JUS CIVILE

CARLOTTA DE MENECH

Ricercatrice di Diritto privato – Università degli Studi di Pavia

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 P.A.

SOMMARIO*: 1. Premessa: il triplice piano di queste riflessioni. – 2. La ripetibilità dell'indebito retributivo nel pubblico impiego: il limite dell'affidamento "qualificato" nella giurisprudenza della CEDU. – 3. L'adeguamento della normativa interna alla decisione della Corte europea. La via della buona fede oggettiva. – 4.* Segue*. La via dell'apparenza. – 5. L'affidamento "qualificato" nel diritto privato europeo.*

1. – Al diritto privato europeo viene, sovente e non senza buone ragioni, addebitato di decostruire le categorie dei sistemi nazionali, di far sbiadire i confini tra istituti, di mettere in crisi i postulati di questi ultimi, e finanche di trasfigurare i concetti normativi [1]. Parallelamente, però, l'esperienza giuridica europea può offrire all'interprete nuovi stimoli, metodi e spunti ricostruttivi. Questa considerazione rappresenterà il filo conduttore delle riflessioni che seguiranno. Quanto, invece, al loro ordine, è utile prendere a prestito una metafora tratta dalla tecnica fotografica, affermando che il discorso si articolerà per piani di profondità.

In primo piano, il caso della ripetibilità di emolumenti corrisposti da un ente pubblico a taluno dei propri dipendenti in difetto di *causa debendi*, oppure in eccesso rispetto alla *causa debendi* esistente. Nel diritto applicato dalle nostre corti (civili o amministrative, secondo che il lavoratore appartenga ad una categoria privatizzata o meno [2]), il caso viene ritenuto sussumibile nell'art. 2033 cod. civ. [3]. Disposizione che, come noto,

[1] A quest'ultimo riguardo, v. A. GENTILI, *I concetti nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ*., 2010, 776 ss.

[2] Cfr. art. 63 (Controversie relative ai rapporti di lavoro) del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni).

[3] Tale sussunzione sottende l'accoglimento dell'impostazione che ravvisa nell'iniziativa della p.a. tesa al recupero di emolumenti al dipendente l'esercizio di un diritto soggettivo che s'inscrive nell'ambito di un rapporto paritetico di natura privatistica, anziché – come, invece, precedentemente si era ritenuto – un atto a valenza provvedimentale nel contesto dell'autotutela pubblicistica: cfr. Cons. Stato, 20 aprile 2004, n. 2203; Cons. Stato, Ad. Plen., 30 agosto 2018, n. 12, sia pure nel quadro di una decisione vertente sulla fattispecie, contigua a quella in esame, della rideterminazione da parte della p.a. del contributo di costruzione previsto dall'art. 16 D.P.R. 6 giugno 20110, n. 380 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia) a seguito di errori di calcolo.

L'applicazione dell'art. 2033 cod. civ. resta invece esclusa in radice per le fattispecie in relazione alle quali il legislatore ha dettato disposizioni appositamente volte ad impedire la ripetizione di emolumenti non dovuti. Così, ad es., l'art. 52 l. 9 marzo 1989, n. 88 stabilisce che «[l]e pensioni […] possono essere rettificate 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»; e soggiunge che «[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 percezio-

obbliga l'*accipiens* a restituire al *solvens* la prestazione ricevuta al perfezionarsi di una fattispecie che consta di soli elementi oggettivi – precisamente, due: l'atto solutorio [4] e la mancanza di un fondamento giustificativo – mentre non contempla requisiti soggettivi attinenti alla sfera delle parti [5]: è infatti al solo scopo di limitare l'obbligazione accessoria avente ad oggetto gli interessi e i frutti che la norma prende in considerazione la buona fede soggettiva del percettore. Sulla scorta dell'art. 2033 cod. civ., i pubblici dipendenti si sono trovati, quindi, frequentemente costretti a restituire le somme corrisposte dalla P.A. senza giusta causa (o in supero di causa), pur se ignari del carattere indebito dei pagamenti ricevuti e finanche ove all'amministrazione fossero addebitabili profili di negligenza o contraddittorietà tali da giustificare l'affidamento riposto dal lavoratore nella legittimità e definitività della *solutio* [6].

Nel febbraio dello scorso anno, la soluzione abitualmente praticata dai giudici italiani è finita sotto la scure della Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU) la quale, valorizzando alcuni profili giuridici e fattuali della vicenda in cui si inscriveva il pagamento indebitamente effettuato dall'ente pubblico, ha ravvisato nell'*accipiens* un affidamento consolidato ad un punto tale che la sua frustrazione avrebbe determinato un'ingerenza non proporzionata nel diritto dell'individuo al rispetto dei propri beni (e, dunque, comportato una violazione dell'art. 1 del Protocollo n. 1 addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo [7]) [8].

---

ne sia dovuta a dolo dell'interessato». Come chiarito dalla Corte costituzionale, la *ratio* dell'eccezione alla regola della ripetibilità propria del sistema civilistico riposa sulla considerazione che le prestazioni pensionistiche vengono normalmente destinate dal percettore al soddisfacimento di bisogni alimentari propri e della propria famiglia, e poggiano sulla garanzia sancita dall'art. 38, comma 1, Cost. (cfr. Corte cost., 13 gennaio 2006, n. 1 e Corte cost., 14 dicembre 1993, n. 431).

[4] Sebbene nell'art. 2033 cod. civ. il legislatore impieghi il sostantivo «pagamento», è pacifico che quest'ultimo vada inteso in senso lato: v. D. CARUSI, *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato*, diretto da P. PERLINGIERI, ESI, 2005, 158-162.

[5] Così, da un canto, l'azione restitutoria non è condizionata dall'errore del *solvens* e può esser esperita anche qualora consti la sua *scientia indebiti* (soluzione che vale a prevenire le difficoltà dogmatiche in cui s'imbatté la scienza giuridica francese per individuare il titolo giustificativo dell'acquisto: v. U. BRECCIA, *Il pagamento dell'indebito*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, IX, II ed., UTET, 1999, 912-914). E d'altro canto, ai fini del perfezionarsi della fattispecie neppure rileva la buona o mala fede dell'*accipiens*.

[6] Cfr. Cons. Stato, 12 settembre 2013, n. 4519; Cons. Stato, 20 aprile 2004, n. 2203; Cass., sez. lav., 8 aprile 2010, n. 8338; Cass., sez. lav., 3 marzo, 2016, 4230; Cass., sez. lav., 2 marzo 2016, n. 4086. Merita inoltre d'esser ricordato che Corte cost., 24 maggio 1996, n. 166 – per dichiarando manifestamente inammissibile la censura d'incostituzionalità dell'art. 2033 cod. civ. per contrasto con gli artt. 3 e 38 Cost., a causa dell'erronea individuazione della norma impugnabile – aveva avuto modo di affermare che il disposto codicistico in parola «non è censurabile in riferimento ad alcun parametro costituzionale, essendo improntato al principio di giustizia che vieta l'arricchimento senza causa a detrimento altrui».

È il caso di sottolineare che l'affidamento dell'indebito percipiente riceverebbe invece una qualche protezione, là dove l'iniziativa recuperatoria della p.a. venisse qualificata come attività provvedimentale. Difatti, l'esercizio di quest'ultima soggiace alle cautele che la l. 7 agosto 1990, n. 241 (Legge sul procedimento amministrativo) appronta, per l'appunto, a presidio del principio di affidamento. In particolare, l'art. 21-*nonies* dispone che «il provvedimento amministrativo […] può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole, e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge»; e l'art. 21-*quinquies* stabilisce che in ogni caso «se la revoca comporta pregiudizio in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo».

[7] A mente del quale «[o]gni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto della sua proprietà. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non nell'interesse pubblico e alle condizioni stabilite dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale».

[8] CEDU, 11 febbraio 2021, causa Casarin c. Italia, ric. n. 4893/13, consultabile *online* su *https://hudoc.echr.coe.int.* Per un'analisi dettagliata (e critica) della pronuncia, v. E. BUFANO, A. DINISI, *Ripetizione dell'indebito e affidamento dell'*accipiens. *CEDU e diritto interno a confronto*, in *Pactum*, 2022, 71 ss.

Nella decisione di cui è parola, la CEDU fa applicazione di canoni di giudizio enucleati in pronunce precedentemente emesse sulla medesima problematica: v., in particolare, CEDU, 12 dicembre 2019, causa Romeva c. Macedonia del Nord, ric. n. 32141; CEDU 26 aprile 2018, causa Čakarević v. Croazia, ric. n. 48921/2013, entrambe consultabili *online* su *https://hudoc.echr.coe.int.*

Il secondo piano del discorso verterà su due pronunce della Corte di cassazione italiana, che sono intervenute nei mesi successivi alla decisione della CEDU, e al pari di quest'ultima, sollecitano l'attenzione sui presupposti, limiti e modi di tutela dell'affidamento. La prima si pone in diretta connessione con la giurisprudenza di Strasburgo: ci si riferisce all'ordinanza con cui, nel dicembre dello scorso anno, la sezione lavoro della Cassazione ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 2033 cod. civ. per contrasto con gli artt. 11 e 117 Cost., in relazione all'art. 1 del Protocollo 1 addizionale alla Convenzione Edu (come interpretato dalla CEDU), «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» [9]. La seconda pronuncia, solo indirettamente accostabile alle prime due, è la sentenza con cui la Cassazione, nel giugno dell'anno passato, ha concretizzato la clausola generale di buona fede per mezzo del riferimento all'istituto tedesco della *Verwirkung* onde tutelare l'affidamento ingenerato nel debitore dalla condotta "inerte" del creditore nell'esercizio della pretesa all'adempimento, e giungendo sostanzialmente a configurare una causa atipica di estinzione del rapporto obbligatorio [10].

Sullo sfondo del ragionamento si collocherà, infine, il tema della "protezione dell'affidamento qualificato nel diritto privato europeo": espressione, quella riportata tra le virgolette, doppiamente stipulativa. «La nozione di diritto privato europeo» – come chiarisce Salvatore Mazzamuto nella voce enciclopedica recentemente scritta in argomento – «non può che essere stipulativa giacché il riferimento territoriale che essa evoca difetta del requisito della statualità o quanto meno non esibisce nei termini usuali del nostro positivismo legalistico» [11]. Onde è senz'altro opportuno chiarire in quale senso la s'impiegherà. Nelle riflessioni che seguiranno, alla nozione verrà attribuita una portata estesa che tiene conto, in una prospettiva dialogica, delle tradizioni giuridiche nazionali, del contributo delle corti, e dell'apporto della dottrina. Stipulativa è altresì l'espressione "protezione dell'affidamento qualificato". In queste pagine la s'intenderà come riassuntiva dei diversi modelli giuridici in cui l'affidamento di un soggetto intorno a una data situazione giuridica, per l'essere corroborato da speciali circostanze, merita una speciale tutela in caso d'offesa: una tutela che per solito consiste nella stabilizzazione della situazione erroneamente creduta vera, e che – con un poco di approssimazione – potrebbe dunque dirsi "in forma specifica".

Una tassonomia dei modelli in parola è stata proposta da Rodolfo Sacco [12], delineando la seguente tripar-

---

[9] Si tratta di Cass., sez. lav., ord. 14 dicembre 2021, n. 40004.

[10] Si tratta di Cass., 14 giugno 2021, n. 16473, in *Nuova giur. civ. comm*., I, 2021, 1043. La pronuncia è stata oggetto di diversi commenti pubblicati sulle principali riviste giuridiche italiane: v., tra i molti, G. D'AMICO, *Buona fede ed estinzione (parziale) del diritto di credito*, in ivi, II, 2021, 1164 ss.; F. MACARIO, *Fattispecie estintiva e buona fede nell'esercizio tardivo del diritto di credito*, ivi, 1171 ss.; M. ORLANDI, *L'ermeneutica del silenzio*, ivi, 1179 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *La* Verwirkung *(e i suoi limiti)*, ivi, 1186 ss.; C.M. NANNA, *Prescrizione,* Verwirkung *e buona fede, tra certezza del diritto e prospettive di riforma*, in *Pactum*, 2022, 193 ss.; A.M.S. CALDORO, *Inerzia del creditore, affidamento, rilancio improvviso delle pretese creditorie. Di buona fede (militante), abuso e* Verwirkung, in *Danno e resp*., 2022, 91. In senso nettamente contrario all'applicabilità nel sistema italiano della dottrina della *Verwirkung,* si era espressa invece Cass., 15 marzo 2004, n. 5240, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, I, 448 ss., con nota di F. RINALDI, Verwirkung, *ritardato esercizio del diritto e giudizio di buona fede*; e, più di recente, Cass., 15 ottobre 2013, n. 23382; e Cass., sez. lav., ord. 28 gennaio 2020, n. 1888.

Merita di esser segnalato – quanto meno nella prospettiva dello studio sulla circolazione dei modelli giuridici – che a circa un anno di distanza dalla nostra Corte di cassazione anche il Tribunal Supremo Spagnolo, 21 giugno 2022, n. 491, ha statuito che «[i]l *retraso desleal* (o in tedesco *Verwirkung*) è una figura che trova applicazione nell'ordinamento spagnolo» precisando che «per l'applicazione del *retraso desleal* è necessaria la presenza di "*actos proprios*" del creditore che siano idonei a ingenerare nel debitore un affidamento ragionevole sul fatto che il credito non sarà più preteso».

[11] S. MAZZAMUTO, *Progetti di codificazione europea sul contratto*, in *Enc. dir*., *I tematici*, I, Giuffrè, 2021, 925.

[12] R. SACCO, *La parte generale del diritto civile. Vol. 1. Il fatto, l'atto, il negozio*, UTET, 2005, 227 ss.

tizione. Da un canto, si situerebbero le molteplici figure che nascono in seno ai concetti di equità o buona fede e hanno quale minimo comune denominatore il «dovere di coerenza»: tali sono, per esempio, il rimedio processuale dell'*estoppel* [13] nelle sue numerose epifanie [14] (tra cui va annoverata la *interdiction de se contredire au détriment d'autrui* [15]), il criterio di decisione espresso dal brocardo «*nemo contra factum proprium venire potest*» [16], l'istituto della *Verwirkung* [17], e la tutela della *reliance* [18]. Da un altro canto, dovrebbero esser collocate la teoria dell'*apparentia iuris* [19] e la dottrina dell'*error communis facit ius* [20]; le quali invece sorgono per (astrazione e) generalizzazione di singole fattispecie positive, e convergono su di un fenomeno og-

[13] Sulle origini e lo sviluppo dell'istituto v. E. COOKE, *The Modern Law of Estoppel*, Oxford University Press, 2000, 16 ss.

[14] SACCO, *op. ult. cit*., 228 s. spiega che della figura esistevano numerose varianti già in Inghilterra, paese ove essa nacque, e nuove versioni generò la successiva circolazione del modello negli ordinamenti di *common law*.

[15] Secondo SACCO, *op. ult. cit*., 236, quest'ultima coinciderebbe invero con l'*estoppel*, «[m]a in Francia è bene che la regola straniera che si sta acclimatando venga ribattezzata in lingua locale [e] un giurista di riflessi pronti ha coniato l'espressione, precisa ed elegante, *interdiction de se contredire au détriment d'autrui*».

[16] La costruzione del criterio si deve a E. VON RIEZLER, *Venire contra factum proprium: Studien im römischen, englischen und deutschen Civilrecht*, Dunker & Humblot, 1912, *passim*. Verso la metà del '900 la figura elaborata in Germania è stata trapiantata nel sistema giuridico spagnolo con la *doctrina de los actos propios* (su cui v. J. PUIG BRUTAU, *Estudio de derecho comparado. La doctrina de los actos propios*, Ediciones Ariel, 1951; e L. DÍEZ PICAZO PONCE DE LEÓN, *La doctrina de los proprios actos*, Bosch, 1963). La propensione del giurista iberico a seguire le orme di quello tedesco è testimoniata anche di recente dalla decisione del Tribunal Supremo Spagnolo n. 491/2022, cit. sulla *Verwirkung*.

[17] Nella letteratura tedesca fondamentale il contributo di W. SIEBERT, *Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung*, Elwert, 1934. Presso di noi, il tema è stato approfondito specialmente da F. RANIERI, *Rinuncia tacita e* Verwirkung, CEDAM, 1971, passim; e S. PATTI, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Jovene, 1978, 101 ss.

[18] Su cui v. H. COLLINS, *The Law of Contract*, 3ª ed., Butterworths, 1997.

[19] Le radici di questa teoria si rintracciano, nuovamente, nella letteratura tedesca: v., spec., H. MEYER, *Das Publizitättsprinzip im Deutschen Bürgerlichen*, in 1909, Beck, 1909; H. NAENDRUP, *Begriff des Rechtsscheins und Aufgabe der forschungen*, Verlag der Universitäts-Buchhandlung Franz Coppenrath, 1910; P. KRÜCKMANN, *Sachbesitz Rechtbesitz Rechtsschein in der Theorie des gemeinen Rechts*, in *Arch. Civ. Pr*., 1912, 179 ss.; P. OERTMANN, *Grundsätzliches zur Lehre vom Rechtsschein*, in *Zeitschr. Für Ges. Handelsr*., 1930, 443 ss. Nella concezione, che finì per prevalere in Germania, la fattispecie apparente è necessariamente connessa ad una situazione di titolarità formale di un diritto soggettivo che invero non esiste, e, perciò, non contempla un coefficiente psicologico (es. buona fede) tra i suoi elementi costitutivi, potendo tutt'al più assumere rilievo la mala fede come elemento costitutivo negativo della fattispecie. In Italia, i primi a dialogare con la dottrina tedesca sull'apparenza furono E. FINZI, *Il possesso dei diritti*, Athenaeum, 1915, 162 ss.; e G. VENEZIAN, *La tutela dell'aspettativa*, in *Opere giuridiche*, II, Athenaeum, 1920, 161 ss., i quali tentarono di ricondurre il concetto entro lo schema del possesso di diritti e, rispettivamente, la logica della protezione delle aspettative. In seguito, si formò una corrente dottrinale incline a recepire la concezione dell'apparenza affermatasi in Germania, assegnando dunque un ruolo preminente a fatti esterni e indici formali o strumenti pubblicitari: così L. MOSSA, *Volontà e dichiarazione nella creazione della cambiale*, in *Riv. dir. comm*., 1930, I, 6 ss.; e ID., *La dichiarazione cambiaria*, ivi, 305 ss.; R. BOLAFFI, *Le teorie sull'apparenza giuridica*, ivi, I, 1934, 134 ss.; S. SOTGIA, *Ancora in tema d'apparenza del diritto*, ivi, 1936, 136 ss. A tracciare un netto distinguo tra formalismo giuridico e fattispecie dell'apparenza (e quindi ad affrancare la concezione italiana di quest'ultimo dalla visione tedesca) intervenne poi M. D'AMELIO, *Apparenza del diritto*, in *Nuovo dig. it*., Utet, 1937, I, par. 8, il quale la rimodulò intorno alla posizione di chi ha creato con propria colta un'apparenza giuridica a sé sfavorevole e alla buona fede del terzo che ha confidato in tale situazione. L'elaborazione di D'Amelio condizionò, e condiziona tuttora, il diritto applicato dalle nostre corti; e ciò ancorché il codice civile del '42 abbia delineato ipotesi di apparenza che prescindono dalla colpa di colui che l'ha realizzata. Sotto il nuovo codice, all'apparenza è stato dedicato il raffinato studio di A. FALZEA, *Apparenza*, in *Enc. dir*., II, Giuffrè, 1958, 682. Sulle altre ricerche recenti in materia, v. SACCO, *op. ult. cit*., 225 s. e dottrina citata ivi.

[20] Diversamente da quanto avvenuto presso di noi, in Francia la dottrina tedesca dell'apparenza è stata sin da principio accolta in una versione rivisitata e, più di preciso, è stata riannodata alla disciplina dell'errore comune inteso come opinione errata della collettività, ossia il generale convincimento che un certo stato di fatto corrisponda allo stato di diritto: v. L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, III, ed. Recueil Sirey, 1933, 584 ss. La differenza rispetto al fenomeno dell'apparenza risiede allora in ciò che rispetto al configurarsi di questo secondo non è invece necessaria la rilevanza collettiva dell'errore e risulta sufficiente che un singolo soggetto sia stato tratto in inganno: lo spiega FALZEA, *op. cit*., 694.

Merita di esser segnalato che, a seguito dell'*Ordonnance* n. 131 del 2016, il Code civil francese contempla una previsione di *apparentia iuris*. Si tratta dell'art. 1342-3, a mente del quale «*[l]e paiement fait de bonne foi à un créancier apparent est valable*».

gettivo [21]. E, da un altro canto ancora, si situerebbero infine gli schemi negoziali che costringono chi ne sia autore a tenere un atteggiamento lineare [22]: così, ad esempio, la rinuncia (o dismissione) tacita del diritto da parte del titolare del medesimo [23].

2. – Chiarito l'ordine delle riflessioni che seguiranno, riandiamo al primo piano e descriviamo, anzitutto, il contorno fattuale e giuridico in cui è maturata la decisione della CEDU di condannare lo Stato italiano per avere violato il legittimo affidamento del dipendente pubblico, costringendolo a restituire le retribuzioni percepite *sine titulo*.

La signora Casarin lavora come insegnante di scuola statale fino al 1998, quando accetta di essere trasferita alle dipendenze dell'INPS e di assumere presso quest'ultimo ente una funzione a cui corrisponde uno stipendio meno elevato di quello che essa percepiva in precedenza. La normativa italiana in materia di pubblico impiego prevede che, in caso di mobilità intercompartimentale, il lavoratore ha diritto di conservare il trattamento economico precedentemente goduto, mediante la corresponsione di un assegno integrativo; assegno che la legge dichiara, in alcuni casi, riassorbibile a fronte dei successivi incrementi stipendiali, in altre ipotesi, invece, insensibile rispetto ai posteriori aumenti. Reputando, evidentemente, che la posizione della Casarin rientrasse tra queste ultime, l'INPS continua a versarle l'emolumento compensativo per sei anni (ossia, per tutta la durata del rapporto di lavoro), e malgrado gli scatti stipendiali conseguiti dalla donna nel frattempo.

A seguito del pensionamento della Casarin, intervengono una serie di pronunce giurisprudenziali a chiarire che la regola del mancato riassorbimento deve intendersi riferita ai soli i dipendenti pubblici che si trasferiscono presso enti pubblici statali; qualifica che l'INPS non possiede, con la conseguenza che una parte delle somme versate si appalesano non dovute. Solo in questo momento, l'ente *solvens* avanza la pretesa di ripetizione *ex* art. 2033 cod. civ. L'azione restitutoria s'inscrive in un contesto aggravato dallo stato di salute della lavoratrice (sottoposta a cure oncologiche), e dalla situazione patrimoniale della medesima (fortemente indebitata per avere, medio tempore, stipulato un contratto di mutuo).

I giudici interni (di merito, di legittimità) accolgono la domanda dell'amministrazione. E quindi, dopo aver ottenuto il consenso dell'INPS al versamento rateale, l'*accipiens* restituisce le somme indebite; salvo infine – come si è anticipato in premessa – riuscire a recuperarle attraverso un giudizio che si conclude dinanzi alla Corte di Strasburgo e si fonda sulla tutela del legittimo affidamento della lavoratrice.

La fattispecie decisa dalla CEDU è piuttosto intricata. Se ne può tentare una schematizzazione, distinguendo i rapporti obbligatori attraverso cui essa idealmente si incanala: i) l'obbligazione retributiva avente ad oggetto l'integrazione stipendiale piena (con riguardo alla quale l'amministrazione risulta debitrice e la

[21] Già FALZEA, *op. cit*., 692 s., spiegava che «[i]l fenomeno dell'apparenza, in sé preso, è concepito dal nostro diritto in senso puramente oggettivo» e così, ad esempio, «[l]e qualità di erede apparente, di creditore apparente, di proprietario apparente, secondo il dettato delle relative norme, preesistono logicamente, e spesso temporalmente, all'atto o al negozio che questi apparenti titolari di diritti soggettivi vengono a compiere col terzo», derivando da circostanze (ossia, chiariva Falzea, «situazioni ambientali») obiettive e univoche (v. art. 1189 c.c.). Analogamente si esprime, SACCO, *op. cit*., 243, nel tracciare il *discrimen* tra apparenza e dovere di coerenza: la prima «è un fatto oggettivo che può operare erga omnes […] mentre il divieto d'incoerenza opera nel rapporto individuo tra due soggetti».

[22] Questa terza classe si fonda sul principio di autonomia, mentre le prime due sono riconducibili alla logica della responsabilità: v. SACCO, *op. ult. cit*., 245 s.

[23] Sullo schema della rinuncia tacita e sui profili che valgono a differenziarla, specialmente, dalla *Verwirkung*, v. PATTI, *op. cit*., 55 ss.

dipendente creditrice); ii) una prima obbligazione restitutoria (rispetto alla quale la dipendente *accipens* è debitrice, mentre l'amministrazione *solvens* è creditrice); iii) una seconda obbligazione restitutoria (in relazione alla quale l'amministrazione *accipiens* risulta debitrice e la dipendente *solvens* creditrice). I giudici di Strasburgo concludono per la sussistenza di quest'ultima obbligazione restitutoria [24].

Teoricamente, due sono le vie che permettono di giungere a tale risultato: recuperare, già a monte, la fattispecie dell'obbligazione retributiva attraverso lo schema dell'apparenza e cioè valorizzando elementi oggettivi che abbiano indotto la dipendente in errore circa la titolarità del diritto alla integrazione stipendiale piena; oppure procedere più a valle, puntando i fari sull'obbligazione di restituire l'indebito retributivo per discernere nella condotta dell'ente creditore profili di incoerenza o segnali di rinuncia.

La CEDU non sceglie l'una o l'altra strada, ma si muove a cavallo. Infatti, alcuni degli indici che nella sentenza valgono a render "qualificato" l'affidamento della lavoratrice hanno carattere oggettivo e, dunque, evocano il modello dell'apparenza. In particolare, al modello ora detto la Corte europea sembra ispirarsi là dove argomenta che i versamenti sono stati effettuati in base a una disposizione percepibile come "fonte" [25], oppure pone in risalto la speciale attendibilità dell'ente pagatore [26]. In altri passaggi della motivazione i giudici di Strasburgo attribuiscono rilievo a circostanze che attengono, invece, al rapporto individuo tra i soggetti coinvolti nella vicenda e riecheggiano talune delle figure giuridiche riconducibili al dovere di coerenza. Così per esempio: il lungo protrarsi dei versamenti, senza riserva di ripetizione o menzione di provvisorietà delinea un comportamento dell'operatore idoneo a generare un affidamento nella controparte, ossia una condotta analoga a quella sanzionata dall'*estoppel*, o dal divieto di *venire contra factum proprium* [27]; la tardività dell'iniziativa volta al recupero delle retribuzioni indebitamente corrisposte denota una tolleranza prolungata nel tempo e, quindi, riproduce uno dei presupposti della *Verwirkung* [28]; l'investimento che la vittima ha sostenuto confidando nella stabilità dei pagamenti ricevuti configura una perdita e, perciò, s'indentifica con il *detriment* che giustifica la tutela della *reliance* [29].

Questa concrezione tra modelli eterogenei di tutela dell'affidamento non deve destare stupore o scandalo. Nel perseguire l'obiettivo di garantire effettività ai diritti umani protetti dalla Convenzione Edu, i giudici di Strasburgo si muovono entro una cornice prettamente valoriale in cui le categorie e le nozioni giuridiche proprie degli Stati membri fungono, al più, da guida del ragionamento. Non spetta alla CEDU identificare negli ordinamenti statuali lo strumento meglio adatto a soddisfare i principi stabiliti dalla Carta, integrandosi al meglio con la restante parte del sistema normativo. È questo, invece, un compito che devono assolvere le Autorità nazionali nell'adempiere all'obbligo di conformazione alle sentenze della Corte europea [30] esercitando, al contempo, il proprio "margine di apprezzamento" [31].

---

[24] Sia pure constatando che nell'ordinamento italiano difetta uno strumento atto ad assicurarne la realizzazione e dunque (a norma dell'art. 41 della Convenzione Edu) accordando «alla parte lesa un'equa soddisfazione». Nel caso di specie, l'equa soddisfazione viene quantificata assumendo come base gli importi che l'INPS aveva illegittimamente recuperato (e quindi avrebbe dovuto, a propria volta, restituire); a cui vengono sommati gli esborsi sostenuti dalla Casarin per spese legali e un ulteriore indennizzo a titolo di danno morale.

[25] V. p. 74 della decisione.

[26] L'INPS – rileva la CEDU – costituisce il «principale organo del sistema pubblico italiano responsabile dell'organizzazione del servizio di sicurezza sociale» (p. 39 della decisione).

[27] V. Sacco, *op. cit*., 230 s. e rispettivamente 232 s.

[28] V. Patti, *op. cit*., 105.

[29] V. Sacco, *op. cit*., 239.

[30] Obbligo sancito dall'art. 46 della Convenzione Edu.

[31] Dal 1° agosto 2021 (data di entrata in vigore del XV protocollo), la c.d. dottrina del margine di apprezzamento risulta incorporata nel preambolo della Convenzione Ede, ove si legge che «spetta in primo luogo alle Alte Parti contraenti, conformemente al prin-

3. – L'affermazione compiuta da ultimo ci fa trascorrere al secondo piano del discorso e, più in particolare, ci conduce all'ordinanza con cui, nell'inverno dell'anno passato, la Corte di cassazione ha sottoposto l'art. 2033 cod. civ. al vaglio della Corte costituzionale; e ciò dopo aver scartato – come al giudice remittente s'impone di fare – la possibilità di interpretare la disposizione conformemente a Costituzione (e, più di preciso, agli artt. 11 e 117 Cost. da cui deriva la necessità di adeguare il diritto interno alla lettura fornita dalla CEDU dell'art. 1 del Protocollo 1 addizionale alla Convenzione)[32]. Secondo i giudici di legittimità, non esiste dunque nel diritto italiano una soluzione ermeneutica capace di "spegnere" la regola della *condictio indebiti* nelle ipotesi in cui la sua applicazione comprima intollerabilmente il legittimo affidamento riposto dal dipendente pubblico nella stabilità e definitività della retribuzione percepita. Tentiamo, allora, di capire se quel che la Corte afferma nell'ordinanza di remissione corrisponda al vero.

Andando alla ricerca di un espediente ermeneutico capace di preservare l'art. 2033 cod. civ. da una declaratoria parziale di incostituzionalità, l'interprete potrebbe lasciarsi sedurre da un ragionamento del seguente tenore: ente pubblico, *solvens,* e dipendente, *accipiens*, sono parti (rispettivamente, attiva e passiva) di un rapporto obbligatorio; la clausola generale di buona fede e correttezza *in executivis* impone al creditore di esercitare il proprio diritto avendo cura di salvaguardare l'interesse del debitore, a meno che ciò non comporti un apprezzabile sacrificio dell'interesse proprio; l'interesse sotteso all'azione di recupero dell'indebito retributivo digrada al cospetto dell'affidamento suscitato dall'incoerenza della P.A. nel lavoratore percipiente ed all'eventuale condizione economica precaria di quest'ultimo (a cui gli artt. 2 e 36 Cost. impongono di prestare speciale attenzione); *ergo*, almeno in simili circostanze, si configura un limite definitivo all'esigibilità della prestazione di restituire l'indebito retributivo.

Il ragionamento appena sintetizzato non è frutto d'invenzione, ma è tratto dalla motivazione di alcune pronunce, soprattutto del Consiglio di Stato, che (già prima dell'intervento della CEDU[33]) si erano disallineate dall'indirizzo dominante, per porre alcuni pubblici dipendenti, in difficoltà nella restituzione, al riparo dal severo regime dettato dall'art. 2033 cod. civ.

Sebbene minoritaria in giurisprudenza, tale linea ermeneutica ha incontrato il favore di alcuni autori[34]; e, di recente, sembra aver trovato un'inaspettata sponda nella sentenza con cui la Cassazione ha affermato una

---

cipio di sussidiarietà, garantire il rispetto dei diritti e delle libertà definiti nella presente Convenzione e nei suoi protocolli» e «nel fare ciò, esse godono di un margine di apprezzamento, sotto il controllo della Corte europea dei diritti dell'uomo istituita dalla presente Convenzione».

[32] Cass., sez. lav., ord. 14 dicembre 2021, n. 40004, cit., in particolare, argomenta che a ciò osta, anzitutto, il «dato letterale» dell'art. 2033 cod. civ., il quale «prende specificamente in considerazione lo stato psicologico dell'*accipiens* e limita la rilevanza della sua buona fede alla decorrenza dei frutti e degli interessi» e, secondariamente, il fatto che la CEDU non abbia ancorato l'irripetibilità dell'emolumento alla «semplice buona fede del ricevente», bensì al ""legittimo affidamento" del dipendente alla definitività della attribuzione, fondato sul concorso di plurime circostanze di fatto». (cfr. p. 47-50 della motivazione) Nella medesima ordinanza la Cassazione esclude inoltre l'opzione della disapplicazione diretta dell'art. 2033 cod. civ. in favore di una norma diversa e conforme all'art. 1 del protocollo 1 alla Convenzione Edu (cfr. p. 51-55 della motivazione). In questa direzione si sono invece mosse le decisioni seguenti: Cons. Stato, 1° luglio 2021, n. 5014; Cass., sez. lav., 21 marzo 2022, n. 9161; e App. Brescia, sez. lav., 15 giugno 2022; e ciò sia pure giungendo a ritenere ammissibile la richiesta restitutoria dell'ente *solvens* in considerazione di alcuni profili differenziali tra le fattispecie sottoposte a giudizio e quella decisa dalla CEDU.

[33] Cfr., ad es., Cons. Stato, 13 aprile 2012, n. 2118; Cons. Stato, 15 ottobre 2003, n. 6291; Cons. Stato, 30 marzo 1976, n. 1, in *Rass. Consiglio di Stato*, 1978, 273; e Cons. Stato, 26 luglio 1978, n. 762, ivi, 1978, 1076. Per una rassegna completa e ragionata delle pronunce che compongono questo filone, v. BUFANO, DINISI, *op. cit*., 83 s.

[34] In questo senso, v. BRECCIA, *op. cit*., 925 nt. 18, sostiene che nel decidere della ripetizione delle somme indebitamente versate al dipendente pubblico deve tenersi conto «dell'art. 36 cost. (rispetto dell'"esistenza libera e dignitosa del lavoratore e della sua famiglia"), oltre che della responsabilità dell'amministrazione nel tardare a far valere la pretesa, sempre con riguardo alla tutela della normativa di buona fede»; canoni alla stregua dei quali – soggiunge l'a. – può ammettersi la pretesa restitutoria avanzata dalla p.a.

sorta di inesigibilità *ex fide bona* del credito che non sia stato per lungo tempo preteso dal creditore, ingenerando nel debitore un apprezzabile affidamento circa l'abbandono del diritto [35]. Senonché, molte delle criticità evidenziate dai commentatori di quest'ultima pronuncia sembrano riproducibili, *mutatis mutandis*, anche nel contesto che ci occupa.

Così, in primo luogo, anche nel campo nostro vale la premessa sistematica per cui il canone di buona fede e correttezza è regola di condotta che «non può mai decidere della vigenza di un rapporto obbligatorio» e quindi neppure determinarne l'estinzione [36]. A nulla serve coonestare la clausola di buona fede tramite il riferimento a disposizioni di rango superiore come quella, di cui all'art. 2 Cost., che esprime il dovere di solidarietà, o quella, di cui all'art. 36 Cost., che sancisce il diritto del lavoratore a una retribuzione sufficiente ad assicurare una esistenza libera e dignitosa [37]; oppure camuffare l'esito desiderato – quello estintivo – sotto il *nomen iuris* di "inesigibilità assoluta" [38]. L'inesigibilità *ex fide bona* si configura sempre come relativa [39]: sicché, essa può comportare la sospensione temporale dell'azionabilità del credito [40], ovvero imporne la ri-

---

«nei confronti di categorie non bisognose (medici delle USL)»; e in seguito anche CARUSI, *op. cit*., 174 ss.; e BARGELLI, *Introduzione*, in EAD. (a cura di), *Ripetizione dell'indebito*, UTET, 2014, 4. Solo in parte diversa la proposta ermeneutica di recente avanzata da BUFANO, DINISI, *op. cit*., 78 s. e 86, i quali da un canto appaiono riluttanti a riconoscere che il canone di correttezza e buona fede abbia valore estintivo, prospettando semmai una tutela risarcitoria dell'affidamento frustrato dall'incoerenza colpevole della p.a., ma d'altro canto sostengono che si possa delineare per via ermeneutica un correttivo di diritto speciale, tale per cui per cui «quando l'indebito abbia carattere retributivo e, soprattutto, la prospettiva di adempimento dell'obbligazione restitutoria, mediante le trattenute stipendiali, presenti il serio e duraturo pericolo di far ricadere il trattamento risultante – l'unico percepito dal debitore – al di sotto della soglia retributiva protetta dall'art. 36 Cost.» venga a determinarsi «un esonero dal meccanismo ripetitorio, senza scadenza».

[35] Cass., 14 giugno 2021, n. 16473, cit.

[36] Così SCOGNAMIGLIO, *op. cit*., 1186, riannodandosi all'insegnamento di L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in AA.VV., *Il principio di buona fede*, Giuffrè, 1987, 8. Rilievi simili sono svolti da MACARIO, *op. cit*., 1175 s.; e da A.M. BENEDETTI, *Interventismo giudiziario e contratto*, in *Pactum*, 2022, 352, il quale paventa un riverbero negativo sul piano della «certezza dei diritti (di credito) e dei rapporti obbligatori (il cui inizio e la cui fine la fonte primaria affida a criteri ben decisi e definiti, proprio per evitare ambiguità viepiù pericolose quando sono in gioco obbligazioni e azioni».

[37] La fallacia di una simile operazione può cogliersi sotto due profili distinti. Improprio risulta, anzitutto, il raccordo tra il principio di solidarietà, che «ha una dimensione collettiva» ed impone di «farsi carico, nell'esercizio di un diritto individuale di libertà, del bene comune», e «la buona fede, che è invece un criterio regolatore di rapporti paritetici *fra portatori* di interessi individuali *simmetrici*» (virgolettato e corsivi tratti da A. ZACCARIA, *Il diritto privato europeo nell'epoca del post-postmodernismo*, in *Riv. dir. civ*., 2020, 7. Inaccettabile da punto di vista del sistema civilistico è, poi, il corollario che dal legame tra solidarietà e buona fede si vorrebbe far discendere, ossia che il creditore risulti obbligato a non pretendere l'adempimento della prestazione ogniqualvolta ciò possa tradursi in un eccessivo aggravio per il debitore (fortemente critici verso un simile esito BENEDETTI, *op. cit*., 350; e D'AMICO, *op. cit*., 1166).

[38] Simili storture sono in parte imputabili allo stesso legislatore che, specie in tempi recenti, introduce ipotesi di inesigibilità definitiva del credito: una di esse, per esempio, è regolata dall'art. 281 del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza) e si realizza mediante una dichiarazione del tribunale, il quale, contestualmente alla pronuncia del decreto di chiusura della procedura, « dichiara inesigibili nei confronti del debitore i debiti concorsuali non soddisfatti (art. 281 l. n. 14/2019, e già l'art. 14-*terdecies* l. n. 3/2012).

[39] Secondo la teoria elaborata da L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, ora in *Scritti II. Obbligazioni e negozio*, a cura di C. CASTRONOVO, A. ALBANES, A. NICOLUSSI, Giuffrè, 2011, 332 ss.

[40] E, quindi, tradursi indirettamente in una causa di esonero da responsabilità del debitore (v. A. ALBANESE, *Il rapporto obbligatorio: profili strutturali e funzionali*, Libellula, 2014,107). Questa linea è stata accreditata dalla Consulta in diverse occasioni: cfr., ad es., Corte cost., 3 febbraio 1994, n. 19, ove si legge che «quando, in relazione a un determinato adempimento, l'interesse del creditore entra in conflitto con un interesse del debitore tutelato dall'ordinamento giuridico o, addirittura, dalla Costituzione come valore preminente o, comunque, superiore a quello sotteso alla pretesa creditoria, allora l'inadempimento, *nella misura* e *nei limiti* in cui sia necessariamente collegato all'interesse di valore preminente, risulta giuridicamente giustificato» (corsivo mio); e in senso analogo Corte cost., 1° aprile 1992, n. 149; e Corte cost., 24 gennaio 1989, n. 22. Confrontandosi con questa giurisprudenza, M. PALADINI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *L'estinzione dell'obbligazione senza adempimento*, Utet, 2010, XXIV, esprime il giusto timore che

modulazione e, in particolare, la dilazione o il frazionamento [41]. Proprio nella materia dell'indebito retributivo, la via della rateizzazione del *quantum* dovuto era stata battuta da alcune pronunce del Consiglio di Stato onde alleggerire la posizione del lavoratore costretto a restituire gli emolumenti percepiti senza giusta causa [42]. Tale strada, tuttavia, è divenuta impraticabile, a seguito della decisione con cui la CEDU ha rilevato un contrasto tra l'art. 1 del Protocollo 1 addizionale alla Convenzione e l'art. 2033 cod. civ., ancorché nel caso di specie l'applicazione (*ex fide bona*) di quest'ultimo disposto normativo avesse dato luogo ad una obbligazione restitutoria da eseguirsi in modo frazionato.

In secondo luogo, bisogna considerare che la clausola generale di buona fede non deve mai tradursi nella legittimazione di conseguenze contrarie ai principi ordinatori del settore in cui detta clausola si vorrebbe far operare [43]. Da questa necessità discendono due corollari. Il primo è che non tutti i valori possono trovare ingresso nell'ordinamento per il tramite della clausola di buona fede, ma soltanto i valori traducibili in una forma giuridica (integrata o) integrabile nel diritto positivo. Il secondo corollario è che la concretizzazione della buona fede deve avvenire attraverso un rigoroso controllo di compatibilità con la razionalità complessiva del sistema, sì da non tradursi in operazioni puramente equitative [44] che, per quanto possano sembrare nobili nel caso singolo, rischiano di incrinare i fondamenti del diritto positivo [45]. Ebbene, riflessi negativi di questo genere potrebbero sortire dall'accreditamento di una linea ermeneutica che ancori la valutazione di persistenza dell'obbligazione avente ad oggetto la restituzione dell'indebito retributivo all'affidamento soggettivo e alle condizioni economiche del dipendente pubblico. Si pensi, dal lato del diritto privato, all'offesa che deriverebbe al principio *genus numquam perit*, aforisma che, «con riguardo alle obbligazioni pecuniarie […] ha sempre inteso significare che il debitore non può addurre a fondamento della pretesa liberazione la propria impotenza finanziaria» [46]. Ovvero, ed ancora dal medesimo lato, si consideri il dissidio che si determinerebbe tra la configurazione (*ex fide bona*) di fattispecie (intensamente mutevoli) di inesigibilità definitiva del credito ed il principio di tassatività delle cause di estinzione del rapporto obbligatorio [47]. E si pensi, dal lato del diritto pubblico, alla frizione che si realizzerebbe tra soluzioni particolaristiche, per così dire "*ad hominem*", ed i principi di imparzialità ed uguaglianza dell'agire amministrativo.

---

procedendo lungo questa china si possa giungere, «in un futuro non lontano» a ravvisare nell'abuso del creditore una causa di estinzione atipica dell'obbligazione.

[41] Va evidenziato, peraltro, che la soluzione dell'inesigibilità lascerebbe comunque prive di tutela tutte le situazioni, come quella sottesa al caso in esame, in cui il dipendente pubblico abbia dato corso alla restituzione (magari onde evitare di incorrere in più pesanti conseguenze) e cerchi successivamente di recuperare il *praestatum*. Difatti, l'inesigibilità non fa venir definitivamente meno il vincolo giuridico, e nemmeno esautora la sua fonte. Onde, può dirsi che nel caso dell'obbligazione restitutoria l'inesigibilità (pur se venisse intesa sine die) potrebbe tutt'al più paralizzare la pretesa del *solvens* alla ripetizione, ma certamente non potrebbe consentire all'*accipiens* che abbia già restituito il pagamento non dovuto a recuperarlo nuovamente.

[42] V., ad es., Cons. Stato, 12 settembre 2013, n. 4519, cit.; Cons. Stato, 28 giugno 2007, n. 3773; Cons. Stato, 20 aprile 2004, n. 2203.

[43] MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali* cit., 5 ss. e spec. p. 17.

[44] Mentre l'equità adempie ad una funzione correttiva del diritto scritto o del regolamento negoziale e si traduce nella giustizia del caso singolo, la buona fede conduce all'adozione di soluzioni concrete capaci di conciliare le esigenze particolari con le linee generali del sistema: cfr. MENGONI, *op. ult. cit*., 12 s.; BRECCIA, *Le obbligazioni*, Giuffrè, 1991, 362; e ALBANESE, *Buona fede contratto legge*, in *Eur. dir. priv*., 2021, 31 ss. Non mancano tuttavia opinioni favorevoli a riconoscere (anche) alla buona fede la capacità di correggere il risultato a cui si perverrebbe se ci si arrestasse all'applicazione dello *strictum jus*: v., ad es., PIETROBON, *Il dovere generale di buona fede*, Cedam, 1969, 32.

[45] In questo senso, v. BENEDETTI, *op. cit*., 349 s.

[46] Così C. CASTRONOVO, *Il diritto italiano delle obbligazioni dal codice civile del 1942 a oggi. Profili di una evoluzione*, in *Eur. dir. priv*., 2021, 623.

[47] La medesima preoccupazione avanza D'AMICO, *op. cit*., 1170, con riguardo alla soluzione adottata da Cass., 14 giugno 2021, n. 16473, cit. Similmente, ma nell'ambito di una riflessione più generale, v. PALADINI, *op. cit*., XXII.

Infine, vi è il rischio che buona fede e correttezza, focalizzando il giudizio sugli interessi che si fronteggiano al momento dell'esecuzione del rapporto obbligatorio, mettano in ombra la fattispecie concreta da cui quest'ultimo origina, e dove potrebbero situarsi indici atti a legittimare o, al contrario, delegittimare la protezione della fiducia riposta da una parte nel contegno dell'altra [48]. È questo un rischio che sembra profilarsi anche nella materia dell'indebito retributivo. Esaminando con scrupolo le fattispecie decise dalle pronunce in argomento, si possono scorgere circostanze che fanno talora apparire obiettivamente inescusabile il convincimento errato del lavoratore sulla debenza dell'emolumento ricevuto. Ci sembra, in particolare, fornire un buon esempio la vicenda fattuale sottesa all'ordinanza che ha rimesso l'art. 2033 cod. civ. al giudizio della Consulta: il difetto di causa giustificativa della retribuzione corrisposta dall'amministrazione al dipendente risaliva, in tal caso, alla nullità di una disposizione del CCNL per contrasto con una norma imperativa, di talché il lavoratore *accipiens*, adoperando la normale diligenza, avrebbe potuto accorgersi dell'errore che il *solvens* stava perpetuando. Valutando simili fattispecie attraverso il prisma della buona fede, potrebbero venire in risalto indolenze o contraddizioni nell'agire della P.A., o – specialmente – aspetti di debolezza nella condizione del lavoratore, tali da far ritenere l'affidamento riposto da quest'ultimo negli emolumenti percepiti, comunque, meritevole di tutela [49]. Ma decisioni di questo genere condurrebbero al ripristino del canone romanistico "*quibus permissum est ius ignorare*" [50], con manifesta violazione del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost.

Cercare di mettere le cose nella loro corretta forma giuridica non significa escludere che una tutela vi sia, bensì piuttosto chiedersi quale sia la tutela più adatta alla situazione da disciplinare evitando che la buona fede si trasformi nel serbatoio informe di una tutela grossolana e contingente. Muovendosi in questa direzione, alcuni commentatori della sentenza sulla *Verwirkung* hanno trovato nella manifestazione tacita di volontà (segnatamente, nel caso di specie, volontà abdicativa) il modello meglio adatto a tutelare l'affidamento creato nel debitore dal comportamento inerte del creditore [51]. Tale modello non è affatto inconferente alla materia dell'indebito retributivo: lo si trova impiegato nella giurisprudenza tedesca sotto il nome di *Erwirkung* [52] e, altresì, nel diritto applicato dalle nostre corti, per qualificare il contegno del datore di lavoro che per lungo tempo versi al dipendente emolumenti superiori a quelli dovuti come una manifestazione tacita della volontà

[48] È questo un rischio che si vede concretizzato in Cass., 14 giugno 2021, n. 16473, cit., ove proprio il ragionare sul contegno tenuto delle parti *in executivis* conduce a svalutare un profilo di possibile illiceità della fattispecie genetica dell'obbligazione pecuniaria rimasta inadempiuta: tale obbligazione era infatti sorta in base a un contratto di locazione di un bene societario in favore di uno dei soci, contratto che in realtà dissimulava un comodato e, dunque, risultava sospetto di illiceità dal punto di vista della regola contenuta nell'art. 2256 c.c.

[49] Si tenga presente che nel giudizio secondo buona fede è insito anche il pericolo opposto: ossia, che il decidente, reputando agiata la situazione economica del dipendente, scelga di imporgli la restituzione di emolumenti corrisposti dalla P.A. su basi o secondo modi che lasciavano ragionevolmente supporre la piena legittimità del pagamento.

[50] Sulla scorta di questo canone, venivano a configurarsi una serie di eccezioni al principio generale "*ignorantia legis non excusat*" calibrate sulla condizione di limitata capacità che si reputava connaturata ad alcuni soggetti ed in particolare: ai minori di venticinque anni e alle donne (*proper sexsus infirmitatem*).

[51] D'Amico, *op. cit*., 1169, spiega che l'impostazione negoziale si fa preferire rispetto al ragionamento in termini di affidamento secondo buona fede: in primo luogo, poiché non rimette all'interprete il compito "imbarazzante" di commisurare il lasso temporale entro cui il diritto di credito può esser esercitato (prim'ancora, s'intende, che sia decorso il termine prescrizionale); e, in secondo luogo, poiché precostituisce un punto di riferimento avverso cui possono dirigersi eventuali iniziative di terzi pregiudicati dal venir meno del credito (ad es., l'azione revocatoria).

[52] Lo segnala Scognamiglio, *op. cit*., 1190, spiegando che la fattispecie in parola si configura «allorché si determini una significativa divaricazione tra l'assetto di interessi così come originariamente concordato dalle parti e quello risultante dalla realtà della loro condotta», e tale divaricazione sia «protratta nel tempo, così da fondare un affidamento nella controparte circa il fatto che sia mantenuta», dando «luogo ad un corrispondente ampliamento dell'area delle situazioni giuridiche di cui questa sia titolare».

di derogare le regole pattizie in punto di corrispettivo [53]. Senonché, l'impostazione riferita, che pur consentirebbe di superare gran parte delle criticità rilevate poc'anzi, non è accoglibile ogniqualvolta l'ente pagatore sia un soggetto di diritto pubblico. E ciò in quanto – come hanno avuto modo di spiegare sia il Consiglio di Stato, che la Corte dei conti [54] – il recupero di emolumenti non dovuti da parte della P.A. costituisce un atto doveroso, non rinunciabile, e neppure in parte disponibile, in quanto correlato al perseguimento delle finalità di interesse generale alle quali sono istituzionalmente vincolate le somme indebitamente corrisposte al privato [55].

4. – Giunti a questo punto, residua la seguente alternativa: accedere alla tesi, prospettata dalla Cassazione nell'ordinanza di rimessione, dell'incostituzionalità dell'art. 2033 cod. civ. «nella parte in cui, a fronte di un indebito retributivo erogato da un ente pubblico e di un legittimo affidamento alla definitività dell'attribuzione in capo al dipendente, consente un'ingerenza sproporzionata nel diritto dell'individuo al rispetto dei suoi beni»; oppure reperire nel diritto comune un correttivo, altro dalla buona fede oggettiva (e, altresì, dalla manifestazione tacita di volontà), che risulti capace di conciliare per via ermeneutica la normativa italiana con i principi racchiusi nella Convenzione Edu, senza tradire i lineamenti essenziali di uno o più settori del nostro sistema positivo.

Ora, la manipolazione dell'art. 2033 cod. civ., nei termini suggeriti dal giudice *a quo*, non sembra poter fornire una soluzione appagante. La norma che si vorrebbe sottratta dal novero dei possibili significati della disposizione censurata è frutto di una generalizzazione del *decisum* con cui la CEDU ha risolto la controversia Casarin c. Italia. Difatti, in tale sentenza i giudici di Strasburgo si erano limitati a dichiarare la violazione della Convenzione con riguardo alla fattispecie concreta sottoposta al loro esame, senza porre una regola trascendente i contorni di quest'ultima [56], ed anzi avendo cura di rimarcare i profili più significativi del caso singolo in sede di conclusioni [57]. Se, per un verso, normale è la mancata riproduzione di questi aspetti fattuali nell'enunciato da aggiungersi in fine all'art. 2033 cod. civ., per altro verso, potenzialmente problematico è che tale proposizione non contempli alcun criterio atto a discernere il legittimo affidamento e a decidere della sua tutela [58]. Una declaratoria di incostituzionalità parziale modellata secondo il verso indicato dal giudice

[53] Cfr. Cass., sez. lav., 22 settembre 2014, n. 19923; Cass., sez. lav., 9 marzo 2011, n. 5552; Cass., sez. lav., 16 gennaio 2007, n. 818; Cass., sez. lav., 5 aprile 2005, n. 7020, in *Riv. crit. dir. lav*., 2005, 509, con nota di Moro.

[54] Cfr. Cons. Stato, 20 aprile 2004, n. 2203, cit.; Cons. Stato, 20 febbraio 2002, n. 1045; e Corte dei Conti, sez. reg. Lazio, 15 giugno 2015, n. 125.

[55] Merita di essere evidenziato che la rilettura in chiave di autonomia privata delle figure giuridiche poste a presidio dell'affidamento qualificato resta impedita anche ai privati nel caso in cui la (supposta) rinuncia tacita verterebbe su situazioni giuridiche a cui non è generalmente consentito abdicare (v., ad es., art. 1118 cod. civ.; 1956 cod. civ.; art. 143 cod. cons.), oppure provenga da un soggetto che non può compiere atti di disposizione al riguardo (ad es., poiché incapace legalmente, oppure in quanto contitolare della posizione insieme ad altri).

[56] Nella decisione Casarin si rinviene, cioè, ancora quell'«approccio meramente casistico» che un tempo connotava la giurisprudenza di Strasburgo, traducendosi in «pronunce […] difficilmente universalizzabili perché frutto di sincretismo pragmatico»; approccio che invece, più di recente, la Corte europea talora supera «ampliando il proprio *thema decidendum*, [e] trascende[ndo] il fatto, per rendere pronunce di portata sempre più generale». Da questo atteggiamento "esorbitante" della CEDU è derivata la riluttanza di alcune autorità nazionali all'implementazione delle pronunce da essa adottate: sul tema v. A. Osti, *L'implementazione delle sentenze della Corte europea dei diritti e le resistenze nazionali: tre modelli a confronto*, in *Quad. cost*., 2017, 851 ss.

[57] V. p. 74 e 75 del provvedimento.

[58] Per il vero, qualche ambiguità connota anche il riferimento alla "retribuzione" (segnatamente, nell'ordinanza di rimessione si discorre di «indebito retributivo»). Così, ad es., in giurisprudenza è già emersa la questione se la regola di derivazione europea dell *soluti retentio* operi solo per le retribuzioni ordinarie, oppure anche per le retribuzioni non ordinarie. A tale riguardo, Cons. Stato, 21

remittente rischierebbe, cioè, di dare la stura a soluzioni applicative incerte, imprevedibili e, dunque, (nuovamente) lesive del principio di uguaglianza. D'altronde, non sarebbe la prima volta che il sopravanzamento della giurisprudenza Edu ad opera delle corti nazionali determina riflessi negativi sul piano della ricostruzione del diritto interno. Basti pensare, a tal proposito, alle difficoltà di risistemazione a cui è andata incontro la disciplina italiana del parto anonimo, dopo che la Corte costituzionale – ponendosi sulla scia, ma invero oltrepassando la CEDU [59] – ha generalizzato il diritto del figlio di interpellare la madre naturale senza subordinarne l'esercizio a puntuali condizioni [60].

Si comprende, allora, l'opportunità di insistere ulteriormente lungo la via dell'interpretazione costituzionalmente orientata e, segnatamente, vagliare l'ultimo dei tre modelli di tutela dell'affidamento qualificato, che non abbiamo ancora considerato sebbene faccia capolino nell'apparato argomentativo della sentenza Casarin c. Italia. Si allude all'*apparentia iuris*.

Proviamo, per intanto, a chiederci se il modello giuridico in parola sia immune dalle criticità che presenta la linea ricostruttiva che, procedendo dalla clausola di buona fede, condensa il giudizio sull'agire contraddittorio della P.A. e sull'impotenza finanziaria del lavoratore. Ora, la risposta a questa domanda sembra poter essere di segno positivo. Nel classificare le diverse figure di affidamento "qualificato", Rodolfo Sacco spiegava che mentre «il divieto di incoerenza opera nel rapporto individuo tra due soggetti», l'apparenza è invece un «fatto oggettivo», basato su circostanze univoche, che opera «*erga omnes*» [61]. Quest'ultima parrebbe, dunque, offrire maggiori garanzie sul piano della eguaglianza e imparzialità di trattamento dei soggetti che abbiano percepito un indebito retributivo. Altri requisiti essenziali dell'apparenza sono l'«errore» e la sua «oggettiva scusabilità», la quale viene meno – questa volta è Angelo Falzea a chiarirlo – allorché una persona di normale diligenza e accortezza avrebbe potuto o dovuto evitarlo [62]; come è nel caso esemplificato al numero precedente in cui la falsa rappresentazione verta (anziché sulle circostanze che condizionano l'operatività di una norma) sulle norme medesime.

Infine, vi è da considerare che, qualora ne ricorrano tutti i presupposti, l'apparenza spiega sulla fattispecie cui si riferisce un effetto sanante [63]. A questa stregua, l'apparenza del diritto a ricevere la prestazione retributiva (o una certa sua misura) potrebbe dunque operare in funzione di recupero della causa giustificativa di quest'ultima; e, così, tutelare l'affidamento in radice, prevenendo la nascita dell'obbligazione restitutoria e, per conseguenza, evitare di dover "spegnere" quest'ultima mediante la configurazione *ex fide bona* di ipotesi

---

settembre 2022, n. 8138, ha sostenuto che il limite alla ripetizione scaturente dall'art. 117 Cost. e dall'art. 1 Prot. 1 Convenzione Edu non vale per le retribuzioni non ordinarie, dal momento che la CEDU ha precisato che solo l'erogazione protratta per un periodo sufficientemente lungo può far sorgere il ragionevole convincimento della sua stabilità: è evidente che l'argomento formulato dal giudice amministrativo risente dell'applicazione diretta della pronuncia emessa dalla Corte europea. Un altro dubbio già emerso è se l'eccezione all'art. 2033 cod. civ. valga anche per le indennità. In senso affermativo è la pronuncia del Cons. Stato, 14 giugno 2022, n. 4861, che addiviene a tale conclusione sulla scorta dell'applicazione diretta della decisione Casarin.

[59] Ci si riferisce a CEDU, 25 settembre 2012, causa Godelli c. Italia, ric. n. 33783/09, in *Giust. civ*., 2013, 1597 ss., con nota di C. INGENITO, *Il diritto del figlio alla conoscenza delle origini e il diritto della madre al parto anonimo alla luce della recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*; e a Corte Cost., 22 novembre 2013, n. 278, in *Dir. fam. e pers*., 2013, 13 ss., con nota di G. LISELLA, *Volontà della madre biologica di non essere nominata nella dichiarazione di nascita e diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini*.

[60] Alcune di queste difficoltà erano state prontamente rilevate da V. MARCENÒ, *Quando da un dispositivo d'incostituzionalità possono derivare incertezze*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2014, 286. Per una disamina critica successiva, sia consentito rinviare a C. DE MENECH, D.M. FRENDA, *I mobili confini del diritto all'anonimato materno tra tutela della riservatezza e costruzione dell'identità*, in corso di pubblicazione su *Dir. succ. fam*.

[61] SACCO, *op. cit*., 243.

[62] FALZEA, *op. cit*., 697.

[63] ID., *op. cit*., 698.

atipiche di estinzione del credito incardinate su elementi soggettivi quali, in particolare, la situazione patrimoniale del debitore, o la condotta abusiva del creditore.

Infine, se raffrontato con l'esito di incostituzionalità parziale prefigurato dalla Cassazione, il correttivo dell'*apparentia iuris* presenterebbe il merito di conferire sostanza alla nozione di legittimo affidamento, nonché di ancorare la tutela di quest'ultimo a presupposti nitidi e ragionevoli.

Seppur auspicabile sotto diversi aspetti, il percorso ricostruttivo ipotizzato da ultimo appare piuttosto accidentato.

In primis, potrebbe obiettarsi che rispetto al problema dell'indebito retributivo risulta inconferente la ragione giustificatrice dell'apparenza, la quale viene per solito individuata nell'esigenza di sicurezza dei traffici economici. Peraltro, una simile obiezione potrebbe facilmente superarsi, evidenziando che tra le diverse ipotesi normative di apparenza ve ne sono alcune che non presentano alcun legame con la tutela dei commerci: si pensi, per fare un esempio, alla figura del matrimonio putativo, il cui riconoscimento si ricollega principalmente a preoccupazioni di ordine morale [64].

Senz'altro più ingombrante è l'ostacolo rappresentato dall'individuazione della situazione giuridica apparente nella fattispecie dell'indebito retributivo. Le opzioni in campo sono teoricamente due: apparenza della rinuncia al credito restitutorio [65], ovvero apparenza della titolarità del diritto all'emolumento (o ad una certa sua misura) [66]. La prima soluzione deve essere senz'altro respinta, in quanto da essa deriverebbero cascami non dissimili da quelli correlati all'accoglimento della tesi dell'inesigibilità assoluta *ex fide bona*. In particolare, facendo gravitare l'apparenza su un atto (i.e., la rinuncia *ex latere creditoris*) che si colloca già nella fase esecutiva dell'obbligazione restitutoria, si potrebbe, tutt'al più, procurare al dipendente l'effetto di liberazione da quest'ultima; effetto che, tuttavia, difetterebbe di una puntuale base normativa e, dunque, urterebbe contro il principio di tassatività delle cause di estinzione del rapporto obbligatorio. Di contro, riferendo l'apparenza alla titolarità del diritto alla retribuzione, si giungerebbe a configurare una fattispecie genetica del rapporto obbligatorio, bensì, non prevista da una singola previsione di legge, ma comunque compatibile con l'ordinamento giuridico (e, anzi, addirittura necessitata da principi di rango costituzionale); esito quest'ultimo che può, certamente, ritenersi consentito dall'art. 1173, n. 3, cod. civ. [67]. Questa costruzione potrebbe peraltro destare perplessità nella parte in cui fa collimare il soggetto (postulato) titolare della posizione giuridica apparente ed il soggetto che dall'operare del meccanismo di apparenza uscirebbe avvantaggiato. Difatti, nelle figure legislativamente tipizzate, il titolare (o legittimato) apparente non coincide con il beneficiario dell'effetto giuridico programmato dalla norma (cfr., specialmente, gli artt. 1189, 1264, 1415, 1416, 1426 cod. civ.). Questa scissione soggettiva non sembra, tuttavia, rispondere ad alcuna necessità logica [68].

---

[64] In questo senso, già, R. BOLAFFI, *Le teorie sull'apparenza giuridica (Note critiche)*, in *Riv. dir. comm*., 1934, 141 s.

[65] Si noti che un costrutto simile compare nella motivazione di Cass., 14 giugno 2021, n. 16473, cit., la quale discorre di «apparenza remittente».

[66] Delineano queste due opzioni anche BUFANO, DINISI, *op. cit*., 78, sia pure addivenendo alla conclusione che entrambe (e, soprattutto, la prima) debbano venire scartate.

[67] Nell'interpretazione corrente in dottrina ed in giurisprudenza, la formula della «conformità all'ordinamento giuridico» contenuta nel n. 3 dell'art. 1173 cod. civ., non comporta un rinvio a singole previsioni di legge che descrivano puntualmente un atto o un fatto, ricollegandovi la nascita di un rapporto obbligatorio; ma si limita ad esprimere una generica esigenza di compatibilità tra atti e fatti ad efficacia vincolante ed il sistema giuridico complessivamente considerato. In tal guisa, essa finisce per demandare alla discrezionalità giudiziale il compito di decidere dell'attitudine generatrice di obbligazioni degli atti o dei fatti sottoposti al suo vaglio, lasciandosi guidare dai «criteri e [dai] principi che sono desumibili dall'intero corpus della normativa, e specialmente da quella di rango costituzionale»: v. A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario Scialoja-Branca*, *sub* art. 1173 cod. civ., Zanichelli, 1988, 173.

[68] In caso di "identità soggettiva", si porrà tutt'al più l'esigenza (giuridica) di effettuare un più rigoroso vaglio sulla scusabilità dell'errore.

Tant'è vero che il codice civile abrogato prevedeva espressamente che effetti protettivi della fattispecie dell'erede apparente potessero rivolgersi a favore di quest'ultimo [69].

Lo scoglio principale sulla via dell'argomentazione esegetica in esame è, però un altro. Si allude alla difficoltà di reperire un fondamento capace di aggirare le strettoie della tassatività delle figure di *apparentia iuris* disciplinate dalla legge. In dottrina prevale l'opinione che un tale fondamento non esista e l'istituto non possa operare oltre i casi previsti dal diritto positivo [70]. Più flessibile è l'impostazione del diritto applicato, il quale concede all'apparenza di oltrepassare i confini tracciati dal legislatore, ma nelle sole ipotesi in cui l'erroneo convincimento del terzo sia derivato dal contegno doloso o colposo del soggetto titolare dell'interesse che dall'applicazione estensiva dell'istituto risulta sacrificato [71]. Questo indirizzo, in una certa misura, si salda con l'orientamento che vorrebbe incanalare la tutela dell'affidamento "qualificato" attraverso il prisma della buona fede (oggettiva). Entrambi fanno capo all'idea che l'affidamento possa ambire ad una protezione allargata, ossia che trascenda i contorni di singole figure legislativamente regolate, solo qualora corredato da motivi soggettivi, interni alla sfera delle parti, e non invece ove fondato su circostanze obiettive ed univoche. Sarebbe forse opportuno misurare la tenuta di quest'idea attraverso uno studio meditato, che non può certo compiersi nello spazio di poche pagine. Ci si limiterà qui, perciò, soltanto a collocare la concezione prettamente soggettivistica dell'affidamento "qualificato" sullo sfondo del diritto privato europeo.

5. – Cominciamo dalla linea di evoluzione della tutela dell'affidamento "qualificato" nella storia dei sistemi giuridici europei.

Ora, le figure d'origine più risalente sono costruite intorno alla repressione dell'atteggiamento intenzionale e fraudolento di un soggetto determinato; e, solamente in via riflessa, realizzano la tutela dell'affidamento che per effetto di un simile contegno si sia consolidato in capo ad un altro individuo. Questa sequenza ricor-

---

[69] Precisamente, l'ultimo comma dell'art. 933 cod. civ. prev. stabiliva che «[l'] erede apparente di buona fede non è tenuto alla restituzione dei frutti, se non dal giorno della domanda giudiziale».

[70] Ritengono che l'*apparentia iuris* possa operare esclusivamente entro i contorni delle fattispecie disciplinate dalla legge: *ex multis*, G. STOLFI, *L'apparenza del diritto*, Società Tipografica Modenese, 1934, 37 e 40; 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.; N. IMARISIO, *L'apparenza del diritto. Profili pratici ed applicazioni giurisprudenziali*, Giuffrè, 2015, 173, aprendo però ad un utilizzo dell'apparenza come canone interpretativo di singole previsioni di legge. Ammettono l'estensione analogica delle fattispecie regolate, negando però che da esse possa venire ricavato un principio generale: FALZEA, *op. cit*., 701; R. SACCO, *Affidamento*, in *Enc. dir*., I, Giuffrè, 1958, 661; E. CONTINO, *Apparenza: principio generale o eccezionale?*, in *Giust. civ.,* 2002, 1638 ss. Esigue sono le voci favorevoli ad elevare l'apparenza a principio generale: M. D'AMELIO, *Apparenza del diritto*, in *Noviss. dig. it*., UTET, 1957, 719, il quale peraltro comunque pone il problema dell'individuazione dei limiti.

[71] Una qualche capacità espansiva viene, cioè, riconosciuta alle fattispecie di apparenza che FALZEA, *op. cit*., 700, qualifica "colposa", differenziandole dalle figure di apparenza "pura" (od oggettiva): nella prima «l'errore del terzo è provocato dal comportamento colposo del titolare reale del diritto soggettivo», mentre nella seconda l'errore del terzo «è causato soltanto dalla situazione di fatto che manifesta falsamente una situazione di diritto». Il campo in cui il principio dell'apparenza colposa trova maggior applicazione è quello della rappresentanza: cfr., tra le molte, Cass., 16 novembre 2005, n. 23077; Cass., 9 luglio 2001, n. 9289; Cass., 18 maggio 2000, n. 6461; Cass., 21 marzo 2000, n. 1301; Cass., 30 dicembre 1997, n. 13099, in *Danno e resp*., 1998, 456; Trib. Bergamo, 2 giugno 207, n. 1711; contra Cass., 13 dicembre 2004, n. 23199; Cass., 13 febbraio 1993, n. 2020. Un altro ambito in cui la colpa del soggetto sacrificato dall'operare dell'apparenza condiziona la latitudine di quest'ultima è quello del pagamento al rappresentante (o indicatario) apparente del creditore. Difatti, secondo la nostra giurisprudenza, in questa ipotesi (non ricompresa nell'art. 1189 cod. civ., il quale regola il solo caso del pagamento al creditore apparente) l'effetto liberatorio del pagamento si realizza solamente se l'erroneo convincimento del *solvens* è stato determinato dal comportamento colposo del creditore: v., ad es., Cass., 31 gennaio 2019, n. 2765; Cass., 19 aprile 2018, n. 9758; App. Milano, 22 ottobre 2018, n. 4579.

re, per esempio, nella categoria dell'*exceptio doli* [72], nelle fondamenta dell'*estoppel* [73], oltre che nelle prime applicazioni della *Verwirkung* [74]. In tempi successivi, l'affidamento guadagna protezione anche al di fuori dell'area in cui vi sia un inganno volontario da sanzionare, e viene protetto pure quando risulti ingenerato da un comportamento altrui (solo) colposamente ambiguo: tanto può dirsi della versione più aggiornata della *Verwirkung*. Nei modelli di conio più recente, l'affidamento viene infine posto al centro della costruzione e riceve tutela in quanto formatosi dinanzi a circostanze dotate di un'attitudine ingannatoria obiettiva, non importa se estranee al soggetto che, ora in via meramente riflessa, esce penalizzato: così è nella dottrina francese dell'*error communis facit ius* e nelle figure tipizzate di *apparentia iuris*.

La linea di evoluzione appena sintetizzata testimonia che la protezione giuridica dell'affidamento è venuta ad affrancarsi da un fondamento prettamente equitativo/retributivo per obbedire ad una logica politico/distributiva che suole descriversi in termini di sicurezza delle relazioni e stabilità dei traffici giuridici. È questa, come noto, un'esigenza particolarmente viva all'interno di sistemi che aspirino a promuovere un ambiente filocircolatorio e, così, il funzionamento del mercato. Dunque, normale è che nell'ambito del diritto privato europeo si registrino sempre maggiori aperture verso la tutela dell'affidamento "oggettivamente" qualificato, dell'affidamento, cioè, che risulti ragionevolmente fondato su caratteri di esteriorità [75]. Il nesso tra simili aperture e *policy* di mercato è stato posto in luce da Luca Nivarra, in un saggio di qualche anno fa, muovendo dall'osservazione dell'ampio rilievo che l'apparenza assume sul piano della regolazione del fenomeno della rappresentanza senza poteri operata dal DFCR [76].

Ai fini del discorso che si sta conducendo, specialmente degna di nota è la soluzione delineata dall'art. 6:103 [77] del DFCR, secondo cui l'apparente rappresentato può esser tenuto a rispondere degli impegni assunti dall'apparente rappresentante, sol che il suo comportamento abbia avuto rilevanza causale rispetto dell'errore del terzo, mentre non occorre che a quegli possa essere mosso, altresì, un rimprovero a titolo di colpa. Non è questo, peraltro, un *unicum* nei progetti di codificazione europea, ove diverse sono le regole che tutelano l'affidamento ragionevolmente riposto da taluno in ordine ad una data situazione senza postulare un collegamento soggettivo (in termini di colpa o dolo) tra il fatto generatore di tale convincimento ed il titolare dell'interesse sacrificato [78]. E regole di questo tenore sono ricorrenti anche nel diritto materiale dell'Unione. Si

---

[72] V. L. VAGNI, *La regola dell'affidamento nel diritto comune europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 2013, 573 ss.

[73] VAGNI, *op. ult. cit.*, 587, mette in luce come nelle prime apparizioni che l'*estoppel* fece all'interno delle decisioni delle corti inglesi tale rimedio intersecasse la *fraud*.

[74] Come spiega PATTI, *op. cit*., 104, all'inizio, la giurisprudenza tedesca individuò il fondamento dell'istituto nella violazione intenzionale del buon costume ossia del canone di comportamento sancito dal § 826 BGB. mentre, in seguito, la *Verwirkung* è stata ricondotta al principio di *Treu und Glauben* di cui al § 242 BGB, e per conseguenza è stata disancorata dal profilo soggettivo del dolo (v. infra, nel testo).

[75] Ed anzi (ponendosi sulla scia delle considerazioni svolte da A. Zaccaria in occasione del convegno "Il principio di autoresponsabilità nella società e nel diritto" (organizzato dall'Università di Trento il 16 e 17 settembre 2022), nel diritto privato europeo si riscontrano anche fattispecie di «autoresponsabilità oggettiva», ossia fattispecie in cui non giocano alcun ruolo profili soggettivi attinenti alla sfera delle parti. Per contro (spiega ancora Zaccaria) l'«autoresponsabilità soggettiva» si configura allorché la tutela dell'affidamento risulti condizionata al riscontro di almeno uno tra i seguenti profili: colpa o anche semplice comportamento del titolare del diritto sacrificato, oppure errore scusabile del soggetto tutelato.

[76] L. NIVARRA, *Tutela dell'affidamento e apparenza nei rapporti di mercato*, in *Eur. dir. priv*., 2013, 835 ss.

[77] Previsione che così recita: «*If a person causes a third party reasonably and in good faith to believe that the person has authorized a representative to perform certain acts, the person is treated as a principal who has so authorized the apparent representative*». La regola è analoga a quella contenuta nel par. 2 dell'art. 2.2.5 dei Principi Unidroit, a mente del quale «[…] se il rappresentato induce il terzo a ritenere ragionevolmente che il rappresentante è autorizzato ad agire per conto del rappresentato e che agisce nei limiti dei poteri conferitigli, il rappresentato non può eccepire nei confronti del terzo la mancanza di poteri del rappresentante»

[78] V. art. 9:303 DFCR; artt. 2:105 e 2:106 PECL.

consideri, per esempio, l'art. 7 della direttiva 2019/771/UE del 2019 sulla vendita di beni mobili, a mente del quale il bene venduto è difettoso se non possiede le qualità che il consumatore può ragionevolmente attendersi tenuto conto, fra l'altro, del modo in cui il venditore (o altre persone) lo abbiano pubblicizzato o presentato [79]; con il che il legislatore europeo incunea il binomio affidamento/apparenza nella nozione di difetto, onde rafforzare la tutela e la fiducia del consumatore. Oppure, ed ancora nella medesima logica, si pensi all'art. 5, par. 3, del Digital Service Act secondo cui le piattaforme online che forniscono servizi di *marketplace* sono soggette alla «responsabilità prevista dalla normativa in materia di protezione dei consumatori […] qualora […] presentino informazioni specifiche o rendano altrimenti possibile l'operazione in questione in modo tale da indurre un consumatore medio e ragionevolmente informato a ritenere che le informazioni, o il prodotto o il servizio oggetto dell'operazione, siano forniti dalla piattaforma stessa o da un destinatario del servizio che agisce sotto la sua autorità o il suo controllo» [80].

Non mancano, inoltre, nel diritto privato europeo ipotesi in cui l'affidamento ragionevole di una parte viene protetto sebbene non causato da una condotta tenuta dal soggetto titolare dell'interesse sacrificato, ossia anche là dove manchi qualsiasi momento di soggettività nella sfera di quest'ultimo. Così è, per esempio, nella regola racchiusa nell'art. 4:202, par. 3, del DFCR, in base a cui la revoca della proposta contrattuale non produce effetto, qualora l'oblato abbia ragionevolmente confidato sulla sua irrevocabilità [81]. L'affidamento oggettivamente "qualificato" riceve, poi, speciale risalto in seno al regolamento 650/2012/UE: l'apparenza cristallizzata [82] nel certificato successorio europeo esibisce uno spettro applicativo più lato rispetto alle regole nazionali sull'erede apparente [83]; e ciò al fine di migliorare la certezza del diritto, e di agevolare la circolazione di beni e persone.

Sulla scorta di questa breve rassegna, che non è possibile qui sviluppare fino in fondo, proviamo a formulare una conclusione e, a tal fine, riprendiamo la metafora con cui queste riflessioni sono cominciate. Nei manuali di fotografia s'insegna che lo sfondo può essere neutro, didascalico, o integrato. Quest'ultimo si differenzia dai primi due, in quanto contribuisce a chiarire il significato degli elementi che si collocano in primo o in secondo piano. Ebbene, lo sfondo del diritto privato europeo sembra potersi dire integrato con la restante parte del quadro tratteggiato in questo scritto, poiché contribuisce a chiarire che la tutela dell'affidamento oggettivamente "qualificato" non risulta affatto recessiva (od eccezionale) ed anzi, presenta contorni ampi, s'incanala attraverso moduli originali, ed esibisce connessioni sempre nuove con le ragioni del sistema. È, forse, su queste connessioni che si potrebbe cominciare a meditare, con il proposito di trarne qualche argomento, altro dalla colpa, capace di superare la visione angusta dell'apparenza.

---

[79] Una previsione analoga è contenuta nella direttiva 2019/770/UE sulla fornitura di contenuti e servizi digitali.

[80] E ciò in deroga al par. 1 dell'art. 5, che invece pone un'esenzione di responsabilità a favore degli *hosting providers*.

[81] Questo il testo della norma: «[…] *a revocation of an offer is ineffective if: […] c) it was reasonable for the offeree to rely on the offer as being irrevocable and the offeree has acted in reliance on the offer*». La previsione è identica a quella contenuta nell'art. 2.1.4, par. 2, dei Principi Unidroit, secondo cui: «*[l]'offerta non può essere revocata: […] (b) se è ragionevole per il destinatario considerare l'offerta irrevocabile e se questi ha agito di conseguenza*». In sede di commento ai Principi Unidroit, viene chiarito che l'affidamento dell'oblato può essere stato indotto sia dal comportamento del proponente, sia da altre circostanze quali, ad esempio, la natura della offerta.

Si noti come in entrambe le previsioni riportate sopra manchi qualsiasi elemento soggettivo: non solo dal lato del titolare dell'interesse sacrificato, ma anche dal lato del soggetto il cui affidamento è tutelato. Le ipotesi in esame sembrano quindi riconducibili alla categoria dell'«autoresponsabilità oggettiva» (su cui v. *supra* nt. 75).

[82] In questi termini A.M. GAROFALO, *Il certificato successorio: un modello di successo?*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 1172.

[83] Così, in particolare, sulla scorta dell'art. 534 cod. civ. la buona fede deve essere provata da chi intende valersi della tutela offerta dalla norma sull'erede apparente (v. Cass., 4 febbraio 2010, n. 2653), mentre in base al regolamento UE la buona fede del terzo si presume. Inoltre, l'art. 534 cod. civ. fa salvi soltanto i diritti acquistati dall'erede apparente a titolo oneroso, mentre nel caso di alienazioni compiute da parte dell'erede munito di certificato il regolamento UE fa salvi anche gli acquisti a titolo gratuito.