

17 GENNAIO 2018

La conferma della discrezionalità dell'annullamento d'ufficio

di Annalisa Gualdani
Ricercatrice di Diritto amministrativo
Università di Siena



La conferma della discrezionalità dell'annullamento d'ufficio *

di Annalisa Gualdani

Ricercatrice di Diritto amministrativo
Università di Siena

Sommario: 1. Premessa. - 2. Le ipotesi di annullamento doveroso: le eccezioni alla regola della discrezionalità dell'annullamento d'ufficio. - 3. L'incidenza delle intervenute riforme sulla natura dell'annullamento d'ufficio. - 4. Dal particolare al generale: la rilevanza della pronuncia della Corte Costituzionale n. 181 del 2017, sull'autotutela tributaria, nell'annullamento d'ufficio, di cui all'art. 21 *nonies*. - 5. Conclusioni.

1. Premessa

E' noto che già anteriormente alla positivizzazione dell'istituto dell'annullamento d'ufficio l'elaborazione pretoria, da un lato e la scienza giuridica, dall'altro, avessero sostanzialmente convenuto sulla natura discrezionale del potere di autotutela.

Volgendo lo sguardo al passato non si possono che notare le numerose pronunce del giudice amministrativo che, in epoca risalente, avevano classificato tale potere come discrezionale, potendo l'amministrazione (in presenza di vizi di legittimità) disporlo o no, a seconda delle particolari esigenze di pubblico interesse, da valutarsi insindacabilmente¹. Accertato, infatti, un vizio giuridico nell'atto, l'amministrazione avrebbe potuto (ma non dovuto) annullarlo, potendo tuttavia non procedere al suo ritiro se motivi di pubblico interesse ne avessero consigliato la sua conservazione. "Lo stadio della valutazione discrezionale dell'esercizio del potere di annullamento, infatti, sta tutto e si esaurisce nell'accertare la convenienza e l'opportunità di dichiarare l'annullamento, ma questo accertamento e questa valutazione come un'estrinsecazione di una facoltà rimessa dalla legge alla discrezionalità dell'amministrazione, non possono formare oggetto di riesame nel sindacato giurisdizionale di legittimità da parte del Consiglio di Stato"².

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹Supremo collegio S.U. sent. 25 dicembre 1931, in *Foro it.*, 1932, I, 13. Sulla natura discrezionale dell'annullamento d'ufficio: Cons. Stato, sez. IV, 28 gennaio 1891, in *Legge* 1891, I, 644; Cons. Stato, sez. IV 3 dicembre 1903, in *Foro it.*, 1904, III, 19; Cons. Stato, sez. IV 16 marzo 1929, in *Giur. it.*, 1929, III, 148; Cons. Stato, sez. IV, 12 maggio 1937, in *Foro it.*, 1937, III, 201; Cons. Stato, sez. IV 9 giugno 1937, in *Foro amm.*, II, 458; Cons. Stato, sez. V, 26 maggio 1937, in *Foro it.*, 1937, III, 227; Cons. Stato, sez. V, 8 agosto 1936, in *Foro it.*, 1937, III, 11-12; Cons. Stato, sez. V, 24 marzo 1936, in *Foro amm.*, 1936, I, 2, 186.

² G. Giacobelli, *Sul fondamento e limiti del potere di annullamento e di revoca dell'atto legittimo*, in *Riv. di dir. pubbl.*, 1939, I, 111.

Destinata a incidere sulla discrezionalità dell'atto del ritiro fu poi la valorizzazione dell'elemento temporale. Il giudice amministrativo non mancò infatti di evidenziare la rilevanza del tempo trascorso tra l'esecuzione dell'atto e il suo annullamento, affermando che ragioni di opportunità amministrativa avrebbero sconsigliato l'eliminazione di un atto ormai pacificamente consolidatosi.

Decisamente minoritario appariva, invece, quel filone, propenso alla natura vincolata del potere in esame³, all'interno del quale si era soliti ricondurre: l'annullamento d'ufficio di atti relativi a questioni prettamente patrimoniali, dove l'interesse si sarebbe configurato *in re ipsa*, identificandosi nell'esatta liquidazione del dovuto⁴ e l'annullamento conseguente alla pronuncia dell'autorità giudiziaria che avesse dichiarato illegittimo un atto amministrativo lesivo di un diritto soggettivo⁵. In tal caso, dovendo l'autorità amministrativa conformarsi al giudicato era tenuta ad annullare d'ufficio l'atto illegittimo⁶.

A connotare il potere di autotutela secondo un'accezione eminentemente discrezionale ha poi contribuito la teorizzazione benvenutiana dei poteri di ritiro degli atti amministrativi attraverso il modello dell'autotutela spontanea⁷. I poteri in esame - e in particolare l'annullamento d'ufficio - non avrebbero come fine la restaurazione obiettiva dell'ordine giuridico violato, ma piuttosto la realizzazione di un interesse concreto e immediato dell'amministrazione. La natura discrezionale di tale potestà comporta infatti che l'autorità amministrativa non sia obbligata ad attivarne l'esercizio a fronte dell'istanza del privato, se non previo apprezzamento dell'interesse pubblico attuale⁸.

³ Cons. Stato sez. V, 20 ottobre 1936, *Riv. dir. pubbl.*, 1937, II, 30; Cons. Stato, sez. IV, 18 luglio 1930, in *Foro amm.*, 1930, I, 1, 235. Aderiscono alla tesi della natura vincolata dell'annullamento d'ufficio, L. Raggi, *Diritto amministrativo*, Padova, 1932, 223; R. Alessi, *La revocabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1956, 19-21.

⁴ Ad. plen. Cons. Stato, 7 marzo 1962 n. 2, in *Foro amm.*, 1962, I, 661.

⁵ Cons. Stato, sez. IV, 24 maggio 1907, in *Foro it.*, 1907, III, 246; Cons. Stato, sez. IV, 30 giugno 1922, in *Giur. it.*, 1922, III, 248; Cons. Stato (parere), 23 maggio 1923, in *Manuale amm.* 1923, 213; Cons. Stato, sez. V, 13 luglio 1929, in *Giur. it.*, 1929, III, 233; Cons. Stato, sez. IV, 28 maggio 1930, in *Riv. amm.*, 1931; Cons. Stato, IV sez. 9 giugno 1933, in *Riv. di dir. pubbl.*, 1933, II, 458, nel quale si afferma che il non uso della potestà dell'annullamento d'ufficio può dar luogo ad eccesso di potere.

⁶ In tal senso G. Codacci Pisanelli, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939, 156-157.

⁷ F. Benvenuti, *Autotutela*, voce (*dir. amm.*), in *Enc. dir.*, vol. V, Milano, 1959, 544, atteso che è possibile distinguere, in ragione dell'organo che la esercita, fra un'autotutela immediata o spontanea (il potere discrezionale proveniente dallo stesso autore dell'atto oggetto della decisione) e autotutela mediata (il potere necessitato proveniente da un organo sovraordinato), la dottrina ha ricondotto nell'ampio *genus* dell'autotutela quattro distinte manifestazioni del potere amministrativo: a) gli *atti di annullamento*, con i quali la pubblica amministrazione pone nel nulla, con efficacia *ex tunc*, i provvedimenti illegittimi; b) gli *atti di revoca*, con cui l'amministrazione pone nel nulla, sempre con efficacia retroattiva, i provvedimenti originariamente inopportuni, cioè viziati nel merito; c) gli *atti di abrogazione*, con i quali vengono rimossi, con effetto *ex nunc*, provvedimenti divenuti inopportuni per motivi sopravvenuti; d) gli *atti di caducazione*, con cui la pubblica amministrazione rimuove provvedimenti, sempre con effetto *ex nunc*, in caso di illegittimità sopravvenuta.

⁸ In tal senso F. Benvenuti, *ult. op. cit.*, 544. Contra S. Tarullo, *Il riesercizio del potere amministrativo nella legge n. 15/2005: profili problematici*, in G. Clemente di San Luca (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2005, 245, il quale rileva che: "il fatto che l'esercizio del potere sia discrezionale non vuol necessariamente dire che non esista un obbligo di procedere. Il primo concetto attiene al potere di scelta della p.a. in sede di decisione, mentre questo secondo attiene all'ampiezza del potere di scelta della p.a. al momento di avviare il procedimento".

Preme sul punto rammentare che l'impostazione dottrinale fondata sulla discrezionalità dei poteri di ritiro ha ricevuto, poi, l'avallo dell'elaborazione pretoria⁹. Non è un caso che il Consiglio di Stato abbia nel tempo evidenziato che il potere generale di autotutela costituisce “manifestazione dell'esercizio di un potere tipicamente discrezionale della P.A., che non ha alcun obbligo di attivarlo e, qualora intenda farlo, deve valutare la sussistenza o meno di un interesse che giustifichi la rimozione dell'atto, valutazione della quale essa sola è titolare e che non può ritenersi dovuta nel caso di una situazione già definita con provvedimento inoppugnabile”¹⁰.

Anche la legge n. 15/2005, nel disciplinare l'autotutela, ha accolto la concezione discrezionale di tale potere, come è dato evincere, con precipuo riguardo all'annullamento d'ufficio, dal palese riferimento all'interesse pubblico e alla comparazione degli altri interessi coinvolti.

2. Le ipotesi di annullamento doveroso: le eccezioni alla regola della discrezionalità dell'annullamento d'ufficio

Accanto alla figura generale dell'annullamento d'ufficio (discrezionale), il nostro ordinamento ha assistito, nel tempo, al profilarsi di ipotesi di annullamento doveroso, nelle quali l'amministrazione, prescindendo da una specifica valutazione dell'interesse pubblico, procede al ritiro di un precedente atto. In tale ambito si è soliti ricondurre le fattispecie in cui la doverosità è conseguenza giuridica dell'assenza del potere cassatorio di altro organo, come l'ottemperanza alla decisione del giudice ordinario passata in giudicato, la decisione negativa di un'autorità di controllo priva del potere di annullamento, l'annullamento di un atto come necessaria conseguenza dell'annullamento di un atto presupposto¹¹. Accanto a queste fattispecie l'elaborazione pretoria ha, poi, individuato ulteriori tipologie di annullamento doveroso¹², tra cui il caso di atti non ancora efficaci o dotati di stabilità solo provvisoria, di atti ampliativi emanati sulla base di false rappresentazioni della realtà fornita dal

⁹ Cons. Stato sez. VI, 17 settembre 1996, n. 259, in *Cons. Stato*, 1996, I, 1396; Cons. Stato, sez. VI, 23 settembre 1998, n. 1276, in *Cons. Stato*, 1998, I, 1364; Cons. Stato, sez. IV, 10 novembre 2003, n. 7136, in *Foro amm. CDS*, 2003, 3291; Tar Puglia, Bari, sez. III, 2 dicembre 2008, n. 2731, in *Foro amm. Tar*, 2008, 3448; Tar Lazio Roma, sez. I, 5 maggio 2010, n. 9769, in *Foro amm. Tar*, 2010, 1676; Cons. Stato sez. V., 27 aprile 2011, n. 2456, in *Foro amm. CDS*, 2011, 1233; Cons. Stato, sez. V, 6 luglio 2012, n. 3958, in giustizia-amministrativa.it.

¹⁰ Cons. Stato, sez. VI, 11 novembre 2004, n. 7287; nel medesimo senso: Cons. Stato 1 aprile 1992, n. 201. Tale ricostruzione giurisprudenziale è stata effettuata da G. C. Salerno, *La revoca dei provvedimenti ed i principi della funzione*, Torino, 2014, 32-33, a cui si rinvia.

¹¹ In tal senso la manualistica A. M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 494 ss.; V. Cerulli Irelli, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino, 2008, 498. Sul punto cfr. R. Chieppa, *Provvedimenti di secondo grado*, voce (diritto amministrativo), in *Enc. Dir. Annali*, II, t. 2, Milano, 2008, 930.

¹² S. Valaguzza, *La concretizzazione dell'interesse pubblico nella recente giurisprudenza amministrativa in tema di annullamento d'ufficio*, in *Dir. Proc. Amm.*, fasc. 1, 2004, 1251 ss.

destinatario, di atti contrari a disposizioni costituzionali, di atti di assenso edilizio, di provvedimenti che comportino l'illegittimo esborso di risorse pubbliche e quelli in contrasto con il diritto comunitario¹³.

Anche il legislatore, al fine di dare una risposta soddisfacente alle contingenze del momento e a presidio di alcuni interessi di particolare rilevanza, ha "ceduto" al fascino della doverosità, tipizzando alcune esemplificazioni di annullamento vincolato. Si rammenti la risalente ipotesi, di cui all'art. 4, all'E), legge n. 2248/1865, la previsione di cui all'art. 6, comma 17 della legge n. 127, del 1997, "sui provvedimenti di inquadramento del personale adottati in modo difforme nelle disposizioni del D.p.r. 25 giugno 1983, n. 347"¹⁴ e infine la fattispecie, di cui all'art. 1, comma 136, della legge n. 311/2004 (legge finanziaria per il 2005), relativa all'annullamento d'ufficio per motivi finanziari (ora abrogato dalla legge n. 124/2015).

Invero il dibattito sull'annullamento doveroso ha rappresentato una costante che, nel corso degli anni, ha attratto l'attenzione sia della dottrina, che della giurisprudenza. Per tali ragioni l'esposizione non può che soffermarsi sulle fattispecie di: a) annullamento degli atti adottati in contrasto con la normativa comunitaria, b) di annullamento d'ufficio dei titoli edilizi e c) di annullamento di provvedimenti che comportano un esborso di denaro pubblico.

Nell'ipotesi di annullamento per contrasto con la normativa comunitaria, si è assistito all'affermarsi di posizioni divergenti da parte della scienza del diritto e della giurisprudenza¹⁵. Mentre, infatti, l'elaborazione pretoria aveva ritenuto obbligatorio il procedere al ritiro del provvedimento emanato in violazione del diritto comunitario configurandosi come recessivo, di fronte a tale infrazione, ogni altro interesse pubblico o privato¹⁶ e talvolta persino soccombente¹⁷, la dottrina, aveva assunto una posizione "mediana", ritenendo che la doverosità coinvolgerebbe soltanto la necessità di dare avvio al procedimento, ma non la decisione finale che resterebbe comunque discrezionale, assumendo rilevanza la ponderazione di interessi e il decorso del tempo¹⁸. Di diverso avviso chi ha sottolineato come, nella

¹³ Cons. Stato, sez. VI, 13 giugno 2008, n. 2933, in giustizia-amministrativa.it.

¹⁴ Sul punto cfr. F. G. Scoca, *Un'ipotesi di autotutela impropria*, in *Giur. Cost.*, 2000, 810 ss., che così definisce tale ipotesi.

¹⁵ Per una esaustiva trattazione del tema si rinvia a D.U. Galetta, *Autotutela decisoria e diritto comunitario*, in *Riv. it. Dir. pubbl. com.*, 2008, 425.

¹⁶ Sul punto Cons. Stato sez. IV, 18 gennaio 1996, n. 54, in *Foro amm.*, 1996, n. 1241.

¹⁷ Cons. Stato, 5 giugno 1998, n. 918, in *Urb. e appalti*, 1998, con nota di R. Garofoli, *Annullamento di un atto amministrativo contrastante con norma CE self executing*, il supremo organo della giustizia amministrativa aveva affermato che: "in presenza di una illegittimità derivante dalla violazione di norme comunitarie, il concreto ed attuale interesse pubblico al ritiro dell'atto amministrativo è da considerare non solo *in re ipsa*, ma anche prevalente su altri interessi privati militanti a favore della conservazione dell'atto". Cons. Stato, sez. IV, 18 gennaio 1996, n. 54. "Costituisce ormai insegnamento assolutamente consolidato il principio che nel contrasto tra diritto interno e comunitario, la prevalenza spetta al diritto comunitario anche se la norma interna configgente venga emanata in epoca successiva".

¹⁸ In tal senso E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2015, 528 ss. e Cons. Stato, sez. IV, 18 gennaio 1996, n. 54, in *Foro it.*, 1996, III, 442, con nota di F. Fracchia.

fattispecie descritta, non si debba tener conto né del fattore temporale, né dell'interesse pubblico, atteso che il rispetto/prevalenza del diritto comunitario su quello interno è frutto di un "patto" che l'Italia ha contratto con l'Unione Europea e gli altri Stati, per cui la doverosità dell'annullamento sarebbe per così dire automatica¹⁹.

Un mutamento di indirizzo, volto a valorizzare la valutazione dell'interesse pubblico, è pervenuto dall'elaborazione pretoria sia della Corte di Giustizia, sia nazionale, le quali hanno rispettivamente affermato il principio dell'autonomia procedimentale degli stati membri e il rispetto dei principi generali (tra i quali, appunto, quello della ponderazione di interessi)²⁰. In particolare il Consiglio di Stato ha avuto modo di affermare che il potere di annullamento, dopo la legge n. 15/2005, non può essere configurato in termini di doverosità, atteso che la discrezionalità del potere di autotutela costituisce principio generale dell'ordinamento giuridico interno che non è suscettibile di deroga neppure quando il vizio attiene alla violazione del diritto comunitario²¹. E invero la necessaria ponderazione di interessi, "trova conferma, prima ancora che nel chiaro testo dell'art. 21 *nonies*, nella stessa giurisprudenza comunitaria che valorizza in modo particolare l'affidamento del privato"²².

Vero è che nonostante la netta posizione assunta dal supremo organo della giustizia amministrativa, alcune "sporadiche" pronunce dei giudici di *prime cure*, hanno sostanzialmente accolto la tesi della doverosità dell'annullamento in caso di violazione della normativa comunitaria²³. Questo stato di incertezza rischia, però, di affidare alla discrezionalità dei giudici la decisione su questioni di estrema delicatezza. Non è un caso allora che si sia auspicata l'opportunità di un intervento del legislatore, volto a ricondurre le fattispecie *de quibus* o nell'alveo delle ipotesi di nullità, di cui all'art. 21 *septies*, o a introdurre una modifica all'art. 21 *nonies*, in modo da stabilire, "in via generale, la prevalenza

¹⁹ In tal senso G. Barone, *Autotutela amministrativa e decorso del tempo*, in *Dir. amm.*, fasc. 4, 2002, 700. Sulla doverosità dell'annullamento d'ufficio per violazione di norme comunitarie cfr. A. Contieri, *Il riesame del provvedimento alla luce della legge n. 15 del 2005: prime riflessioni*, in G. Clemente di San Luca (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2005, 223. *Ex multis* cfr. N. Pignatelli, *L'illegittimità comunitaria dell'atto amministrativo*, in *Giur. Cost.*, 2008.

²⁰ Corte di Giustizia, sent. n. 392 del 2006, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 240, con nota di G. Gruner. Si richiama altresì una precedente pronuncia della Corte di Giustizia, 13 gennaio 2004, C- 453/00 in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 723, con nota di D. De Pretis, *Illegittimità comunitaria dell'atto amministrativo definitivo, certezza del diritto e potere di riesame*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2004, 773, la quale afferma che l'annullamento d'ufficio per contrasto con norme comunitarie non può prescindere dalla valutazione della sussistenza dell'interesse pubblico alla rimozione del provvedimento ed alla ponderazione di tutti gli interessi coinvolti, nonché dei valori di certezza del diritto e dell'affidamento, principi generali dell'ordinamento comunitario.

Nel senso che il potere di annullamento d'ufficio resta discrezionale a fronte di atti in violazione del diritto comunitario Cons. Stato sez. VI, n. 1023 del 2006, in *Urb. app.*, 2006, 695 ss.. con nota di M. Ragazzo, *Vincoli comunitari, discrezionalità nell'esercizio dei poteri di autotutela e conferenza di servizi*.

²¹ Cons. Stato, sez. V, 8 settembre 2008, n. 4263, in *Giur. it.*, 2009, 471; Tar Veneto, sez. I, 28 febbraio 2008, n. 495, in giustizia-amministrativa.it

²² In tal senso F. Saitta, *L'amministrazione delle decisioni prese*, *Dir. e soc.*, 2009, 2225.

²³ Tar Sicilia Palermo, sez. II, 28 settembre 2007, n. 2049; Tar Sardegna Cagliari, sez. I, 13 gennaio 2012, n. 27, entrambe reperibili in giustizia-amministrativa.it

dell'interesse pubblico alla rimozione dell'atto amministrativo antieuropeo e, dunque, la doverosità dell'annullamento d'ufficio in autotutela nelle ipotesi di violazione del diritto europeo²⁴.

Anche con riguardo all'autotutela in edilizia l'elaborazione pretoria si è distinta per aver assunto pronunciamenti altalenanti e contraddittori. A fronte di quell'orientamento (peraltro maggioritario) che ritiene non sussistente nella fattispecie *de qua* l'obbligo per l'amministrazione di annullare - sull'assunto che l'interesse al ritiro del provvedimento deve essere sempre accompagnato da un'adeguata ponderazione tra l'interesse pubblico e l'interesse del privato alla conservazione del provvedimento²⁵ - si rinvencono pronunce che sostengono che il fine dell'annullamento nella materia edilizia sia la riaffermazione dell'ordine giuridico violato²⁶, da identificarsi nel rispetto della disciplina urbanistica. Tale descritto orientamento incorre però su un errore concettuale, atteso che “finisce per configurare come quasi interamente vincolato un potere che ha natura squisitamente discrezionale”²⁷. Risulta palese pertanto come, così opinando, si verrebbe ad ammettere che ogni qual volta si configuri un titolo edilizio illegittimo l'amministrazione avrebbe l'obbligo di ritirare automaticamente l'atto, senza tener conto degli interessi tutti coinvolti nel procedimento, né dell'affidamento ingenerato dal privato. Su tale aspetto è intervenuto, di recente, il Consiglio di Stato che, confutando il dogma della legalità violata, ha affermato, anche con riguardo all'annullamento d'ufficio dei titoli edilizi, l'imprescindibilità della valutazione dell'interesse pubblico al ritiro dell'atto, della ponderazione di interessi e di una analitica motivazione in ragione del lungo tempo trascorso, a garanzia della certezza delle situazioni giuridiche dei privati e della tutela dell'affidamento²⁸.

Anche in ipotesi di annullamento “tardivo” di una d.i.a. edilizia il Supremo organo della giustizia amministrativa ha confermato che affinché possa dirsi legittimamente esercitato il potere di autotutela nella fattispecie sottoposta al suo esame è indispensabile (oltre all'invio all'interessato della

²⁴ G. Gardini, *Rinvio pregiudiziale, disapplicazione interpretazione conforme: i deboli anticorpi europei e la "forza sovrana" dell'atto amministrativo inoppugnabile*, in *Dir. amm.*, fasc. 1/2, 2014, 259.

²⁵ Cons. Stato, sez. V, 10 marzo 1970, n. 267, in *Foro amm.*, 1970, 301; Cons. Stato, sez. V, 5 febbraio, 1972, n. 106, in *Foro amm.*, 1972, n. 114. Dopo la codificazione dell'art. 21 *nonies*; Cons. Stato, sez. V, n. 6252/2007 “l'esercizio del potere di autotutela è espressione della discrezionalità della pubblica amministrazione, che richiede la valutazione di elementi ulteriori rispetto alla illegittimità dell'atto da ritirare”.

²⁶ Cons. Stato, sez. IV, 23 febbraio 2012, n. 1041; Cons. Stato, sez. V, 19 giugno, 2009, n. 4053.

²⁷ G. Manfredi, *L'Autotutela in edilizia*, in *Urb. e appalti*, n. 10/2014, 1090. Commento a Tar Sardegna, sez. II, 29 maggio 2014, n. 386, in *Urb. e app.* 2014, n. 10, 1092.

²⁸ In tal senso, Cons. Stato, sez. V, 19 gennaio 2017, n. 250 e in senso analogo Cons. Stato, sez. IV, 19 aprile 2017, n. 1830, in giustizia-amministrativa.it, il quale rileva sulla base dell'art. 21 *nonies* della legge n. 241/90, così come introdotto dalla legge n. 15 del 2005, che: “all'amministrazione è richiesto di valutare in concreto la sussistenza di un interesse pubblico alla eliminazione di un provvedimento illegittimo, diverso dal semplice ristabilimento della legalità violata, anche comparando con l'interesse dei destinatari e contro interessati, e comunque entro un termine ragionevole, in ragione delle esigenze di certezza delle situazioni giuridiche originate dal provvedimento annullabile in via di autotutela e dell'affidamento sulle stesse riposto dagli interessati, ingenerato dal trascorrere di un apprezzabile lasso temporale”.

comunicazione di avvio del procedimento) che, ai sensi dell'art. 21 *nonies*, il provvedimento di ritiro intervenga tempestivamente, dando conto delle prevalenti ragioni di interesse pubblico concrete e attuali, diverse da quelle del mero ripristino della legalità violata, tenendo in considerazione gli interessi dei destinatari e dei contro interessati²⁹. Si ribadisce in sostanza l'imprescindibilità della ponderazione di interessi e del rispetto del termine ragionevole, tanto più quando il privato, in ragione del tempo trascorso, abbia riposto, con la realizzazione del progetto, un affidamento sulla regolarità dell'autorizzazione edilizia.

Al fine di comporre il contrasto giurisprudenziale esistente sulla necessità di adeguatamente motivare o meno l'annullamento d'ufficio dei titoli edilizi illegittimi, effettuando una comparazione tra l'interesse pubblico all'eliminazione del provvedimento e quello dei privati alla sua conservazione, è stata di investita l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato³⁰. Quest'ultima, con la sentenza del 17 ottobre 2017, n. 8, dopo aver affrontato la delicata questione concernente il contenuto da conferire alla formula dell'interesse *in re ipsa*, idonea "a produrre effetti distorsivi se applicata asetticamente"³¹ - atteso che l'amministrazione risulterebbe "pienamente deresponsabilizzata nonostante una triplice violazione dei principi di corretta gestione della cosa pubblica (...), come: a) aver rilasciato *ab origine* una sanatoria illegittima; b) essere rimasta inerte per un notevole lasso di tempo; c) aver annullato il titolo senza motivazione alcuna"³² - ha affermato, che nella vigenza dell'art. 21 *nonies* della legge 7 agosto 1990, n. 241 (introdotto dalla legge n. 15/2005), l'annullamento d'ufficio di un titolo edilizio in sanatoria, intervenuto ad una distanza temporale considerevole dal provvedimento annullato, deve essere motivato in relazione alla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale all'adozione dell'atto di ritiro, anche tenuto conto degli interessi dei privati destinatari del provvedimento sfavorevole.

Con riguardo invece a un'altra ipotesi di autotutela c.d. dovuta e cioè all'annullamento dei provvedimenti comportanti un esborso di denaro pubblico (per i quali tradizionalmente l'interesse

²⁹ Cons. Stato, sez. VI, 30 ottobre 2017, n. 5018, vertente sui presupposti e sulle condizioni per disporre l'annullamento tardivo di una d.i.a. e in particolare sulla legittimità o meno di un annullamento disposto dopo 4 anni. Sul punto si osserva come la giurisprudenza abbia sottolineato come una volta decorsi i termini per l'esercizio del potere inibitorio-repressivo, la d.i.a. costituisca un titolo abilitativo valido ed efficace, che può essere rimosso, per espressa previsione legislativa solo attraverso l'esercizio del potere di autotutela (cfr. Cons. Stato, sez. VI, n. 2842 del 2016).

³⁰ Sul punto si richiamano i commenti all'Ordinanza di rimessione del 19 aprile 2017, n. 1830 di L. Samuelli Ferretti, *Annullamento di una concessione edilizia in sanatoria. Il CDS rimette la questione all'Adunanza Plenaria*, in giustamm.it, n. 6/2017 e C. Pagliaroli, *La motivazione del provvedimento di annullamento in autotutela di concessione edilizia in attesa della pronuncia del Consiglio di Stato. Adunanza plenaria*, in *Riv. giur. edikzia*, n. 3, 2017, 379 ss.

³¹ G. Guzzo, *L'obbligo di motivazione nelle ordinanze di demolizione secondo la teorica dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (riflessioni minime sulle pronunce dell'Ad. Plen. n. 8 e 9 del 2017)*, in Lexitalia.it, 24 ottobre 2017.

³² In tal senso L'Ad. Plen. n. 8/2017.

pubblico al loro ritiro è stato considerato in *re ipsa*³³), si osserva come la giurisprudenza abbia in passato ricondotto in tale ambito l'annullamento dell'illegittimo inquadramento del dipendente pubblico³⁴, in considerazione del danno prodotto alle casse dell'erario. La tutela dell'interesse primario rappresentato dalla salvaguardia dei conti pubblici avrebbe così giustificato il ritiro del provvedimento in ogni tempo (prescindendo dal parametro della ragionevolezza), non potendosi configurare affidamento alcuno nei confronti di chi abbia beneficiato di un ingiusto vantaggio³⁵.

Alla luce delle intervenute riforme in tema di autotutela e in particolare del novellato art. 21 *nomies* è dato ritenere l'impossibilità, anche per i provvedimenti comportanti un esborso di denaro pubblico, di sottrarsi al meccanismo della ponderazione di tutti gli interessi coinvolti. A rafforzare quanto sostenuto si potrebbe invocare l'intervenuta abrogazione, da parte della legge n. 124/2015, dell'annullamento d'ufficio per motivi finanziari (di cui al comma 136, dell'art. 1, della legge n. 311/2004).

Quanto sin qui rilevato avvalorava pertanto quel convincimento volto ad affermare il carattere eccezionale delle ipotesi di annullamento doveroso e la loro coesistenza con la categoria generale l'annullamento d'ufficio di natura discrezionale.

3. L'incidenza delle intervenute riforme sulla natura dell'annullamento d'ufficio

Il dibattito sulla natura dell'annullamento d'ufficio ha assunto una nuova attualità a seguito delle riforme introdotte con la legge n. 164/2014 e con la legge n. 124/2015.

Preme subito dar conto degli elementi addotti dai sostenitori della tesi della doverosità per giungere poi alla loro confutazione.

Il primo argomento concerne la fissazione, da parte del novellato art. 21 *nomies*, di un termine non superiore a diciotto mesi, decorrenti “dall'adozione *dei* provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici” per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio.

A ben vedere la disciplina del tempo del ritiro non implica di per sé un mutamento dell'annullamento d'ufficio da discrezionale, in doveroso per una pluralità di ragioni. Innanzi tutto perché permane il riferimento alla “ragionevolezza” del termine, la quale impone all'Amministrazione di procedere,

³³ In passato si riteneva che “la natura pubblica del denaro indebitamente erogato sottrae il riesame degli atti illegittimamente adottati da parte dell'Amministrazione che si avveda - sia pure tardivamente - dell'errore in cui è incorsa, a ogni discrezionalità”, così, Cons. Stato, sez. IV, 8 aprile 1991, n. 236, in *Foro amm.*, 1991, 1009. Sul punto R. Villata - M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 563, specificamente nota 46 ed ivi ampia giurisprudenza.

³⁴ In tal senso cfr. Cons. Stato, sez. III, 20 giugno 2012, n. 3603; Cons. Stato, sez. VI, 9 luglio 2012, n. 4007

³⁵ Sull'irrelevanza del principio di affidamento in presenza del ritiro di atti illegittimi cfr. Cons. Stato, sez. III, 20 giugno 2012, n. 3625.

comunque, alla ponderazione di interessi, sia nei casi in cui la disciplina del tempo si applica, sia nei casi di sua inapplicabilità³⁶. Se dove vi è discrezionalità vi è ponderazione, vale anche il suo opposto³⁷.

D'altro canto la ragionevolezza del momento del ritiro può essere computata solo attraverso una attività valutativa, volta a "misurare" il tempo non solo in termini quantitativi, ma soprattutto qualitativi³⁸. Il termine dei diciotto mesi, rappresenterebbe, in sostanza, soltanto il limite massimo insuperabile, posto a presidio dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici³⁹, essendo plausibile che "alla luce delle circostanze della singola fattispecie il termine ragionevole possa essere ritenuto ancora più breve"⁴⁰.

A negare la trasformazione dell'annullamento d'ufficio in doveroso soccorre poi un ulteriore elemento e cioè il campo di applicazione della disciplina del termine. Se, infatti, il legislatore avesse voluto vincolare l'amministrazione ad esercitare il suddetto potere di ritiro, avrebbe imposto un unico termine decadenziale, valevole per tutti i tipi di provvedimenti, disancorando l'amministrazione da qualsivoglia valutazione ancorata al criterio della ragionevolezza.

Ad avvalorare la tesi qui sostenuta potrebbe inoltre soccorrere il comma 2 *bis*, dell'art. 21 *nonies*, dove, non trovando applicazione la disciplina dei diciotto mesi, l'amministrazione può sì procedere all'annullamento oltre la scadenza di tale termine, ma senza essere esonerata dall'effettuare la ponderazione degli interessi tutti coinvolti e avendo riguardo alle situazioni di vantaggio sorte in virtù del provvedimento che si intende eliminare.

Un'ulteriore argomentazione che ha spinto i primi commentatori a deporre verso la doverosità dell'annullamento d'ufficio è stata la novella introdotta dalla legge n. 164 del 2014, di conversione del d.l. n. 133 del 2014, all'art. 21 *nonies*, c. 1, ultimo periodo: "restano ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo".

La disposizione, al momento della sua entrata in vigore, ha suscitato una levata di scudi a favore della mutazione dell'annullamento d'ufficio da discrezionale in doveroso. E così, la norma è stata interpretata come espressione dell'intento del legislatore di introdurre l'obbligo per l'amministrazione di annullare (in presenza dei requisiti di cui all'art. 21 *octies*, comma 1), al fine di ripristinare la legalità violata, "pena

³⁶ Sul punto cfr. G. Manfredi, *Il tempo è tiranno. L'autotutela nella legge Madia*, in *Urb. e app.* n. 1/2016.

³⁷ M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939, 74. "la discrezionalità amministrativa è una comparazione qualitativa e quantitativa degli interessi pubblici e privati che concorrono in una situazione sociale oggettiva, in modo che ciascuno di essi venga soddisfatto secondo il valore che l'autorità ritiene abbia nella fattispecie".

³⁸ G. Barone, *Autotutela amministrativa e decorso del tempo*, cit., 225.

³⁹ In tal senso G. Manfredi, *ult. op. cit.*

⁴⁰ In tal senso, M. Lipari, *La scia e l'autotutela nella legge n. 124/2015: primi dubbi interpretativi*, in *Federalismi*, n. 20/2015, 15.

le responsabilità connesse” per il funzionario rimasto inerte⁴¹. In sostanza il legislatore sembrerebbe “qui sospingere verso una sorta di doverosità obliqua dell’ intervento in autotutela, scegliendo una strada tortuosa. L’amministrazione dovrebbe essere indotta a rimuovere i provvedimenti illegittimi, assicurando così il corretto esercizio della funzione al fine di non incorrere in responsabilità”⁴².

Non va comunque sottaciuto che altra parte della dottrina ha, invece, ritenuto l’*addenda* al primo comma, dell’art. 21 *nonies*, ininfluyente e non incidente sulla discrezionalità del potere in esame⁴³. Il richiamo alla responsabilità non pare, infatti, possa essere invocato come indice rilevatore della natura doverosa del suddetto potere per una pluralità di ragioni. Se questo fosse stato l’intento del legislatore esso “avrebbe dovuto quantomeno eliminare il riferimento agli elementi discrezionali contemplati dalla disposizione che invece permangono”⁴⁴. Inoltre la disposizione in esame non può considerarsi come “significativa della responsabilità del funzionario, che pur essendovi tenuto, non annulla l’atto illegittimo (con conseguente doverosità di quest’ultimo)”, ma piuttosto “della responsabilità del funzionario che ha adottato l’atto illegittimo di primo grado, anche se non è stato annullato in sede di autotutela (con la conferma quindi del carattere discrezionale dell’annullamento d’ufficio)”⁴⁵. Per il vero il legislatore, attraverso il richiamo alle responsabilità, non ha aggiunto nulla di nuovo, rispetto al sistema previgente, ma si è, semmai, limitato a richiamare tautologicamente i principi già presenti nel nostro ordinamento in tema di responsabilità, risultandone una diversa lettura ultronea.

Confutata pertanto la tesi che vuole obliterare la discrezionalità dell’annullamento d’ufficio attraverso l’inciso sulla responsabilità, ne risulta inalterata la natura “massimamente discrezionale” dell’annullamento d’ufficio⁴⁶.

Del medesimo avviso è anche la giurisprudenza prevalente che non ha esitato a ribadire a gran voce la natura discrezionale del potere in esame e dunque la necessità di effettuare l’*iter* ponderativo. E invero, “la disposizione attributiva del potere di autotutela lo ha disciplinato in modo da stabilire, per la sua valida esplicazione, un presupposto rigido (l’illegittimità dell’atto da annullare) e altre condizioni flessibili e duttili riferite a concetti indeterminati e, come tali, affidate all’apprezzamento discrezionale dell’amministrazione”⁴⁷. D’altra parte: “l’interesse pubblico alla base del legittimo esercizio del potere di

⁴¹ Così, G. La Rosa, *Il nuovo volto dell’autotutela decisoria a seguito della l. 164/2014: il privato è davvero tutelato dal pentimento dell’amministrazione?*, in *Giustamm.it*, n. 5/2015.

⁴² P.L. Portaluri, *Note sull’autotutela dopo la legge n. 164/2014. (Qualche passo verso la doverosità?)*, in *Riv. giur. edil.*, 2014, 34

⁴³ S. D’Ancona, *L’annullamento d’ufficio tra vincoli e discrezionalità*, Napoli, 2015, 189.

⁴⁴ In tal senso N. Posteraro, *Sulla possibile configurazione di un’autotutela doverosa alla luce del codice dei contratti pubblici*, Atti del convegno nazionale Aipda, *Decisioni amministrative e processi deliberativi*, Bergamo, 5-7 ottobre 2017.

⁴⁵ C. Deodato, *Il potere amministrativo di riesame per vizi originari di legittimità*, in *Federalismi*, n. 6/2017, 11.

⁴⁶ M. Ramajoli, *L’annullamento d’ufficio alla ricerca di un punto di equilibrio*, in *giustamm.it*, n. 6/2016.

⁴⁷ Così Cons. Stato, sez. V, 27 gennaio 2017, n. 341.

autotutela (...) non può identificarsi nel mero ripristino della legalità violata, ma richiede una valutazione comparativa sulla qualità e concretezza degli interessi in gioco”⁴⁸.

L'altra disposizione evocata a sostegno della doverosità è l'art. 2, comma 1, della legge n. 241/90, così come novellato dalla legge n. 190/2012, che ha aggiunto un secondo periodo: “Se ravvisano la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda, le pubbliche amministrazioni concludono il procedimento con un provvedimento espresso redatto in forma semplificata, la cui motivazione può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo”.

Prima di affrontare l'incidenza della norma riformata sull'istituto in esame preme rammentare che, vigente la formulazione originale dell'art. 2 - “ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, le pubbliche amministrazioni hanno il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso” - vi era unanimità di vedute nel ritenere che si configurasse un obbligo di provvedere per l'amministrazione soltanto in presenza di quelle istanze del privato a cui la legge attribuiva un vero e proprio potere di impulso⁴⁹, escludendo così il sorgere del predetto obbligo in caso di “mere denunce”. Questo percorso logico argomentativo conduceva, pertanto, a ritenere che per le domande volte ad ottenere l'annullamento d'ufficio di un precedente provvedimento non sorgesse obbligo di provvedere alcuno.

Ora, l'aver previsto che le amministrazioni, in caso di domande manifestamente irricevibili, inammissibili, improcedibili e infondate, concludano comunque il procedimento con un provvedimento in forma semplificata ha spinto taluno ad estendere, anche alle richieste di autotutela, l'obbligo di provvedere e a propendere per la doverosità dell'annullamento d'ufficio.

A ben vedere però la seconda parte dell'art. 2, comma 1, va letta, non in modo isolato, ma in successione logica alla prima. Ne deriva, pertanto, che nulla è mutato rispetto al passato, atteso che l'amministrazione sarà tenuta a provvedere (in forma semplificata) soltanto in quelle ipotesi in cui la legge impone all'amministrazione di rispondere all'istanza del privato⁵⁰ e ciò non vale per le domande di annullamento d'ufficio⁵¹.

⁴⁸ Cons. Stato, sez. V, 20 settembre 2016, n. 3910. Nel medesimo senso Cons. St., Sez. VI, 31 gennaio 2017, n. 394 “L'interesse pubblico che legittima e giustifica la rimozione d'ufficio di un atto illegittimo deve consistere nell'esigenza che quest'ultimo cessi di produrre i suoi effetti, siccome configgenti, in concreto, con la protezione attuale di valori pubblici specifici, all'esito di un giudizio comparativo in cui questi ultimi vengono motivatamente giudicati maggiormente preganti di (e prevalenti su) quello privato alla conservazione dell'utilità prodotta da un atto illegittimo”.

⁴⁹ In tal senso G. Manfredi, *Annullamento doveroso?*, in corso di pubblicazione su *Persona e Pubblica amministrazione*.

⁵⁰ N. Posteraro, *Considerazioni critiche sul generalizzato dovere di provvedere della p.a.*, in *Foro amm.*, 2015, 2676 ss.

⁵¹ Così, G. Manfredi, *Annullamento doveroso?*, cit., 23, il quale sottolinea che: “un obbligo di emanare un provvedimento espresso era configurabile solo nei casi in cui vi è già una norma che lo prevede: il che non è a

Anche la giurisprudenza, con voce unanime, ha escluso che da un'istanza volta ad ottenere l'annullamento d'ufficio di un precedente provvedimento possa derivare per l'amministrazione un obbligo di provvedere. Essa infatti, al fine di evitare che attraverso tale meccanismo si giunga ad eludere il termine decadenziale per la proposizione del ricorso⁵², ha affermato che "l'istanza, volta ad ottenere l'esercizio del potere di autotutela, non fa sorgere alcun obbligo di provvedere, in quanto tale richiesta è da considerarsi una mera denuncia"⁵³. E ancora che: "i poteri amministrativi di autotutela sono espressione dell'esercizio di un potere tipicamente discrezionale e che, pertanto, ad eventuali istanze volte a sollecitare l'esercizio di siffatto potere non può che essere riconosciuta una funzione meramente sollecitatoria, inadeguata a determinare l'obbligo di provvedere (...)"⁵⁴. Più stringente la posizione assunta di recente dal Consiglio di giustizia amministrativa per la regione Sicilia, la quale, dopo aver ribadito che le istanze dei privati volte a sollecitare l'esercizio del potere di autotutela hanno una funzione di mera denuncia o sollecitazione, non producenti in capo all'amministrazione obbligo di provvedere alcuno, ha sottolineato l'impossibilità del formarsi del silenzio inadempimento in caso di mancata definizione dell'istanza⁵⁵.

Il supremo organo della giustizia amministrativa si è poi spinto persino oltre, individuando le istanze di autotutela come deroga a quanto disposto dal secondo periodo, del comma 1, dell'art. 2, laddove - dopo aver negato l'esistenza di un obbligo giuridico di provvedere sull'istanza finalizzata ad ottenere il riesame e alla conseguente riapertura del procedimento - descrive le fattispecie richiamate come "espressione di un'amplessissima discrezionalità, in quanto tali non coercibili dall'esterno e che si pongono come deroga alla regola generale per cui, in presenza di una formale istanza del privato, l'Amministrazione è tenuta a concludere il procedimento anche se ritiene che la domanda sia irricevibile, inammissibile o infondata"⁵⁶.

A sostegno del mutamento da discrezionale in doveroso dell'istituto in esame sono state, inoltre, invocate altre due disposizioni, introdotte di recente nel nostro ordinamento. Il riferimento è l'art. 211, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016 e all'art. 52 del Codice di giustizia contabile, del d.lgs. n. 174 del 2016.

fronte delle domande di annullamento - fatte ovviamente salvo le ipotesi delle quali si è detto (*id est* di annullamento doveroso).

⁵² S. Tuccillo, *Autotutela: potere doveroso?*, in *Federalismi.it*, n. 16/2016, 5.

⁵³ Tar Basilicata, Potenza, sez. I, 15 marzo 2016, n. 258. Sull'insussistenza dell'obbligo di provvedere in caso di istanza del privato per ottenere l'esercizio da parte dell'amministrazione dei poteri di ritiro, cfr. Tar Campania, sez. II, 10 febbraio 2016, n. 703; Tar Emilia Romagna, Parma, sez. I, 29 ottobre 2015, n. 283; Tar Calabria, Catanzaro, sez. II, 9 ottobre 2015, n. 1553; Tar Abruzzo, Pescara, sez. I, 5 ottobre 2015, n. 380, reperibili in <http://www.giustizia-amministrativa.it>

⁵⁴ Tar Lazio, Roma, sez. II, 9 giugno 2015, n. 8108. Nel medesimo senso anche Cons. Stato, sez. V, 4 maggio 2015, n. 2237; id. 22 gennaio 2015, n. 273; id. 7 novembre 2016, n. 4642; in [giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

⁵⁵ CGA, sez. giurisdizionale, 6 settembre 2017, n. 380.

⁵⁶ Cons. Stato sez. V, 15 settembre 2017, n. 4351.

La prima disposizione, peraltro abrogata di recente dal d.lgs. n. 56/2017, prevedeva che: “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 e il limite massimo di euro 25.000, posta a carico del dirigente responsabile. La sanzione incide altresì sul sistema reputazionale delle stazioni appaltanti, di cui all'articolo 36 del presente codice. La raccomandazione è impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo”⁵⁷. La seconda dispone che: “Resta fermo l'obbligo per la pubblica amministrazione denunciante di porre in essere tutte le iniziative necessarie a evitare l'aggravamento del danno, intervenendo ove possibile in via di autotutela o comunque adottando gli atti amministrativi necessari a evitare la continuazione dell'illecito e a determinarne la cessazione”.

Ciò che appare, sin da subito, incontrovertibile è che entrambe le norme si distinguono per specificità e settorialità, risultando così palese la loro insuscettibilità ad incidere, neppure in via mediata, sulla fattispecie generale di cui all'art. 21 *nonies*. Si potrebbe semmai concludere che il legislatore abbia voluto introdurre, in distinti ambiti, due ulteriori ipotesi di annullamento doveroso che vanno ad aggiungersi a quelle già esistenti (nell'edilizia, nell'illecito esborso di somme di denaro pubblico, nell'illegittimità comunitaria), costituenti tutte eccezioni alla regola della discrezionalità dell'annullamento d'ufficio⁵⁸.

A ben vedere però anche le disposizioni richiamate non sembrerebbero andare esenti da connotati di discrezionalità e dunque non potrebbero essere chiamate a sostegno della tesi doverosità dell'annullamento d'ufficio.

Relativamente l'art. 211, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016 non si può sottacere che accanto a chi ha posto l'accento sulla natura vincolante della raccomandazione (corredata da sanzione) e sulla

⁵⁷ Le legge 21 giugno 2017, n. 96, di conversione del d.l. n. 50/2017, ha inserito all'art. 211 i commi 1 bis e 1 ter, che prevedono in capo all'Anac una legittimazione *ex lege* ad “agire in giudizio per l'impugnazione di bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture”.

⁵⁸ Sul punto cfr. N. Posteraro, *Sui rapporti tra dovere di provvedere e annullamento d'ufficio come potere doveroso*, in *Federalismi.it*, 5/2017, p. 14, il quale evidenzia che non si può negare che pur configurandosi l'invito rivolto dall'Anac alla stazione appaltante come un precetto corredato da sanzione, tuttavia non venga meno l'esercizio del potere discrezionale dell'amministrazione ordinante (Anac) che dovrà compiere una ponderazione di interessi in merito all'emanazione della raccomandazione contenente l'ordine di eliminare il provvedimento illegittimo.

conseguente doverosità dell'esercizio del potere di autotutela da parte dell'amministrazione appaltante⁵⁹, vi è stato chi ha ricondotto la disposizione in esame al modello generale di cui all'art. 21 *nonies*, evidenziando che a fronte della raccomandazione dell'Anac vi sarebbe sì per l'amministrazione appaltante l'obbligo di attivarsi, ma il ritiro del provvedimento non sarebbe automatico, dovendo comunque l'amministrazione procedere alla valutazione dei requisiti di cui all'art. 21 *nonies* e quindi alla ponderazione di interessi.⁶⁰

Quanto sin qui sostenuto pare confermato, peraltro, dall'interpretazione fornita dal Consiglio di Stato, nel parere reso sullo “*schema di regolamento in materia di attività di vigilanza sui contratti pubblici di cui all'art. 211, comma 2 e 213 del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50*”⁶¹, il quale ha ribadito la natura discrezionale “dell'assetto nazionale dell'autotutela provvedimento”, il cui esercizio richiede “oltre che il presupposto della violazione di legge, quello ulteriore della sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale all'annullamento”⁶².

Anche il comma 6, dell'art. 52, del Codice della giustizia contabile, non pare essere esente da connotazioni di discrezionalità. L'indice rilevatore di quanto affermato va individuato laddove si afferma che l'amministrazione interviene in autotutela, ma “ove possibile”. Tale inciso non può che sottintendere l'indispensabilità per l'amministrazione, prima di procedere al ritiro di un precedente provvedimento di effettuare la ponderazione degli interessi tutti coinvolti anche se ciò risulta funzionale ad “evitare l'aggravamento del danno”⁶³.

⁵⁹ M. Lipari, *Il pre-contenzioso*, in giustizia-amministrativa.it; F. Cintioli, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni Anac*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 381 ss.

⁶⁰ S. Tuccillo, *Le raccomandazioni vincolanti dell'Anac tra ambivalenze sistematiche e criticità applicative (Riflessioni a margine del Regolamento Anac sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici)*, in Federalismi.it, n. 6/2017.

⁶¹ Parere Cons. Stato, Comm. Spec. del 28 dicembre 2016, n. 2777, in giustizia-amministrativa.it

⁶² Sul punto cfr. M.A. Sandulli, *Il codice dell'azione amministrativa: il valore dei suoi principi e l'evoluzione delle sue regole*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 10, che rileva come il sopra citato parere espresso dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato abbia evidenziato che il potere di autotutela delle stazioni appaltanti dovrebbe essere esercitabile entro la soglia dei 18 mesi, di cui all'art. 21 *nonies*: «con la precisazione peraltro che, stante la diversità dei soggetti, il relativo *dies a quo* dovrebbe farsi decorrere “dal momento in cui l'ANAC viene a conoscenza dell'atto di gara sospetto di illegittimità e quindi, normalmente, nell'avvio del procedimento (di vigilanza ndr) d'ufficio o su segnalazione per la verifica delle gravi illegittimità” o dalla comunicazione integrativa prevista a tal fine dal regolamento».

⁶³ Sul punto cfr. G. Manfredi, *Annullamento doveroso?*, cit., 35, il quale dopo aver evidenziato che l'art. 52 del d.lgs. n. 174/2016 non ha una portata generale, perché vale per i soli casi in cui l'annullamento si impone al fine di “evitare l'aggravamento del danno”, specifica che “essa non varrebbe comunque a elidere i contenuti dell'art. 21 *nonies* della legge n. 241/90.

4. Dal particolare al generale: la rilevanza della pronuncia della Corte Costituzionale n. 181 del 2017 sull'autotutela tributaria, nell'annullamento d'ufficio, di cui all'art. 21 *nonies*

In tempi recenti la Corte Costituzionale, con la sentenza 13 luglio 2017, n. 181, è stata chiamata a pronunciarsi su questioni di legittimità aventi ad oggetto disposizioni concernenti l'autotutela tributaria⁶⁴. In particolare la Consulta ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 2 *quater*, comma 1, d.l. n. 564/1994, "nella parte in cui non prevede né l'obbligo dell'Amministrazione finanziaria di adottare un provvedimento amministrativo espresso sull'istanza di autotutela proposta dal contribuente, né l'impugnabilità – da parte di questi – del silenzio tacito su tale istanza", e dell'art. 19, comma 1, d.lgs. n. 546/1992⁶⁵, laddove “non prevede l'impugnabilità, da parte del contribuente, del rifiuto tacito dell'Amministrazione finanziaria sull'istanza di autotutela proposta dal medesimo”.

Al fine di comprendere le conclusioni alle quali si è giunti con la rammentata sentenza, occorre osservare che l'annullamento d'ufficio degli atti impositivi è stato disciplinato, sia dall'art. 68, comma 1, del d.P.R. n. 287/1992 - “gli uffici dell'amministrazione finanziaria possono procedere all'annullamento” - che dal successivo art. 2 - *quater*, comma 1, del d.l. n. 564 del 1994, - “l'amministrazione finanziaria può annullare d'ufficio i propri atti illegittimi o infondati anche in pendenza di giudizio e anche se si tratta di atti non impugnabili” - come un provvedimento di natura discrezionale, come è dato evincere dall'utilizzo delle espressioni: “può” e “possono”⁶⁶.

Ora, pur concernendo il *decisum* un settore contiguo al diritto amministrativo, si ritiene che alcune delle argomentazioni addotte dal giudice delle leggi a proposito dell'autotutela tributaria possano costituire spunti di riflessioni anche per l'autotutela amministrativa. In particolare due sono gli aspetti che risultano attrattivi per quest'ultima: a) le ragioni addotte dalla giurisprudenza a sostegno del carattere non doveroso dell'annullamento tributario⁶⁷ e b) la natura meramente sollecitatoria dell'istanza del privato, volta a “segnalare l'illegittimità degli atti impositivi”, ma non a trasformare “il procedimento officioso e discrezionale in un procedimento ad istanza di parte da concludere con un provvedimento espresso”. Non esiste, infatti “un dovere dell'amministrazione di pronunciarsi sull'istanza di autotutela

⁶⁴ E. Di Giacomo, *Autotutela, accertamento bis valido*, in *Diritto e Giustizia on line*, 2013, 311.

⁶⁵ Disposizioni sul processo tributario in attuazione della delega al Governo contenuta nell'art. 30 della legge 30 dicembre 1991, n. 413

⁶⁶ Sul punto cfr. P. Piantavigna, *Riflessioni sull'autotutela parziale alla luce delle ondivaghe nomofilassi della Cassazione*, in *Riv. dir. finanziario e Sc. delle finanze*, 2016, 3, 77 e ivi ampia bibliografia.

⁶⁷ *Ex multis* Corte di Cass. sez. tributaria, sent. 15 aprile 2016, n. 7511; Corte Cass. sez. tributaria, sent. 20 novembre 2015, n. 23765; Corte Cass. sez. tributaria, sent. 12 novembre 2014, n. 24058; Corte di Cass. sez. tributaria, sent. 30 giugno 2010, n. 15451. Sulla doverosità dell'autotutela tributaria cfr. M. Formentin, *Doverosità dell'autotutela e tutela risarcitoria*, in *Riv. di dir. tributario*, 2013, 4, 235.

e, mancando tale dovere, il silenzio su di essa non equivale ad inadempimento, né, d'altro canto, il silenzio stesso può essere considerato un diniego⁶⁸.

In relazione al primo dei due profili, la Corte Costituzionale ha evidenziato come l'annullamento d'ufficio non abbia funzione giustiziale, ma sia espressione di amministrazione attiva, comportante di regola valutazioni discrezionali. E invero il potere dell'amministrazione finanziaria non si esaurisce unicamente nella verifica della legittimità dell'atto e nel suo doveroso annullamento nel caso in cui ne riscontri l'illegittimità, ma lascia spazio all'esercizio del potere discrezionale.

Se dunque anche in un settore particolare, quale quello tributario, l'interesse pubblico all'esercizio del potere di ritiro da parte dell'amministrazione finanziaria non può considerarsi in *re ipsa*, ne deriva che nella figura generale dell'autotutela amministrativa l'*iter* ponderativo debba considerarsi momento irrinunciabile. Non è un caso allora che anche nelle fattispecie di annullamento c.d. doveroso, la necessità di valutare gli interessi tutti coinvolti vada sempre più affermandosi.

Con riguardo invece al secondo aspetto e cioè sulla inconfigurabilità di un dovere di provvedere dell'amministrazione tributaria, a fronte dell'istanza del privato, avendo quest'ultima natura meramente sollecitatoria, si osserva l'esistenza di un parallelismo tra i recenti orientamenti del Consiglio di Stato sull'autotutela amministrativa e quello della Consulta sull'autotutela tributaria. E se il supremo organo della giustizia amministrativa, al fine di evitare l'elusione del termine decadenziale per la proposizione del ricorso ha negato che da un'istanza volta ad ottenere l'annullamento d'ufficio possa derivare per l'amministrazione un obbligo di provvedere, il giudice delle leggi ha sottolineato che se si affermasse il dovere dell'amministrazione tributaria di pronunciarsi sull'istanza di autotutela si finirebbe per offrire una generalizzata "seconda possibilità" di tutela, dopo la scadenza dei termini per il ricorso contro lo stesso atto impositivo. Infatti "affermare il dovere dell'amministrazione di rispondere all'istanza di autotutela significherebbe, in altri termini, creare una nuova situazione giuridicamente protetta del contribuente, per giunta azionabile *sine die* dall'interessato, il quale potrebbe riattivare in ogni momento il circuito giurisdizionale, superando, così, il principio della definitività del provvedimento amministrativo e della correlata stabilità della regolazione del rapporto che ne costituisce oggetto".

Dunque, conclude la Consulta, sulla scia dell'autotutela amministrativa, anche la disciplina legislativa dell'annullamento tributario, opera un bilanciamento tra l'interesse pubblico alla corretta esazione dei

⁶⁸ Così la Corte Costituzionale 13 luglio 2017, n. 181, nel considerato in diritto. Sul carattere non doveroso dell'autotutela tributaria, cfr. Cass., S.U., sent. 27 marzo 2007, n. 7388 e Corte Cass., sez. V civile, sent. 9 ottobre 2000, n. 13412, che hanno osservato che non esiste un dovere dell'amministrazione di pronunciarsi sull'istanza di autotutela, e mancando tale dovere, il silenzio su di essa non equivale ad inadempimento, né d'altro canto il silenzio può essere considerato un diniego, in assenza di una norma specifica che così lo qualifichi giuridicamente.

tributi e l'interesse alla stabilità dei rapporti giuridici di diritto pubblico, che sarebbe compromesso da una scelta legislativa che imponesse all'amministrazione di pronunciarsi sull'autotutela del contribuente. Occorre tuttavia evidenziare che nella pronuncia della Corte costituzionale non si esclude che il legislatore possa comunque prevedere la doverosità della autotutela, atteso che: "il momento discrezionale del potere della pubblica amministrazione di annullare i propri provvedimenti non gode in sé di copertura costituzionale"⁶⁹. Dunque la previsione legislativa di fattispecie di annullamento d'ufficio obbligatorio risulterebbe pertanto possibile. Parimenti però non può certamente dirsi costituzionalmente illegittima una disciplina generale che escluda il dovere dell'amministrazione (nella fattispecie le Agenzie fiscali) di pronunciarsi sulle istanze di autotutela.

5. Conclusioni

L'analisi sin qui condotta consente di trarre un primo bilancio. Invero sulla base delle argomentazioni svolte sono risultate cedevoli quelle posizioni volte ad affermare che le riforme degli ultimi anni abbiano attuato una "conversione" dell'annullamento d'ufficio da potere discrezionale a potere doveroso. Ad avvalorare la tesi qui sostenuta si osserva che la giurisprudenza, anche in tempi recenti, ha "reclamato" la necessità di procedere alla ponderazione di interessi anche in quelle ipotesi di annullamento c.d. doveroso, (come l'annullamento dei titoli edilizi), nelle quali "la preminenza dell'interesse pubblico sull'interesse del privato sarebbe in *re ipsa*"⁷⁰, attesa l'esigenza di ripristinare la

⁶⁹ In tal senso, Corte Cost. sen. 22 marzo 2000, n. 75, con nota di G. Franco, *Una ipotesi di autotutela amministrativa impropria*, in *Giur. Cost.*, 2, 2000, 824, dove si afferma che: "non è fondata, con riferimento agli art. 3, 5, 24, 97 e 128 cost., la q.l.c. dell'art. 6 comma 17 l. 15 maggio 1997 n. 127 (Misure urgenti per lo snellimento dell'attività amministrativa e dei procedimenti di decisione e di controllo), nella parte in cui prevede che gli enti locali "sono tenuti ad annullare i provvedimenti di inquadramento del personale adottati in modo difforme dalle disposizioni del d.P.R. 25 giugno 1983 n. 347 e successive modificazioni ed integrazioni, e a bandire contestualmente i concorsi per la copertura dei posti resisi disponibili per effetto dell'annullamento". Infatti, per escludere la prospettata violazione degli art. 5 e 128 Cost., è sufficiente considerare che, in via di principio, il momento discrezionale del potere della p.a. di annullare i propri provvedimenti non gode in sé di una copertura costituzionale e che lo strumento dell'autotutela deve essere sempre valutato nel quadro dei principi di imparzialità, di efficienza e, soprattutto, di legalità dell'azione amministrativa, espressi dall'art. 97 cost. Quanto al preteso contrasto della disposizione impugnata con gli art. 3 e 97 cost., deve affermarsi che la previsione di un potere - dovere di annullamento dei provvedimenti che avevano disposto gli inquadramenti illegittimi, lungi dal rappresentare un elemento di distorsione della funzionalità degli uffici, si configura invece quale elemento fondante dell'azione amministrativa (in quanto corollario del principio di legalità), tra i cui fini deve intendersi compreso quello di evitare il consolidarsi di situazioni costituite *"contra legem"* (che è appunto il fine del legislatore del 1997, esplicitamente enunciato durante l'"iter" parlamentare, in coerenza con quanto affermato nella sent. n. 1 del 1996). Quanto, infine, alla dedotta violazione degli art. 3 e 24 Cost., deve negarsi "in radice" l'omogeneità di situazioni tra chi si sia giovato degli anzidetti inquadramenti illegittimi e chi abbia invece visto il proprio rapporto disciplinato da altre normative.

⁷⁰ Cons. Stato, sez. VI, 14 aprile 2015, n. 1915, in *Riv. giur. edilizia*, n. 4/2015, con nota di E. Zampetti, *Note critiche in tema di affidamento e motivazione in re ipsa nell'annullamento d'ufficio*, 730 e ss.

legalità violata⁷¹. Ciò in ragione della nuova rilevanza assunta dal decorso del tempo (oggi normativamente determinato) e dal principio di affidamento nell'esercizio dei poteri con i quali la pubblica amministrazione ritorna sulle proprie decisioni.

Non è un caso infatti che la IV sezione del Consiglio di Stato, con l'ordinanza del 19 aprile 2017, n. 1830, avesse rimesso all'Adunanza Plenaria la seguente questione: “Se, nella vigenza dell'art. 21 *nonies*, come introdotto dalla legge n. 15 del 2005, l'annullamento di un provvedimento amministrativo illegittimo, *sub specie* di concessione in sanatoria, intervenuta ad una distanza temporale considerevole dal provvedimento annullato, debba o meno essere motivata in ordine alla sussistenza di un interesse pubblico valutato in concreto in correlazione ai contrapposti interessi dei privati destinatari del provvedimento ampliativo e agli eventuali interessi dei controinteressati, indipendentemente dalla circostanza che il comportamento dei privati possa aver determinato o reso possibile il provvedimento illegittimo, anche in considerazione della valenza - sia pure solo a fini interpretativi - della ulteriore novella apportata al citato articolo, la quale appare richiedere tale valutazione comparativa anche per il provvedimento emesso nel termine di diciotto mesi, individuato come ragionevole e appare consentire un legittimo provvedimento di annullamento successivo solo nel caso di false rappresentazioni accertate con sentenza penale passata in giudicato”⁷².

Come si è dato conto in precedenza, l'Adunanza Plenaria n. 8/2017, pronunciandosi sulla questione sottoposta con l'ordinanza n. 1830 – dopo aver ritenuto applicabile ai casi di ritiro di titoli edilizi in sanatoria illegittimamente rilasciati le generali categorie in tema di annullamento d'ufficio – ha affermato l'onere per l'amministrazione di puntualmente motivare circa la sussistenza di un interesse pubblico, concreto e attuale alla rimozione dell'atto, tenendo conto dell'interesse del destinatario al mantenimento dei relativi effetti⁷³.

⁷¹ Sul punto cfr. Cons. Stato, sez. VI, 10 gennaio 2017, n. 341. La pronuncia sposa quell'orientamento espresso in precedenza dal Cons. Stato, sez. IV, 15 febbraio 2013, 915 e Cons. Stato, sez. IV, 29 gennaio 2016, 351, secondo cui l'annullamento d'ufficio di un titolo edilizio deve conformarsi a tutti i requisiti di cui all'art. 21 *nonies*, tutte reperibili in giustizia-amministrativa.it

⁷² Non può passare inosservato il fatto che poco tempo prima un'altra ordinanza collegiale la n. 1337 del 2017, aveva chiesto all'Adunanza Plenaria di chiarire la seguente questione: “Se l'ordinanza di demolizione di un immobile abusivo (nella specie, trasferito *mortis causa*) debba essere congruamente motivata sulla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale al ripristino della legalità violata quando, il provvedimento sanzionatorio intervenga a una distanza temporale straordinariamente lunga dalla commissione dell'abuso e il trasferimento non denoti intenti elusivi del provvedimento sanzionatorio”. Pur nella diversità delle fattispecie descritte: l'una concernente l'adozione di un provvedimento sanzionatorio, l'altra l'annullamento di una concessione in sanatoria, il medesimo *leit motiv* accomuna le due pronunce e cioè la necessità di motivare un provvedimento intervenuto dopo il decorso di un notevole lasso di tempo.

⁷³ Sul punto appare eloquente quanto sostenuto nel punto 9.3 del considerato in diritto da parte dell'Adunanza Plenaria n. 8: “Si osserva poi che il riconoscimento di un interesse pubblico al ripristino della legalità violata (la cui sussistenza è di intuitiva evidenza anche a notevole distanza di tempo dall'originaria adozione dell'atto) non sta necessariamente a significare che tale interesse sia l'unico fattore idoneo a orientare le scelte discrezionali



L'obbligo di motivazione “risulterà tuttavia attenuato in ragione della rilevanza e auto - evidenza degli interessi pubblici tutelati (al punto che, nelle ipotesi di maggior rilievo esso potrà essere soddisfatto attraverso il richiamo alle pertinenti circostanze in fatto e il rinvio alle disposizioni di tutela che risultano in concreto violate, che normalmente possano integrare, ove necessario le ragioni di interesse pubblico che depongono nel senso dell'esercizio dello *jus poenitendi*)”⁷⁴. Sull'affidamento, secondo l'Adunanza Plenaria richiamata, va poi nettamente a incidere la prospettazione non veritiera del privato delle circostanze di fatto e di diritto assunte a fondamento dell'atto illegittimo, ma a lui favorevole, tanto da ritenersi bastevole, ai fini motivazionali, il documentato richiamo alla dichiarazione non corrispondente al vero della parte.

In sostanza la sentenza conferma da un lato la rilevanza della motivazione (e dunque della ponderazione di interessi) nell'ipotesi di autotutela in edilizia, ma dall'altro effettua una sorta di gradazione “discendente” del contenuto dell'onere motivazionale che subisce un primo affievolimento in ragione della “auto - evidenza” degli interessi pubblici che si mirano a tutelare con il ritiro del provvedimento ed un'ulteriore e più stringente attenuazione, attraverso il mero rinvio al documento contenente la dichiarazione mendace.

La centralità del principio dell'affidamento si rinviene inoltre anche nella successiva pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 9/2017⁷⁵, la quale, pur escludendo che la fattispecie sottoposta al suo esame sia riconducibile nell'alveo dell'autotutela decisoria (trattandosi della diversa ipotesi in cui l'opera sia stata realizzata in assenza di qualsivoglia titolo edilizio e la P.A. irroghi una ingiunzione di demolizione dopo molti anni) ha, comunque, ribadito, *incidenter tantum* che: “nel caso di ritiro tardivo in autotutela di un atto amministrativo illegittimo, ma favorevole al proprietario, si radica comunque un affidamento in capo al privato beneficiario dall'atto in questione e ciò giustifica una scelta normativa (quale quella trasfusa nell'art. 21 *nomies* della legge n. 241 del 1990) volta a rafforzare l'onere motivazionale gravante in capo all'amministrazione”⁷⁶.

La recente pronuncia della Corte Costituzionale n. 181/2017, poi, pur avendo ad oggetto l'autotutela tributaria, rappresenta un momento di sintesi sia degli orientamenti della Corte di Cassazione sulla natura discrezionale dell'annullamento d'ufficio degli atti dell'amministrazione finanziaria, sia del

dell'amministrazione in caso di risalenti violazioni in materia urbanistica, sì da esonerare in radice l'amministrazione da qualunque motivata valutazione in ordine ad ulteriori fattori e circostanze rilevanti”.

⁷⁴ In tal senso si esprime l'Ad. Plen. n. 8/2017 al punto 13, *ii*), del considerato in diritto.

⁷⁵ L' Ad. Plen. 17 ottobre 2017, n. 9 si è pronunciata sulla seguente questione a lei rimessa dal Cons. Stato con ordinanza collegiale n. 1337 del 2017: “se l'ordinanza di demolizione di immobile abusivo (nella specie, trasferimento *mortis causa*) debba essere congruamente motivata sulla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale al ripristino della legalità violata quando il provvedimento sanzionatorio intervenga a una distanza temporale straordinariamente lunga dalla commissione dell'abuso, il titolare attuale non sia responsabile dell'abuso e il trasferimento non denoti intenti elusivi del provvedimento sanzionatorio”.

⁷⁶ Ad. Plen. Cons. Stato, 17 ottobre 2017, n. 9, punto 4, del considerato in diritto.



giudice amministrativo sulla inesistenza di un obbligo di provvedere della pubblica amministrazione a fronte di un'istanza del privato volta ad ottenere l'annullamento d'ufficio di un precedente provvedimento amministrativo.

Si potrebbe allora concludere che allo stato dell'arte l'annullamento d'ufficio abbia raggiunto un punto di equilibrio che vede da una parte la riaffermazione del principio di autorità (laddove si nega l'esistenza di un obbligo di provvedere a fronte di una richiesta di agire in autotutela), dall'altra la consacrazione del principio dell'affidamento (attraverso la via della ponderazione di interessi), considerato “posizione giuridica fondamentale” e nuovo paradigma dei rapporti tra privato e pubblica amministrazione⁷⁷.

⁷⁷ Cons. Stato, Comm. spec., parere 30 marzo 2016, n. 839, sullo schema di decreto legislativo recante “Attuazione della delega di cui all’art. 5 delle legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di segnalazione certificata di inizio di attività” (c.d. Scia 1), punto 8.1. Sul punto cfr. N. PAOLOANTONIO, *La segnalazione certificata di inizio di attività*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., p. 929, il quale sottolinea che: “la nuova formulazione dell’art. 21 *nonies*, che fissa in diciotto mesi il termine “ragionevole” per intervenire in autotutela, ossia per l’eventuale esercizio dei poteri conformativi o inibitori indicati al 3° comma, è un termine massimo, decorso il quale si assiste ad una vera e proprie estinzione del potere”.