

Cap. 11, par. 27, pag. 814 – INTEGRAZIONE

L'art. 12, comma 1, lett. e del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 ha aggiunto alla fine del secondo comma quanto segue: «*la disposizione di cui al secondo periodo non si applica al provvedimento adottato in violazione dell'articolo 10-bis*».

Tale norma richiama solo il secondo periodo del secondo comma che fa riferimento alla comunicazione di avvio del procedimento.

Parte della giurisprudenza del Consiglio di Stato ha interpretato la nuova disposizione nel senso che essa, avendo richiamato esclusivamente il secondo periodo, abbia inteso limitare l'applicabilità dell'art. 21-*octies* soltanto ai provvedimenti vincolati e non anche discrezionali, che sono, appunto, quelli disciplinati dal secondo periodo¹. Si è, pertanto, voluto evitare una assimilazione tra comunicazione di avvio del procedimento, in relazione alla quale la dequotazione del vizio formale opera anche in presenza di attività discrezionale, e preavviso di rigetto. In definitiva, con il nuovo intervento legislativo è stato chiarito che l'art. 21-*octies* si applica anche in caso di omesso preavviso di rigetto ma soltanto in presenza di attività vincolata.

È controverso se la nuova disposizione trovi applicazione anche nei procedimenti in corso. La questione è connessa con quella più in generale relativa alla valenza sostanziale o processuale dell'art. 21-*octies*. La giurisprudenza amministrativa è divisa: un primo orientamento gli assegna valenza sostanziale, escludendo l'applicazione ai procedimenti in corso²; un secondo orientamento gli assegna valenza processuale, ammettendone, invece, l'applicazione³.

¹ Cons. Stato, sez. I, 10 marzo 2021, n. 629; Cons. Stato, sez. III, 22 ottobre 2020, n. 6378.

² Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 20 gennaio 2021, n. 594; sez. VI, 18 gennaio 2021, n. 526; sez. IV, 28 dicembre 2020, n. 8419.

³ Cons. Stato, sez. I, 10 marzo 2021, n. 629; che richiama la giurisprudenza pregressa che assegna valenza processuale all'art. 21-*octies* Cons. Stato, sez. II, 12 marzo 2020, n. 1800; Cons. Stato, sez. II, 9 gennaio 2020, n. 165; sez. V, 15 luglio 2019, n. 4964.