

# Il silenzio assenso della p.a. e il problema della tutela dell'affidamento del privato

di Jacopo Vavalli

SOMMARIO: 1. Una breve premessa: il perimetro di indagine del presente studio. – 2. Il silenzio assenso della pubblica amministrazione, tra obbligo e onere di provvedere. Una definizione del quadro teorico di riferimento. – 3. I limiti del potere di annullamento in autotutela dell'assenso maturato per *silentium*. La possibile emersione dell'affidamento del privato. – 4. Il problema della tutela dell'affidamento nell'ambito dell'esercizio del potere di autotutela della p.a. in ordine agli effetti dell'assenso ottenuto per *silentium* dal privato.

## 1. *Una breve premessa: il perimetro di indagine del presente studio*

Il presente studio intende affrontare la questione problematica riguardante la sussistenza, o meno, di un affidamento giuridicamente tutelabile in capo al privato a seguito della definizione del procedimento amministrativo mediante silenzio assenso. Lo studio, dunque, impone l'esame di due temi rilevanti per il diritto amministrativo, soprattutto se si volge lo sguardo alle sue espressioni più recenti: quello del silenzio assenso e quello dell'affidamento del privato. All'esame di tali temi si pone l'esigenza di aggiungere quello del potere di autotutela dell'amministrazione, nella sua precisa declinazione che riguarda il ritiro dell'esito favorevole, ma implicito, del procedimento amministrativo.

Per procedere in maniera ordinata, occorre partire con l'inquadramento teorico del fenomeno del silenzio assenso, per poi esaminare gli effetti che è in grado di determinare sulla sfera giuridica del privato la conclusione del procedimento amministrativo in assenza di un provvedimento esplicito. Alla luce di tale esame, sarà possibile porre attenzione al problema dell'esercizio del potere di autotutela al fine di rimuovere gli effetti dell'assenso maturato dal privato per *silentium*.

L'esame di tale profilo consentirà di fare luce sulla eventuale rilevanza del fenomeno dell'affidamento, consistente nella fiducia riposta dallo stesso privato sugli effetti dell'assenso alla propria istanza maturato in conseguenza dell'inerzia dell'amministrazione, e sulla sua capacità di fungere da controaltare al potere amministrativo di secondo grado, esercitato nell'ipotesi in cui l'attività amministrativa assentita si riveli basata

su presupposti illegittimi. Nel caso in cui il potere di autotutela fosse legittimamente esercitato, emerge un ulteriore profilo di interesse ai fini del presente studio, che risiede nell'individuare i margini per tutelare la sfera giuridica del privato, in virtù delle conseguenze che sono scaturite dal formarsi del silenzio assenso sulla propria istanza e dall'annullamento (degli effetti) di tale assenso in autotutela.

Posto l'ordine delle questioni critiche, occorre partire con il primo tema dell'indagine: il corretto inquadramento teorico del silenzio assenso, sulla cui base è stato costituito il quadro normativo che oggi disciplina il fenomeno.

## 2. *Il silenzio assenso della pubblica amministrazione, tra obbligo e onere di provvedere. Una definizione del quadro teorico di riferimento*

Stanislaw Jerzy Lec diceva che “[c]apita di dover tacere per essere ascoltati”<sup>1</sup>. In questo acuto e caustico pensiero si racchiude tutto il senso del silenzio assenso dell'amministrazione idoneo a definire un procedimento amministrativo: la p.a. rimane inerte, silente, appunto, eppure si esprime destando l'interesse del privato che da quell'atteggiamento inerte trae giovamento. Il silenzio, a livello semantico, nella misura in cui esprime un 'non detto', genera incertezza<sup>2</sup>.

L'incertezza, di norma, è antitetica al diritto, nella misura in cui questo esprime un (preciso e delimitabile<sup>3</sup>) dover essere. Allora, il silenzio, calato in ambito giuridico, diventa un disvalore. Cessa, però, di essere tale laddove l'ordinamento, in ossequio al fondamentale principio di legalità che vi

<sup>1</sup> S.J. LEC, *Pensieri spettinati*, Milano, 2006.

<sup>2</sup> Osserva, A. LA TORRE, *Silenzio (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLII, 1990, Milano, che “[u]na opinione abbastanza diffusa fa del silenzio un fatto puramente «negativo», in quanto non significante e privo di valore. Si ammette al più che, quando può avere un qualche significato, esso risulta generalmente ambiguo, o almeno incerto, così da richiederne la ricostruzione ad opera dell'interprete” (543).

<sup>3</sup> Osserva F. SCHAUER, *Il ragionamento giuridico. Una nuova introduzione*, ed. italiana a cura di G.B. RATTI, V. VELLUZZI, Roma, 2016, che “[i]n ambito giuridico, la distinzione tra la precisione e la vaghezza è, in gran misura, una questione relativa alla discrezionalità, alla flessibilità e ai fini tra loro opposti della prevedibilità e della giustizia del caso particolare. E la distinzione tra l'ampiezza e la limitatezza è, in gran misura, una questione relativa a quanto devono fare le corti, i legislatori e altri creatori di norme quando risolvono un caso o emanano una regola” (259).

si pone a fondamento, attribuisce al silenzio una “qualificazione legale”<sup>4</sup>, idonea a determinarne precise conseguenze giuridiche. Nell’ambito del diritto privato, è emerso il concetto di “valutazioni legali tipiche”, in base al quale l’ordinamento, mediante precise disposizioni normative, non mira a interpretare il silenzio, ma a determinarne tassativamente e inderogabilmente gli effetti<sup>5</sup>. È questo il concetto che Franco Gaetano Scoca pone a fondamento del proprio noto studio sul silenzio della pubblica amministrazione<sup>6</sup>. Grazie ad esso, il Maestro riesce a superare il problema teorico di prevedere ipotesi di silenzio giuridicamente rilevanti nell’ambito del diritto amministrativo, orientato dalla tutela di interessi predeterminati<sup>7</sup>: “[l]a tipizzazione legale interviene esattamente a precludere alla pubblica Amministrazione la concreta valutazione dell’interesse pubblico specifico che l’atto è inteso a soddisfare, e, superando la fase di formazione, considera *ex abrupto* l’atto pienamente formato ed efficace”<sup>8</sup>.

Il tema del silenzio della pubblica amministrazione rileva in diverse forme, ma qui interessa il silenzio (così detto) significativo nella sua precisa declinazione del silenzio assenso. Figura, questa, che viene in rilievo alla luce di tre connotati che la caratterizzano: il fatto di riguardare istanze del privato che mirano ad ottenere un ampliamento della propria sfera giuridica (in particolare, autorizzazioni e concessioni); il fatto che l’amministrazione non provvede su tali istanze nei termini stabiliti dalla legge; il fatto che l’effetto di tale inerzia determina l’ampliamento voluto dal privato per

<sup>4</sup> M. NIGRO, *La decisione silenziosa di rigetto del ricorso gerarchico nel sistema dei ricorsi amministrativi*, in *Foro it.*, 1963, IV, 51, che parla di “qualificazione legale del comportamento tenuto con il silenzio” (con riferimento alla fattispecie del silenzio rigetto).

<sup>5</sup> A. LA TORRE, *Silenzio (dir. priv.)*, cit., 552-553.

<sup>6</sup> F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971.

<sup>7</sup> A differenza del sistema governato dal diritto privato, che involge problematiche legate ai concetti “di autonomia privata, di negozio giuridico e di manifestazione di volontà”: F.G. SCOCA, *op. ult. cit.*, 199.

Sulla distinzione, con riferimento al rapporto con la legge, tra autonomia privata, in cui alle scelte del privato “non è imposto alcun fine da perseguire [... visto che] esse sono soggette solo a limiti d’ordine negativo, destinati ad impedire alle azioni umane di uscire dalla sfera del lecito”, e l’esercizio del potere amministrativo (discrezionale), che risiede in uno “spazio autonomo di determinazione limitato solo dall’esterno dal diritto”, si rimanda a R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 70-71 (si veda anche 865, nota 5). Sul tema si veda anche G. POLI, *Autonomia privata e discrezionalità amministrativa a confronto. La prospettiva della ragionevolezza*, in *Dir. amm.*, 2018, 4, 863 ss.

<sup>8</sup> F.G. SCOCA, *op. ult. cit.*, 200.

effetto del mero decorso del tempo<sup>9</sup>. Il silenzio assenso trova, quest'oggi, una precisa regolamentazione all'interno dell'art. 20 della legge n. 241 del 1990, il cui comma 1 stabilisce, in particolare, che “[...] nei procedimenti ad istanza di parte per il rilascio di provvedimenti amministrativi il silenzio dell'amministrazione competente equivale a provvedimento di accoglimento della domanda, senza necessità di ulteriori istanze o diffide [...]”.

Il quadro normativo prevede ulteriori disposizioni rilevanti, ma prima di indugiare su queste occorre soffermarsi sull'inquadramento teorico del fenomeno.

Sul silenzio assenso possono richiamarsi tre teorie, formulate prima della emanazione della legge sul procedimento amministrativo<sup>10</sup>, anche in virtù del venire in essere delle prime espressioni del fenomeno in ambito normativo. Emblematico, in questo senso, è il decreto legge 23 gennaio 1982, n. 9 (c.d. decreto Nicolazzi), il cui art. 8 stabiliva<sup>11</sup> che “[f]ino al 31 dicembre 1984 la domanda di concessione ad edificare per interventi di edilizia residenziale diretti alla costruzione di abitazioni od al recupero del patrimonio edilizio esistente, si intende accolta qualora entro novanta giorni dalla presentazione del progetto e della relativa domanda non sia stato comunicato il provvedimento motivato con cui viene negato il rilascio”. Proprio alla luce di tale fattispecie è stata formulata una teoria secondo cui la legittimazione allo svolgimento dell'attività prevista dalla norma in esame trova la propria fonte direttamente nella legge, di tal che il relativo regime autorizzatorio non ha carattere provvedimentale, ma è di derivazione legale<sup>12</sup>. Rispetto a tale tesi vengono evidenziate due con-

<sup>9</sup> Declina chiaramente tali caratteri N. PAOLANTONIO, *Comportamenti non provvedimentali produttivi di effetti giuridici*, in F.G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, VIII ed., Torino, 2025, 341.

<sup>10</sup> Le riporta A. TRAVI, *Silenzi-assenso e legittimazione ex lege nella disciplina delle attività private in base al D.P.R. 26 aprile 1992, n. 300*, in *Foro amm.*, 1993, 2-3, 603 ss. Ricostruisce altresì i vari indirizzi della dottrina sulla natura giuridica del silenzio assenso, in una prospettiva differente, V. BARLESE, *Silenzi-assenso tra potere di provvedere (successivamente) e potere di autotutela*, in *Riv. not.* 2011, 4, 835 ss.

<sup>11</sup> Abrogato dall'articolo 136 del d.P.R. 6 giugno 2011, n. 380.

Sul c.d. decreto Nicolazzi, si veda M.A. SANDULLI, *Il silenzi-accoglimento nella legge Nicolazzi*, in *Riv. giur. edil.*, 1982, II, 53 ss.; F.G. COCA, *Ius aedificandi e silenzi-assenso*, in AA.VV., *Atti del Convegno su Tendenze e prospettive della normativa urbanistica: le innovazioni introdotte dal decreto Nicolazzi*, Milano, 1983.

<sup>12</sup> La tesi è di A. DE ROBERTO, *Silenzi-assenso e legittimazione ex lege nella legge Nicolazzi*, in *Dir. soc.*, 1983, 163. Viene ripresa, più di recente, da A. ROMANO, *A proposito dei vigenti artt. 19 e 20 della l. 241 del 1990*, in *Dir. amm.*, 2006, 2, 497 ss.

seguenze di rilievo: il fatto che un regime di legittimazione *ex lege* determinerebbe una tutela giurisdizionale che riguarda rapporti riguardanti diritti, da coltivare dinanzi al giudice ordinario; il fatto tale modello, proiettato sugli istituti della legge n. 241 del 1990, determinerebbe una omologazione tra la disciplina relativa alla d.i.a. (oggi s.c.i.a.) di cui all'art. 19, e quella, appunto del silenzio assenso, di cui all'art. 20<sup>13</sup>.

Una seconda tesi, nell'escludere che la legittimazione allo svolgimento dell'attività del privato possa dipendere direttamente dalla legge, la riconduce allo stesso verificarsi del silenzio, quale elemento che si pone tra la legge che ne disciplina l'operatività e la fattispecie concreta<sup>14</sup>. Il fatto che la fattispecie sia prevista dalla legge (e sia, dunque, per definizione legittima), ma che comunque dipende dal formarsi del silenzio (significativo), comporta che in sede giurisdizionale possa essere verificata esclusivamente la corretta formazione della fattispecie legale, non anche la sua legittimità/illegittimità<sup>15</sup>.

La terza tesi inquadra il silenzio in termini di unico presupposto per la produzione di effetti giuridici derivanti dall'implicito assenso alla domanda del privato<sup>16</sup>. Secondo questa tesi, la legge non può determinare "la legittimità degli effetti di cui prevede la produzione"<sup>17</sup>. La conseguenza di tale impostazione è che, se da un lato il silenzio assenso è un fatto giuridi-

---

Per una attenta critica di tale linea teorica, F.G. SCOCA, M. D'ORSOGNA, *Silenzio, clamori di novità*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 3, 436, nota 73.

<sup>13</sup> A. TRAVI, *Silenzio-assenso e legittimazione ex lege nella disciplina delle attività private in base al D.P.R. 26 aprile 1992, n. 300*, cit., 603.

Per una distinzione tra le due figure, W. GIULIETTI, *Attività privata e potere amministrativo. Il modello della dichiarazione di inizio attività*, Torino, 2008, 110 ss.

<sup>14</sup> La tesi è di A.M. SANDULLI, *Il silenzio: aspetti sostanziali e processuali*, in AA.VV., *Atti del XXVIII Convegno di Varenna di scienza dell'amministrazione*, Milano, 1985, 53 ss., riportata da A. TRAVI, *Silenzio-assenso e legittimazione ex lege nella disciplina delle attività private in base al D.P.R. 26 aprile 1992, n. 300*, cit., 604.

<sup>15</sup> A. TRAVI, *op. ult. cit.*, 604.

<sup>16</sup> F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, cit. Emblematico al riguardo è quanto lo stesso autorevole Autore precisa in ID., *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 2: "il silenzio-assenso corrisponde, sul piano sostanziale, ad un consenso silenzioso e, sul piano procedimentale, ad un modo (alternativo al provvedimento formale) di conclusione del procedimento" (269).

In questa direzione, si veda anche E. FOLLIERI, *Attività liberalizzate e amministrazione di risultati*, in *Foro amm. TAR*, 2003, 333.

<sup>17</sup> F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, cit., 203.

co a cui la legge riconduce effetti legali tipici, dall'altro lato, l'amministrazione potrà sindacare, in sede di esercizio del potere di annullamento in autotutela espressamente previsto dell'art. 20 (comma 3) della legge n. 241 del 1990, la legittimità dell'assetto degli interessi a cui la condotta silenziosa della p.a. ha conferito rilievo giuridico<sup>18</sup>. Allora, seguendo questo ordine concettuale, non è escluso che gli effetti prodotti dalla fattispecie venutasi a creare in virtù dell'inerzia possano essere affetti da illegittimità, nella parte in cui gli stessi si pongono in contrasto con l'interesse pubblico (contrasto che legittima l'esercizio del potere di autotutela)<sup>19</sup>: in sede giu-

---

<sup>18</sup> F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, cit., 269. Lo stesso Autore inquadra il silenzio assenso con riferimento alle valutazioni legali tipiche in ID., *Contributo allo studio della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979, 72 ss.

Per un esame delle valutazioni legali tipiche in relazione al fenomeno del silenzio assenso, anche A. TRAVI, *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova, 1985, 92 ss.

<sup>19</sup> Precisa F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, cit., che “[o]gnuno vede come sia strana questa vicenda, in cui effetti da una norma previsti possono poi risultare viziati da illegittimità. Tutto ciò si spiega però se si considera che altro è l'interesse che il provvedimento (non intervenuto) era destinato a soddisfare e altro è l'interesse cui soddisfa la norma tipizzante. Il primo è un qualsiasi interesse specifico; il secondo è l'interesse alla rapidità del traffico giuridico. Sono ambedue interessi pubblici, ma possono, in concreto, risultare contrastanti.

In realtà il contrasto tra i due interessi è altresì superabile se si considera che mentre il secondo attiene al fatto della produzione di effetti, qualunque consistenza essi abbiano, il primo invece è in relazione appunto al loro contenuto. Le norme tipizzanti, che devono ritenersi poste a presidio delle esigenze del traffico, contrastano quindi soltanto apparentemente con quelle che determinano l'interesse pubblico, da realizzarsi in concreto, e soltanto si sovrappongono ad esse precariamente, fintantochè, non venga richiesta da qualunque interessato l'eliminazione degli effetti illegittimi e la loro sostituzione con effetti diversi, attraverso l'esperimento di una misura tendente all'annullamento del c.d. atto formatosi nell'inerzia della pubblica Amministrazione” (203-204).

Allora, “[n]on potendo, come si è visto, la tipizzazione significare legittimizzazione di effetti contrastanti con l'interesse pubblico, essa ha come sola conseguenza che la pubblica Amministrazione non interviene più nella valutazione e nella realizzazione di esso, verificandosi questa vicenda o in seguito all'inerzia, se gli effetti per essa previsti si trovano ad essere conformi all'interesse pubblico, o in seguito a reclamo di soggetti eventualmente interessati alla eliminazione degli effetti illegittimi” (207).

risdizionale saranno questi ad essere discussi, non essendo stato emanato alcun provvedimento amministrativo<sup>20</sup>.

La tesi da ultimo esposta, che inquadra il silenzio come un fatto giuridico<sup>21</sup> a cui la legge riconduce effetti legali tipici, costituisce la linea teorica dominante, opinando in senso opposto rispetto alla tesi secondo cui il silenzio assenso costituirebbe un atto amministrativo tacito o implicito<sup>22</sup>. Le due impostazioni conducono ad esiti profondamente differenti: se il silenzio viene equiparato all'atto amministrativo, ne deriva come logica conseguenza che viene meno la doverosità della funzione<sup>23</sup>, tanto più nella sua specifica declinazione della emanazione espressa del provvedimento amministrativo, che diventa pertanto facoltativa<sup>24</sup>. Tale facoltà condurrebbe anche a rendere superflua l'istruttoria, funzionale allo svolgimento del procedimento che si

---

<sup>20</sup> A. TRAVI, *Silenzio-assenso e legittimazione ex lege nella disciplina delle attività private in base al D.P.R. 26 aprile 1992, n. 300*, cit., 605.

<sup>21</sup> In questo senso, oltre a F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, cit., 205 ss., A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XV ed., Napoli, 1989; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, 337.

<sup>22</sup> Sostiene tale impostazione N. PAOLANTONIO, *Comportamenti non provvedimentali produttivi di effetti giuridici*, cit., 343.

Su tale tesi indugia A. TRAVI, *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, cit., 55 ss.

<sup>23</sup> Se ci si pone nell'ottica della funzione amministrativa come dovere, la conclusione appena esposta risulta inaccettabile. Al riguardo, si rimanda al pensiero di F. LEDDA, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Torino, 1964, il quale, nell'ambito dello studio sul rifiuto di provvedimento, precisa, con riferimento alla fattispecie del silenzio della p.a., che il dovere d'ufficio "lungi dall'esaurirsi nell'emanazione dell'atto, ricomprende tutta l'attività che precede l'atto stesso, e che giuridicamente è preordinata alla determinazione autoritativa di ciò che deve essere, secondo legge, nella situazione concreta cui il dovere si riferisce" (79).

Osserva A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e pubblica amministrazione*, Milano, 2005, che sarebbe inaccettabile scindere il nesso indissolubile che intercorre tra la norma che attribuisce il potere e il dovere di provvedere che ne consegue, perché, così facendo, si verrebbe a creare una (inaccettabile) separazione tra il potere e il perseguimento dell'interesse pubblico, da intendere come doveroso (35 ss.). Nella stessa direzione, Id., *Dovere di provvedere e silenzio-assenso della pubblica amministrazione dopo la legge 14 maggio 2005 n. 80*, in *Dir. amm.*, 2006, 1, spec. 161 ss.

Si veda anche, in questa direzione, I. GOGGIAMANI, *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino, 2005.

<sup>24</sup> G. MORBIDELLI, *Il silenzio-assenso*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, 278.

conclude con un provvedimento espresso, ma non necessaria nella logica del silenzio assenso proclive a determinare la sveltezza dei traffici giuridici<sup>25</sup>.

Sul solco del primo ordine concettuale, invece, si ritiene che non permanga in capo all'amministrazione un dovere di provvedere, ma vi sia solamente un onere di farlo, se l'interesse pubblico lo dovesse imporre<sup>26</sup>. Resterebbe intatto, invece, il dovere di svolgimento dell'attività istruttoria, necessario per valutare l'evenienza che il procedimento debba concludersi con un esito negativo<sup>27</sup>.

Tale impostazione si basa anche sulla ragione di ordine logico secondo cui, se il dovere di provvedere dovesse permanere, allora rimarrebbe anche dopo il verificarsi dell'assenso per *silentium* dell'istanza del privato, che non potrebbe assurgere a fatto preclusivo della doverosità della funzione<sup>28</sup>. Ragionando, invece, in termini di onere, non vi sarebbe alcun dovere di provvedere, tanto meno tardivamente, restando in capo alla p.a. il potere di intervenire in autotutela per eventualmente annullare gli effetti scaturiti dal comportamento inerte dell'amministrazione<sup>29</sup>. A tale assunto è stato obiettato che il fenomeno del silenzio assenso non è in grado di trasformare il dovere di provvedere dell'amministrazione in un onere, visto che l'istituto nasce per porre "rimedio a una situazione patologica dell'azione amministrativa"<sup>30</sup>. Si tratta della tesi che attribuisce al silenzio assenso carattere rimediale<sup>31</sup>, quale strumento che non consente di pre-

<sup>25</sup> G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 1998, 1345 ss.

<sup>26</sup> F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, cit., 192 ss.; ID., *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, cit., 270.

<sup>27</sup> In questa direzione, M. CALABRÒ, *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione*, in *Federalismi.it*, 2020, 10, 38, che richiama sul punto G. BERGONZINI, *L'attività del privato nel procedimento amministrativo*, Padova, 1975, 118.

<sup>28</sup> F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, cit., 270.

<sup>29</sup> F.G. SCOCA, *op. ult. cit.*, 270.

Critica tale impostazione A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e silenzio-assenso della pubblica amministrazione dopo la legge 14 maggio 2005 n. 80*, cit., secondo cui è "improbabile che l'onere possa cancellare il dovere di provvedere – ché a eliminare quel dovere si toglie al potere il nesso con l'interesse pubblico – dacché, si sa, è il dovere che connette il potere amministrativo all'interesse pubblico specifico" (172).

<sup>30</sup> A. TRAVI, *Silenzio-assenso e legittimazione ex lege nella disciplina delle attività private in base al D.P.R. 26 aprile 1992, n. 300*, cit., 605.

<sup>31</sup> E. BOSCOLO, *Il silenzio-assenso in tema di pubblici esercizi*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 435.

scindere dall'operato della pubblica amministrazione, ma di porre una soluzione all'inerzia attraverso il conseguimento degli effetti che sarebbero scaturiti da un esercizio attivo della funzione<sup>32</sup>.

In ordine, dunque, alla fattispecie del silenzio assenso, è chiaro che i differenti ordini concettuali su cui ci si è soffermati conducono a un diverso inquadramento del fenomeno nella fase procedimentale antecedente alla scadenza del termine di legge per provvedere. Tali differenti inquadramenti non incidono tanto sulla natura degli effetti che il silenzio assenso determina sulla sfera giuridica del privato, ma hanno differenti riverberi pratici in ordine alla ampiezza del potere (di secondo grado) che l'amministrazione può esercitare al fine di annullare tali effetti. Rispetto al primo profilo, invero, buona parte della dottrina, pur alla luce di differenti posizioni teoriche di base, concorda nel ritenere che il silenzio assenso conduce ad una impossibilità di provvedere dopo il decorso del termine di legge imposto per concludere il procedimento. E ciò, sia che si passi per la tesi secondo cui, vigente il 'meccanismo' del silenzio assenso, la p.a. abbia un mero onere di provvedere (entro il termine), con la conseguente inammissibilità della emanazione di un provvedimento tardivo di accoglimento<sup>33</sup>; sia che si tenga in considerazione l'ordine concettuale secondo cui l'attività amministrativa successiva al formarsi del silenzio assenso è invalida, non essendo ammissibile che il procedimento si concluda in due modi differenti e contraddittori o che semplicemente si sviluppi dopo che sia avvenuta la sua (silenziosa) definizione<sup>34</sup>; sia ancora che ci si basi sulla concezione che la funzione non possa essere esercitata oltre il termine di legge a fronte della sanzione imposta all'amministrazione inerte<sup>35</sup>.

Rispetto a tale congerie di tesi, quella oramai ritenuta prevalente in dottrina e in giurisprudenza<sup>36</sup> si basa sul fatto che il silenzio assenso

<sup>32</sup> M. CALABRÒ, *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione*, cit., 42-43.

<sup>33</sup> Si tratta, come si è detto, della tesi di F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, cit., 270.

<sup>34</sup> A. TRAVI, *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, cit., 141.

<sup>35</sup> M. CALABRÒ, *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione*, cit., 44.

<sup>36</sup> Cons. Stato, ad. plen., 17 ottobre 2017, n. 8, in *giustizia-amministrativa.it*, che ha posto l'accento sul "rilevo che il decorso del tempo sortisce sul potere di provvedere nelle ipotesi legali di silenzio significativo e [sulla] invalidità che colpisce il provvedimento tardivamente adottato rispetto ai termini in parola" (§ 10.1). Ancor più di recente, si veda Cons. Stato, sez. VI, 8 luglio 2022, n. 5746, *in*, secondo cui "[i]l dispositivo

integra una valutazione legale tipica, che conferisce all'inerzia significativa gli stessi effetti del provvedimento<sup>37</sup>, senza assumerne i caratteri tipici<sup>38</sup>. Sembra preferibile, inoltre, ritenere che permanga in capo all'amministrazione il dovere di provvedere nei termini, essendo corretto presumere che il privato continui a preferire una decisione espressa di accoglimento, in luogo di un assenso per *silentium*<sup>39</sup>. In tale direzione, allora, il silenzio assenso costituisce il rimedio *ex lege* dell'inerzia della p.a., che risalta come una deviazione (legittima) rispetto alla doverosità della funzione.

Il quadro teorico appena tracciato si riflette sull'attuale assetto normativo, secondo cui: il silenzio equivale (*quoad effectum*) all'accoglimento dell'istanza<sup>40</sup>; le determinazioni della p.a. assunte dopo la scadenza dei termini per la maturazione del silenzio assenso sono inefficaci<sup>41</sup>; resta

---

tecnico denominato 'silenzio-assenso' risponde ad una valutazione legale tipica in forza della quale l'inerzia 'equivale' a provvedimento di accoglimento (tale ricostruzione teorica si lascia preferire rispetto alla tesi 'attizia' del silenzio, che appare una *factio* non necessaria). Tale equivalenza non significa altro che gli effetti promananti dalla fattispecie sono sottoposti al medesimo regime dell'atto amministrativo. Con il corollario che, ove sussistono i requisiti di formazione del silenzio-assenso, il titolo abilitativo può perfezionarsi anche con riguardo ad una domanda non conforme a legge" (§ 8.1).

<sup>37</sup> Oltre agli Autori già citati, seguono questa tesi anche, *inter alia*, M. D'ORSOGNA, R. LOMBARDI, *Silenzio assenso*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 972; F. GAMBARDELLA, *Il silenzio assenso tra obbligo di procedere e dovere di provvedere*, in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>38</sup> Per un quadro d'insieme in merito a tale linea teorica, B. TONOLETTI, *Silenzio della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1999, spec. 182 ss.

In ordine agli elementi essenziali del provvedimento, si veda il recente contributo di A. DE SIANO, *Gli elementi essenziali dell'atto amministrativo. Contributo per una ridefinizione teorica della loro identificazione*, Napoli, 2025.

<sup>39</sup> M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018, 287.

<sup>40</sup> In virtù dell'art. 20, comma 1, della legge n. 241 del 1990. Tali effetti possono essere certificati dal rilascio dell'attestazione prevista dal successivo comma 2-*bis* (introdotto dall'art. 62, comma 1, della legge 29 luglio 2021, n. 108), secondo cui "[n]ei casi in cui il silenzio dell'amministrazione equivale a provvedimento di accoglimento ai sensi del comma 1, fermi restando gli effetti comunque intervenuti del silenzio assenso, l'amministrazione è tenuta, su richiesta del privato, a rilasciare, in via telematica, un'attestazione circa il decorso dei termini del procedimento e pertanto dell'intervenuto accoglimento della domanda ai sensi del presente articolo. Decorsi inutilmente dieci giorni dalla richiesta, l'attestazione è sostituita da una dichiarazione del privato ai sensi dell'art. 47 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445".

<sup>41</sup> In virtù dell'art. 2, comma 8-*bis*, della legge n. 241 del 1990 (introdotto dall'art. 12, comma 1, lettera a, legge 11 settembre 2020, n. 120). La norma, come è stato

‘salvo’ il potere di annullamento in autotutela dell'accoglimento silenzioso dell'istanza<sup>42</sup>.

Un profilo resta inespresso e determina conseguenti criticità: riguarda il fatto se il silenzio assenso possa dirsi legittimamente formato nel caso di assenza di uno o più requisiti di validità stabiliti dalla fattispecie normativa che disciplina l'istanza del privato e che ne condiziona l'accoglimento. Al riguardo, se si parte dall'impostazione teorica secondo cui il silenzio assenso è espressione di una valutazione legale tipica e che al decorso del tempo consegue *ex lege* il verificarsi di effetti equipollenti a quelli del provvedimento di accoglimento, non si può che giungere alla conclusione che il silenzio assenso viene a formarsi anche quando l'attività oggetto di provvedimento ampliativo non è conforme alle norme di legge, e dunque non è in linea con uno o più requisiti legali richiesti<sup>43</sup>.

Il problema che consegue al quadro teorico e normativo appena posto è quello di individuare i confini dell'esercizio del potere di autotutela in ordine

---

puntualmente osservato, ha spostato il dibattito “sulla sussistenza o meno di un onere di impugnare il diniego tardivo”: A.M. SANDULLI, *Silenzio assenso e termine a provvedere. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, in *Il processo*, 2022, 1, 18. La stessa Autrice rileva, sempre condivisibilmente, che un atto inefficace, non essendo lesivo, non dovrebbe essere oggetto di impugnazione (18).

Nell'ipotesi in cui una impugnazione fosse esperita, resta da stabilire se tale inefficacia derivi dalla mera annullabilità della determinazione tardiva ovvero dalla sua radicale nullità, con ogni evidente conseguenza in ordine alla tutela giurisdizionale del privato e ai differenti termini decadenziali ad esse riconducibili dal Codice del processo amministrativo (art. 29, per l'azione di annullamento; art. 31, comma 4, per l'azione di nullità): si pone il problema, A. PERSICO, *Silenzio-assenso e tutela del legittimo affidamento: il perfezionamento della fattispecie non è subordinato alla presenza dei requisiti di validità. (Nota a Cons. Stato, Sez. VI, 8 luglio 2022, n. 5746)*, in *giustiziainsieme.it*, 2022. Per la tesi che il diniego tardivo sia nullo, in dottrina, si rimanda a M. MACCHIA, *L'inefficacia del provvedimento amministrativo e gli oneri regolatori nel decreto legge “Semplificazioni”*, in *Quaderni costituzionali*, 2020, 3 182; F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato “responsabilizzato”*, in *Federalismi.it*, 2020, 36, 37; nonché, più di recente, G. CORSO, *Silenzio-assenso: il significato costituzionale*, in *Nuove autonomie*, 2021, 9, 16.

Parla di inesistenza di tale provvedimento, Cons. Stato, sez. V, 8 aprile 2003, n. 1854 (§ 4).

<sup>42</sup> In virtù sia dell'art. 2, comma 8-*bis*, sia dell'art. 20, comma 3, della legge n. 241 del 1990.

<sup>43</sup> In dottrina, sembra andare in questa direzione il pensiero di M. CALABRÒ, *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione*, cit., secondo cui “ciò che almeno in teoria appare non essere oggetto di discussione è che, in caso di dichiarazioni non false, ma semplicemente incomplete, il silenzio dovrebbe

agli effetti prodotti dal venire in rilievo di un assenso per *silentium* potenzialmente viziato.

---

formarsi, e nessuno (né una amministrazione, né un privato) dovrebbe potersi rifiutare di adeguarsi al nuovo assetto di interessi formatosi silenziosamente” (47).

In giurisprudenza, si veda Cons. Stato n. 5746/2022, cit., che perviene a tale conclusione in base alle seguenti disposizioni:

- “i) l’espresa previsione della annullabilità d’ufficio anche nel caso in cui il «provvedimento si sia formato ai sensi dell’art. 20», presuppone evidentemente che la violazione di legge non incide sul perfezionamento della fattispecie, bensì rileva (secondo i canoni generali) in termini di illegittimità dell’atto;
- ii) l’art. 2, comma 8-*bis*, della legge n. 241 del 1990 [...] conferma che, decorso il termine, all’Amministrazione residua soltanto il potere di autotutela;
- iii) l’art. 2, comma 2-*bis* [...] stabilisce, al fine di ovviare alle perduranti incertezze circa il regime di formazione del silenzio-assenso, che il privato ha diritto ad un’attestazione che deve dare unicamente conto dell’inutile decorso dei termini del procedimento (in assenza di richieste di integrazione documentale o istruttorie rimaste inevase e di provvedimenti di diniego tempestivamente intervenuti);
- iv) l’abrogazione dell’art. 21, comma 2, della legge n. 241 del 1990 che assoggettava a sanzione coloro che avessero dato corso all’attività secondo il modulo del silenzio-assenso, «in mancanza dei requisiti richiesti o, comunque, in contrasto con la normativa vigente»;
- v) l’art. 21, comma 1, della legge n. 241 del 1990 [...], da cui si desume che, in caso di dichiarazioni non false, ma semplicemente incomplete, il silenzio-assenso si perfeziona comunque (al riguardo, sussiste una antinomia, che non rileva sciogliere in questa sede, con l’art. 21-*nonies*, comma 2-*bis*, della legge n. 241 del 1990, il quale riconduce all’autotutela anche l’ipotesi di «provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell’atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato», salva la possibilità di auto-annullamento anche dopo la scadenza del termine di dodici mesi)” (§ 8.2).

Critico rispetto a tale impostazione è L. FERRARA, *Sulla formazione del silenzio assenso e sulla necessità di una lettura di sistema*, in P.L. PORTALURI (a cura di), *L’amministrazione pubblica nella prospettiva del cambiamento: il codice dei contratti e la riforma Madia*, Napoli, 2017, secondo cui nell’ipotesi in esame mancherebbero gli elementi costitutivi della fattispecie (107 ss.).

Di diverso avviso è anche N. PAOLANTONIO, *Comportamenti non provvedimentali produttivi di effetti giuridici*, cit., secondo cui “per aversi accoglimento tacito di un’istanza, occorre la dimostrazione della sussistenza di tutti i requisiti previsti dalla legge, non essendo il silenzio assenso un istituto volto a perseguire la sanatoria di istanze non accoglibili” (343). Tale assunto è coerente con la base teorica di partenza, secondo cui il silenzio assenso è da equiparare a un provvedimento tacito, con la conseguenza che l’assenza dei requisiti della domanda si riverbera sulla illegittimità del provvedimento implicito formatosi per *silentium*.

3. *I limiti del potere di annullamento in autotutela dell'assenso maturato per silentium. La possibile emersione dell'affidamento del privato*

Il tema dell'annullamento in autotutela riguarda, di norma, il provvedimento amministrativo. Il fenomeno dell'annullamento<sup>44</sup> e quello dell'autotutela<sup>45</sup>, in virtù della nota sistemazione teorica posta in essere da Feliciano Benvenuti, arrivano a comporre un concetto unitario, in cui il primo fenomeno (quello dell'annullamento, unitamente alla revoca) viene ricondotto all'interno dell'istituto della autotutela spontanea e decisoria<sup>46</sup>. Al netto della sistemazione teorica dell'istituto, su cui la dottrina continua a discutere, non essendovi convergenza sulla nozione di autotutela<sup>47</sup>, rileva oggi quanto dispone l'art. 21-*nonies* (comma 1) della legge n. 241 del 1990, secondo cui il provvedimento amministrativo illegittimo può

<sup>44</sup> In ordine alla teorica dell'annullamento, non si prescinda da E. CANNADA BARTOLI, *Annullabilità e annullamento*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, II, 484 ss.; F. MODUGNO, *Annullabilità e annullamento*, I) *Diritto pubblico*, in *Enc. giur.*, 1988, Roma, II, 1 ss.

<sup>45</sup> Per una bibliografia minima sul tema, si rimanda a F. BENVENUTI, *Autotutela (dir. amm.)*, cit.; G. BARONE, *Autotutela amministrativa e decorso del tempo*, in *Dir. amm.*, 2002, 4, 689 ss.; G. FALCON, *Questioni sulla validità e sull'efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo*, in *Dir. amm.*, 2003, 1, 1 ss. (contributo, questo, rielaborato rispetto a quello avente il medesimo titolo in AA.VV., *Tempo, spazio e certezza dell'azione amministrativa*, *Atti del XLVIII Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione*, Varenna, Villa Monastero, 19-21 settembre 2002, Milano, 2003); G. LIGUGNANA, *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, Padova, 2004; R. CHIEPPA, *Provvedimenti di secondo grado (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, *Annali*, II, Milano, 2008, 910 ss.; M. IMMORDINO, *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*, in F.G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2008; S. D'ANCONA, *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, Napoli, ES, 2015; G. MANFREDI, *Il tempo è tiranno: l'autotutela nella legge Madia*, in *Urb. app.*, 2016, 1, 5 ss.

<sup>46</sup> F. BENVENUTI, *Autotutela (dir. amm.)*, cit., 541 ss.

<sup>47</sup> Tale nozione, per una parte della dottrina, non risulta "convincente: mediante i provvedimenti di secondo grado l'amministrazione non tutela se stessa, né esercita una forma di tutela in senso tecnico; essa tutela l'interesse pubblico, così come era tenuta a tutelarla quando, a suo tempo adottò il provvedimento originario": R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, II ed., Torino, 2017, 622-623. In senso critico anche A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo. I. Annullamento e revoca tra posizioni "favorevoli" e interessi sopravvenuti*, Napoli, 1991, 74-75.

Di recente, in materia di autotutela decisoria si è espresso Cons. Stato, ad. plen., 11 settembre 2020, n. 18, in *giustizia-amministrativa.it*, definendo la stessa come un procedimento di secondo grado, avendo ad oggetto precedenti provvedimenti amministrativi.

essere annullato d'ufficio sussistendo ragioni di interesse pubblico<sup>48</sup>. In tale (prima) parte di disposizione risiedono i due presupposti per l'esercizio del potere: che sia accertata, ad opera dell'amministrazione, la illegittimità di un proprio provvedimento; che vi sia un interesse pubblico da porre a fondamento dell'annullamento, che deve essere sia attuale, in quanto esistente al momento in cui l'annullamento viene pronunciato, sia specifico, in quanto diverso ed ulteriore rispetto al generale e astratto interesse alla legalità amministrativa<sup>49</sup>, perseguibile mediante il ripristino dell'ordine giuridico violato<sup>50</sup>. In mancanza della contemporanea presenza di entrambi i presupposti, il provvedimento di annullamento d'ufficio risulta illegittimo<sup>51</sup>.

È in merito alla seconda parte della disposizione in esame che occorre soffermarsi, riguardando il fatto che il potere di annullamento deve essere esercitato tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati (entro un termine ragionevole, che non può essere superiore a dodici mesi<sup>52</sup>). Invero, l'esigenza di ponderare l'interesse pubblico all'an-

---

<sup>48</sup> Prevede precisamente la disposizione che “[i]l provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21 *octies*, esclusi i casi di cui al medesimo articolo 21-*octies*, comma 2, può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole, comunque non superiore a dodici mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell'articolo 20, e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge. Rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo”.

<sup>49</sup> In questo senso, per tutti, G. CORSO, *L'attività amministrativa*, Torino, 1999, 186-187.

<sup>50</sup> R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 629.

<sup>51</sup> R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *op. ult. cit.*, 629.

<sup>52</sup> Rileva, in proposito, Cons. Stato, ad. plen., 17 ottobre 2017, n. 8, in *giustizia-amministrativa.it*, secondo cui “[l]a locuzione ‘termine ragionevole’ richiama evidentemente un concetto non parametrico ma relazionale, riferito al complesso delle circostanze rilevanti nel caso di specie.

Si intende con ciò rappresentare che la nozione di *ragionevolezza* del termine è strettamente connessa a quella di *esigibilità* in capo all'amministrazione, ragione per cui è del tutto congruo che il termine in questione (nella sua dimensione ‘ragionevole’) decorra soltanto dal momento in cui l'amministrazione è venuta concretamente a conoscenza dei profili di illegittimità dell'atto” (§ 10.6. Corsivo nel testo).

Parla di interpretazione “quasi abrogatrice della previsione” M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, cit., 196 (nota 30).

nullamento con gli altri interessi dei destinatari e dei controinteressati sembra porsi a fondamento del fenomeno dell'affidamento (legittimo) del privato<sup>53</sup>.

Sul tema dell'affidamento del privato nell'ambito dell'esercizio del potere di annullamento in autotutela si sono succedute diverse ricostruzioni teoriche che meritano di essere richiamate in termini essenziali.

Secondo un primo ordine concettuale, all'interno del procedimento di autotutela viene in rilievo un primo tipo di affidamento, quello "legittimo", da cui va tenuto distinto l'affidamento che viene in rilievo all'esito della emanazione del provvedimento di annullamento d'ufficio, quello "incolpevole"<sup>54</sup>. I concetti hanno funzione e struttura differenti: l'affi-

---

<sup>53</sup> Rileva F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 3, che "[l]a parola affidamento è impiegata [...] in senso stretto con riferimento alla disciplina dell'annullamento d'ufficio, che è considerato l'esempio principe di tutela dell'affidamento del privato nei confronti dell'autorità amministrativa".

Sul tema, non si prescinde (in ordine cronologico), da F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970, rist. in ID., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni 'trenta' all'alternanza*, Milano, 2001; F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995; M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999; S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, 2005; F. GAFFURI, *L'acquiescenza al provvedimento amministrativo e la tutela dell'affidamento*, Milano, 2006; L. GIANI, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli, 2005; M. GIGANTE, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento*, Milano, 2008; A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, Milano, 2016; A. GUALDANI, *Verso una nuova unitarietà della revoca e dell'annullamento d'ufficio*, Torino, 2016; L. LORENZONI, *I principi di diritto comune nell'attività amministrativa*, Napoli, 2018, spec. 130-263; M. ANTONIOLI, *Rapporto senza potere e tutela dell'affidamento. Le nuove frontiere della responsabilità civile della P.A.*, Torino, 2022; N. PICA, *L'affidamento ingenerato dall'attività provvedimento illegittima della P.A.*, in *Dir. pubbl.*, 2023, 3, 759 ss.; G. MANNUCCI, *L'affidamento nel rapporto amministrativo*, Napoli, 2023.

<sup>54</sup> F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, cit. L'affidamento trae origine, appunto, nel rapporto che sorge per effetto della instaurazione del primo procedimento che si conclude con il provvedimento favorevole: F. TRIMARCHI BANFI, *op. ult. cit.*, 834. Allo stesso modo sembra ragionare L.R. PERFETTI, *Diafora della buona fede. Aggiornamenti dal diritto dell'economia*, in *PA*, 2022, 2, laddove osserva che "[l]a dinamica dell'affidamento nei confronti dell'amministrazione pubblica si manifesta diversamente, emergendo in relazione al procedimento o al provvedimento dell'autorità. È pur vero che vi sono ormai molte ragioni per omologare il trattamento privatistico dell'affidamento a quello nel diritto pubblico, attraverso rimedi risarcitori.

damento legittimo ha la funzione di “prevenire” la delusione del privato, attraverso una adeguata valorizzazione del peso da attribuire all’interesse alla conservazione del provvedimento favorevole di quest’ultimo<sup>55</sup>; l’affidamento incolpevole, invece, ha la funzione di porre rimedio all’affidamento deluso per effetto dell’avvenuta emanazione del provvedimento illegittimo<sup>56</sup>. Quest’ultimo è inquadrabile come situazione giuridica autonoma (di matrice privatistica), fondata sulla buona fede, che si pone quale presupposto della risarcibilità della delusione consumata<sup>57</sup>.

---

Tuttavia, è indubbio che la sua prima emersione avviene sul terreno della validità del provvedimento e non su quello della responsabilità, così come non è seriamente discutibile che la giurisprudenza ne faccia tutt’ora un parametro di validità della decisione amministrativa e lo stesso legislatore, nel disciplinare positivamente l’autotutela, vi abbia dato rilievo in questa direzione; il che pone in secondo piano il profilo della natura incolpevole dell’affidamento, giacché – come appena osservato – si opera sul terreno della validità (sicché l’affidamento è qualificato come legittimo)” (239-240).

Sulla distinzione tra affidamento legittimo e affidamento incolpevole, si veda anche M.C. CAVALLARO, *Buona fede e legittimità del provvedimento amministrativo*, in *PA*, 2022, 2, 141 ss.

<sup>55</sup> F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l’amministrazione*, cit., 836, la quale aggiunge che “l’affidamento legittimo non è leso se l’interesse del destinatario del provvedimento favorevole risulta soccombente, purché questo interesse sia stato tenuto nella giusta considerazione” (836), con conseguente relativizzazione dell’interesse pubblico rispetto all’interesse privato concorrente fondato su tale tipologia di affidamento (838).

<sup>56</sup> F. TRIMARCHI BANFI, *op. ult. cit.*, 836.

<sup>57</sup> F. TRIMARCHI BANFI, *op. ult. cit.*, spec. 827, 830, 836.

Quanto al legame tra buona fede e affidamento, fondamentale appare il noto contributo di Enrico Guicciardi, che tende ad escludere la vigenza del principio di buona fede nel diritto amministrativo (strettamente connesso a quello di affidamento): E. GUICCIARDI, *Recensione a K.H. Smith, Treu und Glauben im Verwaltungsrecht. Zugleich ein Beitrag zur juristischen Methodenlehre (Berlin, 1935)*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, 556 ss.

Le principali ragioni di tale ‘ostracismo’, puntualmente ricostruite nello studio sull’affidamento del cittadino di Fabio Merusi, erano due: la prima legata al fatto che la buona fede restasse assorbita, nell’ambito del diritto amministrativo, dall’interesse pubblico; la seconda relativa al fatto che la buona fede fosse applicabile solamente ai rapporti paritari, non emergenti in tale specifica branca del diritto, dedicata alle dinamiche relazionali del potere amministrativo con gli interessi legittimi: F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, cit., 115. Lo stesso Autore provvede a superare tali obiezioni nelle pagine successive (117 ss.). L’autorevole Autore arriva a teorizzare che “la pretesa incompatibilità tra interesse pubblico ed utilizzazione del principio di correttezza si infrange [...] di fronte al fatto che l’interesse pubblico non è soltanto quello tipizzato dalla norma, ma è anche quello che si ricava dai principi generali

In una diversa impostazione, che comunque tiene in considerazione lo studio appena esaminato, viene approfondito il tema della natura delle situazioni giuridiche soggettive, se del caso riconducibili al concetto di affidamento, che emergono nell'ambito dell'annullamento d'ufficio del provvedimento favorevole<sup>58</sup>. Secondo tale impostazione le situazioni giuridiche soggettive in tale ambito sarebbero tre: quella di interesse legittimo oppositivo<sup>59</sup>, volta a tutelare il privato che intende opporsi al provvedimento di secondo grado che si assume illegittimo e che mira, pertanto, a

---

dall'ordinamento, e in particolare dal principio di buona fede in senso oggettivo. La ponderazione dell'affidamento ingenerato dalla pubblica amministrazione [può] essere dunque considerato a buon diritto un interesse pubblico alla stregua degli altri" (272-273).

Lo stretto legame che sussiste tra buona fede e affidamento viene ben rappresentato dallo stesso Autore nella parte dello studio in cui precisa che "l'affidamento che sta di fronte al principio di non contraddizione è una situazione giuridica soggettiva caratterizzata da una aspettativa generata dall'altrui comportamento (che può essere anche inerzia) e tutelata dal principio di buona fede che, in questo caso, prescrive che il successivo comportamento dell'affidante sia coerente con quello che, in precedenza, ha generato l'altrui fiducia" (127).

In giurisprudenza, si veda, in particolare, Cons. Stato, ad. plen., 29 novembre 2021, n. 19, in *giustizia-amministrativa.it*, secondo cui la tutela dell'affidamento "si fonda sui principi di correttezza e buona fede che regolano l'esercizio del pubblico potere e che dunque postulano che l'aspettativa sul risultato utile o sulla conservazione dell'utilità si sia ottenuta in circostanze che obiettivamente la giustifichino. Secondo una regola di carattere generale in ambito civile la buona fede «non giova se l'ignoranza dipende da colpa grave» (art. 1147, comma 2, cod. civ.), per cui un affidamento incolpevole non è pertanto predicabile innanzitutto nel caso estremo ipotizzato nell'ordinanza di rimessione, in cui sia il privato ad avere indotto dolosamente l'amministrazione ad emanare il provvedimento. In conformità alla regola civilistica ora richiamata altrettanto è a dirsi se l'illegittimità del provvedimento era evidente ed avrebbe pertanto potuto essere facilmente accertata dal suo beneficiario" (§ 17. Corsivo nel testo).

<sup>58</sup> Si allude al recente lavoro di N. PICA, *L'affidamento ingenerato dall'attività provvedimentale illegittima della P.A.*, cit.

<sup>59</sup> Osserva F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, che "nel caso dell'annullamento d'ufficio, come in quello della revoca, l'amministrazione esercita il suo potere: deve, pertanto, rispettare i presupposti previsti dalla legge (oltre l'illegittimità del provvedimento originario, la valutazione dell'interesse ad annullare e il rispetto dei tempi), e le fasi e i numerosi incombenti procedurali. A fronte dell'esercizio del potere di annullamento, il beneficiario del provvedimento originario è titolare (non può essere titolare altro che) di un (nuovo e diverso) interesse legittimo, questa volta di segno oppositivo" (466). Nella stessa direzione, A. ZITO, *Responsabilità civile della Pubblica Amministrazione per attività provvedimentale illegittima*, in *Enc. dir., I tematici*, 2024, VII, 832. M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995, 53.

conservare il bene della vita *medio tempore* acquisito; quella di affidamento legittimo, che riposa sulla fiducia ingenerata dall'Amministrazione con l'emanazione del (primo) provvedimento favorevole, "suscettibil[e] di delusione in ordine alla spettanza del bene della vita"<sup>60</sup>; quella, infine, di affidamento che costituisce il presupposto della possibile pretesa risarcitoria volta a rimediare al pregiudizio subito dall'interesse legittimo rimasto "insoddisfatto" per effetto dell'annullamento del provvedimento favorevole: situazione giuridica soggettiva autonoma, ma collegata al sopra menzionato interesse legittimo<sup>61</sup>.

Secondo tale linea ermeneutica, l'affidamento legittimo assurgerebbe a situazione giuridica soggettiva autonoma rispetto all'interesse legittimo oppositivo, a cui si affianca: perché le stesse sono strutturalmente differenti, atteso che l'interesse legittimo (oppositivo) sorge per (ri)ottenere il bene della vita attribuito dal provvedimento favorevole, mentre l'affidamento legittimo ha ad oggetto il bene della vita consistente nella fiducia riposta dal privato "nella legittimità e stabilità dell'attribuzione proveniente dalla p.a."<sup>62</sup>, (bene) che attiene ad una "dimensione pre-giuridica" in quanto elemento che può essere posto a fondamento di ogni relazione giuridica<sup>63</sup>. L'affidamento, insomma, viene definito quale *tertium genus* di situazione giuridica soggettiva, non appartenente né alla categoria del diritto né a quella dell'interesse legittimo<sup>64</sup>.

Non appartiene a nessuna delle due citate categorie nemmeno per Franco Gaetano Scoca, che, però, non considera l'affidamento una figura giuridica soggettiva, tanto meno autonoma, bensì un "(elemento di) fatto" che risiede nel convincimento che il provvedimento favorevole ottenuto sarà stabile<sup>65</sup>. E ciò tenuto conto che l'interesse legittimo pretensivo non

<sup>60</sup> N. PICA, *L'affidamento ingenerato dall'attività provvedimento illegittima della P.A.*, cit., 779.

<sup>61</sup> N. PICA, *op. ult. cit.*, 786 ss.; 815.

<sup>62</sup> N. PICA, *op. ult. cit.*, 781.

<sup>63</sup> N. PICA, *op. ult. cit.*, 782.

Sul tema si rimanda, per tutti, al lavoro di T. GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Roma-Bari, 2021.

<sup>64</sup> In questa direzione, si pone il pensiero di F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, cit., che parla di situazione giuridica soggettiva germinante dall'aspettativa generata dall'altrui comportamento e tutelata dal principio di buona fede (127); C. CACCIAVILLANI, *La giurisdizione amministrativa*, in B. SASSANI e R. VILLATA (a cura di), *Il codice del processo*, Torino, 2012, 132.

<sup>65</sup> F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., 467.

è solamente interesse all'ottenimento del provvedimento favorevole, ma anche a che tale provvedimento conservi nel tempo la propria validità ed efficacia<sup>66</sup>.

Diversa è la prospettiva teorica di chi<sup>67</sup>, partendo dalla ricostruzione che ha fatto la giurisprudenza amministrativa in ordine al principio di affidamento<sup>68</sup>, giunge alla conclusione che il fenomeno in esame vada inteso – non già in termini di principio generale, ma – “in senso soggettivistico”, in linea con la locuzione ‘affidamento legittimo’: invero, è tale (legittimo) “nei limiti in cui esso [...] sia meritevole di tutela giuridica”<sup>69</sup>. La necessità di intendere l'affidamento in una chiave soggettiva attenua, quanto meno, i dubbi che pongono alcune ipotesi di definizione del concetto, formulate sia della dottrina sia della giurisprudenza, aventi natura ambivalente in quanto contenenti tanto la connotazione di principio quanto quella di situazione giuridica soggettiva ad esso (parimenti) riconducibili<sup>70</sup>.

<sup>66</sup> F.G. SCOCA, *op. ult. cit.*, 466-467. Nella stessa direzione, G.P. CIRILLO, *La giurisdizione sull'azione risarcitoria autonoma a tutela dell'affidamento sul provvedimento favorevole annullato e l'interesse alla stabilità dell'atto amministrativo*, in *Foro amm.*, 2016, 7-8, 2003.

<sup>67</sup> W. TROISE MANGONI, *L'esercizio retroattivo del potere amministrativo. Limiti e garanzie a tutela dell'individuo*, cit.

<sup>68</sup> W. TROISE MANGONI, *op. ult. cit.*, 138, il quale precisa che l'affidamento viene ricostruito “secondo una struttura tripartita. Ci si riferisce all'individuazione dei tre elementi costitutivi così riassumibili: i) attribuzione chiara e univoca al privato di un vantaggio giuridicamente qualificato derivante da un'azione della pubblica amministrazione; ii) convinzione in capo al privato circa la spettanza di quel vantaggio; e iii) passaggio di un cospicuo lasso temporale, tale da consolidare la situazione di vantaggio” (138).

<sup>69</sup> W. TROISE MANGONI, *op. ult. cit.*, 143.

<sup>70</sup> In dottrina, sembra questa la posizione di A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, cit., la quale arriva a formulare una “nuova definizione di principio del legittimo affidamento”, dal seguente contenuto: “qualunque esercizio del potere amministrativo, attivo od omissivo, che abbia in modo sufficientemente chiaro e significativo, non necessariamente legittimo, attribuito un certo beneficio attuale o potenziale al privato, non derivante da una sua condotta dolosa o colposa, è idoneo a generare, se la disponibilità del beneficio si protrae per un tempo concretamente idoneo, una situazione di affidamento meritevole di tutela, sia da parte del giudice che dell'amministrazione, i quali saranno tenuti a considerare tale situazione giuridica soggettiva nella scelta discrezionale delle loro determinazioni giurisdizionali o amministrative, motivando, adeguatamente, ogni loro eventuale atto o fatto che appaia contraddittorio rispetto all'affidamento del privato” (180).

In giurisprudenza, si veda Cons. Stato, VI, 13 agosto 2020, n. 5011, (entrambe) in *giustizia-amministrativa.it.*, secondo cui “[i]l principio dell'affidamento è un principio

La tesi è versata all'interno di uno studio in materia di retroattività nell'ambito delle diverse esplicitazioni del potere amministrativo. Viene, dunque, osservato che l'amministrazione, quando decide di emanare un provvedimento di annullamento in autotutela, deve effettuare un'operazione di verifica che è duplice: "deve accertare, in primo luogo, se una precedente azione di natura pubblicistica abbia determinato o contribuito a determinare una situazione di vantaggio in capo a un privato e, secondariamente, se l'aspettativa del privato al mantenimento in essere di una simile situazione sia meritevole di tutela, in considerazione del suo stato di buona fede soggettiva"<sup>71</sup>. Il punto è che la situazione giuridica soggettiva che rileva in capo al privato destinatario di un provvedimento favorevole, suscettibile di essere posto nel nulla all'esito dell'autotutela, resta, alla luce dei "canoni tradizionali", di interesse legittimo, "rafforzata dalla titolarità di un affidamento legittimo circa la stabilità della situazione di vantaggio determinatasi in ragione di un'azione dell'autorità"<sup>72</sup>. Anche in questo caso l'affidamento viene inteso come un elemento che consente una tutela più intensa della situazione giuridica soggettiva che la legittima, differente da questa benché – si potrebbe dire – ad essa ancillare.

Alla luce del quadro sin qui delineato, sembra ancora attuale un quesito che attenta dottrina aveva posto venti anni fa, sia pure con specifico riferimento ad uno dei 'corni' del problema (riguardante l'affidamento legittimo, seguendo la terminologia sino ad ora utilizzata, e cioè l'antagonista dell'interesse pubblico in sede di esercizio del potere di annullamento d'ufficio): "[l]'affidamento è [...] solo il nuovo nome che si dà all'interesse legittimo del destinatario del provvedimento favorevole minacciato di annullamento?"<sup>73</sup>.

Non si può fare a meno di considerare che alcuni autorevoli Autori hanno ritenuto il problema di inquadrare l'affidamento nell'ambito della teoria delle situazioni giuridiche soggettive, da un lato, irrilevante<sup>74</sup>, e,

---

generale dell'azione amministrativa che opera in presenza di una attività della pubblica amministrazione che fa sorgere nel destinatario l'aspettativa al mantenimento nel tempo del rapporto giuridico sorto a seguito di tale attività" (§ 5.1).

<sup>71</sup> W. TROISE MANGONI, *L'esercizio retroattivo del potere amministrativo. Limiti e garanzie a tutela dell'individuo*, cit., 143.

<sup>72</sup> W. TROISE MANGONI, *op. ult. cit.*, 143-144.

<sup>73</sup> F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2005, 4, 859.

<sup>74</sup> N. PAOLANTONIO, *Buona fede e affidamento delle parti*, in *PA*, 2022, 2, 108 ss.

dall'altro lato, di rilievo (meramente) teorico (essendo “di scarso rilievo pratico”)<sup>75</sup>. Irrilevante perché il privato che nutre affidamento diviene titolare di un diritto, che risiede nella pretesa che l'amministrazione adotti una condotta “coerente e non contraddittoria”; in tal senso diviene trascurabile differenziare se la pretesa sia esercitabile all'interno di un rapporto amministrativo o, viceversa, privatistico<sup>76</sup>. Il problema è stato, inoltre, definitivo di rilievo teorico e non pratico perché occorre considerare l'affidamento a seconda dell'oggetto della fiducia: se la fiducia fosse riposta nella (sola) efficacia dell'atto, allora la questione della successiva invalidità dello stesso non rileverebbe; se, viceversa, la fiducia fosse riposta nel provvedimento (favorevole) valido, allora la rilevanza della questione sarebbe superata dal termine (di dodici mesi) entro cui l'autotutela è normativamente consentita, visto che l'affidamento sorge per effetto del protrarsi dalla efficacia del provvedimento e che, pertanto, “o la fiducia non s'è formata o il provvedimento non è annullabile”<sup>77</sup>.

Il tema del legittimo affidamento verrà ripreso *infra*<sup>78</sup>. Occorre ora tornare all'esercizio del potere di autotutela in ipotesi di silenzio assenso. In tale ipotesi, non essendovi alcun provvedimento amministrativo da annullare, ma solo effetti derivanti da una inerzia della p.a. a cui la legge ha attribuito una specifica valenza, viene in rilievo il problema di individuare l'oggetto stesso del potere di ritiro<sup>79</sup>. L'oggetto del possibile annullamento è la fattispecie precettiva determinata dal silenzio, volta a costituire un dato “assetto di interessi” che l'amministrazione, in via postuma, sente l'esigenza di rimuovere<sup>80</sup>, alla luce dell'interesse pubblico sotteso al suo *agere*.

Il nodo critico risiede, in particolare, nella possibilità per l'amministrazione di annullare gli effetti conseguenti alla definizione silenziosa del procedimento nel caso la stessa accerti, nel termine di dodici mesi imposto dall'art. 21-*nonies* (comma 1) della legge n. 241 del 1990, l'assenza dei requi-

<sup>75</sup> L.R. PERFETTI, *Diafora della buona fede. Aggiornamenti dal diritto dell'economia*, in *PA*, 2022, 2, 244.

<sup>76</sup> N. PAOLANTONIO, *Buona fede e affidamento delle parti*, cit., 114.

<sup>77</sup> L.R. PERFETTI, *Diafora della buona fede. Aggiornamenti dal diritto dell'economia*, cit., 242-243.

<sup>78</sup> All'interno del successivo § 4.

<sup>79</sup> Non a caso, in tale ambito, l'autotutela è stata definita sui *generis* da E. SCOTTI, *Il silenzio-assenso*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 684.

<sup>80</sup> F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, cit., 269.

siti di validità richiesti dalla disciplina prevista per accogliere la domanda di ampliamento della sfera giuridica del privato. Secondo un orientamento della giurisprudenza, in ambito di silenzio assenso l'esercizio del potere di autotutela assorbe in sé anche i poteri che caratterizzano la funzione di primo grado, non esercitata (in tutto o in parte), visto che la *ratio* di velocizzazione dei traffici giuridici non può spingersi sino al punto di sacrificare la disciplina legislativa e quella di carattere costituzionale, con particolare riferimento all'art. 97<sup>81</sup>. Tale orientamento induce alcune riflessioni.

---

<sup>81</sup> Cons. Stato, sez. IV, 11 aprile 2014, n. 1767, in *giustizia-amministrativa.it*, secondo cui: «in sede di annullamento d'ufficio di un silenzio assenso, deve essere restituito integro il potere-dovere di compiere, per la prima volta, quelle valutazioni che a suo tempo l'Amministrazione avrebbe potuto e dovuto porre a fondamento dell'esercizio della funzione istituzionale di primo grado ad essa spettante. Correlativamente, è stato reputato legittimo il provvedimento di annullamento d'ufficio del silenzio assenso, ove l'Amministrazione, pur senza enucleare specifici profili di illegittimità dell'atto da annullare e specifiche, distinte, ragioni di interesse pubblico giustificanti l'annullamento medesimo, abbia svolto una completa ed approfondita disamina dell'assetto di interessi scaturente dal provvedimento tacito, in rapporto a quello inerente alla funzione tipica cui è preordinata l'attività amministrativa di primo grado, pervenendo, ove ne abbia riscontrato la dissonanza, alla rimozione dell'assetto ritenuto «*contra legem*» ed al ripristino di quello risultante conforme all'interesse pubblico da perseguire [...]» (i principi espressi vengono interamente ripresi dalla sentenza di TAR Campania, Napoli, 10 settembre 2010, n. 17398, in *giustizia-amministrativa.it*).

La pronuncia in esame viene richiamata anche dalla giurisprudenza più recente, che è stata, però, chiamata ad esprimersi sul diniego tardivo di permesso di costruire basato su una serie di ragioni idonee ad escludere la legittimità della domanda: Cons Stato, sez. IV, 3 febbraio 2023, n. 1177, in *giustizia-amministrativa.it*, secondo cui «*la formazione tacita dei provvedimenti amministrativi per silenzio assenso presuppone, quale sua condizione imprescindibile, non solo il decorso del tempo dalla presentazione della domanda senza che sia presa in esame e sia intervenuta risposta dall'Amministrazione, ma la contestuale presenza di tutte le condizioni, i requisiti e i presupposti richiesti dalla legge, ossia degli elementi costitutivi della fattispecie di cui si deduce l'avvenuto perfezionamento, con la conseguenza che il silenzio assenso non si forma nel caso in cui la fattispecie rappresentata non sia conforme a quella normativamente prevista (ex plurimis, Cons. Stato, IV, 11 aprile 2014, n. 1767). Sicché anche a voler seguire la tesi dell'odierno appellante secondo la quale nella fattispecie opererebbe l'istituto del silenzio assenso, non potrebbe dirsi formato il titolo edilizio*» (§ 8.6.1. Corsivo nel testo). Nella stessa direzione, Cons. Stato, sez. IV, 24 gennaio 2020, n. 569, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. VI, 20 agosto 2020, n. 5156, *ini*. Secondo G. MARI, *L'obbligo di provvedere e i rimedi preventivi e successivi alla violazione (artt. 2, 17-bis e 20 l. 241 del 1990 s.m.i.)*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, un orientamento di tal fatta consente all'amministrazione di intervenire *ad libitum*, visto che, nella sostanza, l'intervento dell'amministrazione è da ritenersi «non come atto di annullamento di un provvedimento

Così opinando, invero, l'operatività del silenzio assenso rischia di essere fortemente ridotta, visto che il privato sarà costretto a ritenere l'assenso implicito maturato inesorabilmente claudicante. Vi sarà sempre il rischio di subire un 'ritorno' dell'amministrazione, che, dopo essere rimasta (quanto meno colpevolmente) inerte, potrà valutare e istruire la vicenda come se stesse svolgendo la funzione per la prima volta. Il punto, però, è comprendere se tale linea ermeneutica della giurisprudenza si pone al di fuori del quadro teorico e giuridico che si è avuto modo di delineare nell'ambito del presente studio<sup>82</sup>.

Come si è avuto modo di osservare, il silenzio assenso costituisce una valutazione legale tipica che determina gli effetti di un provvedimento di assenso all'istanza del privato. La "produzione tipizzata" degli effetti riguarda, però, "la (sola) legittimità sostanziale, ossia quella appunto che consiste nella conformità, obiettivamente considerata, della situazione giuridica prodottasi in seguito all'inerzia tipizzata alla situazione giuridica che avrebbe dovuto essere instaurata dall'Amministrazione, nel rispetto delle norme regolatrici del rapporto amministrativo"<sup>83</sup>. Riesce, in effetti, difficile ritenere che l'ottenimento di un assenso in forma semplificata possa dare garanzie di stabilità del titolo ottenuto a dispetto della sua conformità alla disciplina legale<sup>84</sup>.

La qual cosa induce a ritenere che neppure l'attestazione rilasciata dall'amministrazione ai sensi dell'art. 20, comma 2-*bis*, della legge 241 del 1990, sull'avvenuto decorso del termine (per definire il procedimento) e, dunque, sull'accoglimento della domanda (ovvero, in sua assenza, l'autocertificazione del privato) possano, nell'ottica appena delineata, fornire garanzie di stabilità del titolo tacito maturato dal privato. Tale attestazione/autocertificazione garantirà al privato la possibilità di svolgere l'attività oggetto di istanza alla p.a., ma l'eventuale annullamento degli effetti del silenzio assenso, che la stessa mira a certificare, ne determinerebbe il conseguente inevitabile travolgimento<sup>85</sup>.

---

tacitamente assentito, ma come accertamento negativo della formazione del silenzio assenso sulla relativa istanza" (172).

<sup>82</sup> *Supra*, sub § 2.

<sup>83</sup> F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, cit., 210-211.

<sup>84</sup> In questo senso, G. MANNUCCI, *L'affidamento nel rapporto amministrativo*, cit., 138, la quale ritiene che la fattispecie silenziosa non possa dirsi in radice perfezionata in assenza dei requisiti di legge (141).

<sup>85</sup> Rileva G. MANNUCCI, *L'affidamento nel rapporto amministrativo*, cit., che "[l]'attestazione non è un provvedimento e non ha valore costitutivo: è la mera dichiarazione di un dato di fatto e non può avere alcun ruolo sanante rispetto all'assenza di uno dei requisiti" (142).

Ne deriva, allora, un quadro in cui il privato che ha maturato un assenso silenzioso rispetto alla propria istanza è in una posizione di “maggiore fragilità” rispetto a colui che è stato destinatario di un provvedimento espresso<sup>86</sup>. Un quadro che sembra condurre al rischio che l'autotutela per annullare gli effetti del silenzio assenso costituisca una sorta di seconda *chance* per la p.a. di rimediare alla propria inefficienza, certificata dall'inerzia, e tornare sull'attività del privato per porla nel nulla<sup>87</sup>.

In tale quadro, viene in rilievo l'interrogativo di quale sia il ruolo dell'affidamento del privato che abbia beneficiato degli effetti di un assenso silenzioso. A tale questione occorre ora porgere la dovuta attenzione.

#### 4. *Il problema della tutela dell'affidamento nell'ambito dell'esercizio del potere di autotutela della p.a. in ordine agli effetti dell'assenso ottenuto per silentium dal privato*

Arrivati a questo punto, occorre domandarsi quale tutela sia consentita al privato nell'ambito del procedimento di autotutela instaurato dalla p.a. per porre nel nulla gli effetti dell'assenso silenzioso della p.a. alla propria istanza. L'interrogativo risiede, in particolare, sulla rilevanza da attribuire all'affidamento, di cui occorre anche comprendere la natura (eventualmente) giuridica nella fase del procedimento di autotutela, quando l'amministrazione è tenuta a comparare l'interesse pubblico con quello dei beneficiari degli effetti del silenzio assenso. Per inquadrare l'affidamento nell'ambito dell'autotutela qui in esame, occorre fare riferimento, essenzialmente, a due elementi.

Il primo ha carattere temporale, riguardando il momento iniziale in cui il fenomeno viene ad esistere. È discutibile che rilevi a tal fine il protrarsi dell'inerzia della pubblica amministrazione. L'amministrazione

---

Critica in ordine al rilievo di tale attestazione anche M.A. SANDULLI, *Silenzio assenso e termine a provvedere. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, cit., che ne sottolinea l'inidoneità a fornire al privato garanzie dinanzi ad una giurisprudenza che continua a subordinare la sussistenza del titolo legittimante l'attività del privato ai presupposti e ai requisiti stabiliti dalla legge (24).

<sup>86</sup> M. CALABRÒ, *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione*, cit., 36.

<sup>87</sup> M.A. SANDULLI, *Silenzio assenso e termine a provvedere. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, cit., 26.

è già rimasta inerte durante il procedimento ed è legittimata (dall'art. 20, comma 3 e dell'art. 21-*nonies*, comma 1, della legge n. 241 del 1990) ad annullare gli effetti determinati dal proprio silenzio assenso entro un termine ragionevole, comunque non superiore a dodici mesi. Elemento, questo, che conduce ad escludere che si possa parlare di inerzia dell'amministrazione sino al momento in cui la stessa è legittimata ad agire in autotutela<sup>88</sup>. Superato tale momento, l'annullamento è escluso *ope legis*, salvo il caso previsto dall'art. 21-*nonies*, comma 2-*bis*<sup>89</sup>. Il sorgere dell'affi-

<sup>88</sup> Un ragionamento analogo, sia pure con riferimento alla fattispecie dell'annullamento in autotutela del provvedimento favorevole, è effettuato da F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, cit., 855. Sempre con riferimento alla sopra indicata fattispecie, L.R. PERFETTI, *Diapora della buona fede. Aggiornamenti dal diritto dell'economia*, cit., che riconduce il sorgere dell'affidamento alla "protratta efficacia di un provvedimento", arriva, come accennato, ad escludere in radice la rilevanza pratica del fenomeno, visto che prima dello spirare del termine entro cui può essere disposto l'annullamento d'ufficio del provvedimento favorevole non vi è margine (temporale) per il formarsi della fiducia e dopo lo spirare del termine l'annullamento non è più consentito (243).

<sup>89</sup> Secondo cui "[i] provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato, possono essere annullati dall'amministrazione anche dopo la scadenza del termine di dodici mesi di cui al comma 1, fatta salva l'applicazione delle sanzioni penali nonché delle sanzioni previste dal capo VI del testo unico di cui al d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445". In una recente pronuncia di Corte cost., 2 luglio 2025, n. 88, in *cortecostituzionale.it*, viene puntualmente precisato che "[t]ale eccezione, è il caso di ricordare, è interpretata dal giudice amministrativo – sulla base del dato testuale costituito dalla disgiunzione «o» e di un argomento teleologico – nel senso che il termine finale non opera tutte le volte in cui si riscontri che il contrasto tra la fattispecie rappresentata e la fattispecie reale sia rimproverabile all'interessato, tanto se determinato da dichiarazioni false o mendaci la cui difformità, se frutto di una condotta di falsificazione penalmente rilevante, dovrà scontare l'accertamento definitivo in sede penale, quanto se determinato da una falsa rappresentazione della realtà di fatto, accertata inequivocabilmente dall'amministrazione con i propri mezzi" (§ 3.2).

Nella stessa direzione, nell'ambito della giurisprudenza amministrativa, Cons. Stato, sez. IV, 7 maggio 2025, n. 3876, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. IV, 14 agosto 2024, n. 7134, *ivi*; Cons. Stato, sez. VI, 27 febbraio 2024, n. 1926, *ivi*.

Rileva ancora Corte cost. n. 88/2025, cit., che "[l]'operare del termine rigido e la previsione della sua inapplicabilità, con il riespandersi del solo limite del «termine ragionevole», secondo la logica della protezione dell'affidamento solo se meritevole, trova riscontro anche nella loro differente decorrenza: a) la scadenza a mesi si computa – secondo la chiara formula legislativa – «dal momento dell'adozione» del provvedimento

damento sembra, allora, corrispondere con il momento del formarsi del silenzio assenso<sup>90</sup>.

Il secondo elemento ha carattere sia soggettivo sia oggettivo: l'affidamento sorge perché il privato, in buona fede e dunque senza colpa, ripone fiducia nella stabilità degli effetti (nel caso) del silenzio favorevole. È logico ritenere che lo stato soggettivo del destinatario sia elemento indefettibile del concetto di affidamento: in tanto si può confidare nel fatto che la situazione giuridica di cui si è divenuti titolari sia stabile nel tempo, in quanto si è consapevoli della legittimità della situazione che ne costituisce il presupposto<sup>91</sup>. L'assenza di tale consapevolezza esclude logicamente il sorgere dell'affidamento.

Gli elementi strutturali che connotano il concetto di affidamento ne segnano anche l'irrilevanza nell'ambito della dinamica del procedimento di annullamento in autotutela. Innanzitutto, perché la funzione dell'affidamento è già svolta dall'interesse legittimo. È indubbio come sia tale figura giuridica ad ergersi a tutela della situazione favorevole determinata dal silenzio assenso, fungendo da contraltare al potere dell'amministrazione, consentendo di porre il citato interesse tra quelli da ponderare unitamente all'interesse pubblico sotteso all'esigenza di annullare gli effetti determi-

---

di primo grado; b) diversamente, il termine ragionevole – secondo la giurisprudenza amministrativa – ha il suo avvio dal momento della scoperta dell'illegittimità da parte della PA. Infatti, in questo secondo caso, l'amministrazione è nell'impossibilità, in un momento anteriore, di conoscere fatti e circostanze rilevanti a causa del comportamento imputabile al soggetto che ha beneficiato del provvedimento. In senso opposto, nel primo caso, l'esclusione della «decorrenza mobile» si spiega con la ragione che non può la negligenza dell'amministrazione procedente tradursi nel suo vantaggio di differire continuamente il *dies a quo* per l'esercizio della potestà di annullamento" (§ 3.2).

Nella stessa direzione, nell'ambito della giurisprudenza amministrativa, tra le altre, Cons. Stato n. 7134/2024 e n. 1926/2024, cit.

<sup>90</sup> Possono essere richiamate al riguardo le osservazioni fatte da F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, cit., sempre con riferimento al diverso (ma sovrapponibile, con riferimento al profilo in esame) caso dell'affidamento riposto nel provvedimento favorevole, secondo cui "il peso dell'interesse, del beneficiario del provvedimento favorevole riflette la situazione di fatto che si è creata in conseguenza del provvedimento, e non il tempo che è passato dall'emanazione di questo – anche se il breve tempo trascorso rende meno probabile che esso abbia prodotto modificazioni significative, destinate a influenzare l'esito della procedura" (833).

<sup>91</sup> Nel caso del silenzio assenso, il privato non può che confidare nella legittimità dell'istanza presentata, per essere in linea con i requisiti richiesti dalla legge.

nati dall'assenso silenzioso. In secondo luogo, perché la considerazione dell'affidamento, soprattutto se guardato dalla prospettiva di chi lo considera situazione giuridica soggettiva autonoma<sup>92</sup>, non determina alcuna tutela aggiuntiva per il privato, andando, forse, a detrimento di quest'ultimo laddove gli impone di dimostrare lo stato soggettivo di buona fede, che non rileva in capo al titolare dell'interesse legittimo<sup>93</sup>, con un *surplus* di sforzo in sede processuale a livello di ulteriore allegazione di fatti e di (indispensabile) loro dimostrazione.

Insomma, dire che il privato ha fatto affidamento, in buona fede, sugli effetti dell'assenso per *silentium* rischia di costituire una formula vuota, che si perde nei meandri della tecnica del bilanciamento<sup>94</sup>. Nutrire affidamento, nella dinamica dell'annullamento in autotutela, nulla aggiunge e nulla toglie a ciò che il privato già ha all'interno della propria sfera giuridica<sup>95</sup>:

<sup>92</sup> Si rinvia sul punto alle diverse linee teoriche sul concetto di affidamento, riportate all'interno del precedente § 3.

<sup>93</sup> Lo ricordano anche N. PICA, *L'affidamento ingenerato dall'attività provvedimento illegittima della P.A.*, cit., 780; F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, cit., 836 ss.

<sup>94</sup> Come in concreto avviene, se si pensa a quanto osserva un attento Autore, secondo cui "è agevole rilevare che le verifiche del giudice amministrativo sull'osservanza o meno del principio di affidamento sono svolte di norma nella logica dell'eccesso di potere, e non seguendo i canoni della violazione di legge": A. TRAVI, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni ad attività economiche)*, in *Riv. reg. merc.*, 2016, 2, 9.

<sup>95</sup> In questa direzione, anche G. MANNUCCI, *L'affidamento nel rapporto amministrativo*, cit., 143.

Pregevole è lo sforzo di W. TROISE MANGONI, *L'esercizio retroattivo del potere amministrativo Limiti e garanzie a tutela dell'individuo*, cit., di affrancare il fenomeno del legittimo affidamento, che viene associato al principio di buona fede in senso oggettivo (145), dalla dinamica del bilanciamento, elevando l'interesse legittimo tutelato nell'ambito dell'esercizio del potere di annullamento in autotutela a posizione giuridica dotata di "particolare forza" (149), così giungendo alla conclusione che "in una fattispecie nella quale la pubblica amministrazione abbia ingenerato nel cittadino un'aspettativa giuridicamente rilevante circa la stabilità di una determinata situazione di vantaggio, il dovere di agire secondo lealtà e correttezza assume il significato della necessità di garantire, in via ordinaria, il rispetto di quella posizione giuridica. Ciò comporta che nell'esercizio del proprio potere, nelle tre fasi di avvio, istruttoria e decisoria, l'amministrazione incontra un dovere aggiuntivo di prendere in considerazione e valutare scrupolosamente non solo l'interesse del privato genericamente inteso, ma la sua posizione come rafforzata in ragione della titolarità della situazione di legittimo affidamento" (149).

l'interesse alla (e, dunque, anche la fiducia nella) conservazione degli effetti del silenzio assenso. Interesse (e corrispondente fiducia) peraltro segnato(/i) dall'incombere dell'autotutela, che può sempre manifestarsi laddove la cura dell'interesse pubblico lo richieda e di cui il privato non può che essere consapevole essendo prevista dalla legge.

Diversa è la questione legata alla tutela del privato nel caso in cui la p.a. annulli gli effetti dell'assenso formatosi per silenzio e tale annullamento diventi inoppugnabile<sup>96</sup>. In tale caso, emerge il dubbio se il privato possa essere tutelato in ragione dell'inerzia inizialmente mantenuta dalla p.a., degli effetti che tale inerzia ha determinato in capo al privato (di assenso tacito dell'istanza) e dell'annullamento di tali affetti alla luce della valutazione postuma di illegittimità dell'istanza stessa.

Nel caso, si pone il problema se vi possa essere una tutela dell'affidamento riposto dal privato nella situazione favorevole maturata per effetto del silenzio. In questo caso sembra venire in rilievo la figura concettuale dell'affidamento incolpevole<sup>97</sup>, deluso in conseguenza dell'annullamento degli effetti del silenzio assenso. Emerge, allora, la posizione del privato che in buona fede ha confidato nella stabilità di tali effetti<sup>98</sup>. Il problema si pone, in particolare, soprattutto in ordine a casi in cui il provvedimento di annullamento in autotutela deriva da un accertamento della mancata sussistenza dei requisiti di legge per accogliere la domanda ampliativa del privato in virtù di una interpretazione (non univoca) della p.a. In tal caso, invero, il privato ben potrebbe riporre fiducia, in buona fede, sulla legittimità e correttezza della sua istanza, potendo non tenere in considerazione l'opposta linea interpretativa dell'amministrazione.

---

In concreto, però, sembra che tale dovere aggiuntivo ridondi in un onere motivazionale rafforzato (149), che comunque verrebbe imposto all'amministrazione che si confronta con l'interesse legittimo che tutela il privato che ripone fiducia nella stabilità del provvedimento favorevole di cui è stato destinatario.

<sup>96</sup> Tanto perché non contestato in giudizio, quanto perché accertato in sede giurisdizionale in via definitiva.

<sup>97</sup> Si veda *supra*, *sub* § 3.

<sup>98</sup> Si veda F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, cit., la quale, con riferimento al caso dell'affidamento riposto nel provvedimento favorevole, osserva che, nel l'ipotesi in cui lo stesso sia definitivamente deluso (per effetto dell'annullamento del provvedimento favorevole), "trova sistemazione il requisito soggettivo dell'affidamento (la sua incolpevolezza), che è essenziale per la nozione di affidamento secondo buona fede, e che nell'affidamento legittimo non svolge una funzione apprezzabile" (846-847).

Non sembra, però, che la sfera giuridica del privato sia tutelata nel caso in esame dall'affidamento incolpevole. Ad emergere, anche in questo caso, è l'interesse legittimo. È vero che l'inerzia è un comportamento normativamente consentito, idoneo a produrre gli stessi effetti del provvedimento di accoglimento della domanda (in virtù dell'art. 20, comma 1, della legge n. 241 del 1990). È anche vero che in capo all'amministrazione permane il dovere di provvedere, giacché, come detto, l'inerzia non rappresenta un modo alternativo di esercizio della funzione. Ne deriva, allora, che in caso di inerzia colpevole, intesa nel senso che l'amministrazione non ha provveduto, ma avrebbe dovuto adottare un provvedimento negativo, la stessa pone in essere un contegno repressibile in quanto contrario al corretto e legittimo svolgimento della funzione.

Ad essere lesa è l'interesse legittimo che germina nel procedimento di primo grado. Non già l'interesse legittimo quale interesse materiale al provvedimento/comportamento favorevole<sup>99</sup>, bensì l'interesse alla legittimità del provvedimento/comportamento della p.a., situazione giuridica soggettiva, parimenti di rilievo materiale, che coabita con il primo nell'articolato svolgimento del rapporto giuridico amministrativo dinamico<sup>100</sup>. La prima riguarda, appunto, l'interesse a che la pubblica amministrazione provveda ovvero si comporti in modo corretto e legittimo. La riprova più evidente dell'esistenza di tale distinta situazione giuridica soggettiva risiede nella emanazione del provvedimento sfavorevole ed illegittimo: in tal caso, il privato che agisce in giudizio per tentare il ripristino della legittimità in ipotesi violata dal provvedimento sfavorevole pone tale situazione giuridica soggettiva, e solamente questa, a fondamento della propria azione<sup>101</sup>. La fattispecie dell'annullamento d'ufficio in autotutela

<sup>99</sup> Si fa qui riferimento alla nota ricostruzione teorica sull'interesse legittimo riconducibile a Franco Gaetano Scoca, la quale, oltre a conferire una compiuta dignità teorica al concetto, ne esalta la dimensione unitaria, rispetto alle sue due note declinazioni (di interesse legittimo pretensivo e oppositivo), che risiede in ciò: tale situazione giuridica soggettiva è inquadrabile come interesse al provvedimento ovvero al comportamento favorevole, tanto nel caso in cui vi sia il fine di acquisire un nuovo bene della vita, quanto nel caso in cui si voglia conservarlo: F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., 305.

<sup>100</sup> E. FOLLIERI, *Il rapporto giuridico dinamico*, in *Giustamm*, 2017, 12.

<sup>101</sup> L'interesse legittimo quale situazione giuridica soggettiva sostanziale (quello al provvedimento/comportamento favorevole, per dirla con F.G. Scoca) si pone a fondamento di tale azione, ma ne costituisce solamente il presupposto logico e giuridico, nulla più: sul punto, sia consentito il rinvio a J. VAVALLI, *Azione di annullamento e tutela dell'interesse legittimo pretensivo. Un nuovo modello teorico*, Torino, 2023 (spec. 46 ss.).

consente di trarre una ulteriore conferma dell'esistenza e del rilievo giuridico (non solo teorico, ma anche pratico) dell'interesse alla legittimità. All'interno di tale fattispecie, applicata al caso del silenzio assenso, invero,

---

In tale studio, in sintesi estrema: si fa riferimento al disallineamento che esiste nella fase di cognizione del processo amministrativo di legittimità su interessi legittimi pretensivi, tra la situazione giuridica soggettiva che (pressoché unanimemente) dottrina e giurisprudenza considerano interessata dal medesimo processo, e cioè l'interesse legittimo materiale, avente ad oggetto la pretesa di provvedimento favorevole/il bene della vita e quella di cui effettivamente viene richiesta tutela in giudizio, e cioè l'interesse a far emergere *tout court* l'illegittimità del provvedimento impugnato (5); si individua l'interesse alla (o per meglio dire, al ripristino della) legittimità quale unica situazione giuridica soggettiva dedotta nel processo di annullamento a tutela dell'interesse legittimo pretensivo, che assurge anche ad oggetto del processo medesimo (35 ss.); si rileva la natura sostanziale di tale situazione giuridica soggettiva, essendo la legittimità l'oggetto dell'interesse legittimo del privato che origina dal rapporto con la pubblica amministrazione derivante da situazioni pretensive, anche a fronte della tutela che l'ordinamento appresta nel caso di sua violazione nonché delle conseguenze di ordine risarcitorio che tale violazione è idonea a determinare (50); si pone in rapporto l'interesse alla legittimità con l'interesse legittimo pretensivo, situazione giuridica soggettiva, sempre di interesse legittimo, che si affianca alla prima e che diviene rilevante per effetto dell'esercizio del potere amministrativo: si tratta dell'interesse al provvedimento/comportamento favorevole, che non costituisce la situazione giuridica soggettiva alla luce della quale il privato domanda tutela nel processo di annullamento, ma il presupposto logico e giuridico dell'azione di annullamento del provvedimento che si assume illegittimo (53 ss.).

È chiaro che l'impostazione che si sta portando avanti si fonda sulla concezione dell'interesse legittimo come interesse al provvedimento favorevole, in cui l'interesse al il bene della vita (*id est*, l'interesse finale) non è un elemento costitutivo della fattispecie, ma si colloca in una "realtà pregiudiziale": A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, IX ed., Torino, 2010, 73.

L'impostazione non potrebbe essere mantenuta in virtù della linea teorica, autorevolmente sostenuta, per cui l'interesse legittimo rappresenta la pretesa del privato del bene della vita: G. GRECO, *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in *Dir. amm.*, 2014, 3, 486. In tal caso, l'interesse legittimo viene assimilato a un diritto di credito, ma sottoposto a una condizione potestativa altrui: ID., *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980, 162.

Sul solco di tale ordine concettuale, secondo cui l'interesse legittimo è un diritto di credito, si pone L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2003, 175 ss.; ID., *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al facere*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 3, 643.

l'interesse in questione viene leso per effetto della complessa fattispecie costitutiva riconducibile: *a)* al formarsi del silenzio assenso per effetto dell'inerzia della p.a.; *b)* alla emanazione del provvedimento di secondo grado di annullamento in autotutela di tali effetti, volto a porre rimedio alla asserita (in un primo momento) illegittimità della fattispecie assentita per *silentium*; *c)* alla conferma di tale annullamento, volta a cristallizzare l'illegittimità degli effetti del silenzio assenso, acquisita in via giurisdizionale, mediante il definitivo rigetto del ricorso avverso il provvedimento di annullamento d'ufficio, ovvero per effetto della mancata impugnazione di tale provvedimento.

Altro è l'interesse legittimo al provvedimento/comportamento favorevole, che emerge nell'ambito della prima istanza del privato, assentita in modo silenzioso, e che, nella complessa fattispecie ora in esame, si pone a fondamento dell'azione con cui il privato tenta di difendere il detto provvedimento inciso dal riesercizio del potere amministrativo in sede di autotutela<sup>102</sup>.

È, dunque, l'interesse alla legittimità la situazione giuridica soggettiva lesa all'esito dell'annullamento d'ufficio in autotutela degli effetti del silenzio assenso (inoppugnabile). Si tratta di una situazione giuridica soggettiva che subisce un danno (potenziale) dalla emanazione di un assenso implicito a una istanza del privato *ab origine* illegittima, ma che viene in rilievo in un secondo momento (in fase di autotutela). Danno che sembra collocarsi nell'ambito della responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione, alla luce dei principi espressi dalla più recente giurisprudenza amministrativa<sup>103</sup>.

---

<sup>102</sup> Emblematico di tale ordine concettuale, secondo cui esiste una coabitazione tra un interesse materiale (al provvedimento/comportamento favorevole) e un interesse alla legittimità dell'azione amministrativa, è il pensiero di E. CASETTA, *Diritto soggettivo e interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, secondo cui “[l]’interesse alla legittimità e interesse individuale da essa contemplato non son concetti contraddittori, ogniqualvolta per il soggetto, ai fini della sperata realizzazione di un suo interesse materiale, sia indispensabile ottenere la repressione della illegittimità. La concessione del ricorso giurisdizionale implica dunque la piena protezione e soddisfazione dell’interesse alla legittimità dell’atto amministrativo, in quanto, salvo rare eccezioni consentite dalla legge, esso sia «fissato» in un soggetto, ossia collegato appunto con un suo interesse materiale che, attenendo a quella particolare situazione giuridica su cui opera l’atto amministrativo e di cui il soggetto si affermi e dimostri titolare, viene a sua volta leso dall’atto stesso” (618; si veda anche 622-623).

<sup>103</sup> Cons. Stato, ad. plen., 23 aprile 2021, n. 7, in *Dir. proc. amm.*, 2022, 1, 143 ss.,

### Abstract

Il presente lavoro si occupa di indagare il tema del silenzio assenso e dell'affidamento riposto dal privato nell'aver beneficiato degli effetti favorevoli della condotta inerte dell'amministrazione. All'esito di un inquadramento teorico del fenomeno del silenzio assenso, lo studio si sofferma sull'ampiezza dei poteri di autotutela dell'amministrazione rispetto agli effetti generati dall'assenso implicito che la stessa amministrazione ha rilasciato con riferimento all'istanza ampliativa del privato.

Si esamina, poi, il concetto di affidamento e la sua rilevanza, ai fini della tutela della sfera giuridica del privato, all'interno della fattispecie dell'annullamento in autotutela degli effetti del silenzio assenso. L'indagine conduce a ritenere che sia l'interesse legittimo a tutelare il privato sia nell'ambito del richiamato procedimento di autotutela sia al fine di consentire una eventuale pretesa risarcitoria in conseguenza della lesione della propria sfera giuridica.

---

con nota di M. TRIMARCHI, *Responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione o amministrazione irresponsabile?*, in cui, come ha avuto di affermare un autorevole Autore, “vi è stata una decisa presa di posizione a favore della responsabilità extracontrattuale che si basa su una sequenza argomentativa che può essere così riassunta: (i) il rapporto tra PA e privati, che si instaura nel procedimento, non è un rapporto paritario in quanto la PA esercita in ogni caso poteri unilaterale destinati a produrre effetti sulla sfera giuridica dei destinatari a prescindere dal loro consenso; (ii) tale elemento impedisce di potere ricondurre la responsabilità per i danni derivanti dalla lesione dell'interesse legittimo nello schema del rapporto contrattuale o da contatto sociale qualificato, che è invece un rapporto paritario; (iii) la circostanza che l'interesse legittimo sia una situazione attiva, rilevante sul piano sostanziale, non muta la relazione tra pubblica amministrazione e privato, che è (e rimane) per usare le parole dei giudici una relazione che va “configurata in termini di supremazia”; (iv) esistono dati di diritto positivo che militano a favore dell'inquadramento della responsabilità per i danni derivanti dalla lesione dell'interesse legittimo e segnatamente quelli in cui si fa riferimento al danno ingiusto e al danno derivante dalla inosservanza colposa o dolosa del termine di conclusione del procedimento”: A. ZITO, *Responsabilità civile della Pubblica Amministrazione per attività provvedimentale illegittima*, cit., 827.

The tacit administrative consent and the issue of protecting  
the legitimate expectations of private parties

This paper investigates the topic of tacit consent and the legitimate expectation held by a private party who has benefited from the favourable effects of the administration's inaction. Following a theoretical framework of the tacit consent phenomenon, the study focuses on the scope of the administration's self-protective powers concerning the effects generated by the implied consent that the administration itself granted in relation to the private party's ampliative application.

Subsequently, the paper examines the concept of legitimate expectation and its relevance for the protection of the private party's legal sphere within the specific case of the annulment *ex officio* of the effects of tacit consent. The investigation leads to the conclusion that the legitimate interest is what protects the private party both within the aforementioned self-protective proceeding and for the purpose of allowing for a potential claim for damages following the infringement of their legal sphere.