

8 MARZO 2017

# Sui rapporti tra dovere di provvedere e annullamento d'ufficio come potere doveroso

(anche alla luce del parere del Consiglio di Stato, comm. spec., 28 dicembre 2016, n. 2777,  
sullo schema di regolamento in materia di attività di vigilanza sui contratti pubblici di cui  
all'art. 211, comma 2, e 213 del Codice dei contratti)

di Nicola Posteraro

Dottorando di ricerca in Diritto amministrativo  
Università degli Studi di Roma Tre



# Sui rapporti tra dovere di provvedere e annullamento d'ufficio come potere doveroso \*

**di Nicola Posteraro**

Dottorando di ricerca in Diritto amministrativo  
Università degli Studi di Roma Tre

**Sommario:** **1.** Dal nuovo 21-nonies alla doverosità dell'annullamento d'ufficio. **2.** Sul dovere di provvedere a fronte d'una richiesta di annullamento avanzata da un amministrato. **3.** L'annullamento *doveroso* a fronte d'una raccomandazione vincolante: la generalizzazione del dovere di provvedere dell'ANAC nel caso di sollecitazione dei suoi poteri d'ordine.

## **1. Dal nuovo 21-nonies alla doverosità dell'annullamento d'ufficio**

Parte della dottrina, di recente, ha affermato che si può evincere, oggi, dall'art. 21-nonies della legge 7 agosto 1990, così come modificato nel 2014 dal d.l. Sblocca Italia<sup>1</sup>, la *doverosità* dell'annullamento d'ufficio<sup>2</sup>. E ciò perché tale articolo, affermando la *permanenza delle responsabilità* connesse non solo all'adozione, ma anche al *mancato annullamento* del provvedimento illegittimo<sup>3</sup>, fa perdere, in questa prospettiva, al potere amministrativo officioso, il suo carattere tipico della *discrezionalità* e lo configura, così, vincolato nel *quomodo* (e quindi *doverosamente esercitabile*) al ricorrere dei presupposti di legge (*rectius*, al ricorrere della mera illegittimità del provvedimento di primo grado).

Tale prospettazione viene supportata da quella giurisprudenza successiva alla modifica (e supporta, a sua volta, quella giurisprudenza antecedente alla modifica) che ha via via individuato delle ipotesi di

---

\* Articolo sottoposto a referaggio.

<sup>1</sup> Decreto Legge 12 settembre 2014, n. 133, recante “*Misure urgenti per l'apertura dei cantieri, la realizzazione delle opere pubbliche, la digitalizzazione del Paese, la semplificazione burocratica, l'emergenza del dissesto idrogeologico e per la ripresa delle attività produttive*”, pubblicata in G.U., serie Generale n. 212 del 12 settembre 2014.

<sup>2</sup> Sull'annullamento d'ufficio, *ex pluribus*, G. CODACCI PISANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939, 151 e ss.; E. CANNADA BARTOLI, voce *Annulabilità e annullamento (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, 484 ss.; F. BENVENUTI, voce *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, vol. IV, Milano, 1959; G. CORAGGIO, voce *Annullamento d'ufficio degli atti amministrativi*, in *Enc. Giur.*, vol. II, Roma 1988; G. CORSO, voce *Autotutela*, in S. CASSESE (diretto da), *Dir. Dir. Pubbl.*, Milano, 2006; F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2005, 843 e ss.; S. VALAGUZZA, *La concretizzazione dell'interesse pubblico nella recente giurisprudenza amministrativa in tema di annullamento d'ufficio*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 1245 e ss.; C. DEODATO, *L'annullamento d'ufficio*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, 982 ss; M.A. SANDULLI, *Autotutela*, in *Libro dell'anno del diritto*, 2016; S. D'ANCONA, *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, Napoli, 2015.

<sup>3</sup> Quest'ultimo, all'art. 25, comma 1, lett. b quater, nel sancire la non annullabilità degli atti affetti da vizi formali, ha arricchito la norma di tale ulteriore previsione.

annullamento dovuto; ipotesi in cui, risultando l'interesse all'eliminazione dell'atto *in re ipsa* nell'esigenza di ripristinare la legalità violata, non vi sarebbe, stando a quanto affermato dai giudici, la necessità a) di esplicitare le ragioni di pubblico interesse sottese alla emanazione del provvedimento di secondo grado; b) di effettuare un'adeguata valutazione dell'interesse privato coinvolto e destinato ad essere inciso negativamente dall'esercizio del potere officioso, c) di tener conto del tempo trascorso dal momento dell'azione del provvedimento originario secondo la giurisprudenza di riferimento<sup>4</sup>.

Non è questa la sede per dilungarsi sull'argomento: in questo scritto, ci si vuole infatti interrogare soltanto a proposito dei rapporti esistenti tra *doverosità dell'annullamento d'ufficio* (assumendo che tale figura esista e sia ammissibile nel nostro sistema ordinamentale) e *dovere di provvedere della p.A. adita* (inteso quale *dovere di considerare, sempre, qualsiasi richiesta di annullamento avanzata dall'amministrato*): si rimanda, perciò, per l'approfondimento della questione, a scritti e lavori recenti aventi ad oggetto, specificamente, siffatto tema<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Ad esempio, ciò è stato rilevato nei casi di illegittimo inquadramento di pubblici dipendenti, poiché *“l'atto oggetto di autotutela produce un danno per l'amministrazione consistente nell'esborso di denaro pubblico senza titolo, con vantaggio ingiustificato per il dipendente”* (Cons. St., III, 20 giugno 2012, n. 3603; nello stesso senso, Cons. St., VI, 9 luglio 2012, n. 4007), non occorre una specifica *motivazione* sull'interesse pubblico all'intervento in autotutela, in quanto l'interesse atto a giustificare l'adozione dell'atto (quello a risparmiare e ad evitare spese non giustificate in base alla normativa) è *in re ipsa* ed è sufficiente, perciò, *l'esigenza di ripristinare la legalità violata* (Cons. St., III, 15 aprile 2013, n. 2022). L'esercizio dell'autotutela, inoltre, in quest'ottica, non incontrerebbe nemmeno alcun limite temporale (cd. termine ragionevole): l'annullamento d'ufficio, infatti, potrebbe essere disposto anche in un tempo significativamente lontano rispetto al momento di adozione del provvedimento originario, posto che, in questa prospettiva, non sussisterebbe, in capo al privato, nessun affidamento, avendo egli beneficiato di un *vantaggio ingiusto* (Tra le altre, cfr. Cons. St., III, 20 giugno 2012, n. 3625). Altre ipotesi di annullamento doveroso sono state ravvisate nei casi di illegittima concessione di finanziamenti: qui, la giurisprudenza equipara questi casi all'ipotesi generale di esborso senza titolo di denaro pubblico, ribadendo che l'interesse pubblico all'annullamento del finanziamento rivelerebbe comunque *in re ipsa* e non richiederebbe nessuna specifica motivazione (Cons. St., III, 4 giugno 2012, n. 3290). I casi più frequenti di annullamento doveroso, però, hanno riguardato e riguardano l'esercizio del potere di autotutela nei confronti delle concessioni edilizie illegittime. In queste ipotesi, i giudici ritengono che l'annullamento d'ufficio non necessiti di un'espressa e specifica motivazione, perché *“la concessione rilasciata in violazione delle norme urbanistiche pregiudica di per sé gli interessi alla cui salvaguardia è preordinata la stessa normativa”*: *“a fronte di un'attività edilizia palesemente illegittima”*, essi specificano, *“la concomitanza di una specifica esigenza di ripristino della legalità non lascia adito a dubbi sul rispetto delle condizioni basiche per l'adozione dell'atto autoannullativo”* (TAR Sardegna, Cagliari, II, 29 maggio 2014, n. 386; Cons. St., Sez. VI, 14 aprile 2015, n. 1915). Ancora più chiaramente, viene affermato che *“l'annullamento d'ufficio di una concessione edilizia (ora permesso di costruire) non necessita di una espressa e specifica motivazione sul pubblico interesse al ritiro, configurandosi questo nell'interesse della collettività al rispetto della normativa urbanistica”* (TAR Sardegna, Cagliari, 386/2014). Talvolta, per escludere la rilevanza dell'interesse privato ai fini dell'esercizio del potere di autotutela, alcune pronunce richiamano il concetto di autoresponsabilità rilevando che se *“è pur vero che l'adozione di provvedimenti autorizzativi garantisce il destinatario degli stessi circa la presumibile legalità del suo agire”*, residua pur sempre *“un vasto margine accertativo, presidiato dallo statuto dell'autoresponsabilità: canone di diretta proiezione sia dei principi della solidarietà sociale sia dell'articolo 27 Cost., posto che tale ultima norma (trascendendo la materia penalistica) affianca al rilievo della colpevolezza quale presidio dagli addebiti non imputabili anche quello di stimolo a condotte comunque non intrinsecamente connotate da colpevoli illegalità”* (TAR Campania, Napoli, VIII, 7 gennaio 2015, n. 32; in tema, si veda anche Cons. St., V, 30 luglio 2012, n. 4300; Cons. St., V, 8 novembre 2012, n. 5691; TAR Puglia, Lecce, III, 18 marzo 2015, n. 923; TAR Lazio, Latina, I, 20 marzo 2013, n. 249).

<sup>5</sup> Si tratta di quella trasformazione della facoltà di annullamento d'ufficio in atto dovuto, la cui mancata adozione,

Tuttavia, prima di affrontare in dettaglio l'oggetto delle riflessioni, non può non rilevarsi l'evidente contrasto che sussiste tra la configurazione di tale figura dell'annullamento doveroso e i principi generali (consolidati) in materia di autotutela, che, affermati costantemente dalla giurisprudenza amministrativa, nel 2005 hanno anche trovato una espressa codificazione proprio nell'articolo 21-*nonies* della legge n. 241/1990, cit.

Sulla base di essi, com'è noto, non basta l'illegittimità del provvedimento, per far sì che la p.A. possa legittimamente intervenire; l'eliminazione dell'atto, cioè, non può trovare la propria giustificazione nella *mera esigenza di ripristinare la legalità violata*, come invece sarebbe nei casi di annullamento doveroso: anzitutto, perché serve anche la sussistenza di specifiche “*ragioni di interesse pubblico*”, le quali, non coincidenti con la suddetta necessità di ristabilire la legalità (essendo un *qualcosa di più*, rispetto ad essa), vanno individuate *nel caso concreto* (e poi esplicitate, nell'atto di autotutela<sup>6</sup>), dalla p.A. procedente, tramite un'indagine della realtà fattuale<sup>7</sup>.

---

di fronte a vizi palesi del provvedimento, configura una condotta negligente e contraria alle fondamentali regole di correttezza e buon andamento della p.A. Sul punto, A. GRECA, *A proposito del danno esistenziale provocato dal rifiuto della pubblica amministrazione di annullare d'ufficio i propri provvedimenti illegittimi – mancato rispetto delle regole di imparzialità, correttezza e buona amministrazione*, in *Giur. it.*, 2002, 537 e ss. Tra i contributi che affrontano questo argomento, si vedano, tra gli altri, P.L. PORTALURI, *Note sull'autotutela dopo la legge 164/14 (qualche passo verso la doverosità?)*, in *Riv. giur. edilizia*, 2014, 21 e ss.; E. ZAMPETTI, *Note critiche in tema di affidamento e motivazione in re ipsa nell'annullamento d'ufficio*, in *Riv. giur. edil.*, 2015, 730 e ss.; si dà conto di questa nuova prospettiva, in M. LIPARI, *La scia e l'autotutela nella legge n. 124/2015: primi dubbi interpretativi, intervento al seminario “La legge Madia e la riforma della pubblica amministrazione”*, in *federalismi.it*, 2015 oltre che in M. RAMAJOLI, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto d'equilibrio*, in *giustamm.it*, 2016.

<sup>6</sup> Al contrario, come s'è visto, dalla doverosità del potere officioso discende una vera e propria dequotazione della motivazione: ciò rende ancora più evidente il contrasto con la disciplina positiva dell'autotutela che richiede invece di *esplicitare* le motivazioni di pubblico interesse sottese all'annullamento d'ufficio, tenendo in particolare considerazione l'interesse del destinatario del provvedimento. La prospettata dequotazione della motivazione, inoltre, si pone in chiaro contrasto con la funzione di garanzia riconosciuta all'istituto. Anzitutto, l'assenza di motivazione impedisce al privato di conoscere sotto quali specifici profili, anche in rapporto alla concreta situazione di fatto, l'annullamento sia opportuno. In secondo luogo, l'assenza di motivazione impedisce di verificare il processo valutativo degli interessi in conflitto. Sul problema della dequotazione della motivazione, M. RAMAJOLI, *Lo statuto del provvedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 459 ss. Sulla motivazione, *ex pluribus*, M.S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Milano, 1977, 257 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987; ID., *Motivazione nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl. app.* XIII, Torino, 1995, 683 ss.; G. CORSO, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir., agg. V*, Milano, 2001, 774 ss.; ID., *Motivazione degli atti amministrativi e legittimazione del potere negli scritti di Antonio Romano Tassone*, in *Dir. amm.*, 2014, 463 ss.; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, 224 ss.; F. CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, 300 ss.

<sup>7</sup> Sarebbe una concezione astratta dell'interesse pubblico, che a priori ne esaurirebbe la definizione nella norma, quando invece proprio tale interesse deve essere concretamente identificato *a posteriori* dopo l'acquisizione dei fatti e l'apprezzamento degli interessi (sul punto, E. ZAMPETTI, *Motivazione in re ipsa e autotutela decisoria*, in *Libro dell'anno del diritto*, 2015). Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, cit., 284, secondo cui: “*a prescindere dalla sua esatta collocazione tra gli elementi dell'azione amministrativa (presupposto, fine, motivo) l'interesse pubblico concreto non può apparire infatti, se non a posteriori, immanente nella situazione reale considerata, rappresentando invece, nel fieri del procedimento amministrativo, il risultato di una sintesi tutt'altro che prevedibile ed a priori scontata*”. Depone a

Ancora, perché serve che la p.A., prima di decidere se annullare oppure no, tenga in debito conto “*gli interessi dei destinatari e dei controinteressati*”, prendendo atto, tra le altre cose, della sussistenza di un potenziale conflitto tra l’interesse (pubblico) all’annullamento e quello (dell’amministrato) al mantenimento del provvedimento illegittimo: ciò al fine di non sacrificare, ingiustamente, l’*affidamento* riposto dal destinatario del provvedimento di primo grado (sulle cui situazioni giuridico-soggettive di cui è titolare il disposto annullamento officioso andrebbe negativamente ad incidere). Al contrario, un annullamento doveroso, quindi vincolato, non attribuisce alcuna rilevanza all’interesse privato e all’affidamento da questi maturato nel destinatario del provvedimento, facendo sì che esso sia destinato ad essere sacrificato, in toto, anche laddove sia stato riposto incolpevolmente (e meriti, quindi, di essere tutelato)<sup>8</sup>.

Anche il legislatore del 2015, dopotutto, intervenendo sulla norma che disciplina l’annullamento d’ufficio, ha esplicitamente tenuto conto di tale principio, limitando temporalmente il potere di annullamento, nel caso di provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, al fine di parametrare, nel massimo dei diciotto mesi, il *tempo ragionevole* entro cui l’amministrazione possa aggredire il provvedimento già esistente<sup>9</sup>. Allora, è sicuramente contraddittorio pensare al fatto che l’affidamento non

---

favore di questa asserzione, di recente, il Consiglio di Stato in sede consultiva, nel parere sullo schema di regolamento adottato dall’ANAC (vd. *infra*). Ad ogni modo, se anche si volesse affermare che le ragioni di interesse pubblico coincidono con la necessità di ripristinare la legalità, la situazione non cambierebbe: se è vero che l’autotutela è una vera e propria funzione di amministrazione attiva, allora è anche vero che l’interesse all’annullamento mai potrebbe *tout court* identificarsi nell’esigenza di ripristinare la legalità violata. L’amministrazione, infatti, pur sempre chiamata a curare in concreto l’interesse pubblico prefigurato dalla norma, dovrebbe comunque adattare sistematicamente la propria azione alla realtà dei fatti e agli interessi in rilievo. In questo contesto, l’illegittimità del provvedimento amministrativo sarebbe comunque, anche in tale accezione, soltanto *un elemento* di una più ampia *valutazione*: esclusivamente attraverso la comparazione degli interessi, comunque richiesta dalla norma, essa individuerebbe la soluzione più idonea per la concreta soddisfazione del bisogno collettivo.

<sup>8</sup> Sui rapporti tra affidamento e annullamento, tra tanti, si v. F. TRIMARCHI BANFI, *L’annullamento d’ufficio e l’affidamento del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2005, 843 ss. La dottrina ha precisamente individuato il fondamento della tutela riconosciuta all’affidamento nel principio di buona fede inteso quale obbligo di correttezza (F. MERUSI, *L’affidamento del cittadino*, Milano, 1970; ID., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, Milano, 2001). Anche se, come visto, la giurisprudenza, comunque conscia di questo limite, fa proprio leva sul concetto di autoresponsabilità del privato per escludere la necessità che la p.A. tenga in debito conto l’affidamento riposto dal titolare delle situazioni giuridiche incise dal potere: ma non differenzia i casi di affidamento colpevole da quelli in cui esso sia stato riposto in buona fede, così concretamente rilevando sempre e in ogni caso una supremazia dell’interesse pubblico (alla legittimità in senso formale) su quello dell’amministrato (alla conservazione della situazione consolidata). Eppure, l’autotutela in genere, *genus* cui l’annullamento appartiene, è un istituto che, come colto dalla recente sentenza n. 49 del 2016 della Corte costituzionale, “*si colloca allo snodo delicatissimo del rapporto tra il potere amministrativo e il suo riesercizio, da una parte, e la tutela dell’affidamento del privato, dall’altra*” (Corte cost., 9 marzo 2016, n. 49, che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 84-bis, comma 2, lettera b), della legge della Regione Toscana 3 gennaio 2005, n. 1, per violazione dell’art. 117, terzo comma, Cost., in quanto consentirebbe all’amministrazione di esercitare poteri sanzionatori per la repressione degli abusi edilizi, anche oltre il termine di trenta giorni dalla presentazione della SCIA, in un numero di ipotesi più ampio rispetto a quello previsto dai commi 3 e 4 dell’art. 19 della legge n. 241 del 1990).

<sup>9</sup> Come rilevato da M. RAMAJOLI, *L’annullamento d’ufficio*, cit., “*si tratta di un tassello importante nella ricostruzione della relazione tra pubblica Amministrazione e privato all’insegna non più del privilegio amministrativo, bensì della leale collaborazione e*

rilevi al fine di legittimare l'esercizio di un potere di annullamento: la recente modifica, in questo senso, depone anzi proprio a sfavore della riconoscibilità di questa figura dell'annullamento doveroso, inteso come potere sempre esercitabile, quando dovuto, anche a prescindere dai tempi e dalla considerazione degli interessi coinvolti<sup>10</sup>.

Il Consiglio di Stato, invero, di recente, nell'esprimere il proprio parere sullo schema di regolamento ANAC in materia di attività di vigilanza sui contratti pubblici di cui all'art. 211, comma 2, e 213 del Codice dei contratti<sup>11</sup>, mi sembra abbia tassativamente escluso che possa esistere un tipo di annullamento doveroso nel *quomodo*. Confermando quanto suddetto, a proposito del fatto che l'interesse pubblico atto a giustificare l'esercizio del potere non corrisponde con l'interesse al ripristino della legalità violata<sup>12</sup>, esso ha precisato che la discrezionalità connota *sempre* il potere di annullamento (paragrafo 5.6.3). E, proprio per questo, ha affermato che, sotto tale profilo, l'art. 176 del codice dei contratti pubblici, che prevede una autotutela doverosa (la quale, a suo dire, costituisce "un *goldplating* non consentito") va concretamente modificato: le parole «*La concessione cessa*», ha rilevato, vanno sostituite con «*La concessione può essere annullata*»<sup>13</sup>.

---

*del riequilibrio tra le parti del rapporto. Il fattore temporale è nevralgico nella dialettica tra le ragioni di interesse pubblico sottostanti al potere d'annullamento d'ufficio e le esigenze di certezza nei rapporti tra amministrazioni e privati?*

<sup>10</sup> Per F. MERUSI, *Il sogno di Diocleziano. Il diritto nelle crisi economiche*, Torino, 2013, 47) la tutela dell'affidamento costituisce corollario della certezza del diritto e sua applicazione concreta (a questo proposito, si veda M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica (Parte Prima)*, in *Giur. it.*, 2007, 15-16, il quale precisa, invece, che certezza del diritto e protezione del legittimo affidamento vanno tenuti distinti, perché la certezza evoca "un plesso di caratteristiche oggettive dell'ordinamento", mentre l'affidamento involge diritti fondamentali del cittadino e tutela la sfera di libertà. La giurisprudenza distingue spesso tra certezza e affidamento per negare tutela del privato: essa ritiene infatti necessario "distinguere l'affidamento dal principio di certezza del diritto, che si raggiunge nel momento in cui il trascorrere del tempo ha raggiunto il suo massimo fattore di potenziamento dell'affidamento"; con la conseguenza di ritenere che l'annullamento poco tempo dopo l'emanazione di un'aggiudicazione rende l'affidamento del privato "debole e recessivo" (Cons. St., sez. V, 3 agosto 2012, n. 4440). Sulla autotutela così come modificata dalla norma del 2015, M.A. SANDULLI, *Poteri di autotutela della pubblica amministrazione e illeciti edilizi*, in *Federalismi.it*, 2015; M. MACCHIA, *Sui poteri di autotutela: una riforma in senso giustiziale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 634 e ss.; F. FRANCIOSI, *Autotutela amministrativa e principio di legalità (nota a margine dell'art. 6 della l. 7 agosto 2015, n. 124)*, in *federalismi.it*, 2015; V. DI IORIO, *Osservazioni a prima lettura sull'autotutela dopo la l. n. 124 del 2015: profili di incertezza nell'intreccio tra diritto amministrativo e diritto penale*, in *federalismi.it*, 2015; S. D'ANCONA, *L'annullamento d'ufficio dopo la Riforma Madia*, in *Giur.it.*, 2015, 2748 ss.; G. MANFREDI, *Il tempo è tiranno: l'autotutela nella legge Madia*, in *Urb. e app.*, 2016, 5 e ss.; F. COSTANTINO, *L'annullamento d'ufficio del provvedimento*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, pp. 869 ss.; G. VESPERINI, *Le norme generali sulla semplificazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 629 e ss.; W. TROISE MANGONI, *L'esercizio retroattivo del potere amministrativo*, Torino, 2016. Il Consiglio di Stato, nel parere reso sullo schema di decreto Scia 1, ha a questo proposito precisato che tale confine temporale "introduc(e) un 'nuovo paradigma' nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione: nel quadro di una regolamentazione attenta ai valori della trasparenza e della certezza, il legislatore del 2015 ha fissato termini decadenziali di valenza nuova, non più volti a determinare l'impugnabilità degli atti nell'interesse dell'amministrazione, ma a stabilire limite al potere pubblico nell'interesse dei cittadini, al fine di consolidare le situazioni soggettive dei terzi". (23).

<sup>11</sup> Cons. St., comm. spec., 28 dicembre 2016, n. 2777.

<sup>12</sup> Esso precisa, infatti, che è sempre comunque necessario, oltre al presupposto della violazione di legge, quello ulteriore della sussistenza di un *interesse pubblico concreto e attuale* all'annullamento.

<sup>13</sup> M. LUCIANI, *Il dissolvimento*, cit., 7 ss., sostiene che "il rapporto sicurezza/certezza/affidamento è addirittura

## 2. Sul dovere di provvedere a fronte d'una richiesta di annullamento avanzata da un amministrato

Se è vero che al ricorrere in concreto dei presupposti di cui all'art. 21-nonies, sorge, in capo alla p.A., il *dovere di annullare* il provvedimento illegittimo di primo grado, allora è anche vero che, prima ancora, sorge, in capo alla stessa amministrazione, il *dovere di avviare* il procedimento di secondo grado prodromico alla emanazione del doveroso, finale, provvedimento di annullamento.

Da tale assetto deriverebbe perciò, secondo parte della dottrina, la *doverosità della valutazione dell'istanza di riesame (rectius, di annullamento)*<sup>14</sup> avanzata dall'amministrato<sup>15</sup> (e, quindi, l'esistenza di un generalizzato dovere di provvedere, in capo alla p.A., a fronte delle suddette richieste)<sup>16</sup>. Non varrebbe più a giustificare il silenzio serbato dalla p.A., cioè, il ragionamento spesse volte (anche di recente) proposto dalla giurisprudenza, la quale ha classicamente legittimato l'inerzia dell'amministrazione, in tali casi, facendo leva sul carattere *discrezionale* del potere amministrativo di secondo grado: giacché l'annullamento d'ufficio, al ricorrere dei presupposti di legge, *diventa doveroso*, la p.A. è tenuta *sempre* a verificare che la richiesta di annullamento dell'amministrato sia davvero fondata, potendo altrimenti incorrere in una responsabilità per mancato annullamento laddove, non avendo dato seguito alla sollecitazione, non abbia riequilibrato quegli interessi che, invece, doveva riequilibrare.

In verità, la prospettiva non convince del tutto<sup>17</sup>.

---

costitutivo dell'essenza stessa della statualità, per come concepita (pur nelle sue molteplici manifestazioni) dalla dottrina dello Stato di diritto, sicché ogni attentato alla certezza e all'affidamento si presenta come un attentato allo stesso patto fondativo che ha dato vita allo Stato quale forma giuridico-politica di una comunità di esseri umani". Rilevava questa pericolosità della norma, prima che il Consiglio di Stato intervenisse come suddetto, M.A. SANDULLI, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, in *federalismi.it*, 2016 (in particolare, p. 5, in cui l'a. espressamente rileva che "l'uso dell'espressione *"la concessione cessa"* (in luogo di quella *"le stazioni appaltanti possono risolvere il contratto"*) utilizzata nell'art. 108) dovrebbe indicare un automatismo incompatibile con la natura discrezionale dell'annullamento d'ufficio, l'art. 176, comma 2.

<sup>14</sup> Più esattamente definibile quale sollecitazione, piuttosto che quale vera e propria istanza: l'istanza tecnicamente è (solo) quella diretta a dialogare con un potere della p.A. che nasce, ex lege come esclusivamente o anche a iniziativa di parte; qualora l'amministrato si rivolga alla p.A. chiedendole di esercitare un potere che nasce esclusivamente come officioso, invece, l'atto privato deve essere classificato quale mera sollecitazione (denuncia, esposto). Sul punto, sia consentito rimandare alla bibliografia citata in N. POSTERARO, *Considerazioni critiche sul generalizzato dovere di provvedere della p.a.*, in *Foro amm.*, 2015, 2676 e ss.

<sup>15</sup> Cfr. S. TUCCILLO, *Autotutela: potere doveroso?* in *federalismi.it*, 2016. Dà conto di questa possibile interpretazione, F. FRANCIOSI, *Riservizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, *Atti del convegno annuale AIPDA, 7-8 ottobre 2016*, Roma, reperibile sul sito AIPDA. La prima, però, parla di doverosità di considerare l'istanza di annullamento, configurando un generalizzato dovere di procedere della p.A. Il secondo, invece, parla espressamente di un generalizzato dovere di provvedere a fronte di qualsiasi istanza di riesame. Non condivide la tesi della doverosità intesa come dovere di considerare, sempre, le istanze in autotutela avanzate dall'amministrato, M. SINISI, *La nuova azione amministrativa: il "tempo" dell'annullamento d'ufficio e l'esercizio dei poteri inibitori in caso di s.c.i.a.* *Certezza del diritto, tutela dei terzi e falsi miti*, in *federalismi.it*, 2016.

<sup>16</sup> Dà conto di tale prospettiva, S. D'ANCONA, *Annullamento*, cit., 229.

<sup>17</sup> La più evidente perplessità nasce dal fatto che tale tesi rileva un dovere di provvedere a fronte della sollecitazione d'un potere di annullamento: la richiesta di annullamento, infatti, essendo una mera sollecitazione del potere d'ufficio, non fa mai sorgere, come rilevato in altra occasione (se si vuole, N. POSTERARO, *Considerazioni*, cit.;

Occorre infatti rilevare che il dovere di provvedere, com'è noto, a fronte d'una *sollecitazione del potere d'ufficio*, quale è quella avanzata da chi chieda l'esercizio del potere d'annullamento, sorge solo a patto che tale sollecitazione sia *supportata dalla legittimazione del richiedente* (e, quindi, soltanto laddove l'interessato sia portatore di un *interesse legittimo* atto a rendere ammissibile, qualificabile, la richiesta avanzata)<sup>18</sup>. Negli altri casi, la sollecitazione è *inammissibile*, in quanto proposta dal titolare di un interesse semplice, non qualificato, e, come tale, inidonea a far sorgere il dovere di provvedere dell'amministrazione titolare del potere eccitato<sup>19</sup>.

È per questo che la p.A., prima ancora di valutare la fondatezza della richiesta (e, quindi, verificare se il potere sollecitato debba davvero essere esercitato nel senso richiesto, oppure no) deve esaminare che, *nel*

---

ID., *Richiesta di revisione della certificazione antimafia e istanze di iscrizione alla whitelist: dovere di provvedere, o di procedere?*, in *Foro amm.*, 2016, 2225 e ss.), direttamente, un dovere di provvedere, in capo alla p.A., se non fino a quando il relativo procedimento sia stato avviato da parte dell'amministrazione stessa. Essa fa soltanto sorgere, infatti (esclusivamente nelle ipotesi in cui sia supportata da una *legittimazione* del richiedente, chiaramente, risultando, altrimenti negli altri casi, *inammissibile*) un dovere di procedere. Se proprio si volesse ravvedere la doverosità della valutazione della richiesta avanzata dall'amministrato, quindi, potrebbe semmai dirsi che, alla luce della norma, si è oggi concretizzato un *generalizzato dovere di procedere*, da parte del soggetto pubblico, a fronte di una sollecitazione proveniente dall'amministrato. Ad ogni modo, a prescindere da questa inesattezza, le considerazioni svolte nel corpo del testo, riferite al dovere di provvedere, valgono anche laddove si parlasse, correttamente, di un dovere di procedere.

<sup>18</sup> Sulle sollecitazioni qualificate, cfr. L. DE LUCIA, *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi. Saggio sul diritto amministrativo multipolare*, Torino, 2005, 141-153; A. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa*, Milano, 2004, 153-165. Non è unanime il criterio giuridico da utilizzare per individuare quali siano le denunce qualificate. Secondo una prima tesi, si sarebbe in presenza di denunce qualificate solo se esista una specifica disposizione di legge che, nel regolare un certo procedimento amministrativo, preveda la possibilità che esso sia avviato d'ufficio ma, nello stesso tempo, contempli espressamente anche la possibilità per chi vi abbia interesse di presentare delle denunce per sollecitare l'avvio d'ufficio del procedimento medesimo (denunce "contemplate dal legislatore"; in questo senso, L. DE LUCIA, *Denunce qualificate e preistitutiva amministrativa*, in *Foro amm. TAR*, 2002, 719; ID., *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi. Saggio sul diritto amministrativo multipolare*, cit., 144 e 148). Secondo altra tesi, invece, anche alla luce della giurisprudenza tanto comunitaria quanto nazionale, le denunce qualificate sarebbero tali, più in generale, quando il denunciante sia titolare di "una posizione giuridica soggettiva protetta dall'ordinamento" (non necessariamente da singole disposizioni di legge) e, dunque, quando "la denuncia sia proposta da parte di chi è titolare di un interesse specifico e differenziato all'esercizio del potere" (così: A. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa*, cit., 160-165, in particolare note 53, 60 e 61, la quale inserisce ampi riferimenti alla giurisprudenza comunitaria e nazionale rilevante). Si può affermare che, nel tempo, ha via via trovato applicazione, così, la tesi proposta da A.M. SANDULLI, *Ancora sulla qualificazione giuridica dell'interesse dei terzi alla demolizione a opera dell'autorità comunale di costruzioni "contra jus"*, in *Giust. civ.*, 1961, I, 1334: qui l'a. criticava l'impostazione giurisprudenziale che negava sempre, a fronte di qualsiasi "denuncia" il sorgere di un dovere di provvedere, dando una particolare importanza agli interessi vantati dagli interessati.

<sup>19</sup> Al contrario di quanto avviene nel caso della "istanza", intesa quale atto di parte con cui l'amministrato richieda l'esercizio di un potere che nasce, *ex lege*, come a iniziativa di parte (e, quindi, capace di far sorgere un dovere di provvedere, in quanto supportata dalla legittimazione -quantomeno formale- di chi la presenti, direttamente discendente dalla legge che lo abilita a presentarla), la denuncia non pone alcun vincolo neppure in ordine al contenuto del provvedimento da adottare (tra gli altri, S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000, 140).

rito<sup>20</sup>, la richiesta avanzata sia legittima e meriti di essere presa in considerazione (e, quindi, sia capace di rendere *doveroso* l'avvio del procedimento e la relativa conclusione).

Come rilevato dalla migliore dottrina, infatti, la p.A. adita non può assolutamente omettere di prendere in considerazione la *sollecitazione* pervenuta, dovendo quest'ultima sempre comunque essere sottoposta ad una preventiva e sommaria “*delibazione*” da parte del funzionario competente<sup>21</sup>; tale ultima delibazione, però, si colloca “*prima e al di fuori del procedimento, in una fase pre-procedimentale che (...) non apre alcun rapporto formale tra denunciante ed amministrazione...*”<sup>22</sup> e a cui non si possono applicare, quindi, le disposizioni di garanzia della l. n. 241/1990<sup>23</sup>: “*la proposizione della denuncia e la decisione dell'amministrazione circa la procedibilità di questa si collocano in effetti in una fase che viene qualificata pre-istruttoria*”<sup>24</sup>, la quale ultima, come tale, non essendo affatto riconducibile ad un procedimento amministrativo in senso proprio (in quanto espressione di “*attività interna*” dell'amministrazione) resta estranea alla sfera di applicabilità diretta della legge sul procedimento amministrativo,

Proprio per tali motivi, l'amministrato, per comprovare la titolarità di una situazione giuridica soggettiva legittimante, deve sempre allegare, alla sua richiesta, non solo l'esistenza di un *presupposto oggettivo* (cd. rappresentazione della realtà fattuale da cui possa desumersi la *opportunità* del – procedere per – provvedere), ma anche l'esistenza di un *presupposto soggettivo* atto a dimostrare che il suo interesse sia *differenziato* e *qualificato* rispetto a quello del *quisque de populo*<sup>25</sup>.

<sup>20</sup> Cioè, per usare la bipartizione tipicamente processuale, in una fase *antecedente a quella di merito* (in cui poi, se vi sarà, essa valuterà se sia davvero il caso di esercitare il potere così per come è stato sollecitato, oppure no).

<sup>21</sup> Si tratta del cd. dovere di agire (ma non di procedere) enunciato da M.S. GIANNINI, *L'attività amministrativa. Lezioni tenute durante l'anno accademico 1961-1962*, Roma, 1966, 119; sul punto, F. LEDDA, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Torino, 1974, 75 e ss. Tale dovere di agire implica, in questo senso, la necessità di delibare l'istanza ed i presupposti del procedimento (cfr. A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e pubblica amministrazione*, Milano, 2005, 109). Sull'obbligo di delibare, G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, 1057. Come osservava M.S. GIANNINI, *L'attività amministrativa*, cit., 435-436, il fatto che non vi sia un dovere di rispondere, non deve far credere che le denunce siano delle inutili manifestazioni, perché, se fondate, in una amministrazione ben ordinata, esse suscitano l'intervento di superiori controlli, giuridici e politici.

<sup>22</sup> Cfr. A. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa*, Milano, 2004, 154. La delibazione doverosa è strettamente riconnessa al principio immanente nel sistema ordinamentale di doverosa attenzione dell'amministrazione verso ogni istanza. Sul punto, G. MORBIDELLI, *Il tempo*, cit. Si tratta comunque di un “*obbligo di minor ambito*” (M.S. GIANNINI, *L'attività amministrativa*, cit., 119).

<sup>23</sup> Cfr. M. S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2000, 278, secondo cui le denunce, sinonimo di sollecitazione di potere officioso, sono qualificate come atti di preiniziativa, che si collocano prima della fase stessa dell'iniziativa, e rispetto ai quali il procedimento verrà aperto se ed in quanto si reputi che quanto rappresentato nell'atto medesimo sia fondato e sia praticabile.

<sup>24</sup> Così, ancora, A. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa*, cit., 154. Sul punto, L. DE LUCIA, *Denunce qualificate e preistruttoria amministrativa*, in *Foro amm. TAR*, 2002, 717 ss., in particolare 725: la pre-istruttoria sarebbe “*non preordinata a verificare la presenza della fattispecie normativa - indagine questa rimessa all'istruttoria e corredata dalle garanzie del contraddittorio - quanto piuttosto ad accertare che sussistano i presupposti per avviare il procedimento (giudizio di rilevanza)*”.

<sup>25</sup> Tra le tante, TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, 1 agosto 2007, n. 1104, che esclude il dovere di provvedere alla revisione dell'estensione di un vincolo archeologico su una determinata area ai sensi dell'art. 128 del d.lgs. n. 42/2004, a causa (del difetto del requisito *oggettivo*, e cioè) dell'estrema genericità dell'istanza del proprietario

Ebbene, siffatta regola generale continua a valere, a parere di chi scrive, anche per le richieste di annullamento avanzate successivamente alla entrata in vigore della modifica apportata dal dl. Sblocca Italia all'art. 21-nonies, della legge 241/1990: il fatto che un potere sia *doveroso nel quomodo* (e, di conseguenza, nell'*an*) non legittima comunque *chiunque* a richiederlo; soltanto chi sarà titolare di una situazione giuridica soggettiva di interesse legittimo, infatti, sarà legittimato a farlo. L'interessato legittimato non è un amministrato *qualunque*, ma un soggetto che aspira a uno specifico regolamento di interessi, conforme sì al bene pubblico, ma anche vantaggioso per lui stesso<sup>26</sup>.

Diversamente, del resto, qualunque amministrato potrebbe, con una mera denuncia, far sorgere in capo alla p.A. titolare di un potere sanzionatorio (*ex se* doveroso) il *dovere* di esercitarlo.

Si può pertanto concludere che, a fronte delle sollecitazioni di poteri d'ufficio da parte di soggetti non direttamente e specificamente lesi, l'amministrazione conservi la *discrezionalità* di cui parla e ha sempre parlato la giurisprudenza, al fine di giustificare (e, dunque, legittimare) il proprio eventuale silenzio: si tratta, infatti, della cd. discrezionalità nell'*an a fronte d'una richiesta inammissibile avanzata dall'interessato*<sup>27</sup>.

Riconoscere un generalizzato dovere di procedere/provvedere a fronte di qualsiasi richiesta, dopotutto, oltre che militare contro il principio della inoppugnabilità (posto che si andrebbe a riconoscere la legittimazione anche in capo a chi, lasciando inutilmente decorrere il termine per potere impugnare, l'ha consumata)<sup>28</sup>, creerebbe una disparità di trattamento tra le sollecitazioni dirette a far sì che la p.A. eserciti il suo potere di annullamento e le sollecitazioni dirette a far sì che la p.A. eserciti altri tipi di poteri (*rectius*, apra altri tipi di procedimenti a iniziativa d'ufficio).

---

dell'area (estrema genericità apprezzabile in relazione ai presupposti legali del potere di revisione, attivabile anche in assenza di sollecitazioni). Sul requisito *oggettivo*, cfr. la giurisprudenza riportata da M. MONTEDURO, *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento: l'obbligo di provvedere su domande "inammissibili o manifestamente infondate"*, in *Dir. amm.*, 2010, 139, nota 55, che stigmatizza il carattere "estremamente generico" e tutt'altro che "specifico e circostanziato" delle segnalazioni inoltrate presso le amministrazioni, non gravate perciò da alcun dovere. Cfr. L. BERTONAZZI, *Il giudizio sul silenzio*, in B. SASSANI, R. VILLATA (a cura di), Torino, 2012, 948 e ss.

<sup>26</sup> Anche se, come si rileverà *infra*, questa affermazione sembrerebbe essere messa in forse, relativamente a certi aspetti, dal considerando n. 122 della direttiva 24/2014.

<sup>27</sup> Discrezionalità che sussiste in quanto nulla vieta alla p.A. sollecitata, sebbene la richiesta non sia supportata da legittimazione, di avviare il procedimento richiesto. Depone a favore di questa prospettiva, la recente TAR Lombardia, sez. II, 735/2016. Laddove la richiesta sia invece supportata da legittimazione, è chiaro che la discrezionalità non esiste più: la p.a. deve necessariamente procedere al fine poi di provvedere (tant'è che il richiedente potrà legittimamente esperire l'azione avverso il silenzio inadempimento, al fine di richiedere al giudice l'accertamento dell'illegittimità del silenzio serbato).

<sup>28</sup> L'alternativa dovrebbe essere quella di riconoscere un dovere di provvedere della p.A. anche nei casi di mancanza di legittimazione al fine di far sì che questa si pronunci emanando un provvedimento di rigetto in rito, dichiarando l'inammissibilità della richiesta; ma, come rilevato in N. POSTERARO, *Considerazioni*, cit., cui si rimanda, il nuovo articolo 2 (*rectius*, il secondo periodo del primo comma) non è applicabile, per varie ragioni, al caso della sollecitazione dei poteri d'ufficio. Dovrebbe essere scongiurato, in questo senso, il pericolo che la p.A. possa credere di dover rispondere anche solo al fine di dichiarare l'inammissibilità della richiesta.

La sollecitazione inammissibile, comunque, nella prospettiva di chi scrive, potrà configurarsi quale strumento atto a *corroborare* la eventuale sussistenza della responsabilità per mancato annullamento dovuto (sempre ammesso che tale figura sussista)<sup>29</sup>: in queste ipotesi, si potrà cioè contestare alla p.A. il fatto che essa, pur avendo legittimamente deciso di non dare seguito alla richiesta avanzata dall'amministrato, abbia ommesso di considerare, come l'ordinaria diligenza le avrebbe invece imposto, gli eventuali profili di illegittimità comunque emersi nella fase di delibazione (e non abbia perciò autonomamente avviato il procedimento –non al fine di rispondere alla richiesta dell'amministrato, per tutelare il suo interesse semplice, privato, ma- al fine di tutelare l'interesse pubblico)<sup>30</sup>.

Ad ogni modo, la doverosità dell'avvio del procedimento a fronte d'una sollecitazione, a parere di chi scrive, può essere vista, concretamente, come un pericoloso effetto della interpretazione (a mio avviso ingiustamente rigorosa) che le stesse p.A. potrebbero dare alla norma: per porsi al riparo da eventuali responsabilità derivanti dalla scarsa attenzione apprestata nella fase della delibazione, esse potranno invece decidere di avviare sempre il procedimento d'ufficio, a fronte di qualsivoglia richiesta, al fine di togliersi dall'imbarazzo della "scelta" (procedere o non procedere) e approfondire *sempre*, così, in un procedimento amministrativo, la eventuale sussistenza della sua effettiva doverosità<sup>31</sup>. Gli uffici potranno

---

<sup>29</sup> La dizione della norma potrà verosimilmente essere interpretata, dai giudici, come capace di condizionare la eventuale richiesta di risarcimento danno avanzata da un soggetto amministrato che non abbia previamente richiesto l'annullamento del provvedimento.

<sup>30</sup> La p.A. apre la fase della delibazione, considera la richiesta, non rileva la legittimazione e non avvia il procedimento; all'interno della stessa fase della delibazione, però, verifica se dalla sollecitazione emergano dati che facciano rilevare (o quantomeno presagire) la doverosità dell'annullamento (dati verosimilmente presenti in quella parte della richiesta in cui l'amministrato dà conto di quale sia l'elemento oggettivo atto a supportare la sua sollecitazione): in questo caso, essa, non avendo (sicuramente o con buona probabilità) discrezionalità nel provvedere, si rende conto del fatto che deve (o probabilmente deve) per forza annullare. Mi sembra si possano usare le parole di G. BERGONZINI, *L'attività del privato nel procedimento amministrativo*, Padova, 1975, 114, nota 31, il quale affermava che: "Quando il provvedimento non è a istanza di parte, chi sia interessato all'emanazione di esso non può certo ottenere, anche se ne domandi il rilascio, l'effetto di costringere l'Amministrazione a porre almeno un atto di rifiuto; né può pensarsi che l'Amministrazione sia tenuta a dare alla procedura quel tanto di svolgimento che occorre per verificare la provenienza della dichiarazione. Questo non significa però che gli interessati restino privi del tutto di tutela. Se il provvedimento risultasse doveroso in ragione della situazione obiettiva determinatasi, l'atto con cui il singolo domandi il provvedimento pur non realizzando un effetto procedimentale di natura propulsiva, vale a puntualizzare una situazione di inadempienza da parte dell'Amministrazione". In altri termini, trattandosi di un potere officioso che la p.A. può esercitare anche laddove nessuno lo abbia sollecitato (*rectius*, anche laddove qualcuno lo abbia illegittimamente sollecitato) nulla le vieta, evidentemente, di avviare il procedimento d'ufficio *non al fine di rispondere a una richiesta dell'amministrato richiedente* (e, quindi, al fine di tutelare un interesse semplice del singolo, sotteso alla richiesta inammissibile), ma *al fine di approfondire quanto di sintomatico è emerso nella fase della delibazione* (e, quindi, al fine, poi, di annullare il provvedimento, se davvero ne sussistano i presupposti, per tutelare l'interesse pubblico -nonostante poi, in concreto, al soddisfacimento dell'interesse pubblico sotteso corrisponda, verosimilmente, di riflesso, il soddisfacimento di quell'interesse privato che, in via diretta, non appare tutelabile-). La sollecitazione non servirà a corroborare una responsabilità della p.A., invece, laddove si accerti che, dalla fase della delibazione, non fosse possibile desumere alcun tipo di doverosità del potere *de quo*.

<sup>31</sup> Ha rilevato fin da subito questo pericolo, M.A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della L. 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, in *federalismi.it*, 2015.

essere supportati, in tale chiave di lettura prudenziale, dal nuovo articolo 2 della legge n. 241/1990 (e, meglio, dal secondo periodo del primo comma dell'art. 2, introdotto dalla legge 190/2012): l'amministrazione, cioè, a fronte d'un quadro normativo non del tutto chiaro, potrà opportunisticamente utilizzare la tesi che ravvede un generalizzato dovere di *provvedere* della p.A. a fronte di qualsiasi richiesta, anche di quella che corrisponda ad una sollecitazione inammissibile.

Questa linea interpretativa finirà tuttavia col provocare costi non indifferenti, dal momento che l'amministrazione, una volta che avrà dato seguito alla richiesta, dovrà applicare, al procedimento avviato, tutte le regole, anche partecipative, di cui alla legge 241; senza considerare, infine, che il provvedimento così emanato a chiusura del procedimento potrà *legittimamente* essere di tipo negativo per motivi che la p.A. avrebbe potuto agevolmente cogliere già nella fase della deliberazione, in quanto ostativi al sorgere del dovere di procedere/provvedere a fronte della sollecitazione<sup>32</sup>.

Si ponga il caso di una richiesta di annullamento di un provvedimento attributivo di vantaggio economico che pervenga alla p.A. dopo i 18 mesi (fuori dalle ipotesi previste dal comma 2-bis dell'art. 21-nonies): in questi casi, la p.A., se anche avviasse il procedimento amministrativo, comunque non avrebbe poi la possibilità di annullare; è verosimile, quindi, che, nella fase della deliberazione, quando sommariamente valuta la richiesta del privato, essa già si possa accorgere di ciò e possa così evitare di avviare un inutile procedimento amministrativo<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> L'amministrazione, infatti, facendo anche leva sul nuovo articolo 2, interpretandolo come applicabile anche ai casi di sollecitazione dei poteri d'ufficio, appunto, potrà ritenersi legittimata ad avviare sempre un procedimento amministrativo al solo fine di dichiarare, poi, la inammissibilità della richiesta per mancanza di legittimazione (e, dunque, la impossibilità di scrutinare nel merito la richiesta). In verità, però, come evidenziato in N. POSTERARO, *Considerazioni*, cit., la sollecitazione inammissibile non fa sorgere alcun dovere di provvedere (e meglio, di procedere) della p.A.; quindi, resta al di fuori dello schema procedimentale e viene rilevata nella fase della deliberazione. In questo stesso senso, M.A. SANDULLI, *Profili soggettivi e oggettivi della giustizia amministrativa: il confronto*, in *federalismi.it*, 2017, la quale non è persuasa dal "favor per il riconoscimento di un obbligo di procedere su qualunque istanza, sia pure ai soli fini di dichiarare l'insussistenza di un obbligo di provvedere (che avrebbe addirittura l'effetto di aggravare l'attività giurisdizionale, stante la necessità di utilizzare il rito impugnatorio ordinario rispetto a quello semplificato del rito avverso il silenzio)". L'a. si riferisce alle *istanze* intendendole genericamente quali "*richieste*" avanzate dall'amministrato, così chiaramente includendo, in tale novero, anche le sollecitazioni dei poteri officiosi; parla, inoltre, di *dovere di provvedere* intendendo quest'ultimo come sinonimo del "*dovere di scrutinare la richiesta nel merito*" (dovere che non sussiste nel caso in cui la p.A., aperto il procedimento, si accorga di doversi fermare al rito per dichiarare la manifesta inaccoglibilità della richiesta stessa).

<sup>33</sup> Diverso e più delicato il caso in cui, a fronte d'una richiesta qualificata, la p.A., pur avendo avviato il procedimento, non provveda e lasci decorrere il termine dei diciotto mesi (non si può ritenere, infatti, che tale termine possa essere interrotto dalla comunicazione di avvio del procedimento nei confronti della parte: cfr. TAR Puglia, Bari, sez. III, 17 marzo 2016, n. 351; TAR Puglia, Bari, sez. III, 14 gennaio 2016, n. 47). In queste ipotesi, la p.A. non avrà più, verosimilmente, il potere di provvedere per annullare perché esso si sarà consumato (cfr., da ultimo, M. RAMAJOLI, *L'annullamento*, cit., secondo cui il termine dei diciotto mesi è da interpretare come termine decadenziale); tuttavia, si può ritenere, però, che essa avrà ancora un *dovere di concludere il procedimento avviato*, quantomeno al fine di comunicare alla parte richiedente l'avvenuta consumazione del suo potere (e, dunque, l'impossibilità di provvedere in senso stretto, scrutinando la richiesta nel merito).

### 3. L'annullamento *doveroso* a fronte d'una raccomandazione vincolante: la generalizzazione del dovere di provvedere dell'ANAC nel caso di sollecitazione dei suoi poteri d'ordine.

Si deve infine specificare che l'*annullamento doveroso* di cui abbiamo sin qui trattato, ammesso sia esistente, è comunque un tipo di annullamento differente da quello *doveroso* che sorge in capo alla stazione appaltante qualora l'ANAC le notifici una raccomandazione vincolante ai sensi dell'art. 211, comma 2 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

In base a tale norma, *“Qualora l'ANAC, nell'esercizio delle proprie funzioni, ritenga sussistente un vizio di legittimità in uno degli atti della procedura di gara invita mediante atto di raccomandazione la stazione appaltante ad agire in autotutela e a rimuovere altresì gli eventuali effetti degli atti illegittimi, entro un termine non superiore a sessanta giorni. Il mancato adeguamento della stazione appaltante alla raccomandazione vincolante dell'Autorità entro il termine fissato è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria entro il limite minimo di euro 250,00 e il limite massimo di euro 25.000,00, posta a carico del dirigente responsabile. La sanzione incide altresì sul sistema reputazionale delle stazioni appaltanti, di cui all'articolo 36 del presente decreto. La raccomandazione è impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo”*<sup>34</sup>.

La norma impone l'esercizio di un potere di autotutela e lo fa sotto minaccia di una sanzione pecuniaria a carico del funzionario, nonché di un sanzione “dequalificante” nei confronti della stazione appaltante<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> La disposizione, che invero pone più di qualche problema applicativo, è stata formulata nel senso descritto malgrado il Consiglio di Stato in sede di parere, 1 aprile 2016, n. 855, ne avesse suggerito la riformulazione evidenziando che: *“la formulazione attuale presenta significative criticità: a) sul piano della compatibilità con il sistema delle autonomie, in quanto introduce un potere di sospensione immediata e uno di annullamento mascherato che esorbitano dai meccanismi collaborativi ammessi dalla Consulta con la sentenza 14 febbraio 2013, 20, pronunciatasi sull'art. 21 bis della legge n. 287/1990; b) sul crinale della ragionevolezza e della presunzione di legittimità degli atti amministrativi, in quanto la sanzione colpisce il rifiuto di autotutela, ossia un provvedimento amministrativo di cui è da presumere la legittimità fino a prova contraria. Si crea in questo modo una sorta di responsabilità da atto legittimo. È da preferire allora una riformulazione in chiave di controllo collaborativo, ispirata alla disciplina dettata dall'art. 21-bis della legge n. 287/1990, compatibile con i principi costituzionali e con i limiti della legge delega, che parla di “controllo” al fine di giustificare il potere dell'ANAC, usando una locuzione coincidente con la qualificazione usata dalla Consulta con riguardo alla legittimazione processuale conferita dall'art. 21 bis cit. all'Autorità garante della concorrenza e del mercato [Corte cost., 14 febbraio 2013, n. 20]”*.

<sup>35</sup> Il fondamento del potere regolamentare esercitato dall'ANAC in questa materia, come precisato dal parere del Consiglio di Stato del 28 dicembre 2016, è stato già riconosciuto dal Consiglio di Stato nel parere n. 1920 del 14 settembre 2016, con riferimento allo schema di regolamento ANAC per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'art. 211, comma 1, del codice (pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 245 del 19 ottobre 2016). Il citato parere n. 1920 del 2016 aveva raccomandato, evidenziandone la necessità, che *“sia emanata una disciplina di regolamentazione anche della fattispecie di cui al secondo comma dell'art. 211, che delimiti i presupposti di esercizio del potere e individui le procedure su cui intervenire”*. L'ANAC ha così, a meno di due anni di distanza dall'emanazione del precedente regolamento del 9 dicembre 2014, ravvisato nuovamente l'esigenza di *“provvedere alla sua regolamentazione, in maniera da delimitare i presupposti di esercizio del potere e individuare le procedure su cui intervenire”*, arricchendo l'ambito del precedente regolamento della disciplina delle raccomandazioni vincolanti.

Trattasi, quindi, non di “raccomandazione”, ma di un classico precetto corredato da sanzione<sup>36</sup>. È evidente che non c’è funzionario che possa rifiutarsi di eseguire quello che è un vero e proprio ordine<sup>37</sup>. Ebbene, i due tipi di annullamento vanno tenuti distinti: in quest’ultimo caso, l’annullamento è doveroso perché imposto da altra amministrazione, non perché in concreto sorgano delle circostanze atte a far venir meno, *in toto*, la discrezionalità della p.A.; il momento valutativo, qui, infatti, sebbene non più riservato alla stazione appaltante, che concretamente dovrà annullare, non va perduto, perché viene recuperato nel momento in cui si sposta in capo ad altra p.A. (l’ANAC): essa, infatti, prima di raccomandare (e quindi, indirettamente, di disporre) l’annullamento, deve previamente valutare, ai sensi dei presupposti di cui all’art. 21-*nonies*, l’opportunità di (far) annullare<sup>38</sup>.  
Lo stesso Consiglio di Stato, a questo proposito, nel suddetto parere, ha sottolineato che

---

<sup>36</sup> Il Consiglio di Stato, nel parere n. 855 del 2016, ha espresso motivate riserve sull’introduzione del nuovo istituto, segnalandone la natura di “*annullamento mascherato*”, non facilmente compatibile con il riparto delle competenze riconosciute alle singole amministrazioni e con il sistema delle autonomie, e ne ha evidenziato in particolare l’anomalia della portata effettuale, sul piano della ragionevolezza e della presunzione di legittimità degli atti amministrativi sino a loro annullamento, in quanto la sanzione amministrativa, prevista dall’art. 211, comma 2, del codice colpisce il rifiuto di autotutela e, cioè, un provvedimento di cui deve presumersi la legittimità, sino a prova contraria, quasi a prefigurare una inedita “*responsabilità da atto legittimo*”.

<sup>37</sup> R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e Appalti*, 2016, 503 e ss., osserva che il sollecito all’autotutela, in virtù di una interpretazione restrittiva, dovrebbe implicare “*una selezione preventiva, da parte dell’ANAC, dei casi più rilevanti, quali quelli stessi che secondo le direttive comunitarie giustificano la “risoluzione” che altro non è che un’autotutela per vizi originari di legittimità (v. artt. 108 e 176), o quelli in cui i vizi della gara acquisiscono anche una rilevanza penale*”. Come rilevato dal Consiglio di Stato, nel citato parere rilasciato sullo schema di regolamento adottato dall’ANAC, la raccomandazione vincolante si inserisce in una fattispecie complessa, a formazione progressiva, che culmina nell’esercizio di un’autotutela doverosa, che deve tuttavia essere ricondotta al paradigma generale dell’art. 21-*nonies* della l. 241 del 1990 se si vuole preservarne la coerenza con l’ordinamento nel suo complesso. Il legislatore delegato, nell’assenza di una disposizione di delega inequivocabilmente attributiva all’ANAC, sul piano sostanziale, del potere di annullamento d’ufficio, “*ha attuato solo in parte il suo disegno innovatore, facendo della “raccomandazione vincolante” – quasi un ossimoro – il motore della revisione, ma mantenendone in capo alle singole stazioni appaltanti il veicolo formale, attraverso l’emanazione dell’atto conclusivo di tale inedita sequenza procedimentale*”.

<sup>38</sup> Vi è una separazione tra un sostanziale ordine di revisione degli atti di gara attribuito all’ANAC e la formale titolarità della rimozione di tali atti in capo alla stazione appaltante. Alla stregua di tale meccanismo ‘bifasico’, la raccomandazione vincolante si connota quale provvedimento amministrativo a contenuto decisorio e a carattere autoritativo, che obbliga la stazione appaltante a esercitare formalmente il potere di autotutela, annullando l’atto ritenuto illegittimo e rimuovendone gli eventuali effetti.

L'ANAC, valutando, deciderà se sia il caso di (raccomandare per far) annullare, oppure no, proprio secondo i principi della 241 (alludendo esplicitamente al “tempo ragionevole”<sup>39</sup> e “alle ragioni di interesse pubblico da contemperare con gli interessi dei destinatari e dei controinteressati”<sup>40</sup>).

Tuttavia, proprio tenuto conto di quest'ultima norma sommariamente analizzata, si può adesso operare una differenza, sul piano del *dovere di provvedere*, col caso dell'annullamento doveroso di cui s'è detto<sup>41</sup>.

Come rilevato da alcuni autori, è possibile si ravvisi (o c'è il rischio che si ravvisi), stavolta sì, una generalizzazione effettiva del dovere di *provvedere* dell'ANAC (inteso sempre quale dovere di prendere in considerazione qualsiasi tipo di richiesta proveniente da parte dei privati), a fronte di certe sollecitazioni dei suoi poteri d'ordine provenienti dagli amministrati<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> Considerate le esigenze, cruciali, di accelerazione della realizzazione delle opere pubbliche, di rapidità nello svolgimento delle procedure di gara e di certezza delle posizioni giuridiche coinvolte, l'emanazione della raccomandazione vincolante, con il conseguente esercizio dell'autotutela “doverosa”, afferma il Consiglio di Stato, dovrà essere esercitato in tempi molto ristretti, ferma restando una necessaria valutazione caso per caso. In tale ottica, il limite dei 18 mesi fissato dall'art. 21-*nonies*, comma 1, della l. n. 241 del 1990 appare come una soglia massima, estrema, che l'ANAC dovrebbe raggiungere solo in casi particolarmente complessi, per evitare che la realizzazione delle opere pubbliche, a cominciare da quelle strategiche, subisca un arresto, con esiti incerti, per un anno e mezzo. Nel parere n. 839 del 30 marzo 2016, reso sullo schema di decreto legislativo recante attuazione della delega di cui all'art. 5 della l. 7 agosto 2015, n. 124, in materia di segnalazione certificata di inizio attività (SCIA), il Consiglio di Stato ha affermato (v., in particolare, § 8.1.1.) che il principio del termine ragionevole, cristallizzato e reso ancor più pregnante con il limite massimo dei 18 mesi, introduce un *nuovo paradigma* nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione. Si è di fronte a termini decadenziali di valenza nuova, “*non più volti a determinare l'impugnabilità degli atti nell'interesse dell'amministrazione, ma a stabilire limiti al potere pubblico nell'interesse dei cittadini, al fine di consolidare le situazioni giuridiche soggettive dei privati*”. Solo nel caso in cui il presupposto della raccomandazione vincolante coincida con quello della risoluzione comunitaria di cui agli artt. 108, comma 1, lett. d), e 176, comma 1, lett. b) del codice dei contratti, il potere di raccomandazione vincolante dovrebbe ritenersi svincolato dai suddetti limiti temporali, visto che in tali casi l'illegittimità potrebbe essere accertata dalla Corte di giustizia UE in tempi più lunghi.

<sup>40</sup> L'individuazione “*delle ragioni di interesse pubblico [...] tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati?*”, ad avviso del Consiglio di Stato, dovrà trovare la sua collocazione ‘a monte’, nel corso del procedimento di interlocuzione preventiva che conduce alla emanazione della raccomandazione vincolante, e dovrà estendersi non solo alla stazione appaltante, ma anche a tutti i soggetti comunque coinvolti. La Commissione speciale condivide quindi l'obiettivo, perseguito dall'Autorità, di “*assicurare la massima garanzia di partecipazione al procedimento ai soggetti coinvolti?*” e, nel contempo, di “*garantire la massima possibile celerità del procedimento presso l'Autorità?*” (p. 1 della relazione illustrativa).

<sup>41</sup> Differenza che si che si può proporre in quanto in entrambi i casi si tratta di poteri officiosi e che si opera al fine di sottolineare quand'è che si possa davvero, alla luce del sistema legislativo, ravvedere una eventuale legittimazione generalizzata.

<sup>42</sup> È pacifico ormai che le nuove norme processuali si applicheranno soltanto al contenzioso relativo alle gare bandite a partire dal 20 aprile 2016. La natura processuale delle norme in esame avrebbe potuto giustificare, astrattamente, un diverso regime transitorio, incentrato sul principio *tempus regit actum* immediata, ma la scelta compiuta dal legislatore delegato è stata di segno opposto. Il regime transitorio generale è stabilito dall'art. 216, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016: “*Fatto salvo quanto previsto nel presente articolo ovvero nelle singole disposizioni di cui al presente codice, lo stesso si applica alle procedure e ai contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o di avvisi, alle procedure e ai contratti in relazione ai quali, alla data di entrata in vigore del presente codice, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte?*”. Le principali innovazioni, sul tema del contenzioso e del precontenzioso in tale ambito, sono contenute essenzialmente nell'art. 204 del codice dei contratti pubblici, che, a sua volta, modifica

Il potere d'ordine in capo ad ANAC, infatti, è costruito a tutela oggettiva dell'ordinamento e sembra essere lo svolgimento del considerando 122 della direttiva 24/2014, il quale se da un lato ricorda che “la direttiva 89/665/CEE prevede che determinate procedure di ricorso siano accessibili per lo meno a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme nazionali che recepiscono tale diritto”, dall'altro raccomanda che “i cittadini, i soggetti interessati, organizzati o meno, e altre persone o organismi che non hanno accesso alle procedure di ricorso di cui alla direttiva 89/665/CEE hanno comunque un interesse legittimo in qualità di contribuenti a un corretto svolgimento delle procedure di appalto e dovrebbero pertanto avere la possibilità, con modalità diverse dal sistema di ricorso di cui alla direttiva 89/665/CEE e senza che ciò comporti necessariamente una loro azione dinanzi a corti e tribunali, di segnalare le eventuali violazioni della presente direttiva all'autorità o alla struttura competente...”<sup>43</sup>.

Ora: il potere di ordinare l'annullamento in autotutela, custodito dall'ANAC, è sicuramente funzionale alla tutela dei cittadini contribuenti; ma se così è, c'è il rischio che si ammetta, stavolta sì, che qualunque contribuente possa eccitare siffatto potere; e che, quindi, possa sostanziarsi una generalizzazione della legittimazione (e, conseguenzialmente, del dovere di provvedere in capo all'Autorità)<sup>44</sup>.

In tale contesto, l'intervenuta inoppugnabilità degli atti di ammissione alla gara non impedirà l'esercizio del potere, da parte dell'ANAC (e quindi, da parte dell'amministrazione titolare di quello di autotutela), anche su stimolo degli stessi operatori economici che abbiano consumato la propria legittimazione non rispettando il termine di proposizione del ricorso, per esempio, dal momento che essi ben potrebbero allegare il loro “interesse legittimo” di contribuente<sup>45</sup>.

---

profondamente l'art. 120 del codice del processo amministrativo, nonché nell'art. 211, disposizione quest'ultima che come si vedrà, attribuisce nuovi poteri, consultivi e di indirizzo ad ANAC, suscettibili di sfociare in pareri e “raccomandazioni” espressamente dichiarati impugnabili “ai sensi dell'art. 120 del C.P.A.”. Sul punto relativo all'art. 120 c.p.a., M.A. SANDULLI, *Il rito speciale in materia di contratti pubblici*, in *federalismi.it*, 2016; M.A. SANDULLI, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, in *federalismi.it*, 2016.

<sup>43</sup> Proprio a questo proposito, lo schema regolamento adottato dall'ANAC, posto al vaglio del parere del Consiglio di Stato, prevede la possibilità di presentare la segnalazione da parte di chiunque ne abbia interesse, ivi incluse associazioni od organizzazioni rappresentative di interessi collettivi e diffusi (art. 4, comma 2), con una previsione che, pur ricalcando quella dell'art. 3, comma 1, del regolamento del 9 dicembre 2014 (la quale, però, richiedeva opportunamente una istanza *motivata*), attua proprio il principio affermato dal suddetto *Considerando* n. 122. Rileva questa evidenza, anche il Consiglio di Stato, nel citato parere sullo schema di regolamento ANAC.

<sup>44</sup> Cfr., sul punto, G. VELTRI, *Il contenzioso nel nuovo codice dei contratti pubblici: alcune riflessioni critiche*, in *giustizia-amministrativa.it*, il quale ravvede un vero e proprio dovere di provvedere, in tali casi, tenuto conto del fatto che espressamente afferma: “Trattandosi di un potere vincolato legato alla mera sussistenza di una illegittimità, il giudice potrà conseguentemente conoscere della fondatezza della pretesa e dunque vi sarà sempre un giudizio ed un giudice capace di rimettere in discussione gli esiti della gara, anche ove i termini per qualsiasi impugnativa ordinaria siano scaduti”. Sul punto, cfr. M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e “precontenziosa” nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *federalismi.it*, 2016, 17.

<sup>45</sup> Anche se andrà chiarito concretamente quale sia il rapporto tra il nostro interesse legittimo, a livello interno, e quello richiamato dalla norma eurounitaria, tenuto conto del fatto che, in quell'ambito, l'interesse legittimo da noi conosciuto non ha alcuna valenza. Allora, l'interesse del contribuente di cui al considerando, è davvero quello

---

stesso interesse legittimo richiesto nel nostro ordinamento e, quando presente, atto a legittimare la richiesta di attivazione del potere? Un'ultima considerazione: in verità, essendo il potere anche in questo caso strutturato come officioso, si dovrebbe parlare di generalizzazione del dovere di procedere, come *supra* evidenziato. Tuttavia, in tale circostanza si potrà ritenere concretamente tipizzata, dalla legge, questo tipo di richiesta privata; e, così, si potrà ritenere che il potere, benché generalmente officioso, sia stato correlato, dal legislatore, anche ad un possibile procedimento a iniziativa di parte: se così è, esso, allora, risulterà essere legittimamente richiedibile da parte dell'amministrato, il quale, legittimato dalla legge a farlo, con la presentazione di una istanza in senso stretto, farà avviare in automatico il procedimento amministrativo (facendo sorgere, quindi, direttamente, un vero e proprio *dovere di provvedere* in capo all'autorità stessa –posto che si sostanzierà un assorbimento del dovere di procedere nella domanda avanzata-: si configurerà, così, stavolta sì, l'applicabilità di quanto statuito dal nuovo secondo periodo della comma 1 dell'art 2 cit.-). Anche se, obiettivamente, alla luce dello schema di regolamento adottato dall'ANAC, si dovrebbe escludere, in verità, l'ipotesi dell'avvio automatico del procedimento (e, dunque, la possibilità di far corrispondere la richiesta di sollecitazione ad una "istanza"): l'art. 6, comma 3, del suddetto regolamento ammette infatti la "*archiviazione tacita*" se l'Autorità non dà *comunicazione dell'avvio del procedimento al segnalante* nel termine di sessanta giorni previsto dall'art. 11, comma 2, del regolamento. Ciò vuol dire che l'ANAC conserva comunque una previa fase di delibazione in cui decide se avviare il procedimento, oppure no (anche se, obiettivamente, non è ben chiaro cosa debba indagare in questa stessa fase iniziale di delibazione l'amministrazione adita: se è vero che essa serve alla p.A. per far sì che questa ravvisi la eventuale legittimazione del richiedente e in questo caso la legittimazione sussiste sempre, allora cosa resta da valutare, preliminarmente?).