amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 2/2025

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Francesco Cardarelli, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Chiara Cudia, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Valentina Maria Donini, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Bruno Mercurio, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Sveva Bocchini, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Beatrice Coppa, Giuseppe Doria, Manuel Delgado Iribarren, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Giuseppina Lofaro, Federica Lombardi, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Giovanni Pesce, Benedetta Piazza, Marcin Princ, Sara Pugliese, Bianca Nicla Romano, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Esper Tedeschi, Simona Terracciano, Stefania Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Sulle pronunce interlocutorie nel processo amministrativo. Sviluppi normativi, criticità e prospettive del trattamento

di Paolo Cotza

(Ricercatore confermato in Diritto Amministrativo presso il dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Cagliari)

Sommario

(Parte prima) 1.1. Contributo di giurisprudenza: storico … - 1.2. … e su base 'positiva' vigente. - 1.3. Primo apporto concettual-sistematico - (Parte seconda) 1.4. Sulla natura dell'ordinanza cautelare. - 2. Sulle potenzialità del giudizio cautelare. - 2.1. Riconoscimento, al giudice amministrativo, di un ruolo attivo nel dispiegarsi dell'"ordine normativo". - 2.2. Conclusioni dogmatiche. - 2.3. Implicazioni in punto di: effettività della tutela e legittimazione a ricorrere, giudizio di ottemperanza ... - ... motivazione "postuma" e giudizio cautelare. - 3. Conclusioni specialistiche.

Abstract

The paper starts from a comparative review of the jurisprudence on the point of interlocutory rulings, current under the previous and current regulations. This, in order to detect the conceptual limits of that 'former' and make the necessary corrections also in a systematic key, also dwelling on the criticalities of the related treatment. In this last regard, attention has focused: first, on the burdens that both the parties and the judge should bear; therefore, on the potential that the precautionary ruling can express on the basis of a dogmatic-epistemological review on the exercise of discretion as well as on the functional sense of the corresponding procedural phase and the principle of the prevalence of substance over form, so as to integrate (possibly) the connotations of an interlocutory judgment.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*

Parte prima

1.1 Contributo di giurisprudenza: storico ….

Pare opportuno di muovere da due ordini di sentenze formatesi, in tema di 'pronunce interlocutorie', sotto il regime previgente[1]; tenendo conto che quest'ultimo risentiva della disciplina confezionata per il Codice di rito civile del 1865, nel senso di non distinguere, nell'attività del giudice, fra decisione vera e propria e scioglimento di questioni (onde, persino il materiale preparatorio della finale pronuncia di accoglimento o rigetto andava elaborato con sentenza)[2].

Quanto alla natura ed alle relative implicazioni:

Per pronuncia '(esclusivamente) interlocutoria' (formalmente e sostanzialmente tale) s'intendeva quella 'priva di statuizioni di contenuto decisorio su uno o più punti della controversia': es., finalizzata all'acquisizione di documentazione[3]; segnatamente:

«Nell'ipotesi di una decisione interlocutoria contenente, nella parte dispositiva, un semplice ordine istruttorio e non una espressa pronuncia con valore di statuizione incidentale, la decisione stessa si configura come mero strumento processuale, inidoneo alla formazione, sia pure per implicito, del giudicato interno sul rito e non compromette, perciò, in alcun modo la prosecuzione del giudizio e la definizione della vertenza nel merito»[4];

Si distingueva fra 'ordinanze istruttorie' e 'sentenze interlocutorie a contenuto meramente istruttorio'[5]; neppure a queste ultime poteva riconoscersi autorità di giudicato (sia pur implicito), sulla pretesa azionata, stante il contenuto meramente ordinatorio e non decisorio della sentenza stessa[6].

Quanto all'impugnabilità, sia pur con l'associare un ondivago significato in senso stretto alla locuzione 'pronuncia interlocutoria' (come 'non finale', e come 'non decisoria' o meramente ordinatoria-istruttoria):

«Ai sensi dell'art. 26, l. 6 dicembre 1971, n. 1034, possono essere oggetto di appello al Consiglio di Stato soltanto i provvedimenti del giudice amministrativo di primo grado aventi natura decisoria (sentenze definitive o interlocutorie, quest'ultime solo nelle parti che contengono la soluzione espressa di uno o più punti della controversia, nonché le ordinanze rese sulle domande di sospensione di provvedimenti impugnati); pertanto deve essere dichiarato inammissibile il ricorso in appello avverso

[1] Assumendo, quale principale termine normativo di riferimento, l'art. 26, L. 6 dicembre 1971, n. 1034, istitutiva dei Tribunali amministrativi regionali.

[2] Annotazioni storiche si rinvengono in A. ROMANO (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Cedam, 2002, segn. pp. 896 s.

[3] Cons. Stato, sez. V, 1° ottobre 1986, n. 471. Cfr. pure: Cons. Stato, sez. IV, 7 aprile 1989, n. 231.

[4] Cons. Stato, sez. VI, 8 marzo 1990, n. 366.

[5] Trib. amm. reg. Sicilia, Catania, sez. I, 22 dicembre 1986, n. 1274.

[6] Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 1990, n. 518. Cfr. pure: Cons. Stato, ad plen., 6 giugno 1990, n. 5; sez. V, 12 luglio 1996, n. 850.

ISSN 2036-7821

un'ordinanza collegiale del Tar con la quale viene rinviato a nuovo ruolo un ricorso per motivi di connessione, non avendo tale ordinanza, né implicitamente né esplicitamente, carattere decisorio, né definitivo né parziale, così come non mira ad assolvere la funzione di dirimere la lite, o parte di essa, e non ha neppure effetti simili a quelli di una sentenza»[7];

«Le decisioni in materia di mezzi istruttori non sono di per sé idonee a ledere alcun interesse e, anche quando contengono considerazioni tali da rendere manifesto l'indirizzo che il giudice intende dare alla soluzione della controversia, non precludono al giudice una decisione finale diversamente orientata; pertanto, è inammissibile l'appello al Consiglio di Stato contro una decisione interlocutoria di tribunale amministrativo regionale»[8];

«Nel giudizio amministrativo le pronunce istruttorie od interlocutorie non sono immediatamente appellabili e pertanto non passano in giudicato se non con la sentenza definitiva»[9];

«Le sentenze interlocutorie dei Tar, in quanto prive di contenuto decisorio, sono inappellabili, e, non essendo stata fatta riserva di appello, non ne è consentita l'impugnazione nemmeno insieme alla sentenza definitiva»[10].

La posizione (più coerente coi principi processuali, a partire dalla strumentalità delle forme) sulla quale aveva finito coll'attestarsi la giurisprudenza, con prevalenza di un criterio sostanziale di valutazione (indipendentemente dalla qualificazione come sentenza e dalla spendita dell'attributo di 'interlocutorietà'), pare ben sintetizzata dalla seguente pronuncia: «tra le sentenze interlocutorie, solo quelle che hanno carattere preliminare (che risolvano, cioè, questioni pregiudiziali o preliminari, pronunciando su giurisdizione, ammissibilità, procedibilità, competenza) e quelle parziali (che decidano definitivamente su una parte soltanto del merito) hanno carattere decisorio e passano in cosa giudicata se non sono impugnate tempestivamente o non viene fatta riserva di impugnativa; gli altri provvedimenti giurisdizionali (quelli che ordinano la riunione di più cause, l'integrazione del contraddittorio, mezzi istruttori ecc.), pur rivestendo la forma della sentenza, sono emanati a fini ordinatori del processo o a fini istruttori e, come tali, non

[7] Cons. Stato, sez. V, 4 novembre 1983, n. 528.

[8] Cons. Stato, sez. VI, 20 ottobre 1981, n. 511. Cfr. pure: Cons. Stato, sez. V, 26 giugno 1981, n. 292; sez. VI, 13 luglio 1985, n. 422; sez. VI, 18 novembre 1985, n. 607 (secondo cui «non è appellabile la sentenza intesa a disporre un'attività diretta ad integrare il contraddittorio nei riguardi di coloro che possono avere interesse ad opporsi al ricorso e resa necessaria ai fini di un unico giudicato nei confronti di quelle parti che hanno una posizione giuridicamente qualificata alla conservazione dell'atto impugnato»); sez. VI, 27 maggio 1991, n. 321; sez. V, 18 febbraio 1992, n. 136; sez. V, 8 febbraio 1994, n. 62 («è inammissibile l'appello contro una decisione interlocutoria con la quale "riservata ogni decisione nel merito del giudizio e in ordine alle spese", si dispone incombenti istruttori ancorché la questione giuridica posta dal ricorrente possa ritenersi risolta da detta pronuncia, non potendosi realizzare, sino alla pronuncia definitiva, alcuno degli effetti propri della decisione amministrativa»).

[9] Cons. Stato, sez. V, 13 agosto 1996, n. 922. Cfr. pure Cons. Stato, sez. VI, 17 marzo 1999, n. 314.

[10] Cons. Stato, sez. IV, 13 febbraio 1996, n. 146.

ISSN 2036-7821

sono suscettibili di passare in giudicato né di determinare il giudicato implicito; pertanto, l'appello che sia stato contro questi ultimi proposto, deve considerarsi inammissibile per carenza di interesse»[11].

1.2. … e su base 'positiva' vigente.

A fronte del 'correttivo' terminologico col quale l'art. 36 c.p.a. (a partire dalla rubrica 'pronunce interlocutorie' come sviluppata nei singoli commi) ha recepito la miglior giurisprudenza pregressa, quella coeva al primo si è fatta carico di superare decisamente le questioni per nominalismi, con un'opera di 'calibratura' dei profili funzionali di quella tipologia, così nitidamente resa:

In via generale, «in applicazione del generale principio processuale della prevalenza della sostanza sulla forma, per stabilire se un provvedimento del giudice abbia la natura di sentenza o di ordinanza, è decisiva non la forma adottata, ma il suo contenuto sostanziale - purché il provvedimento abbia il minimo di requisiti formali per rientrare nel tipo che sarebbe congruo in relazione al suo contenuto. Di conseguenza, allorquando il giudice, ancorché con provvedimento avente veste formale di ordinanza, abbia, senza definire il giudizio, deciso una o più questioni pregiudiziali attinenti al processo, oppure una o più questioni preliminari di merito, che siano astrattamente idonee a definire il processo ma in concreto non lo siano per la soluzione (di segno reiettivo) adottata, a tale provvedimento, di carattere decisorio, va riconosciuta natura di sentenza non definitiva ai sensi dell'art. 36, c. 2, D.Lgs. n. 104/2010»[12];

Per un'ipotesi applicativa, «l'ordinanza collegiale di rimessione all'adunanza plenaria, qualora recante la decisione sulle questioni pregiudiziali di rito devolute al giudizio appello, senza esaurire l'oggetto del giudizio che, con la rimessione, prosegue per la decisione delle questioni di merito, assurge a valenza di sentenza non definitiva, ai sensi dell'art. 36, comma secondo, c.p.a. … Essendosi la *potestas iudicandi* sulle questioni pregiudiziali di rito, devolute in appello, esaurita con la decisione al riguardo assunta nell'ordinanza di rimessione assurgente, per quanto innanzi, ha valore sostanziale di sentenza, ne deriva la preclusione al riesame, nel prosieguo del giudizio, delle questioni pregiudiziali di rito decise nell'ordinanza di rimessione»[13];

---

[11] Cons. giust. amm. reg. Sic., sez. giurisdiz., 28 maggio 1991, n. 223. Cfr. pure: Trib. amm. reg. Campania, Napoli, sez. III, 14 novembre 1995, n. 597 («nell'ambito delle decisioni interlocutorie soltanto quelle che statuiscono su questioni preliminari sono idonee a formare cosa giudicata sostanziale tra le parti»); Cons. giust. amm. reg. Sicilia, sez. giurisdiz., 28 marzo 1997, n. 4 («sono appellabili le sentenze interlocutorie emesse dal giudice di primo grado che appartengano alla categoria di quelle che, avendo carattere preliminare, risolvano questioni pregiudiziali o preliminari, pronunciando sulla giurisdizione, sulla ammissibilità, sulla procedibilità o sulla competenza, ovvero alla categoria di quelle che, qualificabili come parziali di merito, decidano definitivamente soltanto alcuni capi della domanda»).

[12] Cons. Stato, ad. plen., 13 giugno 2012, n. 22.

[13] Cons. Stato, ad. plen., n. 22/2012 cit.

ISSN 2036-7821

Viceversa, «nel processo amministrativo, è inammissibile il gravame avverso una pronuncia di natura interlocutoria, pure se la stessa rivesta la forma di sentenza»[14]; più dettagliatamente (e pur con un'incongruenza di richiamo), «la sentenza che non definisce nemmeno in parte il giudizio non è impugnabile. Invero la pronuncia interlocutoria (che dovrebbe essere assunta con ordinanza) non è impugnabile alla stregua dell'articolo 279, comma 4, c.p.c., per il quale "i provvedimenti del collegio che hanno forma di ordinanza, non possono mai pregiudicare la decisione della causa, sono modificabili e revocabili e non sono soggetti ai mezzi di impugnazione previsti per le sentenze". Tale disposizione è espressione di un principio generale applicabile al processo amministrativo»[15].

1.3. Primo apporto concettual-sistematico.

Il riportato contributo giurisprudenzial-'evolutivo' (come progressivamente imperniato sul principio processuale della prevalenza della sostanza sulla forma) ed il vigente dato normativo, paiono assolvere degnamente all'onere di risolvere i dubbi interpretativi derivanti da certa 'promiscuità' di significato in corrispondenza della medesima locuzione 'pronunce interlocutorie': in un senso lato, ad indicare quelle 'non finali' rispetto alla questione di merito sottoposta al giudice; in senso stretto, distinguendo fra quelle non decisorie o meramente ordinatorie-istruttorie, e quelle decisorie (rispetto a questioni preliminari, pregiudiziali o parziali). Stavolta, associandovi (rispettivamente):

quando il giudice non definisce nemmeno in parte il giudizio, uno strumento di portata generale e residuale, cui viene imposto il *nomen iuris* di 'ordinanza';

altrimenti, quando il primo decide solo su alcune delle questioni sottopostegli dalle parti (capi della domanda) o comunque emerse, la 'sentenza non (integralmente) definitiva'.

Se non che:

di là dall'ipotesi (nanti accennata) di ordinanza collegiale di rimessione all'adunanza plenaria, qualora recante la decisione sulle questioni pregiudiziali di rito devolute al giudizio appello, senza esaurire l'oggetto del giudizio che, con la rimessione, prosegue per la decisione delle questioni di merito;

in disparte l'ulteriore duplice questione dell'ordinanza mediante la quale (*ex art.* 85 c.p.a.) si 'decide' il giudizio di opposizione al decreto 'presidenziale' con cui vengano pronunciate l'estinzione o l'improcedibilità del giudizio (e che, come tale, in caso di accoglimento dell'opposizione, presenterebbe, in via eccezionale, i connotati di una sentenza interlocutoria, decisoria, parziale *ex art.* 36, comma 1, c.p.a.); nonché, della

[14] Cons. giust. amm. reg. Sicilia, 28 luglio 2011, n. 514. In linea, puntualizzando che per statuizione interlocutoria deve intendersi quella 'priva di contenuto decisorio', Cons. Stato, sez. III, 5 marzo 2019, n. 1505.

[15] Cons. Stato, sez. V, 23 febbraio 2015, n. 891.

ISSN 2036-7821

natura dell'ordinanza che chiude la fase cautelare (sulla quale si tornerà nel par. seg.); la matassa interpretativa non pare sia stata integralmente dipanata.

Ci si riferisce innanzitutto alla circostanza per cui la locuzione 'sentenza non definitiva', d'impiego più frequente nel processo civile, quando riferita alle pronunce del giudice amministrativo, assume talora un'accezione impropria: ad indicare che non sono ancora passate in giudicato[16]. Laddove la giurisprudenza amministrativa, come constatato, più spesso fa uso non meno equivoco delle espressioni 'sentenze interlocutorie' o 'parziali', a significare: la seconda, l'idoneità a decidere su uno od alcuni capi della domanda; la prima, quando non impiegata come sinonimo dell'altra, un rilievo meramente ordinatorio, interno al giudizio.

Ma è soprattutto sotto un altro profilo che può trarsi conferma delle lamentate insidie della disciplina in esame: quali emergenti a partire dall'opera 'compensativa' del 'formante' dottrinale nell'indagare sulla *ratio* della disciplina storicamente associata a quelle locuzioni[17]. Ci si riferisce innanzitutto al previgente Codice di rito civile del 1865, per il quale (come anticipato in esordio) non sussisteva distinzione, nell'ambito dell'attività del giudice, tra decisione vera e propria e scioglimento di questioni; cosicché anche il materiale preparatorio della pronuncia finale (di accoglimento o di rigetto) doveva rivestire la forma della sentenza[18]. Mentre, con la riforma introdotta nel 1940, il Codice di rito civile si è doppiamente ispirato: a maggior celerità e snellezza; nonché, all'opportunità di evitare che, risolte ed eventualmente precluse una o più questioni di merito con altrettante sentenze interlocutorie, il seguito istruttorio conducesse ad esiti contrastanti con quanto consacrato dalle prime, talvolta non rimovibili in ragione del loro passaggio in giudicato. Per l'effetto, il Codice del processo civile ha operato: dapprima, una drastica contrazione della casistica in corrispondenza della quale la decisione su questioni preliminari di merito andava rimessa ad una sentenza (riconducendola entro l'unica ipotesi in cui quella fosse idonea a definire il giudizio - art. 187); di seguito, certo ampliamento della nozione di questione preliminare di merito.

Laddove, esaminando la disciplina previgente del processo amministrativo, ci si

---

[16] Così Cons. Stato, sez. V, n. 1248/1970, in *Foro it.*, 1971, III, col. 85.

[17] Sul punto può rinviarsi ad una notevole mole di scritti: a partire dai più risalenti riferimenti (contenuti in E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 1957, p. 278; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958, II, p. 312; S. CASSARINO, *Il processo amministrativo nella legislazione e nella giurisprudenza*, II - *Lo svolgimento del giudizio*, Milano, 1987, p. 246; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, p. 1477); per giungere sino alla più recente manualistica (A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 3 ed., p. 244).

R. SACCO, *Formante*, in *Dig. disc. priv.* – sez. civ. –, VIII, Torino, 1992, p. 438 s.: agli "insiemi di regole, coesistenti in un unico ordinamento" può darsi il nome di "formanti" (legale, giurisprudenziale, dottrinale, etc.). Questi non sono tra loro equivalenti: mutando nel tempo e rispetto ai diversi ordinamenti, essi innanzitutto danno luogo a fenomeni d'interazione; inoltre, si modificano nella loro importanza comparativa (maggiore o minore capacità di ciascuno di essi di influire sugli altri).

[18] Cfr., *ivi*, artt. 341 e 492.

ISSN 2036-7821

avvede che:
pur avendo raccolto l'istanza di semplificazione ed accelerazione (così, rispetto all'originaria indistinzione degli atti decisori, la L. n. 205/2000 aveva modificato il testo dell'art. 44, T.U. Cons. Stato, prevedendo lo strumento dell'ordinanza per la decisione sia sui mezzi istruttori sia sull'opposizione al decreto relativo alla rinuncia al ricorso, alla cessazione della materia del contendere, all'estinzione del giudizio ed alla perenzione);
non altrettanto ha fatto con riguardo al secondo profilo di novità nel rito civile; dal momento che, con riguardo alle altre decisioni, in assenza di una disciplina generale *ad hoc*, si concludeva che fosse possibile, per il giudice, di scandire lo svolgimento della causa mediante le sentenze ritenute (di volta in volta) più convenienti.
Di tal fatta, si ponevano le stesse criticità cui aveva tentato di porre rimedio il codice di rito civile del 1940 rispetto al previgente, dal momento che:
si opinava che le sentenze contenenti soluzione espressa di un punto della controversia fossero idonee a passare in giudicato e quindi a formare altresì giudicato implicito;
coerentemente, si esigeva che, nei confronti delle sentenze parziali, la riserva d'appello fosse notificata entro il termine breve.
Solo per le sentenze (meramente) interlocutorie si predicava: nel senso della loro non autonoma appellabilità; nonché, della preclusione ad integrare un contrasto di giudicati, agli effetti della revocazione, in caso di discordanza fra le prime e quella definitiva a conclusione del medesimo processo[19].
Ebbene, a fronte di tale *excursus* storico, ben si comprende che l'assetto impresso dal vigente codice del processo amministrativo:
a dispetto di una condizione, cui è assurto lo strumento dell'ordinanza, di generalità e residualità (apparente, in quanto tendenzialmente limitata all'ambito delle determinazioni giudiziali di tipo meramente ordinatorio);
complice certo consolidarsi del principio di strumentalità delle forme;
avendo lasciato invariato il regime del trattamento delle determinazioni decisorie su alcune delle questioni portate all'attenzione del giudice (necessità della sentenza);
finisce col riproporre le medesime criticità di cui nanti si è dato conto.
Onde, spetterebbe alle parti ed al giudice, a fronte di una sentenza (non meramente interlocutoria, ma) parziale (in tal senso, 'non definitiva'), di farsi diligenti (rispettivamente): nell'impugnarla o (con pari tempestività) nel proporre riserva di appello[20]; e nell'evitare che maturi il passaggio in giudicato tale da renderla non rimovibile dalla sentenza definitiva, ogniqualvolta il seguito istruttorio abbia condotto ad esiti contrastanti con quanto consacrato dalla prima.

[19] Per approfondimenti può rinviarsi a A. ROMANO (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Cedam, 2002, segn. pp. 896-898.
[20] Ai sensi dell'art. 103 c.p.a.

ISSN 2036-7821

Il seguito della trattazione, di là da un 'approccio' prettamente dogmatico, si compenetra con quanto precede, secondo le seguenti connessioni (a partire da quelle 'di collegamento' contenute nel par. seg.).

Parte Seconda

1.4. Sulla natura dell'ordinanza cautelare.

La giurisprudenza amministrativa:

pur riconoscendo natura decisoria alle ordinanze rese sulle domande di sospensione degli effetti di provvedimenti impugnati (al pari delle sentenze definitive e di quelle interlocutorie - quest'ultime nel senso che contengono la soluzione espressa di uno o più punti della controversia -);

ha dimostrato assoluta (quanto aprioristica) preclusione circa una possibile 'definitività' dell'ordinanza cautelare, nel senso di escluderne comunque una connotazione 'finale', benché quest'ultima (vantando, per l'appunto, natura decisoria) sia (come tale) inequivocabilmente impugnabile; ciò, sul presupposto soverchiante che si tratterebbe (senz'altro) di un 'provvedimento interinale' (interlocutorio nell'ulteriore accezione di provvisorio).

Tale consolidato orientamento coinvolge trasversalmente l'esperienza (precedente e successiva rispetto al Codice del nuovo processo amministrativo) di quel 'formante' giuridico, come dimostra la seguente rassegna di pronunce:

«Nel processo amministrativo la fase cautelare, destinata a risolversi con la pronuncia sulla domanda di sospensione dell'atto impugnato, o di altro provvedimento interinale richiesto, costituisce una fase autonoma e distinta rispetto al giudizio d'impugnazione, e non è idonea a esplicare effetti o comunque influenza sul rapporto processuale principale»[21];

«Non fa venire meno l'atto sospeso e nemmeno la sua validità, né esercita una funzione ripristinatoria della situazione precedente, ma soltanto impedisce temporaneamente, e con efficacia *ex nunc*, la possibilità di portare l'atto ad ulteriore esecuzione e, per questo, è inevitabilmente connesso alla conclusione del giudizio. Peraltro, il provvedimento cautelare è emanato "con riserva" di accertamento della fondatezza nel merito, onde evitare che la pendenza del giudizio vada a danno dell'attore risultato vittorioso all'esito del giudizio, ed è dunque interinalmente subordinato alla verifica definitiva della fondatezza delle tesi del ricorrente. Tuttavia, gli effetti di carattere sostanziale conseguono solo al passaggio in giudicato della pronuncia di merito favorevole al ricorrente, che è la sola idonea a rimuovere dalla realtà giuridica l'atto con effetti permanenti»[22];

[21] Trib. amm. reg. Sardegna, Cagliari, sez. I, 15 luglio 2005, n. 1651.
[22] Cons. giust. amm. reg. Sicilia, 6 marzo 2023, n. 191.

ISSN 2036-7821

Corrispondentemente, «nell'ambito del processo amministrativo, se il provvedimento cautelare è, per sua natura, un provvedimento interinale che subisce le sorti del giudizio nel cui ambito è emanato, la sua efficacia viene necessariamente meno: a seguito di una pronuncia di rigetto del giudizio; nel caso di successiva ordinanza di revoca del provvedimento cautelare "melius re perpensa"; per la sopravvenienza di situazioni incompatibili con il mantenimento degli effetti della sospensione; in conseguenza di qualunque vicenda processuale abbia effetti estintivi sul processo cautelare o sull'intero giudizio»[23];

In particolare, «la inconfigurabilità di un "giudicato cautelare" è direttamente dimostrata anche dall'art. 21-septies, della L. n. 241/1990, il quale sanziona con la nullità solo ed esclusivamente l'atto che viola, o elude, il giudicato su di una sentenza e non anche di una pronuncia giudiziale che non abbia ancora il carattere della definitività come quella che dispone misure cautelari. È allora evidente l'assoluta impossibilità di sostenere l'equivalenza sul piano degli effetti tra il "giudicato" in senso proprio ed un inesistente "giudicato cautelare"»[24].

La questione, se alla decisione giudiziale assunta in fase cautelare (con ordinanza) possa associarsi (in forza del principio della prevalenza della sostanza sulla forma) anche la dignità di giudicato (sostanziale), non si riduce ad un puro esercizio di stile, sol che si ponga mente sulle seguenti pronunce (nella misura in cui siano mutuabili alla bisogna):

«Il sindacato sulla giurisdizione può essere svolto, su istanza di parte o d'ufficio, solo fino a che non sia intervenuta una decisione parziale, non meramente interlocutoria, nel merito della causa»[25];

Si deve ritenere consentita l'impugnativa di pronunce interlocutorie «allorquando i motivi di gravame investano questioni in diritto che, pur presentando le caratteristiche di vere e proprie preliminari di rito, configurino tuttavia una "soccombenza teorica" dell'impugnante e siano sorrette da un reale interesse ad appellare»[26];

L'istanza di fissazione d'udienza (pubblica) deve essere rinnovata nel caso in cui quella precedente non produca più effetti, come quando (ad es.), a seguito di un'udienza (pur camerale) sia stata emessa una decisione interlocutoria[27].

Da qui, l'esigenza di verificare, con un sostegno dogmatico, se si risolva in un mero assunto l'orientamento propenso all'assoluta preclusione verso una possibile 'definitività' dell'ordinanza cautelare.

2. Sulle potenzialità del giudizio cautelare.

[23] Cons. giust. amm. reg. Sicilia, n. 191/2023 cit.
[24] Cons. giust. amm. reg. Sicilia, n. 191/2023 cit.
[25] Trib. amm. reg. Sicilia, Catania, sez. I, 7 dicembre 2006, n. 2443.
[26] Cons. Stato, sez. V, 28 dicembre 2006, n. 8067; sez. IV, 1° ottobre 2007, n. 5047.
[27] Trib. amm. reg. Siclia, Palermo, sez. I, 20 agosto 2003, n. 1254.

ISSN 2036-7821

Gli sviluppi della trattazione specialistica paiono esigere una ampia introduzione circa le potenzialità del giudizio cautelare; onde far luce, di là dai nominalismi, sulle connotazioni decisorie che è in grado di assumere l'ordinanza conclusiva di quella fase processuale, sì da renderla assimilabile ad una sentenza interlocutoria, con le relative implicazioni. All'uopo, sia consentito di riportare la parte conclusiva di un saggio che aveva trovato la propria occasione nella controversa figura della 'motivazione postuma' delle determinazioni di pubblica autorità e nel correlato dibattito intorno al suo accreditamento nella sede del processo amministrativo[28].

2.1. Riconoscimento, al giudice amministrativo, di un ruolo attivo nel dispiegarsi dell'"ordine normativo".

Tradizionalmente, all'onere di un approccio di teoria generale sulle situazioni giuridiche, soggettive, si è tentato di assolvere sulla falsariga del progressivo articolarsi della nozione di "diritto soggettivo" (come includente una molteplicità di *species*) nella misura in cui risulti connessa con quella (più discutibile) di "beni della vita" (non tutti essendo disposti a ricomprendervi, oltre alla *chance* giuridica, anche gli interessi strumentali e segnatamente procedimentali - in quanto «*hanno ad oggetto situazioni e vicende dei procedimenti, onde ... si riferiscono direttamente ... a fatti procedimentali che a loro volta investono*» i primi[29] -). Ciò ha condotto, sotto il profilo "statico", a porre in discussione l'interesse legittimo (in senso stretto) come figura (strutturalmente) distinta dal diritto (dell'ordinamento amministrativo). Laddove, complici (in ultimo, ma non esclusivamente) le controindicazioni connesse ad una remissione al mero concetto di potere (sia pur in senso proprio - da esercitare secondo correttezza ovvero discrezionalità -, per via del rilievo giuridico che vi assuma il suo fine - l'utilità comune -), il contributo epistemologico è servito a disvelare come sul solo piano "dinamico", l'"interesse legittimo", in quanto trasposizione del (medesimo) "circolo ermeneutico" nella versione dialogica del rapporto (conflittuale di libertà) fra individuo ed autorità, sia pacificamente risolvibile nello stesso diritto soggettivo: nel suo aspetto di possibile trasformazione (come tale, parimenti variegato[30]). Per il resto,

[28] P. COTZA, *Motivazione "postuma" del provvedimento di pubblica autorità. Occasione per un contributo sulle situazioni giuridiche, soggettive corrispondenti al rapporto amministrativo, sul suo processo e le relative implicazioni*, in *Riv. amm. rep. it.*, 2016, p. 237 s., segn. sez. III.

[29] Così M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970, p. 509.

[30] M. NIGRO, *Ma che cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Foro it.*, 1987, V, segn. col. 473 così s'interrogava prima dell'entrata in vigore della Legge generale sul procedimento: «Resta ... da stabilire se gli interessi che si fanno valere nel procedimento siano anche essi interessi legittimi oppur no, con tutte le conseguenze che queste scelte comportano. Ci si deve cioè chiedere, se non sono interessi legittimi, che cosa siano...; se non lo sono, se non lo siano permanentemente, oppure vi sia un processo progressivo di acquisto da parte di essi di una condizione di legittimazione; e, se sono interessi legittimi, forme di estrinsecazione di interessi legittimi "sostanziali", nel quale ultimo caso l'interesse legittimo andrebbe visto non più come una situazione con oggetto per così dire semplice (potere di agire in giudizio o, che è lo stesso, di reagire giudizialmente all'atto amministrativo, come lo si vedeva in passato), ma come una situazione racchiudente più dimensioni di sviluppo e

ISSN 2036-7821

potendo coglierne il *proprium* a partire dalla soggettivazione di una normativa rispondente ad uno schema "consequenzialista" (orientato sull'orizzonte del futuro) eppertanto (nella corrispondente accezione di legalità), come tale interagente con l'interesse pubblico.

Sennonché, nel momento in cui risulta investito dall'indagine anche l'aspetto (precipuamente) di tutela, l'"approccio" impresso può consentire di affrontare con maggior consapevolezza il problema se i vincoli e/o le utilità che emergono nel processo e con la sentenza siano "valenze prodotte autonomamente" o se rappresentino nient'altro che il riconoscimento e la ricostruzione dell'"originaria struttura dell'interesse legittimo che quanto meno potenzialmente le conteneva".

A questo punto, non possono passare inosservate le implicazioni di una concezione teoretica dell'interesse legittimo, "epistemologicamente orientata" (con correlata esaltazione delle potenzialità del "circolo ermeneutico" in punto di ricostruzione dell'interesse pubblico), su certi compiti precipui, riconoscibili in capo al giudice amministrativo, dal momento che il suo ruolo: non si esaurisce nel riscontro di conformità (sull'assunto per cui egli applica la legge secondo un'interpretazione "oggettiva" della disposizione e dei fatti sottopostigli) in funzione di un sindacato di fondatezza della pretesa sostanziale "azionata"; ma, inquadrandosi nelle dinamiche del rapporto amministrativo, concorre a plasmare la fisionomia stessa della situazione soggettiva tutelata.

Segnatamente, il riconoscimento di un potere di accertamento:

non limitato agli elementi (di fatto e di diritto) "rigidi" del rapporto amministrativo (richiesti dall'ordinamento onde adottare l'atto - o definirne un certo contenuto -, tutte le volte in cui l'esistenza ed i caratteri di quei presupposti siano rimessi dalla norma a riscontri oggettivi), ma esteso a fattispecie per le quali è ammesso un intervento discrezionale, precisandone i relativi criteri[31];

ben può introdurre, come da tempo è stato rilevato, ad una sorta di ruolo "attivo, creativo" che fa del giudice amministrativo non il semplice "reintegratore di un ordine violato", ma "un costruttore, un coautore dell'ordine".

Quest'ultimo aspetto di novità si spiega dal momento che, in corrispondenza della discrezionalità amministrativa, il relativo sindacato giurisdizionale, non disponendo di un compiuto ordine normativo (preconfezionato): per un verso, finisce col venire a contatto col dispiegarsi della molteplicità degli interessi; per altro, si traduce, piuttosto

più possibilità (progressive) di tutela (una delle quali, che si presenta come situazione strumentale, è appunto quella di agire nel procedimento): in questo modo - da continente a contenuti - a me era parso, e continuo a ritenere, dovesse vedersi il rapporto fra interesse legittimo e interessi procedimentali».

[31] G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980, pp. 228-229: «il Giudice amministrativo in sede di accertamento autonomo del rapporto ben potrà accertare e dichiarare tutte quelle limitazioni dell'agire della Pubblica Amministrazione che eventualmente derivino da norme interne o dall'applicazione del principio di imparzialità, di non contraddittorietà con precedenti determinazioni, ecc.».

ISSN 2036-7821

che in giurisdizione (nell'attuazione logicistica della volontà concreta della legge, a partire da un'interpretazione "concettuale"), nell'individuazione dei "valori di giustizia"[32]. Dunque, quando il giudice amministrativo sindaca, al contempo crea il parametro al quale avrebbe dovuto conformarsi l'azione amministrativa: stabilendo così l'ambito della legalità, definendo il confine fra legittimità e merito(-discrezionalità)[33]. In tale contesto, la giurisdizione amministrativa non si limita a tutelare situazioni giuridiche di piena ed esclusiva attribuzione individuale; piuttosto, estrae dalla realtà sociale l'oggetto della propria cognizione: dapprima, percependo un "conflitto d'interessi", per poi tradurlo in termini soggettivi (sussistenza o meno di un interesse legittimo - o diritto soggettivo, pubblico -)[34].

2.2. Conclusioni dogmatiche.

In quest'ottica (più ampia), giustificata dal constatare che le moderne società sono organizzate amministrativamente in modo completo e capillare e che questa sorta d'immedesimazione sinergica fra le prime e quell'apparato rinnova incessantemente le proprie trame (coinvolgendo la concreta fisionomia del potere e degli interessi correlati -utilità assicurate e tutele riconosciute -), non sembra azzardato di addivenire all'unificazione-identificazione dei concetti d'interesse legittimo e di rapporto amministrativo: intendendo per quest'ultimo "la sintesi delle possibilità e doverosità che intercorrono fra amministrazione e cittadino" quale scaturente anche dalla proiezione processuale, mentre il primo sintetizza il secondo dal punto di vista del cittadino[35]. Con quel che ne consegue (parallelamente) in termini di "distanza concettuale" dalla figura del diritto soggettivo e dallo schema dell'obbligazione civile: al pari di quanto accade per quest'ultima (specie se "di durata") che non s'identifica né si esaurisce nella puntuale corrispondenza del singolo obbligo (del debitore) e del corrispettivo diritto (del creditore), ma è la risultante del convergere di molteplici situazioni giuridiche, semplici (tanto attive che passive) che non si riduce né a contrapposizione né a sommatoria delle medesime, ma si erge a "struttura e processo", come "un *quid* anteriore e superiore a tali specifiche espressioni, che riassume ma anche supera"[36];

dunque, né le situazioni giuridiche né i tipi di rapporto risultando demandabili ad astratte radicalizzazioni, ma ad una rigorosa costruzione dogmatica del dato

---

[32] M. NIGRO, *Il giudice amministrativo oggi*, in *Foro it.*, 1978, V, col. 161 s., segn. col 164.

[33] D'altronde, fin dal parere reso dal Consiglio di Stato il 16 luglio 1870 (cit. in *Manuale degli amministratori*, 1870, p. 178) risultava universalmente accettato il principio per cui la questione della legittimità del provvedimento «non si potesse esaminare sempre e in modo assoluto indipendentemente dalla giustizia e, quindi, dal merito dei provvedimenti». Cfr. pure GIANNINI – PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 229 s., segn. p. 238.

[34] Sul tema può rinviarsi a G. GRECO, *L'accertamento autonomo...*, cit.

[35] M. NIGRO, *Ma che cos'è questo interesse legittimo?...*, cit., parr. I.2.A. e 8.

[36] A. DI MAJO, *Obbligazioni in generale*, Bologna, 1985, p. 85 s.

ISSN 2036-7821

"positivo" orientata verso un obiettivo di effettività della tutela[37].
Nella medesima ottica, è intuitivo che, raggiunta la consapevolezza della "consustanzialità" fra interessi, pubblici e privati, dovrebbe discendere un "naturale" indirizzamento del giudizio generale di legittimità verso una piena cognizione del rapporto che, a sua volta, postula un completo raffronto tra fattispecie (astratta e concreta) e quindi impone come necessario l'esercizio dei più ampi poteri istruttori, senza dover rinviare a fasi successive (l'ottemperanza) onde definire la vicenda: poiché (a meno di attività amministrativa, ulteriore rispetto al giudicato) unitaria è l'azione e la situazione fatta valere in quella sede[38].
Si dispiegano così più soddisfacenti opportunità di comprensione e regimentazione di fenomenologie complesse che il dato globale di esperienza pone all'attenzione dell'interprete onde perseguire l'obiettivo di tutela:
è il caso dei servizi pubblici, in corrispondenza dei quali «conoscere bene natura e possibilità dell'interesse legittimo è essenziale per organizzare la tutela in relazione alle specifiche esigenze dei singoli "elementi" di cui consta[no]; così come è chiaro che le particolari caratteristiche che l'interesse legittimo assume nel campo specifico dei servizi pubblici non possono non influire a loro volta sulla ricostruzione del concetto di interesse legittimo in generale, la quale non può prescindere dalla esperienza delle vicende proprie del settore (aspettativa della prestazione e pretesa di essa; incidenza dei fatti di organizzazione su tali aspettative e pretese)»[39];
parimenti, con riguardo alla varietà di cui è andato arricchendosi il panorama di posizioni delle parti processuali (con le figure dei controinteressati e degli interventori)[40].

2.3. Implicazioni in punto di: effettività della tutela e legittimazione a ricorrere, giudizio di ottemperanza ...

Se si conviene su quanto precede, la proposta concezione dell'interesse legittimo può allora assecondare certo dato di esperienza forense:
sia nel garantire (all'occorrenza) una tutela (sul piano del *facere*), nei confronti

[37] Paiono così risuonare le parole (di monito) del CAPACCIOLI, *Per la effettività della giustizia amministrativa (saggio sul giudicato amministrativo)*, in *Impresa, ambiente e pubblica amministrazione*, 1977, p. 55: «non è affermando a parole che [il relativo] processo è di accertamento e sui rapporti che si progredisce verso una giustizia amministrativa più utile». Cfr. pure: P. STELLA RICHTER, *L'aspettativa di provvedimento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, p. 3, segn. p. 13; Cons. Stato, sez. V, 6 agosto 2001 n. 4239.

[38] Cfr. al riguardo: L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi ed interessi legittimi. Il sindacato sul comportamento della p.A. nella giurisdizione sul pubblico impiego*, Napoli, 1984, p. 272 s.; F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953; G. GIACCARDI, *Giudicato amministrativo e ulteriore attività amministrativa*, in *Studi per il centenario della Quarta Sezione* (Consiglio di Stato), Roma, 1989, II, p. 904 s.

[39] Così M. NIGRO, *Ma che cos'è questo interesse legittimo?...*, cit., coll. 475-476.
Osservazioni più puntuali si rinvengono in D. SORACE, *Gli "interessi di servizio pubblico" tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, in *Foro it.*, 1988, V, segn. parr. 6 s.

[40] Così M. NIGRO, *Ma che cos'è questo interesse legittimo?...*, cit., par. II.7.

ISSN 2036-7821

dell'amministrazione pubblica, superiore rispetto al "più forte" diritto soggettivo[41]; sia per il superamento di un travagliato rapporto fra qualificazione e differenziazione ai fini della distinzione fra quella figura e l'interesse a ricorrere.

A quest'ultimo riguardo, si è perspicuamente osservato come non sempre la differenziazione venga fatta discendere da una concezione "strettamente normativa": «la necessità di una qualificazione normativa, derivante dal recepimento di schemi dottrinari formulati per conferire all'interesse legittimo carattere sostanziale e non processuale, è più ricercata che soddisfatta dalla giurisprudenza dei giudici amministrativi; questi ultimi, si rendono conto della necessità di collegare il riconoscimento di posizioni soggettive di interesse legittimo ad un riferimento normativo, ma finiscono spesso per eludere il problema ogni qualvolta una norma generale o particolare dalla quale desumere la qualificazione risulti difficile da individuare. Talvolta la giurisprudenza tende addirittura a confondere le nozioni di qualificazione e differenziazione, e sia pure al lodevole scopo di allargare il campo delle posizioni soggettive tutelabili dinanzi al Giudice amministrativo, finisce col risolvere il problema della individuazione degli interessi legittimi mediante motivazioni e argomentazioni di tipo tautologico; si considerino, ad esempio, quelle fattispecie in cui si afferma che le posizioni di interesse che si caratterizzano per un certo grado di differenziazione rispetto a quelle generalizzate (e quindi indifferenziate) di un qualunque soggetto dell'ordinamento, sarebbero, per questo stesso fatto, anche qualificate e perciò tutelabili secondo le prerogative dell'interesse legittimo»[42].

In tale contesto, già con sent. n. 49 del 18 gennaio 1984, la sez. V del Consiglio di Stato tentava d'imprimere una svolta, a partire dal rilievo processuale della peculiare posizione (differenziata) dei ricorrenti: per cui il requisito in questione (della

[41] A partire da Cons. Stato, ad. pl., 8 gennaio 1986 n. 1, in *Foro amm.*, 1986, p. 14 s., ove, con riguardo alla questione dell'applicabilità di un nuovo strumento urbanistico la cui disciplina impedisca il rilascio di una concessione edilizia il diniego della quale era stato dichiarato illegittimo con una sentenza passata in giudicato: pur ribadendo che, in sede di esecuzione del giudicato, l'autorità amministrativa competente deve applicare non la disciplina del piano regolatore vigente al momento dell'originaria domanda di assenso edilizio, ma quella in essere al tempo della determinazione amministrativa imposta dalla sentenza (salva l'inopponibilità delle varianti al piano sopravvenute alla notificazione di quest'ultima); ha concluso nel senso che sussista un dovere dell'amministrazione di dar seguito alla richiesta del privato di riesaminare le varianti apportate al piano successivamente alla sua originaria richiesta di titolo, onde valutare la possibilità, compatibilmente con l'interesse pubblico, a "recuperare", in via di deroga o di ulteriore variante, la previsione del piano abrogata sulla quale si fondava originariamente la domanda "concessoria" (per relativi commenti può rinviarsi a: E. CANNADA BARTOLI, *Osservazione*, in *Foro amm.*, 1986, p. 19 s.; G. D. FALCON, *Obbligo di esecuzione e potere urbanistico comunale dopo la sentenza di annullamento del diniego di concessione edilizia*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, p. 431 s.).

[42] R. MONTEFUSCO, *Rilevanza dei requisiti di differenziazione e qualificazione nell'individuazione delle posizioni di interesse legittimo (L'interesse legittimo tra interesse a ricorrere ed interesse illegittimo)*, nota a Cons. Stato, sez. V, 18 gennaio 1984 n. 49, in *Dir. Proc. amm.*, 1985, pp. 408-409. Perspicua la trattazione dedicata da S. CASSARINO, *Il processo amministrativo (nella legislazione e nella giurisprudenza)*, Milano, I, 1987, p. 605 s.

ISSN 2036-7821

differenziazione, per l'appunto[43]) non atterrebbe all'interesse legittimo (dunque, non rileverebbe sul piano sostanziale), bensì a quello a ricorrere. Ebbene, nel prendere posizione sul tenore di tale pronunzia, pare significativo che certa dottrina:
innanzitutto così esprimesse apprezzamento per la parte in cui vi si rimarcava l'anzidetta distinzione: «non è dubitabile che sia metodologicamente scorretto risolvere l'indagine sull'interesse a ricorrere "nella mera affermazione della sussistenza dell'interesse legittimo"; ed altrettanto scorretto è sicuramente l'atteggiamento contrario, dedurre cioè dall'interesse a ricorrere l'esistenza dell'interesse legittimo.
La titolarità di un interesse legittimo e l'interesse a ricorrere sono entrambi condizioni di ammissibilità dell'azione; ma mentre la questione dell'esistenza dell'interesse legittimo va risolta alla luce della norma positiva e quindi in via astratta, l'esistenza invece di un interesse a ricorrere può essere accertata solo in relazione alla fattispecie concreta fatta valere in giudizio.
...Alla luce di questi convincimenti non si può non apprezzare il rigore logico-giuridico di questa decisione la quale preliminarmente ha accertato l'esistenza di un vantaggio concretamente apprezzabile per i ricorrenti e successivamente ha verificato se l'interesse fatto valere in giudizio fosse meritevole di tutela»[44];
laddove, al medesimo pronunciamento si obiettava l'ulteriore conclusione per cui, tradendo certo "paralellismo" con l'interesse pubblico, debbono considerarsi meritevoli di tutela «tutti gli interessi personali che non siano "illegittimi"»[45].
Allo stesso modo può concludersi avuto riguardo alla posizione assunta da più recente giurisprudenza di merito in occasione della nomina a presidente di "autorità portuale" (da parte del ministro dei trasporti) di un soggetto unanimemente proposto da parte degli Enti competenti, contro la quale il giudice amministrativo ha riconosciuto la legittimazione a ricorrere in capo ad un'associazione di operatori del settore[46]. Si è così tratto un duplice ordine di considerazioni:
«… non sempre è necessario che l'interesse sia qualificato da una norma; è sufficiente piuttosto che sia individuabile una cerchia di soggetti il cui interesse di fatto è differenziato rispetto a quello della generalità. Vale a dire che è sufficiente un interesse di fatto, abbinato ad un criterio fattuale che permetta di circoscrivere la cerchia di coloro nei cui confronti si concretizza questo interesse di fatto.

---

[43] Da intendersi nel senso che, "per negarlo", «non basta che altre persone si trovino nella stessa situazione del ricorrente: occorre che l'utilità da lui fatta valere non gli appartenga tutta ma costituisca la sua quota di una utilità indivisibile appartenente ad una collettività più o meno istituzionalizzata» (Cons. Stato, sez. V, n. 49/1984 cit., in *Dir. Proc. amm.*, 1985, p. 419).

[44] R. MONTEFUSCO, *Rilevanza dei requisiti di differenziazione e qualificazione nell'individuazione delle posizioni di interesse legittimo (L'interesse legittimo tra interesse a ricorrere ed interesse illegittimo)*, nota a Cons. Stato, sez. V, 18 gennaio 1984, n. 49, in Dir. Proc. amm., 1985, pp. 415-417.

[45] Secondo l'accezione proposta da E. CANNADA BARTOLI, *Interesse*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 1 s.

[46] Cons. Stato, sez. VI, 21 maggio 2007 n. 2551, in *Foro amm. -C.d.S.-*, 2007, pp. 1573-1574.

ISSN 2036-7821

Il carattere differenziato, che è contrassegno dell'interesse legittimo, può servire ad evitare che chiunque possa provocare il giudizio sull'atto, ma non dice nulla sulla ragione della trasformazione dell'interesse di fatto in interesse legittimo. Fermarsi al carattere differenziato dell'interesse, significa prescindere dalla ricerca del carattere protettivo della norma o dell'insieme di norme della cui osservanza si tratta. O, se si vuole, dalla ricerca dell'attribuzione legale a determinate categorie di soggetti di una pretesa all'azione amministrativa conforme alle regole.
In questo modo di procedere si avverte la persistenza del concetto originario di interesse legittimo, che esprime la convergenza dell'interesse di fatto dei singoli con l'interesse all'attuazione del diritto obiettivo, cioè con l'interesse pubblico espresso dalla disciplina vigente. Si può dire … che l'inerenza dell'atto alla cosa pubblica determina l'interesse al sindacato di legittimità. Non si ammette che vi siano atti amministrativi non esposti a tale sindacato. Per questo, il carattere differenziato dell'interesse può essere considerato sufficiente»;
da qui, le perplessità manifestate nel ravvisare, nella verifica giudiziale di una condizione dell'azione, l'attribuzione stessa della situazione di diritto sostanziale[47].
Laddove quelle perplessità possono essere fugate (o quantomeno ridimensionate) quando si acceda:
alla consustanzialità della discrezionalità (amministrativa) al "circolo ermeneutico";
alla mutuabilità di quel meccanismo ogniqualvolta si tratti di "applicare" la legge nella sede processuale (con correlato contributo "creativo" da parte del giudice).
Considerazioni non dissimili possono mutuarsi in tema di giudizio di ottemperanza. Di là dal graduale superamento delle più radicali accezioni di matrice prettamente "ideologica", permane certa "vitalità" del principio di divisione dei poteri nell'emisfero ordinamentale, pubblicistico. Non si può che convenire, infatti, sulla duplice circostanza per cui: quella clausola è rimasta in giuoco «come affermazione di un rapporto di alterità tra il momento delle scelte (inteso nel più vasto senso di selezione e composizione degli interessi degli individui e della società) e il momento della risoluzione delle controversie alla stregua delle scelte già compiute»[48]; di tale retaggio ha finito col subire le maggiori ripercussioni il sistema di tutela nei confronti dell'amministrazione pubblica e, segnatamente, l'istituto del giudizio di ottemperanza (alle sentenze del giudice amministrativo in sede di legittimità).
È stato rilevato che:

[47] F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo: teoria e prassi*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 1005 s., segn. pp. 1009-1010.
[48] L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2003, p. 3: «il primo da ricondurre necessariamente al circuito della responsabilità politica, il secondo da sottrarre altrettanto necessariamente a tale circuito. In una parola, il principio della divisione dei poteri non si attesta su un valore solo tendenziale se è inteso quale proiezione del principio democratico e insieme garanzia dell'indipendenza della magistratura, se è visto quale barriera in entrata e in uscita posta alla politica rispetto all'applicazione del diritto».

ISSN 2036-7821

le significative trasformazioni che hanno coinvolto il processo amministrativo ("per mano" sia della giurisprudenza che del Legislatore) avrebbero inciso sulla "natura giuridica" di quell'istituto; tuttavia, senza chiarirne la correlazione, sì da perpetuare gli interrogativi che lo circondano (a partire dalla surrogazione giudiziale nell'esercizio del potere – discrezionale -, sino alla "- sgrammaticata - distrazione" dell'accertamento e della condanna - all'adempimento - dalla loro "sede naturale");
per cui sarebbe "metodologicamente corretto" di cercare altrove il "nucleo fondante" di quello svolgimento; segnatamente, nell'evolversi della nozione di interesse legittimo o, meglio, nella sua estinzione come situazione soggettiva, attiva, corrispondente al dovere, dal momento che, essendo quest'ultima una situazione passiva, "irrelata", non può connotare il rapporto giuridico fra cittadino ed amministrazione pubblica, sì da lasciar spazio alla sola coppia "obbligo / diritto soggettivo (di credito, avente ad oggetto una prestazione consistente in un comportamento - in un atto - dalle caratteristiche *predeterminate*)" eppertanto, ad un processo esecutivo[49].
Laddove la concezione dell'interesse legittimo "a base teoretica" ed "epistemologicamente orientata", "legando" quella figura (intesa in senso lato) alla norma rispondente allo schema 'consequenzialista', alla discrezionalità (in quest'ottica esso stesso diritto) e (in senso stretto) all'idea d'"interesse pubblico" eppertanto, di "bene (comune) della vita" che assume rilevanza giuridica come fine (così funzionalizzato) per via di ragione operante secondo il medesimo schema "circolare" dell'interpretazione-applicazione (fatto-diritto-fatto), può consentire una più soddisfacente alternativa. Si tratta, infatti:
per un verso, di conservare autonomia concettuale all'interesse legittimo (sia pur su di un piano diverso da quello riconosciutogli dalla tradizione);
per altro verso, non solo di assecondare certo dato di esperienza giuridica nel garantire (se del caso) al cittadino una (effettività della) tutela (sul piano del *facere*) superiore rispetto al "più forte" diritto soggettivo (come a più riprese anticipato);
ma altresì, col conferire specialità ai poteri del giudice amministrativo "di legittimità", avuto riguardo al riconoscimento di un ruolo (non di mero accertamento, bensì) attivo nel dispiegarsi dell'"ordine normativo", di preservare (di riflesso) certa autonomia funzionale al giudizio di ottemperanza rispetto alle suggestioni di un suo inquadramento fra i processi "di tipo esecutivo"; posto che quella prerogativa non è assimilabile all'"eventuale presenza di momenti cognitori" in ragione della «preordinazione [del giudizio] all'esercizio da parte del giudice di una attività

[49] L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza...*, cit., *Introduzione*, p. V s.; p. 175 s. Cfr. pure: S. CASSESE, *L'esecuzione forzata*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, p. 173 s., segn. p. 179; con riguardo al giudizio di ottemperanza, SORACE, *Notazioni in tema di posizioni giuridiche soggettive e tecniche di tutela nella giustizia amministrativa*, in *Foro amm.*, 1988, pp. 3916-3917.

ISSN 2036-7821

sostitutiva, volta a far conseguire a colui che agisce i risultati pratici del giudicato»[50]; impregiudicate sia l'opportunità di anticipare, nella fase della cognizione, prerogative (condanna) in passato ritenute di esclusivo appannaggio del giudice dell'ottemperanza e per le quali da tempo ormai si è rilevata la "condizione di reciprocità" rispetto all'esecuzione[51]; sia l'opzione a favore della reintegrazione in forma specifica (piuttosto che del risarcimento per equivalente) in corrispondenza di una discrezionalità in senso lato (*id est*, di poteri cognitori relativi a "modalità", del tipo di quelli previsti, ai sensi dell'art. 612 c.p.c., per il processo di esecuzione degli obblighi di fare e di non fare)[52]; sia l'eventualità di un'esecuzione forzata, amministrativa entro i limiti coperti dalla riserva di legge (in termini di "predeterminazione" dei casi, tipi e modi) e secondo un'articolazione ormai non dissimile da quella propria di un processo (ad un tempo) di cognizione ed esecuzione[53].

... motivazione "postuma" e giudizio cautelare

Da quanto testé riferito sulla relazione fra procedimento e processo amministrativi paiono trarsi utili indicazioni nel risolvere il problema dell'ammissibilità di una motivazione ("tardiva", *rectius*) "postuma", nel corso del giudizio, del provvedimento impugnato.

Valga all'uopo una pur sommaria ricostruzione dello stato del dibattito, sulla scorta del duplice dato:

di diritto positivo, in forza del quale «ogni provvedimento amministrativo ...deve essere motivato. 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» (art. 3, L. n. 241/1990);

concettuale, per cui strutturalmente la motivazione si articola nelle due componenti essenziali della giustificazione e dei motivi: la prima, individuante i presupposti di fatto e gli elementi di diritto su cui si fonda il provvedimento amministrativo; i secondi, atti a fornire la spiegazione logica del perché l'amministrazione sia giunta ad

---

[50] Così V. CAIANIELLO, *Diritto processuale amministrativo*, Torino, 1994, p. 853.

[51] L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2003, *Prefazione*, p. 207 s.

[52] L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza...*, cit., p. 228 s. ove (non per caso) certe differenze d'impostazione (rispetto a quella testé propugnata) si stemperano affrontando le criticità estreme delle "sopravvenienze" di fatto (non altrettanto in caso di *ius superveniens*, ricorrendo il quale la soluzione risulta più rigidamente ancorata all'intangibilità del giudicato) e dell'"incompletezza del comando" (*ivi*, p. 255 s.), posto che il criterio che sovrintende alle soluzioni concrete viene identificato in quello di ragionevolezza (*ivi*, p. 266).

[53] S. CASSESE, *L'esecuzione forzata*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, p. 173 s., segn. pp. 179-182: «Si può dire ...che vi è una sorta di attrazione nella sfera processuale di un'attività sostanzialmente giurisdizionale, anche se attribuita ad un corpo amministrativo, invece che a un corpo giudiziario. Questa attività sarà circondata da regole procedimentali non dissimili da quelle del processo. Manca, invece, un altro elemento tipico del giudizio, quello costituito dalla terzietà del giudice rispetto al conflitto che deve risolvere».

ISSN 2036-7821

adottare un provvedimento (con un determinato contenuto) piuttosto che un altro[54].
Convenzione vuole che si debba distinguere fra:
motivazione "(meramente) integrativa", ad indicare quella con la quale, sul presupposto che le ragioni del provvedimento impugnato «siano chiaramente intuibili sulla base della parte dispositiva» del medesimo, l'amministrazione, nella sede contenziosa, si limiti ad elucidare quanto già emerso nel procedimento od a sostenere con maggior compiutezza e coerenza gli argomenti già versati nel provvedimento, senza sconfinare in una difesa della legittimità di quest'ultimo[55];
motivazione "(integrativa) postuma (propriamente detta)", ricorrente quando in giudizio venga introdotto od ampliato e riformulato il corredo giustificativo (in senso lato) del provvedimento impugnato, mediante argomenti nuovi, non desumibili dal percorso procedimentale[56].
Su tali basi, l'orientamento giurisprudenziale prevalente si è espresso nel senso di:
ammettere una motivazione integrativa[57]; così estendendole il medesimo trattamento riservato all'ipotesi di adozione di provvedimento di contenuto identico al precedente, ma privo del vizio che lo connotava ("convalida", per via dell'esercizio del c.d. *ius poenitendi* in sede di autotutela)[58];
tendenzialmente escludere la motivazione postuma[59]; pur se tale operazione trovi

[54] Le succitate componenti rilevano "qualitativamente" anche da un punto di vista effettuale: per le conseguenze che i relativi vizi determinano a fronte di un contenzioso amministrativo. Infatti, quelli attinenti alla giustificazione possono determinare un giudizio che incida sull'esistenza dell'atto stesso; laddove, esprimendo i motivi il momento della ponderazione degli interessi e delle scelte operate, i relativi vizi incidono su profili di legittimità e validità dell'atto.

[55] Di tale avviso Cons. Stato, sez. VI, 3 marzo 2010 n. 1241 che così prosegue: «Né, a ben vedere, tutte le ipotesi di chiarimenti rese nel corso del giudizio valgono quali inammissibili casi di vera e propria integrazione postuma della motivazione.

Nella specie l'integrazione postuma della motivazione si è risolta nella mera indicazione di una fonte normativa prima non esplicitata (consistente nell'esistenza di una decisione comunitaria a fondamento dell'operato dell'amministrazione), fonte che ben avrebbe dovuto e potuto essere conosciut[a] da un operatore professionale quale la società ricorrente, per cui il vizio di eccesso di potere è insussistente».

[56] In quest'ultimo caso, riscontrandosi necessariamente "unità di tempo e di luogo tra integrazione ad opera della p.a. e processo" (così M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, Torino, 2016, p. 310).

Sulla variegata tipologia di qualificazioni corrispondente al sintagma "motivazione del provvedimento", sia pur limitatamente al lessico di diritto amministrativo, può rinviarsi a G. MANNUCCI, *Uno, Nessuno, Centomila. Le motivazioni del provvedimento amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2012, p. 860. Come si evince dalla seconda nt. del presente sotto-par., non sempre si riscontra rigore nelle applicazioni terminologiche ed univocità delle accezioni connessevi.

[57] Di tale avviso, *ex pluribus*: Cons. Stato, sez. VI, 26 gennaio 2010 n. 1241; sez. V, 27 marzo 2013 n. 1808; sez. III, 10 luglio 2015 n. 3488.

[58] In particolare, a quest'ultimo riguardo, come all'amministrazione non potrebbe negarsi un intervento riparatorio sottoforma di "ritiro", non sarebbe dato di comprendere per quale ragione le si dovrebbe precludere un intervento meno invasivo quale (per l'appunto) quello di riforma sottesa ad un obiettivo di *emendatio* (Trib. amm. reg. Campania, Salerno, n. 4022/2009).

[59] Recentemente hanno ribadito tale orientamento: Trib. amm. reg. Calabria, Catanzaro, sez. II, 11 novembre 2015 n. 1639 («ove gli argomenti spesi in sede processuale non emergano già nella fase procedimentale quale fondamento della decisione impugnata»); Cons. Giust. amm. Reg. Sic., 27 gennaio 2016 n. 15 («con la conseguenza che non

ISSN 2036-7821

esperimento in una sede di gravame ulteriore rispetto alla prima[60].
Quest'ultimo ordine di conclusioni si spiegherebbe anche con ragioni di trasparenza e delimitazione del sindacato del giudice[61]; ma soprattutto in termini di garanzia, la motivazione postuma rappresentando un grave *vulnus* al "presidio essenziale del diritto di difesa", dal momento che:
al ricorrente non può risultar sufficiente di confidare nella sola lesività della propria situazione giuridica, da parte della determinazione amministrativa, essendo necessaria l'idonea conoscibilità delle ragioni di diritto e dei presupposti di fatto alla base dell'adozione dell'atto; in difetto della quale il destinatario del provvedimento non può ricostruire appieno le eventuali illegittimità, né articolare adeguatamente le proprie doglianze;
un ulteriore intervento dell'amministrazione, benché "in chiave correttiva", imporrebbe al privato un aggravio degli oneri d'impugnativa, in prospettiva potendo innescare una perversa spirale (*usque ad infinitum*) del medesimo ordine (foss'anche in termini di promovimento di "motivi aggiunti" di ricorso), nello specifico pregiudicando il principio della pari condizione delle parti processuali (*ex art.* 111

assumono rilievo ai fini del vaglio della ...legittimità [del provvedimento] argomentazioni che esulano dal contenuto della relativa motivazione, prospettando nuove contestazioni»); 6 aprile 2016 n. 74.

[60] «È vietata l'integrazione postuma in sede di appello, della motivazione dei provvedimenti gravati in primo grado; di conseguenza non sono suscettibili di considerazione le generiche argomentazioni integrative svolte in sede processuale» (Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 2013 n. 2084).

[61] Così Trib. amm. reg. Piemonte, sez. I, 12 luglio 2013 n. 887 («...nell'ordinamento vigente la motivazione deve precedere e non seguire l'adozione del provvedimento amministrativo, a tutela del buon andamento amministrativo e dell'esigenza di delimitazione del controllo giudiziario»). Cfr. pure:

Trib. amm. reg. Campania, Napoli, sez. I, 14 dicembre 2015 n. 5727 («è inammissibile l'integrazione postuma della motivazione di un atto amministrativo realizzata mediante gli scritti difensivi predisposti dall'amministrazione resistente, e ciò anche dopo le modifiche apportate alla legge n. 241/1990 dalla legge n. 15/2005, rimanendo sempre valido il principio secondo cui la motivazione del provvedimento non può essere integrata in corso di causa con la specificazione di elementi di fatto in origine non presi in considerazione, dovendo la motivazione precedere e non seguire il provvedimento amministrativo, a tutela del buon andamento amministrativo e dell'esigenza di delimitazione del controllo giudiziario -orientamento consolidato...-»), ove si richiamano *ex multis*: Consiglio di Stato, sez. VI, 18 ottobre 2011 n. 5598 e 30 giugno 2011 n. 3882; TAR Campania Salerno, sez. II, 15 febbraio 2012 n. 218; TAR Campania Napoli, sez. VII, 10 giugno 2011 n. 3081;

Trib. amm. reg. Campania, Napoli, sez. II, 11 maggio 2016 n. 2393 secondo cui, d'altronde, in caso d'integrazione postuma mediante atti difensivi, il giudice amministrativo non potrebbe comunque pronunciarsi «con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati -art. 34 c.p.a.-».

In relazione al profilo impugnatorio del giudizio amministrativo, che il concedere cittadinanza ad una motivazione "postuma" possa comportare un inammissibile allargamento del *thema decidendum*, spingendo la cognizione del giudice ben oltre quanto cristallizzato dal provvedimento gravato, è paventato in MANNUCCI, *Uno...*, cit., p. 854 s.

Puntualizza G. CORSO, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Agg. V, Milano, 2001, p. 784 che la possibilità di scindere la motivazione dal provvedimento andrebbe confinata alla sola ipotesi di cui al co. 3, art. 3, L. n. 241/1990 cit., in cui la prima venga formulata *per relationem* senza tuttavia alterare l'anteriorità rispetto al secondo. In questi termini si è espresso Trib. amm. reg. Lombardia, Milano, sez. II, 4 febbraio 2015 n. 388.

ISSN 2036-7821

Cost.)[62].

Onde superare i menzionati argomenti ostativi, potrebbe obiettarsi che, perfezionatosi l'avvicendamento di un processo "sul rapporto" (avente ad oggetto direttamente il "bene della vita", l'"esistenza obiettiva della fattispecie") rispetto a quello imperniato sulla questione di legittimità formale del provvedimento (alla base dell'originario assetto impugnatorio), non sarebbe giustificato (anche alla luce del principio di "conservazione") il precludere all'amministrazione la facoltà di addurre in giudizio ogni mezzo giuridico per dimostrare la fondatezza delle proprie conclusioni[63]. Tantopiù:

una volta riconosciuto che l'amministrazione sia chiamata a rispondere in sede risarcitoria dell'illegittimità dei propri atti, cosicché non le si potrebbe negare il potere-dovere di porvi rimedio con iniziative di diligenza ad usbergo (oltreché della legalità) dei propri interessi, contenendo le implicazioni patrimoniali (danno erariale) della propria responsabilità[64];

alla luce del trattamento riservato dall'ordinamento nazionale al correlato problema dei rapporti fra giudicato di annullamento e riedizione del potere con motivazione diversa[65].

---

[62] In tal senso *ex pluribus* Cons. Stato, sez. IV, 7 giugno 2012 n. 3376, ove si porta l'esempio per cui l'unico motivo addotto dall'amministrazione per respingere un'istanza avanzata dal privato sia stato quello della sua presentazione tardiva; mentre, del supposto deficit di allegazione documentale, dedotto successivamente, nessuna menzione sia stata fatta nella sede infraprocedimentale e, di conseguenza il privato non abbia potuto articolare difese in detta fase.

Cfr. pure A. ROMANO TASSONE, *Motivazione* (dir. amm.), in *Dizionario di diritto pubblico* -a cura di S. Cassese-, Milano, 2006, p. 3476.

[63] Osserva P. STELLA RICHTER, *L'aspettativa di provvedimento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, p. 3 s., segn. p. 27: «La censura rappresentata ...dall'attività dell'Amministrazione, che si frappone tra la realtà materiale e l'indagine consentita al giudice, è particolarmente evidente nell'indirizzo [giurisprudenziale] assolutamente costante che esclude l'integrazione della motivazione successivamente alla sua esternazione e, quindi, nel corso del giudizio. Se invero si ritenesse che il sindacato giurisprudenziale debba avere direttamente ad oggetto l'esistenza obiettiva della fattispecie, non sarebbe giustificato negare poi all'Amministrazione la facoltà di addurre in giudizio ogni mezzo per dimostrare la fondatezza delle proprie conclusioni».

[64] Il principio del *neminem laedere* implicando, anche in capo ai soggetti pubblici, un onere di attivarsi onde far cessare la situazione d'illiceità ai medesimi imputabile e suscettiva di determinare ulteriori conseguenze pregiudizievoli; in difetto, potendo determinarsi una incontrollabile dilatazione del pregiudizio risarcibile.

[65] Ne tratta F. S. MARTUCCI DI SCARFIZZI, *L'integrazione postuma della motivazione alla luce dell'articolo 21* octies *comma 2 della Legge n. 241 del 1990. Profili di incidenza sugli atti regolatori adottati dalle Autorità Amministrative Indipendenti*, in *www.dimt.it*, 2016: «Il Consiglio di Stato, con l'Adunanza Plenaria n. 2 del 2013 ha stabilito che è ormai certo che il sapiente punto di equilibrio tra istanze di effettività della tutela giurisdizionale per il cittadino che non voglia vedersi vittima di dinieghi a catena surrettiziamente motivati dalla p.a. ed inesauribilità del potere amministrativo -almeno relativamente agli spazi lasciati vuoti dal giudicato- può essere rinvenuto nella tesi per cui "la p.a. non ha una terza *chance*"; ne consegue che, ove ...sia ...intervenuto giudicato di annullamento, la p.a. potrà sì adottare un provvedimento identico a quello annullato, ma sorretto da una motivazione diversa e purché palesi in quella sede, con una particolare attenzione, tutte le ragioni fattuali e giuridiche possibili; in caso contrario, il ricorrente potrà adire il giudice dell'ottemperanza per vedere dichiarata la nullità del provvedimento per violazione o elusione del giudicato ed ottenere così la spettanza del bene della vita per cui ha agito in giudizio».

ISSN 2036-7821

Semmai, un pesante indizio a favore di un'"apertura" dell'ordinamento verso la motivazione "postuma" sarebbe rappresentato proprio dalla "codificazione" dell'impugnazione per motivi aggiunti di atti diversi da quello inizialmente sottoposto a gravame, ma ad esso connessi ed adottati nelle more del giudizio[66].

In tale contesto, non sono mancate pronunzie che hanno ritenuto di spostare il confine, dell'ambito di "temperamento" della regola del divieto di motivazione postuma, in corrispondenza di atti di natura vincolata, «nei quali l'Amministrazione può dare anche successivamente l'effettiva dimostrazione in giudizio dell'impossibilità di un diverso contenuto dispositivo dell'atto»[67]. Come noto, la conclusione permane controversa, trattandosi di stabilire:

In questo senso, secondo il medesimo a., benché la fattispecie esaminata attenga ad atti discrezionali, «sembra orientata anche la ...sentenza n. 1018/14 del Consiglio di Stato: "Nell'ordinamento italiano, per costante elaborazione pretoria, non trova riconoscimento la teoria c.d. del "*one shot*" (viceversa ammessa in altri ordinamenti)".

Detta regola prevede che l'Amministrazione possa pronunciarsi negativamente una sola volta, facendo in detta occasione emergere tutte le possibili motivazioni che si oppongono all'accoglimento della istanza del privato. Nel sistema italiano il principio è stato "temperato": in altri termini, l'annullamento di un provvedimento amministrativo a carattere discrezionale, che abbia negato la soddisfazione di un interesse legittimo pretensivo, non determina la sicura soddisfazione del bene della vita, ma obbliga semplicemente l'amministrazione a rinnovare il procedimento tenendo conto della portata conformativa della sentenza. In sintesi: al diniego di atto ampliativo vittoriosamente gravato in sede giurisdizionale, non consegue sempre e comunque l'obbligo per l'Amministrazione rimasta soccombente di rilasciare il titolo ampliativo medesimo, potendo essa, quantomeno in sede di prima riedizione del potere, evidenziare ulteriori elementi preclusivi (una sola volta, però)».

[66] Ne riferisce MANNUCCI, *Uno...*, cit. p. 858. Osserva MARTUCCI DI SCARFIZZI, *L'integrazione postuma...*, cit.: «sotto un profilo pragmatico, ...negare l'integrazione della motivazione in giudizio potrebbe portare ad effetti addirittura pregiudizievoli per il ricorrente che risulterebbe sterilmente vittorioso, atteso che la p.a. ben potrebbe rieditare il potere, adottando il medesimo provvedimento, ma in forza di motivazioni che non ha potuto palesare in giudizio; con la conseguenza che il ricorrente dovrebbe poi impugnare il nuovo atto in un nuovo giudizio, con duplicazione di oneri e allungamento dei tempi, laddove in caso di integrazione postuma può proporre l'impugnazione con lo strumento dei motivi aggiunti, ai sensi dell'art. 43 del c.p.a».

[67] Così (in linea con l'orientamento inaugurato da Cons. St., sez. IV, n. 5171/2007) Cons. Stato, sez. V, 20 agosto 2013 n. 4194; sez. IV, 4 marzo 2014 n. 1018 («Nel giudizio amministrativo, il divieto di integrazione della motivazione non ha carattere assoluto, in quanto non sempre i chiarimenti resi nel corso del giudizio valgono quale inammissibile integrazione postuma della motivazione: è il caso degli atti di natura vincolata di cui all'art. 21-*octies*, L. n. 241 del 1990, nei quali l'Amministrazione può dare anche successivamente l'effettiva dimostrazione in giudizio dell'impossibilità di un diverso contenuto dispositivo dell'atto, oppure quello concernente la possibilità di una successiva indicazione di una fonte normativa non prima menzionata nel provvedimento, quando questa, per la sua notorietà, ben avrebbe potuto e dovuto essere conosciuta da un operatore professionale»).

In linea, Trib. amm. reg. Umbria, sez. III, 28 aprile 2015 n. 679, ove si ribadisce l'ammissibilità di una "precisazione" addotta in giudizio dalla difesa dell'amministrazione resistente, «in quanto tesa a dimostrare ...che il contenuto di un provvedimento non discrezionale non avrebbe potuto essere diverso e in quanto su tale precisazione la parte ricorrente ha avuto modo di contraddire».

Non vi osterebbe, peraltro, alcuna disposizione di diritto europeo: posto che l'art. 296 del Trattato sul funzionamento dell'Unione imporrebbe di esplicitare l'*iter* formativo e le ragioni limitatamente alle scelte discrezionali.

Corte cost., ord. 26 maggio 2015 n. 92 ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione di legittimità della disposizione nanti menzionata, nella misura in cui consentirebbe l'integrazione, in sede processuale, della motivazione del provvedimento amministrativo, vincolato, anche quando sia trascorso un rilevante periodo di tempo.

ISSN 2036-7821

se il vizio di difetto di motivazione, riconducibile entro l'alveo della violazione di legge per contrasto con l'art. 3, L. n. 241/1990, possa ricadere nel co. 2, primo alinea, art. 21-*octies* del medesimo testo normativo;
all'uopo, oltre ai dubbi sulla "portata" di quest'ultima disposizione (solo attività vincolata), se quel vizio sia meramente formale-procedimentale o sostanziale (come tale, implicante sempre l'illegittimità e l'annullabilità dell'atto)[68].
Peraltro, di là da tali questioni (che spingerebbero la presente indagine oltre i confini di "occasionalità" impostile), quel che rileva è di poter così riassumere lo "stato dell'arte" nella sua massima forza espansiva: «...sebbene il divieto di motivazione postuma, costantemente affermato dalla giurisprudenza amministrativa, meriti di essere confermato, rappresentando l'obbligo di motivazione il presidio essenziale del diritto di difesa, non può ritenersi che l'Amministrazione incorra nel vizio di difetto di motivazione quando le ragioni del provvedimento siano chiaramente intuibili sulla base della parte dispositiva del provvedimento impugnato o si verta in ipotesi di attività vincolata.
...alla luce dell'attuale assetto normativo, devono essere attenuate le conseguenze del principio del divieto di integrazione postuma, dequotando il relativo vizio tutte le volte in cui l'omissione di motivazione successivamente esternata:
non abbia leso il diritto di difesa dell'interessato;

---

[68] Di quest'ultimo avviso: Trib. amm. reg. Campania, Napoli, sez. I n. 5727/2015 cit. («Invero, la norma contenuta nell'art. 3 della legge n. 241/1990, che prescrive che ogni provvedimento amministrativo sia motivato, non è riconducibile a quelle "sul procedimento o sulla forma degli atti", poiché la motivazione non ha alcuna attinenza né con lo svolgimento del procedimento né con la forma degli atti in senso stretto, riguardando, più precisamente, l'indicazione dei presupposti di fatto e delle ragioni giuridiche "che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria"; tant'è che nella stessa giurisprudenza comunitaria la motivazione viene configurata come requisito di "forma sostanziale" -cfr. TAR Sicilia Catania, Sez. IV, 29 marzo 2012 n. 900-»); Cons. Stato, sez. III, 7 aprile 2014 n. 1629 (a detta della quale l'art. 21-*octies*, co. 2 cit. non potrebbe comunque estendersi al vizio di motivazione del provvedimento, dal momento che essa «costituisce il presupposto, il fondamento, il baricentro e l'essenza stessa del legittimo esercizio del potere amministrativo e, perciò, diviene un presidio di legalità sostanziale insostituibile, neppure col ragionamento ipotetico proprio dell'articolo 21-*octies* comma secondo»). In linea, riconducendo la motivazione a requisito di "forma sostanziale": Trib. amm. reg. Campania, Napoli, sez. I, 8 settembre 2015 n. 4400, con conseguente inammissibilità di un'"integrazione postuma" (né mediante scritti difensivi predisposti dall'amministrazione resistente, né attraverso atti procedimentali, successivi); Trib. amm. reg. Friuli Venezia Giulia, sez. I, 11 maggio 2015 n. 212; Trib. amm. reg. Basilicata, Potenza, sez. I, 23 aprile 2016 n. 431.

Cfr. pure MARTUCCI DI SCARFIZZI, *L'integrazione postuma...*, cit.: «Già all'indomani dell'introduzione del secondo comma dell'articolo 21-*octies* della L. n. 241/90, infatti, è risultato certo che il vizio implicato dalla riforma fosse senza dubbio quello di violazione di legge e non quello di eccesso di potere, che coinvolge l'attività discrezionale, al più riconducibile nel secondo alinea della norma in esame, per il solo caso di mancata comunicazione di avvio del procedimento; bisogna, dunque, chiedersi se la mancanza di motivazione possa costituire un vizio solo formale o procedimentale o, piuttosto, si atteggi quale vizio sostanziale, come tale sempre implicante l'illegittimità e l'annullabilità dell'atto.

Si tratta di uno dei problemi maggiormente complessi del diritto amministrativo moderno, toccando due aspetti - quello della motivazione e la portata dell'art. 21-*octies* comma 2 - di notevole, connessa problematicità, oltre ai riflessi sulle tensioni di fondo che intercorrono circa i modi di intendere i rapporti tra p.a. e cittadini».

ISSN 2036-7821

nei casi in cui, in fase infraprocedimentale, risultano percepibili le ragioni sottese all'emissione del provvedimento gravato;
nei casi di atti vincolati»[69].
Rebus sic stantibus, dunque: qualora si convenga sulla scelta di fondo nel configurare il difetto di motivazione come vizio formale, o comunque si dissenta dal ricondurre la motivazione a requisito di "forma sostanziale"[70]; avuto riguardo alla partizione rilevata in esordio del presente sotto-par., fra giustificazione e motivi (in senso stretto); si dovrebbe concludere nel senso che la motivazione postuma (al più alle condizioni testé indicate) non possa comunque ammettersi con riguardo ai secondi, in quanto attinenti ad una valutazione discrezionale[71].
Nondimeno, una concezione dell'interesse legittimo "in chiave di rapporto a tutto tondo", quale proposta nel presente studio, pare offrire un orizzonte dogmatico di

[69] Cons. Stato, sez. IV, n. 1018/2014 cit.
Sul "rapporto di forza" tra opposti orientamenti, MARTUCCI DI SCARFIZZI, *L'integrazione postuma*..., cit.: «Per lungo tempo la giurisprudenza amministrativa è stata granitica nel senso di escludere il vizio di motivazione carente dall'alveo dei vizi formali e procedimentali, dal momento che non riguarda la mera forma degli atti o il "*modus procedendi*" della p.a., ma tocca l'essenza stessa del provvedimento, anche in relazione alle funzioni che svolge, in particolare quelle di assicurare la trasparenza e pubblicità dell'azione amministrativa, la "legittimazione democratica" della p.a., la parità di posizioni tra p.a. e cittadino, che altrimenti non potrebbe esercitare il diritto fondamentale di difesa, costretto ad impugnare il provvedimento ancora ignaro delle ragioni ad esso sottese, solo per non incorrere nella relativa decadenza; il difetto di motivazione in caso di attività vincolata, dunque, era assolutamente insanabile e nessuno spazio, ovviamente, vi sarebbe stato per la p.a. di integrare "*ex post*" il corredo motivazionale in giudizio.
Questa ricostruzione, però, è stata recentemente rivista nel senso della riconduzione del vizio di carente motivazione nell'alveo di quelli formali, con conseguente applicabilità dell'articolo 21-*octies*, comma 2, primo alinea, ed altresì ...dell'ammissibilità di una motivazione postuma da parte della p.a.
La giurisprudenza amministrativa, capovolgendo il tradizionale orientamento, dunque, ammette oggi la c.d. "dequotazione del vizio di difetto di motivazione", sia pure limitatamente all'attività vincolata, muovendo in realtà proprio dalla "ratio" sottesa all'obbligo generalizzato della motivazione: garantire la tutela giurisdizionale del cittadino.
In altri termini, dunque, il provvedimento a carattere vincolato non sarà annullabile laddove la motivazione, ancorché carente del tutto o incompleta, non abbia comunque inficiato il diritto di difesa dell'interessato, oppure laddove la motivazione emerga dalla fase istruttoria o infraprocedimentale; in questi casi, pertanto, l'annullamento sarebbe inutile dal momento che il provvedimento, seppur non motivato o non adeguatamente motivato, non avrebbe potuto comunque essere diverso».

[70] Da qui il commento di MARTUCCI DI SCARFIZZI, *L'integrazione postuma*..., cit.: «Accedendo a questa ricostruzione viene a mancare la possibilità di ammettere una motivazione postuma da parte della p.a.
Si tratta di un orientamento particolarmente rigoroso che, intervenendo a breve lasso di tempo dopo la citata sentenza "possibilista" circa la non invalidità del provvedimento affetto da vizio di motivazione, rilancia l'attualità del problema, con un'interpretazione che riconduce l'assenza di motivazione nell'alveo della nullità strutturale, considerandosi la motivazione stessa un elemento essenziale del provvedimento, facendo propria la tesi finora rimasta minoritaria finanche in dottrina».

[71] Non per caso, MARTUCCI DI SCARFIZZI, *L'integrazione postuma*..., cit. ha così perspicuamente annotato: «Si può, dunque, preliminarmente delimitare l'ambito oggettivo del problema poiché, in caso di mancanza di motivazione rispetto ad attività discrezionale pura o discrezionale-tecnica, ...si prospetterà l'annullabilità per eccesso di potere, di cui la carenza motivazionale costituisce figura sintomatica per antonomasia.
Il problema, dunque, riguarda essenzialmente l'attività vincolata».

ISSN 2036-7821

riferimento tale da affinare ed estendere gli esiti attuali dell'orientamento favorevole ad una motivazione postuma:
lungi dall'escluderla in assoluto, per ammetterla (piuttosto) anche con riguardo ad una fase di "ponderazione" (inerente ai motivi in senso stretto) dal più o meno accentuato tasso di discrezionalità amministrativa (tenuto conto di un tendenziale percorso discendente che ne caratterizza al momento la relativa parabola);
quantomeno se "versata" nel corso di una fase, quale quella cautelare, in cui (di là dall'estensibilità ai relativi esiti di un rimedio del tipo dell'ottemperanza) la sommarietà, provvisorietà ed atipicità del *decisum* paiono senz'altro compatibili con (ed anzi esaltano le potenzialità di) un assetto non necessariamente cristallizzato degli interessi (pubblico e privato) in giuoco; sì da lasciare ancora certo spazio ad un'ingerenza dell'autorità nel processo[72], nella misura in cui non comporti (secondo il linguaggio della giurisprudenza) un intollerabile sacrificio del diritto di difesa dell'individuo, la cui posizione (pur *in fieri*) non resta sovraesposta stante un'egida giudiziale capace di spingersi sino alla codeterminazione dell'ordine normativo.
In quest'ottica, potendo "ritagliarsi", all'interno del giudizio, una sorta di "ibrido", un momento di confluenza con la vicenda procedimentale (di cui il primo si fa pure appendice eventuale) che, se gestito sapientemente, potrebbe condurre persino ad un'estinzione del contenzioso[73]. Laddove, in difetto, s'integrerebbe una altrettanto ingiustificata (perché irragionevole) "iperprotezione" dell'interesse del privato, in prospettiva assicurandogli indiscriminatamente l'annullamento giurisdizionale del provvedimento viziato (con le paventate controindicazioni per l'amministrazione).

3. Conclusioni specialistiche.

Il discorso testé svolto (una volta emancipato dall'occasione che lo ha indotto) può condurre alla conclusione per cui, la fase cautelare del processo amministrativo:
al cospetto di una controversia vertente su esercizio discrezionale ('puro') che (come tale) comporta il coinvolgimento del giudice attraverso un potere di accertamento non limitato agli elementi (di fatto e di diritto) "rigidi" del rapporto amministrativo;
ben può introdurre ad una sorta di ruolo "attivo, creativo" che fa del giudice amministrativo non il semplice "reintegratore di un ordine violato", ma "un

---

[72] Secondo le osservazioni anticipate in ns. Sez. I, sulla scorta della riflessione formulata da F. LEDDA, in *La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti*, in *Jus*, 1997, p. 315 s., segn. pp. 319-321. Cfr. pure: A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987; P. VIRGA, *Integrazione della motivazione nel corso del giudizio e tutela dell'interesse alla legittimità sostanziale del provvedimento impugnato*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, p. 516; CHIAPPETTA - DE GIORGI, *Innovazioni in tema di motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, p. 588.

[73] Sulle cennate tematiche può rinviarsi a: A. ZITO, *L'integrazione in giudizio della motivazione del provvedimento: una questione ancora aperta* (nota a Cons. giust. amm. reg. Sic., 20 aprile 1993 n. 149), in *Dir. proc. amm.*, 1994, p. 577 s.; S. RAIMONDI, *Profili processuali ed effetti sostanziali della tutela cautelare tra giudizio di merito e giudizio di ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, p. 609 s.

ISSN 2036-7821

costruttore, un coautore dell'ordine".
Se si verifica siffatta circostanza, evidentemente il provvedimento col quale quella fase si conclude, sul piano sostanziale non può ricondursi ad una mera ordinanza (della quale pur condivide la componente di preclusione temporanea della possibilità di portare l'atto impugnato ad ulteriore esecuzione): integrando altresì una decisione 'ibrida', qualora non definisca il giudizio, sì da assumere la dignità di sentenza interlocutoria, cautelare: come tale (per entrambi i profili contestualmente) impugnabile. Laddove, qualora ricorrano i presupposti (completezza del contraddittorio e dell'istruttoria, sentite sul punto le parti costituite) per una definizione integrale, l'autorità giurisdizionale potrà optare per una sentenza definitiva in forma semplificata[74].

[74] Ai sensi dell'art. 60 c.p.a.

ISSN 2036-7821