

La seconda sezione del Consiglio di Stato, con sentenza n. 1790 del 14 marzo 2022, è intervenuta in tema di procedimento amministrativo, chiarendo che l'art. 21-*octies*, L. 7 agosto 1990, n. 241, a seguito della modifica operata con l'art. 12, comma 1, lett. i), D.L. 16 luglio 2020, n. 76, convertito dalla L. 11 settembre 2020, n. 120, comporta che l'omissione del preavviso di rigetto, in caso di provvedimenti discrezionali, non è superabile con una valutazione *ex post* del possibile apporto del privato.

La norma dell'art. 21-*octies*, comma 2 prevede che *“il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”*. Tale disposizione, per consolidata giurisprudenza, è stata ritenuta applicabile anche al difetto del preavviso di rigetto (Cons. Stato, sez. IV, 27 settembre 2016, n. 3948; Cons. Stato, sez. VI, 27 luglio 2015, n. 3667), condividendo con la comunicazione di avvio procedimentale del procedimento la stessa funzione di garantire il contraddittorio endoprocedimentale. Il c.d. preavviso di rigetto di cui all'art. 10-*bis*, L. n. 241/1990 ha lo scopo di far conoscere all'amministrazione procedente le ragioni fattuali e giuridiche dell'interessato che potrebbero contribuire a far assumere una diversa determinazione finale, derivante dalla ponderazione di tutti gli interessi in gioco; sicché tale scopo viene meno ed è di per sé inidoneo a giustificare l'annullamento del provvedimento nei casi in cui il contenuto di quest'ultimo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, sia in quanto vincolato, sia in quanto, sebbene discrezionale, sia raggiunta la prova della sua concreta e sostanziale non modificabilità. L'art. 10-*bis*, L. n. 241/1990, così come le altre norme in materia di partecipazione procedimentale, va infatti interpretato ed applicato non in senso formalistico, ma avendo riguardo all'effettivo e oggettivo pregiudizio che la sua inosservanza abbia causato alle ragioni del soggetto privato nello specifico rapporto con la pubblica amministrazione, sicché il mancato o l'incompleto preavviso di rigetto, al pari della non esplicita confutazione delle argomentazioni addotte dal privato in risposta al ricevuto avviso, non comporta l'automatica illegittimità del provvedimento finale, quando possa trovare applicazione l'art. 21-*octies* della stessa L. n. 241/1990, secondo cui il giudice non può annullare il provvedimento per vizi formali, che non abbiano inciso sulla legittimità sostanziale di un provvedimento, il cui contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato; poiché l'art. 21-*octies*, comma 2, L. cit. attraverso la dequotazione dei vizi formali dell'atto, mira a garantire una maggiore efficienza all'azione amministrativa, risparmiando antieconomiche ed inutili duplicazioni di attività, laddove il riesercizio del potere non potrebbe comunque portare all'attribuzione del bene della vita richiesto dall'interessato, l'atto amministrativo non può essere annullato (cfr. Cons. Stato, sez. II, 17 settembre 2019, n. 6209; Cons. Stato, sez. II, 9 giugno 2020, n. 3675; Cons. Stato, sez. III, 19 febbraio 2019, n.1156; Cons. Stato, sez. V, 8 febbraio 2021, n. 1126). Il fondamento giustificativo del riportato orientamento viene ravvisato nella evidente ratio della disposizione in esame, volta a far prevalere gli aspetti sostanziali su quelli formali, nelle ipotesi in cui le garanzie procedurali non produrrebbero comunque alcun vantaggio a causa della mancanza di un potere concreto di scelta da parte dell'amministrazione (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 18 febbraio 2011, n. 1040; Cons. Stato, sez. II, 12 marzo 2020, n. 1800). Si deve però considerare che tale orientamento si è formato prima della modifica della seconda parte dell'art. 21-*octies* intervenuta con l'art. 12, comma 1, lett. i), D.L. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla L. 11 settembre 2020, n. 120, con l'aggiunta della previsione, per cui *“La disposizione di cui al secondo periodo non si applica al provvedimento adottato in violazione dell'articolo 10-bis”*. Con tale aggiunta è stata realizzata una distinzione tra il regime della comunicazione di avvio del procedimento e quello del preavviso di rigetto per i procedimenti ad istanza di parte, la cui omissione non è superabile nel caso di provvedimento discrezionali, tramite l'intervento dell'effetto *“processuale”* della seconda parte dell'art. 21-*octies*, comma 2, cit. con la conseguenza che per i provvedimenti discrezionali rimane rilevante anche la sola omissione formale della mancata comunicazione del preavviso di rigetto. L'attuale formulazione della norma sottrae, infatti, il modello procedimentale correlato all'esercizio di un potere discrezionale, ai meccanismi di possibile *“sanatoria”* previsti in via generale per la violazione di norme sul procedimento, in caso di omissione del preavviso di rigetto (Cons. Stato, sez. III, 22 ottobre 2020, n. 6378). Peraltro, la nuova disposizione deve ritenersi applicabile anche ai procedimenti in corso, in quanto la consolidata giurisprudenza ha attribuito alla seconda parte dell'art. 21-*octies*, comma 2, cit. la natura di norma di carattere

processuale, come tale applicabile anche ai procedimenti in corso o già definiti alla data di entrata in vigore della legge di riferimento.

Riferimenti Normativi:

- art. 97 Cost.
- art. 10-bis, L. 7 agosto 1990, n. 241
- art. 21-octies, L. 7 agosto 1990, n. 241
- art. 12, D.L. 16 luglio 2020, n. 76, conv. L. 11 settembre 2020, n. 120