

1 - LA MOTIVAZIONE POSTUMA DEL PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO.

di *Serafino Ruscica*

Schema di svolgimento della traccia

• **Fondamento costituzionale dell'obbligo di motivazione** • **Le funzioni cui assolve l'obbligo di motivazione** • **La patologia della motivazione: il difetto di motivazione ed i suoi rapporti con l'eccesso di potere** • **La possibilità da parte della P.A. di convalidare l'atto carente di motivazione con una successiva integrazione in giudizio** • **La tesi favorevole alla ammissibilità della motivazione postuma** • **L'orientamento tradizionale contrario all'ammissibilità della motivazione postuma** • **Ammissibilità dei c.d. chiarimenti** • **L'incidenza del principio di parità delle armi**

• **Fondamento costituzionale dell'obbligo di motivazione.** L'art. 3 della legge n. 241 del 1990 ha previsto, in via generale, l'obbligo della motivazione espressa per gli atti dell'amministrazione pubblica. Ogni provvedimento amministrativo deve essere motivato, compresi quelli concernenti lo svolgimento dei pubblici concorsi e la gestione del personale ed esclusi gli atti normativi e quelli a contenuto generale. Dunque, con la legge del 1990 sul procedimento amministrativo, la giustificazione della manifestazione di volontà o di decisione della P.A. ha assunto un valore centrale nella stessa ricostruzione degli elementi portanti dell'attività amministrativa.

• **Le funzioni cui assolve l'obbligo di motivazione:** La motivazione appare così costruita in funzione del controllo, amministrativo e giudiziario, specie del controllo in prospettiva del sindacato sull'eccesso di potere esercitato dal giudice amministrativo. Fra le varie funzioni della motivazione, oltre quella di **controllo amministrativo e giurisdizionale**, v'è la **funzione interpretativa** dell'atto nonché la **funzione di garanzia** per il **privato**, la funzione extra-processuale e la **funzione extraprocedimentale** della **motivazione**, che mira a rendere possibile la trasparenza dell'attività amministrativa (la motivazione viene incontro all'esigenza di controllo democratico sull'operato della P.A.), ed infine la funzione di garanzia preordinata alla tutela dei privati destinatari degli atti amministrativi, ossia dei soggetti nei confronti dei quali i provvedimenti amministrativi possono produrre effetti pregiudizievoli

• **La patologia della motivazione: il difetto di motivazione ed i suoi rapporti con l'eccesso di potere;** La dottrina e la giurisprudenza concordano nell'evidenziare quel nesso stretto tra motivazione e discrezionalità, che consente 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-subiettiva che si esprime nella motivazione, che diviene il canale d'accesso alla discrezionalità. 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 quando consente di ricavare l'*iter* logico giuridico seguito dall'amministrazione decidente: la motivazione non pertinente è indizio di un **vizio**, di uno **sviamento**, di un **eccesso di potere** del provvedimento così emanato.

• **La possibilità da parte della P.A. di convalidare l'atto carente di motivazione con una successiva integrazione in giudizio.** La motivazione dell'atto è ricondotta non alla sua enunciazione ma alla sua giustificazione, alla validità intrinseca delle soluzioni adottate dall'autorità decidente. Si ritiene 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 mediante la correzione del provvedimento carente.

• **La tesi favorevole alla ammissibilità della motivazione postuma:** Dopo la L. n. 15/2005, si è posto il problema di valutare se l'introduzione nel processo di elementi istruttori possa consentire l'integrazione della motivazione del provvedimento impugnato, consentendo in tal guisa l'applicazione dell'art. 21-*octies*, co. 2, della L. n. 241/1990. La stessa legge, introducendo il nuovo articolo 21-*septies*, prevede una disposizione che potrebbe astrattamente avere incidenza sul tema della motivazione, modificandone il regime giuridico in caso di omissione o difetto motivazionale. La questione attiene alla possibilità di far rientrare l'omissione o il difetto della motivazione nell'ambito dei vizi formali del provvedimento amministrativo. Il problema è di non poco momento, poiché parte

della giurisprudenza dei Tar (peraltro minoritaria) propende per la soluzione positiva ricomprendendo il **difetto di motivazione** nell'ambito dei **vizi formali** e ammettendo il ricorso all'art. 21-*octies*, co. 2. Sicché, partendo dal presupposto per cui attraverso l'introduzione della regola del raggiungimento dello scopo si è realizzata una trasformazione del processo amministrativo da giudizio sull'atto a giudizio sul rapporto, si ammette che l'Amministrazione intimata possa oggi rappresentare in corso di giudizio ogni elemento utile per evidenziare la palese infondatezza della pretesa del ricorrente, grazie alle risultanze di un'attività istruttoria disposta d'ufficio.

- **L'orientamento tradizionale contrario all'ammissibilità della motivazione postuma.** L'orientamento aperturista è stato bocciato sul nascere dal Consiglio di Stato, che ha riconfermato la **giurisprudenza tradizionale** sul divieto di integrazione postuma della motivazione, anche a mezzo di contributi istruttori: se la motivazione non può essere integrata in giudizio – a guisa di sanatoria del vizio – il difetto che la inficia non può essere qualificato come vizio di natura formale.

- **Principio di inammissibilità della sanatoria processuale degli atti gravati:** Per giustificare il divieto di integrare la motivazione originaria, valevole indifferentemente sia nei confronti dell'Amministrazione, sia nei confronti di coloro che la difendono in giudizio, in talune sentenze si fa riferimento al principio di

inammissibilità della sanatoria processuale degli atti gravati, ovvero al principio secondo cui la motivazione **deve precedere e non seguire** la parte dispositiva del provvedimento e comunque non può essere sanata con integrazioni giudiziali, le quali non sono imputabili all'organo di amministrazione attiva che è l'unico competente a pronunciarsi.

- **Ammisibilità dei c.d. chiarimenti:** Se non può darsi ingresso alla motivazione successiva o postuma della motivazione, si può tuttavia ammettere la 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

- **L'incidenza del principio di parità delle armi.** L'amministrazione non potrebbe in corso di giudizio integrare la motivazione originariamente data al provvedimento o addirittura dare ad essa origine per la prima volta poiché altrimenti godrebbe di una facoltà che la porrebbe in una situazione di ingiustificato privilegio nei confronti del ricorrente, cioè dell'avversario nel processo, il quale verrebbe per conseguenza posto nella situazione per cui l'atto impugnato potrebbe risultare pienamente legittimo nel corso del processo allorché l'amministrazione adducesse i motivi posti a suo fondamento, in precedenza non dedotti.

Legislazione correlata

• Legge 7 agosto, n. 241: artt. 3, 21-*septies*, 21-*octies*, c. 2;

• Codice Civile: art. 2043.

2 - MISURE DI PREVENZIONE PERSONALI E PERICOLOSITÀ SOCIALE.

Di *Serafino Ruscica*

Schema di risoluzione della traccia

• La disciplina delle misure di prevenzione alla luce del Codice Antimafia • La loro giurisdizionalizzazione • Conformazione ai principi CEDU • In particolare: i presupposti applicativi, la ratio ispiratrice e le affinità rispetto alle misure di sicurezza • Criticità • Le misure di prevenzione personali ed il giudizio sulla pericolosità del proposto • L'attualità della pericolosità sociale del soggetto proposto • La misura di prevenzione di tipo personale: criticità • Le clausole generiche. Compatibilità con i principi costituzionali • Il principio di accessibilità della prescrizione normativa • Il caso De Tommaso

• **La disciplina delle misure di prevenzione alla luce del Codice Antimafia:** La disciplina delle misure di prevenzione è racchiusa all'interno del D.lgs. 159/2011, il quale costituisce il testo di riferimento normativo per le leggi antimafia e le misure di prevenzione, sia personali che patrimoniali. Si tratta di una normativa speciale, che si giustifica in considerazione della circostanza che il sistema delle misure di prevenzione si pone al di fuori del diritto penale in senso stretto. Si vuole alludere al fatto che, in realtà, le misure di prevenzione sono più correttamente espressione di un diritto amministrativo sanzionatorio, essendo emanate, in linea generale, dall'autorità di pubblica sicurezza (vedasi il foglio di via obbligatorio o l'avviso orale). Accanto alle misure di prevenzione personali applicate dal questore, vi sono anche le misure di prevenzione personali e patrimoniali applicate dall'autorità giudiziaria, secondo un procedimento ben definito dagli articoli 4 e ss. del Codice Antimafia.

• **La loro giurisdizionalizzazione:** Con riferimento a quest'ultima categoria di misure e in considerazione della loro finalità di prevenire la commissione di attività illecite, il legislatore ha predisposto un sistema di garanzie, volto ad assicurare il rispetto della tutela dei diritti del soggetto proposto. A tal proposito, si è parlato di «giurisdizionalizzazione» del procedimento di applicazione delle misure di cui agli artt. 4 e ss., espressione con la quale si intende alludere al fatto che deve essere sempre assicurato il rispetto del **principio del contraddittorio, della difesa, nonché della pubblicità dell'udienza.**

• **Conformazione ai principi CEDU:** Tale disciplina, si conforma pienamente al principio del giusto processo, previsto dalla Convenzione E.d.u. ed ormai da tempo recepito dalla nostra Carta Costituzionale, nonché dalla legislazione processual-penalistica interna.

• **In particolare: i presupposti applicativi, la ratio ispiratrice e le affinità rispetto alle misure di sicurezza.** Le misure di prevenzione possono trovare applicazione in presenza di due congiunti parametri: da un lato, deve sussistere una particolare qualifica soggettiva, alla quale deve unirsi una valutazione sulla sussistenza di una pericolosità del soggetto per la sicurezza pubblica. Gli stessi articoli 1 e 4 del Codice, indicano le categorie di soggetti destinatari delle misure, rispettivamente di quelle applicate dal questore e dall'autorità giudiziaria. Si tratta delle categorie dei **pericolosi sociali comuni e di quelli qualificati**, distinti a seconda che il soggetto sia indiziato della commissione di attività delittuose in generale ovvero di una specifica fattispecie di reato tipizzata dal legislatore.

• **Criticità:** La dottrina ha parlato di **logica del sospetto**, volendo alludere al fatto che, già dalla disamina dei soggetti destinatari delle predette misure, emerge come l'applicazione di queste ultime si giustificerebbe anche laddove vi sia la possibilità di ritenersi che i soggetti siano abitualmente dediti a traffici delittuosi ovvero vivono abitualmente, anche in parte, di attività delittuose. Da qui i dubbi sulla compatibilità della richiamata normativa con i principi garantistici che conformano l'ordinamento penale, primo fra tutti **la presunzione di innocenza, il principio del finalismo rieducativo della pena ed il principio della legalità della pena.** La risposta ai dubbi si rinviene nella considerazione per cui è la stessa natura delle misure in esame a giustificare un'anticipazione della soglia di tutela dell'ordinamento: si tratta, infatti, di misure che trovano applicazione *ante delictum* od addirittura *praeter delictum*, nel senso che non occorre un accertamento giudiziale della commissione di un'attività delittuosa generica o qualificata: è sufficiente che siffatta dedizione od inclinazione al crimine possa legittimamente presupporre sulla base di un giudizio prognostico fondato su specifici «elementi di fatto».

L'affinità tra le due categorie di misure emerge ancora di più se sol si considera che le **misure di sicurezza**, di cui agli articoli 199 e seguenti c.p., sono inserite all'interno della categoria delle misure amministrative di sicurezza. In particolare, esse sono regolate dal principio di **legalità** (art. 199 c.p.), di riserva di legge, dal principio del *tempus regit actum*, - che si giustifica in considerazione del fatto che è necessario operare un giudizio sulla pericolosità sociale nel momento in cui deve farsi applicazione della misura -, nonché dal principio di irretroattività. Quest'ultimo, però, dev'essere inteso nel senso che non potrà mai applicarsi (oggi) una misura di sicurezza, quando, all'epoca della commissione del fatto, quest'ultimo non era ancora stato previsto dalla legge come reato o quasi-reato. In linea generale, poi, si dice, che, mentre la pena guarda al passato, la misura di sicurezza guarda al futuro, ponendosi come strumento ulteriore del giudice per neutralizzare il rischio di una recidiva. In realtà, l'elemento distintivo tra le misure di sicurezza e quelle di prevenzione è che le prime possono essere applicate soltanto a soggetti - ritenuti socialmente pericolosi- che abbiano già commesso un fatto preveduto dalla legge come reato o quasi reato (categoria in cui vi rientra il reato impossibile ex art. 49 c.p. ovvero l'accordo per commettere un delitto o ancora l'istigazione, non accolta, ad un delitto ex art. 115 c.p.), mentre le misure di prevenzione prescindono dalla commissione di un delitto, risultando sufficiente la sussistenza di indizi circa la commissione di un reato, purché ragionevolmente fondati su elementi di fatto.

- **Le misure di prevenzione personali ed il giudizio sulla pericolosità del proposto.** Il giudizio valutativo sulla pericolosità del soggetto proposto, cioè, deve essere tale da garantirne la possibilità di un controllo, in termini di pieno rispetto della legge. La giurisprudenza ritiene determinate che il richiamato giudizio sulla pericolosità sia fondato su **elementi circostanziali oggettivi**, tali da neutralizzare l'alea di una valutazione discrezionale in sede applicativa; la ritenuta sussistenza della pericolosità sociale del soggetto deve essere attuale, perché, soltanto in tal modo, si garantisce il pieno assolvimento da parte dell'applicata misura di sicurezza del suo scopo ultimo, che è quello di prevenire la commissione di un reato.

- **L'attualità della pericolosità sociale del soggetto proposto:** Sul profilo dell'attualità della pericolosità della misura che la giurisprudenza di legittimità si è soffermata, con particolare riferimento alla categoria delle misure di prevenzione patrimoniali, *sub specie* della

cosiddetta confisca antimafia. Con l'articolo 18 del Codice Antimafia, il legislatore disciplina l'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali disponendo che per queste ultime, a differenza di quelle personali, l'applicazione può avvenire indipendentemente dalla pericolosità sociale del soggetto proposto.

- **La misura di prevenzione di tipo personale: criticità.** La medesima perplessità applicativa si è posta anche in riferimento alla categoria della pericolosità sociale del soggetto proposto per l'applicazione di misure di prevenzione di tipo personale. È necessario valutare l'attualità della pericolosità del soggetto per la sicurezza pubblica, ma si percepisce subito la difficoltà di ancorare siffatto giudizio a parametri più o meno definiti, soprattutto quando si tratta di soggetti indiziati della commissione di particolari categorie di reato. Una valutazione della pericolosità sociale, che sia coeva al momento applicativo della stessa, garantisce l'assolvimento da parte della misura di un'efficace funzione social-preventiva e soprattutto consente al soggetto proposto di potersi difendere nel merito, adducendo elementi nuovi o comunque diversi che possono incidere sulla valutazione della pericolosità.

- **Le clausole generiche. Compatibilità con i principi costituzionali.** Il ricorso alla clausola generale «coloro che debbano ritenersi...abituamente dediti a traffici delittuosi» ovvero il riferimento a «persone pericolose per la sicurezza pubblica» od anche la prescrizione accessoria di «vivere onestamente, di rispettare le leggi» pongono un problema di intellegibilità della norma e di comprensione del contenuto. Si pone il problema della compatibilità della normativa del Codice Antimafia con il principio di **legalità**, per come interpretato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, ossia in termini di **accessibilità e prevedibilità delle conseguenze della propria condotta**.

- **Il principio di accessibilità della prescrizione normativa.** Una prescrizione normativa, dev'essere, prima di tutto, formulata in maniera chiara, tale da consentire a qualsiasi consociato di intenderne il contenuto e di autodeterminarsi in maniera consapevole, ben potendo **prevedere le conseguenze della sua condotta**. Soltanto in tal modo un processo potrà dirsi **equo, ai sensi dell'articolo 6 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo**, nonché rispettoso delle libertà e delle garanzie dei singoli.

• **I caso De Tommaso:** Sulla scorta delle predette argomentazioni, la Corte Europea, nel noto **caso De Tommaso c. Italia** del 23.2.2017, vertente in tema di applicazione della misura di prevenzione della sorveglianza speciale di cui all'art. 3 della l. n. 1423/1956 (oggi trasfusa nell'articolo 6 del Codice Antimafia), ha ravvisato una violazione della libertà di circolazione dell'individuo, alla stregua del contenuto dispositivo di cui all'art. 2, protocollo 4, della C.e.d.u. La Corte E.d.u. ha avuto modo di soffermarsi sul concetto di **sufficiente determinatezza della fattispecie legislativa e di prevedibilità** delle conseguenze della propria condotta, pervenendo, nel caso sottoposto al suo vaglio, all'assunto conclusivo per cui **gli obblighi di "vivere onestamente e rispettare le leggi" e di "non**

dare ragione alcuna ai sospetti" siano stati delimitati in modo sufficiente. In primo luogo, il "dovere dell'interessato di adattare la propria condotta a uno stile di vita che osservi tutti i summenzionati obblighi" è altrettanto indeterminato dell'"obbligo di vivere onestamente e rispettare le leggi". Secondo la Corte tale interpretazione **non fornisce indicazioni sufficienti per le persone interessate.** La Corte ritiene pertanto che **questa parte della Legge non sia stata formulata in modo sufficientemente dettagliato e non** definisca con **sufficiente chiarezza** il contenuto delle misure di prevenzione che potrebbero essere applicate a una persona, anche alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale.

Legislazione correlata

- Codice Penale: artt. 49, 115;
- D.lgs. 6 settembre 2011, numero 159 (codice antimafia): artt. 1, 4, 6, 18;
- CEDU: artt. 6, 2, protocollo 4;
- Legge 27 dicembre 1956, numero 1423.