventa tecnicamente possibile far sì che quanto occorso nel procedimento faccia parte effettiva e materiale del provvedimento amministrativo: acquisisce immediatezza il riferimento alle “risultanze dell'istruttoria” indicate espressamente proprio nella norma in materia di motivazione del provvedimento amministrativo, (art. 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241).

Il provvedimento amministrativo, che assumerà forma elettronica, conterrà al suo interno i collegamenti ipertestuali agli atti istruttori, ai pareri, ai documenti ed alle memorie dei soggetti che hanno partecipato al procedimento, alle relazioni tecniche, alla relazione del responsabile del procedimento ed a tutti gli atti rilevanti che precedono la sua emanazione.

Questo è possibile con un provvedimento arricchito che contenga al suo interno anche i documenti ivi richiamati. Si può anche immaginare un provvedimento come quello con i seguenti caratteri. In una logica in cui ogni provvedimento sarà reperibile tramite il sito internet istituzionale della pubblica amministrazione si potrà accedere agli atti del procedimento amministrativo, facendo semplicemente clic sui collegamenti ipertestuali, reindirizzando il cittadino a quel fascicolo informatico ex art. 41 del codice della pubblica amministrazione digitale (D. Lgs. 7 marzo 2005, n. 82), che ben può ipotizzarsi come un fascicolo presente in rete con differenti filtri per l'accesso da parte dei soggetti interessati alla consultazione della documentazione contenuta nello stesso. Vedremo di seguito come questa innovazione è in grado di influenzare in maniera rilevante la motivazione del provvedimento amministrativo, rendendone più semplice la sua automazione o quantomeno la sua semi automazione.

167 V. CERULLI IRELLI., *Principi del diritto amministrativo*, parte I, Torino, Giappicchelli, 2005, pag. 16 e seg. Individua nel passaggio dall'atto all'attività amministrativa uno dei momenti evolutivi dell'ordinamento amministrativo italiano dopo l'avvento della Costituzione repubblicana.

L'ipertesto, nella versione appena richiamata, non utilizza peraltro tutte le possibili innovazioni introdotte dalle nuove tecnologie. Infatti il linguaggio utilizzato rimane sempre quello della scrittura lineare e sequenziale, implementato dalla sola possibilità di un collegamento immediato ad altri atti e documenti amministrativi che utilizzano sempre lo stesso linguaggio di comunicazione della scrittura sequenziale.

Esistono, potenzialmente, delle innovazioni ancora più radicali che superano i tradizionali limiti della scrittura, introducendo gli elementi di altri media e quindi di altre forme di comunicazione.

2.3.2. - *Il provvedimento amministrativo multimediale*

L'ipertesto applicato al provvedimento amministrativo, come appena analizzato, costituisce sicuramente un notevole passo in avanti, soprattutto laddove si parli in specifico del tema della motivazione, come si avrà modo di approfondire anche di seguito. Prima, però, di verificare quali siano le concrete applicazioni di tale innovazione è opportuno anche ipotizzare un provvedimento che utilizzi tutti i differenti media di comunicazione.

Questa problematica assume come suo punto di partenza l'applicazione di un principio di regola applicato ai siti internet, e valido quindi anche per i siti internet istituzionali delle pubbliche amministrazioni: il principio di usabilità che è richiamato ma non definito dall'art. 53 del codice della pubblica amministrazione digitale.

L'usabilità trova infatti una definizione solo a livello di norme tecniche, in particolare la norma ISO 9241-11 " Ergonomics of human-system interaction - Guidance on usability" definisce l'usabilità quale: *“il grado in cui un prodotto può essere usato da specifici utenti per raggiungere specifici obiettivi con efficacia, efficienza e soddisfazione in uno specifico contesto d'uso”*.

Il concetto di usabilità si concretizza sostanzialmente nella facilità d'uso di un prodotto, di un servizio, di un'applicazione senza richiedere particolari sforzi di

apprendimento da parte dell'utente¹⁶⁸. L'usabilità si esplica poi nel principio di chiarezza del linguaggio, richiamato dallo stesso art. 53 del codice della pubblica amministrazione digitale, il quale riguarda non solo la redazione dei siti internet ma anche degli atti contenuti nello stesso¹⁶⁹. Si tratta a questo punto di vedere come questi principi generalmente riferiti ad altri aspetti dell'azione amministrativa, di regola rilevanti per attività di natura strumentale, possano essere rilevanti anche sotto il profilo della motivazione del provvedimento amministrativo. Possiamo ancorare la nostra indagine ad un concetto specifico che ormai pervade ogni campo della società moderna e che non può non influenzare anche i più ristretti ambiti – sotto un profilo ovviamente materiale - dell'azione amministrativa.

Si fa riferimento al concetto di multimedialità. La multimedialità¹⁷⁰ non è costituita dalla semplice compresenza di molteplici linguaggi di comunicazione che fanno uso di differenti canali sensoriali ma è qualcosa di più. Si tratta, infatti, di una combinazione fisiologica di tutti i media esistenti, tale da determinare la creazione di “unico nuovo medium”, in quanto non prevale un determinato canale di comunicazione, ma gli stessi sono, come detto, combinati l'uno con l'altro, come avviene proprio nel caso della rete internet.

In questi termini anche il messaggio, il contenuto di un atto, come nel nostro caso il provvedimento amministrativo e dunque la sua motivazione, può superare le tradizionali limitazioni della scrittura sequenziale, assumendo un carattere di “multidimensionalità” quale simultanea lettura di simboli differenti in uno spazio tridimensionale¹⁷¹. La multimedialità si lega alla usabilità in quanto è noto come il linguaggio della scrittura sequenziale non abbia lo stesso impatto comunicativo di un linguaggio che utilizza tutti i differenti sensi umani. Basti pensare soltanto al

168 U. GUIDOLIN, *Pensare digitale, Teoria e tecniche dei nuovi media*, Milano, McGraw-Hill, 2005, 170, nonché, per l'applicazione della usabilità in relazione ai siti internet si veda il sito di Jakob Nielsen, Jakob Nielsen's Website: <http://www.useit.com/>.

169 M. MIANI, *Comunicazione pubblica e nuove tecnologie*, Bologna, Il Mulino, 2005, pag. 22 e seg.

170 U. GUIDOLIN, *Pensare digitale, Teoria e tecniche dei nuovi media*, Milano, McGraw-Hill, 2005, pag. 80 e seg.

171 U. GUIDOLIN, *Pensare digitale, Teoria e tecniche dei nuovi media*, Milano, McGraw-Hill, 2005, pag. 94 e seg.

maggior impatto che ha una notizia nella televisione, rispetto a quella della carta stampata, nonché i relativi dati di diffusione, per capire come l'utilizzo di mezzi di comunicazione che utilizzino l'audio ed il video siano più coinvolgenti e comprensibili rispetto all'uso della tradizionale scrittura lineare.

Nella concreta realtà del provvedimento amministrativo, l'introduzione della multimedialità comporterebbe la possibilità che, quantomeno, taluni atti istruttori possano assumere una forma diversa da quella della tradizionale scrittura sequenziale, come ad esempio l'audizione degli interessati potrebbe essere registrata in forma audio/video, pur con una trascrizione della stessa, oppure lo stesso provvedimento potrebbe avere una forma non solo scritta ma con audio contestuale. In effetti il vantaggio della multimedialità è quello di consentire non l'utilizzo di un solo media, ma di più media contemporaneamente, rendendo più fruibile il contenuto. In questo caso chiaramente non appare al momento opportuno spingersi oltre i limiti della ragionevolezza, in quanto rimane sempre quel principio di base della conservabilità e della fruibilità del provvedimento che potrebbe creare, nelle forme appena ricordate, anche dei problemi di *digital divide*, nei confronti delle categorie più deboli e svantaggiate della cittadinanza, non in grado di utilizzare gli strumenti informatici sia per ragioni culturali che per ragioni di natura economica¹⁷².

2.3.3. - *La standardizzazione e la modularità del provvedimento amministrativo elettronico ed in particolare della motivazione*

Analizzate le varie applicazioni che le nuove tecnologie e i nuovi media consentono nell'ambito del provvedimento amministrativo appare necessario anche affrontare la problematica della standardizzazione del provvedimento amministrativo e dunque della motivazione. In effetti l'automazione ovvero la semi automazione del provvedimento amministrativo presuppone una standardizzazione del suo contenuto. Tale standardizzazione comporta la definizione di un modulo composto da differenti

172 G. DUCCI, *Pubblica amministrazione e cittadini: una relazionalità consapevole*, Milano, 2007, FrancoAngeli, pag. 133 e seg.

parti, che renda concretamente praticabile la automazione¹⁷³. Attraverso, infatti, la divisione del provvedimento in differenti sezioni è possibile la loro automazione¹⁷⁴. Sicuramente la definizione dei presupposti giuridici, elemento essenziale della motivazione, può essere predeterminato già a livello di programmazione in quanto sono sempre note le norme giuridiche da applicarsi. Al massimo possono verificarsi delle modifiche legislative ovvero delle modifiche di orientamento giurisprudenziale che possono determinare un intervento umano, salva sempre nel medio lungo periodo la possibilità di una nuova programmazione dell'atto software¹⁷⁵. Per quanto riguarda i presupposti di fatto è chiaro che gli stessi sono elementi non programmabili ma sono delle variabili inserite nel corso del procedimento, che si traducono in elementi di *input*, in base ai quali si sviluppano gli algoritmi che determino le conseguenze che si verificano alla presenza di quei determinati fatti occorsi. La programmazione consiste, dunque, in una predeterminazione delle diverse tipologie di fatti che possono venire in rilievo e come detto delle decisioni ad esse conseguenti¹⁷⁶. Anche in questo caso è possibile sia la presenza di elementi di fatto non previsti ovvero di situazioni nelle quali alcuni elementi di fatto entrano in contrasto tra di loro. In tal caso il sistema, incontrando una contraddizione, avverte l'operatore umano – funzionario

173 G. CARIDI, *Informatica giuridica e procedimenti amministrativi*, Franco Angeli Editore, Milano, 1983, pag. 51 e seg.

174 Pur se non di specifico interesse per il campo della motivazione del provvedimento amministrativo è rilevante ricordare che anche gli atti di iniziativa privata possono agevolmente essere automatizzati ove ricondotti ad una modulistica con campi specifici che consentono la gestione da parte della macchina, si veda ancora G. CARIDI, *Informatica giuridica e procedimenti amministrativi*, Franco Angeli Editore, Milano, 1983, pag. 51 e seg. Per questo motivo l'utilizzo della posta elettronica ovvero della posta elettronica rappresenta in effetti una duplicazione del procedimento amministrativo in quanto non consente una gestione automatizzata dell'informazione ma richiede l'analisi da parte del funzionario pubblico. Anche in questo caso la bontà del sistema viene a valutarsi in relazione ad una accurata predisposizione di una modulistica che contenga tutti gli elementi rilevanti. Si veda: G. DUNI, *Corso di diritto amministrativo, sezione IV, l'amministrazione digitale*, Unisofia, Cagliari, 2007, pag. 77. Pur in tale situazione non deve comunque escludersi la possibilità di qualche margine di flessibilità come per l'inserimento di ulteriori dichiarazioni in campi liberi ovvero delle note esplicative la cui valutazione verrebbe per ciò rimessa di nuovo all'intervento umano. Questo fatto non va peraltro considerato in termini negativi proprio perché, come già ribadito più volte l'automazione non è il reale scopo che l'informatica applicata alla pubblica amministrazione deve porsi.

175 U. FANTIGROSSI, *Automazione e pubblica amministrazione, profili giuridici*, Il Mulino, 1993, pag. 94 e seg.

176 A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico, Primi lineamenti di una ricostruzione*, Jovene Editore, Napoli, 1993, pag. 98 e seg.

pubblico - della necessità del suo intervento risolutore del blocco verificatosi¹⁷⁷. Si deve altresì considerare che la programmazione riguarda non solo la determinazione di quali fatti sono rilevanti ma anche il peso che i differenti elementi di fatto possono assumere ai fini della decisione nel caso concreto¹⁷⁸. L'elemento centrale della motivazione, che di per sé non è standardizzabile, è la motivazione in senso stretto ovvero i motivi. Come si è detto questo campo è il fulcro centrale della discrezionalità amministrativa e della individualità di ogni singolo provvedimento amministrativo. La automazione non è in grado di operare su questo profilo se non nei termini di rendere il provvedimento vincolato. Cosicché potranno verificarsi due differenti situazioni. Quella in cui sia possibile automatizzare anche la motivazione mediante il suo richiamo automatico ad un elemento dell'atto software nel caso di atti vincolati. Ovvero molto simile è il caso dell'atto discrezionale che tramite lo strumento dell'autolimita diventa a sua volta un atto vincolato¹⁷⁹. Altrettanto analogo ad esso è il caso in cui vi sia un richiamo positivo ad un atto istruttorio come può essere la relazione del responsabile del procedimento – quando lo stesso è differente dal responsabile del provvedimento – per cui può parlarsi di una semi automazione. In tutte queste ipotesi, da ultimo descritte, si fa sempre riferimento all'istituto della motivazione per relationem. Rimarrebbe infine il caso in cui sia necessaria, per la particolarità e novità del caso concreto, ovvero per la sua complessità, ovvero ancora per l'evoluzione normativa e giurisprudenziale esistente in materia, una compiuta elaborazione della motivazione. In tal caso, il campo della motivazione nel provvedimento amministrativo standardizzato dovrà essere riempito direttamente

177 G. CARIDI, *Informatica giuridica e procedimenti amministrativi*, Franco Angeli Editore, Milano, 1983, pag. 100 e seg. per cui il sistema viene descritto come una automazione a segmenti in cui l'intervento dell'uomo opera nelle ipotesi di interruzione del sistema. Intervento che per la sua natura segue il corso tradizionale del procedimento amministrativo, affidato all'esclusivo operare dell'uomo; si veda anche A. NATALINI *Sistemi informativi e procedimenti amministrativi*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 2, 1999, Giuffrè, Milano, pag. 463.

178 G. CARIDI, *Informatica giuridica e procedimenti amministrativi*, Franco Angeli Editore, Milano, 1983, pag. 145 e seg. in cui si evidenzia come l'automazione sia diretta alla eliminazione delle ambiguità cosicché un ostacolo all'automazione deriva proprio dalla divergenza di valutazione su quali sono i fatti rilevanti.

179 U. FANTIGROSSI, *Automazione e pubblica amministrazione, profili giuridici*, Il Mulino, 1993, pag. 135 e seg.

dall'operatore umano – funzionario pubblico non essendo possibile una elaborazione della stessa da parte della macchina pur se programmata dall'uomo, la quale limitò il suo ambito di operatività alle sole situazioni predeterminabili¹⁸⁰.

2.3.4. - Il provvedimento amministrativo ipertestuale, multimediale e modulare in rapporto alla sua motivazione

La ipertestualizzazione del provvedimento amministrativo, sotto il profilo della motivazione, assume un particolare rilievo per la presente trattazione. Questo in quanto consente il richiamo degli atti istruttori su quali la stessa motivazione trova fondamento e giustificazione.

Come correttamente espresso dalla dottrina più attenta è possibile giungere, infatti, ad una semi automazione del procedimento amministrativo e quindi del provvedimento amministrativo che da esso scaturisce¹⁸¹. È ormai conoscenza comune quella per cui non esistono solo attività completamente vincolate ovvero discrezionali. Questa considerazione può trovare applicazione anche nell'ambito della tematica relativa al procedimento amministrativo. Sarà difficile, seppur non impossibile come si vedrà meglio in seguito, fare riferimento ad un procedimento amministrativo completamente automatico. Peraltro, i casi più frequenti saranno quelli in cui l'automazione potrà esplicarsi solamente in via parziale, anche perché, come già detto, non bisogna mai confondere lo strumento informatico come lo scopo della modernizzazione della pubblica amministrazione. Anzi, la presenza umana è sempre necessaria al fine anche di evitare quella estrema rigidità che caratterizza la logica delle macchine e che le rende non flessibili al mutamento costante delle esigenze sociali, nonché quell'altrettanto negativo fenomeno che si riscontra sempre di più nei

180 C. NOTARMUZZI, Il procedimento amministrativo informatico, in www.altalex.it;

181 A. MASUCCI, L'atto amministrativo informatico, Primi lineamenti di una ricostruzione, Jovene Editore, Napoli, 1993, pag. 24 e seg.; pag. 31 e seg., in particolare per le ipotesi specifiche di discrezionalità amministrativa, in quanto è necessaria la scelta tra più differenti soluzioni tutte egualmente legittime. G. CARIDI, Informatica giuridica e procedimenti amministrativi, Franco Angeli Editore, Milano, 1983, pag. 100 e seg.

giorni nostri, conosciuto con il nome di spersonalizzazione dell'attività amministrativa.

Il sistema funzionerà, come detto, con un procedimento scandito dall'elaboratore elettronico previamente programmato con puntuali istruzioni, il quale invierà i dovuti *alert* tutte quelle volte in cui sarà necessario l'intervento umano¹⁸². Questo intervento avverrà sia nelle ipotesi in cui sia già, in sede di programmazione, riservato l'apporto umano, come nel caso di motivazioni su concetti ampiamente indeterminati ed ambigui ovvero su potestà ampiamente discrezionali¹⁸³, sia tutte quelle volte in cui la macchina incontra delle contraddizioni logiche che possono essere risolte soltanto attraverso un input umano ed esterno. Si nota infatti, che a livello giurisprudenziale è stato correttamente affermato che l'utilizzo dell'elaboratore elettronico non esclude la permanenza dell'obbligo di controllo da parte del responsabile del procedimento¹⁸⁴.

A questo punto è indispensabile analizzare come può declinarsi la motivazione automatica o semi automatica nelle differenti ipotesi in cui sia comunque presente una potestà discrezionale attribuita alla pubblica amministrazione.

Preliminarmente si deve evidenziare che la ipertestualizzazione del provvedimento amministrativo risponde ad uno dei canoni fondamentali che la giurisprudenza ha individuato in tema di motivazione. Il noto principio è quello per cui la motivazione deve precedere e non seguire l'adozione del provvedimento amministrativo, in particolar modo ove si faccia riferimento ad un'attività caratterizzata da discrezionalità amministrativa. Il principio consolidatosi nella giurisprudenza è quello che consiste nel divieto della motivazione postuma o della integrazione postuma della

182 A. NATALINI Sistemi informativi e procedimenti amministrativi, in Rivista trimestrale di diritto pubblico, n. 2, 1999, Giuffrè, Milano, pag. 463.

183 A. MASUCCI, L'atto amministrativo informatico, Primi lineamenti di una ricostruzione, Jovene Editore, Napoli, 1993, pag. 31, evidenzia la differenza tra il concetto indeterminato e la discrezionalità amministrativa poiché nel primo caso, a differenza che nell'ultimo, non sussiste un potere di scelta ma una semplice difficoltà interpretativa che può, almeno teoricamente, essere programmata.

184 Sul punto si veda il commento di A.G. OROFINO, Informatica ed attività amministrativa in AA.VV. Diritto e società dell'informazione. Riflessioni su informatica giuridica e diritto all'informatica, Nyberg Edizioni, 2005, pag. 226 e seg.; TAR Lazio, sez. III bis, 23 dicembre 2003, n. 12376, in www.giustizia-amministrativa.it.

motivazione¹⁸⁵. In tali casi la pubblica amministrazione, ove intenda sviluppare effettivamente una nuova motivazione rispetto a quella contenuta nel provvedimento adottato o negli atti istruttori, dovrà di conseguenza adottare ulteriori provvedimenti amministrativi in sede di riedizione del potere. Rimane dunque fermo il divieto di integrare la motivazione con gli atti difensivi predisposti dall'Amministrazione resistente anche dopo le modifiche introdotte dalla legge 11 febbraio 2005 n. 15 alla legge 7 agosto 1990 n. 241.

Tale principio si pone quale attuazione e tutela dei principi costituzionali del buon andamento amministrativo e dell'esigenza di delimitazione del controllo giudiziario¹⁸⁶. Non è, dunque, possibile alcuna integrazione della motivazione dopo l'emanazione del provvedimento amministrativo, fatto che determina anche l'impossibilità di introdurre nuovi elementi di fatto rispetto a quelli originariamente non presi in considerazione, ovvero di specificare elementi di fatto che non fossero nemmeno citati nel provvedimento amministrativo¹⁸⁷. Queste ultime valutazioni sono di notevole importanza, in quanto evidenziano ancora una volta come la motivazione non è solo quella composta dalla cd. motivazione in senso stretto ma anche dai presupposti di fatto, ammettendosi al massimo una non esplicitazione delle norme giuridiche quando le ragioni del provvedimento siano chiaramente evincibili dalla lettura del dispositivo del provvedimento impugnato. In questo ultimo caso, peraltro, non si ha una vera integrazione postuma in giudizio della motivazione ma la fonte normativa, seppure non correttamente esplicitata, avrebbe dovuto e potuto essere facilmente conosciuta dal ricorrente, con riferimento anche alle caratteristiche

185 Si veda da ultimo: Consiglio di Stato, sez. VI, 12 novembre 2009, n. 6997; 19 agosto 2009, n. 4993; TAR Piemonte, sez. I, 26 marzo 2010, n. 1603; TAR Sicilia, sez. III, 26 luglio 2010, n. 8964; in www.giustizia-amministrativa.it;

186 TAR Piemonte, sez. I, 26 marzo 2010, n. 1603 in www.giustizia-amministrativa.it e in Foro amm. TAR, 2010, 3, pag. 749.

187 TAR Calabria, sez. I, 1 aprile 2010, n. 396; TAR Campania, sez. VIII, 18 novembre 2009, n. 7633 in www.giustizia-amministrativa.it.

dell'operatore stesso coinvolto nello specifico caso concreto¹⁸⁸. Quest'ultimo esempio determina certo una attenuazione del divieto di motivazione postuma, anche alla luce della disposizione contenuta nell'art. 21 octies, comma 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241, nel quale si stabilisce che non si procede all'annullamento quando "*per la natura vincolata del provvedimento sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*", nonché nel caso successivamente descritto nel medesimo comma quando "*l'amministrazione dimostri in giudizio che il provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*", con riferimento ad atti, almeno astrattamente, diversi da quelli vincolati, e quindi, discrezionali¹⁸⁹. Questo non può peraltro comportare che un atto successivo possa comunque integrare la motivazione del provvedimento anche se taluna giurisprudenza pare aver ammesso dei casi nei quali è stata riconosciuta la legittimità di una decisione fondata su atto successivo¹⁹⁰, peraltro, a dire il vero, i casi citati si possono sempre ricondurre ad una delle ipotesi ricordate di specificazione della fonte normativa applicabile, la quale era chiaramente conoscibile dall'interessato e di pacifica applicazione attraverso la lettura della parte dispositiva. Quindi si può sostanzialmente affermare che seppur attenuato il principio del divieto di integrazione postuma della motivazione del provvedimento amministrativo rimane tuttora un caposaldo del nostro ordinamento giuridico, nell'ambito del diritto amministrativo.

Queste importanti considerazioni espresse dalla giurisprudenza mettono in evidenza come un provvedimento ipertestuale possa effettivamente rappresentare una risposta di garanzia per il cittadino, che può trovare tutti i riferimenti motivazionali, di fatto (ed anche ovviamente giuridici) sui quali si base la decisione adottata nei suoi confronti o comunque di suo interesse. Il provvedimento, in questo modo, viene ad assumere una rilevanza ed una portata sconosciuti fino ad ora, in quanto determina un considerevole

188 Consiglio di Stato, sez. VI, 3 marzo 2010 n. 1241 in www.lexitalia.it, n. 3/2010, nel caso di specie si valuta peraltro il particolare grado della fonte comunitaria alla quale la pubblica amministrazione aveva fatto riferimento nel corso del giudizio.

189 Consiglio di Stato, sez. V, 9 ottobre 2007, n. 5271 in www.giustizia-amministrativa.it.

190 Consiglio di Stato, sez. V, 9 ottobre 2007 n. 5271 in www.lexitalia.it, n. 10/2007.

incremento della efficacia comunicativa. Questo in quanto lo stesso non solo rappresenta il documento di sintesi del procedimento amministrativo ma ne conterrebbe, in realtà, tutti gli atti istruttori e dunque quelle risultanze dell'istruttoria cui fa specifico riferimento l'art. 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241 sarebbe immediatamente e contestualmente conoscibili dal destinatario del provvedimento amministrativo e degli altri soggetti interessati. Ed è proprio sotto il profilo della motivazione che si può apprezzare questa auspicabile innovazione. Le conseguenze positive sul cittadino sono innumerevoli.

Si vedrà in seguito che tali considerazioni possono essere ampliate a vari istituti, a partire da quello della motivazione per relationem e nelle molteplici e differenti esplicazioni che la stessa può assumere nel nostro ordinamento, come al riferimento alla relazione conclusiva del responsabile del procedimento, ovvero al recente istituto del preavviso di diniego nei casi di procedimenti amministrativi ad istanza di parte.

2.3.5. - L'automazione del provvedimento amministrativo caratterizzato da ambiti di discrezionalità amministrativa (limiti, linee operative)

Tornando dunque a parlare di attività discrezionale è noto come la stessa possa riguardare differenti profili del provvedimento amministrativo quali il *quid* (il contenuto), l'*an* (se emanare il provvedimento, il quale, per gli altri profili, sarà dunque un provvedimento vincolato), il *quomodo* (come emanare il provvedimento) o il *quando* (il momento temporale nel quale emanare il provvedimento)¹⁹¹. Concetti altrettanto pacifici sono quelli relativi alla nozione di attività amministrativa discrezionale. L'attività amministrativa discrezionale si caratterizza per la presenza di un potere di scelta rimesso alla pubblica amministrazione. Questo potere è legato al fatto che il legislatore non sempre è in grado di determinare la regola del caso concreto, ovvero perché appare di maggiore convenienza che sia la pubblica amministrazione ad operare tale scelta, anche al fine di evitare una eccessiva

191 G. CARIDI, *Informatica giuridica e procedimenti amministrativi*, Franco Angeli Editore, Milano, 1983, pag. 106 e seg.

crystallizzazione della disciplina che non sarebbe altrimenti in grado di adattarsi al continuo mutamento sociale¹⁹².

Il presupposto da cui partire quando si parla di provvedimenti caratterizzati da taluni profili di discrezionalità è dunque quello per cui tali regole discrezionali debbano perdere quella loro natura di ambiguità divenendo delle regole vincolate. Solo in questo modo, infatti, diventa possibile l'automazione degli stessi provvedimenti¹⁹³.

La limitazione della discrezionalità ovvero la sua procedimentalizzazione all'interno di un sistema automatizzato avviene dunque, in termini operativi, attraverso la programmazione di un apposito software¹⁹⁴, detto anche atto – software¹⁹⁵. Questa attività di programmazione può essere vista come espressione della potestà di auto organizzazione della pubblica amministrazione (autolimita), ovvero essere regolamentata direttamente dal legislatore. Un classico esempio in questo ultimo caso, costantemente citato dalla dottrina, è rappresentato dal noto art. 12, della legge 7 agosto 1990, n. 241, per il quale “*1. La concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi ed ausili finanziari e l'attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati sono subordinate alla predeterminazione ed alla pubblicazione da parte delle amministrazioni procedenti, nelle forme previste dai rispettivi ordinamenti, dei criteri e delle modalità cui le amministrazioni stesse devono attenersi.*” Casi altrettanto conosciuti sono quelli dei bandi di gara e di concorso, con i quali si predeterminano i criteri di valutazione ai quali la pubblica amministrazione si atterrà nella sua successiva attività¹⁹⁶.

192 U. FANTIGROSSI, Automazione e pubblica amministrazione, profili giuridici, Il Mulino, 1993, pag. 63 e seg.; A. MASUCCI, L'atto amministrativo informatico, Primi lineamenti di una ricostruzione, Jovene Editore, Napoli, 1993, pag. 98 e seg.

193 G. CARIDI, Informatica giuridica e procedimenti amministrativi, Franco Angeli Editore, Milano, 1983, pag. 147 e seg.

194 A. MASUCCI, L'atto amministrativo informatico, Primi lineamenti di una ricostruzione, Jovene Editore, Napoli, 1993, pag. 54 e seg.

195 U. FANTIGROSSI, Automazione e pubblica amministrazione, profili giuridici, Il Mulino, 1993, pag. 103 e seg.;

196 U. FANTIGROSSI, Automazione e pubblica amministrazione, profili giuridici, Il Mulino, 1993, pag. 63 e seg.; A. MASUCCI, L'atto amministrativo informatico, Primi lineamenti di una ricostruzione, Jovene Editore, Napoli, 1993, pag. 98 e seg.

Attraverso l'autolimitate, dunque, è possibile perseguire gli essenziali principi costituzionali di cui all'art. 97, di imparzialità e buon andamento. Sulla natura di questo atto si ritiene comunemente che si tratti non di un atto normativo, bensì di un atto amministrativo generale¹⁹⁷.

Con riferimento agli autolimiti appare opportuno ricordare anche che non vi sono soltanto degli autolimiti esterni come quello testé richiamato dell'art. 12 della legge 7 agosto 1990, n. 241. L'autolimitate esterno, infatti, è quello che proviene da una fonte normativa predeterminata come può anche incontrarsi nell'obbligo di pubblicazione di un bando prima di una gara pubblica o di un pubblico concorso come già indicato anche in precedenza. Esistono peraltro anche autolimiti interni, come il caso della prassi amministrativa, la quale può essere superata soltanto attraverso una adeguata e congrua motivazione, a pena del configurarsi di una figura sintomatica di eccesso di potere¹⁹⁸. In effetti la prassi amministrativa ha un rilievo anche ai fini della programmazione dell'atto software in quanto elemento che vincola la pubblica amministrazione all'esterno in relazione al principio di eguaglianza.

Ritornando allo specifico dell'atto software come autolimitate si ricorda che questo atto software non è sempre in grado di eliminare ambiti di discrezionalità ovvero la necessità di un intervento umano, che come già spiegato in precedenza non deve ritenersi come un recedere rispetto ad una indispensabile richiesta di innovazione e celerità dei procedimenti amministrativi, ma piuttosto come una esigenza imprescindibile del nostro ordinamento. D'altro canto anche la più attenta programmazione non impedisce che si possa incorrere in una ipotesi non predeterminata dalle pur complesse e puntuali istruzioni contenute nell'atto software. Ovvero potrebbe verificarsi che la situazione concreta cui si incorra al momento

197 U. FANTIGROSSI, Automazione e pubblica amministrazione, profili giuridici, Il Mulino, 1993, pag. 109 e seg.; A. MASUCCI, L'atto amministrativo informatico, Primi lineamenti di una ricostruzione, Jovene Editore, Napoli, 1993, pag. 59 e seg.; V. BUSCEMA, Discrezionalità amministrativa e reti neurali artificiali, in Foro amministrativo, 1993, pag. 620 e seg.

198 G. CARIDI, Informatica giuridica e procedimenti amministrativi, Franco Angeli Editore, Milano, 1983, pag. 104 e seg.

dell'emanazione dello specifico provvedimento amministrativo sia un evento mai verificatosi in precedenza e rispetto al quale le istruzioni dell'atto software non sono logicamente in grado di giungere ad una determinata conclusione senza l'intervento dell'operatore umano¹⁹⁹. Infatti sono sempre possibili, al di là della esatta predeterminazione di tutte le variabili possibili, delle situazioni inconsuete, come possono anche essere quelle derivanti da un nuovo intervento legislativo, ovvero da un'improvvisa modifica di orientamento da parte della giurisprudenza.

Si consideri, peraltro, che le fattispecie nelle quali il livello di discrezionalità non è particolarmente ampio possono comunque essere completamente automatizzate²⁰⁰. Si tratta di quei provvedimenti che presentano un carattere di ripetitività e che sono, di conseguenza, prevedibili a livello di programmazione al momento della definizione dell'atto software. Quali esempi di questa categoria si citano comunemente i provvedimenti di massa²⁰¹, la cui maggiore difficoltà sta appunto nella notevole quantità di pratiche da smaltire in un limitato periodo di tempo piuttosto che nella difficoltà di interpretazione della problematica giuridica attinente l'emanazione del singolo provvedimento amministrativo. Si può fare altresì riferimento ai provvedimenti negativi²⁰². Ulteriormente è possibile richiamare quegli atti amministrativi nei quali trovano applicazione dei criteri di natura meramente economica e che possono essere ricondotti alla categoria dei provvedimenti amministrativi con caratteri discrezionali automatizzabili²⁰³.

199 G. CARIDI, *Informatica giuridica e procedimenti amministrativi*, Franco Angeli Editore, Milano, 1983, pag. 102 e seg.; U. FANTIGROSSI, *Automazione e pubblica amministrazione, profili giuridici*, Il Mulino, 1993, pag. 81 e seg.;

200 A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico, Primi lineamenti di una ricostruzione*, Jovene Editore, Napoli, 1993, pag. 35 e seg. es. nei procedimenti amministrativi di massa che prevedono delle decisioni in cui il livello di discrezionalità è basso, pur con i limiti di taluna approssimazione.

201 A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico, Primi lineamenti di una ricostruzione*, Jovene Editore, Napoli, 1993, pag. 35 e seg.

202 G. CHIANTERA, *Considerazioni sull'automazione dei procedimenti amministrativi*, in www.lexitalia.it; C. NOTARMUZZI, *Il procedimento amministrativo informatico*, in www.altalex.it; S. PUDDU, *Contributo ad uno studio sull'anormalità dell'atto amministrativo informatico*, Napoli, Jovene Editore, 2006, pag. 143.

203 D. MARONGIU, *L'attività amministrativa automatizzata – profili giuridici*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2005, pag. 72.

Analizzando, dunque, il sistema di ipertestualizzazione che è proposto nella presente trattazione, si può infine fare riferimento anche a tutta una serie di ulteriori casi. Si tratta di quelle situazioni nella quali si ha un richiamo positivo ad un precedente atto istruttorio del procedimento amministrativo, potendosi in tal caso fare riferimento al noto istituto della motivazione per relationem che verrà analizzato nel prosieguo. In questo caso più che di completa automazione sarà, in taluni casi, possibile giungere soltanto ad una semi automazione.

A questo punto appare necessario analizzare i diversi gradi di automazione e informatizzazione che il provvedimento amministrativo caratterizzato da dall'applicazione delle innovazioni tecnologiche a tutt'oggi esistenti può concretamente presentare, fino al livello massimo di automazione completa della motivazione del provvedimento amministrativo discrezionale.

2.3.6. - I presupposti di fatto e di diritto alla luce del provvedimento amministrativo ipertestuale ed automatico e la giurisprudenza in materia di motivazione dagli atti istruttori o motivazione postuma in giudizio

Si è già analizzato come i presupposti di fatto e le ragioni di diritto devono essere evincibili dal provvedimento²⁰⁴, e come tale elemento risulta indispensabile anche nella motivazione del provvedimento amministrativo caratterizzato da un potere meramente vincolato.

La ipertestualizzazione del provvedimento è in grado di rendere meno oscuri tali elementi rispetto a quanto avviene nel provvedimento amministrativo che utilizza il tradizionale linguaggio della scrittura lineare. Infatti saranno linkabili sia i presupposti di fatto, di cui si potrà dunque avere una piena conoscenza, ma anche le ragioni di diritto attraverso una immediata ostensibilità del testo normativo cui il

204 A. MASUCCI, L'atto amministrativo informatico, Primi lineamenti di una ricostruzione, Jovene Editore, Napoli, 1993, pag. 101.

provvedimento fa riferimento²⁰⁵. In effetti il mero richiamo ad una determinata norma giuridica, senza possibilità di una effettiva consultabilità immediata del testo aggiornato, determina che tale norma sia effettivamente conoscibile soltanto da un soggetto dotato di una particolare preparazione in materia²⁰⁶. L'informatizzazione deve dunque sempre essere vista come uno strumento diretto al rafforzamento delle prerogative del cittadino privato e non al suo indebolimento per una travisata finalità di una totale automazione dei procedimenti e per una presunta maggiore efficienza degli stessi.

Su questo profilo assume particolare rilievo la giurisprudenza che si è da sempre occupata della motivazione derivante dagli atti istruttori. Una lettura piana e formale del testo della norma di cui all'art. 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241, infatti, porterebbe alla logica conclusione che la motivazione deve essere posta all'interno del provvedimento amministrativo, con conseguente configurazione del vizio di violazione di legge tutte quelle volte che la stessa manchi.

Peraltro, con l'evoluzione giurisprudenziale è stata introdotta una ricostruzione diversa da quella appena prospettata.

Questa giurisprudenza in un'ottica sostanzialistica afferma che la motivazione del provvedimento amministrativo è una garanzia del cittadino, il cui scopo è quello di consentire allo stesso una chiara ricostruzione dell'iter logico e giuridico mediante il quale l'Amministrazione è giunta all'adozione di un dato provvedimento. Questo al fine di consentire dunque un controllo del corretto esercizio del potere conferito dalla legge alla pubblica amministrazione e potendo, di conseguenza far valere le proprie

205 In tal modo si superano le problematiche e le preoccupazioni derivanti dall'eventuale utilizzo di simboli o codici in cifre di difficile decrittazione da parte del cittadino medio. Il provvedimento diviene invece un provvedimento arricchito che è effettivamente il contenitore di tutto quanto è accaduto durante il procedimento amministrativo.

206 Si veda a proposito il progetto normattiva: www.normattiva.it, che ha sostituito il precedente portale "norme in rete": www.nir.it ora non più disponibile. In tal senso è possibile immaginare che il richiamo consenta l'apertura della relativa pagina web contenente il testo aggiornato della normativa indicata nel provvedimento amministrativo.

ragioni nelle sedi giurisdizionali competenti²⁰⁷. Il concetto dunque, che è enucleato dalla giurisprudenza, è quello per cui la motivazione deve comunque essere conoscibile dal cittadino, cosicché, nel ragionamento che segue, non è importante quale forma essa assuma, ma che la stessa consenta al cittadino di raggiungere il risultato della detta conoscibilità.

Da questa condivisibile premessa deve pertanto, ritenersi, che, la garanzia di tutela delle ragioni del privato non è menomata dal fatto che dal provvedimento amministrativo finale non risultino chiaramente e compiutamente comprensibili quelle che sono le ragioni poste alla base della scelta della pubblica amministrazione²⁰⁸. Questo a condizione che le stesse possano peraltro essere facilmente tratte dall'insieme degli atti afferenti alle varie fasi in cui si articola il procedimento ed in particolare dalla fase principe del procedimento amministrativo, che è rappresentata dalla fase dell'istruttoria.

Questa conclusione supera quella ricordata visione formale dell'obbligo di motivazione, e si sviluppa in piena coerenza con i principi di trasparenza e di buon andamento che si traggono dall'art. 97 Cost.²⁰⁹.

In sintesi si può agevolmente affermare che in tutti quei casi in cui la decisione amministrativa risulti motivata non dalla lettura del solo provvedimento, ma anche dall'insieme degli atti del procedimento, ovviamente resi disponibili per il cittadino interessato, non potrà affermarsi che vi sia un vizio afferente al profilo della motivazione, rilevante e sanzionabile dall'autorità giudiziaria competente²¹⁰.

La giurisprudenza appena ricordata, che presenta caratteri di assoluta uniformità, rappresenta un parametro interpretativo essenziale anche nella luce delle differenti

207 Consiglio di Stato, sez IV, 30 novembre 2009, n. 7502, in www.giustizia-amministrativa.it; Consiglio di Stato, sez. IV, 4 dicembre 2009, n. 7652 in www.giustizia-amministrativa.it; In genere più risalenti si vedano anche: Consiglio di Stato sez. IV, 30 maggio 2005, n. 2770; 14 febbraio 2005, n. 435; sez. V, 20 ottobre 2004, n. 6814 in www.giustizia-amministrativa.it.

208 Consiglio di Stato, sez. IV, 14 aprile 2010, n. 2084 in www.giustizia-amministrativa.it.

209 Consiglio di Stato, sez. IV, 6 luglio 2010, n. 4331 in www.giustizia-amministrativa.it.

210 Consiglio di Stato, sez IV, 30 novembre 2009, n. 7502, in www.giustizia-amministrativa.it.

forme che il provvedimento può assumere attraverso l'introduzione delle innovazioni tecnologiche ad oggi esistenti. Il principio della prevalenza della sostanza rispetto alla forma è infatti un principio immanente del nostro ordinamento giuridico e non può ragionevolmente pensarsi che l'introduzione delle nuove tecnologie possa superare lo stesso. Questo anche se la ricordata logica delle macchine è di natura diretta verso un irrigidimento dei procedimenti e della forma.

Con l'introduzione, peraltro, del provvedimento amministrativo ipertestuale si potrebbero rafforzare ancora di più le prerogative del cittadino. Se, infatti, tutti gli atti dell'istruttoria non fossero semplicemente richiamati e resi disponibili nel provvedimento amministrativo di interesse, ma fossero contenuti, per le possibilità tecniche già indicate in precedenza, nel provvedimento stesso, il cittadino ne trarrebbe un sicuro vantaggio.

Sotto un profilo strettamente giuridico non vi sarebbe dunque un obbligo che il provvedimento contenga tutti gli atti istruttori ma una sua effettiva applicazione, secondo le modalità del provvedimento ipertestuale, determinerebbe di fatto un complessivo ritorno della motivazione all'interno del provvedimento. Questo in quanto il cittadino non avrebbe necessità di consultare o accedere ad altri ed ulteriori atti oltre quelli che non solo citati ma anche fisicamente riportati nel medesimo provvedimento amministrativo. Indubbiamente, in termini evolutivi, un provvedimento amministrativo ipertestuale, sviluppato con i caratteri previamente descritti, renderebbe non più attuale l'idea di dover trarre la motivazione da elementi ultranei rispetto a quelli contenuti in questo provvedimento amministrativo arricchito.

2.3.7. - L'istituto della motivazione per relationem alla luce del provvedimento amministrativo ipertestuale ed automatico

L'istituto della motivazione per relationem, espressamente introdotto con l'art. 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241, è uno degli strumenti che maggiormente si presta a consentire l'automazione del provvedimento amministrativo ed in particolare di quei

provvedimenti amministrativi caratterizzati da discrezionalità²¹¹. Sul punto specifico del rapporto con l'atto software che stabilisce le regole e le istruzioni di comportamento della macchina, al momento dell'emanazione dei singoli provvedimenti amministrativi, si ritornerà in seguito. Al momento l'istituto è utile ai fini della altra innovazione che può essere introdotta nel provvedimento amministrativo e nella sua motivazione, attraverso l'utilizzo della ipertestualità e della multimedialità.

Non appare inutile ricordare alcune delle posizioni più note evidenziate dalla recente giurisprudenza amministrativa, al fine di comprendere l'impatto che il provvedimento arricchito o multimediale può avere nel nostro ordinamento sullo specifico punto dell'istituto in esame.

La specifica norma di riferimento è il ricordato art. 3, comma 3, della legge 7 agosto 1990, n. 241, il quale stabilisce che *“Se le ragioni della decisione risultano da altro atto dell'amministrazione richiamato dalla decisione stessa, insieme alla comunicazione di quest'ultima deve essere indicato e reso disponibile, a norma della presente legge, anche l'atto cui essa si richiama”*.

La norma non presenta particolari problematiche interpretative e viene comunemente interpretata come segue.

La motivazione, in base alla norma sopra citata, può dunque anche non essere materialmente contenuta all'interno del provvedimento amministrativo. L'istituto della motivazione per relationem, il quale è sempre stato riconosciuto come operante nel nostro ordinamento ha trovato una espressa sanzione con l'introduzione del già citato art. 3, comma 3, legge 7 agosto 1990, n. 241.

Per rispettare il dettato normativo è necessario che la pubblica amministrazione adempia a due obblighi. In primo luogo vi deve essere l'indefettibile richiamo espresso dell'atto che contiene la motivazione e, ove necessario, la precisa indicazione delle parti cui si intende fare riferimento. In secondo luogo è necessario

211 U. FANTIGROSSI, Automazione e pubblica amministrazione, profili giuridici, Il Mulino, 1993, pag. 135 e seg.;

eventualmente, mettere a disposizione del richiedente l'atto richiamato. Questo avviene mediante il coevo istituto dell'accesso agli atti, che si estrinseca nella visione e/o nella estrazione di copia dell'atto richiamato, azionabile soltanto ad istanza di parte²¹². È conseguenza di tale ricostruzione che non vi sia un obbligo della pubblica amministrazione di allegare materialmente l'atto richiamato, pur dovendosi considerare che la motivazione che si trae dall'atto richiamato deve essere sufficiente secondo i canoni riconosciuti dalla giurisprudenza²¹³.

Una soluzione di questo tipo è una chiara mediazione tra l'esigenza di consentire la conoscibilità della motivazione utilizzata da una pubblica amministrazione, all'interno di un provvedimento amministrativo, e la opposta esigenza di non aggravare eccessivamente l'azione della pubblica amministrazione stessa. È chiaro, peraltro, come una tale ricostruzione ed anche una tale normativa, siano l'inveterata eredità di un provvedimento e di un procedimento sviluppato nelle tradizionali forma cartacee. Ove invece, come oggi riconosce lo stesso codice della pubblica amministrazione digitale, il provvedimento amministrativo assume forma originaria elettronica, non ha molto senso non utilizzare le nuove modalità di estrinsecazione dello stesso in termini più efficacemente innovativi. Altrimenti si ricade nella abituale riproposizione delle modalità di estrinsecazione del provvedimento cartaceo in quello elettronico, senza nessun effettivo e reale beneficio per il cittadino e senza utilizzare a pieno le potenzialità che il nuovo strumento adottato è in grado di offrire²¹⁴.

Le ricordate caratteristiche del provvedimento amministrativo ipertestuale consentono di superare il tradizionale concetto di motivazione per relationem. L'utilizzo dell'ipertesto consente di far sì che l'atto richiamato non sia semplicemente allegato al provvedimento – pur non essendo questo a tutt'oggi un obbligo - ma diventa parte

212 Si vedano da ultimo: TAR Lazio, sez. I, 4 marzo 2009, n. 2236, in Foro amm. TAR 2009, 3, pag. 712 e seg.; Consiglio di Stato, sez. V, 20 maggio 2010, n. 3190, in Foro amm. CDS, 2010,5, pag. 1046; Consiglio di Stato, sez. IV, 3 agosto 2010, n. 5150 in www.giustizia-amministrativa.it.

213 Consiglio di Stato, sez. IV, 3 agosto 2010, n. 5150 in www.giustizia-amministrativa.it.

214 G. DUNI, Voce Teleamministrazione, in Enciclopedia Giuridica Treccani, Vol. XXX, 1993, in <http://spol.unica.it/teleamm/italiano/pubblicazioni/telea.htm>.

integrante non solo in termini giuridici ma anche materiali del provvedimento amministrativo stesso. La soluzione tecnologica adottata supera le ragioni tradizionalmente addotte per non riconoscere l'obbligo di allegazione dell'atto richiamato. I vantaggi non sono peraltro ad esclusivo appannaggio del cittadino, al quale è consentito di avere una effettiva ed immediata cognizione di quelle che sono le basi sulle quali si è fondata la motivazione della decisione di suo interesse, ma anche per la pubblica amministrazione che non è gravata dai successivi procedimenti amministrativi di accesso. I quali procedimenti potrebbero ritenersi automatizzati ove si adotti un modello di motivazione per relationem che rimandi alla consultazione dei documenti all'interno della apposita sezione del sito internet istituzionale della pubblica amministrazione.

2.3.8. - La relazione conclusiva del responsabile del procedimento in base alle risultanze dell'istruttoria alla luce del provvedimento amministrativo ipertestuale ed automatico

Il sistema della motivazione per relationem può trovare un ulteriore e fondamentale referente rispetto alla figura del responsabile del procedimento. In particolare deve essere valorizzata la disposizione di cui all'art. 6, comma 1, lett. e) della legge 7 agosto 1990, n. 241 secondo la quale il predetto responsabile del procedimento *“adotta, ove ne abbia la competenza, il provvedimento finale, ovvero trasmette gli atti all'organo competente per l'adozione. L'organo competente per l'adozione del provvedimento finale, ove diverso dal responsabile del procedimento, non può discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile del procedimento se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale”*, secondo la formulazione di cui all'articolo 4 della legge n. 15 del 2005²¹⁵. Trattasi, dunque, di

215 F. CARINGELLA, Manuale di diritto amministrativo, Giuffrè, Milano, 2005, pag. 987 e seg.; G. CHIANTERA, La particolarità del rapporto tra il responsabile del procedimento e il dirigente dell'unità organizzativa e le recenti modifiche legislative sul procedimento amministrativo, 2007, in <http://www.diritto-inrete.com/articolo.asp?id=481>.

una ipotesi che ha una portata molto ampia e generale, ove il responsabile del procedimento non corrisponda al responsabile del provvedimento. La norma è di una chiarezza cristallina nel fare riferimento all'istituto della motivazione, determinando di fatto che le conclusioni del responsabile del procedimento, formalizzate in una bozza di provvedimento, od ancor meglio in una relazione conclusiva, assumano un carattere vincolante²¹⁶, elemento che corrisponde, esattamente, al presupposto che la dottrina individua per consentire l'automazione²¹⁷. Il vincolo non è assoluto, ma è superabile, adottando una procedura che si formalizza nell'espressione di una motivazione che giustifichi puntualmente le ragioni del discostamento, cosicché può affermarsi che la relazione del responsabile del procedimento è una vera e propria proposta di decisione²¹⁸. Nella concreta configurazione di un atto automatico possono dunque verificarsi le seguenti ipotesi. In primo luogo il responsabile del provvedimento potrebbe accogliere l'impostazione del responsabile del procedimento, ipotesi che è peraltro quella più probabile nella realtà, in quanto può immaginarsi l'esistenza di un dialogo informale continuo tra i due soggetti. In questo caso l'atto amministrativo sarà validato dal responsabile del provvedimento e consentirà l'emanazione dell'atto in maniera semi automatica, con richiamo alla relazione del responsabile del procedimento, linkabile secondo il ricordato sistema del provvedimento ipertestuale²¹⁹. Nel caso contrario, come dispone la legge, il responsabile del provvedimento, ove intenda discostarsi dalle valutazioni e dalle proposte del responsabile del procedimento, dovrà darne conto con una motivazione che deve assumere caratteri di puntualità ed esaustività²²⁰. Proprio tale carattere comporta un evidente elemento non automatizzabile, rimesso alla esclusiva iniziativa e determinazione del responsabile del provvedimento.

216 S. TOSCHI, *Maggiori poteri al responsabile del procedimento*, in *Guida al diritto*, n. 10, 2005, pag. 62 e seg.

217 U. FANTIGROSSI, *Automazione e pubblica amministrazione, profili giuridici*, Il Mulino, 1993, pag. 135 e seg.

218 A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996, pag. 82 e seg.

219 Si veda in giurisprudenza, ad esempio, TAR Campania, sez. IV, 20 giugno 2007 / 31 luglio 2007, n. 7147 in www.iusna.net.

220 F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2005, pag. 988 e seg.

In conclusione proprio da questo istituto è possibile valorizzare un più generale principio di distinzione tra la fase decisoria in cui è definito il contenuto del provvedimento, e quella provvedimentale in cui è concretamente emanato il provvedimento, distinzione che favorisce ai massimi termini l'automazione dei provvedimenti amministrativi stessi assumendo un carattere generalizzato.

2.3.9 – *L'art. 10 bis della legge 7 agosto 1990, n. 241 alla luce del provvedimento amministrativo ipertestuale ed automatico*

In genere si può affermare che l'introduzione dell'art. 10 bis, della legge 7 agosto 1990, n. 241, il quale stabilisce il cd. preavviso di rigetto, si inserisce a pieno titolo nel procedimento amministrativo elettronico²²¹. Questo istituto può essere visto anche nei termini per cui *“prima del diniego, il sistema dovrebbe inviare una sorta di «preavviso di rigetto elettronico» ed avvertire il privato della possibilità di essere sentito personalmente”*²²², ma nell'ambito della nostra trattazione interessa il profilo che tale istituto assume quale anticipazione della motivazione e come tale aspetto possa consentire una semi automazione della motivazione medesima.

In questa sede si deve valutare questo istituto più che come uno strumento ulteriore di partecipazione procedimentale, maggiormente nella luce di una particolare specie di anticipazione della motivazione del futuro provvedimento di diniego che verrà emanato. Ricordiamo cosa stabilisce l'art. 10 bis della legge 7 agosto 1990, n. 241: *“Nei procedimenti ad istanza di parte il responsabile del procedimento o l'autorità competente, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, comunica tempestivamente agli istanti i motivi che ostano all'accoglimento della domanda. Entro il termine di dieci giorni dal ricevimento della comunicazione, gli istanti hanno il diritto di presentare per iscritto le loro osservazioni, eventualmente corredate da*

221 In generale si veda: P. AMOVILLI, La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza (art. 10-bis L. 241/90) tra partecipazione, deflazione del contenzioso e nuovi modelli di contraddittorio "ad armi pari" in www.lexitalia.it, n. 10/2009.

222 S. PUDDU, Contributo ad uno studio sull'anormalità dell'atto amministrativo informatico, Napoli, Jovene Editore, 2006, pag. 115.

documenti. La comunicazione di cui al primo periodo interrompe i termini per concludere il procedimento che iniziano nuovamente a decorrere dalla data di presentazione delle osservazioni o, in mancanza, dalla scadenza del termine di cui al secondo periodo. Dell'eventuale mancato accoglimento di tali osservazioni è data ragione nella motivazione del provvedimento finale. Le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano alle procedure concorsuali e ai procedimenti in materia previdenziale e assistenziale sorti a seguito di istanza di parte e gestiti dagli enti previdenziali.”

In questa sede giova sottolineare che tale istituto, seppure non generalizzato, trova applicazione in numerosi procedimenti ad istanza di parte, pur se con alcune eccezioni ricordate nello stesso testo della norma in esame. La sua applicazione è dunque piuttosto rilevante nella gestione, in generale, del procedimento amministrativo, compreso, di conseguenza, quello elettronico. In particolare un primo elemento che deve essere valorizzato è che si ritiene di regola che il preavviso di diniego non possa essere autonomamente impugnato²²³. Valutazione che ci porta a concludere da un lato che non si tratta, pertanto, di un provvedimento amministrativo, e che dall'altra non deve essere motivato. Questa prima conclusione assume una particolare importanza nella nostra trattazione, in quanto non dovremo preoccuparci di come automatizzare tale atto amministrativo e gli elementi di motivazione in esso contenuti. Peraltro è importante sottolineare come l'art. 10 bis rappresenti uno “*schema di provvedimento*” di diniego, contenente una motivazione ampia e

223 La comune ricostruzione è quella per cui si tratta di un atto endoprocedimentale che non è in grado di determinare una autonoma lesività della sfera giuridica del cittadino, ad esempio cfr. Consiglio di Stato, sez. IV 10 luglio 2007 n. 4828 in www.giustizia-amministrativa.it, ma si consideri anche che, pur su tale presupposto si ritiene autonomamente impugnabile in ipotesi di accertata capacità a determinare arresto procedimentale, cfr. TAR Latina I sent 13 gennaio 2009 n. 19. In dottrina si veda ad esempio S. TARULLO, L'art. 10 bis della l. 241 del 1990, il preavviso di rigetto tra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria, in www.giustamm.it, 2005, n. 1; G. MICARI, Il preavviso di rigetto procedimentale, la “partecipazione nella partecipazione” e l'art. 21 octies della L. n. 241 del 1990 al vaglio giurisprudenziale, in *Giurisprudenza di merito*, 2006, n. 6, pag. 1542 e seg.

completa, che può dunque rilevare sotto il profilo del sistema della motivazione per relationem²²⁴.

Al di là della funzione che l'art. 10 bis svolge e le complesse problematiche del rapporto di questo istituto con talune contraddittorie innovazioni della legge 7 agosto 1990, n. 241, coeve allo stesso, quello che interessa nella nostra trattazione è un altro profilo, decisamente più limitato.

L'art. 10 bis della L. n. 241/1990 stabilisce, nel caso in cui vengano presentate all'Amministrazione delle osservazioni da parte degli interessati, l'Amministrazione stessa deve dare conto nella motivazione dell'eventuale mancato accoglimento di queste all'interno del provvedimento amministrativo conclusivo²²⁵. Sul punto possono dunque verificarsi le seguenti differenti situazioni.

- 1) Il cittadino non presenta osservazioni nei confronti del preavviso di diniego;
- 2) Il cittadino presenta delle osservazioni nei confronti del preavviso di diniego e l'Amministrazione emette lo stesso il provvedimento negativo in questione senza indicare le motivazioni per cui le osservazioni non sono state prese in considerazione;
- 3) Il cittadino presenta delle osservazioni nei confronti del preavviso di diniego e l'Amministrazione tiene conto delle osservazioni ed emette il provvedimento negativo motivando il mancato accoglimento delle stesse, ovvero emette un provvedimento positivo accogliendo le osservazioni del soggetto istante.

Indubbiamente il caso presente al n. 1) è quello di più facile risoluzione sotto il profilo del provvedimento amministrativo automatizzato ed ipertestuale. Questo in quanto sarà sufficiente il richiamo per relationem allo stesso per poter procedere. In questo caso, anche ove trattasi di un provvedimento in cui sono presenti degli elementi di discrezionalità, sarà possibile una totale automazione. La macchina sarà

224 G. MICARI, Il preavviso di rigetto procedimentale, la "partecipazione nella partecipazione" e l'art. 21 octies della L. n. 241 del 1990 al vaglio giurisprudenziale, in *Giurisprudenza di merito*, 2006, n. 6, pag. 1542 e seg.

225 P. AMOVILLI, La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza (art. 10-bis L. 241/90) tra partecipazione, deflazione del contenzioso e nuovi modelli di contraddittorio "ad armi pari" in www.lexitalia.it, n. 10/2009.

programmata nei termini che, ove non vengano presentate delle osservazioni, sarà automaticamente adottato un provvedimento negativo con quella motivazione a suo tempo espressa allo scadere del termine prefissato per la presentazione delle osservazioni stesse. Questa soluzione concorda con quell'impostazione dell'art. 10 bis, con il quale lo stesso è visto come piena esplicitazione di tutte le motivazioni dell'Amministrazione e che bene si concilia sia con i termini molto brevi previsti per le osservazioni, sia, più in generale, con i principi di partecipazione e trasparenza della pubblica amministrazione²²⁶.

Il caso di cui al punto n. 2) rappresenta una ipotesi che non può essere presa in considerazione in un procedimento automatizzato, e che comunque si pone in termini di patologia rispetto al corretto andamento del procedimento amministrativo così come delineato dall'art. 10 bis della legge 7 agosto 1990, n. 241²²⁷.

L'ipotesi conclusiva, delineata nel punto n. 3) rappresenta infatti la soluzione fisiologica in un procedimento amministrativo elettronico. In questo caso infatti, la presentazione delle osservazioni determinerà un *alert* che imporrà l'intervento del funzionario pubblico per dare una specifica ed adeguata motivazione dell'accoglimento o del mancato accoglimento delle puntuali osservazioni degli interessati. In questo caso, dunque, il provvedimento amministrativo presenterà un carattere di semi automatizzabilità secondo i canoni che sono stati e che saranno descritti. In questo momento appare sufficiente ricordare che anche in tal caso vi sarà un parziale riferimento alla motivazione per *relationem*, mentre l'intervento umano rimarrà limitato all'esplicitazione delle ragioni del mancato accoglimento delle

226 G.MONTEDORO, Potere amministrativo, sindacato del giudice e difetto di motivazione, in www.giustamm.it.
In tal senso G. MASTRODONATO, La motivazione del provvedimento nella riforma del 2005, in www.lexitalia.it, n. 10/2005, per cui la motivazione non può essere “vaga, indeterminata, apodittica o ridotta ad una formula standardizzata, teoricamente valevole in tutti i casi e che non renda comprensibile, in concreto e nel caso specifico, l'iter logico seguito dall'amministrazione nella propria valutazione negativa”.

227 Si veda Consiglio di Stato, Sez. VI, 22 maggio 2007, n. 2596 in www.giustizia-amministrativa.it.

osservazioni dei soggetti interessati ovvero al richiamo positivo alle medesime osservazioni, accogliendone la prospettazione effettuata dal cittadino²²⁸.

2.3.10. - I silenzi significativi (assenso e diniego) alla luce del provvedimento amministrativo ipertestuale ed automatico

Il nostro ordinamento prevede che il procedimento amministrativo si concluda sempre con l'emanazione di un provvedimento espresso²²⁹. Il silenzio rappresenta, dunque, una situazione patologica di mero fatto, la cui frequenza ha, peraltro, imposto uno specifico intervento da parte del legislatore²³⁰. Lo scopo del legislatore non è quello di riconoscere alle questioni relative al silenzio una rilevanza particolare ma piuttosto di porre rimedio agli effetti negativi che lo stesso silenzio determina in relazione agli interessi dei cittadini²³¹.

In questa sede non ha rilievo la problematica del cd. silenzio rifiuto, ma interessano invece quelle ipotesi di silenzio significativo, in quanto la prima ipotesi non comporta equiparazione al provvedimento amministrativo e dunque non pone il problema della sua eventuale motivazione. Il silenzio significativo si configura tutte quelle volte in cui al silenzio il legislatore riconosce il valore di un provvedimento amministrativo,

228 Un istituto simile a quello appena ricordato è quello introdotto nel nostro ordinamento in attuazione della cd. Direttiva ricorsi in tema di appalti pubblici (Direttiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007). Tale direttiva ha trovato una prima applicazione con il D.Lgs. 20 marzo 2010, n. 53 il quale ha introdotto l'art. 243 bis del codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163). Il nuovo istituto consiste nell'informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale nelle materie di cui all'art. 244 comma 1 dello stesso codice degli appalti pubblici. Rispetto all'altro istituto analizzato l'ambito applicativo non ha un carattere ampio in quanto è sempre legato all'iniziativa dell'interessato destinatario di un provvedimento amministrativo in materia di appalti. La particolarità dell'istituto, che qua assume rilevanza, è dato dal fatto che in tal caso la pubblica amministrazione ha non solo la possibilità di introdurre ulteriori elementi motivazionali, ovvero accogliere la richiesta dell'interessato ed agire in autotutela. La ipotesi che consente un'automazione è quella in cui viene confermata la motivazione adottata in precedenza consentendo dunque una sua parziale automazione tramite il sistema della motivazione per relationem. In questo caso, peraltro, l'ambito applicativo è molto più ridotto anche sotto il profilo dell'automazione.

229 F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2005, pag. 931 e seg. A. PUBUSA, *Diritti dei cittadini e pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 1999, pag. 127 e seg.

230 A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 1989, pag. 673 e seg.

231 F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2005, pag. 933.

di accoglimento o di rigetto, senza la necessità di verificare la effettiva volontà dell'agente²³². Da ultimo le modifiche introdotte con l'art. 3, comma 6 ter del D.L. 35/2005 come convertito con L. 80/2005 all'art. 19 hanno portato ad una generalizzazione del silenzio assenso, potendosi dunque affermare che, almeno teoricamente, le ipotesi in cui il silenzio non ha valore provvedimentale rappresentano delle eccezioni²³³, a differenza di quanto si riteneva in passato²³⁴.

Poiché la motivazione è legata al provvedimento amministrativo, nostro interesse è l'analisi delle ipotesi di silenzio significativo che il legislatore equipara ai provvedimenti amministrativi. In particolar modo andrà analizzata l'ipotesi nella quale sia possibile configurare un provvedimento amministrativo espresso automatico meramente dichiarativo con motivazione di stile all'infruttuoso scadere del termine di conclusione del procedimento.

In tema di silenzio significativo (assenso o diniego) è stata proposta l'introduzione di un sistema di messaggistica automatica nei confronti anche del cittadino, quando si verifichi quel decorso del tempo a cui il legislatore attribuisce un dato significativo²³⁵. Una soluzione di questo tipo pare fare riferimento ad un sistema di comunicazione informale, al quale non attribuire alcuna rilevanza provvedimentale, una semplice informativa del significato del silenzio serbato dalla pubblica amministrazione, anche ai fini di una celere possibilità di tutela giurisdizionale. Si tratta a questo punto di verificare se sia configurabile un'ipotesi più radicale, consistente in un provvedimento amministrativo espresso automatico. Sotto il profilo della motivazione è necessario anticipare una considerazione significativa. È vero, infatti, che non si può

232 A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 1989, pag. 674.

233 F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2005, pag. 933.

234 U. DI BENEDETTO, *Diritto amministrativo, giurisprudenza e casi pratici*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 1999, pag. 415 e seg. Rimane, peraltro, sempre valido il riferimento che non si tratta di una generalizzazione in senso complessivo, ma soltanto nel limitato ambito del silenzio, rimanendo sempre la regola generale quella per cui il procedimento amministrativo deve concludersi con l'emanazione di un provvedimento amministrativo espresso. Per questo motivo le ipotesi di silenzio significativo vanno comunque interpretate in senso stretto e sono ipotesi da valutarsi tassativamente. In tal senso si veda anche: A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 1989, pag. 674.

235 S. PUDDU, *Contributo ad uno studio sull'anormalità dell'atto amministrativo informatico*, Napoli, Jovene Editore, 2006, pag. 168.

parlare in questi casi di un vero e proprio provvedimento amministrativo, ma di un comportamento di fatto cui il legislatore attribuisce il medesimo significato. Questa situazione determina che non si potrà impugnare il provvedimento silenzioso – in particolare quello di diniego – sotto il profilo della carenza o dei vizi della motivazione²³⁶. Il profilo appena riscontrato determina delle importanti conseguenze sulla motivazione del provvedimento automatico meramente dichiarativo degli effetti determinati dall'inutile decorso del tempo.

L'analisi può essere affrontata sotto diversi punti di vista. La soluzione ideale è quella per cui il sistema di automazione sia in grado di eliminare le ipotesi di silenzio. Questa soluzione appare di sicura applicazione per i casi di provvedimenti amministrativi caratterizzati da poteri vincolati. Un esempio rilevante in tal caso può essere individuato nel silenzio rigetto del procedimento in tema di accesso agli atti amministrativi²³⁷. In questo caso si riconosce che non vi sono delle valutazioni discrezionali sulla prevalenza dell'accesso o viceversa della riservatezza, ma che la scelta è già a monte operata dal legislatore. In questo è possibile immaginare un sistema di programmazione che sia in grado di prevedere le differenti ipotesi verificabili in concreto. Ovviamente devono sempre considerarsi i casi limite già descritti, quali modifiche dell'orientamento giurisprudenziale ovvero l'occorrenza di casi mai verificatisi prima, che comportano la necessità dell'intervento umano. In questi casi l'emanazione di un provvedimento automatico potrebbe avvenire solo nei termini di un atto dichiarativo dell'effetto del silenzio diniego ma non è ipotizzabile una motivazione di stile in quanto la stessa configurazione dell'istituto non la consente²³⁸.

Il silenzio assenso riguarda ai sensi dell'art. 20 della legge 7 agosto 1990, n. 241 così come modificato dalla novella del 2005, tutti i procedimenti ad istanza di parte, salvo

236 A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 1989, pag. 674.

237 F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2005, pag. 861 e seguenti.

238 A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 1989, pag. 674, in generale sugli effetti del silenzio sulla motivazione.

quanto previsto dal precedente art. 19, per il rilascio di provvedimenti amministrativi²³⁹. In questo caso possiamo chiederci se possiamo trovarci anche di fronte ad ipotesi di provvedimenti che si basano su poteri discrezionali. In effetti lo stesso articolo 20 introduce delle eccezioni quali quelle relative al patrimonio culturale e paesaggistico e l'ambiente che richiedono la conclusione con un provvedimento espresso. Peraltro la giurisprudenza ha ammesso che è rimessa al legislatore la facoltà di introdurre una normativa speciale che preveda forme di silenzio assenso anche in queste materie di particolare importanza.²⁴⁰ Questa facoltà non è peraltro illimitata, dovendosi fare riferimento sia alle ipotesi in cui vi sia un espresso divieto posto dall'ordinamento comunitario, sia ove vi sia una violazione delle norme e dei principi costituzionali²⁴¹. Mentre le prime ipotesi sono di facile individuazione, in quanto contenute in norme specifiche ed espresse, le seconde vanno individuate in base ad un criterio interpretativo. Sono dunque da considerarsi costituzionalmente illegittime quelle norme che prevedono il silenzio assenso in procedimenti complessi, caratterizzati da un elevato tasso di discrezionalità²⁴². Non solo, in genere si deve ritenere che siano legittime le ipotesi di silenzio assenso tutte le volte in cui sia espressamente assente la discrezionalità nel relativo caso di specie. Dello stesso tenore sono le statuizioni del giudice comunitario, in cui si evidenzia come sia la complessità del procedimento ad impedire la possibilità di utilizzare l'istituto del silenzio assenso, in quanto è necessario che sia svolta una determinata attività di controllo od una attività istruttoria²⁴³. Questo in quanto è necessario per conformare l'interesse pubblico, l'intervento concreto e puntuale della pubblica amministrazione²⁴⁴.

239 F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2005, pag. 950 e seg..

240 Consiglio di Stato, sez. VI, 29 dicembre 2008, n. 6591, in www.lexitalia.it n. 1/2009.

241 F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2005, pag. 953 e seg.

242 Corte Costituzionale 26/1996, 408/1995 194/1993, 392 /1992 437/1992, 302/1988 in www.giustcost.org

243 C.G.C.E. 28 febbraio 1991, C-360/87 in *Foro Amm.* 1991, pag. 1337

244 F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2005, pag. 954.

Queste importanti conclusioni consentono di impostare anche per il silenzio assenso un sistema di agevole automazione nell'emanazione dei relativi provvedimenti amministrativi. La mancanza di discrezionalità determina la possibilità di superare il sistema del silenzio, consentendosi la verifica puntuale delle situazioni da parte della macchina. Il vantaggio sarebbe indubbio in quanto non vi sarebbero più delle situazioni nelle quali non vi sia una verifica ed un controllo da parte della pubblica amministrazione.

La prima conclusione che si può trarre è dunque quella per cui l'automazione della pubblica amministrazione è in grado di superare il sistema dei silenzi significativi che è cresciuto oltre misura negli ultimi decenni. I casi nei quali rimarrebbero ipotesi di silenzio sarebbero quelli in cui è necessario l'intervento umano quando, come già ripetutamente indicato, si verifichi una situazione non prevista o vi sia un improvviso mutamento della giurisprudenza. Il silenzio si verificherebbe quanto l'intervento umano richiesto dalla macchina non avvenga nei termini previsti per la conclusione del procedimento.

Da valutare è dunque l'ipotesi originariamente prospettata, vale a dire se sia configurabile, in quei casi in cui si verifichi comunque l'inutile decorso del tempo di conclusione del procedimento, un provvedimento automatico, di un provvedimento avente un carattere dichiarativo e con una motivazione di stile. Vale anche in questo caso la considerazione della non piena equiparabilità tra provvedimento amministrativo espresso e silenzio significativo, cosicché deve ammettersi che in questo caso vi potrà al massimo essere un atto dichiarativo ma che non può influire sotto il profilo della motivazione e con un carattere meramente informativo sull'effetto che il silenzio ha determinato nei confronti dei soggetti interessati dal quello specifico procedimento amministrativo.

2.3.11. - La motivazione del provvedimento amministrativo, in relazione alla programmazione dell'atto software e l'automazione dei provvedimenti amministrativi caratterizzati da discrezionalità amministrativa

Nella visione più radicale dell'automazione, come si è già anticipato, si ritiene possibile una completa automazione del provvedimento amministrativo, anche quando presenti caratteri di discrezionalità, sul quale si rimanda in parte a quanto già indicato in precedenza. In questo momento è invece necessario soffermarsi sul profilo specifico oggetto della presente trattazione, vale a dire la motivazione.

Preliminarmente è necessario analizzare la questione relativa alla determinazione di quale sia il momento in cui si forma la motivazione vale a dire al momento della programmazione dell'atto software ovvero al momento dell'emanazione dell'atto singolo²⁴⁵. Infatti, il fatto che l'atto software contenga al suo interno la predeterminazione delle differenti ipotesi potrebbe far pensare tale conclusione come massimamente plausibile. La stessa impostazione per cui l'automazione del provvedimento amministrativo si basa sulla trasformazione del provvedimento discrezionale in provvedimento vincolato che richiama l'atto software con la motivazione per relationem farebbe supporre che la motivazione sia in realtà contenuta nell'atto software²⁴⁶. Peraltro i due concetti non sono esattamente identici, in quanto se è vero che si richiama l'atto software questo non significa che la motivazione sia in realtà realizzata al momento dell'emanazione dell'atto software e non nel singolo atto amministrativo. Se questo in realtà fosse vero si dovrebbe concludere che l'atto automatico non è un provvedimento amministrativo. Invece, come si è già visto in precedenza, il momento in cui vengono analizzati gli elementi di fatto e le informazioni acquisite e si determina quella sintesi del procedimento amministrativo avviene solo con l'emanazione dell'atto conclusivo, che quindi assume

245 D. MARONGIU, *L'attività amministrativa automatizzata, profili giuridici*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2005, pag. 125 e seg.; A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico*, Primi lineamenti di una ricostruzione, Jovene Editore, Napoli, 1993, pag. 98.

246 U. FANTIGROSSI, *Automazione e pubblica amministrazione, profili giuridici*, Il Mulino, 1993, pag. 103 e seg.

i caratteri propri del provvedimento amministrativo²⁴⁷. In effetti in fase di programmazione possono solo prevedersi le varie tipologie di fatti e le conseguenze legate alla loro sopravvenienza, non anche i singoli fatti che si verificano concretamente, che sono elementi di input per ciascun differente procedimento, cosicché l'elaborazione degli stessi avviene solo con l'emanazione dell'atto singolo e solo in quel momento si forma l'*unicum* della motivazione del provvedimento singolo anche sotto un profilo temporale.

Si è già visto come l'idea di un provvedimento amministrativo caratterizzato dall'uso delle nuove forme di comunicazione, oltre il semplice profilo dell'automazione, è in grado di superare il tradizionale concetto di motivazione per relationem.

In effetti le ricostruzioni della motivazione del provvedimento amministrativo automatizzato fanno riferimento proprio all'utilizzo di questo istituto giuridico²⁴⁸. La relazione avverrebbe nei confronti dell'atto software ed alle regole in esso contenute. L'eventuale impugnazione del provvedimento conclusivo imporrebbe la congiunta impugnazione dell'atto software. In questo caso dobbiamo dunque distinguere due differenti ipotesi di sviluppo della motivazione facendo leva, in primo luogo, sul già citato carattere di ipertestualità del provvedimento amministrativo, ed in secondo luogo del caso in cui non sia comunque possibile un'automazione della motivazione.

Nel primo caso l'uso dell'ipertesto renderebbe più significativa la motivazione che altrimenti, nel pieno rispetto della normativa vigente, opererebbe un mero richiamo testuale all'atto software. Rispetto ad un normale atto cartaceo, la cui motivazione è elaborata secondo i canoni tradizionali, vi sarebbe un'effettiva formale diminuzione della garanzia del cittadino, che rispetto ad una diffusa motivazione si vedrebbe di fronte il richiamo ad un altro atto disponibile giuridicamente ma previo espletamento di un'attività potenzialmente anche gravosa per lo stesso. In effetti la maggiore preoccupazione lamentata dalla dottrina in tema di motivazione è che la stessa possa

247 U. FANTIGROSSI, *Automazione e pubblica amministrazione, profili giuridici*, Il Mulino, 1993, pag. 130 e seg.

248 U. FANTIGROSSI, *Automazione e pubblica amministrazione, profili giuridici*, Il Mulino, 1993, pag. 135 e seg.

ridursi ad una motivazione sommaria o di stile che non consenta una sua reale conoscibilità da parte del cittadino²⁴⁹. Ad esempio il riferimento ad un semplice codice, che richiami una parte dell'atto software, non appare uno strumento adeguato a soddisfare le esigenze di motivazione. Il provvedimento ipertestuale potrebbe rimediare a tale circostanza rendendo immediatamente conoscibile l'atto software, senza la necessità di ulteriori attività del cittadino, e potrebbe attraverso una logica automatica altresì evidenziare quelle parti dell'atto software che sono state utilizzate ai fini della risoluzione del caso concreto. In una logica ulteriormente evolutiva si potrebbe pensare ad una estrapolazione logica ed automatica del ragionamento posto alla base dall'atto software con sua riproduzione nello specifico atto, sempre richiamando peraltro l'atto software stesso. Di regola si obietta che è comunque un diritto del cittadino di richiedere un ragionamento operato dall'uomo e non dalla macchina che renda pienamente conoscibile il percorso argomentativo operato dalla pubblica amministrazione. Il riferimento normativo è dato dall'art. 18 del codice di europeo di buona amministrazione per cui *“qualora, a causa del gran numero di persone interessate da decisioni identiche, non sia possibile comunicare in modo dettagliato i motivi della decisione e siano pertanto elaborate risposte standard, il funzionario si impegna a trasmettere in un secondo tempo un ragionamento individuale al cittadino che ne faccia espressamente richiesta”*. L'approntamento di un sistema come quello descritto renderebbe di più facile comprensione il ragionamento della pubblica amministrazione fatto sempre salvo un ulteriore chiarimento dell'operatore umano. Il rischio è anche quello che l'atto software non sia redatto secondo un linguaggio comprensibile al cittadino medio.

Questo profilo appena indicato riguarda peraltro un aspetto formale, mentre sotto un ambito prettamente sostanziale si deve fare riferimento al secondo caso.

Il secondo caso è quello in cui, nonostante tutti gli accorgimenti possibili, non si giunga alla realizzazione dell'automazione del provvedimento amministrativo e della

249 S. PUDDU, *Contributo ad uno studio sull'anormalità dell'atto amministrativo informatico*, Napoli, Jovene Editore, 2006, pag. 178.

sua motivazione. Vi sono infatti delle situazioni in cui non solo non è possibile ma non è altresì auspicabile un'automazione della motivazione²⁵⁰. Si tratta di quelle ipotesi, già ricordate in precedenza, in cui non vi siano precedenti confrontabili per cui la novità del caso concreto impedisce la risoluzione della problematica da parte del software. Ovvero del caso ancora più banale in cui i fatti acquisiti in sede di istruttoria presentano un carattere di contraddittorietà gli uni con gli altri e il software non avesse predeterminato tale ipotesi e loro graduazione risultasse impossibile da parte della macchina. In effetti non si può non considerare che la macchina è in realtà programmata dall'uomo e come tale programmazione possa dunque essere in qualche modo carente. Anche le novità normative e giurisprudenziali possono determinare la necessità dell'intervento umano. Si ritiene infatti che il limite all'automazione sia dato proprio da quelle attività discrezionali che, per la loro complessità, non possono essere agevolmente ridotte ad una logica algoritmica, in quanto non riconducibili a parametri predeterminati o predeterminabili²⁵¹. Questo si verifica sia quanto l'autolimita non possa o non si voglia porre, ovvero quando anche manca una prassi applicativa che delinea ed indirizzi l'azione della pubblica amministrazione²⁵².

In questo campo possiamo distinguere in specifico due differenti situazioni in cui l'intervento umano si rende necessario.

Un primo caso è quello in cui la mancata previsione del software del caso concreto determina un blocco della macchina stessa. Attraverso un *alert* la macchina segnala il blocco all'operatore umano che dunque è avvertito della necessità del suo intervento.

Altra ipotesi, probabilmente più pericolosa, è quella in cui vi sia una modifica normativa o giurisprudenziale che sia intervenuta nel frattempo, successivamente alla programmazione dell'atto software. In tal caso, infatti, la macchina non è certo in

250 A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico, Primi lineamenti di una ricostruzione*, Jovene Editore, Napoli, 1993, pag. 31; G. CARIDI, *Informatica giuridica e procedimenti amministrativi*, Franco Angeli Editore, Milano, 1983, pag. 102 e seg.;

251 U. FANTIGROSSI, *Automazione e pubblica amministrazione, profili giuridici*, Il Mulino, 1993, pag. 93 e seg.

252 G. CARIDI, *Informatica giuridica e procedimenti amministrativi*, Franco Angeli Editore, Milano, 1983, pag. 104 e seg.

grado di segnalare alcunché all'operatore umano. Anzi la stessa continuerà a produrre gli atti senza poter, ovviamente, prendere in alcun modo in considerazione quanto sta accadendo o è accaduto al di là delle sue istruzioni. Questo caso limite, ma neanche di rara evenienza, rende evidente la necessità che l'uomo, dopo la programmazione della macchina effettui comunque un monitoraggio della procedura e della disciplina intervenendo tempestivamente sul sistema, in prima battuta correggendo singolarmente i provvedimenti prima della loro formale emanazione per poi procedere al più lungo e complesso lavoro di riprogrammazione della macchina. L'elemento che vuole mettersi in evidenza è quello per cui non è comunque eliminabile l'intervento umano nelle complesse attività della pubblica amministrazione.

2.4. - Casistica

A questo punto è necessario analizzare alcuni casi concreti, per vedere come i principi delineati nelle pagine precedenti possano trovare concreta applicazione. La successiva esemplificazione partirà dal caso di maggiore semplicità, in cui il potere della pubblica amministrazione è caratterizzato dall'assenza di discrezionalità amministrativa, fino a giungere alla tipologia di massima discrezionalità.

2.4.1. - *Esclusione dal concorso per mancanza di requisiti oggettivi previsti a pena di esclusione*

Il primo caso che si affronta riguarda l'esclusione da un concorso pubblico per la mancanza di un requisito oggettivo previsto dalla legge o dal bando relativo, il quale è altresì previsto come espressa causa di esclusione.

Sul punto appare opportuno premettere quale sia la prospettiva che la pacifica giurisprudenza evidenzia in casi di tale genere.

Si può fare un esempio di riferimento molto semplice, come quello in cui il partecipante al concorso non ha ancora compiuto la maggiore età al momento del termine per la presentazione delle domande²⁵³, ovvero non ha il titolo di studio richiesto dal bando a pena di esclusione (es. laurea).

In tali circostanze è necessario verificare quali siano le conseguenze del mancato possesso di tali requisiti, rispettivamente previsti dalla legge e dal bando. In particolare è indispensabile capire se vi sia in capo alla pubblica amministrazione un potere di natura discrezionale nel valutare tali requisiti.

253 Si veda in tal senso quanto previsto dall'art. 2, ultimo comma, del T.U. 10 gennaio 1957, n. 3, in tema di disciplina degli impiegati civili dello Stato, che prevede il noto principio che “i requisiti prescritti devono essere posseduti alla data di scadenza del termine stabilito dal bando di concorso per la presentazione della domanda di ammissione” norma oggi trasfusa nel regolamento di cui al DPR 487/1994, che prescrive al medesimo art. 2 il requisito della maggiore età ed al comma 7 la regola sopra descritta. In termini parzialmente derogatori si veda ad esempio per i concorsi magistrali per cui vale come riferimento il 31 dicembre dell'anno in cui il concorso è bandito, ma in cui permane la regola della necessità del compimento della maggiore età, la legge 30 maggio 1965, n. 580, cfr Consiglio di Stato, sez. VI, 14 luglio 2000, n. 35, in www.giustizia-amministrativa.it. Da ultimo si veda: Consiglio di Stato, sez. VI, 8 giugno 2010, n. 3642 in www.giustizia-amministrativa.it.

In primo luogo giova sottolineare che anche ove il requisito previsto dalla legge non fosse indicato nel bando, ma fosse un requisito previsto come necessario dalla legge, questo fatto comporta comunque l'obbligo dell'esclusione da parte della pubblica amministrazione²⁵⁴.

In tali circostanze, dunque, a prescindere dal fatto che la prescrizione provenga direttamente dalla legge o dal bando, le conseguenze sono comuni. In specifico la giurisprudenza ha assunto una pacifica posizione ritenendo che le clausole come quelle sopra descritte, che prescrivano espressamente l'esclusione in caso di mancato possesso, determinano l'obbligo giuridico della pubblica amministrazione di darne precisa ed incondizionata esecuzione, senza che sia in alcun modo possibile procedere ad una valutazione discrezionale circa l'inadempimento, l'incidenza sulla regolarità della procedura selettiva o anche sulla congruità della sanzione applicata²⁵⁵.

Questa regola vale anche nelle ipotesi in cui non sia stata presentata anche una sola dichiarazione sostitutiva prevista dal bando a pena di esclusione e questo dato evidenzia ancora di più come in questo caso si possa agevolmente concludere che non vi sia un potere di natura discrezionale in capo alla pubblica amministrazione. Sotto il profilo della motivazione la conseguenza è ovvia; sarà sufficiente richiamare la norma di legge o la prescrizione del bando per giustificare l'esclusione di quello specifico concorrente come comunemente previsto in tema di motivazione dei provvedimenti caratterizzati da un semplice potere vincolato²⁵⁶. Siamo di fronte, in sintesi, ad un

254 Si veda ad esempio per la tematica della certificazione originariamente contenuta nell'art. 17 della legge 68/1999 e che oggi trova fondamento normativo nell'art. 38 del D.Lgs. 163/2006: TAR Lazio, sez. II bis, 9 gennaio 2004, n. 42, in www.dirittodeiservizipubblici.it per cui tale certificazione è dovuta a prescindere dalla espressa prescrizione di gara. Sullo specifico caso illustrato si veda la già citata Consiglio di Stato, sez. VI, 8 giugno 2010, n. 3642 in www.giustizia-amministrativa.it.

255 Si vedano ad esempio: Consiglio di Stato, sez. V, 22 dicembre 2008, n. 6498; sez. V, 19 febbraio 2008, n. 567; sez. IV, 10 maggio 2007, n. 2254; sez. V, 23 marzo 2004, n. 1551; sez. V, 23 gennaio 2003, n. 357, in www.giustizia-amministrativa.it.

256 Si veda ad esempio sul caso di specie TAR Lazio, sez. Latina, 7 marzo 2003, n. 53 in www.giustizia-amministrativa.it. In generale sui requisiti richiesti per la motivazione del provvedimento amministrativo caratterizzato da un potere vincolato si vedano le già citate: T.A.R. Napoli, Campania, sez. VIII, 1 aprile 2010, n. 1762, in www.giustizia-amministrativa.it, e Foro amministrativo TAR, 2010, n.4, pag. 1413, T.A.R. Roma, Lazio, sez. II, 2 aprile 2010 n. 5630 in www.giustizia-amministrativa.it.

tipico atto amministrativo caratterizzato dalla totale assenza di aspetti di discrezionalità amministrativa e di conseguenza pienamente automatizzabile²⁵⁷. In questo caso è dunque configurabile un sistema di automazione anche della motivazione. Può immaginarsi che la domanda di partecipazione possa compilarsi mediante un *form* disponibile on line. Il sistema previamente programmato è in grado, sotto un profilo tecnico, di verificare immediatamente e contestualmente la mancanza di uno dei citati requisiti previsti a pena di esclusione²⁵⁸. Sotto un profilo meramente tecnico è possibile anche che la mancanza del requisito, ad esempio la maggiore età, impedisca di proseguire nella compilazione della domanda. Questa soluzione non è peraltro compatibile con il nostro ordinamento giuridico e con le garanzie previste per il cittadino²⁵⁹. La soluzione alternativa, dunque, è quella che permette di usufruire dei vantaggi della tecnologia senza perdere le fondamentali prerogative legislative e costituzionali del cittadino, e consiste nell'emanazione di un provvedimento amministrativo automatico di esclusione dal concorso. Questo significa che prima di tutto il sistema non può bloccare la compilazione della domanda, cosicché l'interessato deve essere messo nelle condizioni di compilare tutta la domanda ed anche di inviarla, pur quando sia palese che lo stesso non abbia i requisiti previsti dal bando e dalla legge per la partecipazione a quella specifica selezione. Nella logica, peraltro, della leale collaborazione tra il cittadino e la pubblica amministrazione, deve essere comunque previsto, prima dell'invio, un messaggio per il cittadino che lo avverta che lo stesso non è in possesso di uno dei requisiti previsti a pena di

257 U. FANTIGROSSI, *Automazione e pubblica amministrazione, profili giuridici*, Il Mulino, 1993, pag. 63 e seg.; A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico, Primi lineamenti di una ricostruzione*, Jovene Editore, Napoli, 1993, pag. 98 e seg. S. PUDDU, *Contributo ad uno studio sull'anormalità dell'atto amministrativo informatico*, Napoli, Jovene Editore, 2006, pag. 140 e seg.

258 Un sistema avanzato consentirebbe anche una contestuale verifica delle autocertificazioni, collegandosi in tempo reale con le banche dati delle altre pubbliche amministrazioni, si vedano ad esempio le considerazioni di C. NOTARMUZZI, *Il procedimento amministrativo informatico*, in www.altalex.it;

259 A. CAPUTO, *Tecnica dell'informazione nella pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 1989, pag. 119 e seg.

esclusione²⁶⁰. Se il cittadino decide comunque di presentare la domanda di partecipazione al concorso riceverà, contestualmente, un provvedimento amministrativo automatico di esclusione dal concorso (si immagina chiaramente una trasmissione elettronica dello stesso per posta elettronica certificata ovvero tramite un portale dedicato). La motivazione sarà impostata come una motivazione per relationem, indicando i presupposti di fatto – nel caso di specie mancanza della maggiore età ovvero mancanza del titolo di studio – e le ragioni giuridiche – indicando la disposizione di legge o del bando violate. Il sistema del provvedimento amministrativo ipertestuale o arricchito descritta in precedenza farà sì che vi sia un richiamo linkabile alla domanda di partecipazione, con eventuale evidenziazione della parte di riferimento e un richiamo linkabile alla norma di legge ovvero alla disposizione del bando che prevedevano quel determinato requisito a pena di esclusione. Una soluzione di questo tipo, giova di nuovo sottolinearlo, ha effetti positivi anche per la tutela giurisdizionale dell'interessato e supera il problema del deposito dei documenti di rilievo in giudizio che fanno già parte materiale del provvedimento amministrativo come così concepito.

2.4.2. - *Provvedimento di rimozione o di demolizione derivante da un abuso edilizio*

Un secondo caso di sicuro interesse è rappresentato da un provvedimento di rimozione o di demolizione derivante dalla commissione di un abuso edilizio. Si può in specifico fare riferimento all'ipotesi di una ordinanza di demolizione comunale derivante dalla realizzazione di un'opera abusiva, in violazione di norme di legge o delle prescrizioni dei piani regolatori comunali o comunque senza autorizzazione²⁶¹.

260 Sul rapporto di fiducia tra cittadino e pubblica amministrazione si veda: A. DREI, *Oltre il CRM, Il valore della relazione con il cliente*, Milano, Guerini e Associati, 2004, pag. 19 e seg., nonché, in generale, sui rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione PUBUSA A., *Diritti dei cittadini e pubblica amministrazione*, Torino, Giappicchelli, 1996, pag. 48 e seg.

261 Si vedano da ultimo ad esempio: TAR, Lazio, sez. I, 18 marzo 2010, n. 4243 in www.giustizia-amministrativa.it; TAR Campania, sez. VIII, 1 aprile 2010, n.1762 in *Foro amministrativo TAR*, 2010, 4, pag. 1413 (s.m.) e in www.giustizia-amministrativa.it; Consiglio di Stato, sez. IV, 31 agosto 2010 n. 3955 in [126](http://www.giustizia-</p></div><div data-bbox=)

Anche in questo caso è opportuno verificare se sussiste un potere vincolato o discrezionale nonché come si sviluppa il procedimento. Incominciando da questo secondo aspetto, si può riscontrare come il procedimento presenta una certa complessità e numerose fasi di rilievo. Appare il caso di riferirsi alla specifica disposizione normativa di cui all'art. 31 del testo unico sull'edilizia (DPR 6 giugno 2001, n. 380) che riprende la disposizione contenuta originariamente nell'art. 7 della legge 28 febbraio 1985, n. 47.

Il dirigente responsabile, in base alla predetta norma, opera in base ad un accertamento d'ufficio effettuato dal competente ufficio tecnico comunale, che si esplica in un sopralluogo ed in un accertamento tecnico²⁶². Accertata, dunque, la violazione della predetta norma secondo le modalità previamente indicate, il predetto dirigente ingiunge al proprietario la rimozione o la demolizione indicando che nel caso di mancata ottemperanza a tale ordine si disporrà l'acquisizione di diritto dell'area all'amministrazione comunale. Se il responsabile non procede alla demolizione e al ripristino dello stato dei luoghi entro il termine di novanta giorni dalla notifica dell'ingiunzione, si procede all'acquisizione di diritto delle aree al patrimonio comunale, a titolo gratuito e si procede di seguito con ulteriore atto alla demolizione dell'opera abusiva.

Si tratta, dunque, come emerso dalla breve descrizione anzi riportata, di un procedimento complesso in cui sono emanati differenti provvedimenti amministrativi preceduti da una relazione dell'ufficio tecnico comunale, che precede e fonda tutti questi provvedimenti, relazione che consiste di regola in un sopralluogo e in un accertamento tecnico²⁶³. Sulla rilevanza di questa relazione ai fini dell'automazione dei relativi provvedimenti amministrativi si ritornerà di seguito.

amministrativa.it. Il riferimento normativo specifico che verrà successivamente illustrato nel testo è quello dell'art. 31 del testo unico in materia di edilizia (DPR 6 giugno 2001, n. 380)

262 Cfr. TAR Campania, sez. II, 2 dicembre 2009, n. 8320 in www.altalex.com.

263 Ad esempio si veda la già citata TAR Campania, sez. II, 2 dicembre 2009, n. 8320 in www.altalex.com.

L'altro profilo di nostro interesse consiste nel verificare se il potere esercitato dalla pubblica amministrazione, in base alla norma in esame, possa essere o meno ricondotto alla discrezionalità amministrativa. Anche in questo caso la giurisprudenza si esprime in maniera pacifica nei termini che si tratti di un'attività vincolata²⁶⁴. Si possono analizzare gli effetti con riferimento ai diversi provvedimenti che intervengono in questo complesso procedimento.

In primo luogo viene in questione l'ordinanza di demolizione o di rimozione per la quale si ritiene che il suo unico presupposto è rappresentato dall'accertamento, effettuato con le modalità sovraindicate, che l'opera è stata eseguita in difformità dal titolo edilizio abilitativo ovvero in violazione di norme di legge o del piano regolatore²⁶⁵.

In secondo luogo emerge il provvedimento di acquisizione delle aree e delle opere abusive. Si ritiene, in questo caso, che la scadenza del termine di novanta giorni per la demolizione fissato nell'ingiunzione, comporta l'acquisizione della proprietà dell'opera abusiva, del sedime e dell'area di pertinenza in maniera automatica e di diritto. Lo stesso provvedimento risulta subordinato soltanto all'accertamento dell'inottemperanza all'ingiunzione²⁶⁶.

Stesso discorso vale per la successiva ordinanza con cui è disposta la materiale demolizione delle opere abusive, che assume un mero carattere esecutivo dell'inadempimento ad un ordine determinato comminato dalla pubblica amministrazione.

In genere si sottolinea, ai fini della completezza della descrizione del procedimento in esame, che non vi deve essere né un parere della Commissione edilizia comunale, né

264 Da ultimo le già citate: TAR, Lazio, sez. I, 18 marzo 2010, n. 4243 in www.giustizia-amministrativa.it; TAR Campania, sez. VIII, 1 aprile 2010, n.1762 in *Foro amministrativo TAR*, 2010, 4, pag. 1413 (s.m.) e in www.giustizia-amministrativa.it; Consiglio di Stato, sez. IV, 31 agosto 2010 n. 3955 in www.giustizia-amministrativa.it.

265 Consiglio di Stato, sez. V, 7 febbraio 2009, n. 5229 in www.giustizia-amministrativa.it e in *Foro amministrativo CDS*, 2009, 9, pag. 2010; TAR Campania - Napoli n. 9638/09; TAR Puglia - Lecce n. 3176/09 in www.giustizia-amministrativa.it.

266 Ex multis Consiglio Stato sez. V, 26 gennaio 2000, n. 341, in www.giustizia-amministrativa.it.

previe comunicazioni di avvio del procedimento nonché riferimenti diversi ed ulteriori rispetto al mero accertamento dell'abusività dell'opera, elemento che valorizza e ribadisce il carattere vincolato della potestà che viene in essere nel caso in esame²⁶⁷.

Con riferimento anche a quanto appena affermato, è possibile concludere che siamo di fronte ad una chiara attività amministrativa vincolata. L'unico presupposto per l'emanazione dei detti provvedimenti risiede nel riscontro positivo dell'abusività dell'opera, non è necessario nessun ulteriore approfondimento né alcun tipo di valutazione da parte della pubblica amministrazione, trattandosi di un vero e proprio atto dovuto²⁶⁸. Questa considerazione, come è ovvio arguire, ha delle immediate ripercussioni sotto il profilo della motivazione, secondo i canoni peraltro comuni a tutte le attività non caratterizzate da discrezionalità amministrativa. Infatti, la motivazione di tali provvedimenti non dovrà dare conto di alcuna valutazione dell'interesse pubblico o della sua comparazione e prevalenza nei confronti dell'interesse privato in gioco nel caso concreto. L'interesse pubblico, si ritiene in questo caso, essere in *re ipsa* e non deve dunque indicarsi espressamente²⁶⁹. La motivazione, in questo caso, si ridurrà dunque all'indicazione dei presupposti di fatto e delle ragioni giuridiche in base alle risultanze dell'istruttoria²⁷⁰, assumendo anche la forma della motivazione per relationem, con richiamo alla relazione che si esplica tramite un sopralluogo e un accertamento tecnico operato dall'ufficio comunale competente²⁷¹.

267 TAR Campania, sez. IV, 25 maggio 2001 n. 2339, TAR Marche, 20 aprile 2001 n. 553; TAR Basilicata 17 luglio 2002 n. 518, in www.giustizia-amministrativa.it.

268 Consiglio di Stato, sez. V, 29 maggio 2006, n. 3270 in www.giustizia-amministrativa.it, e *Diritto & Giustizia*, 2006, n. 30, pag. 88 e seg.

269 Consiglio Stato, sez. IV, 31 agosto 2010, n. 3955 in www.giustizia-amministrativa.it; TAR, Lazio, sez. I, 18 marzo 2010, n. 4243 in www.giustizia-amministrativa.it; Consiglio di Stato, sez. V, 7 settembre 2009 n. 5229, in www.giustizia-amministrativa.it, Consiglio di Stato, sez. IV, 6 giugno 2008 n. 2705, in www.giustizia-amministrativa.it.

270 In generale si veda: TAR Lazio, sez. III, 10 agosto 2010, n. 3057 in www.giustizia-amministrativa.it; Consiglio di Stato, sez. VI, 27 agosto 2010 n. 5992 in www.giustizia-amministrativa.it

271 Cfr. TAR Campania, sez. II, 2 dicembre 2009, n. 8320 in www.altalex.com.

Profili diversi ed ulteriori, che possono far ricadere l'esercizio del potere pubblico in ambiti di discrezionalità amministrativa, si verificano in casi particolari quando sia decorso un tempo considerevolmente lungo tra il momento della commissione dell'abuso e quello in cui lo stesso è stato sanzionato. Il decorso del tempo, cui corrisponde l'inerzia della pubblica amministrazione preposta a vigilare ed a sanzionare le eventuali violazioni, può, dunque, ingenerare un affidamento nel soggetto privato, che impone dunque una motivazione congrua e diffusa, facendo riferimento all'entità ed alla tipologia dell'abuso ed ovviamente richiamando quell'interesse pubblico differente dal mero ripristino della legalità che prevalga, in una ragionevole comparazione, con quella del soggetto privato²⁷².

Sotto il profilo dell'automazione ritorniamo di fronte ad un ulteriore caso di atto vincolato, con peraltro la possibilità di una valutazione discrezionale in presenza di alcune determinate e limitate, nella frequenza, circostanze di fatto. In genere dunque sarà automatizzabile il provvedimento amministrativo e la sua relativa motivazione, attraverso il richiamo nel provvedimento dei presupposti di fatto e delle ragioni giuridiche, in base alle risultanze dell'istruttoria secondo le modalità già ampiamente descritte del provvedimento ipertestuale. Anche in questo caso è possibile l'utilizzo della struttura della motivazione per relationem, con richiamo all'atto di sopralluogo e di accertamento tecnico operato dall'ufficio tecnico comunale. Se, come detto, l'emanazione degli atti conseguenti si pone come un obbligo, come l'emanazione di atti dovuti, appare chiaro come tali provvedimenti sono pienamente automatizzabili col semplice riscontro che la relazione dell'ufficio tecnico abbia effettivamente accertato l'abusività dell'attività edilizia svolta. Questo discorso può essere ampliato anche ai provvedimenti che seguono l'ordinanza di demolizione, in quanto gli elementi che rilevano in questo caso sono il decorso del tempo, e il mancato

272 Si veda ad esempio: Consiglio di Stato, sez. IV, 6 giugno 2008, n. 2705, in www.giustizia-amministrativa.it e in Foro amministrativo CDS, 2008, 6, pag. 1720 e Consiglio di Stato, sez. IV, 14 maggio 2007, n. 2441, in www.giustizia-amministrativa.it e in Foro amministrativo CDS, 2007, 5, pag. 1457 e da ultimo la già citata TAR, Lazio, sez. I, 18 marzo 2010, n. 4243 in www.giustizia-amministrativa.it;

compimento di determinate attività da parte del soggetto privato destinatario del procedimento in esame. La macchina potrà, pertanto, operare automaticamente, riscontrando i detti requisiti, e procedere all'emanazione dei provvedimenti sovra citati²⁷³. In questo caso, peraltro, a differenza di quello precedentemente analizzato, possono rilevare degli elementi discrezionali, quando sia decorso un periodo di tempo molto lungo dal momento della realizzazione dell'attività vietata. Il concetto è chiaramente quello dell'autotutela, quel concetto di termine ragionevole²⁷⁴. Non trattandosi, dunque, di un termine definito in maniera univoca, si pone effettivamente il problema se tale elemento sia concretamente automatizzabile. In questo caso si potrebbe, peraltro, attraverso un'analisi della giurisprudenza, quantomeno prevedere cosa succede nei casi limite. È chiaro infatti che se l'abuso è avvenuto qualche mese prima non possono venire in considerazione profili di affidamento del soggetto privato, mentre, viceversa, se sono decorsi venti anni è evidente che un affidamento si sia creato. Si può, pertanto, affermare, che l'automazione in questo caso, anche se in parte sviluppabile nei termini riportati in precedenza, incontra il limite invalicabile che, in effetti, non si deve considerare solo il decorso del tempo, ma anche l'interesse pubblico e la sua comparazione e prevalenza sull'interesse privato. Giocoforza sarà automatizzabile solo la decisione di procedere all'emanazione degli atti predetti, mentre la soluzione negativa sarà sempre rimessa alla valutazione del funzionario pubblico – operatore umano.

2.4.3. - Provvedimento conclusivo di una procedura di valutazione con attribuzione di un punteggio numerico

Un ulteriore caso che può essere oggetto della nostra analisi è quello della valutazione delle prove concorsuali e di gara, in tutte quelle ipotesi in cui si ritenga sufficiente una

273 Gioco forza la macchina non potrà peraltro procedere all'effettiva e materiale demolizione delle opere abusive, dovendosi in tal caso fare necessario riferimento all'intervento umano, seppur supportato da macchine di diversa specie.

274 Sul concetto si veda ad esempio: TAR Calabria, 3 ottobre 2007, n. 6/2008, in www.giustizia-amministrativa.it.

votazione meramente numerica. In particolare si analizzerà quella che è l'ipotesi ad oggi maggiormente seguita dalla giurisprudenza, per cui la votazione numerica è ritenuta accettabile nella sede dei concorsi e degli esami a condizione che sia predeterminata una griglia di criteri di valutazione. Il problema, come si avrà modo di vedere, riguarda il profilo della congruità della motivazione nei casi di discrezionalità tecnica anche in raffronto con le ipotesi in cui sia configurabile una potestà in termini di discrezionalità amministrativa²⁷⁵.

Ma vediamo, prima di tutto, di ricostruire compiutamente la fattispecie e la sua relativa disciplina. Per delimitare il campo di azione è possibile fare riferimento alle prove di esame e concorsuali.

Secondo l'opinione prevalente in giurisprudenza è sufficiente la motivazione numerica. L'opinione prevalente è quella che si qualifica come tesi intermedia, in quanto ritiene sufficiente la motivazione numerica in tutti quei casi in cui vi sia una predeterminazione dei criteri di valutazione. Appare quindi necessario chiarire bene queste condizioni, al verificarsi delle quali la giurisprudenza ritiene sufficiente la espressione della votazione in via meramente numerica.

In particolare i criteri di valutazione devono essere predeterminati rispetto all'espletamento della prova da valutare e seppur sintetici devono essere adeguati e

275 TAR Lombardia, sez. III, ordinanza 6 aprile 2010 n. 63 in *www.lexitalia.it* n. 4/2010 con il quale il TAR Lombardia ha posto la questione di legittimità costituzionale della disciplina di cui agli artt. 23, 5° comma, 24, 1° comma, e 17-bis, 2° comma, del R.D. n. 37 del 1934, come novellato dal D.L. n. 112 del 2003, nel testo integrato dalla relativa legge di conversione, nella parte in cui consente l'attribuzione nelle prove per l'abilitazione alla professione di avvocato della sola votazione numerica. Afferma in particolare il TAR che: "In primo luogo non pare esatto l'assunto secondo cui la motivazione sarebbe richiesta soltanto nel caso di esercizio della discrezionalità amministrativa cd. "pura", comportante, cioè, scelte comparative di interessi. Infatti anche la cd. "discrezionalità tecnica" costituisce manifestazione di un potere riservato alla p.a. le cui scelte, sia pur limitate ad alternative tecnicamente plausibili alla luce dei dettami di una certa disciplina, richiedono un'adeguata giustificazione quanto al criterio scientifico prescelto ed alla sua applicazione al caso concreto. Sono noti, infatti, i recenti sviluppi giurisprudenziali che, pur avendo ampliato rispetto al passato l'ambito del sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica, hanno, in ogni caso, definitivamente consacrato la regola secondo cui, salvo per le discipline che consentono accertamenti scientifici non opinabili, nell'operare il controllo sui giudizi tecnici della p.a. il giudice amministrativo non può sostituirsi all'amministrazione nell'apprezzamento della fattispecie concreta, ma deve operare attraverso un sindacato cd "indiretto" che ha, cioè, ad oggetto non il fatto ma la correttezza della valutazione che ne ha operato la p.a. anche sulla base della verifica della attendibilità del criterio scientifico applicato.

corrispondenti ai principi generali fissati per i concorsi pubblici²⁷⁶. I criteri, affinché soddisfino le esigenze di una congrua motivazione, devono dunque essere adeguatamente puntuali ed inoltre specificati dai sottocriteri²⁷⁷.

Verificandosi tali condizioni la motivazione numerica è ritenuta del tutto sufficiente e non si ritengono necessari ulteriori chiarimenti o spiegazioni²⁷⁸. La motivazione espressa, in tali condizioni, con la sola esplicitazione di un termine numerico risponde pienamente alle esigenze motivazionali richieste dal nostro ordinamento giuridico e soddisfa i principi di economicità e di buon andamento, cosicché deve considerarsi che la spiegazione delle valutazioni di merito compiute sia congrua e dunque rappresenti una motivazione soddisfacente a tutti gli effetti di legge²⁷⁹.

Il richiamo ai suddetti principi costituzionali o di derivazione comunitaria evidenzia che il numero elevato di partecipanti determina la necessità di ridurre il normale apparato motivazionale alla sola espressione numerica. Visti i profili dell'automazione è anche opportuno chiarire quando si configuri questa esigenza, vale a dire quale approssimativo numero di partecipanti comporta la riduzione dell'impianto motivazionale nei termini sopra descritti. Su questo punto la giurisprudenza è molto generosa nei confronti della pubblica amministrazione, ritenendo anche che un numero di dieci candidati sia tale da giustificare e rendere sufficiente la motivazione numerica²⁸⁰.

276 Consiglio di Stato, sez. V, 13 luglio 2010, n. 4528 in www.giustizia-amministrativa.it.

277 TAR Lazio, sez. II, 16 febbraio 2010, n. 2265 in www.giustizia-amministrativa.it; Consiglio di Stato, sez. IV, 13 gennaio 2010, n. 92, in Foro amministrativo CDS, 2010, n. 1, pag. 202

278 Consiglio di Stato, sez. III, 8 giugno 2010, n. 5241, in Foro amministrativo CDS, 2010, n. 6, pag. 1317; Consiglio di Stato, sez. IV, 25 novembre 2009, n. 5846, in Foro amministrativo CDS, 2009, n. 11, pag. 2647 e in www.giustizia-amministrativa.it; nonché sez. IV, 28 settembre 2009, n. 5832 in Foro amministrativo CDS, 2009, n. 9, pag. 1995 e www.giustizia-amministrativa.it; sez. IV, 18 giugno 2009, n. 3991 in Foro amministrativo CDS, 2009, n. 6, pag. 1449 e in www.giustizia-amministrativa.it; sez. IV, 12 maggio 2008, n. 2190; sez. IV, 22 settembre 2005, n. 4849; 30 giugno 2005, n. 3552; 17 dicembre 2003, n. 8320 in www.giustizia-amministrativa.it.

279 Consiglio di Stato, sez. V, 7 settembre 2009, n. 5227 in Foro Amministrativo CDS, 2009, n. 9, pag. 2010 e in www.giustizia-amministrativa.it; TAR Puglia, sez. II, 4 giugno 2010, n. 2243, in Foro amministrativo TAR, 2010, n. 6, pag. 2153 e in www.giustizia-amministrativa.it.

280 In tal senso si veda la già citata Consiglio di Stato, sez. V, 13 luglio 2010, n. 4528 in www.giustizia-amministrativa.it.

Si afferma anche che le valutazioni operate delle commissioni giudicanti, pur se comportino un'analisi di fatti e non una ponderazione di interessi, non sono sindacabili dal giudice amministrativo. Ne consegue che in un caso di tal specie, pur non essendo presente alcun esercizio di discrezionalità amministrativa -proprio perché si fa riferimento all'analisi di situazioni di fatto- le valutazioni operate dalla commissione sono sindacabili dal giudice solo quando vi sia un vizio di palese contraddittorietà, ovvero un contrasto con i fondamentali pilastri della logica o della ragionevolezza, essendo altrimenti innanzi ad un giudizio riservato alla pubblica amministrazione²⁸¹.

La possibilità di intervento del giudice si verificherebbe, ad esempio, quando vi sia un contrasto così rilevante nel confronto tra i punteggi attribuiti dai componenti della commissione da configurare una probabile contraddittorietà intrinseca dell'intero giudizio complessivo²⁸².

In conclusione questa granitica giurisprudenza del Consiglio di Stato afferma che l'obbligo di motivazione delle prove di un concorso pubblico o di un esame è sufficientemente garantito attraverso l'attribuzione di un punteggio meramente numerico. Si tratta, dunque, di una motivazione che, seppur sintetica, esprime ed esterna in maniera eloquente, la valutazione tecnica effettuata dalla Commissione²⁸³. Un ulteriore appendice motivazionale, si giunge ad affermare, rappresenterebbe, rispetto alla motivazione meramente numerica, una duplicazione addirittura inutile²⁸⁴. Non sono ritenuti, in tal senso, necessari, neanche segni grafici che evidenzino gli errori, le inesattezze e le carenze dell'elaborato o la esposizione nei verbali delle carenze della prova sostenuta.²⁸⁵

281 Consiglio di Stato, sez. IV, 15 febbraio 2010, n. 835, in www.giustizia-amministrativa.it.

282 Consiglio di Stato, sez. VI, 11 ottobre 2007, n. 5347, in www.giustizia-amministrativa.it.

283 Sull'esame di abilitazione alla professione di avvocato si veda da ultimo: Consiglio di Stato, 14 aprile 2010, n. 2088, in www.giustizia-amministrativa.it.

284 Consiglio di Stato, sez. V, 14 aprile 2008, n. 1698 in www.giustizia-amministrativa.it.

285 TAR Campania, 1 marzo 2010, n. 3149, in www.giustizia-amministrativa.it;

Un'opinione minoritaria, ma che ha trovato tra i suoi sostenitori anche una decisione del giudice di secondo grado²⁸⁶, sostiene peraltro che talvolta non può ritenersi sufficiente la sola votazione numerica anche quando sia stata predeterminata una griglia di valutazione. La predeterminazione degli elementi di valutazione, nel caso esaminato dal Giudice amministrativo, prevedeva la scomposizione in singoli punteggi per ogni parametro, la sommatoria dei quali determinava il punteggio complessivo del candidato. Una griglia di punteggi così fatta, siccome poco “esplicativa”, impediva di rilevare le ragioni dei punteggi attribuiti sia rispetto ai singoli parametri sia con riguardo al punteggio finale. In altre parole la espressione del giudizio nella sola forma numerica impedirebbe di evincere le ragioni per le quali sono stati attribuiti determinati punteggi parziali in base a singoli parametri predeterminati dalla commissione di esame. La sentenza citata, peraltro, non ritiene che la motivazione non meramente numerica debba trovare applicazione in tutte le ipotesi di prove di esame e concorsuali, bensì ritaglia una eccezione alla regola numerica. Segnatamente questa ipotesi fa riferimento ai casi in cui la valutazione tecnica si riferisca a nozioni di particolare complessità e dove la prova concorsuale riguardi l'idoneità a ricoprire posizioni apicali o di significativa importanza per la pubblica amministrazione come quelle dirigenziali.

La presenza di questi due presupposti determina la necessità di procedere alla comparazione dei giudizi con i criteri di valutazione rendendo, per ragioni di trasparenza, necessaria una motivazione esplicita e che non si limiti alla sola espressione di un punteggio numerico. A questa tesi sembra godere del conforto anche di alcune disposizioni normative. In particolare merita di essere richiamato l'art. 10, comma 3 del DPR 483/1997, che stabilendo che “*i punteggi relativi alle prove sono attribuiti con voti palesi*” sembra non accontentarsi di un mero punteggio numerico e lo stesso art. 3, comma 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241 esclude dall'obbligo di motivazione i soli atti normativi e quelli a contenuto generale cosicché si potrebbe

286 Consiglio di Stato, sez. V, 1 settembre 2009 n. 5145 in www.lexitalia.it n. 9/2010.

concludere che anche per tutte le manifestazioni di giudizio interne ad un procedimento concorsuale siano necessarie le prerogative dell'art. 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241²⁸⁷.

Posizione più radicale, rispetto a quella appena descritta, è talvolta sostenuta da taluna giurisprudenza di primo grado, che ritiene sempre insufficiente la motivazione numerica, senza operare le sottili distinzioni appena analizzate²⁸⁸. Al riguardo deve peraltro ricordarsi come la stessa Corte costituzionale abbia di recente avallato quella giurisprudenza che ritiene sufficiente la motivazione numerica, ritenendo che tale tesi costituisca ormai “diritto vivente” del nostro ordinamento giuridico²⁸⁹ e concludendo che non si configuri una violazione degli artt. 24 e 113 della Costituzione, né dell'art. 111 in tema di giusto processo.

La tesi radicale, nonostante l'autorevole intervento della Corte costituzionale, risulta tuttavia ancora sostenuta, e la stessa evidenza come la motivazione meramente numerica non è in realtà in grado di soddisfare pienamente il parametro “motivazione”. Questo in quanto anche nelle ipotesi di discrezionalità tecnica, vi sarebbe la necessità di dar conto dei criteri scientifici prescelti per la decisione del caso concreto. Il campo di applicazione disegnato da questa giurisprudenza non si limita, dunque, come il caso sopra ricordato, alle sole ipotesi di concorsi per figure apicali e con complessità delle prove, ma a tutte le ipotesi di accesso al pubblico impiego e alle professioni forensi o comunque ad attività di lavoro autonomo.

287 TAR Lombardia, sez. III, 9 gennaio 1999, n. 90, in www.giustizia-amministrativa.it, il quale sottolinea, rispetto alla tradizionale tesi che le manifestazioni di giudizio non sono dei provvedimenti amministrativi, riferendosi all'art. 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241, che “il medesimo comma 1 ricomprende espressamente, nell'ambito di applicabilità dell'obbligo in questione, i provvedimenti amministrativi concernenti “...lo svolgimento dei pubblici concorsi...”.

288 Da ultimo si veda la già citata TAR Lombardia, sez. III, ordinanza del 6 aprile 2010, n. 63 in www.lexitalia.it, n. 4/2010. Si vedano anche: TAR Lombardia, sez. III, 9 gennaio 1999, n. 90, in www.giustizia-amministrativa.it, per cui la commissione di valutazione avrebbe “dovuto portare coerentemente a fondo la decisione di motivare il voto attribuito, illustrandone i presupposti brevemente, ma con riferimento ad elementi puntuali e concreti”; In senso contrario, TAR Lombardia, sez. IV, 17 giugno 2008, n. 2078 che motiva il superamento della posizione radicale in base all'introduzione del D.Lgs. 166/2006, in www.giustizia-amministrativa.it.

289 Corte Costituzionale, 30 gennaio 2009, n. 20, in www.giurcost.org, e in www.lexitalia.it.

A questo punto, ricostruita e rivisitata l'impostazione giurisprudenziale dominante e le posizioni minoritarie, è possibile approfondire le problematiche in tema di automazione della motivazione.

Non c'è dubbio, come è stato ricordato in precedenza, che la richiesta di una motivazione più sintetica, renda più semplice la automazione del provvedimento amministrativo²⁹⁰.

Al contempo è doveroso evidenziare che la casistica interessata dalla questione che qui occupa attiene ad esempi di motivazione di provvedimenti caratterizzati da discrezionalità tecnica ampia, ritenuta di regola non sindacabile dal giudice amministrativo, se non in sede di estrinseca illogicità.

Il sistema della votazione numerica, che restringe l'ambito della motivazione stessa, rende la stessa automatizzabile. La piena automazione sarebbe peraltro configurabile ove si applicassero criteri di valutazione di discrezionalità tecnica che portano a risultati univoci, come è il caso dei test a risposta multipla. In quel caso è possibile una piena automazione. Nel caso invece della votazione numerica delle prove scritte od orali è chiaro che la valutazione, e dunque la motivazione, proviene dai componenti della commissione. Peraltro in questo caso è ipotizzabile un sistema di semi automazione particolarmente avanzato, potendosi rimettere alla azione umana la sola espressione della votazione numerica, lasciando alla determinazione della macchina, adeguatamente programmata, tutti gli altri atti. La stessa approvazione della graduatoria finale potrebbe seguire tale linea di azione. Il richiamo dei requisiti predeterminati in epoca anteriore all'espletamento delle prove, consentirebbe anche l'utilizzo dello strumento della motivazione *per relationem*, e del provvedimento ipertestuale, così come ampiamente descritti nelle pagine precedenti²⁹¹.

Ove invece si aderisca ad una soluzione che richieda una motivazione diffusa appare limitato l'ambito di automazione, essendo in tal caso l'intervento umano più

290 M.G. LOSANO, Per un diritto compatibile con l'elaborazione elettronica, in Rivista trimestrale di diritto pubblico, 1971, pag. 1836 e seg.

291 Richiamo votazione elettronica

penetrante. Rimarrebbero comunque ampi margini di una semi automazione del provvedimento finale di approvazione della graduatoria secondo le modalità descritte della motivazione per relationem.

2.4.4. - *Provvedimento di massa*

Anche in quest'ultimo caso di possibile provvedimento automatizzato emerge forte la necessità di una motivazione chiara e comprensibile per il cittadino destinatario. In tali casi, invero, questa necessità diventa ancor più pregnante, in quanto si deve evitare quell'effetto di distanza ed anonimato nei rapporti con la pubblica amministrazione²⁹². Il rischio più frequente che infatti può verificarsi in procedimenti di massa, come può essere quello appena descritto, è costituito dalla apposizione di una c.d. motivazione di stile che non soddisfa l'esigenza di trasparenza e conoscenza del cittadino destinatario dell'atto provvedimentoale.

Una situazione di tal tipo comporterebbe una spersonalizzazione dell'attività amministrativa con relativa degenerazione del rapporto del cittadino medesimo con la pubblica amministrazione.

2.4.5. - *Provvedimento di reiterazione del vincolo espropriativo*

Un altro esempio che può essere analizzato è quello che consiste nella decisione di procedere alla reiterazione di un vincolo espropriativo. Come noto la disciplina di questo specifico provvedimento trova il suo fondamento nell'art. 9 del testo unico in materia di espropriazione per pubblica utilità (DPR 8 giugno 2001, n. 327), il quale stabilisce al comma 4 che *“Il vincolo preordinato all'esproprio, dopo la sua decadenza, può essere motivatamente reiterato, con la rinnovazione dei procedimenti*

292 A. MASUCCI, L'atto amministrativo informatico, Primi lineamenti di una ricostruzione, Jovene Editore, Napoli, 1993, pag. 100.

*previsti al comma 1, e tenendo conto delle esigenze di soddisfacimento degli standard*²⁹³”.

In particolare, poichè la norma fa espresso riferimento alla necessità di una motivazione, ci si è chiesti se la stessa fosse fondata su di una semplice ricognizione delle esigenze urbanistiche, ovvero se involgesse una potestà in termini di discrezionalità amministrativa, con la conseguente necessità di procedere ad una valutazione comparativa dell'interesse pubblico con gli interessi privati in gioco²⁹⁴.

Il caso che è stato maggiormente analizzato dalla giurisprudenza è quello in cui la reiterazione del vincolo espropriativo avviene contestualmente alla variante al piano regolatore generale. Pacificamente si è affermato che la scelta di reiterare un vincolo scaduto determina in capo alla pubblica amministrazione l'obbligo di dare una puntuale motivazione. Tale motivazione, in particolare, deve indicare le specifiche ragioni che impongano di procedere alla reiterazione²⁹⁵. Da siffatta motivazione devono dunque potersi trarre con chiarezza e precisione sia le finalità di interesse pubblico che l'ente intende concretamente perseguire, sia la loro attualità²⁹⁶. L'attualità può peraltro evincersi dalle linee guida che hanno determinato l'attività pianificatoria dell'amministrazione pubblica²⁹⁷.

Di particolare interesse è il fatto che le ragioni che determinano la reiterazione del vincolo espropriativo in determinate aree, devono trovare il fondamento nella accertata mancanza di altre aree adeguate nel suolo comunale, ovvero di altri spazi idonei alla realizzazione di quella determinata opera pubblica. In altre parole la motivazione deve effettuare quella valutazione- “pesatura” dell'interesse collettivo

293 In generale si veda G. CERISANO, *Manuale della nuova espropriazione per pubblica utilità*, Cedam, Padova, 2004, pag. 104 e seg.; F. CARINGELLA, G. DE MARZO, R. DE NICTOLIS, L. MARUOTTI, *L'espropriazione per pubblica utilità*, II edizione, Giuffrè, Milano, 2003, pag. 103 e seg.

294 G. CERISANO, *Manuale della nuova espropriazione per pubblica utilità*, Cedam, Padova, 2004, pag. 104

295 Da ultimo: Consiglio di Stato, sez. IV, 13 gennaio 2010 n. 91, in www.lexitalia.it, n. 1/2010; Consiglio di Stato, sez. IV, 15 settembre 2009, n. 5521 in www.lexitalia.it.

296 Consiglio di Stato, sez. IV, 11 novembre 2008, n. 6609, sez. IV, 26 febbraio 2008, n. 683; 27 giugno 2007, n. 3671; 28 dicembre 2006, n. 8041; 12 dicembre 2005, n. 7030 in www.giustizia.amministrativa.it.

297 Consiglio di Stato, sez. IV, 8 giugno 2007, n. 2999; 31 maggio 2007, n. 2863; 27 aprile 2006, n. 2292 in www.giustizia-amministrativa.it.

inerente la necessità che l'opera venga realizzata ancora in quell'area²⁹⁸ e dar conto – in termini comparativi - della prevalenza dell'interesse pubblico su quello del soggetto privato, anche in relazione al periodo temporale decorso dalla scadenza del vincolo espropriativo²⁹⁹, tenendo ulteriormente conto degli standard urbanistici, delle esigenze della spesa e di concrete situazione che portino a riconoscere l'esistenza dell'interesse pubblico escludendo ogni profilo di eccesso di potere³⁰⁰.

Da questa sintetica analisi appare evidente che, nel caso di specie, l'adozione dell'atto è legata all'espressione di un potere ampiamente discrezionale, che impone di conseguenza un'apparato motivazionale particolarmente ricco.

In questo caso, dunque, l'automazione è di difficile -se non impossibile- realizzazione. Non può in questo caso neanche valorizzarsi l'atto software, in quanto, uno dei

298 Per approfondire si veda in particolare Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 24 maggio 2007, n. 7, in www.giustizia-amministrativa.it, la quale distingue tra le seguenti ipotesi: Quanto alla adeguatezza della motivazione, l'Adunanza Plenaria ritiene che essa vada valutata tenendo conto, tra le altre, delle seguenti circostanze: "a) se la reiterazione riguardi o meno una pluralità di aree, nell'ambito della adozione di una variante generale o comunque riguardante una consistente parte del territorio comunale; b) se la reiterazione riguardi soltanto una parte delle aree già incise dai vincoli decaduti, mentre per l'altra parte non è disposta la reiterazione, perché ulteriori terreni sono individuati per il rispetto degli standard; c) se la reiterazione sia stata disposta per la prima volta sull'area in questione. Tali circostanze rilevano nel loro complesso, perché gli atti inoppugnabili che impongono i vincoli preordinati all'esproprio incidono sui valori di mercato delle aree prese in considerazione. Quanto al profilo sub a), vanno distinti i casi in cui la reiterazione del vincolo riguardi un'area ben specificata (per realizzare una singola opera pubblica o per soddisfare i prescritti standard sui servizi pubblici o sul verde pubblico), da quelli in cui la reiterazione riguardi una pluralità di aree per una consistente parte del territorio comunale, a seguito della decadenza di uno strumento urbanistico generale che abbia disposto una molteplicità di vincoli preordinati all'esproprio (necessari per l'adeguamento degli standard, a seguito della realizzazione di ulteriori manufatti). Infatti, quando sono reiterati 'in blocco' i vincoli decaduti già riguardanti una pluralità di aree, la sussistenza di un attuale specifico interesse pubblico risulta dalla perdurante constatata insufficienza delle aree destinate a standard (indispensabili per la vivibilità degli abitati), mentre l'assenza di un intento vessatorio si evince dalla parità di trattamento che hanno tutti i destinatari dei precedenti vincoli decaduti. Quanto al profilo sub b), va rimarcato come una anomalia della funzione pubblica possa essere ravvisata quando, dopo la decadenza 'in blocco' dei vincoli complessivamente previsti dallo strumento urbanistico generale, l'Autorità ne reiteri solo alcuni, individuando altre aree per soddisfare gli standard, in assenza di una adeguata istruttoria o motivazione. Tali scelte, infatti, devono fondarsi su una motivazione da cui emergano le relative ragioni di interesse pubblico, poiché avvantaggiano chi non è più coinvolto nelle determinazioni di reperimento degli standard, a scapito di chi lo diventa, pur non essendo stato destinatario di un precedente vincolo preordinato all'esproprio. Quanto al profilo sub c), si deve tenere conto del fatto se il vincolo sia decaduto una o più volte."

299 Consiglio di Stato, sez. IV, 6 settembre 2006, n. 5151, in www.giustizia-amministrativa.it.

300 Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 24 maggio 2007, n. 7, in www.giustizia-amministrativa.it, e F. LOGIUDICE, Reiterazione vincoli espropriativi: pagamento dell'indennizzo e procedimento, in <http://www.altalex.com/index.php?idnot=37064>.

requisiti espressamente richiesti dalla giurisprudenza è quello dell'attualità dell'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera in quella determinata area.

Una situazione di tal genere non può, ovviamente, essere oggetto di programmazione, ma può soltanto verificarsi nel caso concreto. Altri fattori di ostacolo alla realizzazione di una automazione sono la necessaria comparazione tra l'interesse pubblico e l'interesse del soggetto privato, nonché il “confronto” con l'elemento di fatto della eventuale presenza di ulteriori aree destinabili a quella specifica opera pubblica.

Questo caso, quasi a riassumere in via pragmatica le linee di demarcazione che, in via teorica, si è provato a tracciare tra campi dell'agere amministrativo assoggettabili all'automazione ed aree non attingibili dal fenomeno, ci consegna dunque un esempio paradigmatico di impraticabilità dell'automazione del provvedimento amministrativo.

Bibliografia

- P. AMOVILLI, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza (art. 10-bis L. 241/90) tra partecipazione, deflazione del contenzioso e nuovi modelli di contraddittorio "ad armi pari"* in www.lexitalia.it, n. 10/2009.
- S. BAGNARA, E. DONATI, T. SCHAEEL, *Call e contact center, Strategie di Customer relationship management nelle imprese private e pubbliche*, Milano, Il Sole 24 Ore, 2002
- A. BATTISTA, *Atto Amministrativo: motivazione e prova*, 12/2001, in www.diritto.it.
- G. BERGONZINI, *Difetto di motivazione del provvedimento amministrativo (a dieci anni dalla legge n. 241 del 1990)*, in *Diritto amministrativo*, 2000, n. 2
- R. BORRUSO, *Computer e Diritto*, Milano, 1988
- V. BUSCEMA, *Discrezionalità amministrativa e reti neurali artificiali*, in *Foro amministrativo*, 1993, pag. 620 e seg.
- V. BUSH., *As We May Think*, in *Atlantic Monthly*, luglio 1945, <http://www.theatlantic.com/doc/194507/bush>.
- A. CAPUTO, *Tecnica dell'informazione nella pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 1989
- G. CARIDI, *Informatica giuridica e procedimenti amministrativi*, Franco Angeli Editore, Milano, 1983

- F. CARINGELLA, *Corso di Diritto Amministrativo*, Milano, Giuffr , 2005
- F. CARINGELLA, G. DE MARZO, R. DE NICTOLIS, L. MARUOTTI, *L'espropriazione per pubblica utilit *, II edizione, Giuffr , Milano, 2003
- F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffr , Milano, 2006
- F. CARINGELLA, *Il nuovo ruolo del GA.: articolo 21 OCTIES legge 241*, in www.giustizia-amministrativa.it.
- G. CERISANO, *Manuale della nuova espropriazione per pubblica utilit *, Cedam, Padova, 2004
- V. CERULLI IRELLI., *Principi del diritto amministrativo, parte I*, Torino, Giappichelli, 2005
- G. CHIANTERA, *Considerazioni sull'automazione dei procedimenti amministrativi*, in www.lexitalia.it;
- G. CHIANTERA, *La particolarit  del rapporto tra il responsabile del procedimento e il dirigente dell'unit  organizzativa e le recenti modifiche legislative sul procedimento amministrativo*, 2007, in <http://www.diritto-in-rete.com/articolo.asp?id=481>.
- L. D'ANGELO, *Difetto di motivazione ed interferenze tra regole di validit  del provvedimento amministrativo*, in www.lexitalia.it
- U. DI BENEDETTO, *Diritto amministrativo, giurisprudenza e casi pratici*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 1999
- A. DREI, *Oltre il CRM, Il valore della relazione con il cliente*, Milano, Guerini e Associati, 2004
- G. DUCCI, *Pubblica amministrazione e cittadini: una relazionalit  consapevole*, Milano, 2007, FrancoAngeli

La motivazione degli atti nell'amministrazione digitale

G. DUNI, *Corso di diritto amministrativo, sezione IV, l'amministrazione digitale*, Unisofia, Cagliari, 2007, pag. 77

G. DUNI, *Corso di informatica giuridica*, in <http://spol.unica.it/didattica/duni/EPAS/CORSO-INFORMATICA-4.doc>

G. DUNI, *L'utilizzabilità delle tecniche elettroniche nell'emanazione degli atti e nei procedimenti amministrativi. Spunto per una teoria dell'atto amministrativo emanato nella forma elettronica*, in *Rivista Amministrativa*, 1978

G. DUNI, *Voce Teleamministrazione*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani, Vol. XXX, 1993*, in <http://spol.unica.it/teleamm/italiano/pubblicazioni/telea.htm>

U. FANTIGROSSI, *Automazione e pubblica amministrazione, profili giuridici*, Il Mulino, 1993

M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo, volume II*, Milano, 1993

G. GRASSO, *Spunti di riflessione sull'art. 21 octies, 2° comma l. n. 241/90*, su www.lexitalia.it, n. 7-8/2005

U. GUIDOLIN, *Pensare digitale, Teoria e tecniche dei nuovi media*, Milano, McGraw-Hill, 2005

F. LOGIUDICE, *Reiterazione vincoli espropriativi: pagamento dell'indennizzo e procedimento*, in <http://www.altalex.com/index.php?idnot=37064>.

M.G. LOSANO, *Informatica per le scienze sociali. Corso di informatica giuridica*, Giappichelli, Torino, 1985

M.G. LOSANO, *Per un diritto compatibile con l'elaborazione elettronica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1971

A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico, Primi lineamenti di una ricostruzione*, Jovene Editore, Napoli, 1993

- G. MASTRODONATO, *La motivazione del provvedimento nella riforma del 2005*, in www.lexitalia.it, n. 10/2005
- D. MARONGIU, *L'attività amministrativa automatizzata – profili giuridici*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2005
- M. MIANI, *Comunicazione pubblica e nuove tecnologie*, Bologna, Il Mulino, 2005
- G. MICARI, *Il preavviso di rigetto procedimentale, la “partecipazione nella partecipazione” e l'art. 21 octies della L. n. 241 del 1990 al vaglio giurisprudenziale*, in *Giurisprudenza di merito*, 2006, n. 6, pag. 1542 e seg.
- G.MONTEDORO, *Potere amministrativo, sindacato del giudice e difetto di motivazione*, in www.giustamm.it.
- A. NATALINI *Sistemi informativi e procedimenti amministrativi*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 2, 1999, Giuffrè, Milano, pag. 463.
- D. NAZZARO, *“Illegittimità non invalidante” dell'atto amministrativo e “motivazione postuma”:* la “positiva” metamorfosi del g.a... in www.giustizia-amministrativa.it .
- C. NOTARMUZZI, *Il procedimento amministrativo informatico*, in www.altalex.it;
- L. OLIVERI, *L'irregolarità del provvedimento amministrativo nell'articolo 21-octies, comma 2, della legge 241/1990, novellata*, in www.lexitalia.it n. 4/2005
- A.G. OROFINO, *Informatica ed attività amministrativa* in AA.VV. *Diritto e società dell'informazione. Riflessioni su informatica giuridica e diritto all'informatica*, Nyberg Edizioni, 2005

La motivazione degli atti nell'amministrazione digitale

B. PONTI, Commento agli artt. 12 – 19 in E. CARLONI (a cura di), Codice dell'amministrazione digitale, Commento al D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82, Santarcangelo di Romagna, 2005, pag. 137 e seg.

A. PUBUSA, *Diritti dei cittadini e pubblica amministrazione*, Giappichelli, 1996

S. PUDDU, *Contributo ad uno studio sull'anormalità dell'atto amministrativo informatico*, Napoli, Jovene Editore, 2006

C. RAPICAVOLI, *Lo sportello unico per le attività produttive e le agenzie per le imprese: la disciplina prevista dal d.p.r. 7 settembre 2010, n. 160 e dal d.p.r. 9 luglio 2010, n. 159*, in www.lexitalia.it n. 10/2010.

A.M.SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989

G. SARTOR, *Le applicazioni giuridiche dell'intelligenza artificiale*, Milano, Giuffrè, 1990

F.G.SCOCA, *I vizi formali nel sistema delle invalidità dei provvedimenti amministrativi*, in V.PARISIO (a cura di), *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, Milano, 2004, pag. 56 e seg.

S. TARULLO, *L'art. 10 bis della l. 241 del 1990, il preavviso di rigetto tra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, in www.giustamm.it, 2005, n. 1

L. TIVELLI L., S. MASINI, *Un nuovo modo di governare, L'e-government e il cambiamento della pubblica amministrazione*, Roma, Fazi, 2002, pag. 169 e seg.

S. TOSCHI, *Maggiori poteri al responsabile del procedimento*, in *Guida al diritto*, n. 10, 2005, pag. 62 e seg,

D.F.G. TREBASTONI, *Commento all'art. 22*, in *Il codice della pubblica amministrazione digitale – commentario al D. Lgs. n. 82 del 7 marzo 2005*, Giuffrè, Milano, 2005, pag. 204 e seg.

La motivazione degli atti nell'amministrazione digitale

G. VIRGA, *Motivazione successiva e tutela della pretesa alla legittimità sostanziale del provvedimento amministrativo in Diritto processuale amministrativo*, 1993, pag. 507 e seg., e in www.lexitalia.it.

F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, 2008, n. 4

A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996, pag. 82 e seg.

Giurisprudenza

Consiglio Stato sez. V, 26 gennaio 2000, n. 341, in www.giustizia-amministrativa.it.

Consiglio di Stato, sez. VI, 14 luglio 2000, n. 35, in www.giustizia-amministrativa.it

Consiglio di Stato, sez. V, 23 gennaio 2003, n. 357, in www.giustizia-amministrativa.it.

Consiglio di Stato, sez. IV, 17 dicembre 2003, n. 8320 in www.giustizia-amministrativa.it.

Consiglio di Stato, sez. V, 23 marzo 2004, n. 1551 in www.giustizia-amministrativa.it

Consiglio di Stato, sez. V, 20 ottobre 2004, n. 6814 in www.giustizia-amministrativa.it.

Consiglio di Stato sez. IV, 14 febbraio 2005 , n. 435 in www.giustizia-amministrativa.it

Consiglio di Stato sez. IV, 30 maggio 2005, n. 2770 in www.giustizia-amministrativa.it

Consiglio di Stato, sez. IV, 30 giugno 2005, n. 3552 in www.giustizia-amministrativa.it

Consiglio di Stato, sez. IV, 22 settembre 2005, n. 4849 in www.giustizia-amministrativa.it

Consiglio di Stato, sez. IV, 12 dicembre 2005, n. 7030 in www.giustizia-amministrativa.it.

Consiglio di Stato, sez. IV, 27 aprile 2006, n. 2292 in www.giustizia-amministrativa.it.

Consiglio di Stato, sez. IV, 28 dicembre 2006, n. 8041, in www.giustizia-amministrativa.it

Consiglio di Stato, sez. V, 29 maggio 2006, n. 3270 in www.giustizia-amministrativa.it, e Diritto & Giustizia, 2006, n. 30, pag. 88 e seg.

Consiglio di Stato, sez. IV, 6 settembre 2006, n. 5151, in www.giustizia-amministrativa.it.

La motivazione degli atti nell'amministrazione digitale

Consiglio di Stato, sez. VI, 29 marzo 2007, n. 146 in www.giustizia-amministrativa.it

Consiglio di Stato, sez. IV, 10 maggio 2007, n. 2254 in www.giustizia-amministrativa.it

Consiglio di Stato, sez. IV, 14 maggio 2007, n. 2441, in www.giustizia-amministrativa.it e in Foro amministrativo CDS, 2007, 5, pag. 1457

Consiglio di Stato, Sez. VI, 22 maggio 2007, n. 2596 in www.giustizia-amministrativa.it.

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 24 maggio 2007, n. 7, in www.giustizia-amministrativa.it

Consiglio di Stato, Sez. IV, 31 maggio 2007, n. 2863, in www.giustizia-amministrativa.it

Consiglio di Stato, sez. IV, 8 giugno 2007, n. 2999, in www.giustizia-amministrativa.it

Consiglio di Stato, sez. IV, 27 giugno 2007, n. 3671 in www.giustizia-amministrativa.it.

Consiglio di Stato, sez. IV 10 luglio 2007 n. 4828 in www.giustizia-amministrativa.it,

Consiglio di Stato, sez. V, 9 ottobre 2007 n. 5271 in www.lexitalia.it, n. 10/2007.

Consiglio di Stato, sez. VI, 11 ottobre 2007, n. 5347, in www.giustizia-amministrativa.it.

Consiglio di Stato, sez. V, 19 febbraio 2008, n. 567 in www.giustizia-amministrativa.it

Consiglio di Stato, sez. IV, 26 febbraio 2008, n. 683, in www.giustizia-amministrativa.it

Consiglio di Stato, sez. IV, 12 maggio 2008, n. 2190 in www.giustizia-amministrativa.it

Consiglio di Stato, sez. IV, 6 giugno 2008 n. 2705, in www.giustizia-amministrativa.it.

Consiglio di Stato, sez. IV, 11 novembre 2008, n. 6609, in www.giustizia-amministrativa.it

La motivazione degli atti nell'amministrazione digitale

Consiglio di Stato, sez. V, 22 dicembre 2008, n. 6498 in www.giustizia-amministrativa.it

Consiglio di Stato, sez. VI, 29 dicembre 2008, n. 6591, in www.lexitalia.it n. 1/2009.

Consiglio di Stato, sez. V, 7 febbraio 2009, n. 5229 in www.giustizia-amministrativa.it e in Foro amministrativo CDS, 2009, 9, pag. 2010

Consiglio di Stato, sez. IV, 18 giugno 2009, n. 3991 in Foro amministrativo CDS, 2009, n. 6, pag. 1449 e in www.giustizia-amministrativa.it;

Consiglio di Stato, sez. VI, 19 agosto 2009, n. 4993 in www.giustizia-amministrativa.it

Consiglio di Stato, sez. V, 1 settembre 2009 n. 5145 in www.lexitalia.it n. 9/2010.

Consiglio di Stato, sez. V, 7 settembre 2009, n. 5227 in Foro Amministrativo CDS, 2009, n. 9, pag. 2010 e in www.giustizia-amministrativa.it

Consiglio di Stato, sez. V, 7 settembre 2009 n. 5229, in www.giustizia-amministrativa.it,

Consiglio di Stato, sez. IV, 15 settembre 2009, n. 5521 in www.lexitalia.it.

Consiglio di Stato, sez. IV, 28 settembre 2009, n. 5832 in Foro amministrativo CDS, 2009, n. 9, pag. 1995 e in www.giustizia-amministrativa.it

Consiglio di Stato, sez IV, 30 novembre 2009, n. 7502, in www.giustizia-amministrativa.it.

Consiglio di Stato, sez. VI, 12 novembre 2009, n. 6997 in www.giustizia-amministrativa.it

Consiglio di Stato, sez. IV, 25 novembre 2009, n. 5846, in Foro amministrativo CDS, 2009, n. 11, pag. 2647 e in www.giustizia-amministrativa.it;

Consiglio di Stato, sez IV, 30 novembre 2009, n. 7502, in www.giustizia-amministrativa.it

La motivazione degli atti nell'amministrazione digitale

ConsigliodiStato,sez.IV4 dicembre 2009, n. 7652 in www.giustizia-amministrativa.it

Consiglio di Stato, sez. IV, 13 gennaio 2010 n. 91, in www.lexitalia.it, n. 1/2010

Consiglio di Stato, sez. IV, 13 gennaio 2010, n. 92, in Foro amministrativo CDS, 2010, n. 1, pag. 202

Consiglio di Stato, sez. IV, 15 febbraio 2010, n. 835, in www.giustizia.amministrativa.it.

Consiglio di Stato, sez. VI, 3 marzo 2010 n. 1241 in www.lexitalia.it , n. 3/2010

Consiglio di Stato, sez. V, 14 aprile 2008, n. 1698 in www.giustizia-amministrativa.it.

Consiglio di Stato, sez. IV, 14 aprile 2010, n. 2084 in www.giustizia-amministrativa.it.

Consiglio di Stato, 14 aprile 2010, n. 2088, in www.giustizia-amministrativa.it.

Consiglio di Stato, sez. V, 20 maggio 2010, n. 3190, in Foro amm. CDS, 2010,5, pag. 1046

Consiglio di Stato, sez. VI, 8 giugno 2010, n. 3642, in www.giustizia-amministrativa.it

Consiglio di Stato, sez. III, 8 giugno 2010, n. 5241, in Foro amministrativo CDS, 2010, n. 6, pag. 1317

Consiglio di Stato, sez. IV, 6 luglio 2010, n. 4331 in www.giustizia-amministrativa.it.

Consiglio di Stato, sez. V, 13 luglio 2010, n. 4528 in www.giustizia-amministrativa.it.

Consiglio di Stato, sez. IV, 3 agosto 2010, n. 5150 in www.giustizia-amministrativa.it.

Consiglio di Stato, sez. VI, 27 agosto 2010, n. 5992, in www.giustizia-amministrativa.it.

Consiglio di Stato, sez. V, 31 agosto 2010, n. 3955 in www.gustizia-amministraiva.it

La motivazione degli atti nell'amministrazione digitale

Corte Costituzionale 26/1996, 408/1995 194/1993, 392 /1992 437/1992, 302/1988 in www.giustcost.org

Corte Costituzionale, 30 gennaio 2009, n. 20, in www.giurcost.org, e in www.lexitalia.it.

C.G.C.E. 28 febbraio 1991, C-360/87 in Foro Amm. 1991, pag. 1337

TAR Basilicata 17 luglio 2002 n. 518, in www.giustizia-amministrativa.it.

TAR Calabria, 3 ottobre 2007, n. 6/2008, in www.giustizia-amministrativa.it.

TAR Calabria, sez. I, 1 aprile 2010, n. 396 in www.giustizia-amministrativa.it

TAR Campania, sez. IV, 25 maggio 2001 n. 2339 in www.giustizia-amministrativa.it

TAR Campania, sez. IV, 20 giugno 2007 / 31 luglio 2007, n. 7147 in www.iusna.net.

TAR Campania, sez. VIII, 18 novembre 2009, n. 7633 in www.giustizia-amministrativa.it.

TAR Campania, sez. II, 2 dicembre 2009, n. 8320 in www.altalex.com.

TAR Campania, 1 marzo 2010, n. 3149, in www.giustizia-amministrativa.it

T.A.R. Campania, sez. I 18 marzo 2010 n. 4243 in www.giustizia-amministrativa.it

T.A.R. Campania, sez. VIII, 1 aprile 2010, n. 1762, in www.giustizia-amministrativa.it, e Foro amministrativo TAR, 2010, n.4, pag. 1413

TAR Lazio, sez. Latina, 7 marzo 2003, n. 53 in www.giustizia-amministrativa.it.

TAR Lazio, sez. III bis, 23 dicembre 2003, n. 12376, in www.giustizia-amministrativa.it.

La motivazione degli atti nell'amministrazione digitale

TAR Lazio, sez. II bis, 9 gennaio 2004, n. 42, in www.dirittodeiservizipubblici.it

TAR Lazio, sez. I, 4 marzo 2009, n. 2236, in Foro amm. TAR 2009, 3, pag. 712 e seg.

TAR Lazio, sez. II, 16 febbraio 2010, n. 2265 in www.giustizia-amministrativa.it;

TAR, Lazio, sez. I, 18 marzo 2010, n. 4243 in www.giustizia-amministrativa.it

TAR Lombardia, sez. III, 9 gennaio 1999, n. 90, in www.giustizia-amministrativa.it,

TAR Lombardia, sez. IV, 17 giugno 2008, n. 2078, in www.giustizia-amministrativa.it

TAR Lombardia, sez. III, ordinanza 6 aprile 2010 n. 63 in www.lexitalia.it n. 4/2010

TAR Marche, 20 aprile 2001 n. 553, in www.giustizia-amministrativa.it.

T.A.R. Roma, Lazio, sez. II, 2 aprile 2010 n. 5630 in www.giustizia-amministrativa.it

T.A.R. Roma, Lazio, sez. III, 10 agosto 2010, n. 3057 in www.giustizia-amministrativa.it

TAR Piemonte, sez. I, 26 marzo 2010, n. 1603 in www.giustizia-amministrativa.it e in Foro amm. TAR, 2010, 3, pag. 749.

TAR Puglia, sez. II, 4 giugno 2010, n. 2243, in Foro amministrativo TAR, 2010, n. 6, pag. 2153 e in www.giustizia-amministrativa.it.

T.A.R. Puglia, sez. III, 10 giugno 2010 n. 2406 in *Foro Amministrativo TAR*, 2010, n. 6

TAR Sicilia, sez. III, 26 luglio 2010, n. 8964; in www.giustizia-amministrativa.it