

Con sentenza n. 2753 del 1° aprile 2025, la quarta sezione del Consiglio di Stato ha affermato che con l'art. 21-octies, comma 2, L. n. 241/1990 il legislatore ha disposto che non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il 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. La giurisprudenza ritiene che il secondo periodo della norma si riferisca all'attività discrezionale (cfr., Cons. Stato sez. V, 13 agosto 2024, n. 7119). Inoltre, il D.L. n. 76 del 2020, nell'ottica di rafforzamento dell'istituto, ha inserito all'interno dell'art. 21-octies un inciso finale, in cui espressamente precisa che il secondo periodo della norma non si applica al provvedimento adottato in violazione dell'art. 10-bis. Ne consegue, dunque, che la violazione di quest'ultima norma integra una violazione di legge ai sensi del primo comma dell'art. 21-octies con conseguente annullamento giurisdizionale del provvedimento. L'art. 21-octies, comma 2, supera l'orientamento tradizionale che in virtù del principio della uguale rilevanza dei vizi, non distingueva tra vizi formali e vizi sostanziali, prevedendo sempre l'annullabilità del provvedimento per qualsiasi ipotesi di illegittimità. La norma si ispira alla tradizione tedesca e rappresenta la codificazione di un orientamento giurisprudenziale consolidato teso a negare rilevanza – ai fini dell'annullamento – all'illegittimità formale, con la conseguenza che il vizio solo formale non è mai idoneo da solo a condurre all'annullamento del provvedimento amministrativo. Orientamento pienamente in linea con la recente tendenza volta a valorizzare il principio del risultato che trova la sua codificazione nello specifico settore del codice dei contratti pubblici (art. 1, D.L.vo n. 36 del 2023). Tra i dubbi che affliggono l'interpretazione della norma vi è quello della natura dell'art. 21-octies, comma 2, (processuale o sostanziale) e delle conseguenze che derivano sul provvedimento. Sul punto sono state proposte quattro diverse ricostruzioni: 1) il provvedimento è legittimo, ma irregolare; 2) il provvedimento è legittimo perché ha raggiunto lo scopo; 3) il provvedimento è in astratto illegittimo, ma è sanato dal legislatore che così lo considera legittimo (teoria sostanziale); 4) il provvedimento è illegittimo, ma il ricorso è sostanzialmente inammissibile per difetto di interesse ad agire (teoria processuale). Nel tentativo di fornire una interpretazione corretta della norma, certamente vanno escluse le prime due ricostruzioni, in quanto irregolarità e raggiungimento dello scopo operano su piani diversi rispetto alla norma in esame. La irregolarità del provvedimento amministrativo si verifica allorché la difformità dalla legge sia minima e di scarsa rilevanza, tale da non poter incidere sulla sostanza dell'atto. L'irregolarità opera normalmente già in astratto e non richiede un giudizio sulla rilevanza del vizio atto ad incidere sul contenuto del provvedimento, diversamente da quanto accade in relazione all'art. 21-octies, comma 2, in cui l'accertamento è sempre in concreto. Né l'art. 21-octies, comma 2, rinviene la sua ratio nella teoria del raggiungimento dello scopo, in quanto i fautori di tale teoria ritengono, in base ad un parallelo con la normativa processual-civilistica (art. 156 ss. c.p.c.), che il significato della norma debba essere visto nel fatto che, comunque, il vizio è ininfluenza, perché il provvedimento, non potendo essere di diverso contenuto, ha, comunque, raggiunto e rispettato lo scopo dell'azione amministrativa di pervenire ad una decisione intrinsecamente legittima. La dottrina processual-civilistica ha richiamato la teoria del raggiungimento dello scopo per ritenere irrilevanti quei vizi dell'atto qualora, comunque, l'atto abbia raggiunto lo scopo a presidio del quale erano poste le regole violate. Applicazione di tale regola è quella di considerare irrilevante il mancato invio della comunicazione di avvio del procedimento se l'interessato è venuto, comunque, a conoscenza dell'inizio del procedimento per altre vie. In tal caso non si tratta di applicare l'art. 21-octies, comma 2, né di indagare se il provvedimento abbia carattere vincolato o discrezionale, ma, più ragionevolmente, ritenere il provvedimento finale legittimo perché non vi è stata alcuna lesione partecipativa per l'interessato. Nell'art. 21-octies, comma 2, invece, emerge certamente che lo scopo non è raggiunto, perché la lesione partecipativa si è sicuramente consumata, ma viene considerata irrilevante ai fini del contenuto dispositivo del provvedimento. Da queste critiche si è, dunque, ritenuto che la disposizione in esame abbia introdotto una sorta di sanatoria in via legislativa di carattere procedimentale (e non processuale): il provvedimento, quindi, sarebbe legittimo al ricorrere delle condizioni sopra esposte. Questa ricostruzione, tuttavia, conduce ad una svalutazione eccessiva delle norme sulla forma e sul procedimento, la cui violazione non sortirebbe nessun effetto sulla legittimità del provvedimento, facendo cadere in netta e insanabile contraddizione il legislatore che, da una parte, valorizza le suddette

norme nel prevedere “i diritti di partecipazione” e, dall’altra, le considera sostanzialmente irrilevanti. Inoltre tale ricostruzione esclude che possa configurarsi una responsabilità della p.a. da atto illegittimo, con conseguente preclusione di qualunque forma di risarcimento del danno.

Per questi motivi, a parere del Consiglio di Stato, sembra maggiormente coerente con i principi generali la ricostruzione in chiave processuale della norma: quest’ultima non produce il risultato di considerare il provvedimento legittimo, ma più semplicemente codifica l’orientamento giurisprudenziale secondo cui, nelle ipotesi richiamate dalla norma, il ricorrente non può ritrarre alcuna concreta e giuridicamente apprezzabile utilità dall’annullamento del provvedimento amministrativo che, nella sua sostanza, è corretto. Anzi la norma tutelerebbe lo stesso ricorrente che così eviterebbe di essere soggetto a lunghe trafale processuali: qualora si consentisse l’annullamento del provvedimento, la p.a., in astratto, potrebbe riadottarlo, eliminando i vizi formali che in precedenza lo caratterizzavano. La giurisprudenza consolidata è assestata su questa impostazione, perché considera l’art. 21-octies, comma 2, norma di carattere processuale alla quale si applica il principio del tempus regit actum in forza del quale ogni atto del processo è governato dalla norma in vigore nell’attimo in cui interviene l’atto medesimo (Cass. civ., sez. I, 11 gennaio 2017, n. 511; ex plurimis nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, sez. III, 4 giugno 2013, n. 3048; sez. IV, 17 settembre 2012, n. 4925; sez. V, 2 febbraio 2010, n. 4931; sez. V, 17 settembre 2008, n. 4414; sez. VI, 26 ottobre 2005, n. 5969; sez. VI, 16 maggio 2006, n. 2763; sez. VI, 7 luglio 2006, n. 4307; sez. VI, 11 settembre 2006, n. 5260; sez. VI, 21 settembre 2006, n. 5547; sez. VI, 17 ottobre 2006, n. 6192, 6193 e 6194; sez. VI, 4 settembre 2007, n. 4614).

Riferimenti Normativi:

- art. 21 octies, l. 7 agosto 1990, n. 241
- art. 21 octies, l. 7 agosto 1990, n. 241