



Rivista di diritto amministrativo

Publicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Direzione scientifica

Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei

Direttore Responsabile

Marco Cardilli

Coordinamento Editoriale

Luigi Ferrara, Giuseppe Egidio Iacovino,
Carlo Rizzo, Francesco Rota, Valerio Sarcone

FASCICOLO N. 7-8/2018

estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Salvatore Bonfiglio, Gianfranco D'Alessio, Gianluca Gardini, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Angelo Piazza, Alessandra Pioggia, Antonio Uricchio, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Annamaria Angiuli, Helene Puliat, J. Sánchez-Mesa Martínez, Andry Matilla Correa.

Comitato dei referee

Gaetano Caputi, Marilena Rispoli, Luca Perfetti, Giuseppe Bettoni, Pier Paolo Forte, Ruggiero di Pace, Enrico Carloni, Stefano Gattamelata, Simonetta Pasqua, Guido Clemente di San Luca, Francesco Cardarelli, Anna Corrado, Fabrizio Cerioni, Gaetano Natullo, Paola Saracini, Mario Cerbone, Margherita Interlandi, Bruno Mercurio, Giuseppe Doria, Salvatore Villani.

Comitato editoriale

Laura Albano, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Sergio Contessa, Ambrogio De Siano, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Laura Letizia, Massimo Pellingra, Marcin Princ, Stenio Salzano, Francesco Soluri, Giuliano Taglianetti, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano.

Lo ius poenitendi e il rapporto con la tutela dell'affidamento

di Maurizio Asprone e Giuseppina Greco

Professore Straordinario presso l'Università degli Studi Guglielmo Marconi

Abstract

The topics covered by this work have been identified in consideration of the wide range of cases in which they are applied and because of the peculiarity of their discipline which has also required numerous interventions by the Jurisprudence, not only of legitimacy.

The legislator of 2005 - in dictating a generalized positive discipline of the institutes of revocation and of the cancellation of office - was concerned, among other things, to provide an adequate response to the requests for protection of the custody of the private individual interested in the conservation of administrative act. This has resulted, on the regulatory level, in the provision of limits to the exercise of review power with a demolition effect, to be identified within the reasonable time limit with regard to the cancellation of office and the obligation of compensation with regard to revocation.

I temi oggetto del presente lavoro sono stati individuati in considerazione dell'ampia casistica di casi in cui trovano applicazione pratica e per la peculiarità della loro disciplina che ha richiesto anche numerosi interventi da parte della Giurisprudenza anche e non solo di legittimità.

Il legislatore del 2005 – nel dettare una disciplina positiva generalizzata degli istituti della revoca e dell'annullamento d'ufficio – si è preoccupato, tra le altre cose, di fornire una risposta adeguata alle istanze di tutela dell'affidamento del privato interessato alla conservazione dell'atto amministrativo. Ciò si è tradotto, sul piano normativo, nella previsione di limiti all'esercizio del potere di riesame con effetto demolitorio, da individuarsi nel termine ragionevole¹ per quanto concerne l'annullamento d'ufficio e nell'obbligo di indennizzo relativamente alla revoca.

Dunque, se in caso di provvedimento illegittimo l'affidamento posto dal privato con riguardo alla sua perdurante vigenza è idoneo ad impedire l'annullamento dell'atto in questione, qualora sia trascorso un lasso di tempo tale da determinare il consolidamento di detta posizione di vantaggio, altrettanto non può dirsi per i provvedimenti revocandi, nel qual caso il rispetto del principio di affidamento è assicurato dalla corresponsione di un ristoro patrimoniale, sulla cui quantificazione senz'altro inciderà l'eventuale tardività dell'atto di ritiro, senza per questo compromettere la piena legittimità del medesimo. In merito a tale scelta del legislatore si è espressa attenta dottrina, la quale ha acutamente rilevato come: *«nell'esercizio del potere di annullamento la tutela dell'affidamento assume un ruolo, quantomeno astrattamente, più pregnante rispetto a quello assunto quando venga in rilievo il potere di revoca, essendo in quest'ultima ipotesi il potere del privato sempre recessivo a fronte dell'affermazione di un interesse pubblico al ritiro del provvedimento. Pertanto, mentre il provvedimento di annullamento adottato oltre il termine ragionevole (cioè oltre il termine massimo che possa giustificare il sacrificio dell'affidamento del privato) è viziato ed annullabile per eccesso di potere, la revoca adottata quando già possa dirsi consolidato l'interesse del destinatario del provvedimento non è illegittima, purché dell'affidamento ingenerato si tenga conto in sede di quantificazione dell'indennizzo²»*.

In sostanza, il tempo trascorso non costituisce, a norma dell'art. 21-*quinquies*, elemento ostativo della rimozione dal mondo giuridico di un provvedimento amministrativo, il che ha dato luogo a questioni di non poco conto proprio relativamente al difficile rapporto tra il generale potere di riesame (per i profili qui esaminati) ed il principio di certezza del diritto, a maggior ragione allorché la revoca venga adottata in virtù di un mero ripensamento da parte della P.A. circa l'interesse pubblico originariamente alla base dell'atto revocando.

Non va in ogni caso sottaciuto il fatto che, in concreto, l'amministrazione non potrà fare a meno di valutare l'eventuale consolidamento di interessi privati nel momento in cui andrà a

¹ Circa la ragionevolezza del termine la giurisprudenza amministrativa di merito e del Consiglio di Stato ha sempre precisato la necessità di una valutazione in concreto sul punto, che tenesse nel debito conto il grado di complessità degli interessi coinvolti nella vicenda; v. Tar Puglia, Bari, Sez. III, 13/1/2012 n. 184 e Cons. St. Sez. VI, 27/2/2012 n. 1081, secondo cui in particolare: *«la vigente disciplina in tema di annullamento d'ufficio di un provvedimento amministrativo (art. 21-nonies l. 7 agosto 1990, n. 241) non fissa un termine ultimo oltre il quale l'esercizio dell'attività di autotutela è illegittima, riconducendo la valutazione in concreto in ordine alla tempistica della vicenda al parametro di valutazione della ragionevolezza del termine»*.

² R.GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Roma, 2013, p. 1256.

compiere quella fondamentale opera di bilanciamento tra interessi contrapposti che rappresenta l'indefettibile presupposto di ogni atto discrezionale, da condurre mediante l'accorto utilizzo degli essenziali criteri di ragionevolezza e proporzionalità, di cui è necessario dare contezza nella motivazione. Pertanto, il tempo trascorso è destinato inevitabilmente ad incidere su tale valutazione comparativa, avendo il legislatore riservato alla P.A. la facoltà di scegliere se adottare il provvedimento di revoca, «*facendo rifluire sull'indennizzo le valutazioni relative all'affidamento "tradito"*», o invece «*ritenere il consolidamento dell'interesse privato prevalente rispetto all'interesse pubblico e desistere dall'intento di revocare il provvedimento*»³.

In merito alla sussistenza dei suddetti requisiti di ragionevolezza e proporzionalità, si è recentemente espresso il Consiglio di Stato, chiarendo che – qualora l'azione amministrativa debba svolgersi mediante ponderazione di esigenze contrapposte – il principio di proporzionalità, di derivazione europea, impone l'adozione di un provvedimento «*non eccedente quanto è opportuno e necessario per conseguire lo scopo prefissato*»⁴, in un'ottica di reperimento della soluzione che comporti il minor sacrificio possibile dei diversi interessi in gioco, in tal modo identificandosi quale «*elemento sintomatico della correttezza dell'esercizio del potere discrezionale in relazione all'effettivo bilanciamento degli interessi*»⁵. Si afferma, parallelamente, che il canone della ragionevolezza, in cui convergono altri principi generali dell'azione amministrativa (imparzialità, uguaglianza, buon andamento), implica un dovere di «*razionalità operativa al fine di evitare decisioni arbitrarie od irrazionali*»⁶, così vincolando l'amministrazione sotto il profilo della logicità intrinseca dei propri atti, necessariamente aderenti e coerenti rispetto alle risultanze di fatto dell'istruttoria procedimentale. Per tale via, occorre far prevalere la sostanza sulla forma, in special modo qualora si sia in presenza di posizioni soggettive che «*abbiano assunto una consistenza tale da ingenerare un legittimo affidamento circa la loro regolarità*»⁷.

Occorre a questo punto interrogarsi sull'essenza della tutela dell'affidamento, necessitata in base ad un principio non codificato nel sistema italiano di diritto positivo, ma sulla cui immanenza nell'ambito del medesimo nessuno potrebbe seriamente dubitare⁸. Sul punto ha a lungo indagato la dottrina (non solo amministrativistica), la quale è giunta ad esiti spesse volte critici in merito al rapporto che nella prassi viene ad instaurarsi tra affidamento ed esercizio del pubblico potere, in special modo qualora quest'ultimo segua gli schemi dell'autotutela.

Merita preliminarmente osservare che il principio di cui trattasi si compone fondamentalmente di tre elementi: quello oggettivo, quello soggettivo e quello cronologico⁹. Muovendo da una definizione di massima, può sostenersi che la tutela dell'affidamento «*ragionevole*» rappresenta un vincolo per l'amministrazione, poiché le impone di «*tenere nel*

³ R.GAROFOLI, G. FERRARI, *op. cit.*, p. 1256.

⁴ Cons. St. Sez. IV, 26/2/2015 n. 964.

⁵ Cons. St. Sez. IV, 26/2/2015 n. 964.

⁶ V. nota n. 5.

⁷ V. nota n. 5.

⁸ Peraltro, costituisce orientamento costante della Corte di Giustizia quello secondo cui: «*il principio di tutela dell'affidamento fa parte del diritto comunitario*» (cfr. sent. 3/5/1978, C-112/1977).

⁹ Esplicitamente identificati da Corte Giust., 15/12/2005, C-148/2004.

debito conto l'interesse alla conservazione di un vantaggio/bene/utilità conseguito in buona fede dal privato grazie ad un previo chiaro atto della pubblica amministrazione all'uopo diretto; e tanto specie se detto vantaggio si sia consolidato per effetto del decorso di un significativo lasso temporale¹⁰. Ciò detto, va ulteriormente precisato che il profilo oggettivo sopra menzionato, idoneo a rendere ragionevole e quindi tutelabile l'aspettativa del privato, implica l'esistenza di un atto amministrativo espresso ed efficace il quale attribuisca al proprio destinatario in maniera chiara ed univoca un bene della vita, risultando a tal fine insufficiente un atto meramente endoprocedimentale privo del carattere di definitività¹¹. Quanto all'elemento soggettivo, esso qualifica come legittimo l'affidamento, qualora risulti la buona fede del soggetto interessato, il quale deve aver agito in assenza di dolo (sussistente, ad esempio, nel caso in cui il beneficio sia stato ottenuto mediante dichiarazioni false o reticenti) ovvero in assenza di un apprezzabile condizione di colpa, da valutare in relazione non alla natura, bensì alla misura del vizio; si tratta, cioè, in quest'ultimo caso, di un criterio di tipo quantitativo e non qualitativo, che impone di tenere conto della rilevante possibilità in capo al privato di conoscere i motivi di illegittimità o inopportunità del provvedimento di primo grado (indice sostanzialmente recepito dal legislatore con l'introduzione del comma 1-bis nell'art. 21-quinquies, L. 241/1990). Venendo, in ultima istanza, al profilo cronologico, esso appare come il solo, tra quelli menzionati, in grado di dotare della necessaria stabilità una posizione di vantaggio giuridicamente rilevante, ma che altrimenti non può dirsi consolidata in favore del suo titolare. Proprio il dato temporale, a ben vedere, «distingue l'affidamento dal principio di certezza del diritto, di cui è, au fond, un corollario condito dalla salsa del tempo¹²». La contestuale sussistenza dei tre requisiti di cui sopra rende pieno l'affidamento, il quale così diviene idoneo ad interagire col pubblico potere, talvolta limitandolo, se non addirittura erodendolo; ciò a maggior ragione in applicazione dei principi comunitari, che ormai

¹⁰ Così F. CARINGELLA, *Affidamento e Autotutela: La strana coppia*, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹¹ La tematica è di stretta attualità e si manifesta in tutta la sua rilevanza nel campo degli appalti, spesso e volentieri banco di prova fondamentale degli istituti maggiormente problematici del diritto amministrativo. In particolare, la dottrina rileva la forte tensione tra principio dell'affidamento, nel senso sopra precisato, e revoca dell'aggiudicazione provvisoria. Sul punto, si veda S. MENTO, *Revoca dell'aggiudicazione provvisoria e tutela dell'affidamento*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 7, Milano, 2008, pp. 741 e ss., ove si legge che «se il confine tra potere di autotutela dell'Amministrazione e interesse dei privati a non veder sacrificate ingiustamente le loro legittime aspettative è notoriamente labile, ancora più problematica è la situazione che si determina, in materia di contratti pubblici, qualora l'esercizio di tale potere sia posto in essere nei confronti di un'aggiudicazione provvisoria, la quale assume il carattere, secondo la giurisprudenza prevalente, di atto "endoprocedimentale", "ad effetti instabili", ovvero, di atto "preparatorio"». Pertanto, in tale situazione non si ritiene che il privato sia titolare di una posizione qualificata, ma di una mera aspettativa di fatto «in quanto la manifestazione di volontà dell'amministrazione si cristallizzerebbe solamente con l'aggiudicazione definitiva, che, come noto, è l'atto conclusivo del procedimento di gara». In giurisprudenza, cfr. Cons. St. Sez. III, 11/7/2012 n. 4116, nonché da ultimo Cons. St. Sez. III, 28/2/2014 n. 942, secondo cui: «nelle gare di appalto, l'aggiudicazione provvisoria è atto endoprocedimentale che determina una scelta non ancora definitiva del soggetto aggiudicatario della gara; la possibilità che ad un'aggiudicazione provvisoria non segua quella definitiva è un evento del tutto fisiologico, disciplinato dagli artt. 11, comma 11, 12 e 48, comma 2, del D.Lgs. 163/2006, inidoneo di per sé a ingenerare qualunque affidamento tutelabile e obbligo risarcitorio, qualora non sussista nessuna illegittimità nell'operato dell'amministrazione, a prescindere dall'inserimento nel bando di apposita clausola che preveda l'eventualità di non dare luogo alla gara o di revocarla».

¹² F. CARINGELLA, *Affidamento e Autotutela: La strana coppia*, cit.

costituiscono parte integrante dell'ordinamento giuridico nazionale, anche (ma non solo) in virtù dell'espresso richiamo contenuto nell'art. 1, comma 1, della L. 241/1990.

Le suesposte istanze di tutela richiedono una breve analisi in merito al fondamento di quella specie di provvedimento di secondo grado che va sotto il nome di revoca per *iuspoenitendi*, vale a dire giustificata da una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario. È di tutta evidenza, invero, l'assoluta discrezionalità di cui gode in questo caso la P.A. nell'esercizio del potere di riesame, potendo liberamente (ma non arbitrariamente, pena l'illegittimità della revoca, potenzialmente oggetto di sindacato giurisdizionale) interrompere un rapporto giuridico nel corso del suo svolgimento in base ad un mero ripensamento. Di qui i numerosi dubbi sollevati in dottrina¹³ circa la compatibilità del potere in esame con i fondamentali principi di certezza del diritto, di stabilità degli atti (*rectius*: rapporti) amministrativi, di ragionevolezza e proporzionalità (per eccesso di soggettivismo), di leale collaborazione tra P.A. e privati, nonché, come già rilevato, di affidamento incolpevole, secondo il canone della buona fede oggettiva. Il tutto aggravato dall'assenza di argini legislativamente previsti (quali esemplificativamente il termine ragionevole di cui all'art. 21-*nonies*) nel senso di limitare in qualche maniera l'ampiezza di tale potere, non apparendo sufficiente a tal riguardo l'obbligo di motivazione e la eventuale corresponsione di un indennizzo, peraltro parametrato (come si vedrà meglio *infra*) al solo danno emergente.

In maniera penetrante, si evidenzia che il legislatore, nell'accogliere una nozione ampia di revoca, ha deliberatamente omesso di recepire gli insegnamenti dottrinari e giurisprudenziali, ricomprendendo nel relativo alveo anche la revoca per *iuspoenitendi* che molteplici dubbi aveva sollevato in passato e continua a sollevare tutt'ora, in un'ottica di rispettosa applicazione dei principi – sopra visti – che concorrono a disciplinare l'esercizio della funzione amministrativa in senso sostanziale¹⁴. Quest'ultima, poi, rischia di subire un evidente *vulnus* in termini di eccessiva aleatorietà nel relativo esercizio qualora si ritenga *sic et simpliciter* l'interesse privato *ipso iure* recessivo rispetto alla volontà soggettiva dell'organo che ha emanato l'atto di ritiro, in quanto tale del tutto svincolato da dati oggettivamente percepibili ed esterni alla sfera di discrezionalità dell'amministrazione revocante. Ciò che appare ancor più incoerente – agli occhi della citata dottrina– è la mancata previsione di un limite all'esercizio del potere di revoca per *iuspoenitendi* quale il "termine ragionevole" di cui all'art. 21-*nonies*, rappresentante elemento ostativo all'annullamento di provvedimenti colpiti da vizi di legittimità ben più significativi rispetto alla mera inopportunità (peraltro in assenza di qualsivoglia fattore sopravvenuto).

Altra parte della dottrina, poi, rinviene la giustificazione di fondo del potere di revoca per ripensamento, esercitabile sostanzialmente *sine die*, nella necessità che la P.A. persegua sempre e comunque in modo ottimale l'interesse pubblico, esigenza la quale: «rende inconfidente la circostanza che la necessità della revoca sorga per fatto sopravvenuto o per inopportunità originaria ma emersa o semplicemente valutata successivamente. La previsione di un

¹³ Cfr. in tal senso G.CATALDO SALERNO, *La revoca dei provvedimenti amministrativi ed i principi della funzione*, Torino, 2014, pp. 80 e ss..

¹⁴ In termini si esprime G.CATALDO SALERNO, *op. cit.*, p. 82.

termine per la revoca iuspoenitendi infatti avrebbe avuto come effetto quello di incidere negativamente sulla cura dell'interesse pubblico¹⁵».

Tali argomentazioni, tuttavia, non appaiono del tutto convincenti, né tantomeno decisive. Basti considerare, come fanno alcuni Autori¹⁶, che generalmente si esclude che la migliore cura dell'interesse pubblico possa risultare compromessa a causa della delimitazione cronologica del potere di annullamento d'ufficio ed anzi la previsione di un termine, peraltro ragionevole e dunque non rigidamente prefissato in astratto dal legislatore, è stata salutata con il massimo favore dalla dottrina e giurisprudenza maggioritarie, così rendendo di non agevole comprensione il motivo per il quale se ne ravvisa l'utilità nel caso di rimozione di provvedimenti addirittura *contra legem*, per poi giustificare l'assenza in presenza di un puro e semplice ripensamento da parte della P.A..

Si rileva, altresì, in merito alla generale possibilità da parte di una pubblica Autorità di incidere negativamente su rapporti già in essere, che la giurisprudenza costituzionale¹⁷ è unanime nell'affermare che neanche al legislatore è consentita la lesione delle legittime aspettative maturate dai soggetti interessati circa la conservazione di una determinata posizione giuridica di vantaggio (ad esempio un trattamento previdenziale), qualora non sussista una inderogabile esigenza in tal senso. Detta condizione si verifica, per lo più, in presenza di sopravvenienze di natura fattuale ovvero giuridica, e in ogni caso mal si concilia con l'esercizio assolutamente discrezionale del pubblico potere, sia che si tratti del potere di legiferare che – a maggior ragione – del potere di amministrare. Di qui, a parere dell'Autore, la «*irrimediabile lesione del legittimo affidamento riposto dai destinatari del provvedimento di revoca¹⁸»*, in contrasto sia con il diritto comunitario (v. nota 25) che con il principio costituzionale di buon andamento, imparzialità e trasparenza dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.), trattandosi di una implicita «*condizione risolutiva meramente potestativa¹⁹»*, in quanto esercitabile nel corso dello svolgimento del rapporto di durata tra amministrazione ed amministrato, in assenza di un qualsivoglia parametro esterno oggettivamente apprezzabile.

In definitiva, la disciplina legislativa della revoca per *iuspoenitendi* – quale risultante dalla formulazione precedente la riforma del 2014 – non sarebbe idonea a soddisfare quel parametro forte, costituito dal canone di proporzionalità, alla stregua del quale va valutata la legittimità dell'operato della P.A.²⁰;invero, l'introduzione di una considerevole disparità di

¹⁵ G.LA ROSA, *La revoca del provvedimento amministrativo*, Milano, 2013, p. 118.

¹⁶ G.CATALDO SALERNO, *op. cit.*, p. 84.

¹⁷ V., *ex plurimis*, Corte cost., 24/7/2009, n. 236, ove è sancito solennemente che «*il principio del legittimo affidamento nella sicurezza giuridica costituisce elemento fondamentale dello Stato di diritto e non può essere lesa da disposizioni retroattive, che trasmodino in regolamento irrazionale di situazioni sostanziali fondate su leggi anteriori*».

¹⁸ G.CATALDO SALERNO, *op. cit.*, p. 88.

¹⁹ G.CATALDO SALERNO, *op. cit.*, p. 89.

²⁰ Va in ogni caso tenuto presente, al di là delle pur valide elaborazioni dottrinali, che la giurisprudenza è costantemente orientata nel senso della piena compatibilità del potere di revoca per *iuspoenitendi* con i principi di certezza del diritto e di legittimo affidamento, purché si vagli con particolare accortezza il carattere «*non irragionevole*» dell'atto di ritiro. Cfr., *ex plurimis*, Cons. St. Sez. VI, 14/1/2009 n. 136, ove si legge che «*legittimamente la pubblica amministrazione può esercitare lo "iuspoenitendi", se il ricorso all'autotutela trova il suo fondamento in un errore iniziale, ovvero nel mutato apprezzamento di presupposti di fatto, o, addirittura,*

trattamento nell'ambito della dimensione relazionale dell'attività amministrativa, rischia di vanificare quel modello dialogico e partecipativo di esercizio del pubblico potere, che aveva rappresentato la *ratio* istitutiva della Legge sul procedimento.

Nel contesto descritto, si inserisce la recente riforma del 2014 (L. n. 164), la cui *ratio* è sostanzialmente quella di fornire al privato strumenti di tutela ulteriori a fronte di arbitrari ripensamenti dell'amministrazione, impedendo in tal modo quell'esercizio assolutamente discrezionale del potere di autotutela (con riguardo al quale si registrano posizioni decisamente critiche della dottrina, per come appena visto), in quanto tale incompatibile con i fondamentali principi di certezza e stabilità dei rapporti giuridici, di ragionevolezza dell'azione amministrativa, nonché con le istanze di tutela dell'incolpevole affidamento riposto dal privato in ordine alla perdurante validità ed efficacia dei provvedimenti a sé favorevoli. La disposizione di cui all'art. 21-*quinquies*, nella sua attuale formulazione (ferma restando la precedente disciplina della revoca per sopravvenuti motivi di pubblico interesse), prevede che in caso di mutamento della situazione di fatto, quest'ultima debba essere risultata non prevedibile al momento dell'emanazione dell'atto, in tal modo responsabilizzando in misura significativa la P.A., la quale sarà tenuta a motivare con particolare accortezza in merito alla conduzione di un'approfondita istruttoria procedimentale.

Per quanto riguarda, inoltre, la revoca per "*ius poenitendi*", in tale ipotesi si avverte la portata fortemente innovativa della novella del 2014, la quale ne preclude l'esercizio relativamente ai provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici. È evidente come la *ratio* della limitazione in discorso sia quella di fornire una più adeguata tutela dell'affidamento incolpevole del privato, ponendolo a riparo da eventuali arbitrii; questi ultimi, infatti, sono suscettibili di recare nocimento non soltanto agli interessi individuali meritevoli di tutela, ma anche al corretto esercizio della funzione amministrativa, in quanto non rispondenti ai canoni costituzionali di buona amministrazione, come più volte evidenziato dalla dottrina sopra citata.

Quanto fin qui sostenuto non è privo di riflessi a livello pratico, soprattutto laddove si tenga conto delle notevoli difficoltà mostrate della giurisprudenza amministrativa nel senso di distinguere, sul piano concreto, tra annullamento d'ufficio e revoca; si è già evidenziato come, prima della codificazione del 2005, i giudici fossero soliti utilizzare la generica espressione "potere di riesame", senza porsi particolari problemi in merito alla esatta qualificazione giuridica dei provvedimenti di secondo grado. Un simile atteggiamento, allora giustificato dall'assenza di una positiva regolamentazione nella materia, sarebbe oggi precluso dalle notevoli differenze riscontrabili nella rispettiva disciplina applicabile, il che fa apprezzare positivamente i notevoli sforzi profusi dal Consiglio di Stato nella decisione in commento, in special modo alla luce delle osservazioni che precedono. Infatti, il bilanciamento tra interesse pubblico alla rimozione dell'atto e interesse privato alla relativa conservazione non può non tenere conto del grado di consolidamento del legittimo affidamento maturato dal privato in buona fede, senza contestualmente trascurare l'effettiva consistenza del vizio inficiante il provvedimento di primo grado, nonché dovendosi

nel mutato convincimento circa l'interesse pubblico sotteso al provvedimento "ab origine" adottato.[...]L'unico limite ad esercitare lo "ius poenitendi" consiste nella non irragionevolezza dell'esercizio del potere stesso».

considerare tutti i profili problematici sopra illustrati. Così, tale valutazione comparativa risulterà meno complessa in presenza di vizi di legittimità, mentre particolare attenzione dovrà essere riservata all'attività di ritiro per mera inopportunità, in special modo nell'ipotesi – piuttosto controversa, per come visto – di revoca per *ius poenitendi*.