

amministrativ@mente

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo  
www.amministrativamente.com



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

**Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)**

Pubblicata in internet all'indirizzo [www.amministrativamente.com](http://www.amministrativamente.com)

*Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"*

**Direzione scientifica**

Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

**Direttore Responsabile**

Gaetano Caputi

**Redazione**

Carlo Rizzo

**FASCICOLO N. 4/2025**

Estratto

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

ISSN 2036-7821



#### Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Francesco Cardarelli, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Chiara Cudia, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Valentina Maria Donini, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Bruno Mercurio, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, José Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

#### Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Sveva Bocchini, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Beatrice Coppa, Giuseppe Doria, Manuel Delgado Iribarren, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Giuseppina Lofaro, Federica Lombardi, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Giovanni Pesce, Benedetta Piazza, Marcin Princ, Sara Pugliese, Bianca Nicla Romano, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Esper Tedeschi, Simona Terracciano, Stefania Terracciano, Salvatore Villani.

#### Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.



# La tutela dell'affidamento nei confronti della pubblica amministrazione. Il caso della ripetizione dell'indebito retributivo da parte della p.a.

di **Sonia Caldarelli**

(Professoressa Associata di diritto amministrativo dell'Università degli Studi di Bergamo)

## Sommario

1. Oggetto dell'indagine e premessa di metodo; - 2. La tutela del legittimo affidamento nei rapporti tra pubblica amministrazione e privati tra diritto pubblico e diritto comune; - 2.1. Sulla concezione "privatistica" dell'affidamento e sulla clausola generale della buona fede; - 3. La cartina di tornasole del legittimo affidamento come limite alla ripetizione dell'indebito retributivo; - 3.1. Segue: la ripetizione dell'indebito come atto iure privatorum e le implicazioni sulla tutela dell'affidamento; 3.2. La giurisprudenza della Corte EDU sulla legitimate expectation quale limite alla ripetizione dell'indebito; - 3.2.1. La natura della legitimate expectation di matrice convenzionale; - 3.3. I rimedi a sua tutela: un tema di diritto nazionale. La rimessione della questione di legittimità costituzionale dell'art. 2033 c.c. per violazione del legittimo affidamento; - 3.4. La soluzione fornita dalla Corte costituzionale: buona fede oggettiva, inesigibilità della prestazione e risarcimento del danno; - 4. Note conclusive.

## Abstract

This essay analyzes the role of legitimate expectations in cases where public authorities seek to recover undue payments. It draws on domestic and supranational sources, as well as on doctrinal and case-law developments, and assesses the coherence of the framework in light of the Constitutional Court's 'Convention-oriented' interpretation (Judgment No. 8/2023). The article proposes a conceptual framework for the protection of legitimate expectations in relations between public authorities and private parties, both iure imperii and iure privatorum.

*\* Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blind peer review*



## 1. Oggetto dell'indagine e premessa di metodo.

La rilevanza del legittimo affidamento nei rapporti tra amministrazione e soggetti privati e le relative tecniche di tutela, sono temi oggetto, da molti anni, di ampio e vivace dibattito in dottrina e giurisprudenza<sup>1</sup>, se la dottrina amministrativistica tradizionale ha ricondotto il legittimo affidamento nei rapporti tra PA e privati alla clausola generale di buona fede, riconoscendogli una chiara matrice privatistica sebbene con implicazioni peculiari quanto ai rapporti di autorità<sup>2</sup>, la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea<sup>3</sup> (e anche quella della Corte Costituzionale<sup>4</sup>) ha posto l'accento sulla derivazione del legittimo affidamento dal

<sup>1</sup> Il legittimo affidamento nei rapporti tra p.a. e privati è stato oggetto di puntuali e approfondite trattazioni in dottrina: senza pretesa di esaustività e ferme le ulteriori citazioni nel corpo del testo, cfr. F. Merusi, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970; 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; L. Giani, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli, 2005; S. Antoniazzi, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, 2005; ; R. Musone, *Annullamento d'ufficio degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Ed. Aracne, Roma, 2012; A. Travi, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni ad attività economiche*, in Riv. Della Reg. dei Mercati, 2016, 2, 6 ss.; Id., *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in Dir. Pubbl, 2018, 1, 122 ss.; D. U. Galetta, *La tutela dell'affidamento nella prospettiva del diritto amministrativo italiano, tedesco e comunitario: un'analisi comparata*, in Dir. amm., 2008, 757 ss..

<sup>2</sup> Il riferimento è alla fondamentale opera di F. Merusi, *L'affidamento del cittadino*, op. cit., e ristampa, con Introduzione dell'a., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico – Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, Milano, 2001, ma anche a F. Manganaro, op. cit..

<sup>3</sup> Tra le prime sentenze, si v. Cgue, 3 maggio 1978, causa C-12/77, *Topfer*. Per gli ulteriori riferimenti, cfr. infra par. 2.

<sup>4</sup> Nella prospettiva costituzionalistica la questione degli spazi di tutela del legittimo affidamento nel rapporto tra governanti e governati, è stata prospettata in relazione alle modifiche normative e alla pretesa di equilibrio e di stabilità delle situazioni soggettive ex lege riconosciute, ossia sotto il profilo della legittimità costituzionale delle leggi retroattive che incidono su posizioni di vantaggio consolidate. L'insussistenza di un esplicito referente costituzionale a tutela del legittimo affidamento ha comportato una certa difficoltà della giurisprudenza costituzionale nella individuazione del parametro sulla base del quale poter valutare la legittimità costituzionale di legge sospettate di contrastare con il legittimo affidamento: la Corte, sulla scorta della dottrina tedesca che rinviene nel principio della certezza giuridica il fondamento del legittimo affidamento, ha affermato che esso sia una espressione della sicurezza giuridica "quale elemento fondamentale dello Stato di diritto" (Corte Cost. n.349/1985; Id. n.822/1988; Id. n.39/1993, nonché più di recente Id. n.216/2015, n. 203/2017). Tuttavia, sovente il parametro costituzionale è stato ricostruito mediante il ricorso all'art. 3 co. 1 cost. quale espressione del principio di ragionevolezza e alle altre norme costituzionali relative ai diritti fondamentali costituzionalmente tutelati incisi dall'intervento legislativo, emergendo pertanto un fondamento "soggettivo" (e non meramente oggettivo, quale dovrebbe desumersi dal riferimento alla "sicurezza" o "certezza" giuridica) del legittimo affidamento: per una ampia ricostruzione degli approdi della giurisprudenza costituzionale e della incerta identificazione del legittimo affidamento, si v. F. F. Pagano, *Il principio di affidamento nella giurisprudenza nazionale e sovranazionale*, in Dir. Pubbl., 2014, 2, 604 ss.. Per una critica agli approdi della giurisprudenza, di veda Ibidem, 605 ss. secondo cui essa non appare sempre lineare negli esiti ricostruttivi e negli approdi interpretativi; per altro verso, la dottrina ha rilevato che la Corte costituzionale non sarebbe riuscita ad individuare un chiaro referente costituzionale (così P. Carnevale, *La tutela del legittimo affidamento....cerca casa*, in Giur. Cost., 2011, 1, 16 ss.) e, per altro verso ancora, avrebbe individuato un "baluardo efficace, ma certo non insormontabile" (M. Luciani, *Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica (parte seconda)*, in Giur. it., 2007, 8, 2090 ss.): ci si riferisce alla circostanza che, al di là delle affermazioni di principio, la rilevanza del legittimo affidamento non precluderebbe il sacrificio delle situazioni di vantaggio,



principio di certezza giuridica; più di recente, parte della dottrina<sup>5</sup> e della giurisprudenza (in particolare delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, complice il condizionamento derivante dalla risoluzione della relativa questione di giurisdizione) ha sostenuto una diversa consistenza del legittimo affidamento di matrice pubblicistica, rispetto a quello di matrice civilistica, prospettando quindi due distinti regimi giuridici: uno, quello del "legittimo affidamento" pubblicistico regolato dalle norme di diritto pubblico ed in particolare dall'art. 21 *nonies* della l. n. 241/1990 ss. mm. ii., l'altro quello, di matrice privatistica, dell'"affidamento incolpevole", regolato dalle norme di diritto comune quale espressione della clausola generale di buona fede e correttezza, con implicazioni sul piano delle tecniche di tutela (che oscillano dalla rilevanza dell'affidamento come limite che indice sulla legittimità dell'azione amministrativa, alla sua lesione come elemento costitutivo dell'azione di responsabilità)<sup>6</sup>.

---

imponendo solo il rispetto di specifiche modalità: si v. in tal senso anche, A. Travi, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, op. cit., 121.

<sup>5</sup> Cfr. F. Trimarchi Banfi, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, in Dir. Proc. amm., 2018, 823 ss.

<sup>6</sup> Nei limiti del presente contributo non è possibile soffermarsi sulla declinazione "affidamento incolpevole" e "affidamento legittimo" elaborata dalla più recente giurisprudenza delle sezioni Unite della Corte di Cassazione, complice il condizionamento derivante dalla risoluzione delle sottese questioni di giurisdizione. Si impone, comunque, qualche cenno. La giurisprudenza sia amministrativa che di legittimità riconosce che, pur a fronte di un legittimo provvedimento di autotutela, possa darsi una lesione dell'affidamento del privato sulla conservazione/spettanza del vantaggio conseguito. Si riconosce altresì che pur in mancanza di un provvedimento attributivo del bene, la condotta procedimentale (ivi compresa l'inerzia della pubblica amministrazione) potrebbe in astratto essere posta a fondamento di un'azione di risarcimento del danno per lesione dell'affidamento. Nella giurisprudenza della Corte di Cassazione (Cass., Sez. Un, 25 settembre 2025, n. 26080; Id. 28 aprile 2020, n. 8236; Id. 15 gennaio 2021, n.615; Id. 11 maggio 2021, n.12428) i predetti esiti interpretativi sono frutto della ritenuta differente consistenza dell'affidamento che viene in rilievo: si afferma in altri termini che l'affidamento del privato alla correttezza della condotta della pubblica amministrazione, risarcibile in caso di lesione, sarebbe l'"affidamento incolpevole" (basato sulla clausola di buona fede e correttezza) e non già il legittimo affidamento retto dalle norme di diritto pubblico e tutelato attraverso le regole di validità dell'azione amministrativa. L'orientamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione fatto proprio nella sua più recente giurisprudenza costituisce uno sviluppo degli argomenti delle note ordinanze gemelle nn. 6594, 6595 e 6596 delle 2011, con cui, rispettivamente, la Corte ha ritenuto rientrante nella giurisdizione ordinaria: (i) la controversia avente ad oggetto il risarcimento dei danni lamentati per la lesione dell'affidamento ingenerato dal provvedimento favorevole (nella specie una concessione edilizia) poi legittimamente annullato in via di autotutela; (ii) la controversia avente ad oggetto il risarcimento dei danni lamentati per la lesione dell'affidamento riposto nell'attendibilità della attestazione rilasciata dalla pubblica amministrazione (rivelatasi erronea) circa la edificabilità di un'area (chiesta dal privato per valutare la convenienza economica di acquistare un terreno) e nella legittimità della conseguente concessione edilizia, successivamente annullata; (iii) la controversia avente ad oggetto la domanda autonoma di risarcimento danni proposta da colui che, avendo ottenuto l'aggiudicazione in una gara per l'appalto di un pubblico servizio, successivamente annullata dal giudice amministrativo, deduca la lesione dell'affidamento ingenerato dal provvedimento di aggiudicazione apparentemente legittimo. Ciò in quanto "il provvedimento che aveva concesso il diritto a edificare e che, perché illegittimo, è stato legittimamente posto nel nulla, rileva per il titolare dello *ius aedificandi* esclusivamente quale mero comportamento degli organi che hanno provveduto al suo rilascio, integrando così, ex art. 2043 c.c., gli estremi di un atto illecito per violazione del principio del *neminem laedere*, [...] per avere tale atto, con la sua apparente legittimità, ingenerato nel destinatario l'incolpevole convincimento (fondato sull'affidamento in ordine alla



Nell'ambito di questo dibattito il presente contributo indaga sul tema specifico e puntuale del legittimo affidamento come limite alla ripetizione dell'indebito da parte della pubblica amministrazione<sup>7</sup>, che ha recentemente interessato, nella dialettica

legittimità dell'atto amministrativo e, quindi, sulla correttezza dell'azione amministrativa) di potere legittimamente procedere all'edificazione". Come osservato dalle Sez. Un. della Corte di Cass. nella citata ord. n. 8236/2020, i principi espressi nelle tre ordinanze gemelle del 2011 non sono stati pacificamente applicati essendo intervenute pronunce delle Sezioni Unite che, discostandosi da tale orientamento, hanno invece affermato la giurisdizione amministrativa sull'azione risarcitoria per lesione dell'affidamento riposto nella legittimità del provvedimento amministrativo, annullato in autotutela o ope iudicis (si veda la ricostruzione dei diversi orientamenti riportata nel par. 19). Il più recente orientamento delle Sezioni Unite ha ribadito che in caso di affidamento riposto dal privato nella legittimità del provvedimento amministrativo, la giurisdizione spetta al GO in quanto la lesione "discende non dalla violazione delle regole di diritto pubblico che disciplinano l'esercizio del potere amministrativo che si estrinseca nel provvedimento, bensì dalla violazione delle regole di correttezza e buona fede di diritto privato cui si deve uniformare il comportamento dell'amministrazione", ed ha esteso tali principi anche all'ipotesi in cui manchi il provvedimento finale attributivo della posizione di vantaggio derivando l'affidamento dalla condotta "procedimentale" della PA e dalla sua inerzia e mancata chiusura del procedimento con un atto finale favorevole. Secondo tale prospettazione la nozione di affidamento quale espressione della buona fede, che si sostanzia nella "fiducia, nella delusione della fiducia e nel danno subito a causa della condotta dettata dalla fiducia mal riposta", è "una situazione autonoma tutelata in sé e non nel suo collegamento con l'interesse pubblico, come affidamento incolpevole di natura civilistica", diverso dall'"affidamento legittimo" la cui forma tipizzata di tutela si rinvia nella disciplina dell'annullamento d'ufficio del provvedimento amministrativo illegittimo dettata dall'art. 21 nonies della legge n. 241 del 1990". Situazione giuridica espressamente definita come "diritto soggettivo", senza tuttavia meglio specificare a quale norma tale diritto soggettivo si riferirebbe per la sua attribuzione e comunque negando la tesi giurisprudenziale secondo cui si tratterebbe del "diritto soggettivo alla conservazione dell'integrità del patrimonio". Il tema ha suscitato grande attenzione in dottrina: tra i più autorevoli contributi, in relazione alle ordinanze gemelle del 2011, si v. M. A. Sandulli, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche Amministrazioni: tra soluzioni di vecchi problemi e nascita di nuove questioni (brevi note a margine di Cons. St., ad. Pl. 23 marzo 2011 n.3, in tema di autonomia dell'azione risarcitoria e di Cass. SS. UU., 23 marzo 2011 nn. 6594, 6596 e 6596, sulla giurisdizione ordinaria sulle azioni per il risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti favorevoli)*, in *Federalismi*, 2011, 7, 1 ss.; A. Travi, *Annullamento del provvedimento favorevole e responsabilità dell'amministrazione*, in *Foro it.*, I, 2011, 2387 ss.; in senso favorevole alla tesi della Cassazione, si v. R. Caponigro, *Questioni attuali in un dibattito tradizionale: la giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Federalismi*, 2011, 10, 1 ss.. Con tre sentenze del 29 novembre 2021, le nn. 19, 20 e 21, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha, invece, ritenuto che legittimo affidamento derivante da un provvedimento amministrativo ampliativo sarebbe espressione clausola generale di buona fede e correttezza che, sebbene di matrice civilistica, opera anche nei rapporti di autorità tra PA e privato imponendo in primis all'amministrazione doveri a salvaguardia delle situazioni soggettive coinvolte che "in quanto afferenti a quel rapporto, non mutano la loro natura e consistenza"; secondo tale interpretazione, il legittimo affidamento sarebbe quindi una "situazione soggettiva del privato che afferisce pur sempre all'esercizio del potere pubblico". Il giudice amministrativo ha altresì riconosciuto "ambivalenza" al legittimo affidamento sia come regola di validità dell'esercizio del potere, sia come regola di condotta: in questo senso, tra la giurisprudenza più risalente, in materia di responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione in caso di revoca legittima degli atti di gara, si v. Cons. St. Ad. Pl., 5 settembre 2006, n.6. Più di recente, Id. 4 maggio 2018, n.5 e Id. n.21/2021 cit. Per una critica all'operativa della distinzione tra regole di condotta e regole di validità nel diritto amministrativo, si v. l'approfondita e lucida ricostruzione di L. Lorenzoni, *Osservazioni critiche in tema di responsabilità civile della p.a.*, in *Dir. Amm.*, 2020, 1, 235 ss. Si v. anche G. Tulumello, *La tutela dell'affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione fra ideologia e dogmatica*, *Liber Amicorum per Salvatore Raimondi*, Ed. Sc., Napoli, 2022; G. Mannucci, *La decisione della Plenaria sull'affidamento: una svolta a metà*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2022, 3, 7 ss..

<sup>7</sup> La ripetizione dell'indebito da parte della pubblica amministrazione costituisce, secondo l'interpretazione maggioritaria della giurisprudenza, un atto dovuto e (sostanzialmente) vincolato (sia se qualificato come atto di ripetizione dell'indebito ex art. 2033 c.c., sia se qualificato come atto di autotutela); la prassi applicativa ha



ordinamento nazionale e europeo, la Corte Costituzionale, la Corte Europea dei diritti dell'uomo, il Consiglio di Stato e la Corte di Cassazione, alla ricerca di un punto di equilibrio tra le contrapposte esigenze (pubbliche) di reintegrazione del patrimonio dell'amministrazione e (private) di garanzia delle aspettative del privato: si tratta di una vicenda che offre l'occasione per una ulteriore riflessione sulle tecniche di tutela del legittimo affidamento nei rapporti tra PA e soggetti privati<sup>8</sup>.

In estrema sintesi:

- a) La Corte di Strasburgo, nella sentenza 11 febbraio 2021 *causa Casarin c. Italia*,<sup>9</sup> ha ritenuto che il "legittimo affidamento" del privato alla percezione delle retribuzioni corrisposte in modo continuativo e senza riserve dalla pubblica

---

dimostrato che la doverosità dell'azione di recupero si deve, comunque, confrontare con l'esigenza di tutela del legittimo affidamento del soggetto privato che abbia percepito in buona fede, in modo continuativo e senza riserve, le somme corrisposte per errore dalla pubblica amministrazione. Gli orientamenti della giurisprudenza amministrativa e di legittimità sulla qualificazione della ripetizione dell'indebito da parte della pubblica amministrazione sono riportati *infra* ai parr. 3 e ss., ai quali si rinvia per le relative citazioni. Occorre anche rammentare che, a differenza dell'indebito retributivo oggetto della presente trattazione, nel diritto interno l'indebito previdenziale e pensionistico costituisce oggetto di una regolamentazione speciale che tutela espressamente il legittimo affidamento: difatti l'art. 52 l. 9 marzo 1989, n. 88 dispone che "[l]e pensioni [...] possono essere rettifiche in ogni momento dagli enti o fondi erogatori in caso di errore di qualsiasi natura commesso in sede di attribuzione, erogazione o riliquidazione della stessa"; tuttavia "[n]el caso in cui [...] siano state corrisposte rate di pensione risultanti non dovute, non si fa luogo al recupero delle somme corrisposte, salvo che l'indebita percezione sia dovuta a dolo dell'interessato". Si v. anche Corte costituzionale n. 1 del 2006, secondo cui spetta al legislatore che si sia allontanato dal principio civilistico della totale ripetibilità dell'indebito oggettivo (art. 2033 c.c.), la scelta nella individuazione degli strumenti più idonei a garantire ai pensionati a basso reddito un congruo livello di tutela.

<sup>8</sup> La questione del legittimo affidamento come limite alla ripetizione dell'indebito da parte della pubblica amministrazione ha suscitato molta attenzione nella dottrina civilistica, con particolare riferimento alla questione della valorizzazione della clausola generale di buona fede e dell'istituto della inesigibilità della prestazione (v. E. Bufano, A. Dinisi, *op. cit.*; C. De Menech, *op. cit.*; C. Scognamiglio, *op. cit.*; G. Vettori, *op. cit.*), mentre non è stata oggetto di particolare analisi da parte della dottrina amministrativista (nel recente lavoro monografico di G. Mannucci, *L'affidamento nel rapporto amministrativo*, Ed. Sc., Napoli, 2023, alla sentenza della Corte Costituzionale viene riservata una nota, solo finalizzata a descrivere il contenuto della decisione, senza che da essa si siano tratte particolari implicazioni quanto al tema generale trattato nell'opera): la ragione sembra derivare dalla circostanza che il tema specifico di cui si tratta, coinvolga istituti tipici del diritto privato, quali la ripetizione dell'indebito, la clausola generale della buona fede, le possibili sue estensioni e l'istituto della inesigibilità, fornendo spunti interpretativi "innovativi" sull'affidamento e sui rimedi a sua tutela. In realtà, non può essere trascurato il contesto in cui si colloca la decisione della Corte Costituzionale, che è quello dei rapporti tra pubblica amministrazione e privato e della rilevanza, in essi, del legittimo affidamento del privato; in tale prospettiva, la decisione è di interesse là dove fornisce spunti ricostruttivi utili sulla natura del legittimo affidamento, collocandosi all'interno dell'attuale dibattito dottrinale e giurisprudenziale sulla natura di esso e sulle tecniche di tutela con riferimento ai rapporti amministrativi.

<sup>9</sup> Corte Edu, 11 febbraio 2021, *causa Casarin c. Italia*, ric. n. 4893/13, reperibile online su <https://hudoc.echr.coe.int>. In senso conforme, si vedano Id., 12 dicembre 2019, *Romeva contro Macedonia del Nord*; Id., 26 aprile 2018, *Cakarevi contro Croazia* e 15 settembre 2009, *Moskal contro Polonia*, tutte consultabili online su <https://hudoc.echr.coe.int>. In dottrina, per un commento alla decisione della Corte Edu *Casarin c. Italia*, si v. E. Bufano, A. Dinisi, *Ripetizione dell'indebito e affidamento dell'accipiens. CEDU e diritto interno a confronto*, in *Pactum*, 2022, 71 ss. e C. De Menech, *La protezione dell'affidamento qualificato nel diritto privato europeo sullo sfondo del dialogo tra Corte EDU e giudici nazionali in materia di ripetizione degli emolumenti non dovuti dalla PA*, in *Jus Civile*, 6, 2022, 1443 ss.



- amministrazione, rientri nel campo di applicazione 1 Prot. addiz. CEDU sulla "Protezione della proprietà"<sup>10</sup>, con conseguente necessità per l'amministrazione di rispettare i limiti della legalità dell'ingerenza, della sussistenza di un interesse pubblico, nonché della sua proporzionalità<sup>11</sup>.
- b) La Corte Suprema di Cassazione ha sottoposto alla Corte costituzionale<sup>12</sup> la questione, con riferimento all'art. 117, primo comma, Cost. (quest'ultimo in relazione all'art. 1 Prot. 1 Add. CEDU come interpretato dalla Corte EDU), di legittimità costituzionale dell'art. 2033 cod. civ.<sup>13</sup>, *"nella parte in cui, in caso di indebito retributivo erogato da un ente pubblico e di legittimo affidamento del dipendente pubblico percipiente nella definitività dell'attribuzione, consente un'ingerenza non proporzionata nel diritto dell'individuo al rispetto dei suoi beni"*.
- c) Diversamente dalla Suprema Corte di Cassazione, il Consiglio di Stato<sup>14</sup> ha ritenuto di poter dare ingresso al legittimo affidamento quale limite alla ripetizione dell'indebito da parte della pubblica amministrazione, o qualificando l'atto di ripetizione come "autotutela" (soggetta quindi ai principi e regole del potere di annullamento d'ufficio ex art. 21 *nonies* della legge n. 241/1990 ss. mm. ii.) ovvero attraverso una lettura "meno rigorosa" (rispetto a quella fatta propria dalla giurisprudenza ordinaria che escludeva ogni rilevanza dell'affidamento come limite alla ripetizione dell'indebito) dell'art. 2033 c.c. (sul presupposto della sua natura di atto *iure privatorum*), intesa come norma che lascerebbe spazio, in sede applicativa, alle valutazioni ponderative in ordine alla rilevanza del legittimo affidamento del privato.
- d) La Corte Costituzionale con la sentenza n.8 del 2023<sup>15</sup>, nel dichiarare non

<sup>10</sup> Si riporta di seguito il testo dell'art. 1 Prot. 1 CEDU sulla Protezione della proprietà: "1. Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. 2. Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende."

<sup>11</sup> Su cui vedi *infra* par. 3.2. e 3.2.1.

<sup>12</sup> Corte di Cassazione Sezione Lavoro, ordinanza del 14 dicembre 2021, n. 4004, iscritta al n. 21 del reg. ord. 2022. Per un commento all'ordinanza si v. L. Cinotti, *L'indebito oggettivo e l'indebito contrattuale: un'irrisolta questione storica*, in *Diritto & Conti. Bilancio – Comunità – Persona*, 14 Maggio 2022. Su questo tema vedi *infra* par. 3.3.

<sup>13</sup> Ai sensi dell'art. 2033 c.c. *"Chi ha eseguito un pagamento non dovuto ha diritto di ripetere ciò che ha pagato. Ha inoltre diritto ai frutti e agli interessi dal giorno del pagamento, se chi lo ha ricevuto era in mala fede, oppure, se questi era in buona fede, dal giorno della domanda"*.

<sup>14</sup> Cons. St., Sez. II, 1° luglio 2021, n.5014. Per approfondimenti, vedi *infra* par. 3.3.

<sup>15</sup> Corte costituzionale, 27 maggio 2023, n.8: tra i primi commentatori, si v. C. Scognamiglio, *Affidamento, responsabilità contrattuale, inesigibilità: una nuova prospettiva di sviluppo della clausola generale di buona fede*, in *Accademia, Rivista dell'Associazione Civilisti italiani*, 1, 2023, 297 ss.; L. Taschini, *L'indebito oggettivo per prestazioni pubbliche ricevute, previdenziali e retributive: ripetizione e affidamento legittimo, tra Costituzione e diritto europeo convenzionale*, in *Labor*, 5, 2023, 515 ss. La decisione della Corte costituzionale è stata valorizzata altresì



fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2033 c.c. ha ritenuto percorribile una interpretazione *"convenzionalmente orientata"* del quadro normativo interno: secondo il Giudice delle leggi i principi affermati dalla giurisprudenza della Corte EDU possono trovare ingresso nel nostro ordinamento, sotto il profilo sostanziale, mediante il riferimento alla clausola generale della buona fede oggettiva (artt. 1337, 1175 e 1375 c.c.) che impone alla pubblica amministrazione di tenere in considerazione l'interesse del privato (richiamando la valutazione ponderativa degli interessi) e, sotto il profilo rimediabile (delle tecniche di tutela), mediante l'istituto della *"inesigibilità"* della prestazione e del risarcimento del danno.

Muovendo da un'analisi delle fonti interne e sovranazionali l'indagine che si intende condurre si articola secondo un metodo deduttivo: dapprima sinteticamente dando conto dell'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale dell'istituto; poi sottoponendo a verifica, in relazione al caso della ripetizione dell'indebito retributivo da parte della pubblica amministrazione, la coerenza del sistema, attraverso l'interpretazione *"convenzionalmente orientata"* offerta dalla Corte costituzionale (sent. n. 8/2023); infine, proponendo una sintesi teorica delle tecniche di tutela dell'affidamento nei rapporti tra pubblica amministrazione e privati, tanto *iure imperii* quanto *iure privato*.

## ***2. La tutela del legittimo affidamento nei rapporti tra pubblica amministrazione e privati, tra diritto pubblico e diritto comune***

All'affermazione della necessaria tutela dell'affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione ha largamente contribuito l'opera di Fabio Merusi<sup>16</sup>. Egli ha argomentato in ordine all'operatività della clausola generale di buona fede anche nei rapporti di diritto amministrativo (sia di diritto pubblico che di diritto privato) e alla tutela del legittimo affidamento<sup>17</sup>.

---

nello scritto di G. Vettori, *La buona fede nella "nuova" legalità plurale*, in PA Persona e Amministrazione, 2022, 2, 1 ss., come esempio delle potenzialità del rimedio della inesigibilità della prestazione (si v. in particolare, pagg. 25-26).

<sup>16</sup> In questo senso, A. Travi, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, op. cit., 122.

<sup>17</sup> Prima della ricostruzione sistematica fornita da F. Merusi, *L'affidamento del cittadino*, op.cit., passim, la dottrina riteneva sostanzialmente incompatibile la tutela dell'affidamento con la posizione di supremazia speciale della pubblica amministrazione, astretta solo alla necessaria tutela del pubblico interesse, senza che potesse emergere un'aspettativa giuridicamente tutelabile del privato a godere di un certo trattamento. Sulla rilevanza della buona fede e dell'affidamento nei rapporti tra p.a. e privato, si v. M. S. Giannini, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1939, 373 ss. (nel quale scritto si dubitava della possibilità di estendere i canoni civilistici al diritto amministrativo) e Id., *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, 35 (nel quale, invece, il Maestro riconosceva la rilevanza dell'affidamento nei rapporti tra p.a. e privati). Sempre successivamente all'opera di Merusi, in senso favorevole all'operatività della buona fede e dell'affidamento nei rapporti tra p.a. e cittadini, si v. anche A. Mantero, *Le situazioni favorevoli del privato nel rapporto amministrativo*, Padova, 1979; P. Stella Richter, *L'aspettativa di provvedimento*, in Riv. Trim. dir. pubbl., 1981, 22 ss.. Per la ricostruzione puntuale



Muovendo dal postulato della inesauribilità del potere e dell'ampia possibilità per l'amministrazione di riesaminare i propri provvedimenti<sup>18</sup>, la dottrina ha argomentato in ordine alla necessità per l'amministrazione, del rispetto di obblighi di protezione del privato (non espressamente ipostatizzati in norme puntuali). In altri termini, dall'operatività della buona fede e correttezza come clausola generale dell'ordinamento giuridico operante in ogni rapporto (pubblico o privato), deriverebbe anche la necessità che la pubblica amministrazione tenga conto, in sede di esercizio del potere, del legittimo affidamento del privato. Nei rapporti autoritativi, il particolare (ma non esclusivo<sup>19</sup>) terreno di emersione del legittimo affidamento (che presuppone l'esistenza – o l'apparenza - di una posizione di vantaggio acquisita in buona fede e la conseguente aspettativa in ordine alla sua conservazione, giusta un comportamento coerente e non contraddittorio dell'amministrazione, alla quale si aggiunge il necessario elemento temporale e l'inerzia dell'amministrazione<sup>20</sup>) si rinviene nell'autotutela amministrativa. In questo ambito, l'esigenza di tutela del legittimo affidamento si risolverebbe in un limite a detto potere riconducibile alla necessaria ponderazione dell'interesse del privato con quello pubblico e alla ragionevolezza e non sproporzione del sacrificio<sup>21</sup>, secondo i paradigmi di invalidità propri del diritto amministrativo.

Il concetto di "legittimo affidamento" si sviluppa quindi come limite nei confronti dei poteri pubblici a tutela della stabilità delle situazioni giuridiche soggettive dei privati<sup>22</sup>, costituendo, in stretta correlazione con il principio di proporzionalità, la "misura" del legittimo esercizio del potere della pubblica amministrazione. In tale accezione, il legittimo affidamento è potenzialmente recessivo, in ragione del meccanismo della ponderazione degli interessi e della tecnica del bilanciamento, a

---

della letteratura precedente all'opera del Maestro, si v. G. Mannucci, *op. cit.*, 20-21, e gli ampi richiami bibliografici ivi contenuti. Per una analisi delle ragioni a fondamento delle oscillazioni dottrinali in ordine alla rilevanza della clausola di buona fede nel diritto amministrativo, si v. L. Giani, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza e buona fede*, *op. cit.*, 51 ss.; quanto alla diversità concettuale e di fondamento tra la buona fede e il legittimo affidamento, anche in relazione al contributo di Fabio Merusi, *Ibidem*, 119 ss.

<sup>18</sup> In questo senso, M. Clarich, *Sanzioni amministrative e legittimo affidamento*, in E. Bruti Liberati, M. Clarich, *Per un diritto amministrativo coerente con lo Stato costituzionale di diritto. L'opera scientifica di Aldo Travi*, Pisa, ETS, 2022, 74.

<sup>19</sup> Si pensi, per fare solo qualche esempio, alla materia degli illeciti edilizi e dei poteri sanzionatori della pubblica amministrazione, su cui si v. il recente contributo di M. C. Spena, *La repressione degli abusi edilizi: il proteiforme sistema sanzionatorio come paradigma dell'operazione di bilanciamento di interessi confliggenti*, in Le note a sentenza di GIUSTIZIA INSIEME Annuario della giurisprudenza amministrativa annotata 2023 (1° semestre), Ed. Sc., Napoli, 2023, 347 ss., oppure alla materia dei contratti pubblici, con particolare riferimento alla responsabilità precontrattuale da lesione dell'affidamento (anche prima dell'aggiudicazione e della sua revoca/annullamento).

<sup>20</sup> Cfr. L. Giani, *Affidamento del privato tra certezza della decisione ed (in)esauribilità del potere. Spunti sulla (ir)rilevanza dell'errore*, in Scritti in onore di Bruno Cavallo, Torino, 2021, 123 ss.

<sup>21</sup> Si v. in questo senso, M. C. Spena, *op. cit.*

<sup>22</sup> D. Corletto, *Provvedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento in Europa*, Padova, Cedam, 2007, 1 ss.



fronte della preminenza del pubblico interesse<sup>23</sup>. In altri termini, la tutela dell'affidamento non si risolve nella "garanzia di un risultato favorevole al cittadino", ma "nell'introduzione di una variabile specifica nell'esercizio di un potere discrezionale"<sup>24</sup>; soluzione che, secondo parte della dottrina, sarebbe largamente insoddisfacente se non controbilanciata da misure riparatorie o indennitarie, avendo l'affidamento del cittadino nei rapporti con la PA un contenuto essenziale costituito dalla tutela di un bene<sup>25</sup> il cui sacrificio, postulerebbe una qualche forma di riparazione.

È noto che con la legge generale sul procedimento amministrativo<sup>26</sup> e, in particolare, per effetto delle modifiche normative<sup>27</sup> che hanno espressamente disciplinato i poteri

<sup>23</sup> Questa prospettiva è stata accolta anche dalla Corte di giustizia dell'Unione europea: si v. Id., 22 marzo 1961, in C-42/59 e C-49/59, S.N.U.P.A.T. e 12 luglio 1962, in C. 14/61, Hoogovens.

<sup>24</sup> A. Travi, *op. loc. ult. cit.*, 131.

<sup>25</sup> *Ibidem*, 134.

<sup>26</sup> Legge 7 agosto 1990, n. 241 *Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*, il cui articolo 1, già nella versione originaria, conteneva il riferimento ai "principi generali dell'ordinamento comunitario", tra i quali si annovera anche il legittimo affidamento. Sui principi generali richiamati all'art. 1, si v. A. Massera, *I principi generali*, in G. Greco, M. P. Chiti (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, nonché i contributi di G. Corso, *Il principio di legalità*, G. della Cananea, *Il rinvio ai principi dell'ordinamento comunitario*, D. U. Galetta, *Il principio di proporzionalità*, A. Massera, *I criteri di economicità, efficacia ed efficienza*, M. R. Spasiano, *I principi di pubblicità, trasparenza e imparzialità*, E. Zampetti, *Il principio di tutela del legittimo affidamento*, in *Codice dell'azione amministrativa, op. cit.* Più di recente, si v. i contributi di M.A. Sandulli, *Introduzione. La complessità delle fonti, le tendenze del sistema e il ruolo dei principi nel diritto amministrativo*, G. Corso, *Il principio di legalità*, M. R. Spasiano, *Il principio di buon andamento*, L. Antonini, *Il principio di imparzialità*, D. U. Galetta, *I principi di proporzionalità e ragionevolezza*, A. Corrado, *Il principio di trasparenza e i suoi strumenti di attuazione*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di M. A. Sandulli, quarta edizione, Milano, 2023.

<sup>27</sup> Legge 11 febbraio 2005, n. 15 *Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa*, in particolare art. 14 che ha introdotto gli artt. 21 quinquies (revoca) e 21 nonies (annullamento d'ufficio) e da ultimo, art. 63 comma 1 della legge n. 108 del 2021, che ha convertito il d.l. n.77/2021, riducendo a 12 mesi il termine originariamente fissato in 18 mesi dall'art. 6 comma 1) lett. d) della l. n. 124/2015, per l'annullamento d'ufficio di atto di autorizzazione o attributivi di vantaggi economici. Per un'ampia trattazione di questi temi, cfr. M. Sinisi, *Il potere di autotutela caducatoria (artt. 21-quinquies e 21-nonies L. n. 241 del 1990 s.m.i.)*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di M. A. Sandulli, Giuffrè, Prima, quarta edizione, 2023, 543 ss. La dottrina sul potere di autotutela della p.a. è vastissima; ci si limiterà in questa sede a richiamare alcuni scritti più recenti ed essenziali: M. A. Sandulli, *Gli effetti del d.l. Sblocca-Italia convertito nella legge 164/2014 sulla legge 241/1990 e sul testo unico edilizia*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, Suppl. 6, 2015; Id. *Poteri di autotutela della pubblica amministrazione e illeciti edilizi*, in *Federalismi.it*, 2016; Id. (a cura di), *Le nuove regole della semplificazione amministrativa*, Milano, 2016; Id. *Gli effetti diretti della l. 7 agosto 2015, n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, in *Federalismi.it*, 2015; Id., *Autotutela e stabilità del provvedimento nel prisma del diritto europeo*, in P.L. Portaluri (a cura di), *L'amministrazione pubblica nel prisma del cambiamento: il Codice dei contratti e la riforma Madia*, Napoli, 2017; M. A. Sandulli – G. Strazza, *L'autotutela tra vecchie e nuove incertezze: l'Adunanza Plenaria rilegge il testo originario dell'art. 21 nonies, l. n. 241/1990*, in S. Toschei (a cura di), *L'attività nomofilattica del Consiglio di Stato*, Roma, 2018; M. Sinisi, *La nuova azione amministrativa: il tempo dell'annullamento d'ufficio e l'esercizio dei poteri inibitori in caso di s.c.i.a. Certezza del diritto e falsi miti. Riflessioni a margine della legge 7 agosto 2015, n.124*, in *Federalismi.it*, 24, 2015; M. Trimarchi, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, Napoli, 2018; R. Villata, *I provvedimenti di secondo grado*, in L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F. A. Roversi Monaco, F. G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005; R. Caponigro, *Il potere amministrativo di autotutela*, in *Federalismi*, 23, 2017; G. Deodato, *L'annullamento d'ufficio*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M. A. Sandulli, 2017; F. Francario, *Autotutela e tecniche di buona amministrazione*, in AA:



di autotutela della p.a. attraverso l'individuazione di limiti ai poteri di ripensamento ispirati alla garanzia della stabilità dei rapporti economici sorti in base ad un provvedimento amministrativo ampliativo, la questione della rilevanza del legittimo affidamento come limite ai poteri di ripensamento della pubblica amministrazione si pone oggi in termini peculiari. Da un lato, difatti, il legittimo affidamento, pur non essendo espressamente menzionato nella legge n.241/1990 ss. mm. ii. è, in realtà, implicitamente oggetto di tutela nelle disposizioni normative attributive del potere di annullamento d'ufficio e revoca. Nel primo caso, attraverso il riferimento al limite temporale dell'annullamento d'ufficio, alla necessaria ponderazione degli interessi, al necessario richiamo ad un interesse pubblico diverso dal mero ripristino della legalità violata, e al conseguente stringente obbligo di motivazione; dall'altro, mediante la codificazione dei presupposti per la revoca del provvedimento, la previsione di un obbligo di indennizzo e anche in tale caso la necessità di una stringente motivazione che dia conto delle condizioni di esercizio del potere e della prevalenza dell'interesse pubblico rispetto a quello del privato. Se si eccettua la particolare forma di decadenza dal potere di annullamento d'ufficio determinata dal decorso del termine di 12 mesi dall'adozione del provvedimento autorizzatorio o attributivo di vantaggi economici (salva la ricorrenza dell'eccezione di cui al comma 2 bis), il legittimo affidamento, nella codificazione del potere di ripensamento, rileva sempre (coerentemente alle acquisizioni della dottrina) come elemento che incide sulla valutazione comparativa degli interessi in gioco (postulando un esame della posizione del privato da parte della p.a. e un obbligo di motivazione in ordine alla eventuale prevalenza, ciononostante, del pubblico interesse), senza tuttavia assurgere ad elemento in sé ostativo al valido esercizio del potere.

Ancora prima della codificazione dei poteri di autotutela decisoria della p.a., il fondamento dell'operatività nella legge 241/1990 del legittimo affidamento del privato, poteva rinvenirsi nel rinvio esterno ai principi dell'ordinamento eurounitario contenuto all'art. 1 comma 1. Difatti, il legittimo affidamento è stato riconosciuto dal diritto europeo, attraverso il suo formante giurisprudenziale, come potenziale limite ai poteri di ripensamento della pubblica amministrazione. L'elaborazione europea del legittimo affidamento e la dottrina della *legitimate expectation* si è sviluppata con riferimento, da un lato, all'esercizio della funzione legislativa<sup>28</sup> (ossia nella materia dei limiti al potere legislativo, in particolare dei limiti

---

VV., *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Napoli, 2010; Id., *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *Federalismi.it*, 20, 2015.

<sup>28</sup> Cfr. P. Carnevale, *Più ombre che luci su di un tentativo di rendere maggiormente affidabile lo scrutinio della legge sotto il profilo del legittimo affidamento*, in *Giur. cost.*, 2002, 3671; Id. *I diritti, la legge e il principio di tutela del legittimo affidamento nell'ordinamento italiano, Piccolo divertissement su alcune questioni di natura definitoria*. In *Scritti in onore di Alessandro Pace*, Ed. Sc., Napoli, 2012.; F. Pagano, *Il principio di affidamento nella giurisprudenza nazionale e sovranazionale*, in *Gruppo di Pisa*, 2014, 3, 1 ss. In giurisprudenza, tra le più recenti, si v. CGUE 15 aprile 2021, cause riunite C-798/18 e C-799/18, *Federazione nazionale delle imprese elettrotecniche ed elettroniche (Anie) e a.. Athesia*



che incontra il legislatore nella modifica della normativa vigente) e dall'altro lato all'esercizio dei poteri di ripensamento (con particolare riferimento alle condizioni legittimanti l'esercizio di poteri di autotutela), al fine di limitare la possibilità per i soggetti pubblici di incidere negativamente sulle posizioni di vantaggio acquisite dai privati per effetto della legge ovvero di provvedimenti amministrativi precedenti. Dalla giurisprudenza sovranazionale sembra, tuttavia, potersi ricavare una matrice diversa (rispetto alla clausola generale della buona fede) del legittimo affidamento. La CGUE ha, difatti, elevato il legittimo affidamento a principio generale dell'ordinamento sovranazionale quale corollario del principio della certezza giuridica intesa sia come prevedibilità e chiarezza delle norme, che come prevedibilità e stabilità dell'azione delle autorità amministrative<sup>29</sup>; il legittimo affidamento<sup>30</sup> così inteso, appare, quindi, il portato della peculiare relazione che si instaura tra il soggetto pubblico e quello privato, in cui il primo, per la sua preposizione istituzionale alla tutela di interessi pubblici e per la sua ascrizione all'apparato statale (parte integrante dello "Stato di diritto")<sup>31</sup>, riveste una posizione qualificata all'interno dell'ordinamento e deve adeguatamente tutelare e considerare, nella comparazione degli interessi, quello del privato che non può subire frustrazioni eccessive e non proporzionate.

Le distinzioni basate sulla diversa matrice del legittimo affidamento (ossia, quella dell'affidamento basato sulla buona fede e quella dell'affidamento basato sulla certezza), non appaiono radicalmente contrapposte, ma anzi si integrano

---

*Energy Srl e a. contro Ministero dello Sviluppo economico, Gestore dei servizi energetici (GSE) SpA*, parr. 41 che ribadisce alcuni principi ormai consolidati: (par. 41) "Secondo costante giurisprudenza della Corte, il principio di certezza del diritto, che ha come corollario quello della tutela del legittimo affidamento, impone, da un lato, che le norme di diritto siano chiare e precise e, dall'altro, che la loro applicazione sia prevedibile per i soggetti dell'ordinamento, in particolare quando possono avere conseguenze sfavorevoli sugli individui e sulle imprese. In particolare, detto principio impone che una normativa consenta agli interessati di conoscere con esattezza la portata degli obblighi che essa impone loro e che questi ultimi possano conoscere senza ambiguità i loro diritti e i loro obblighi e regolarsi di conseguenza"; sentenza dell'11 luglio 2019, *Agrenergy e Fusignano Due*, C-180/18, C-286/18 e C-287/18, EU:C:2019:605, punti 29 e 30 nonché giurisprudenza ivi citata.

<sup>29</sup> Ex multis, tra le più risalenti pronunce, CGUE, *Topfer*, cit.; *Id.*, 13 giugno 1965, causa C-111/63, *Lemmerz-Werke GmbH*, in Racc. 1965; *Id.*, 21 settembre 1983, in cause riun. C- 205/82-215/82, *Deutsche Milchkontor*; *Id.*, 19 maggio 1983, causa C- 289/81, *Mavrides c. Parlamento*, in Racc. 1983; *Id.*, 17 aprile 1997, in causa C- 90/95, *De Compte c. Parlamento*, in Racc. 1997; *Id.*, febbraio 1987, in causa C-15/85, *Consorzio Cooperative D'Abruzzo*, in Racc. 1987.

<sup>30</sup> Nella nozione sovranazionale di legittimo affidamento, l'aspettativa tutelabile deriva dal concorso tra buona fede soggettiva, attribuzione di una posizione di vantaggio in base ad una determinazione (o comportamento) amministrativa(o) e il trascorrere di un certo lasso temporale, cui si aggiungono altri elementi quali la riconoscibilità della illegittimità del beneficio e la diligenza del privato.

<sup>31</sup> Nell'ordinamento tedesco, al quale si deve la elaborazione del concetto di legittimo affidamento, esso è stato riconosciuto quale corollario del principio della certezza del diritto e articolazione dello Stato di diritto: cfr. Fraenkel – Haberle, *Poteri di autotutela e legittimo affidamento. Il caso tedesco*, Università degli Studi di Tre, Quaderni Dip. scienze giuridiche, 2008, 8 ss. Su questi temi, si v. anche A. Profeta, *Osservazioni sui principi generali del diritto dell'Unione Europea: la tutela del legittimo affidamento*, in [amministrazioneincammino.it](http://amministrazioneincammino.it), 2022, 9 settembre 2022, 1 ss.; M. L. Tufano, *La certezza del diritto nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Dir. Un. Eu.*, 2019, 4, 767 ss



reciprocamente tra loro<sup>32</sup>. Se la clausola generale della buona fede richiama i doveri di correttezza e coerenza, la certezza del diritto, richiama la peculiare posizione istituzionale delle autorità pubblica le quali, per la loro preposizione funzionale sono astrette dall'obbligo di massima coerenza, oltre che da quello di agire tempestivamente, così potendo ingenerare un qualificato e tutelabile affidamento del privato<sup>33</sup>. Tanto la buona fede quanto la certezza del diritto costituiscono, in altri termini, criteri interpretativi<sup>34</sup> sulla cui base valutare la "validità" o "correttezza" dell'azione o condotta amministrativa, contribuendo a delineare un apparato di tutela dell'affidamento del privato nei confronti della p.a., pur non coincidendo con esso. Il legittimo affidamento del privato come interesse meritevole di tutela deriva, difatti, da una serie di elementi e circostanze di fatto (attribuzione di una posizione di vantaggio da parte della p.a.; decorso del tempo; inerzia amministrativa; buona fede del privato<sup>35</sup>). La natura indefinita del concetto, unitamente all'assenza di norme giuridiche che espressamente ne delineano i contenuti, è alla base delle difficoltà teoriche e pratiche quanto alla sua garanzia. I contorni definitivi del legittimo affidamento sono, difatti, incerti: di qui il problema cruciale del suo accertamento in concreto e il rischio di decisioni "caso per caso" ispirate ad una esigenza di tutela e giustizia sostanziale.

### ***2.1. Sulla concezione "privatistica" dell'affidamento e sulla clausola generale della buona fede***

Secondo la dottrina civilistica la protezione dell'affidamento nel diritto privato<sup>36</sup>

---

<sup>32</sup> La giurisprudenza della Cgue esclude la tutelabilità dell'affidamento quando un operatore accorto si sarebbe dovuto avvedere della natura indebita, non dovuta, illegittima dell'attribuzione conseguita, così implicitamente dando rilievo alla dimensione soggettiva e concreta della condotta e della qualità delle parti. Si veda ancora CGUE 15 aprile 2021, cause riunite C-798/18 e C-799/18, cit., (par. 42) in cui si legge che "Secondo giurisprudenza parimenti costante della Corte, la possibilità di avvalersi del principio della tutela del legittimo affidamento è prevista per ogni operatore economico nei cui confronti un'autorità nazionale abbia fatto sorgere fondate aspettative. Tuttavia, qualora un operatore economico prudente e avveduto sia in grado di prevedere l'adozione di un provvedimento idoneo a ledere i suoi interessi, esso non può invocare detto principio nel caso in cui il provvedimento venga adottato. Inoltre, gli operatori economici non possono fare legittimamente affidamento sul mantenimento di una situazione esistente che può essere modificata nell'ambito del potere discrezionale delle autorità nazionali" (in questo senso anche, Id. sentenza dell'11 luglio 2019, Agrenergy e Fusignano Due, C-180/18, C-286/18 e C-287/18, EU:C:2019:605, punto 31 nonché giurisprudenza ivi citata).

<sup>33</sup>Cfr. L. Giani, *op.loc. ult. cit.*, 65 -66.

<sup>34</sup> G. Alpa, *Trattato di diritto civile*, I, Milano, 2000, 951 ss., definisce la clausola generale di buona fede, come "norma in bianco" che si riferisce "a fatti metagiuridici"; la sua applicazione "si avvicina alla costruzione del diritto nel suo farsi, attraverso la creazione della regola del caso. La clausola generale è una massima di applicazione giusta che invita l'interprete a seguire una linea di tendenza".

<sup>35</sup> Sulla natura "complessa" e "articolata" delle valutazioni implicate dall'accertamento dell'affidamento, v. L. Giani, *op. loc. ult. cit.*, 207 ss.

<sup>36</sup> In tal senso, G. Vettori, *op. cit.*, 3, il quale osserva che "da oltre 150 anni si è scoperto che la legge sul contratto protegge l'affidamento", richiamando R. Sacco, G. De Nova, *Il Contratto*, Torino, Utet, 2016, 1190 ss. La natura risale delle ricostruzioni in tema di affidamento nel diritto privato, spiega perché il fondamento del legittimo



risponde all'esigenza di riconoscere tutela ad una fiducia ragionevolmente riposta sull'esistenza di una data situazione da altri creata. Dal punto di vista teorico, all'affidamento si riconducono "modelli giuridici diversi"<sup>37</sup>, quali, a titolo esemplificativo, le figure relative all'apparenza giuridica e alla conseguente tutela del terzo che in buona fede abbia confidato in tale situazione<sup>38</sup>; il criterio decisorio derivante dal brocardo "*nemo potest venire contra factum proprium*" che valorizza i comportamenti coerenti e non contraddittori; l'istituto della *Verwirkung*<sup>39</sup> (di matrice tedesca) che riconduce all'inerzia protrattasi per un certo lasso di tempo e al legittimo affidamento in ordine alla stabilità della situazione (come consolidatasi per effetto dell'inerzia) un effetto estintivo del diritto; l'*exceptio doli* che tutela l'affidamento a fronte di comportamenti ingannevoli o fraudolenti.

Non tutti i predetti istituti sono disciplinati o previsti nel nostro Codice civile e, anzi, taluni di essi, appaiono potenzialmente in contrasto con altre regole stabilite espressamente: così ad esempio, l'istituto della *Verwirkung* di matrice tedesca, considerato espressione della tutela dell'affidamento, collima con le regole codicistiche in materia di prescrizione in forza delle quali soltanto il decorso di un certo periodo di tempo, prestabilito dal legislatore, comporta l'estinzione del diritto senza alcuna considerazione dell'affidamento<sup>40</sup>. Il brocardo "*nemo potest venire contra factum proprium*", altresì potrebbe porsi in contraddizione con le modalità tipizzate

---

affidamento come limite al potere dell'amministrazione sia stato rinvenuto, anche nella dottrina amministrativista, nella clausola civilistica di buona fede e correttezza: la medesimezza del fenomeno tutelato, ossia quello dell'affidamento di un soggetto attorno ad una data situazione giuridica, ha naturalmente condotto all'analisi dei principi civilistici che già avevano riconosciuto e delineato l'istituto.

<sup>37</sup> In questo senso, C. De Menech, *op. cit.*, 1445. L'autrice richiama la tassonomia dei modelli giuridici che si riconducono alla tutela dell'affidamento elaborata da R. Sacco, *La parte generale del diritto civile. Vol. 1. Il fatto, l'atto, il negozio*, UTET, 2005, 227 ss., il quale ha elaborato la seguente tripartizione: (i) figure espressione della buona fede basate sul "dovere di coerenza"; (ii) figure basate sull'apparenza; (iii) figure basate sulla logica dell'autonomia negoziale che costringono a tenere una condotta lineare.

<sup>38</sup> M. D'Amelio, *Apparenza del diritto*, in Nuovo dig. It., Utet, 1937, I, par. 8; A. Falzea, *Apparenza*, in Enc. Dir., II, Giuffrè, 1958, 682 ss. Nel senso che l'apparenza convergerebbe su di un fenomeno oggettivo prescindendo sia dalla colpa di colui che l'ha realizzata che dalla buona fede di colui che ha fatto affidamento su tale situazione, si v. C. De Menech, *passim*.

<sup>39</sup> L'istituto è stato oggetto di analisi da parte della letteratura domestica, cui si rinvia anche per i riferimenti dottrinali relativi alla letteratura tedesca: si v., a mero titolo esemplificativo, tra i contributi più recenti, F. C. Scognamiglio, *La Verwirkung (ed i suoi limiti) innanzi alla Corte di Cassazione [Il discutibile approdo della Verwirkung nella giurisprudenza di legittimità - Discussione su Cass., n. 16743/2021]*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2021, 5, 1186 ss.; F. Macario, *Fattispecie estintiva e buona fede nell'esercizio tardivo del diritto di credito [Il discutibile approdo della Verwirkung nella giurisprudenza di legittimità - Discussione su Cass., n. 16743/2021]*, *ivi*, 1171 ss.; M. Orlandi, *Ermeneutica del silenzio [Il discutibile approdo della Verwirkung nella giurisprudenza di legittimità - Discussione su Cass., n. 16743/2021]*, *ivi*, 1179 ss.; G. D'Amico, *Buona fede ed estinzione (parziale) del diritto di credito [Il discutibile approdo della Verwirkung nella giurisprudenza di legittimità - Discussione su Cass., n. 16743/2021]*, *ivi*, 1164 ss., tutti commenti alla controversa sentenza della Cass. 14 giugno 2021, n.16743 che ha ammesso l'estinzione del diritto per effetto dell'inerzia del creditore e del legittimo affidamento del debitore.

<sup>40</sup> Nel senso che la prescrizione non solo prescinde, ma misconosce qualsiasi indagine sull'idoneità dell'inerzia a creare un affidamento tutelabile in capo alla controparte, v. E. Bufano, A. Dinisi, *op. cit.*, 77.



dal Codice di estinzione del diritto o con la tipicità delle cause di annullamento o invalidità del contratto (se la fonte dell'obbligazione derivi da esso)<sup>41</sup>. La tutela dell'apparenza giuridica è espressamente prevista da alcune norme del Codice civile<sup>42</sup>, ma non come modello generale<sup>43</sup>. Anche il dolo o il raggirio sono cause tipiche di annullabilità del contratto, mentre non è prevista una eccezione di dolo generale a tutela dell'affidamento riposto nella correttezza del comportamento altrui.

L'affidamento è, invece, oggetto di espressa tutela nell'art. 1337 del c.c. sulla "responsabilità precontrattuale" che, nel richiamare la condotta secondo buona fede delle parti, nello svolgimento delle trattative, protegge colui che abbia ragionevolmente fatto affidamento sulla conclusione del contratto<sup>44</sup>. Il rimedio previsto a tutela dell'affidamento è quello della responsabilità, ossia il risarcimento del danno patito: l'affidamento, in altri termini, non garantisce l'ottenimento del risultato, ma merita di essere riparato sotto il profilo del c.d. interesse negativo.

A loro volta gli artt. 1175 e 1375 del c.c. sanciscono il dovere di comportarsi secondo correttezza e buona fede, rispettivamente nell'attuazione del rapporto obbligatorio e nell'esecuzione del contratto, postulando il dovere di preservare l'interesse dell'altro. La buona fede, operando come criterio di reciprocità, conforma il comportamento dei soggetti che si inseriscono nel rapporto al fine di assicurare il giusto equilibrio tra gli interessi contrapposti<sup>45</sup>: inoltre essa, come clausola generale avente carattere prettamente relazionale, richiamando l'interesse altrui nella propria condotta, si presta a tutelare chi senza colpa abbia fatto affidamento su una data situazione giuridica confidando nel comportamento corretto dell'altro, sia là dove si ritenga che dalla buona fede sorga un preciso obbligo di protezione (in tal senso l'affidamento farebbe emergere l'interesse da preservare e le condotte a tale fine necessarie<sup>46</sup>), sia

<sup>41</sup> Il principio della tassatività delle cause di estinzione del rapporto obbligatorio è richiamato da C. De Menech, *op. cit.*, 1451; D'Amico, *op. cit.*, 1170.

<sup>42</sup> Si pensi alla regola del possesso vale titolo ex art. 1153 c.c., dell'acquisto dell'erede apparente ex art. 1189 c.c. e l'acquisto dal titolare apparente ex artt. 1415 e 1426 c.c.

<sup>43</sup> Per la tesi secondo cui l'*apparentia iuris* non costituisce un principio generale, si v. A. Verga, *Osservazioni in tema di apparenza*, in Riv. Dir. Priv., 1940, 195 ss.; F. Galgano, *Sul principio generale dell'apparenza del diritto*, in Contr. Impr., 2009, 1137 ss.; E. Contino, *Apparenza: principio generale o eccezionale?*, in Giust. Civ., 2002, 1638 ss.;

<sup>44</sup> Ex multis, Cass. Sez. Un., 21 novembre 2011, n. 24438; Id. 12 luglio 2016, n.14188. Su questi temi, v. Chinè, Zoppini, *Manuale di diritto civile*, Roma, 2009, 1425; di recente, A. Albanese, *Buona fede contratto legge*, in Eur. E Dir. Priv., 2021, 1, 31 ss.; Id., *L'obbligo di informazione nelle trattative: proposte di riforma e sistema del codice civile*, in Jus, 2020, 141 ss.; F. Piraino, *La natura contrattuale della responsabilità precontrattuale (ipotesi sull'immunità)*, in I contratti, 2017, 35 ss..

<sup>45</sup> Si riporta la definizione di C. M. Bianca, *Diritto civile, Il contratto*, 3, Milano, 1987, 473, secondo cui la buona fede "quale principio di solidarietà contrattuale si specifica in due fondamentali canoni di condotta. Il primo canone di buona fede, valevole principalmente nella formazione e nella interpretazione del contratto, impone la lealtà del comportamento. Nell'esecuzione del contratto e del rapporto obbligatorio la buona fede si specifica anche come obbligo di salvaguardia. Qui la buona fede impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra a prescindere da specifici obblighi contrattuali e dal dovere extracontrattuale del *neminem laedere*". In giurisprudenza, si v. Cass., 4.3.2003, n. 3185; Id., 16.10.2002, n. 14726; Id., 23.5.2002, n. 7543.

<sup>46</sup> A. Albanese, *Buona fede contratto legge*, *op. cit.*, 38.



nella valutazione dei comportamenti da adottare in fase attuativa del rapporto, là dove l'affidamento postula un non eccessivo sacrificio dell'interesse di una parte nei confronti dell'altra. La lesione dell'affidamento è, tuttavia, tutelata solo (e purché, attraverso un'analisi da condurre in concreto, ne ricorrano i presupposti) attraverso il risarcimento del danno ingiusto<sup>47</sup> derivante nell'aver confidato nella coerenza e correttezza del comportamento altrui e nelle scelte consequenziali a tale fiducia mal riposta. Nel diritto privato, pertanto, l'esigenza di tutela dell'affidamento, in mancanza di una disposizione puntuale che assicuri la conservazione della posizione di vantaggio o la stabilizzazione della situazione apparente, non si risolve nella garanzia del risultato (e quindi nella individuazione di una eccezione allo schema legale tipico che tale "tutela in forma specifica" non preveda), bensì assume rilevanza come interesse protetto la cui lesione, secondo il modello generale di responsabilità di cui all'art. 1337 c.c., consente una tutela riparatoria, di tipo risarcitorio<sup>48</sup>.

### ***3. La "cartina di tornasole" del legittimo affidamento come limite alla ripetizione dell'indebito retributivo***

La questione della ripetibilità dell'indebito retributivo da parte della pubblica amministrazione datrice di lavoro là dove possa dirsi maturato un legittimo affidamento in capo al dipendente ha interessato entrambi i plessi giurisdizionali, amministrativo e ordinario, in ragione del peculiare sistema di riparto della giurisdizione in materia di pubblico impiego<sup>49</sup>. Il tema ha dato luogo a diversi orientamenti, potendosi riscontrare accanto al tradizionale (e maggioritario) approccio (sia di legittimità che della giurisprudenza amministrativa) che escludeva ogni rilevanza al legittimo affidamento del dipendente pubblico quale fattore impeditivo del diritto ex art. 2033 c.c. al recupero delle somme indebitamente pagate dalla pubblica amministrazione, soluzioni diverse (non sempre rigorose sotto il profilo dell'uso delle categorie e della conformità al dato normativo) mosse da una esigenza di "giustizia sostanziale"<sup>50</sup> e del caso concreto<sup>51</sup>.

---

<sup>47</sup> È risalente l'orientamento della giurisprudenza di legittimità secondo cui la violazione della buona fede, in quanto "dovere giuridico", costituisce una possibile fonte di responsabilità (cfr. fra le tante, Cass. civ., sez. II, 18 febbraio 1986, n. 960; nello stesso senso, Id., 21 maggio 1973, n. 1460).

<sup>48</sup> Si può sin da ora anticipare che tale impostazione teorica e pratica è, in realtà, stata attenuata e ripensata, con riferimento ai rapporti tra p.a. e privati, per effetto della sentenza della Corte costituzionale n.8/2023; il Giudice delle leggi, nella prospettiva della valorizzazione della tutela dell'affidamento anche nella fase anteriore al realizzarsi della sua lesione, ha riconosciuto nella clausola generale della buona fede anche la cornice per temperare, in sede attuativa del rapporto negoziale, la rigidità degli schemi legali del rapporto debito-credito, attraverso il ricorso a strumenti idonei a richiamare il "bilanciamento" di interessi, come tecnica di tutela dell'affidamento. Tecnica di bilanciamento che, come si è visto, ha costituito sin dalle origini, la modalità attraverso la quale consentire l'emersione della tutela dell'affidamento nel diritto amministrativo.

<sup>49</sup> Art. 63 comma 1 del d.lgs. n.165/2001 ss. mm. ii..

<sup>50</sup> Si v. Cons. St., 13 aprile 2012, n.2118 secondo cui "l'erronea corresponsione non può essere posta in contestazione da chi l'ha sempre avallata per un decennio, se non incorrendo in una grave ingiustizia".



Nella giurisprudenza ordinaria, il principio costantemente affermato dalla Corte di Cassazione nell'impiego pubblico privatizzato, era quello secondo cui nel caso di domanda di ripetizione dell'indebito proposta da un'amministrazione nei confronti di un proprio dipendente, in relazione alle somme corrisposte a titolo di retribuzione, accertato che l'erogazione sia avvenuta *"sine titulo"*, la ripetibilità delle somme non può essere esclusa ex art. 2033 cod. civ. per la buona fede dell'accipiens che, ai sensi della norma medesima, vale soltanto ad escludere la restituzione dei frutti e degli interessi maturati prima della domanda giudiziale<sup>52</sup>. In altri termini, si negava ogni forma di rilevanza dei profili afferenti allo stato soggettivo del privato (in questo senso il riferimento alla buona fede è da intendersi alla buona fede c.d. soggettiva), in ragione della chiara formulazione letterale dell'art. 2033 c.c. a mente del quale *"Chi ha eseguito un pagamento non dovuto ha diritto di ripetere ciò che ha pagato"*<sup>53</sup>.

Nella giurisprudenza amministrativa la soluzione in ordine alla possibilità ed ai limiti per l'Amministrazione di recuperare dal dipendente le somme corrisposte in eccedenza rispetto a quelle dovute è stata condizionata, anzitutto, dal tema preliminare della natura giuridica dell'atto di recupero, potendosi, al riguardo, distinguere due diverse opzioni interpretative (dalle quali scaturiscono conseguenze altrettanto diverse quanto al regime giuridico applicabile e alla rilevanza del *"legittimo affidamento"* del dipendente pubblico).

Secondo un primo orientamento, l'atto di recupero delle somme indebitamente corrisposte dalla pubblica amministrazione datrice di lavoro, avrebbe consistenza di atto di autotutela (esercizio quindi di un potere amministrativo di secondo grado) come tale astretto dal limite del rispetto del legittimo affidamento del soggetto privato, quale portato dell'obbligo per l'amministrazione del giusto e proporzionato temperamento degli interessi in gioco ossia, da un lato, quello pubblico *"economico"* alla reintegrazione del patrimonio, e dall'altro quello del privato alla conservazione di quanto percepito (seppur *"illegittimamente"*) secondo la schema ben noto al diritto amministrativo dei limiti ai poteri di ripensamento della PA<sup>54</sup>. Si è

<sup>51</sup> Cons. St., Sez. III, 9 giugno 2014, n. 2903.

<sup>52</sup> Cass. civ., sez. lav., 22 febbraio 2017, n.4323.

<sup>53</sup> Sulla non sovrapponibilità concettuale della buona fede in senso soggettivo con il legittimo affidamento, si vedano le considerazioni sviluppate dalla Corte di Cassazione, Sez. Lav., nella citata ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale n. 40004/2021, punto 50, secondo cui *"(...) occorre considerare che, secondo l'articolo 1 del protocollo 1 alla CEDU, come interpretato dalla Corte EDU, non è la semplice buona fede del ricevente ad impedire alla pubblica amministrazione di ripetere l'indebito retributivo, ma il "legittimo affidamento" del dipendente alla definitività della attribuzione, fondato sul concorso di plurime circostanze di fatto (...)"*.

<sup>54</sup> Cfr. Cons. St. Sez. VI, 5 ottobre 2001, secondo cui l'amministrazione, al momento dell'annullamento dell'atto che ha illegittimamente determinato la retribuzione in misura maggiore rispetto a quanto dovuto, *"è tenuta a valutare gli effetti già prodotti dall'atto originario e delle situazioni sulle quali ha inciso, in quanto il dipendente rimane estraneo al procedimento di qualificazione dello stipendio, degli assegni, delle indennità e, salvo il caso eccezionale di produzione di documenti riconosciuti o dichiarati falsi (art. 204 d.p.r. n. 1092 del 1973) o di condotta dolosa, o di altre prove oggettive e precise di preventiva conoscenza, incamera in buona fede quanto l'amministrazione illegittimamente gli"*



quindi affermato che *“il recupero delle somme erroneamente corrisposte dall’Amministrazione non costituisca un atto assolutamente vincolato. Trattandosi, in sostanza, di un atto di autotutela, occorre, quindi, valutare l’incidenza del recupero sulla situazione concreta e l’affidamento ingenerato nel lavoratore, dovuto al rilevante tempo trascorso dall’originaria liquidazione. (...) Sotto il profilo procedimentale, poi, è doverosa la comunicazione dell’avvio del procedimento amministrativo diretto al recupero, ai sensi dell’articolo 7 della legge n. 241 del 1990, anche al fine di consentire all’impiegato di documentare la propria situazione<sup>55</sup>. Dalla qualificazione dell’atto di recupero delle somme indebitamente erogate al dipendente come provvedimento di autotutela la giurisprudenza ha fatto derivare l’applicazione delle regole e garanzie procedurali e sostanziali proprie del diritto amministrativo (dall’obbligo di comunicazione di avvio del procedimento, a quello di prendere in considerazione le memorie ed osservazioni prodotte dal privato, sino all’obbligo di motivazione del provvedimento e di debita considerazione e giusto temperamento dell’interesse del privato): di qui il rilievo del legittimo affidamento come limite all’esercizio del potere di ripensamento della Pubblica amministrazione, per effetto del modello tipizzato dell’annullamento d’ufficio (ex art. 21 nonies della l. n. 241/1990 ss. mm. ii.) che, anche senza ricorrere espressamente alla locuzione legittimo affidamento, dà ad esso una precisa consistenza sia nella parte in cui impone alla PA di agire entro un termine ragionevole, non superiore a 12 mesi nel caso di provvedimenti autorizzatori o attributivi di vantaggi economici, sia nella parte in cui obbliga l’amministrazione alla valutazione puntuale dell’interesse del privato e alla motivazione in ordine al suo eventuale sacrificio.*

Il secondo (e prevalente) orientamento giurisprudenziale nega, invece, la natura di provvedimento amministrativo di secondo grado all’atto di recupero, che viene qualificato come diritto soggettivo a contenuto patrimoniale, il cui esercizio, là dove si tratti di recupero di somme erogate a titolo retributivo, rientra nell’ambito di applicazione dell’art. 2033 c.c.: secondo questa giurisprudenza, poiché l’art. 2033 c.c. non contempla alcuna eccezione al diritto di ripetizione dell’indebito, il legittimo affidamento dell’accipiens non potrebbe neanche costituire un limite all’esercizio del diritto di ripetizione: si è quindi ritenuto che *“il recupero di somme indebitamente erogate dalla p.a. ha carattere di doverosità e costituisce esercizio, ai sensi dell’art. 2033 cod. civ., di un vero e proprio diritto soggettivo a contenuto patrimoniale, non rinunciabile, in quanto correlato al conseguimento di quelle finalità di pubblico interesse, cui sono istituzionalmente*

---

*attribuisce; pertanto, tale comportamento del percipiente integra di norma affidamento sul punto che egli abbia ragionevolmente ritenuto che la erogazione decisa dalla p.a. sia regolare ed esatta con conseguente irrecuperabilità delle somme precedentemente erogate”.*

<sup>55</sup> cfr. Cons. St., Ad. Plen., 12 dicembre 1993, n. 20; Cons. St., sez. VI, 29 marzo 1995, n. 317; più di recente, Id. sez. V, 13 luglio 2006, n. 4413, nonché TAR l’Aquila, 16 novembre 2018, n.420, confermata da Cons. St., sez. VII, 17 aprile 2023, n. 3868.



*destinate le somme indebitamente erogate. Si tratta cioè di atti vincolati, di carattere non autoritativo, di doveroso recupero di somme erroneamente corrisposte dall'amministrazione, rispetto ai quali - nell'ambito del rapporto obbligatorio di reciproco dare avere (paritetico) - resta ferma la possibilità per l'interessato di contestare eventuali errori di conteggio e la sussistenza dell'indebito"<sup>56</sup>. Tale approccio ermeneutico riconduce l'attività di recupero delle somme indebitamente corrisposte nell'ambito di una relazione tra amministrazione e privato di tipo paritetico e negoziale (e non autoritativo), come tale regolata dalle norme di diritto comune: ne discende ulteriormente "che l'amministrazione non era tenuta a fornire una specifica motivazione né sulle ragioni del recupero, né sulla sussistenza delle condizioni previste dall'art. 21 nonies (interesse pubblico, interesse dei destinatari e dei controinteressati, termine ragionevole) per l'esercizio del potere di autotutela amministrativa"<sup>57</sup>.*

### **3.1. Segue: la ripetizione dell'indebito come atto iure privatorum e le implicazioni sulla tutela dell'affidamento**

L'orientamento della giurisprudenza amministrativa che qualifica l'atto di ripetizione dell'indebito retributivo come atto di natura paritetica, esercizio di un diritto soggettivo a contenuto patrimoniale, appare coerente alla natura del rapporto tra pubblica amministrazione datrice di lavoro e dipendente pubblico: l'erogazione della prestazione retributiva in favore del privato (sia laddove si tratti di pubblico impiego non privatizzato, sia laddove si tratti di rapporto di pubblico impiego privatizzato) non costituisce esercizio di un potere amministrativo, ma inerisce ad un rapporto dare-avere che ha natura paritetica e negoziale, così come il recupero delle somme indebitamente erogate costituisce un atto di natura privatistica che, in assenza di un regime speciale derogatorio, rientra nell'ambito di applicazione delle norme di diritto comune<sup>58</sup>.

In realtà, occorre subire osservare che rispetto allo schema tipico dell'art. 2033 c.c., l'atto di ripetizione dell'indebito da parte della p.a. non ha mera consistenza di diritto soggettivo, ma di dovere, tenuto conto dell'interesse pubblico alla reintegrazione del patrimonio e dei correlativi profili di responsabilità amministrativa. La doverosità dell'azione di recupero, unitamente alla riconduzione della fattispecie nell'ambito dell'art. 2033 c.c., solleva il problema della possibilità di dare rilevanza al legittimo affidamento del dipendente pubblico ingenerato dalla PA.

---

<sup>56</sup> Cfr., ex plurimis, Cons. Stato, sez. III, 20 marzo 2019, n. 1852; T.A.R. Lombardia sez. IV, 2 dicembre 2022, n. 2680. Nella giurisprudenza più risalente, cfr. Cons. St., Sez. IV, 22 ottobre 2001, n. 5540; Sez. V, 27 marzo 2000, n. 1767; 8 settembre 2003, n. 5025; Sez. VI, 5 agosto 2004, n. 5445; TAR Sardegna, Sez. I, 16 marzo 2004, n. 388

<sup>57</sup> Cfr., ex multis, Cons. St., sez. II, 18 giugno 2021, n. 4737.

<sup>58</sup> In tal senso dispone l'art. 1 comma 1 bis della l. n. 241/1990 ss. mm. ii., secondo cui "La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente."



Se difatti nel diritto amministrativo, il legittimo affidamento del privato trova ingresso quale "limite" o "misura" del potere amministrativo discrezionale nel momento di ponderazione degli interessi ovvero nello schema tipizzato dell'annullamento d'ufficio (postulandosi quindi, nell'esercizio della discrezionalità propria del potere di annullamento d'ufficio, la corretta valutazione della posizione del privato, nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza), viceversa l'art. 2033 c.c. non contempla alcuna eccezione espressa al diritto (dovere, nel caso della p.a.) di ripetizione dell'indebito basata sulla rilevanza del legittimo affidamento: in altri termini, il legittimo affidamento del privato a fronte della condotta della PA non è preso in considerazione dall'art. 2033 c.c. né nella fase genetica del diritto alla ripetizione dell'indebito oggettivo, né quale causa estintiva del diritto predetto; né la norma del Codice civile contempla un diverso regime giuridiche basato sulla diversa qualificazione soggettiva (pubblica o privata) del soggetto che agisce per ripetere quanto indebitamente pagato.

La giurisprudenza del giudice amministrativo ha comunque rinvenuto spazi per l'ingresso del legittimo affidamento del privato nella fattispecie privatistica del recupero dell'indebito da parte della PA, dovendosi segnalare immediatamente che la casistica appare variegata, così come le soluzioni di volta in volta enunciate appaiono mosse da esigenze del caso concreto piuttosto che dall'adesione ad un chiaro indirizzo omogeneo.

Alcune pronunce del giudice amministrativo hanno mitigato il rigido automatismo del recupero dell'indebito retributivo derivante dall'applicazione dell'art. 2033 c.c., ritenendo che il legittimo affidamento del privato, a fronte della pretesa restitutoria avanzata dalla PA datrice di lavoro, possa incidere sul *quomodo* della pretesa di restituzione dell'indebito al ricorrere di determinate condizioni.

In particolare, fermo il principio secondo cui la restituzione dell'indebito retributivo è doverosa ed è espressione di un diritto soggettivo a contenuto patrimoniale, come tale regolato dall'art. 2033 c.c., le situazioni di affidamento e di buona fede dei percipienti, in base alle circostanze del caso concreto, rileverebbero ai fini delle modalità con cui il recupero deve essere effettuato, che dovrebbero essere tali da non incidere in maniera eccessivamente onerosa sulle esigenze di vita del dipendente<sup>59</sup>. Se ne ricava che l'eventuale affidamento ingenerato nel percipiente circa la regolarità dei pagamenti di somme successivamente ritenute indebitamente corrisposte, non impedirebbe il recupero delle stesse, ma importerebbe soltanto per l'Amministrazione l'onere di operare con modalità che non devono essere eccessivamente onerose per il dipendente.

Nella valutazione in ordine alle modalità di recupero delle somme, altre pronunce del giudice amministrativo hanno dato rilievo precipuo all'esigenza di bilanciamento

---

<sup>59</sup> Cons. St., Sez. III, 9 giugno 2014, n. 2903.



con i diritti costituzionalmente garantiti, la cui rilevanza e pregnanza nel caso di specie, dovrebbe condurre ad una più stringente valutazione delle condizioni del recupero. Quanto alle modalità attraverso le quali la considerazione del legittimo affidamento, ovvero il bilanciamento con l'esigenza di tutelare diritti costituzionalmente tutelati, potrebbero trovare emersione nella fase prodromica all'atto di recupero dell'indebito, un diverso orientamento della giurisprudenza ha adombrato il recupero di garanzie partecipative per l'ingresso dell'interesse privato nelle valutazioni dell'amministrazione (sebbene relative alla fase esecutiva del recupero)<sup>60</sup>.

Altre pronunce del giudice amministrativo, hanno invece escluso la fondatezza in punto di *an debeatur* della pretesa ripetizione dell'indebito a fronte della maturazione in capo al dipendente pubblico di un legittimo affidamento: in altri termini, hanno fatto assurgere il legittimo affidamento a causa ostativa o di estinzione del diritto di credito, pur senza esplicitare un simile esito. Si è al riguardo ritenuto che i tradizionali principi giurisprudenziali in ordine alla doverosità dell'azione di recupero, pur apparendo condivisibili in linea astratta, non potrebbero essere applicati in via automatica, generalizzata e indifferenziata, a qualsiasi caso concreto di indebita erogazione da parte della pubblica amministrazione di somme ai propri dipendenti, dovendosi aver riguardo alle connotazioni, giuridiche e fattuali, delle singole fattispecie dedotte in giudizio, tenendo conto della natura degli importi di volta in volta richiesti in restituzione, delle cause dell'errore che aveva portato alla corresponsione delle somme in contestazione, del lasso di tempo trascorso tra la data di corresponsione e quella di emanazione del provvedimento di recupero, dell'entità delle somme corrisposte in riferimento alle correlative finalità<sup>61</sup>. Un simile approccio ermeneutico appare insoddisfacente in quanto non argomenta, in assenza di una previsione normativa puntuale che elevi il legittimo affidamento del privato a causa ostativa del diritto alla ripetizione dell'indebito ovvero estintiva dello stesso, in ordine al fondamento giuridico del riconoscimento del legittimo affidamento del privato come fatto impeditivo all'esercizio del diritto di recupero<sup>62</sup>.

### **3.2. La giurisprudenza della Corte EDU sulla *legitimate expectation* quale limite alla ripetizione dell'indebito**

La Corte EDU con la sentenza 11 febbraio 2021, n. 4893/2013, Casarin contro Italia ha

---

<sup>60</sup>Id., Sez. II 10 dicembre 2020 n. 7889: in tal senso è stato affermato che "*se è vero che la buona fede del percipiente appare recessiva a fronte del superiore interesse all'integrità dell'erario pubblico, lo è altrettanto che il sacrificio imposto all'affidamento che lo stesso comprensibilmente ripone sulle proprie certezze retributive non può non essere garantito utilizzando tutti i possibili strumenti partecipativi, al fine di addivenire, quanto meno nel quomodo, a soluzioni che non ne pregiudichino il diritto, egualmente costituzionalmente garantito, ad una retribuzione dignitosa*"

<sup>61</sup> Id., Sez. IV, 5 aprile 2108, n.2115; Id., sez. VI, 27 ottobre 2014, n. 5314.

<sup>62</sup> La tesi non appare riconducibile, sotto il profilo teorico, ad alcuna delle teorie elaborate in ordine alla tutela del legittimo affidamento, su cui vedi *supra* parr. 2 e 2.1.



ritenuto che la ripetizione dell'emolumento (benché dovuta secondo le norme nazionali) avente carattere retributivo non occasionale, corrisposto da una pubblica amministrazione in modo costante e senza riserve ad un lavoratore in buona fede in capo al quale possa dirsi integrato un legittimo affidamento sulla perdurante spettanza delle somme, può integrare una violazione dell'art. 1 Prot. 1 addizionale alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo sotto il profilo della sproporzione dell'ingerenza là dove il privato abbia sopportato un sacrificio eccessivo<sup>63</sup>.

Secondo la Corte di Strasburgo la percezione continuativa della prestazione retributiva integrerebbe un interesse economico sufficientemente riconosciuto da costituire "proprietà" ai sensi della norma convenzionale, con conseguente applicazione del regime giuridico di cui all'art. 1 Prot. 1 add. alla CEDU<sup>64</sup>.

Quanto all'emersione del legittimo affidamento tutelabile ai sensi dell'art. 1 prot. a add. alla CEDU, la Corte ha richiamato due principi: il primo, è quello secondo cui se una decisione amministrativa può essere revocata per il futuro (ex nunc), l'aspettativa che essa non opererà retroattivamente (ex tunc) deve essere generalmente riconosciuta come legittima, a meno che non vi siano motivi gravi contrari basati sull'interesse generale o di terzi; il secondo è il principio di "buon governo" che richiede, quando è in gioco una questione di interesse generale, che le autorità pubbliche agiscano in tempo utile, in modo appropriato, e con la massima coerenza.<sup>65</sup> Quanto alla sproporzione dell'ingerenza, secondo la Corte assumono

<sup>63</sup> La fattispecie sottesa alla rimessione della questione alla Corte EDU concerneva una docente, già dipendente dal Ministero dell'Istruzione, trasferitasi per mobilità volontaria all'INPS, cui era stata richiesta la restituzione di un assegno ad personam, di importo pari alla differenza tra lo stipendio già percepito dall'Amministrazione di provenienza e quello previsto nelle sue nuove mansioni, che l'Istituto stesso aveva continuato ad erogarle. Sulla base della giurisprudenza formatasi in materia, infatti, esso era stato ritenuto riassorbibile per effetto degli avanzamenti stipendiali successivi al passaggio di servizio, e come tale non dovuto.

<sup>64</sup> Occorre rammentare che il concetto di proprietà di cui al primo paragrafo dell'art. 1 del Protocollo n. 1 alla CEDU, ha un significato autonomo rispetto a quello accolto nei singoli ordinamenti nazionali. Secondo la Corte EDU rientra nell'ambito di applicazione dell'art.1, Prot.1, non soltanto la proprietà di beni mobili ed immobili ed i diritti reali, ma anche, il legittimo affidamento in ordine alla conservazione o realizzazione di vantaggi patrimoniali attribuiti dal sistema legislativo o da decisioni delle autorità pubbliche. L'ingerenza nel diritto di proprietà, per essere compatibile con la regola generale enunciata all'art. 1 predetto, deve soddisfare tre condizioni: deve essere stata eseguita "alle condizioni previste dalla legge", "per scopi di pubblica utilità" e deve assicurare un giusto equilibrio tra i diritti della ricorrente e gli interessi della collettività (c.d. proporzionalità dell'ingerenza). Cfr. Corte EDU, *Matos e Silva, Lda, e altri c. Portogallo*, ric. n. 15777/89, 16 settembre 1996, § 75; Id., *Gasus Dossier – und Fördertechnik GmbH c. Paesi Bassi*, ric. 42052/98, 23 febbraio 1995, § 53.

<sup>65</sup> La Corte ha poi elencato diversi i criteri quali: a) il pagamento di un'indennità deve essere effettuato a seguito di una richiesta del beneficiario che agisce in buona fede o, in assenza di tale richiesta, dalle autorità che procedono spontaneamente; b) il pagamento in questione deve essere effettuato da un soggetto pubblico, dall'amministrazione centrale dello Stato o da altro ente pubblico, sulla base di una decisione presa al termine di un processo amministrativo e presumibilmente corretta; c) deve essere basato su una disposizione legale, regolamentare o contrattuale, la cui applicazione deve essere percepita dal beneficiario come la "fonte" del pagamento, e anche identificabile nel suo importo; d) è escluso il pagamento manifestamente privo di titolo o basato su semplici errori di calcolo; tali errori possono essere rilevati dal beneficiario, eventualmente ricorrendo ad un esperto; e) deve essere eseguito per un periodo sufficientemente lungo da far sorgere una ragionevole



rilievo una serie di circostanze quali l'omessa attivazione, da parte della pubblica amministrazione, dei rimedi per recuperare le somme indebitamente corrisposte che si sia protratta per un periodo molto lungo; l'imputabilità dell'errore esclusivamente alla pubblica amministrazione; la situazione economica e le condizioni di salute del privato.

L'interpretazione fornita dalla Corte EDU nella citata sentenza dell'11 febbraio 2021 si inserisce in un preciso filone della giurisprudenza sovranazionale, costituendo applicazione di principi già enunciati in pregresse decisioni<sup>66</sup>. La "legitimate expectation" è categoria che è stata elaborata in sede europea anzitutto con riferimento alle ipotesi di modifiche legislative non prevedibili ovvero ripensamenti delle autorità amministrative diretti a privare il soggetto di un vantaggio patrimoniale già attribuito in base ad una precisa disposizione di legge, atto giudiziario o decisione amministrativa<sup>67</sup>: in una prima fase, la Corte EDU ha ritenuto che il legittimo affidamento dovesse fondarsi su una base legale certa così da raggiungere un certo tasso di concretezza, diverso dalla mera aspettativa di fatto; successivamente, la tutela della "legitimate expectation" è stata estesa anche ai casi di attribuzione di un vantaggio patrimoniale ab origine senza titolo (trattasi quindi di posizioni di vantaggio conseguite in assenza di una valida e certa base legale), ma conseguito in base ad errori esclusivamente imputabili alle autorità pubbliche, le

---

convinzione che sia definitivo e stabile; l'indennità erogata non deve essere riconducibile ad un'attività professionale una tantum e "isolata" ma deve essere collegata all'attività ordinaria; f) infine, il pagamento in questione non deve essere stato effettuato con menzione di una riserva di ripetizione.

<sup>66</sup> Cfr. sentenza 26 aprile 2018, *Cakarevic c. Croazia*, ricorso n. 48921/2013, in cui la Corte EDU ha ritenuto rientrare nel campo della tutela garantita dall'articolo 1 protocollo 1 alla CEDU la legittima aspettativa della lavoratrice a trattenere le somme indebitamente percepite per indennità di disoccupazione (per un periodo più lungo del dovuto) ed ha ritenuto che la condanna alla restituzione violasse l'articolo 1 Prot. 1 alla Convenzione per mancanza del giusto equilibrio tra interesse generale e diritto del singolo individuo, in quanto la ricorrente non era stata informata circa il limite alla durata temporale della prestazione ed aveva continuato a percepire l'indennità sulla base di una decisione delle autorità amministrative. Si veda anche sentenza 15 settembre 2009, sul ricorso nr. 10373/2005, *Moskal c. Polonia*, in cui la Corte EDU ha qualificato come aspettativa economicamente tutelata ai sensi dell'art. 1, Prot. 1 alla CEDU, la posizione della ricorrente, cui era stato concesso nell'agosto 2001 il pensionamento anticipato, revocato dopo dieci mesi (nel giugno 2002) per carenza dei requisiti (grave situazione di salute del figlio), ritenendo che la revoca della pensione aveva violato la norma convenzionale per mancanza di proporzionalità. La Corte ha ritenuto decisivo il fatto che si trattasse di un provvedimento adottato per errore commesso dalla stessa p.a., senza corresponsabilità della ricorrente, che si era dimessa dal lavoro e si era vista privata da un giorno all'altro della sua unica fonte di sostentamento per sé e la famiglia, con il rischio di non trovare un nuovo impiego. Nella sentenza 12 dicembre 2019, sul ricorso nr. 32141/10, *Romeva c. Macedonia del Nord*, la Corte di Strasburgo ha ritenuto integrata la violazione del diritto dell'individuo al pacifico godimento dei propri beni, sempre per l'esito negativo del test di proporzionalità, in un caso di revoca, nell'ottobre 2007, della prestazione pensionistica indebita (pensione di anzianità liquidata sulla base di dati errati riguardo al periodo di occupazione lavorativa) di cui la ricorrente godeva dall'anno 2000. La Corte ha ritenuto che la revoca della pensione non fosse proporzionata, in mancanza di prova della responsabilità della ricorrente per l'errore di liquidazione, trattandosi dell'unica fonte di reddito e di una richiesta di restituzione tale da aggravare un onere già eccessivo.

<sup>67</sup> Corte EDU, *Pine Valley Developments Ltd e altri c. Irlanda*, ric. n. 12742/87, 29 novembre 1991



quali hanno tollerato (mediante la propria inerzia nel reagire alla situazione indebita) la situazione di fatto<sup>68</sup>. In tale ultimo indirizzo si colloca la giurisprudenza della Corte EDU (ivi compresa la citata sentenza Casarin c. Italia) che, con riferimento a controversie in materia di pensioni, assistenza sociale e pubblico impiego, ha ritenuto tutelabile, ai sensi della norma convenzionale, la legittima aspettativa al pacifico godimento dei propri beni con riferimento a prestazioni indebitamente concesse dalle autorità pubbliche (si tratta pertanto di una legittima aspettativa sorta in relazione a fattispecie di attribuzione di vantaggi patrimoniali *contra legem*<sup>69</sup>). Occorre rilevare che, sotto tale profilo, non viene messa in discussione la possibilità per l'autorità pubblica di correggere i propri errori, stante il sotteso interesse pubblico alla corretta ed adeguata allocazione delle risorse pubbliche; tuttavia, per un verso, all'amministrazione è richiesta una condotta che sia coerente al principio di "buon governo" che impone sia l'obbligo di agire tempestivamente per correggere l'errore, sia il divieto di imporre un sacrificio eccessivo al privato; per altro verso, il potere di ripensamento (o correzione) della PA se può riguardare il futuro, non dovrebbe, invece, incidere sugli effetti già prodotti.

### 3.2.1. Segue: la natura della *legitimate expectation* di matrice convenzionale

Dall'analisi svolta, si può anzitutto ricavare che il legittimo affidamento del privato come limite al potere di ripetizione della pubblica amministrazione, sia legato (in una logica tipicamente relazionale) alla particolare posizione istituzionale delle autorità pubbliche (sia sotto il profilo formale, poiché la Corte EDU dà rilevanza alla posizione qualificata della parte pubblica, per definizione affidabile), sia sotto il profilo funzionale (essendo le autorità preposte al soddisfacimento di interessi generali/pubblici che devono essere raggiunti mediante una condotta conformata dal principio del buon governo); sotto il profilo morfologico i presupposti che consentono di identificare un affidamento legittimo in capo all'accipiens sono il pagamento effettuato dall'amministrazione spontaneamente ovvero su domanda del dipendente; l'apparenza del titolo del pagamento; la durata nel tempo dei versamenti, la buona fede del soggetto privato, l'inerzia prolungata dell'amministrazione. Nella logica della giurisprudenza della Corte edu, il legittimo affidamento come situazione tutelata dall'art. 1 Prot. 1 Add. all CEDU, non costituisce in sé un limite alla ripetizione da parte della PA delle somme

<sup>68</sup> Id, Grande camera, 5 gennaio 2000, *Beyeler c. Italia*, Ricorso n° 33202/96, con nota di M. L. Padelletti, *Il caso Beyeler di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in Riv. dir. inter., 2000, 781 ss.

<sup>69</sup> Corte EDU, *Cakarevic c. Croazia*, cit. par. 57: "The Court has held that, as a rule, a legitimate expectation of being able to continue having peaceful enjoyment of a possession must have a sufficient basis in national law. It has, however, also held that the fact that the domestic laws of State do not recognise a particular interest as a right is not always decisive, in particular circumstances where the lapse of time justifies concluding that the individual's interest in the status quo had become vested in a sufficiently established manner for being recognised as capable of engaging the application of Article 1 or Protocol n. 1".



indebitamente erogate, bensì il presupposto per valutare la proporzionalità dell'ingerenza, dovendosi a tale fine prendere in considerazione ulteriori indici, quali l'esclusiva imputabilità all'amministrazione dell'errore del pagamento, la natura del versamento indebito quale corrispettivo dell'attività lavorativa ordinaria e la situazione economica del ricevente al momento della domanda di rimborso.

Sulla scorta di tali premesse, si può tentare di individuare alcuni postulati:

- (i) il legittimo affidamento di matrice convenzionale costituisce un interesse meritevole di tutela rientrante nel "diritto di proprietà"; ogni ingerenza dell'autorità pubblica nella integrità del patrimonio del privato (in cui rientra anche il legittimo affidamento) deve essere basata su una norma di legge e proporzionata;
- (ii) la nozione di *legitimate expectation* di matrice convenzionale, presenta caratteri in comune con quella di legittimo affidamento di matrice pubblicistica sia là dove la Corte EDU la ritiene espressione dei principi di "buon governo" e di certezza giuridica di cui le autorità pubbliche sono depositarie e garanti, sia là dove richiama, nella citata giurisprudenza sui limiti alla ripetizione dell'indebito da parte della PA, i principi e i limiti relativi ai poteri di "revoca" delle autorità pubbliche; tuttavia, essa presenta altresì carattere in comune con quella di matrice privatistica (vengono difatti in rilievo il dovere di coerenza e di correttezza, l'apparenza giuridica, la tolleranza);
- (iii) la giurisprudenza della Corte EDU, che è indifferente rispetto alle qualificazioni giuridiche interne della fattispecie in termini di esercizio di potere autoritativo ovvero di atto di autonomia privata, richiama - nella valutazione della "legittimità" della condotta dell'amministrazione che abbia agito per il recupero di quanto indebitamente erogato -, il c.d. test di proporzionalità che involge il sindacato sulla corretta o meno ponderazione degli interessi in gioco: valutazione che, nella logica dei rapporti di autorità, troverebbe la sua naturale emersione, nel nostro ordinamento, in sede di esercizio del potere discrezionale di autotutela e che non è invece contemplato (quanto meno in modo espresso), nelle norme civilistiche (né nell'art. 2033 c.c.; né negli artt. 1175 e 1375 c.c.; né nell'art. 1337 c.c.).

### **3.3. I rimedi a sua tutela: un tema di diritto nazionale. La rimessione della questione di legittimità costituzionale dell'art. 2033 c.c. per violazione del legittimo affidamento.**

Quanto all'individuazione delle conseguenze (i.e. dei rimedi) derivanti dalla violazione del legittimo affidamento del privato, non è chiaro dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, se essa precluda la ripetizione dell'indebito (e cioè se il legittimo affidamento del privato impedisca la ripetizione) ovvero se la sua lesione sia fonte di responsabilità solo risarcitoria.

In dottrina si è osservato che una simile difficoltà dipenderebbe sia dalle



caratteristiche del giudizio dinanzi alla Corte EDU che, se riscontra la violazione di un diritto fondamentale, procede ai sensi dell'art. 42 della Convenzione mediante condanna al risarcimento del danno, sia dall'approccio equitativo nella quantificazione del danno, seguito dalla Corte di Strasburgo, che non consentirebbe di inferire se al riconoscimento dell'interesse consegua *"un effetto latu sensu sanante della situazione indebita ovvero, viceversa, la Corte abbia apprestato una tutela effettivamente solo risarcitoria, ossia volta a riparare nei limiti delle conseguenze pregiudizievoli derivanti da un esercizio scorretto del diritto alla ripetizione"*<sup>70</sup>.

Il problema della individuazione dei rimedi per evitare ulteriori violazioni del diritto convenzionale si sposta quindi sul piano interno all'ordinamento nazionale e richiede innesti e adattamenti delle interpretazioni sovranazionali, nel sistema giuridico domestico, affatto scontati come dimostra proprio il caso dei limiti alla ripetizione dell'indebito da parte della PA.

La Corte di cassazione (in base ad una rigorosa interpretazione letterale della norma) ha ritenuto che l'automatismo previsto dall'art. 2033 c.c. tra natura indebita della prestazione e diritto di ripetizione, non consentirebbe l'ingresso di alcuna valutazione quanto alla proporzionalità della ingerenza e prima ancora al legittimo affidamento del privato a fronte della condotta della PA. Di qui la rimessione alla Corte costituzionale della questione di legittimità costituzionale dell'art. 2033 c.c., nella parte in cui non consente di dare ingresso al legittimo affidamento del privato quale limite al diritto della PA alla ripetizione dell'indebito. Viceversa, nella giurisprudenza amministrativa il confronto con la recente sentenza della Corte EDU Casarin c. Italia ha avuto come esito quello della immediata applicazione, in via interpretativa, dei principi da essa derivanti. In particolare, secondo il Consiglio di Stato<sup>71</sup> i principi espressi dalla Corte EDU possono trovare ingresso attraverso la valorizzazione di quell'orientamento già emerso in seno alla giurisprudenza amministrativa (su cui vedi *supra* par. 3) secondo cui la doverosità della ripetizione e l'irrelevanza del legittimo affidamento del privato, sono criteri che non possono essere applicati in modo meccanicistico a qualsivoglia fattispecie, prescindendo dalle specificità delle singole situazioni dedotte in giudizio. In particolare, osserva il Consiglio di Stato *"non può non darsi alcun rilievo alla causa dell'errore, ovvero alla sua imputabilità in via esclusiva alla Amministrazione procedente, pur avendo il lavoratore*

<sup>70</sup> E. Bufano, A. Dinisi, *op. cit.*, p.74. Si osserva, invero, che talvolta la Corte EDU ha condannato, come nel caso Casarin c. Italia, lo Stato a restituire tutte le somme ripetute, in altri casi invece la condanna è stata di ammontare inferiore.

<sup>71</sup> Cons. St., Sez. II, 1° luglio 2021, n.5014; Id. 1373, 28 febbraio 2022. *Contra*, Id. 7 dicembre 2022, n.10737 secondo cui *"né l'affidamento del pubblico dipendente, così come la sua buona fede, integrano la presenza di un elemento ostativo all'esercizio del potere-dovere di recupero, non essendo l'amministrazione tenuta a fornire un'ulteriore motivazione sull'elemento soggettivo riconducibile all'interessato. È dunque recessivo il richiamo ai principi in materia di autotutela amministrativa sotto il profilo della considerazione del tempo trascorso e dell'affidamento maturato in capo agli interessati (cfr. anche Consiglio di Stato, sezione III, sentenze 4 settembre 2013, n. 4429, e 31 maggio 2013, n. 2986).*



*beneficiario dello stesso, inconsapevolmente basando le proprie aspettative di stile di vita sulla acquisita consistenza stipendiale. Ciò a maggior ragione ove l'errore sia da correlare alla complessità della macchina burocratica dalla quale esso è scaturito, o della cornice normativa, che ne ha favorito l'insorgere per mancanza di chiarezza. Rileva infatti il Collegio che se la medesima Amministrazione erogante è incorsa in un errore interpretativo, si paleserebbe paradossale pretendere una sorta di consapevolezza intrinseca da parte del dipendente, privandolo comunque, spesso a distanza di anni, di somme che nella loro originaria consistenza mensile erano esigue, ma una volta capitalizzate nella richiesta restitutoria rischiano spesso di generare un effetto distorsivo sull'assetto salariale tutt'affatto trascurabile".*

### **3.4. La soluzione fornita dalla Corte costituzionale: buona fede oggettiva, inesigibilità della prestazione e risarcimento del danno**

La Corte costituzionale con la sentenza n. 8 del 2023 ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2033 c.c. sulla base di una interpretazione *"convenzionalmente orientata"* del quadro normativo interno.

Secondo il Giudice delle leggi i principi affermati dalla Corte EDU nella sentenza 11 febbraio 2021, n. 4893/2013, Casarin contro Italia, nonché nella giurisprudenza precedente sull'art. 1 Prot. 1 alla CEDU, troverebbero difatti ingresso nel nostro ordinamento mediante il riferimento alla clausola generale della buona fede oggettiva (artt. 1375 e 1175 c.c.) in quanto *"cornice giuridica capace di valorizzare, a livello nazionale, e condizionare l'obbligazione restitutoria prevista dall'art. 2033 del codice civile, in base a presupposti che corrispondono a quelli individuati dalla Corte EDU per fondare il riconoscimento di un affidamento legittimo"*<sup>72</sup>. Tramite l'art. 1337 c.c. (secondo cui *"Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede"*) la clausola di buona fede oggettiva consentirebbe, in primo luogo, la possibilità di identificare un affidamento legittimo come situazione giuridica suscettibile di tutela; in secondo luogo, attraverso la previsione dell'art. 1175 c.c. (secondo cui *"Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza"*), la stessa clausola consentirebbe di attenuare la rigidità del rapporto obbligatorio o meglio di plasmare l'esecuzione del rapporto obbligatorio che trova la propria fonte nell'art. 2033 c.c. consentendo, in sede di sua attuazione, l'ingresso degli interessi in gioco e delle circostanze del caso concreto e, in definitiva, degli elementi valorizzati dalla Corte EDU ai fini della valutazione della *"proporzionalità"* dell'ingerenza<sup>73</sup>.

<sup>72</sup> G. Vettori, *La buona fede nella "nuova" legalità plurale*, in PA Persona e Amministrazione, 2, 2022, 8.

<sup>73</sup> Cfr. par. 12 ult. per.: *"si deve ritenere che la consonanza fra gli elementi evidenziati dalla giurisprudenza della Corte EDU e la tipologia di criteri cui può dare rilevanza la buona fede oggettiva a fondamento di un affidamento legittimo, ove riferito al contesto della spettanza di una prestazione indebita, confermi che l'interesse protetto dalla CEDU, come ricostruito dalla Corte EDU, può trovare riconoscimento, nel nostro ordinamento, dentro la cornice generale della buona fede oggettiva"*



Quanto all'apparato rimediabile approntato dall'ordinamento nazionale a tutela del legittimo affidamento, *"Un primo fondamentale ruolo spetta alla categoria della inesigibilità (...) che non colpisce la fonte dell'obbligazione, ma funge da causa esimente del debitore, quando l'esercizio della pretesa creditoria, entrando in conflitto con un interesse di valore preminente, si traduce in un abuso del diritto"*: in altri termini, secondo la Corte Costituzionale il legittimo affidamento del debitore, non opererebbe come causa estintiva dell'obbligazione, bensì inciderebbe sulle concrete modalità di attuazione del rapporto obbligatorio in termini di inesigibilità temporanea o "parziale"<sup>74</sup> (che non costituisce un limite dell'obbligazione "bensì da autonoma causa esimente del debitore"<sup>75</sup>: si tratta in altri termini di una prestazione astrattamente possibile, ma il cui adempimento in concreto (nel bilanciamento dei contrapposti interessi) non può essere preteso dal creditore. Per altro verso, una volta inquadrato il legittimo affidamento del dipendente pubblico come interesse tutelabile, la sua lesione aprirebbe la strada anche alla possibilità di ottenere una tutela risarcitoria entro la cornice della responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c.

Dalla sentenza n.8/2023 della Corte costituzionale è possibile trarre alcuni postulati e implicazioni quanto alla nozione di legittimo affidamento e rimedi a sua tutela.

a) In primo luogo, occorre soffermarsi sul dato, formale, della nomenclatura utilizzata dalla Corte: l'oggetto della sentenza della Corte costituzionale è costituito dal "legittimo affidamento" come declinato nella giurisprudenza della Corte Edu: la locuzione utilizzata nella sentenza è (quasi sempre) quella di "affidamento legittimo" e i relativi *"presupposti che consentono di indentificare un affidamento legittimo"* sono quelli ricavati dalla giurisprudenza sovranazionale<sup>76</sup>.

b) In secondo luogo, assume rilievo il fondamento giuridico del legittimo affidamento quale interesse meritevole di protezione. La "clausola generale di buona fede oggettiva e correttezza", è ritenuta dalla Corte *"suscettibile di valorizzare le specificità degli elementi posti in risalto dalla giurisprudenza della Corte EDU a fondamento dell'affidamento legittimo"*<sup>77</sup>. L'affidamento legittimo basato sulla buona fede è tutelato, in via anticipatoria, mediante l'art. 1175 c.c. che conforma l'esecuzione del rapporto obbligatorio al rispetto della buona fede imponendo il bilanciamento tra i contrapposti interessi e, in via successiva, quale situazione soggettiva potenzialmente

---

<sup>74</sup> Si legge nella sentenza della Corte costituzionale che *"Talora poi le condizioni personali del debitore, ove correlate a diritti inviolabili, potrebbero far ritenere al giudice definitivamente giustificato un adempimento parziale, che solo in casi limite potrebbe approssimarsi alla totalità dell'importo dovuto"*. In tale ottica, la sentenza in commento ha richiamato quell'orientamento del Consiglio di Stato secondo cui occorre *"evitare [...] che le modalità di ripetizione siano tali da compromettere le esigenze primarie dell'esistenza"* (Consiglio di Stato, sezione terza, sentenza 30 1990, n. 57; danno applicazione a quanto sopra richiamato sezione sesta, sentenze 27 ottobre 2014, n. 5315; 12 dicembre 2002, n. 6787 e 28 maggio 2001, n. 2899).

<sup>75</sup> F. Gambino, *Le obbligazioni*, in R. Sacco (diretto da), Trattato di diritto civile, Utet Giuridica, 2015, 1193.

<sup>76</sup> Si veda in particolare punto 8 della sentenza della Corte Cost. n.8/2023.

<sup>77</sup> Cfr. punto 11 della sentenza della Corte Cost. n.8/2023



meritevole di tutela mediante, attraverso la valorizzazione del modello generale della responsabilità (di natura risarcitoria) precontrattuale di cui all'art. 1337<sup>78</sup>.

c) In terzo luogo (osservazione che costituisce in realtà, il necessario portato di quella precedente), secondo la Corte il legittimo affidamento, quale espressione della clausola generale di buona fede, non costituisce in sé un limite alla ripetizione dell'indebito (salve deroghe stabilite dal legislatore che, nell'esercizio della sua discrezionalità politica può ritenere preminenti le esigenze di tutela dell'affidamento)<sup>79</sup>, ma postula una valutazione in ordine alla proporzionalità dell'interferenza quale sede di bilanciamento tra le opposte esigenze.

#### 4. Note conclusive

La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha riconosciuto che la percezione delle retribuzioni corrisposte in modo continuativo e senza riserve dalla pubblica amministrazione datrice di lavoro, è astrattamente idonea a far sorgere un legittimo affidamento del privato quanto alla spettanza e conservazione delle somme, quale interesse rientrante nel campo di applicazione dell'art. 1 Prot. 1 Add. CEDU. Ai fini dell'emersione del legittimo affidamento (tutelabile ai sensi della norma convenzionale) sovviene un principio di matrice pubblicistica, ossia quello del buon governo, per effetto del quale, quanto sia in gioco un interesse pubblico o generale, le amministrazioni agiscano in tempo utile e con la massima coerenza. L'attrazione della fattispecie nell'ambito di applicazione della norma convenzionale, reca con sé la necessità di valutare (anche) la proporzionalità dell'ingerenza, assumendo rilievo elementi di fatto, concreti e mutevoli, quali l'inerzia dell'amministrazione che si sia protratta per un lungo periodo di tempo, l'imputabilità dell'errore in via esclusiva alla p.a., la situazione economica e di salute del privato. Si impone, detto in altri termini, una ponderazione degli interessi (quello pubblico alla reintegrazione del patrimonio) e quello del privato (alla conservazione delle somme percepite, sulle quali abbia legittimamente confidato), da effettuarsi "caso per caso".

La giurisprudenza della Corte EDU evoca, quindi, principi (quello del buon governo) e paradigmi (quello del bilanciamento e della ponderazione degli interessi, tipica dell'esercizio della "discrezionalità amministrativa") propri dell'esercizio dei poteri pubblici. Da ciò, può derivare la tentazione di una riconduzione della fattispecie della ripetizione dell'indebito retributivo da parte della p.a. come esercizio di un potere amministrativo di secondo grado. Soluzione che, come si è visto, è stata adombrata da parte della giurisprudenza amministrativa formatasi sulle controversie

---

<sup>78</sup> Cfr. punto 12.2.2. ("una volta individuati i tratti di tale affidamento, è dato riconoscere, nell'ipotesi di sua lesione, una possibile tutela risarcitoria proprio dentro le coordinate della responsabilità precontrattuale (...)"

<sup>79</sup> Cfr. punto 10 della sentenza della Corte Cost. n.8/2023.



in materia di ripetizione dell'indebita retributivo nel pubblico impiego non privatizzato. Tale opzione interpretativa, sebbene consentirebbe di risolvere il problema della penetrazione della giurisprudenza della Corte EDU sulla rilevanza del legittimo affidamento nell'azione di ripetizione dell'indebita retributivo della PA<sup>80</sup>, non sarebbe appagante sotto il profilo della qualificazione giuridica del rapporto. Per un verso e preliminarmente, si deve osservare che la Corte Edu si riferisce indistintamente tanto all'affidamento che trova fondamento in un provvedimento/determinazione amministrativa, tanto all'affidamento che derivi da un rapporto non mediato dal potere, essendo indifferente rispetto alla qualificazione giuridica domestica del rapporto da cui sia sorto l'affidamento; di ciò si trae conferma nell'iter argomentativo secondo cui un soggetto pubblico, per il solo dato formale di essere pubblica autorità, è astretto dal principio di buon governo ed è tenuto, quando sia in gioco un interesse pubblico o generale (nella specie quello alla reintegrazione delle finanze pubbliche), ad agire in tempo utile e con la massima coerenza<sup>81</sup>. Per altro verso, la ripetizione dell'indebita retributivo inerisce ad un rapporto contrattuale, paritetico, regolato dal diritto comune così come regolata dalle ordinarie norme di diritto civile ed in particolare dall'art. 2033 c.c., è la fattispecie della ripetizione di quanto la PA abbia pagato senza titolo o in eccedenza rispetto a quanto dovuto al proprio dipendente.

Una volta esclusa la natura pubblica della ripetizione dell'indebita, la ponderazione degli interessi richiesta dalla Corte EDU deve trovare emersione, non già ricorrendo al modello pubblicistico dell'autotutela, bensì in modo diverso<sup>82</sup>. Sotto tale profilo, la Corte Costituzionale, facendo propria la nozione di legittimo affidamento di matrice sovranazionale (che, come visto, dà precipua rilevanza alla natura pubblica di una delle parti e al principio di "buon governo"), in assenza di specifiche e derogatorie norme (rispetto al modello generale dell'art. 2033 c.c.), ha ritenuto di poter apprestare tutela al legittimo affidamento del dipendente pubblico nei confronti della p.a.

---

<sup>80</sup> Con riferimento ai rapporti autoritativi sarebbe pacifica la rilevanza del legittimo affidamento all'interno del modello tipizzato dell'autotutela (ex art. 21 nonies della l. n. 241/1990) che richiama sempre, in via anticipatoria, il corretto bilanciamento degli interessi in gioco e il minor sacrificio possibile dell'interesse privato; la sua lesione, nonostante la legittimità del provvedimento di autotutela, esporrebbe comunque al risarcimento del danno ingiusto patito secondo le più recenti acquisizioni della giurisprudenza (su cui vedi *supra* nota n.6).

<sup>81</sup> Anche la Corte costituzionale, nella sentenza n. 8/2023, ha evidenziato che nella dimensione relazionale assume rilievo la peculiare posizione della PA idonea, per la sua preposizione alla tutela di interessi pubblici (funzionalizzazione che riguarda tanto l'attività autoritativa tanto quella di diritto comune) ad ingenerare un qualificato affidamento del privato in ordine alla spettanza del beneficio.

<sup>82</sup> La ponderazione degli interessi postulata dalla Corte EDU non può agevolmente trovare una cornice giuridica di riferimento nelle ordinarie norme di diritto comune le quali, proprio in quanto destinate a regolare rapporti paritetici, con disposizioni e clausole generali vevoli indistintamente per tutti i soggetti pubblici e privati, sono neutrali e indifferenti rispetto alla posizione qualificata pubblica di una delle parti del rapporto (che invece costituisce il presupposto della speciale rilevanza giuridica, nell'accezione europea e convenzionale, del legittimo affidamento del privato).



mediante la valorizzazione della clausola generale di buona fede, dalla quale deriverebbe il temperamento della modalità di recupero delle somme indebitamente corrisposte, ovvero il risarcimento del danno ingiusto subito. Si tratta di una soluzione innovativa, se si guarda ai rapporti di diritto privato; ma perfettamente coerente con le acquisizioni teoriche e giurisprudenziali in materia di legittimo affidamento nei rapporti di autorità, risultando, ad oggi, un apparato rimediabile (bifasico, anticipatorio e successivo) dell'affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione essenzialmente analogo sia nei rapporti amministrativi autoritativi che in quelli di diritto comune, basato sul bilanciamento preventivo degli interessi e sul risarcimento del danno ex post.

Il "temperamento" o "allontanamento" dal modello tipizzato dall'art. 2033 c.c. mediante l'introduzione della necessaria ponderazione e valutazione degli interessi del privato, ai fini del test di proporzionalità, ha rilevanti implicazioni quanto all'azione di recupero della pubblica amministrazione, impingendo sulla doverosità della ripetizione e postulando un non facile bilanciamento (tenuto conto della premessa, cioè il dovere di reintegrare il patrimonio pubblico e del necessario approccio caso per caso, essendo l'emersione del legittimo affidamento legata ad elementi e dati concreti, mutevoli e non predeterminati)<sup>83</sup>.

In primo luogo, a differenza del creditore privato che, in ipotesi, potrebbe non esercitare il diritto ex art. 2033 c.c., la pubblica amministrazione non vanta un mero "diritto" (rinunciabile) alla ripetizione di quanto indebitamente pagato, essendo invece gravata dal dovere di agire per il recupero, nel rispetto della tutela dell'integrità del patrimonio pubblico, anche al fine di non incorrere nella responsabilità per danno erariale<sup>84</sup>. È quindi la doverosità dell'azione di recupero ad

---

<sup>83</sup> In altri termini, ci si discosta dal modello teorizzato anche dalla giurisprudenza amministrativa della natura meramente vincolata e doverosa del recupero delle erogazioni pubbliche effettuate sine titulo (su cui vedi, tra le più recenti, TAR Lazio, Sez. IV, 13 ottobre 2025, n. 17528, secondo cui "A sostegno di tale conclusione depone l'orientamento giurisprudenziale ormai consolidato, dal quale il Collegio non intende discostarsi, secondo cui «il recupero di erogazioni in generale (e maxime se si tratta di agevolazioni di diritto UE), erroneamente erogate o in assenza del presupposto, non costituisce d'una funzione d'autotutela ex artt. 21-quinquies o 21-nonies della l. 241/1990. Si tratta piuttosto del doveroso esercizio di un potere vincolato, senza che ciò determini la violazione dei principi di tipicità e nominatività della funzione amministrativa (e del provvedimento che ne è la forma giuridica), di revoca sanzionatoria o, il che è lo stesso, di decadenza sanzionatoria, correlato unicamente alla ricorrenza dei presupposti normativi richiesti per elidere ex tunc il beneficio assentito sine titulo. In tal caso, la "revoca" (recte, l'obbligo tutt'altro che discrezionale di ripetizione dell'indebito) si fonda sul dato oggettivo della violazione della normativa di regolazione del settore senza che ne rilevi lo stato soggettivo del beneficiario. Emerge quindi preminente l'esigenza per la P.A. di ripetere erogazioni indebite di pubblico denaro senza che vi occorra una motivazione specifica sulle eventuali ragioni d'interesse pubblico concreto e attuale o di comparazione con quello del debitore, anche quando questi sia in buona fede, dato, questo, che assume rilievo al più nel quomodo del recupero, non certo nell'an» (Consiglio di Stato, sez. VI, 20/10/2023, n. 9115; così anche Cons. Stato, Sez. VI, 17/8/2021, n. 5908; in termini, fra le tante, Cons. Stato, Sez. VI, 30/5/2017, n. 2614; 23/11/2018, n. 6659; Sez. III, 25/3/2019, n. 1932)", a sua volta fondato sulla tendenziale "recessività" dell'affidamento in caso di ripetizione da parte della p.a. di somme pubbliche illegittimamente erogate (Cons. St, II, 5 settembre 2022, n. 7690).

<sup>84</sup> Cfr., ex plurimis, Cons. Stato, n. 1852/2019 cit.



essere temperata (occorre verificare come e secondo quali modalità) dall'esigenza, imposta dalla giurisprudenza della Corte EDU e da quella costituzionale, del bilanciamento degli interessi in gioco, ossia della necessaria considerazione del legittimo affidamento del privato<sup>85</sup>.

In secondo luogo, la garanzia di imparzialità dell'amministrazione (che impone di acquisire tutti gli elementi necessari ai fini della ripetizione dell'indebito, non più meramente vincolata per effetto della giurisprudenza della Corte EDU e della Corte costituzionale) non consente una totale abdicazione da parte della p.a., in favore del giudice in sede contenziosa, del bilanciamento, valutazione, ponderazione dell'interesse pubblico alla reintegrazione del patrimonio con gli interessi del privato, e della valutazione, caso per caso, delle circostanze di fatto, prima fra tutte il tempo, il livello di consolidamento dell'aspettativa, le condizioni economiche e sociali del debitore<sup>86</sup>.

In terzo luogo, una volta che si sia affermata, la necessaria tutela da parte della p.a. del legittimo affidamento in caso di ripetizione dell'indebito retributivo, si deve anche ritenere che la fase antecedente alla ripetizione dell'indebito debba essere preceduta da un procedimento amministrativo prodromico funzionale all'acquisizione ed emersione degli elementi di fatto rilevanti ai fini della ponderazione degli interessi in gioco. In altri termini, se è vero che

---

<sup>85</sup> La giurisprudenza più recente del Consiglio di Stato, proprio alla luce della giurisprudenza della Corte EDU e della Corte costituzionale, ha riconosciuto la necessità di temperare il dovere di ripetizione dell'indebito con le valutazioni implicate dalla tutela del legittimo affidamento (cfr., tra le più recenti, Cons. St., Sez. VI, 10 dicembre 2025, 9715), escludendo la legittimità del recupero laddove esso sia avvenuto decorso un tempo eccessivo e tale da rendere "sproporzionata" l'ingerenza (cfr. Cons. St., Sez. II, 14 novembre 2025, n.8939, secondo cui "In generale peraltro la possibilità di ripetere le somme indebitamente erogate solo entro un certo lasso di tempo, risponde ai principi affermati in generale sulla tematica delle erogazioni non dovute dalla pubblica amministrazione dalla giurisprudenza eurounitaria. Seppure con riferimento al caso in cui l'erogazione sia da attribuire a errore imputabile alla stessa amministrazione erogante, la Corte EDU (v. sez. I, 11 febbraio 2021, n. 4893/2013, Casarin contro Italia) ha evidenziato proprio, tra le altre cose, la rilevanza del lasso di tempo intercorso prima della richiesta restitutoria, rilevante ai fini del c.d. proportionality test richiesto dall'art. 1 del Protocollo 1, che ammette le ingerenze statuali nel godimento di beni privati solo se le stesse siano previste dalla legge per uno scopo legittimo e siano «necessarie in una società democratica». La Corte, cioè, dopo avere riconosciuto la legalità dell'ingerenza, essendo la ripetizione, appunto, «prevista dalla legge», come nel caso di specie, nonché la legittimità dello scopo, ne ha tuttavia censurato l'applicazione sotto il profilo della non proporzionalità, ritenendo che la scelta fatta abbia turbato l'equilibrio che deve sussistere tra le esigenze dell'interesse pubblico generale, da un lato, e quelle della protezione del diritto dell'individuo al rispetto della sua proprietà, dall'altro. In sintesi, una volta ammesso che anche l'inidoneità assoluta dà diritto al collocamento in aspettativa "speciale", per potere applicare la disposizione sul recupero degli assegni erogati, espressamente dettata solo per i casi di inidoneità parziale, occorre quanto meno rispettare la tempistica imposta al riguardo dal legislatore, a tutela del legittimo affidamento del lavoratore sulla possibilità di disporre delle somme percepite. Il che non è accaduto nel caso di specie, come peraltro incontestato tra le parti".

<sup>86</sup> In linea di principio, spetterebbe al giudice accertare l'inesigibilità (categoria utilizzata dalla Corte costituzionale a tutela dell'affidamento del privato) parziale o totale della prestazione; la circostanza, tuttavia, che il recupero sia effettuato da una pubblica amministrazione appare assumere un particolare rilievo, determinando la necessità che, prima ancora del giudice, sia l'amministrazione, depositaria della tutela dell'interesse pubblico e astretta dal rispetto del principio di imparzialità ad effettuare la valutazione ponderativa degli interessi, sindacabile, ovviamente, dal giudice.



l'amministrazione, in sede di recupero delle somme indebitamente corrisponde al dipendente, deve bilanciare l'interesse alla reintegrazione del patrimonio con quello del privato, non solo garantendo modalità "proporzionate" (quali la rateizzazione), ma anche valutando l'incidenza del recupero sui diritti costituzionalmente tutelati (e in caso di preminenza di questi, con conseguente inesigibilità del credito), allora ciò sembra comportare necessariamente il recupero delle garanzie formali del procedimento amministrativo (dalla comunicazione di avvio del procedimento, all'esercizio dei diritti partecipativi, sino alla motivazione della decisione finale). Non si vuole affermare, in una prospettiva pan pubblicistica, una sorta di trasformazione dell'atto di ripetizione dell'indebito in atto di diritto pubblico (si è già detto che una simile qualificazione si scontrerebbe con la natura paritetica del rapporto e con la riconduzione dell'atto all'art. 2033 c.c.); piuttosto, si vuole dire che, per effetto della introduzione, nel diritto/dovere di ripetere quanto indebitamente pagato, di margini di valutazione ponderativa degli interessi basata sugli elementi del caso concreto, l'amministrazione dovrebbe agire, nel rispetto del principio di imparzialità, mediante la forma del procedimento amministrativo (e nel rispetto delle sue garanzie). L'atto di ripetizione dell'indebito dovrebbe, quindi, essere adottato all'esito di un previo procedimento amministrativo quale sede deputata ad esternare l'iter seguito dall'amministrazione, ossia le ragioni di interesse pubblico (che pur essendo in re ipsa, trattandosi di interesse alla reintegrazione del patrimonio pubblico, potrebbe essere recessivo rispetto all'affidamento del privato) e la sua ponderazione con quello privato (che potrebbe essere particolarmente qualificato, se il sacrificio dovesse incidere su diritti costituzionalmente tutelati, dotati di una particolare resistenza), alla luce degli elementi acquisiti e valutati, anche al fine di consentire il sindacato alla luce dei criteri (proporzionalità e tutela del legittimo affidamento) individuati dalla giurisprudenza costituzionale e convenzionale ai fini della "legittimità" dell'azione di recupero. La struttura bifasica proposta (procedimento amministrativo prodromico all'adozione di un atto di diritto privato) è peraltro coerente con quella, ben nota, della stipulazione da parte della p.a. di contratti di appalto e concessione, appunto connotati da una fase pubblicistica che precede la stipulazione del contratto. Anche in questo caso, il contratto di diritto privato è necessariamente preceduto da una fase pubblicistica (senza che ciò determini una diversa qualificazione giuridica del contratto, che resta regolato dalle norme di diritto comune, salve puntuali deroghe o eccezioni) ai fini dell'emersione dell'interesse pubblico e della verifica della conformità alla legge della scelta amministrativa<sup>87</sup>, quale postulato, del principio di imparzialità dell'amministrazione.

---

<sup>87</sup> M. S. Giannini, *Diritto Amministrativo*, Vol. II, II ed., Giuffrè, Milano, 1988, 797.