

La tutela dell'affidamento come parametro extraformale di verifica della correttezza dell'azione amministrativa

di Francesco FOGGIA

Verso il superamento della tutela meramente procedurale del legittimo affidamento (T.A.R. Campania – Napoli, Sez. VII, 7 giugno 2013, n. 3030).

In tema di tutela dell'affidamento maturato dal dipendente pubblico rispetto alla stabilità di una attribuzione patrimoniale da parte dell'amministrazione datrice di lavoro (nella specie si trattava di buoni pasto), non è possibile non considerare, ai fini della verifica della legittimità del provvedimento che dispone il recupero di quell'attribuzione, una serie di elementi come, ad esempio, ove risieda l'errore che ha portato alla corresponsione delle somme in controversia e cioè se di esso si possa fare carico alla sola Amministrazione, il lungo lasso di tempo tra la data di corresponsione e quella di emanazione del provvedimento di recupero, l'eventuale tenuità delle somme corrisposte anche in riferimento ai servizi resi, la complessità della macchina burocratica dalla quale è scaturito l'errore di conteggio.

La sentenza in commento consente di soffermarsi sulle modalità di tutela apprestate nell'ordinamento interno al principio comunitario dell'affidamento legittimo, focalizzando l'attenzione sulle fattispecie di ripetizione di somme indebite versate dall'amministrazione a titolo di indebito oggettivo. L'autore vede nella sentenza del Tar campano (che si pone in linea con un'opinione recentissima espressa dal Consiglio di Stato), il superamento di una tradizionale sistema di tutela meramente procedimentale offerta all'affidamento legittimo, a favore di una tutela sostanziale del principio, che assurge così a parametro di verifica della legittimità dell'atto amministrativo.

SOMMARIO: 1.- Il principio comunitario della *confiance légitime*; 2.- Cenni sull'evoluzione del principio del legittimo affidamento nell'ordinamento italiano; 2.1.- I requisiti: idoneità del comportamento dell'amministrazione ad ingenerare l'affidamento; 2.2.- I

requisiti: trascorrere di un idoneo lasso di tempo; 2.3.- I requisiti: il comportamento leale e prudente della controparte; 3.- La tutela del legittimo affidamento nei casi di recupero di somme dai pubblici dipendenti a titolo di indebito oggettivo.

1.- Il principio comunitario della *confiance légitime*.

Negli ultimi decenni si assiste con progressiva intensità ad una permeazione nel diritto amministrativo di principi comunitari che, forse in misura anche maggiore rispetto alle stesse fonti del diritto comunitario, non mancano di far sentire i propri riflessi nel diritto interno, con progressivo sviluppo e adattamento degli stessi al sistema giuridico nazionale, ad opera soprattutto della giurisprudenza. Molti di questi principi, quali quello di giusto procedimento, di proporzionalità o dello stesso legittimo affidamento, per vero non sconosciuti all'ordinamento interno, si arricchiscono per questa via di nuovi contenuti e di ambiti applicativi: raramente, infatti, gli stessi vengono definiti in modo positivo dal legislatore nazionale, lasciando che l'elaborazione degli stessi passi per lo più attraverso il lavoro interpretativo sviluppato dagli operatori del diritto.

Peraltro, può riscontrarsi, non di rado, nelle pronunce dei tribunali amministrativi che tentano di definire ed applicare i principi di derivazione comunitaria, una certa difficoltà e resistenza alla loro piena applicazione, in quanto, spesso, l'impegno nella definizione del principio e nella individuazione dei suoi limiti di applicabilità, finisce per non trovare riscontro in strumenti di tutela sempre adeguati e soddisfacenti¹. Tale difficoltà,

spesso più che concettuale, meramente applicativa, deriva dal fatto che i principi che permeano nell'ordinamento interno tendono a determinare una vera e propria rivoluzione copernicana del diritto amministrativo, ove alla supremazia dell'interesse pubblico viene sostituita o, quantomeno, affiancata la salvaguardia di situazioni giuridiche soggettive², che rilevano quale forma di tutela delle libertà degli amministrati rispetto all'ingerenza della pubblica amministrazione. È evidente che il mutamento del centro del sistema del diritto amministrativo, che si sposta sempre più dall'amministrazione all'amministrato, non può che passare per una certa

poi trovare convincente applicazione forse a partire dalla riforma dell'art. 117 Cost. per mezzo della L. cost. 3/2001; la giurisprudenza amministrativa fa fatica a riconoscere autonomia a tale principio, sovrapponendolo per lo più al principio di ragionevolezza, di più salda tradizione interna (cfr. Tar Lombardia – Milano, Sez. III, 20 agosto 1998, n. 1955 in cui il Tar parla di "principio di ragionevolezza – o di proporzionalità, secondo la dicitura comunitaria..."; Tar Campania – Salerno, Sez. I, 20 gennaio 2003 n. 40, in cui ragionevolezza e proporzionalità vengono indicati quali sinonimi).

² Cfr. CASSESE, *Il diritto amministrativo e i suoi principi*, in *Istituzioni di diritto amministrativo*, a cura di CASSESE, Giuffrè 2004, secondo il quale il diritto amministrativo nasce nell'Ottocento come una branca del diritto comune strettamente legato al concetto di sovranità nazionale e legato agli sviluppi del diritto statale, mentre oggi si assiste ad una "denazionalizzazione del diritto amministrativo: questo si espande oltre lo Stato, si impadronisce del diritto internazionale, divenendone una componente essenziale, influenza dall'esterno i diritti amministrativi domestici".

¹ Ad esempio, il principio di proporzionalità, riconosciuto e affermato dalla Corte di Giustizia CE sin dalla pronuncia del 16 luglio 1956, in C-8/55, *Fédération Charbonnière*, entra nel diritto interno timidamente a partire dalla metà degli anni '90 e poi, per

vischiosità, prudenza e una accorta rimodulazione dei vecchi e consolidati dogmi alla luce di schemi di pensiero più attuali e conformi al nuovo contesto socio-giuridico.

Il principio del legittimo affidamento è forse quello che più di tutti ha risentito di tale vischiosità nella fase applicativa da parte della giurisprudenza amministrativa interna, probabilmente perché lo stesso, in misura più marcata di altri principi di derivazione comunitaria, riflette quel processo di cambiamento della funzione della pubblica amministrazione, che rivoluziona la concezione classica del diritto amministrativo³.

Nel contesto del diritto comunitario, il principio del legittimo affidamento è mutuato dall'istituto sassone, codificato nel diritto tedesco, della *Verwirkung*, che consiste nel ritardato esercizio del diritto da parte del suo titolare, pur prima del decorso del termine prescrizione, considerato alla stregua di abuso del diritto, nella forma del ritardo sleale nell'esercizio delle proprie ragioni⁴: la rilevanza di tale principio, rinvenibile, in misura più o meno evoluta, in tutti gli ordinamenti europei, rientra tra i principi Unidroit, applicabili in materia commerciale, ove si accorda tutela all'affidamento che una parte ingenera nell'altra in ragione del proprio comportamento⁵. Il principio in questione, come si vede, proprio della dottrina civilistica, è mutuato nel contesto del diritto pubblico dalla giurisprudenza comunitaria, in seno alla quale il principio del legittimo affidamento rileva sia nei rapporti tra privati e istituzioni, sia nei rapporti tra Stati U.E.⁶. Nella elaborazione svolta dalle corti comunitarie intorno al principio della *confiance légitime*, può riconoscersi la centralità di alcuni elementi: il trascorrere del tempo, durante il quale si sia consolidata una determinata

situazione giuridica; il comportamento del destinatario di un determinato atto, che deve essere informato a buona fede, lealtà e prudenza⁷; con riferimento agli atti promananti dalle istituzioni comunitarie, l'idoneità dell'atto a produrre effetti giuridici e la sua assoggettabilità a rimedi di impugnazione⁸.

Per quanto in particolare riguarda l'applicazione del principio ai rapporti intercorrenti tra istituzioni e cittadini, la giurisprudenza comunitaria ha affermato la rilevanza giuridica dello stesso in particolar modo nei casi di mutamento improvviso della norma regolatrice di una situazione, in modo imprevedibile e con effetti di rilevante impatto su posizioni soggettive consolidate⁹; ovvero ancora, nei casi di revoca dell'atto amministrativo, allorché l'affidamento si radichi su comportamenti legittimi¹⁰. Si può notare che, dunque, la giurisprudenza comunitaria sviluppa il principio del legittimo affidamento proprio quale forma di tutela dell'amministrato nei confronti dei soprusi realizzati dalle istituzioni pubbliche; il che, in alcuni casi, ha determinato anche l'attribuzione di rimedi riparatori¹¹.

È da precisare, comunque, che la giurisprudenza comunitaria ha riconosciuto, quale limite applicativo alla *confiance légitime*, l'esistenza di alcuni settori giuridici ove la mutevolezza della disciplina risponde ad esigenze politiche e pratiche evidenti, per la cui ragione coloro che operano in tali settori non possono nutrire, riguardo agli atti che disciplinano la materia, un affidamento secondo gli stessi parametri che informano l'applicazione del principio in altri settori ordinamentali: tali settori sono, in particolare, quelli della politica

³ Proprio con l'introduzione della Legge n. 15/2005, che, peraltro, ha modificato il comma 1 dell'art. 1 Legge n. 241/90 nel senso da dichiarare l'applicazione dei principi comunitari, molti autori hanno parlato di rivoluzione copernicana (cfr. VIRGA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Giuffrè, 1998, p. 3) del diritto amministrativo, che ha avuto l'effetto di passare "dal concetto di Amministrazione-autorità a quello di Amministrazione-servizio, da Amministrazione-burocratica ad Amministrazione-partecipata, in cui anche l'attività amministrativa non è più fondata sul puro principio di legalità, ma sulla collaborazione e sul consenso degli amministrati" (MIELE, *Il procedimento amministrativo e il diritto di accesso*, Giappichelli, 1995, p. 109).

⁴ Da molti commentatori di diritto comparato, l'istituto della *Verwirkung* è posto in analogia con l'istituto nazionale della *decadenza*, anche se dallo stesso il primo differisce, se non altro per il fatto che la *Verwirkung* non si pone in relazione diretta con una precisa scadenza temporale, bensì, più che altro, con un comportamento contraddittorio del titolare del diritto che fa seguire ad un periodo di inattività dell'esercizio dello stesso, la chiara e decisa volontà di valersene. Per migliori rilievi, si rinvia a VIOLA, *Prescrizione e decadenza. Tutele sostanziali e strategie processuali*, Wolters Kluwer Italia, 2009, p. 357 ss.

⁵ Il principio UNIDROIT 1.8, come rinvenibile nei Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali 2010, è rubricato "*Venire contra factum proprium*", e recita, testualmente: "*Una parte non può agire in modo contraddittorio rispetto ad un intendimento che ha ingenerato nell'altra parte, e sul quale questa ha ragionevolmente fatto affidamento a proprio svantaggio*".

⁶ L'applicazione del principio del legittimo affidamento da parte della giurisprudenza comunitaria è tanto vasto quanto risalente; tra le prime pronunce possono ricordarsi Corte di Giustizia, 3 maggio 1978, causa 112/77; Corte di Giustizia, 21 settembre 1983 in cause riunite 205-215/82. Per una più vasta disamina sul punto, si rinvia a LORELLI, *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, Giappichelli, 1998, 153 ss.

⁷ Secondo Trib. CE, 13 marzo 2003, n. 125, non può avvalersi del legittimo affidamento il beneficiario di un contributo parzialmente revocato che non abbia rispettato una condizione essenziale alla quale era subordinata la relativa concessione: infatti, in relazione al potere di revoca o riduzione, il mancato rispetto, da parte della Commissione, del "termine ragionevole" non giustifica *ipso iure* un annullamento automatico della decisione di revoca.

⁸ È stata, in tal senso, esclusa la rilevanza delle risoluzioni del Parlamento europeo (cfr. Corte di Giustizia, 11 luglio 1985, *Vittorio Salerno e a./Commissione CE e Consiglio CE*, cause 87/77, 130/77, 22/83, 9/84 e 10/84), nonché la rilevanza in tal senso della cd. prassi amministrativa (cfr. Corte di Giustizia, 14 febbraio 1990, *Société française des Biscuits Delacre e a./Commissione CE*, causa 350/88).

⁹ Si ricorda la sentenza 28 aprile 1988, causa 120/86, *Mulder*, nella quale la Corte di Giustizia dichiarava invalido, per violazione del principio del legittimo affidamento, il Regolamento n. 857/84, come completato dal Regolamento (CEE) della Commissione 16 maggio 1984, n. 1371, che fissava le modalità di applicazione del prelievo supplementare di cui all'art. 5-*quater* del Regolamento n. 804/68: l'affermazione del principio fatto valere in giudizio, ha determinato anche, successivamente, la previsione di un risarcimento per i danni causati a taluni produttori di latte ai quali, per effetto dell'applicazione del Regolamento n. 857/84, era stato impedito di porre in commercio latte in forza degli impegni già assunti ai sensi del Regolamento n. 1078/77 (Corte di Giustizia, sent. 19 maggio 1992, cause riunite C-104/89 e C-37/90, cd. *Mulder II*).

¹⁰ Cfr. Cgce, 3 marzo 1982, in causa C-14/81, *Alpha Steel*.

¹¹ Come osservato anche da BARAK-EREZ, nel suo saggio *The Doctrine of Legitimate Expectations and the Distinction between the Reliance and Expectation Interests*, in *European Public Law*, f. 11, ls. 4, p. 592, la tutela del legittimo affidamento è funzionale anche al mantenimento di un certo livello di soddisfazione del cittadino nei confronti della p.a. ("*the argument, stressing the importance of social commitment, is transformed in the administrative context into a claim emphasizing the importance of strengthening reciprocal trust between the citizens and the authorities, thereby reducing feelings of alienation from the bureaucracy*").

agricola, degli aiuti di Stato e del mercato comune, laddove il bilanciamento tra esigenze e principi configgenti porta ad una più limitata considerazione del principio dell'affidamento¹².

2.- Cenni sull'evoluzione del principio del legittimo affidamento nell'ordinamento italiano.

Il principio del legittimo affidamento nasce e si afferma nella giurisprudenza nazionale come portato del più consolidato principio di buona fede¹³. In effetti il principio generale di buona fede oggettiva impone ai soggetti coinvolti in un determinato rapporto di improntare il loro agire a correttezza reciproca, così determinando una sanzione nei confronti di quel soggetto che abbia violato tale canone comportamentale¹⁴: il principio, di ampia tradizione nella dottrina civilistica italiana e proprio, in particolare, della disciplina contrattualistica, non manca di venire in considerazione, nella disamina delle vicende concrete, sia nella fase precedente la costituzione del rapporto contrattuale, sia in quella dello svolgimento del rapporto stesso. Tale costruzione dogmatica, con le implicazioni cui si è fatto cenno, è stata presa a modello dal legislatore nazionale, laddove, tra il 1990 ed il 2005, ha progressivamente dato spazio all'ingresso del principio del legittimo affidamento e della buona fede anche in ambito pubblicistico, rafforzando le garanzie partecipative del cittadino nel procedimento amministrativo; tale scopo è stato perseguito attraverso l'elaborazione di schemi procedurali alla stregua dei quali il cittadino riguardato da un procedimento deve essere informato preventivamente delle decisioni che la pubblica amministrazione si accinge ad assumere, cosicché ne possa orientare le valutazioni, intervenendo direttamente nel procedimento. È evidente che, in questo modo, le garanzie partecipative evitano anche di ledere l'affidamento ingenerato dal privato rispetto a situazioni o ad atti che hanno consolidato in capo agli stessi posizioni giuridiche di vantaggio: e ciò, intervenendo nel procedimento prima ancora che l'amministrazione possa assumere delle determinazioni che andranno irrimediabilmente ad incidere, in modo coattivo, su posizioni soggettive, più o meno stabilizzate, che fanno capo al destinatario. In effetti, la riconducibilità del principio del legittimo affidamento a quello di buona fede appare avallato in

qualche modo anche dalla Corte costituzionale¹⁵, la quale, pur ancorando il principio in discussione all'art. 3 Cost., come corollario del principio di eguaglianza, *sub specie* di ragionevolezza, finisce comunque per riconoscere la matrice del principio nel canone civilistico della buona fede e dell'affidamento incolpevole.

Accanto, per vero, alla riferita impostazione, che fa discendere la tutela dell'affidamento legittimo dall'applicazione del canone di buona fede di matrice civilistica, si pongono alcune posizioni, proprie anche della giurisprudenza amministrativa, le quali hanno ricondotto l'interpretazione e l'applicazione del legittimo affidamento ai canoni propri dell'imparzialità amministrativa, sancita dall'art. 97 Cost.: ed infatti, l'amministrazione imparziale deve essere anche un'amministrazione equidistante tra gli interessi pubblici e quelli propri degli amministrati, con la conseguenza che la stessa deve porsi anche come obiettivo il rispetto di questi ultimi¹⁶.

Quale che possa considerarsi la più esatta individuazione della genesi del principio nell'ordinamento nazionale, non vi è dubbio che lo sviluppo dell'istituto nel contesto delle corti europee ha incrementato il ricorso alla tutela dell'affidamento nell'ordinamento amministrativo italiano e l'evoluzione del principio attraverso la giurisprudenza amministrativa. In particolare si fa generalmente discendere dalla modifica del comma 1 dell'art. 1 Legge n. 241 del 1990, ad opera della Legge n. 15 del 2005, l'ingresso del principio in discussione nel tessuto dell'ordinamento interno, per il tramite del richiamo effettuato, nel citato dispositivo di legge, ai principi comunitari, tra i quali certamente deve annoverarsi anche proprio il principio del legittimo affidamento. La giurisprudenza amministrativa è stata, invero, in alcuni casi abbastanza pronta a recepire la portata innovativa dell'istituto, al fine di approntare una tutela concreta in presenza di posizioni giuridiche fortemente consolidate. Così si riscontra, ad esempio, in tema di convenzioni di lottizzazione, ove si riconosce il legittimo affidamento che si consolida in capo al privato proprietario del lotto circa l'edificabilità dello stesso, in quanto incluso nel piano di lottizzazione: l'eventuale decisione dell'amministrazione di destinare una determinata parte dell'area oggetto della convenzione di lottizzazione ad altre finalità deve essere sostenuta da una ben circostanziata motivazione, idonea ad indicare le ragioni di pubblico interesse che impediscono una diversa determinazione dell'amministrazione, maggiormente armonica con l'aspettativa nutrita dal privato¹⁷. La tutela del legittimo affidamento è stata riconosciuta, inoltre,

¹² Cfr. Cgce, 5 ottobre 1994, in causa C-280/93, Repubblica federale di Germania c. Consiglio CE, in Racc. 1994. Malgrado infatti la centralità, nel sistema del diritto comunitario, del principio della *confiance légitime*, gli operatori economici non possono fare affidamento sulla intangibilità e immodificabilità di un atto attributivo di una posizione di vantaggio: specialmente, infatti, in settori che per loro natura sono soggetti a continue evoluzioni, devono essere ritenuti ammissibili e perfettamente legittimi interventi di adeguamento normativo, purchè, ovviamente, le modifiche operino *pro futuro* senza pregiudizio per le posizioni consolidate.

¹³ Parla di genesi pretoria dell'istituto, tra gli altri, LORELLO, *La tutela del legittimo affidamento*, cit., secondo il quale nel diritto italiano i termini buona fede, legittima aspettativa e legittimo affidamento sono usati spesso in modo promiscuo.

¹⁴ Per un parallelismo tra legittimo affidamento e buona fede si rinvia a MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, Giuffrè, 2001, p. 9 ss.

¹⁵ Cfr. Corte Cost. 4 novembre 1999, n. 416, la quale esaminava la conformità a costituzione di una norma regolatrice del trattamento retributivo delle Forze dell'Ordine alla luce dell'art. 3 ed in particolare sotto il profilo del principio del legittimo affidamento letto come ragionevolezza della legge.

¹⁶ Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 15 luglio 2008, n. 3536, nel quale si sostiene che *"nel rispetto dei principi fondamentali fissati dall' art. 97 della Costituzione, l'amministrazione è tenuta ad improntare la sua azione non solo agli specifici principi di legalità, imparzialità e buon andamento, ma anche al principio generale di comportamento secondo buona fede, cui corrisponde l'onere di sopportare le conseguenze sfavorevoli del proprio comportamento che abbia ingenerato nel cittadino incolpevole un legittimo affidamento"*

¹⁷ Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 1 settembre 1999, n. 1388.

anche in tema di recesso dell'amministrazione, per ragioni di pubblico interesse, dall'accordo negoziale sottoscritto con privati, ai sensi dell'art. 11 Legge n. 241/90; il recesso dall'accordo per ragioni di pubblico interesse, infatti, violando il principio *pacta sunt servanda* e, dunque, il legittimo affidamento che i contraenti pongono circa il rispetto dell'accordo, deve essere sostenuto da motivazioni particolarmente circostanziate rispetto al superiore interesse pubblico e circa l'impossibilità di soddisfare lo stesso salvaguardando allo stesso tempo l'accordo e deve accompagnarsi ad un indennizzo che ripaghi proprio l'affidamento leso¹⁸.

Come si vede, nell'ordinamento italiano, la tutela dell'affidamento legittimo si realizza per lo più attraverso modalità o garanzie procedurali previste dal legislatore, idonee a rendere conto del bilanciamento che si opera tra la situazione di aspettativa del privato e l'interesse pubblico che si mira a tutelare. In sede di contenzioso, dunque, la tutela del legittimo affidamento passa per una verifica della legittimità dell'atto sotto il profilo dell'esame circa la presenza di specifici elementi formali o il rispetto di garanzie procedurali, mentre stenta ad affermarsi come parametro di verifica autonomo dell'atto impugnato nella forma della violazione del principio comunitario, ex art. 1 Legge n. 241/90. Sia ben chiaro: la giurisprudenza amministrativa non rifiuta in linea teorica di prendere a parametro di legittimità dell'atto il principio dell'affidamento legittimo; salvo poi a misurare il livello di tutela dello stesso unicamente attraverso la verifica del rispetto di alcuni passaggi procedurali¹⁹. Ad opinione di chi scrive, la difficoltà nell'assumere il principio del legittimo affidamento a parametro della legittimità dell'atto risiede nell'assenza di una norma giuridica che, in modo univoco, offra delle direttrici chiare circa la definizione del legittimo affidamento, ma ancor più in una resistenza culturale, in qualche modo legata alla supremazia dell'interesse pubblico: la sentenza in commento, come meglio si avrà modo di approfondire nel seguito, si pone in contrasto con una serie di numerosi altri precedenti, nella parte in cui accorda tutela ai ricorrenti proprio sulla scorta della tutela dell'affidamento legittimo, assunto come parametro di verifica della legittimità dell'azione amministrativa.

Dal momento che può dirsi che, ad oggi, la giurisprudenza amministrativa abbia maturato una certa coscienza dell'istituto, almeno sotto il piano della definizione, si tenterà di seguito di individuare quelli che sono generalmente considerati come requisiti giuridico-fattuali minimi, necessari a riconoscere come legittima una posizione di affidamento facente capo al cittadino.

2.1. - I requisiti: idoneità del comportamento dell'amministrazione ad ingenerare l'affidamento.

Un primo requisito necessario al riconoscimento di un'ipotesi di affidamento legittimo è da ricercarsi nella idoneità del comportamento dell'amministrazione ad ingenerare, appunto, affidamento: è chiaro, infatti, che non può invocarsi alcun affidamento a tutela di una propria posizione soggettiva, allorché il comportamento tenuto dall'altra parte non si sia mai espresso nel senso da ingenerare un buon grado di aspettativa rispetto a determinati esiti: infatti, non può legittimamente pretendersi alcunché da parte di un soggetto che nulla abbia fatto per ingenerare ragionevolmente un affidamento circa il proprio futuro agire.

Peraltro, può osservarsi come l'affidamento legittimo sugli atti dell'amministrazione può formarsi unicamente sugli atti ampliativi della sfera giuridica del privato: nessun interesse, infatti, è individuabile rispetto alla conservazione di atti sfavorevoli, specie se si scoprono essere illegittimi.

È stato poi notato che un atto della pubblica amministrazione intanto è idoneo ad ingenerare affidamento in quanto promana dall'organo competente ad emettere l'atto e ad assumere in ordine allo stesso determinazioni definitive; l'atto idoneo ad ingenerare affidamento deve essere inoltre un atto definitivo e non semplicemente provvisorio²⁰.

È discusso, inoltre, se una posizione di affidamento tutelabile possa nascere, oltre che da un atto, anche da un comportamento inveterato della pubblica amministrazione, dunque da quella che suole chiamarsi *prassi amministrativa*²¹: a questo quesito, cui la giurisprudenza comunitaria risponde negativamente²², la giurisprudenza nazionale non ha sempre fornito una risposta univoca, dal momento che si registrano pronunce che tendono ad escludere rilevanza alla prassi amministrativa, non essendo la stessa fonte del diritto; mentre altre decisioni evidenziano come la prassi amministrativa assuma rilievo proprio sotto il profilo della salvaguardia della buona fede, in quanto è idonea ad ingenerare un'aspettativa circa il futuro agire dell'amministrazione²³. Peraltro, contro l'indirizzo maggioritario che ritiene che la prassi che può

²⁰ Cfr. Tar Lombardia – Milano, Sez. II, 31 luglio 2012, n. 2158, in tema di revoca di un'aggiudicazione provvisoria; ma sul punto è dato riscontrare una giurisprudenza orientata diversamente: v. per esempio C.G.A.R. Sicilia, Sez. giurisdizionale, 25 gennaio 2013, n. 47.

²¹ La prassi amministrativa non può essere assimilata alla consuetudine e, dunque, non può essere annoverata tra le fonti del diritto, in quanto, benché la stessa partecipi con la consuetudine del carattere della *diuturnitas*, non è sorretta dalla convinzione generalizzata della sua obbligatorietà (cfr. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, p. 584).

²² Vedi *supra* nota 8. Nel suo studio comparato di diritto anglosassone e europeo, BARAK-EREZ, *The Doctrine of Legitimate Expectations*, cit. p. 594, sottolinea comunque come si possa riconoscere il formarsi di un'aspettativa tutelabile del cittadino in conseguenza di una prassi consolidata dell'amministrazione ("*authorities' accepted practices*").

²³ Cfr. Tar Toscana, sez. II, 31 maggio 2002, n. 1155, che ha ritenuto di riammettere in termini per la partecipazione ad un concorso, un soggetto che, in presenza di un bando equivoco, aveva sostenuto la propria legittimazione a parteciparvi sulla scorta di un titolo di studio che, per prassi reiterata dell'amministrazione, era stato sempre considerato equivalente ad uno elencato tra quelli richiesti per la partecipazione.

¹⁸ La facoltà di recesso dall'accordo per ragioni di pubblico interesse, prevista dal comma 4 art. 11 Legge n. 241/1990, si distingue dall'analoga facoltà di recesso prevista dall'art. 1373 c.c. in quanto mentre quest'ultimo trova fonte in una norma pattizia (cfr. "*Se ad una delle parti è attribuita la facoltà di recedere dal contratto.*"), la facoltà di recesso per ragioni di pubblico interesse ha natura normativa e obbligatoria.

¹⁹ Sembra allora corretto parlare, mutuando l'espressione da BARAK-EREZ, *The Doctrine of Legitimate Expectations*, cit. p. 594-595, di una *tutela procedurale* del legittimo affidamento.

legittimare una posizione tutelabile di affidamento deve consistere in una prassi *secundum legem*, non mancano pronunce giurisprudenziali che tendono a tutelare l'affidamento maturato dal cittadino su un comportamento dell'amministrazione contrario al dettato normativo²⁴.

2.2.- I requisiti: trascorrere di un idoneo lasso di tempo.

In secondo luogo, perché il cittadino possa vantare una posizione di affidamento tutelabile, è necessario che l'atto o il comportamento tenuto dall'amministrazione, idoneo a fondare un'aspettativa nel destinatario, abbia prodotto effetti sedimentati o reiterati nel corso di un apprezzabile lasso di tempo. In altri termini, un atto di revoca o di annullamento da parte dell'amministrazione che intervenga a breve distanza di tempo rispetto all'emanazione del provvedimento ampliativo della sfera giuridica dell'interessato, non determina, di massima, la lesione dell'affidamento del destinatario, in quanto non può dirsi tutelabile, specie in un'ottica di bilanciamento con l'interesse pubblico, quella che risulta essere una mera *spes* circa il consolidamento degli effetti dell'atto favorevole²⁵.

Circa la commisurazione esatta della durata di tempo necessaria a consolidare una posizione tutelabile del beneficiario dell'atto, l'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale non forniscono, ovviamente, dati oggettivi, dovendosi basare tale giudizio su una verifica caso per caso, che tenga in considerazione l'*iter* di formazione dell'atto e gli effetti che lo stesso è idoneo a produrre²⁶.

2.3.- I requisiti: il comportamento leale e prudente della controparte.

Perché sia tutelabile l'affidamento del privato (o comunque della beneficiario dell'atto amministrativo idoneo a fondare una legittima aspettativa), è

necessario che lo stesso non abbia tratto in inganno la pubblica amministrazione circa la rappresentazione di una determinata situazione fattuale o il possesso di determinati requisiti soggettivi, così inducendo l'amministrazione ad attribuire ingiusti benefici o vantaggi: non può, infatti, invocarsi la tutela dell'affidamento (come già osservato: legata al canone di buona fede), se il comportamento del beneficiario dell'atto non sia stato improntato a correttezza e lealtà.

Nell'ipotesi di comportamento sleale del beneficiario dell'atto o del comportamento, infatti, la giurisprudenza amministrativa ha chiarito che non può operarsi alcuna forma di bilanciamento tra l'interesse pubblico alla rimozione dell'atto già emanato e la posizione di affidamento (indebito) rinvenibile in capo al privato²⁷.

Al contrario, un comportamento leale e aderente alla lettera di un atto amministrativo, il quale ultimo poi si rivela equivoco o portatore di una interpretazione errata, fonda una posizione soggettiva tutelabile, proprio in ragione della buona fede del soggetto agente²⁸.

3. – La tutela del legittimo affidamento nei casi di recupero di somme dai pubblici dipendenti a titolo di indebito oggettivo.

La sentenza in commento interviene in una materia ove il principio dell'affidamento assume una centralità preponderante anche se lo stesso non è sempre valutato o, meglio, applicato adeguatamente: si tratta del caso di recupero da parte della pubblica amministrazione di somme che la stessa ritiene di aver erogato indebitamente a propri dipendenti.

Il recupero dell'indebito oggettivo è disciplinato dall'art. 2033 c.c. ed è ritenuto dall'opinione dominante in giurisprudenza come atto dovuto da parte dell'amministrazione²⁹.

²⁴ Ci si riferisce alla non risalente pronuncia del Tar Campania – Napoli, Sez. VII, 12 novembre 2010, n. 24189, il quale ha accolto la domanda proposta dalla ricorrente ritenendo illegittima la revoca disposta dal Comune di Sant'Antonio Abate di autorizzazione edilizie non sorrette da titolo abilitativo in linea paesaggistica, sulla scorta del fatto che una inveterata prassi dell'ufficio tecnico del Comune aveva consentito il rilascio delle autorizzazioni in questione senza mai domandare il previo nulla-osta paesaggistico.

²⁵ Cfr. sul punto Cons. Stato, Sez. V, 18 ottobre 1996, n. 1253, secondo il quale *“La tutela dell'affidamento implica infatti un'approfondita motivazione dell'autotutela quando essa intervenga dopo un lungo periodo di tempo, tale da consolidare la posizione acquisita, non se ne deve dar puntigliosa contezza, invece, quando il breve tempo trascorso e l'incertezza o l'erroneità della posizione non fondino alcun serio affidamento in capo all'interessato”*.

²⁶ In una recentissima pronuncia, il Consiglio di Stato ha negato di riconoscere quale posizione di affidamento tutelabile, quella vantata da alcuni genitori che, fruendo per i loro figli del servizio di asilo offerto dal Comune di residenza in accordo con un altro Comune limitrofo, hanno domandato l'annullamento del provvedimento con il quale, a fine anno scolastico, il Comune di appartenenza ha domandato somme ulteriori rispetto a quelle già richieste ad inizio anno per la fruizione del servizio stesso: il Consiglio di Stato ha, infatti, rilevato come non potesse dirsi sedimentato un periodo di tempo tale da legittimare l'affidamento, atteso anche il regolamento disciplinante il servizio avvertiva della possibilità di conguagli a fine anno scolastico, in considerazione della spesa pubblica effettivamente sostenuta (Cons. Stato, Sez. V, 15 maggio 2013, n. 2620).

²⁷ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 9 maggio 2000 n. 2648, nella quale il giudice amministrativo ha ritenuto non assistito da legittimo affidamento il proprietario di un fondo lottizzato rispetto al quale l'amministrazione comunale aveva revocato l'edificabilità, sulla scorta del fatto che la capacità edificatoria della zona era già stata esaurita dalla costruzione avvenuta sul lotto limitrofo di un parco residenziale: nel caso di specie, il Consiglio di Stato ha ritenuto che l'atto di revoca non dovesse essere assistito da alcuna misura a tutela della buona fede, dal momento che, all'epoca dell'acquisto del lotto oggetto del piano di lottizzazione, l'acquirente, costruttore edile, ben era a conoscenza dell'attività edificatoria già in corso sul lotto limitrofo, se non altro per il fatto che lo stesso acquirente era già proprietario anche del lotto limitrofo e ne gestiva l'edificazione.

²⁸ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 20 aprile 2011 n. 2446, il quale ha ritenuto che il principio comunitario relativo alla tutela del legittimo affidamento impedisce di sanzionare, con l'esclusione dalla procedura, il concorrente che abbia tenuto una condotta conforme alle indicazioni fornite dalla stazione appaltante, ai fini dell'interpretazione della disciplina di gara; nel caso di specie, il capitolato speciale, diversamente dalle prescrizioni contenute nel bando, sanciva l'inclusione degli oneri di sicurezza nell'importo dei lavori posto a base di gara, a sua volta considerato dalla legge ai fini del calcolo dell'ammontare della cauzione provvisoria; a fronte dell'incertezza innesca dal tenore delle prescrizioni dettate dalla documentazione di gara in merito alla portata dell'adempimento, ciò che rileva è l'affidamento qualificato ingenerato dalla nota di chiarimenti resa dalla stazione appaltante.

²⁹ Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 04 febbraio 2008 n. 293, secondo cui *“costituisce invero jus receptum il principio secondo cui il recupero di somme indebitamente erogate dalla Pubblica Amministrazione ai propri dipendenti ha carattere di doverosità e costituisce esercizio, ai sensi dell'articolo 2033 del codice civile, di un vero e proprio diritto soggettivo a contenuto patrimoniale, non rinunziabile,*

Orbene, in considerazione dei requisiti sopra esposti, è chiaro che, per l'ipotesi di recupero di somme che si assumono indebitamente percette dai dipendenti pubblici, ci si troverà di fronte ad una posizione di affidamento tutelabile dal lato del lavoratore percipiente ogni qual volta tra l'attribuzione patrimoniale e l'operazione di recupero sia incorso un apprezzabile lasso di tempo: infatti, difficilmente può riscontrarsi, in tali fattispecie, che l'attribuzione patrimoniale sia derivata da un atto della pubblica amministrazione non idoneo ad ingenerare affidamento (considerato che l'attribuzione patrimoniale spesso viene erogata dall'amministrazione datore di lavoro quale parte della retribuzione) e che non sia rinvenibile la buona fede da parte del soggetto percettore (dal momento che si tratta del lavoratore pubblico). Tuttavia, malgrado la frequente possibilità di rinvenire nelle fattispecie concrete la presenza di una posizione di affidamento da parte del lavoratore eseguito nella procedura di recupero, la giurisprudenza amministrativa difficilmente riconosce adeguata tutela allo stesso, escludendo spesso qualunque rilevanza all'affidamento ingenerato nel dipendente, percettore delle somme presunte indebite³⁰: ed infatti, l'opinione circa la doverosità del recupero, fatto assurgere a vero e proprio diritto soggettivo dell'amministrazione, determina l'irrelevanza della posizione soggettiva di affidamento vantata dal percettore, escludendo qualsiasi valore anche della buona fede del dipendente, considerata recessiva *ipso iure* rispetto all'interesse pubblico al recupero.

Ebbene, appare evidente, nei casi in questione, una idea di supremazia dell'interesse pubblico, rispetto alle posizioni soggettive che fanno capo agli amministratori, stridente in relazione ai principi di certezza dei rapporti giuridici, buona fede e affidamento, così come elaborati dalla più moderna dottrina e giurisprudenza amministrativistica e comunitaria: nei casi aventi ad oggetto la legittimità del recupero dell'indebito oggettivo, la giurisprudenza amministrativa è arrivata non di rado ad escludere rilievo alla *bona fidei percipiendi* persino rifiutando di operare una verifica circa la congruità della motivazione espressa a base dell'operazione di recupero, nonché giungendo frequentemente all'affermazione che la motivazione, nei casi di recupero, è *in re ipsa*, insita nelle ragioni per le

quali il percipiente non aveva diritto alle somme corrisposte³¹.

Anche laddove, tuttavia, una giurisprudenza più rispettosa delle posizioni giuridiche facenti capo ai soggetti che entrano in contatto con la pubblica amministrazione, ha inteso fornire un certo rilievo all'affidamento ingenerato negli stessi, tale forma di tutela si è limitata a quella che più sopra abbiamo definito come una tutela di tipo meramente procedurale, volta cioè a ridurre la tutela dell'affidamento alla verifica della presenza di alcuni accorgimenti e fasi procedurali idonei a convogliare, in sede istruttoria e decisionale, gli interessi espressi dai destinatari dell'atto finale: in questo senso, parte della giurisprudenza amministrativa ha inteso ritenere che il provvedimento di recupero dovesse contenere una motivazione adeguata utile ad esplicitare compiutamente le ragioni di pubblico interesse che fossero ritenute di rilievo poziore rispetto alle posizioni giuridiche dei percettori in buona fede³²; in altre occasioni è stato attribuito rilievo alla comunicazione di avvio del procedimento, utile a portare a conoscenza degli interessati l'inizio dell'operazione di recupero, in modo da favorire una partecipazione degli stessi per la definizione delle modalità che risultassero meno onerose alla restituzione delle somme indebitamente percepite³³. Tuttavia, può facilmente notarsi come la verifica circa il rispetto delle garanzie procedurali illustrate appare meglio finalizzata ad approntare solo una tutela formale del legittimo affidamento, senza che però il rispetto del principio in questione acquisisca autonomia e diventi parametro di verifica circa la legittimità del procedimento di recupero.

La pronuncia in commento, rifacendosi ad un indirizzo giurisprudenziale recente e ancora minoritario³⁴, restituisce il giusto valore alla buona fede del percettore, tutelando l'affidamento ingenerato in quest'ultimo dal comportamento dell'amministrazione che, sulla scorta di atti e decisioni pregresse, abbia attribuito ai propri dipendenti somme di danaro, che solo successivamente, alla luce di un ripensamento, ha ritenuto indebite. Nella fattispecie sottesa alla pronuncia

in quanto correlato al conseguimento di quelle finalità di pubblico interesse, cui sono istituzionalmente destinate le somme indebitamente erogate" (conformi, *ex pluribus*, C.G.A.R. Sicilia, 15 gennaio 2002, n. 8; Cons. Stato, Sez. IV, 17 dicembre 2003, n. 8274; Id., Sez. VI, 12 dicembre 2002, n. 6787; Id., 20 dicembre 2005, n. 7221).

³⁰ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 16 giugno 2009, n. 3881 "La buona fede del debitore, come è stato più volte precisato, non può rappresentare un ostacolo all'esercizio da parte 5905/1997 dell'amministrazione del recupero dell'indebito (*ex pluribus*, C.d.S., sez. IV, 12 maggio 2006, n. 2679; VI, 12 luglio 2004, n. 5067; 3 dicembre 2003, n. 7953; 7 luglio 2003, n. 4012; 17 ottobre 2005, n. 5813), neppure quando intervenga a lunga distanza di tempo dall'erogazione delle somme, comportando soltanto in capo all'Amministrazione l'obbligo di procedere al recupero stesso con modalità tali da non incidere significativamente sulle esigenze di vita del debitore".

³¹ Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 4 febbraio 2008 n. 293; Id., 22 ottobre 2001, n. 5540; Id., 22 settembre 2005, n. 4983; Id., Sez. VI, 20 giugno 2003, n. 3674.

³² Cfr. Cons. St., sez. V, 18 ottobre 1996, n. 1253 "La tutela dell'affidamento implica infatti un'approfondita motivazione dell'autotutela quando essa intervenga dopo un lungo periodo di tempo, tale da consolidare la posizione acquisita".

³³ Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen. 26 ottobre 1993, n. 11: "La comunicazione di avvio del procedimento si rende doverosa in applicazione dell'art. 7 della citata Legge n. 241/90 .. onde consentire all'interessato la possibilità di prospettare la sua situazione e di chiedere la rateizzazione del debito entro un periodo di sua scelta, onde non aggravare ulteriormente il sacrificio imposto".

³⁴ Ci si riferisce alla pronuncia del Cons. Stato, Sez. V, 13 aprile 2012, n. 2118, secondo il quale, in tema di verifica della legittimità di operazioni di ripetizione dell'indebito oggettivo non è possibile non considerare "una serie di elementi come, ad esempio, ove risieda l'errore che ha portato alla corresponsione delle somme in controversia e cioè se di esso si possa fare carico alla sola Amministrazione, il lungo lasso di tempo tra la data di corresponsione e quella di emanazione del provvedimento di recupero, l'eventuale tenuità delle somme corrisposte anche in riferimento ai servizi resi, la complessità della macchina burocratica dalla quale è scaturito l'errore di conteggio".

in commento, infatti, il Tar napoletano ha ritenuto illegittimo il procedimento teso al recupero di parte delle somme erogate dall'amministrazione della Croce Rossa Italiana al personale militare a titolo di buono-pasto, sulla scorta dell'estensione anche al personale militare di un accordo sindacale che aveva modificato in aumento l'importo di tale voce stipendiale per tutto il personale (senza specificare se solo a beneficio dei civili o anche dei militari); ebbene, all'esito del giudizio, il Tribunale amministrativo ha ritenuto legittima la rimodulazione del buono-pasto, nella misura precedente all'introduzione dell'accordo sindacale, tuttavia, giudicando illegittima la ripetizione delle maggiori somme erogate negli anni, proprio sulla scorta dell'affidamento incolpevole ingenerato nel personale militare, che in buona fede aveva mensilmente percepito il buono-pasto in misura maggiorata.

Ciò che assume maggiore rilievo nella pronuncia in commento è che il giudice partenopeo non si è concretato in una verifica circa il rispetto di particolari forme procedurali, bensì ha ritenuto illegittima l'operazione di ripetizione dell'indebito oggettivo proprio sulla scorta di una serie di elementi (quali la tardività dell'inizio del procedimento di recupero rispetto alla data di corresponsione delle somme non dovute; l'opinione circa la non debenza delle somme in questione era stata determinata a distanza di anni solo a seguito di una verifica amministrativo-contabile; l'omessa valutazione della posizione degli interessati), riscontrati nella fattispecie pratica, sintomatici della *bona fidei percipiendi*.

Il percorso argomentativo svolto, dunque, consente di apprezzare una maggiore consapevolezza del ruolo del principio dell'affidamento legittimo nel tessuto ordinamentale interno; la tutela di tale principio non può tradursi unicamente in schemi procedurali che tendano a rendere maggiormente condivise le decisioni della pubblica amministrazione, bensì deve assurgere a parametro di verifica della legittimità del comportamento e delle decisioni dell'amministrazione stessa, in linea con l'evoluzione comunitaria del principio della *confiance légitime* e nel solco della rilevanza di principi storicamente più vicini alla tradizione giuridica interna, quali quelli di correttezza, buona fede e certezza dei rapporti giuridici.