

CONVEGNO DI STUDIO · GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA

L'atto amministrativo non annullabile

Irregolarità · art. 21-octies, c. 2 · vizio di incompetenza · difetto di motivazione · «one shot» e art. 10-bis

Dequotazione dei vizi formali e principio del risultato

Un percorso fra la novella del 2020 e gli orientamenti della giurisprudenza

Ida Tascone

La parabola del vizio non invalidante

Dal dogma dell'uguale rilevanza dei vizi alla sua erosione: la legge 241 distingue oggi ciò che inficia la funzione da ciò che resta sul piano della forma.

I

Inquadramento dogmatico

Invalidità, irregolarità, sanatoria: dove si colloca l'art. 21-octies, c. 2

II

La norma e le quattro tesi

Natura sostanziale o processuale: la scelta del Cons. Stato nella sentenza n. 2754/2025

III

Incompetenza relativa

Il contrasto: dequotazione (Cons. Stato) vs. vizio assorbente (CGARS / ad. plen. n. 5/2015)

IV

Difetto di motivazione

Presidio di legalità sostanziale e divieto di integrazione postuma

V

Art. 10-bis e «one shot»

La novella 2020, il preavviso di rigetto e il principio «once only»

Tre piani da non confondere

NULLITÀ

art. 21-septies

Mancanza di elementi essenziali, difetto assoluto di attribuzione, violazione/elusione del giudicato. Atto inidoneo a innescare lo schema norma–potere–effetto.

MAI sanabile ex 21-octies, c. 2

ANNULLABILITÀ

art. 21-octies, c. 1

Violazione di legge · eccesso di potere · incompetenza (relativa). L'atto illegittimo, finché non viene annullato, opera come legittimo (fattispecie equivalente).

Sanabile in autotutela ed — entro i limiti — ex c. 2

IRREGOLARITÀ

categoria pretoria

Difformità minima e di scarsa rilevanza, inidonea a incidere sulla sostanza dell'atto. Valutazione in astratto, ex ante.

Non incide sulla validità: piano diverso dal c. 2

Il giudizio sul rapporto, non più solo sull'atto, è la premessa che rende pensabile la non annullabilità del provvedimento pur illegittimo.

Art. 21-octies, comma 2: due fattispecie

PRIMO PERIODO

«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».

Schema norma–fatto–effetto · automatismo legale

SECONDO PERIODO

«Il provvedimento 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».

Onere dimostrativo a carico della P.A. in giudizio

Specialità reciproca. Il 1° periodo è speciale quanto a *tipo di vizio* (procedimento/forma) ma generale quanto al risultato vincolato; il 2° è generale quanto al *tipo di attività* (anche discrezionale) ma circoscritto alla sola mancata comunicazione di avvio. Il «comunque» salda i due periodi.

Quattro tesi al vaglio · Cons. Stato, Sez. IV, n. 2754/2025

La sentenza ricostruisce e seleziona: scarta le prime due, supera la terza, accoglie la quarta.

1	Legittimo ma irregolare	L'irregolarità opera in astratto; il c. 2 esige sempre un giudizio in concreto sul vizio.	ESCLUSA
2	Legittimo per scopo raggiunto	Qui lo scopo NON è raggiunto: la lesione partecipativa si è consumata, ma è resa irrilevante.	ESCLUSA
3	Sanatoria sostanziale legislativa	Svaluterebbe eccessivamente le norme su forma/procedimento e precluderebbe il risarcimento da atto illegittimo.	SUPERATA
4	Lettura processuale	L'atto resta illegittimo, ma il ricorrente non trae utilità dall'annullamento di un atto sostanzialmente corretto. Vale la regola del <i>tempus regit actum</i> .	ACCOLTA

Cosa cambia se la norma è processuale

Natura

Non rende legittimo l'atto nè preclude l'annullamento per difetto d'interesse concreto e attuale all'utilità ritraibile.

Diritto intertemporale

Si applica il tempus regit actum: governa la norma vigente al momento dell'atto processuale (Cass. Sez. Civ. I 511/2017; giurisprudenza CdS costante).

Effetto pratico

Si evita un annullamento «inutile»: la P.A. potrebbe comunque riadottare l'atto depurato dei soli vizi formali.

Responsabilità

La lettura processuale non nega che l'atto sia illegittimo: resta aperta la via risarcitoria da provvedimento illegittimo.

L'incompetenza relativa è dequotabile?

Il punto più controverso: se il difetto di competenza (relativa) ricada o no nel cono d'ombra dell'art. 21-octies, c. 2.

TESI DELLA DEQUOTAZIONE

L'incompetenza relativa è vizio sul riparto interno: se il contenuto dispositivo non poteva essere diverso, l'atto non è annullabile.

Argomenti: economia processuale · principio del risultato · superamento dell'uguale rilevanza dei vizi · l'organo competente avrebbe deciso allo stesso modo.

TESI DEL VIZIO ASSORBENTE

Ad. Plen. 5/2015 - CGARS 715/2024

Consiglio di Stato (sez. IV, 12 febbraio 2025, n. 1171)

L'incompetenza è radicalmente insanabile: il potere non è stato ancora esercitato dall'organo competente.

Il vizio di incompetenza esprime una così radicale alterazione dell'esercizio della funzione pubblica, tale da integrare una ipotesi di assorbimento legale degli ulteriori eventuali motivi di gravame

Argomenti: art. 97 Cost. (riparto legale delle attribuzioni) · contraddittorio con l'autorità competente · natura assorbente del vizio · dequotarlo = «assoluta inciviltà giuridica».

“Coerentemente con i principi richiamati, l'Adunanza Plenaria è giunta alla conclusione per cui, di fronte a un vizio di incompetenza, il giudice non può fare altro che rilevare il relativo vizio e assorbire tutte le altre censure "non potendo dettare le regole dell'azione amministrativa nei confronti di un organo che non ha ancora esercitato il suo munus". In linea con tali considerazioni, è stato evidenziato in dottrina che se il giudice negasse l'annullamento, perché convinto che l'autorità competente non avrebbe potuto agire diversamente da come ha agito l'organo ritenuto incompetente, finirebbe col sostituirsi all'autorità competente.”

Ad. Plen. n. 5/2015 · l'effetto assorbente dell'incompetenza

«In tutte le situazioni di incompetenza, carenza di proposta o parere obbligatorio, il potere amministrativo non è stato ancora esercitato, sicché il giudice non può che rilevare il vizio e assorbire tutte le altre censure, non potendo dettare le regole dell'azione nei confronti di un organo che non ha ancora esercitato il suo munus».

- **Lettura soggettiva dell'art. 34, c. 2 c.p.a..** I «poteri non ancora esercitati» includono quelli non esercitati dall'autorità competente, non solo quelli mai esercitati da alcuno.
- **Tutela del contraddittorio.** La regola di condotta giudiziale non può formarsi senza la partecipazione dell'organo competente, al procedimento prima e al processo poi.
- **Corollario per il 21-octies.** Il vizio di incompetenza (anche relativa) non è ascrivibile ai vizi «non invalidanti»: dequotarlo equivarrebbe a rendere irrilevante il riparto legale di competenze.

La motivazione fuori dal perimetro della sanatoria

Punto fermo della giurisprudenza: il difetto di motivazione non è assimilabile a un vizio formale o procedimentale.

«La motivazione è il presupposto, il fondamento, il baricentro e l'essenza stessa del legittimo esercizio del potere: un presidio di legalità sostanziale insostituibile, nemmeno mediante il ragionamento ipotetico che fa salvo, ex art. 21-octies, c. 2, il provvedimento affetto da vizi non invalidanti».

Cons. Stato, sez. VI, n. 3385/2021 · CGARS n. 693/2025 Cons. Stato, sez. VI, n. 1077/2026

Insostituibile

Vale anche per l'attività vincolata: il difetto di motivazione resta vizio di legittimità che comporta annullabilità (art. 21-octies, c. 1).

Non è vizio formale

Non può essere dequotato come «mera violazione di norme procedimentali»: incide sulla funzione, non sulla forma.

Precede l'atto

La motivazione deve precedere e non seguire il provvedimento (art. 3 l. 241; artt. 1-2 c.p.a.): tutela difesa, parità delle parti, giusto processo.

Quando l'integrazione è ammessa — e quando no

Cass. SS.UU. n. 25665/2023, in adesione al giudice amministrativo, fissa il confine.

✓ AMMESSA

- mediante gli **atti del procedimento**, se i documenti dell'istruttoria offrono elementi sufficienti e univoci per ricostruire le ragioni della determinazione;
- mediante un autonomo **provvedimento di convalida** (art. 21-nonies, c. 2).

✗ INAMMISSIBILE

- integrazione postuma in sede di giudizio, mediante **atti processuali o scritti difensivi**;
- «maquillage» della motivazione che emendi un vizio sostanziale della funzione (sviamento, travisamento, difetto dei presupposti).

Avallare l'integrazione postuma espone a **ultrapetizione** (decisione su petitum/causa petendi nuovi) e a **violazione della separazione dei poteri** (art. 34, c. 2 c.p.a.): il giudice pronuncerebbe su un potere non ancora esercitato.

Eccezione: atti vincolati ex art. 21-octies, ove la P.A. dimostri l'impossibilità di un diverso contenuto dispositivo. (cfr. CGARS n. 693/2025; Consiglio di Stato, sez. V, 27 agosto 2012, n. 4610 e sez. IV, 7 giugno 2012, n. 3376). Contra: il difetto di motivazione, come vizio di carattere meramente formale reso irrilevante dall'accertamento che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, non può essere in alcun modo assimilato alla violazione di norme procedurali o ai vizi di forma [...] e, per questo, (costituisce) un presidio di legalità sostanziale insostituibile, nemmeno mediante il ragionamento ipotetico che fa salvo, ai sensi dell'art. 21-octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990, il provvedimento affetto dai cosiddetti vizi non invalidanti» (Consiglio di Stato, sez. IV, 7 giugno 2023, n. 5592)

Cons. Stato, Sez. VI, n. 1077/2026 (caso LAV)

Diniego di sospensione del foraggiamento: la P.A. richiama gli estremi della disciplina senza istruttoria né motivazione adeguate.

1

Il vizio

Difetto di istruttoria e di motivazione: l'atto nega apoditticamente, senza esaminare gli elementi di fatto dedotti dall'istante.

2

Il tentativo della P.A.

Integrazione mediante elementi dedotti in corso di giudizio e valorizzati dal primo giudice.

3

La risposta

Inammissibile l'integrazione mediante atti difensivi (Cons. Stato, sez. VI, n. 3385/2021). Il difetto di motivazione non è assimilabile al vizio procedimentale ex 21-octies (si veda anche T.A.R. Veneto, sez. III, n. 512/2025).

4

Il discrimine decisivo

Non si verte in potere vincolato, ma in discrezionalità tecnica sull'accertamento del presupposto: la sanatoria del c. 2 è esclusa in radice.

Art. 10-bis e art. 21-octies: l'inciso del 2020

D.L. 76/2020 (conv. l. 120/2020) aggiunge all'art. 21-octies l. n. 241/1990: «La disposizione di cui al secondo periodo non si applica al provvedimento adottato in violazione dell'articolo 10-bis».

PROVVEDIMENTO DISCREZIONALE

La violazione del 10-bis **NON** è sanabile.

Integra violazione di legge ex art. 21-octies,
comma 1: annullamento giurisdizionale del provvedimento. Non è ammesso provare in giudizio che il contenuto non poteva essere diverso.

PROVVEDIMENTO VINCOLATO

La violazione del 10-bis resta **dequotabile** ex art. 21-octies, **comma 2, primo periodo**.

L'inciso esclude solo il «secondo periodo» (atti discrezionali): a contrario, sugli atti vincolati l'omesso preavviso conserva natura formale (Cons. Stato, sez. VII, n. 3316/2026; CGARS n. 1197/2022).

Cons. Stato, Sez. VII, n. 3316/2026

La novella «esclude a priori il carattere formale del mancato preavviso di rigetto in presenza di provvedimenti discrezionali» — confermando, a contrario, che per i provvedimenti vincolati la violazione del 10-bis può tradursi in un vizio formale, soggetto alla non annullabilità del primo periodo dell'art. 21-octies, c. 2.

Provvedimento discrezionale

Insanabilità del vizio 10-bis

ANNULLAMENTO

Provvedimento vincolato

Dequotazione ex c. 2, 1° periodo

NON ANNULLABILE

Onere di allegazione del privato: per ottenere l'annullamento occorre indicare gli elementi che si sarebbero introdotti se informati (lesione partecipativa concreta).

Dal «one shot temperato» al principio «once only»

«One shot temperato»

Teoria pretoria: dopo l'annullamento, la P.A. può rinnovare l'atto una sola volta, riesaminando l'affare per intero e sollevando ogni questione (Cons. Stato II 2378/2020).

La svolta del 2020: Il d.l. 16 luglio 2020, n. 76

La novella all'art. 10-bis sposta la consumazione del potere: i motivi ostativi vanno esplicitati già al primo preavviso di rigetto, con preclusione successiva.

Principio «once only»

«In caso di annullamento in giudizio del provvedimento, nell'esercitare nuovamente il potere l'amministrazione non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato».

Decorrenza: la regola opera per i procedimenti incardinati dopo l'entrata in vigore della novella (Cons. Stato, sez. II, n. 5072/2023).

L'ATTO NON ANNULLABILE · art. 21-octies, c. 2, l. 241/1990

Cons. Stato, Sez. II, n. 5072/2023

L'inottemperanza sussiste non solo nella totale inerzia, ma anche nei comportamenti «solo formalmente esecutivi» che si risolvono in un'elusione del giudicato: è inottemperante il Comune che, dopo anni di inerzia, riavvia da capo l'istruttoria senza tenere conto delle precedenti produzioni e delle risultanze processuali.

- ▶ **Giudicato a formazione progressiva.** Il giudice dell'ottemperanza può arricchire e dettagliare il dictum: «attuazione», non sola «esecuzione» (Ad. Plen. 11/2016).
- ▶ **Once only come argine.** I motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria non possono essere riproposti ora per allora: la richiesta documentale tardiva è aggravio inammissibile.
- ▶ **Buona fede e tempo.** Art. 1, c. 2-bis l. 241: la doverosità dell'azione e dei suoi tempi è declinazione del principio di legalità e di buona amministrazione.

Cosa si dequota e cosa no

VIZIO	DEQUOTAZIONE	FONDAMENTO
Norme sul procedimento / forma	Sì, se atto vincolato	21-octies, c. 2, 1° per giudizio controfattuale evidente
Omessa comunicazione di avvio (art. 7)	Sì (anche discrezionale)	21-octies, c. 2, 2° per onere probatorio della P.A.
Violazione art. 10-bis · atto vincolato	Sì	Resta vizio formale (1° periodo)
Violazione art. 10-bis · atto discrezionale	No	Violazione di legge ex c. 1 — annullamento
Difetto / inadeguatezza di motivazione	No	Presidio di legalità sostanziale insostituibile
Incompetenza relativa (tesi assorbente)	No	Potere non ancora esercitato — Ad. Plen. 5/2015
Vizi sostanziali (sviamento, travisamento)	No	21-octies, c. 1 — annullabilità piena

Atto vincolato: le quattro condizioni cumulative

Per escludere l'annullamento ex art. 21-octies, c. 2, devono ricorrere insieme:



Natura vincolata dell'atto

Atto dovuto, nessuna discrezionalità (o discrezionalità solo sull'an, contenuto vincolato).



Palese univocità del risultato

È evidente — beyond any reasonable doubt — che il contenuto non avrebbe potuto essere diverso.



Vizio meramente formale / procedimentale

NON la motivazione, NON il 10-bis su atto discrezionale: solo forma e procedimento.



Assenza di contributo partecipativo utile

Il privato non avrebbe potuto influenzare l'esito: nessuna lesione sostanziale del contraddittorio.

Nodi rimessi al confronto

Incompetenza relativa

La dequotazione regge alla prova dell'art. 97 Cost.?

Natura del c. 2 art. 21 octies

Sostanziale o processuale: la qualificazione governa la questione risarcitoria, l'intertemporalità e il «doppio ritiro» nelle more del giudizio.

Confine della motivazione

Quando la sintesi succinta diventa difetto sostanziale? La discrezionalità (anche tecnica) sposta l'asse verso l'annullamento.

10-bis e once only

La preclusione dei motivi ostativi tardivi e i suoi riflessi sull'ottemperanza e sulla riedizione del potere.