

Roberto GAROFOLI Giulia FERRARI

# P.A. e DIPENDENTI PUBBLICI: il NUOVO REGIME di RESPONSABILITÀ

Con *online*

-  **Approfondimenti** avanzati
-  **Temi svolti**
-  **Giurisprudenza** per esteso

Edizione **2026**



**Neldiritto  
Editore**

trabocchetto, bensì la P.A. a dover provare il fortuito.

Tuttavia, la Suprema Corte, recentemente chiamata a pronunciarsi in tema di responsabilità della P.A. per danni subiti da utenti di beni demaniali, ha chiarito che la presunzione sancita dall'art. 2051 c.c. non si applica in via automatica. In particolare, essa viene meno allorché non sussista la possibilità di esercitare il potere di fatto sulla cosa, precisando che tale *“possibilità è da valutare non solo in base all'estensione dell'intero bene, ma anche alla luce di tutte le circostanze del caso concreto, assumendo al riguardo determinante rilievo la natura, la posizione e l'estensione della specifica area in cui si è verificato l'evento dannoso, le dotazioni e i sistemi di sicurezza e di segnalazione di pericoli disponibili”*<sup>150</sup>. E questo in quanto all'ente pubblico custode possono essere addossati esclusivamente i rischi di cui l'ente può effettivamente gestire il controllo. Laddove ciò non sia possibile, la responsabilità della macchina pubblica deve essere correttamente inquadrata nell'alveo dell'art. 2043 c.c., con tutte le relative implicazioni pratiche che ne discendono.

## 2.

### **12. Il difficile inquadramento della responsabilità per comportamenti lesivi dell'affidamento del privato e la responsabilità precontrattuale. La nuova codificazione del d.lgs. n. 36 del 2023.**

Il potere di fatto sulla cosa

Dapprima in via pretoria ed ora per espressa previsione legislativa, quantomeno con riferimento alla materia dei contratti pubblici, è stata riconosciuta la risarcibilità dell'affidamento del privato allorché leso da un comportamento dell'Amministrazione contrario ai canoni di buona fede e correttezza e indipendentemente dalla illegittimità degli atti provvedimenti adottati<sup>151</sup>.

La responsabilità per violazione dell'affidamento del privato (o della stessa P.A.) è definita 'da comportamento' proprio in quanto non presuppone l'illegittimità (né a monte la stessa esistenza) di uno specifico atto della sequenza procedimentale o precontrattuale, poggiando piuttosto sulla complessiva contrarietà del comportamento tenuto dall'Amministrazione (o dal privato) ai canoni di correttezza e buona fede.

In tema è ora intervenuto, l'art. 5, d.lgs. n. 36 del 2023 (nuovo Codice dei contratti pubblici) che ha espressamente codificato principi largamente sviluppati dal precedente dibattito dottrinale e giurisprudenziale<sup>152</sup>.

La norma, inevitabilmente, ha come ambito di applicazione la materia dei contratti pubblici; nondimeno essa rappresenta un importante passo avanti ed un fondamentale punto di riferimento per il più ampio dibattito circa l'applicabilità di tale forma di responsabilità a tutta l'attività amministrativa.

Sebbene la norma non faccia espresso riferimento alla nozione di responsabilità precontrattuale, tuttavia essa riassume i più importanti principi affermati in materia, disciplinando proprio quelle ipotesi che sono state nel tempo ricondotte nell'alveo della responsabilità precontrattuale.

Infatti, da tempo si è affermato che la responsabilità precontrattuale della P.A. non è responsabilità 'da provvedimento', ma 'da comportamento'<sup>153</sup>, e presuppone la violazione dei doveri di correttezza e buona fede nella fase delle trattative e della formazione del contratto<sup>154</sup>, con la conseguenza che non rileva la illegittimità dell'esercizio della funzione pubblica cristallizzato nel provvedimento amministrativo di aggiudicazione o in altri provvedimenti successivi, ma la scorrettezza del comportamento complessivamente

<sup>150</sup> Cass. civ., Sez. III, ord., 19 gennaio 2018, n. 1257.

<sup>151</sup> Si veda in generale l'analisi di TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 3, 2018, 823 ss.

<sup>152</sup> Per una disamina generale TULUMELLO, *Il diritto dei contratti pubblici fra regole di validità e regole di responsabilità: affidamento, buona fede, risultato*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 7 giugno 2023.

<sup>153</sup> Si veda in tal senso Cons. St., Sez. V, 2 maggio 2017, n. 1979.

<sup>154</sup> In termini, Cass. civ., Sez. un., 27 aprile 2017, n. 10413.

tenuto dall'amministrazione durante le trattative e della formazione del contratto<sup>155</sup>. La responsabilità precontrattuale non discende infatti dalla violazione delle norme di diritto pubblico che disciplinano l'agire autoritativo della P.A. e dalla illegittimità quindi dell'atto (regole di validità), bensì dalla violazione di regole comuni (in particolare, il principio di buona fede in senso oggettivo dell'art. 1337 c.c.) che pongono in capo alla P.A. doveri analoghi a quelli che gravano su un comune soggetto contraente<sup>156</sup>.

L'art. 5, rubricato significativamente *'Principi di buona fede e di tutela dell'affidamento'* prevede al primo comma che *"Nella procedura di gara le stazioni appaltanti, gli enti concedenti e gli operatori economici si comportano reciprocamente nel rispetto dei principi di buona fede e di tutela dell'affidamento"*.

### 12.1. La reciprocità dei doveri di buona fede.

La disposizione, come per vero già sostenuto in passato in giurisprudenza (in particolare, dall'*Adunanza plenaria 4 maggio 2018, n. 5*), valorizza la dimensione necessariamente reciproca e relazionale degli obblighi di buona fede e di tutela dell'affidamento, chiarendo che gli stessi gravano sia sulla parte pubblica che su quella privata nel rapporto. Il che, peraltro, si pone perfettamente in linea con quanto più in generale affermato dall'art. 2 dello stesso d.lgs. n. 36 del 2023 relativamente al principio della fiducia nei rapporti tra (funzionari della) stazione appaltante ed operatori economici.

### 12.2. Il rilievo del dovere di buona fede prima dell'aggiudicazione.

Il secondo comma stabilisce che *"nell'ambito del procedimento di gara, anche prima dell'aggiudicazione, sussiste un affidamento dell'operatore economico sul legittimo esercizio del potere e sulla conformità del comportamento amministrativo al principio di buona fede"*.

Anche questa previsione rappresenta la positivizzazione di una presa di posizione pretoria, in particolare a far data dall'intervento di *Cons. St., Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5*, che ha per l'appunto riconosciuto la rilevanza del principio di buona fede e di tutela dell'affidamento incolpevole in ogni fase e stato della procedura di evidenza pubblica e la connessa risarcibilità della lesione della libera autodeterminazione negoziale della parte conseguente a comportamenti complessivamente scorretti del contraente pubblico. Con la pronuncia richiamata è stato del resto superato il tradizionale orientamento – sostenuto nella stessa ordinanza di rimessione – secondo cui, nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica, si sarebbe potuto configurare una responsabilità precontrattuale per violazione dei principi di buona fede e affidamento *ex artt. 1337 e 1338 c.c.* soltanto dopo il provvedimento di aggiudicazione, non sussistendo anteriormente in senso tecnico una trattativa e non essendo conseguentemente possibile individuare la controparte privata della stessa.

Nel dettaglio, riconosciuta in linea di principio la soggezione dell'amministrazione ai principi di correttezza e buona fede nel corso delle trattative contrattuali, nelle applicazioni concrete, la *culpa in contrahendo* della P.A. è stata ammessa in ipotesi piuttosto circoscritte. A lungo, è stata riconosciuta nella sola ipotesi in cui la P.A. adotti, quale modalità di selezione del contraente, la trattativa privata: in tal caso, operando *iure privatorum*, l'amministrazione, al pari di ogni privato, deve rispettare i precetti di cui agli artt. 1337 e 1338 c.c. ed il suo comportamento è sindacabile dal giudice ordinario.

<sup>155</sup> Cass. civ., Sez. I, 12 maggio 2015, n. 9636; nello stesso senso si vedano Cons. St., Sez. V, 14 aprile 2015, n. 1864; Id., Sez. IV, 16 gennaio 2014, n. 142 e Id., 6 marzo 2015, n. 1142.

<sup>156</sup> Cons. St., Sez. VI, 1° febbraio 2013, n. 633; Cass. civ., Sez. un., 12 maggio 2008, n. 11656; Cons. St., Sez. III, 31 gennaio 2014, n. 467. Nell'ambito di tali doveri di correttezza vengono in rilievo, in primo luogo, gli obblighi informativi-

### 17.1. Il danno da perdita di *chance*.

3. 

Il presupposto per la risarcibilità della *chance* è costituito dall'impossibilità di stabilire con certezza, nel giudizio prognostico, che il bene della vita finale sarebbe spettato al privato

4. 

se la P.A. avesse agito legittimamente. Si tratta quindi di ipotesi in cui residua un margine di discrezionalità amministrativa ed in cui si effettua un (diverso) giudizio prognostico tenendo conto delle *chances* di realizzazione dell'interesse materiale del privato, riconoscendosi il risarcimento allorché si dimostri di aver avuto *chances serieuses* di conseguire il bene sperato<sup>210</sup>.

La giurisprudenza amministrativa ritiene in particolare che il riconoscimento del danno da perdita di *chance* presupponga “una rilevante probabilità del risultato utile” frustrata dall'agire illegittimo dell'amministrazione<sup>211</sup>, non identificabile nella perdita della semplice *possibilità* di conseguire il risultato sperato, bensì nella perdita attuale “di un esito favorevole, anche solo probabile”<sup>212</sup>, se non addirittura - secondo più restrittivi indirizzi - la prova certa di una probabilità di successo almeno pari al 50 %<sup>213</sup> o quella che l'interessato si sarebbe effettivamente aggiudicato il bene della vita cui aspirava<sup>214</sup>.

Differenza  
tra *chance* e  
lucro  
cessante

Ciò evidentemente sull'assunto secondo cui “connotato intrinseco della *chance*, intesa come concreta possibilità di conseguire un risultato utile è l'indimostrabilità della futura realizzazione della medesima: un fatto determina l'interruzione di una successione di eventi potenzialmente idonei a consentire il conseguimento di un vantaggio, producendo una situazione che ha carattere di assoluta immodificabilità, consolidata in tutti gli elementi che concorrono a determinarla, in modo tale che risulta impossibile verificare compiutamente se la probabilità di realizzazione del risultato si sarebbe poi tradotta o meno nel conseguimento dello stesso”<sup>215</sup>. Muovendo da tale assunto, Cons. St., Sez. III, 9 aprile 2019, n. 2308, ha infatti chiarito che “la richiesta di risarcimento del danno da lucro cessante differisce da quella da perdita di *chance* atteso che la prima presuppone che il soggetto leso dimostri, in maniera specifica, di avere perduto un reddito che con ragionevole certezza egli avrebbe realizzato mentre presupposto della seconda è l'impossibilità di poter affermare che, se non fosse intervenuto un dato comportamento illecito, il vantaggio economico si sarebbe potuto conseguire con certezza”. Occorre peraltro chiarire che qui la giurisprudenza fa riferimento al lucro cessante rispetto all'interesse positivo al conseguimento del bene finale (ad es. rispetto alla mancata aggiudicazione dell'appalto).

Nel caso in cui non sia possibile stabilire direttamente la spettanza del bene ma sia ancora possibile effettuare una riedizione del potere, in linea di principio, il privato può innanzitutto ottenere ristoro mediante la ripetizione dell'occasione perduta; in altre parole, può ottenere un risarcimento in forma specifica. Da ultimo, la giurisprudenza sembra accordare una preferenza a questo tipo di rimedio. In particolare, si è affermato che a fronte di un nocumento delle ‘possibilità attuative’ a causa del comportamento illegittimo della pubblica amministrazione, il sistema di giustizia amministrativa appronta in via principale la tutela specifica. Un simile approccio si giustifica in quanto, la tecnica risarcitoria della *chance* presuppone una situazione di fatto immodificabile, che abbia definitivamente precluso all'interessato la possibilità di conseguire il risultato favorevole cui aspirava. Sicché, “solo qualora il procedimento amministrativo dichiarato illegittimo non sia in alcun modo ‘ripetibile’ il giudizio di ingiustizia può assumere ad oggetto la perdita della possibilità di un vantaggio”<sup>216</sup>.

<sup>210</sup> CARANTA, *Margini di apprezzamento e responsabilità della pubblica amministrazione*, 311.

<sup>211</sup> Cons. St., Sez. IV, 7 marzo 2013, n. 1403; Id. 16 maggio 2018, n. 2907. Recentemente Cons. St., Sez. III, 15 febbraio 2019, n. 1077 ha infatti chiarito che “In materia di responsabilità civile dell'Amministrazione occorre distinguere fra probabilità di riuscita, che va considerata quale *chance* risarcibile, e mera possibilità di conseguire l'utilità sperata, da ritenersi *chance* irrisarcibile”. In particolare, Cons. St., Sez. V, 11 luglio 2018, n. 4225 ha ribadito la necessità di distinguere la probabilità di riuscita, che va considerata quale *chance* risarcibile dalla mera possibilità di conseguire l'utilità sperata, da ritenersi *chance* irrisarcibile, in quanto il risarcimento del danno da perdita di *chance* richiede dunque l'accertamento di indefettibili presupposti di certezza dello stesso danno, dovendo viceversa escludersi nel caso in cui l'atto, ancorché illegittimo, abbia determinato solo la perdita di una mera ed ipotetica eventualità di conseguimento del bene della vita.

<sup>212</sup> Cons. St., Sez. V, 27 dicembre 2017, n. 6088.

<sup>213</sup> Cons. St., Sez. V, 25 febbraio 2016, n. 762. In termini anche Tar Lazio, Roma, Sez. I bis, 24 aprile 2019, n. 5178.

<sup>214</sup> Cons. St., Sez. VI, 18 ottobre 2017, n. 4822.

<sup>215</sup> CARANTA, *ult. cit.*, 311.

<sup>216</sup> Cons. St., Sez. VI, 13 settembre 2021, n. 6268.

Non sempre, tuttavia, il danno da comportamento materiale può dirsi sottratto al giudice amministrativo.

Invero, *Cass. civ., Sez. un., 2 luglio 2015, n. 13568*, ha riconosciuto la giurisdizione del giudice amministrativo nella controversia avente ad oggetto la domanda di risarcimento dei danni proposta nei confronti di un Comune, quale Ente proprietario della strada, che sarebbero stati patiti da un cittadino, nella sua qualità di “cittadino automobilista circolante e fruitore delle strade pubbliche”, per il disagio e l’ansia che gli sarebbero derivati dalla pratica di pedoni “ben vestiti e ben pasciuti, anche deambulanti con stampella/e, muniti di cartello, marsupio e berretto” che, all’altezza dei semafori, chiedono denaro agli automobilisti. Afferma la Corte di cassazione la natura di interesse legittimo della posizione soggettiva attivata, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo *ex art. 7*, comma 4, c.p.a. E tuttavia anche a voler configurare la posizione soggettiva dell’attore in termini di diritto soggettivo - chiarisce la Cassazione - dovrebbe in ogni caso affermarsi la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell’art. 133, comma 1, lett. q), c.p.a., trattandosi di questione relativa alla mancata adozione di provvedimenti contingibili e urgenti in materia di sicurezza urbana<sup>381</sup>. In altro ambito, è stata riconosciuta la giurisdizione del giudice amministrativo sulla domanda di risarcimento del danno derivante dalla compromissione dell’ambiente, reso insalubre a causa del mancato esercizio del potere dell’amministrazione comunale di organizzazione del servizio pubblico di raccolta e smaltimento dei rifiuti urbani<sup>382</sup>.

Al G.A. i danni per il disagio causato da chi chiede l’elemosina ai semafori

7. 

Al G.A. i danni per mancata raccolta e smaltimento rifiuti

## 7.6. Danno da violazione del giudicato

Prima del varo del Codice del processo amministrativo, ed in particolare dell’art. 112 recante *Disposizione generali sul giudizio di ottemperanza*, è stata a lungo dibattuta l’individuazione del giudice innanzi al quale chiedere il risarcimento dei danni derivanti non dall’atto amministrativo già annullato con la sentenza che ha definito il giudizio amministrativo, quanto piuttosto dalla violazione dello stesso giudicato in cui sia incorsa l’amministrazione.

La soluzione accolta in giurisprudenza

## 7.7. Danno da provvedimento favorevole con lesione dell’affidamento incolpevole.

Con tre distinte pronunce del *23 marzo 2011, nn. 6594, 6595 e 6596*, le Sezioni unite hanno dovuto risolvere il problema del riparto di giurisdizione con riguardo a domande aventi ad oggetto il danno derivante dalla lesione dell’affidamento incolpevole nella (apparente) validità dell’esercizio della funzione pubblica<sup>383</sup>.

5. 

Le pronunce delle Sez. un. del 2011

In particolare, con ordinanza *23 marzo 2011, n. 6594*, le Sezioni unite sono intervenute con riferimento ad una controversia risarcitoria avente ad oggetto i danni da lesione di affidamento incolpevole dal ricorrente asseritamente sofferti per aver confidato nell’apparente legittimità di una concessione edilizia – in seguito alla quale erano stati avviati i lavori per la costruzione dei manufatti – successivamente annullata, in via di autotutela, dalla pubblica amministrazione. Ad avviso delle Sezioni Unite, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo si radica solo se il ricorrente si duole

canoni di diligenza e prudenza.

<sup>381</sup> La Cassazione ha comunque affermato che, quando viene in rilievo un’attività umana espressione di una forma di mendicizia e di una “semplice richiesta di aiuto” (Corte cost., n. 519 del 1995) proveniente da chi si trova in condizioni di povertà, non è pertinente il richiamo al dovere dell’ente proprietario della strada di porre in essere una attività materiale, un mero comportamento di “pulizia delle strade”, come recita l’art. 14 del Codice della strada. È infatti in gioco un ambito in cui l’azione amministrativa, pur indirizzata alla tutela di beni pubblici importanti (l’incolumità pubblica e la sicurezza urbana), deve muoversi nel necessario rispetto della dignità della persona umana e dei diritti degli “ultimi”, essendo destinata a risolversi in prescrizioni di comportamento, divieti, obblighi di fare e di non fare, che impongono comunque, in maggiore o minore misura, restrizioni a coloro che ne sono destinatari.

<sup>382</sup> Cass. civ., Sez. un., 28 giugno 2013, n. 16304.

<sup>383</sup> In tema, CIRILLO, *La giurisdizione sull’azione risarcitoria autonoma a tutela dell’affidamento sul provvedimento favorevole annullato e l’interesse alla stabilità dell’atto amministrativo*, in *Foro Amm. (il)*, 7-8, 2016, 1990 C; CAPONIGRO, *Questioni attuali in un dibattito tradizionale: la giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 5, 2011; MAZZAMUTO, *La Cassazione perde il pelo ma non il vizio: riparto di giurisdizione e tutela dell’affidamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 896; CIMINI, *La tutela risarcitoria in materia di contratti pubblici: tra novità normative ed assestamenti giurisprudenziali*, in *www.giustamm.it*, 9/2011.