

## Premessa metodologica

La responsabilità amministrativa e la responsabilità contabile si collocano nell'ambito del più ampio *genus* della responsabilità patrimoniale dei pubblici dipendenti e dei soggetti legati all'Ente pubblico da un rapporto di servizio<sup>1</sup>: essa include anche il profilo attinente alla responsabilità civile degli agenti pubblici verso i terzi che, tuttavia, si ripercuote automaticamente sulla responsabilità amministrativa nell'ottica del danno indiretto.

La terminologia utilizzata in dottrina per indicare tale responsabilità è piuttosto varia: alcuni parlano di responsabilità gestoria, altri di responsabilità erariale, ma la definizione più accreditata e storicamente consolidata risulta essere quella di responsabilità patrimoniale.

Il lavoro si prefigge lo scopo di delineare organicamente, inserendolo nella variegata esperienza europea, il quadro del complesso sistema delle responsabilità a carattere patrimoniale, cui sono soggetti nello, o in occasione dello, svolgimento dei loro compiti, gli agenti pubblici, anche detti funzionari, intendendo per tali gli operatori a qualsiasi titolo della funzione amministrativa.

La metodologia seguita nella costruzione del sistema si fonda sull'esame dei singoli profili connessi alla responsabilità a carattere patrimoniale dei funzionari, costantemente confrontato con i medesimi istituti degli altri ordinamenti europei.

Data l'indubbia circostanza che la posizione del funzionario, ancor più che di quella del magistrato, è fortemente influenzata dai rapporti tra pubblici poteri ed altri soggetti dell'ordinamento, si è fatto, in via pregiudiziale, un cenno alle forme statuali realizzatesi nell'Europa moderna e contemporanea, per esaminare poi la posizione attuale del funzionario, che viene ricostruita con spirito critico.

In particolare, nel primo capitolo si intende sottoporre, seppur sinteticamente, all'attenzione del lettore una ricostruzione della genesi e degli sviluppi dello *Stato moderno europeo*: la successione storica delle forme che hanno caratterizzato tale vicenda costituisce, infatti, premessa indispensabile per i capitoli successivi poiché mira ad indagare la nascita dell'idea stessa di pubblica amministrazione.

Nel secondo capitolo, è ricostruito il dibattito precedente all'entrata in vigore

---

<sup>1</sup> Si tratta della particolare relazione che si instaura tra l'ente e i soggetti addetti all'ufficio: essa ha come contenuto il dovere di agire in favore dell'ente svolgendo una determinata attività, vale a dire i c.d. doveri d'ufficio, a fronte dei quali corrispondono una serie di diritti in favore del dipendente. Cfr. R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma 2012, 111 ss.

della Costituzione sulla responsabilità della pubblica amministrazione: la ricostruzione storica dimostrerà quanto sia stata avvertita la problematica e quanti sforzi siano stati compiuti al fine di bilanciare interessi contrapposti, quali quelli del funzionario, del cittadino che subisce un danno e della pubblica amministrazione stessa.

Successivamente, ci si soffermerà sulla nozione stessa di funzionario, nonché su quella di funzionario *cd. di fatto* quale soggetto che, in assenza di un atto di investitura, per mancanza del titolo di legittimazione o per vizi del titolo stesso, ciò nonostante esercita potestà pubbliche. Infatti, centrale e punto di partenza nel discorso della tutela del cittadino nei confronti della funzione pubblica è la figura poliedrica del funzionario pubblico e dei suoi rapporti con la pubblica amministrazione, di cui costituisce emanazione in situazioni di immedesimazione<sup>2</sup>.

Nel dettaglio, nel capitolo terzo è stato analizzato l'aspetto della responsabilità patrimoniale del funzionario verso i cittadini, mantenendo, invero, sullo sfondo la responsabilità complementare verso l'ente di appartenenza, senza però trascurare quella connessa e spesso concorrente degli enti pubblici verso i terzi, nella consapevolezza che esse s'integrano in rapporto di necessaria complementarietà, l'una con le altre, per formare un sistema unitario "originale" volto ad una piena tutela della cittadinanza sulla base di una ragionevole ripartizione del peso economico delle conseguenze dannose derivanti dalla cura degli interessi pubblici.

Le interferenze pubblicistiche, che ancora pur marginalmente permangono nella materia *de qua*, specie nell'area del *civil law*, e che hanno tanto interessato la dottrina amministrativistica, non sono invero tali da caratterizzare forme di responsabilità che per disciplina e natura intrinseca sono certo "civili" sotto tutti gli aspetti, per la circostanza obiettiva del comune fine di contemperare opposti interessi di soggetti dell'ordinamento posti, almeno sotto l'aspetto *de quo*, su piani paritetici<sup>3</sup>.

Non è, infatti, rilevabile in alcun ordinamento esaminato una deformazione dei principi di diritto comune, tale da indurre a configurarle espressione di un *diritto eccezionale*, anche se può risultare certo utile qualificarle forme *speciali* di responsabilità civile, pure in relazione al collegamento con quella dell'ente verso i terzi e del funzionario verso l'ente di appartenenza.

La specialità attiene più che altro alla particolarità delle situazioni giuridiche riscontrabili, con conseguenti specificazioni della disciplina di *diritto comune*, che viene ad adeguarsi ad esse senza sostanziali distonie<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Cfr. G. TERRACCIANO, *Spunti interpretativi della nozione di funzionario ai sensi della legge n. 142 del 1990*, in *Legalità e giustizia*, 1991, 633.

<sup>3</sup> Basti por mente alla circostanza indubbia che nel diritto nord-americano si riscontra, proprio in materia di responsabilità, e più specificatamente nel quadro della *law of torts*, una «compresenza del diritto pubblico e privato», come osservato da G. AUTORINO STANZIONE (a cura di), *Le responsabilità speciali. Modelli italiani e stranieri*, Napoli 1990, 22.

<sup>4</sup> Cfr. G. AUTORINO (a cura di), *Le responsabilità speciali. Modelli italiani e stranieri*, cit., 22, che

In tal senso il discorso si riallaccia a una nuova impostazione formulata recentemente da un'autorevole dottrina, che persegue la ricomposizione del «tessuto di una rinnovata teoria dell'illecito extracontrattuale»<sup>5</sup> e si interroga nel contempo su «quali debbano essere gli interessi, o, se si vuole, i valori, alla stregua dei quali va ridefinita la conformazione delle fattispecie di responsabilità civili nei vari ordinamenti»<sup>6</sup>.

Nella stessa ottica sembra trovarsi nella sostanza un orientamento<sup>7</sup>, che predilige l'individuazione degli specifici caratteri della responsabilità civile, allorché

---

puntualizza che «la lezione delle responsabilità speciali (tali perché di settore e non anche perché eccezionali) appare preziosa ed irrinunciabile».

<sup>5</sup> Cfr. G. AUTORINO STANZIONE (a cura di), *Le responsabilità speciali. Modelli italiani e stranieri*, cit., 16. Appaiono particolarmente interessanti alcune affermazioni dell'illustre Autore, secondo cui «Proprio dall'elaborazione delle discipline settoriali, da quelle codificate [...] a quelle di emersione dallo *ius vivente* [...] si desume l'indiscutibile *trend* di relativizzazione della struttura della situazione rispetto alla funzione che alla stessa è assegnata dalle gerarchie formali e sostanziali dei valori prescelti da ogni singolo ordinamento. Non sembra all'opposto, che una simile constatazione possa indurre il timore per lo smembramento della regola generale che, secondo taluno, finirebbe con il diventare uno strumento *bon à tout faire*, né pare da condividere l'avviso di chi, a fronte della specializzazione, se è consentito dirlo, della responsabilità civile, suggerisce il ripristino della centralità dell'articolo 2043 del codice civile, come archetipo rispetto al quale le altre regole siano un *quid pluris* oppure un *aliud*, ma non siano classificabili, in senso stretto, di illecito extracontrattuale. Siffatta visione probabilmente sottintende ancora la definizione della *lex specialis* come eccezionale [...]».

<sup>6</sup> Cfr. G. AUTORINO (a cura di), *Le responsabilità speciali. Modelli italiani e stranieri*, cit., 20, secondo cui, con riferimento al sistema francese, sussiste spesso «un conflitto tra l'aspirazione [...] alla sicurezza sociale e le resistenze alla concezione consolidata di illecito [...]».

<sup>7</sup> Cfr. G. ALPA, M. BESSONE, *L'individuazione degli specifici caratteri della responsabilità civile dell'amministrazione nel pensiero degli autori fra la fine del secolo scorso e gli inizi dell'attuale*, ove si afferma «Ci si discosta da quella che è l'impostazione attualmente più seguita nelle indagini in materia. In esse prevale infatti la tendenza a trasferire i risultati dell'analisi condotta in campo privatistico al tema più specifico della responsabilità civile della pubblica amministrazione. Tale tendenza è naturalmente favorita quando, come avveniva alcuni anni or sono, vi è una certa stabilità di concetti rispetto all'istituto; tra i suoi pregi v'è quello di considerare la pubblica amministrazione su un piano paritario al privato e di essere rivolta a combattere i piccoli odiosi privilegi di cui rispetto a quest'ultimo gode la parte pubblica. L'impostazione in qualche modo opposta alla quale qui ci si atterra è invece quella di far leva sugli specifici caratteri che presenta l'istituto quando abbia luogo nei confronti della pubblica amministrazione. (La specificità del modo in cui si atteggia in tale ipotesi la responsabilità civile è una delle principali conclusioni cui perviene lo studio di E. FERRARI, *Dall'illecito dell'ente pubblico al fatto amministrativo dannoso*, in *Studi in onore di Antonio Amorth*, Milano 1982, vol. I, 233 ss.). Il risultato che in tal modo si prefigge è di porre in risalto alcuni profili che altrimenti risulterebbero appiattiti: in particolare non verrebbe data alcuna estensione, che viceversa sembra possibile riconoscerle, all'area delle situazioni risarcibili e non verrebbe posto abbastanza in rilievo il significato che a tale tutela sarebbe attribuito. È poi possibile cercare di trasporre i risultati di tale indagine settoriale al tema della responsabilità civile in sé considerata, portando così un contributo, sia pure limitato dal particolare punto di riferimento costituito dalla pubblica amministrazione, alla problematica di questo istituto».

coinvolga un funzionario o il suo ente di appartenenza, piuttosto che trasferire i risultati dell'analisi condotta in campo privatistico al tema più specifico della responsabilità in esame.

Ad evitare una mera esegesi della normativa in vigore in Italia, è sembrato più produttivo utilizzare prevalentemente il criterio sistematico, combinando così il metodo induttivo al procedimento *a priori*, nel senso di ricercare nel diritto positivo i principi comuni della materia nei principali Paesi europei, disponendoli in forme logicamente ordinate e soddisfacenti, ai fini dello studio organico di ciascuna realtà giuridica<sup>8</sup>.

In tal modo il confronto critico tra i modelli vigenti in Europa viene operato sia a livello di sistema complessivo di responsabilità, al fine di ricavarne una visione d'insieme, sia a livello di singoli aspetti, per fissare elementi comuni e differenziati.

La ricerca dei valori sottostanti questa forma speciale di responsabilità civile costituisce forse lo scopo più ambizioso, in quanto consente di ritrovare una comune matrice culturale<sup>9</sup> tra Paesi europei che ad un superficiale esame appaiono molto diversificati nelle soluzioni contingenti.

Così la conoscenza di tale istituto con il metodo del confronto spaziale, non disdegnante anche profili di evoluzione nel tempo – non limitandosi ad offrire un mero microrisultato settoriale, teso a delineare uno degli innumerevoli modelli presenti nei vari ordinamenti giuridici studiati – consente un allargamento dell'orizzonte a più di una struttura essenziale degli ordinamenti analizzati<sup>10</sup>, sì da poter affermare che viene messa in rilievo una delle loro caratteristiche fondanti.

Lo studio dell'istituto della responsabilità patrimoniale del funzionario pubblico, nel confronto dinamico con le esperienze maturate negli altri Paesi europei, evidenzia, soprattutto in virtù di una riscontrata circolazione dei relativi modelli, un nucleo comune di principi che, al di là della distinzione tra *civil law* e *common law*, fanno intravedere la possibilità di un maggiore avvicinamento e di una organica armonizzazione tra i relativi ordinamenti<sup>11</sup> per la realizzazione di un auspicabile “*common core*” della responsabilità *de qua*.

L'ultimo capitolo del presente studio completa l'*excursus* delle responsabilità, prevalentemente patrimoniali, cui sono assoggettati i funzionari pubblici, inten-

---

<sup>8</sup> Tale metodo di indagine appare utilizzato da R. FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, Camerino 1999.

<sup>9</sup> Cfr. HENKE W., *Die Rechtsformen der sozialen Sicherung und das allgemeine Verwaltungsrecht*, in *VVDStRL* 28, Berlino 1970, 172 ss.

<sup>10</sup> Sul punto vedasi L.-J. CONSTANTINESCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino 1996, 220-221, in cui vengono poste le basi della comparazione giuridica contemporanea, nella considerazione che essa si debba occupare essenzialmente dell'analisi dei sistemi complessivi, piuttosto che di singoli modelli, che trovano invece una loro collocazione nello studio delle singole discipline settoriali, nonché A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi Giuridici Comparati*, in *Trattato di diritto comparato*, Torino 1996, 118 ss.

<sup>11</sup> Cfr. P.G. MONATERI, A. SOMMA, *Il modello di Civil Law*, Torino 2000.

dendo per tali i soggetti partecipi a qualsiasi titolo di una gestione pubblica<sup>12</sup>.

Anche in questa sede, per una più completa comprensione, si è inteso inquadrare l'istituto nel più ampio contesto europeo, nel cui ordinamento si colloca, con sottoposizione a principi e prescrizioni ormai cogenti ed immediatamente applicabili, in una continua osmosi culturale.

La materia della responsabilità nelle gestioni pubbliche è in forte evoluzione, come dimostrano gli interventi legislativi degli ultimi anni, che ne hanno ampliato il campo, superando una visione esclusivamente risarcitoria, per introdurre ipotesi di responsabilità sanzionatorio-punitiva a carattere pecuniario, con conseguenze personali ridondanti a limitazioni di *status*.

Proprio questa variegata realtà legislativa suscita un particolare interesse per la materia e la necessità di tentare una ricostruzione che mantenga e/o riconduca detta materia al diritto speciale, evitando il pericolo, sempre latente, che la sua estrema peculiarità la spinga nel diritto eccezionale, con deviazione dai principi di civiltà giuridica ormai comunemente accettati nella comunità internazionale ed europea.

Ad evitare il prospettato pericolo è utile, anzi indispensabile, seguire come ferrea metodica una logica sistematica, fondata su un'estrema coerenza nello sviluppo dialettico di un pensiero, che dalle premesse, costituite dai principi e dalle norme fondamentali interne, europee ed internazionali, si sviluppi, "srotolandosi" sino ad includere correttamente le più minute disposizioni al riguardo.

In tale consapevolezza risulta centrale il costante riferimento al diritto comune, che nella materia analizzata è rappresentata essenzialmente dal diritto civile e dal diritto processuale civile, cui ormai si va uniformando il diritto amministrativo a seguito delle limitazioni di quelle posizioni di privilegio ampiamente riconosciute in un passato ancora recente ad una amministrazione centralizzata ed autoritaria.

---

<sup>12</sup> Cfr. F.G. SCOCA (a cura di), in *La responsabilità amministrativa ed il suo processo*, Padova 1997.



## Capitolo I

# La formazione dello Stato moderno in Europa

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le *origini* dello Stato moderno europeo. – 3. Le *forme* dello Stato moderno. – 4. Le *Costituzioni* dello Stato moderno europeo: tipologie.

### 1. Premessa

L'esperienza "Stato" non rappresenta una dimensione universale immutabile dell'organizzazione politica delle collettività umane. È, infatti, innegabile che i valori sociologici, economici e culturali che sottostanno al concetto stesso di Stato variano nel tempo e nello spazio<sup>1</sup>.

La stessa origine della moderna accezione di Stato non è pacifica in dottrina<sup>2</sup>, soprattutto in ragione del fatto che essa si è adattata alle esigenze mutevoli delle società umane, dando origine ad una pluralità di tipi di Stato<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr. V.E. ORLANDO, *Il nome di Stato*, ora in *Diritto pubblico generale*, Milano 1940, 185 ss. O. CONDORELLI, in *Archivio Giuridico* 1923 (LXXXIX e XC), 223 e 77.

<sup>2</sup> Cfr. M. WEBER, *Economia e società (Wirtschaft und Gesellschaft)*, Milano 1968, ed. Comunità, II, 530.

<sup>3</sup> Sulle forme di Stato gran parte della dottrina sostiene che tra Stato unitario, Stato federale e Stato regionale non siano ravvisabili reali differenze: queste, infatti, non riguarderebbero i fondamentali connotati del concetto di Stato, ma inciderebbero, sotto un profilo meramente quantitativo, sul grado di decentramento delle funzioni statali. Ne consegue che la forma di Stato federale e quella regionale costituirebbero una *species* dell'unico *genus* Stato unitario. Così G. DE VERGOTTINI, voce *Stato federale*, in *Enc. dir.*, Milano 1990, 831-860; G. LUCATELLO, voce *Stato federale*, in *Novissimo Digesto Italiano*, diretto da A. AZARA, E. EULA, Torino 1971, 333-355; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova 1976, vol. II, 1511 ss.; T. MARTINES, A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto regionale*, Milano 1987, 32 ss.; A. REPOSO, voce *Stato federale*, in *Enc. Giur.*, Roma 1993, 1 ss.; B. CARAVITA, *Stato federale*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano 2006, vol. VI, 5729 ss.; M. VOLPI, *Stato federale e Stato regionale: due modelli a confronto*, in *Quad. cost.*, 1995, 367; L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova 1998, 53.

Altri, invece, distinguono tra Stato unitario e Stato composto, da un lato, e tra Stati a forte decentramento politico e Stati a decentramento politico limitato. Così R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino 2005, 98.

Nella stessa esperienza europea moderna e contemporanea si passa da una costruzione unitaria dell'organizzazione statale, considerata quale ente, ad una più articolata struttura in cui acquistano personalità giuridica una pluralità di organi, quali la Corona, il Parlamento, i Comuni<sup>4</sup>.

Non è mancata una tendenza astratteggiante a considerare Stato ogni ordinamento generale, sino a giungere a costruire lo Stato quale "ente sociale"<sup>5</sup>.

Interessante anche il tentativo di identificare lo Stato, nell'ambito della pluralità di ordinamenti coesistenti, in ragione della presenza di alcuni tratti pertinenti all'organizzazione amministrativa, quali in particolare la formazione di una burocrazia professionale<sup>6</sup>.

In Europa le diverse modalità di formazione dei vari Stati alla fine del Medioevo hanno inciso profondamente sulla loro struttura organizzativa e sulla loro posizione rispetto agli altri soggetti dell'ordinamento giuridico ad esso facente capo<sup>7</sup>.

Laddove, come nel mondo anglosassone, lo Stato modernamente inteso è stato la risultante di un accordo di fondo tra il Potere centrale e una pluralità di Poteri locali – che ha trovato la sua veste formale nella *Magna Charta Libertatum* emanata nel 1215 dal re Giovanni il Plantageneta – si è riusciti a salvaguardare a livello costituzionale tale "pari dignità", che si è accentuata con l'istituzione di altri organi costituzionali, quali il Parlamento<sup>8</sup>.

Allorché, invece, come nel resto dell'Europa Occidentale, il processo riformatore è partito dall'alto, nel senso di una concessione proveniente dal Potere Assoluto, si è conservato tale aspetto monolitico originario, dal cui influsso sono a fatica riusciti ad acquistare un minimo spazio i Poteri locali<sup>9</sup>.

Un fondamentale elemento differenziatore è rappresentato proprio dal modo

<sup>4</sup> Cfr. E. BUSSI, *Evoluzione storica dei tipi di Stato*, Cagliari 1970.

<sup>5</sup> La costruzione trae origine dall'opera di P. LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Tübingen 1876, riproposta in Italia da S. ROMANO, *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano 1945. Essa ha il difetto evidente di porre sullo stesso piano esperienze completamente diverse, quali tribù primitive e moderni stati federali.

<sup>6</sup> Cfr. M. WEBER, *Economia e società*, cit., nota del paragr. 4. Alla suddetta impostazione si è giustamente obiettato che tale fenomeno è piuttosto una conseguenza di tale forma di Stato.

<sup>7</sup> Per vero, le varie tipologie di forme di Stato elaborate dalla dottrina sono solo degli «idealtipi», cioè *modelli* ricavati attraverso la comparazione di più esperienze costituzionali e l'individuazione di alcuni elementi comuni a tali esperienze, ritenuti caratterizzanti le stesse». Pertanto, «il modello è un concetto riassuntivo di tratti ricorrenti in una pluralità di sistemi costituzionali concreti, che si sono realizzati in tempi e luoghi diversi». Così R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino 2014, 36.

<sup>8</sup> Cfr. W.I. JENNINGS, *The Law and the Constitution*, Cambridge 1938. Sul punto è interessante la posizione di A.V. DICEY, *Law of the Constitution*, London 1885, secondo cui non sussiste un *separate body of law* che disciplini l'amministrazione, ma vige il principio del *rule of law*, per cui v'è un'identica soggezione del cittadino e del funzionario alla legge ordinaria amministrata dai giudici.

<sup>9</sup> Cfr. P. G. MONATERI, A. SOMMA, *Il modello di Civil Law*, Torino 2000, 7 ss.



con cui si sono venuti a comporre gli elementi dell'organizzazione costituzionale.

Nell'Europa continentale, partendo dall'esperienza francese, si forma prevalentemente lo Stato-ente, in cui questo costituisce un'unica persona giuridica costituzionale munita di un'unica struttura organizzativa articolata, a sua volta, in una pluralità di organi<sup>10</sup>.

In Gran Bretagna, invece, prevale la formazione del c.d. Stato-complesso, in cui lo Stato è il complesso coordinato di enti di livello costituzionale, cui è attribuita la personalità giuridica, talché sussistono varie organizzazioni quanti sono gli enti, nel loro complesso costituenti l'organizzazione dello Stato.

Un'altra fondamentale distinzione tra tipi statuali in Europa<sup>11</sup> si basa sul contenuto delle norme che disciplinano l'amministrazione ed in generale l'attività amministrativa pubblica<sup>12</sup>.

Anche sotto questo profilo si è determinata una duplicità di modelli, di cui uno a normazione comune e l'altro a normazione pubblicistica, che riproduce la dicotomia sopra esaminata in tema di forme di Stato. Infatti, non è assolutamente necessario che la normativa sull'organizzazione e l'azione delle amministrazioni sia di diritto pubblico. Anzi, alcune confusioni a volta derivano dall'accezione diversa e ambivalente, con cui è utilizzato il termine "pubblico" nella teoria generale.

Da un punto di vista eminentemente soggettivo, "pubblico" significa afferente ad una comunità più o meno vasta di cittadini, sicché una siffatta fattispecie assume una dimensione di maggiore ambito e rilievo, anche se non richiede necessariamente una disciplina difforme da quella propria degli altri soggetti dell'ordinamento<sup>13</sup>.

Invece, da un punto di vista oggettivo, o più propriamente normativo, il termine "pubblico" indica l'assoggettamento di fattispecie ad una normativa di diritto pubblico, che pone una disciplina differenziata fondata su privilegi.

Dunque, l'amministrazione pubblica a normazione comune, realizzatasi in Inghilterra, è contraddistinta dalla mancanza di un corpo unitario di disposizioni

<sup>10</sup> Cfr. F. HARTUNG, *Deutsche Verfassungsgeschichte von funfzehnten Jahrhundert bis zum Gegenwart*, Stuttgart, 1954.

<sup>11</sup> Cfr. G. BENACCHIO, *Diritto privato della comunità europea*, Padova 1998; J.M. BONELL, *Verso un codice europeo dei contratti*, in *Europa e diritto privato* 1/1998, 171-191; V. ZENO ZENCOVICH, *Il codice civile europeo, le tradizioni giuridiche nazionali e il neo positivismo*, in *Foro it.* 1998, V, 62 ss.; L. DI COSTANZO, *La pubblicità immobiliare. Modelli giuridici a confronto*, Napoli 1999; P. PERLINGIERI, *Diritto comunitario e legalità costituzionale*, Napoli 1992; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Disciplina della concorrenza e trattativa privata*, in *Rass. dir. civ.* 1994, 587 ss.; R. SACCO, *I problemi dell'unificazione del diritto in Europa*, in *Contratti* 1995, 73; R. PESCARA, *Il problema dell'error juris nei contratti*, in *Rivista Diritto Civile* 1983, I, 756-820; L. SAPORITO, *Vizi del consenso e contratto nella Western Legal Tradition*, Napoli 2001.

<sup>12</sup> Cfr. M. GUADAGNI, *Il modello pluralista*, Torino 1992.

<sup>13</sup> Cfr. G.F. MIGLIO, *Le origini della scienza dell'amministrazione*, in *La scienza dell'amministrazione*, Atti del Convegno di studi del Centro studi amministrativi di Como, Milano 1957, 7 ss.

normative specifiche disciplinanti l'organizzazione e l'attività della stessa; trova applicazione il diritto comune nei confronti di tutti i soggetti dell'ordinamento, salvo naturalmente una parte marginale di aspetti funzionali (polizia, difesa, ecc.) e dell'organizzazione di vertice regolata direttamente dal diritto costituzionale.

Tra i privatisti la locuzione "diritto comune" ha sempre suscitato non poche perplessità per la latente confusione terminologica con lo *jus commune* storico<sup>14</sup>.

Nella restante parte dell'Europa Occidentale, invece, la posizione dell'amministrazione, che in origine si fondava sul diritto comune, si è via via differenziata da quella degli altri soggetti, venendo ad essere regolata da un proprio specifico corpo di norme, costituente una sorta di "diritto eccezionale" per la indubbia circostanza di fondarsi su privilegi<sup>15</sup>.

Corpo di norme che da un diritto pubblico generico si è venuto a caratterizzare come "diritto amministrativo" vero e proprio con l'affermazione dello Stato di diritto<sup>16</sup>.

Di questo processo si darà conto nei prossimi paragrafi.

## 2. *Le origini dello Stato moderno europeo*

Con la locuzione Stato moderno europeo si intende la realtà politico-istituzionale che caratterizza la storia europea a partire dal XIV secolo fino agli Stati costituzionali e alle Costituzioni democratiche del nostro tempo<sup>17</sup>.

Più nel dettaglio, la vicenda dello Stato moderno europeo inizia nel XIII secolo, epoca in cui si diffonde una certa tendenza nell'organizzazione del governo del territorio dei molteplici territori presenti in Europa, i cui caratteri di fondo sono ravvisati nella:

a) presenza di un signore che esercita in modo più o meno consistente i poteri d'*imperium*, ovvero il potere di dire la giustizia, di esigere le imposte e di chiamare alle armi, con riferimento a un territorio (provincia, contea, principato, regno, *Land*);

---

<sup>14</sup> Cfr. F. WIACKER, *Provatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Gottingen 1952, che pure ammette tale terminologia senza il timore di confusioni.

<sup>15</sup> Cfr. P. LEGENDRE, *Histoire de l'administration de 1750 à nos jours*, Paris 1968.

<sup>16</sup> Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano 1988, 23 ss.

<sup>17</sup> Cfr. M. FIORAVANTI, *Stato e costituzioni*, in M. FIORAVANTI (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Bari-Roma 2002, 3 ss. ID., *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, vol. I, *Le libertà fondamentali*, Torino 1995. L. BLANCO, *Note sulla più recente storiografia in tema di "Stato moderno"*, in *Storia. Amministrazione. Costituzione*. Annale ISAP 2/1994, 259 ss. R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino 2016, 14 ss. G. TARELLO, *Organizzazione giuridica e società moderna*, in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna 1997, 19 ss.; S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi* (1909), in *Scritti minori* a cura di G. ZANOBINI, Milano 1990, I, 379 ss.

b) presenza di un'assemblea rappresentativa<sup>18</sup> che svolge una decisiva duplice funzione, da un lato, pone limiti al signore, mantenendo integri i privilegi e gli ordinamenti di ceto e di luogo che si trovano all'interno del territorio, dall'altro collabora con lui per il governo del territorio medesimo, come se questo fosse ormai una sorta di 'bene comune', cui dedicare, a certe condizioni, precise risorse, essenzialmente tramite i tributi e la difesa militare dei confini;

c) presenza di regole, per lo più di origine consuetudinaria, che però vengono sempre più messe in forma scritta, assumendo, anzi, il significato di un vero e proprio contratto tra il signore e le forze presenti sul territorio<sup>19</sup>.

Ebbene, in presenza di tali elementi può dirsi esistente uno 'Stato' poiché si tratta di una realtà territoriale, governata sempre più nel suo insieme, e in modo sempre più istituzionalizzato, secondo regole scritte che fissano il ruolo di ognuno.

È questo il senso fondamentale della trasformazione cui si assiste nel passaggio dall'età medievale a quella moderna, ed è questo il carattere dello Stato moderno europeo, che è possibile cogliere alle sue origini: «lo Stato come governo di un territorio, che opera in modo sempre più disciplinato e regolato, con l'intento di consociare le forze operanti su quel territorio, di ricondurle a una prospettiva comune»<sup>20</sup>.

Tuttavia, allo Stato moderno europeo manca qualsiasi pretesa monopolistica sia sul versante dell'esercizio del potere che su quello della cittadinanza propria di un vero Stato moderno: detto in altri termini, esiste un Stato, perché c'è già un governo e un territorio, ma non c'è ancora la sovranità<sup>21</sup>.

### 3. Le forme dello Stato moderno

Lo Stato moderno europeo, come anticipato, prende forma quando all'interno di un certo territorio si determinano le condizioni per l'esistenza di un governo non ancora monopolistico e sovrano, ma che esercita funzioni d'*imperium*, di amministrazione della giustizia, d'imposizione dei tributi, di difesa del territorio e

---

<sup>18</sup> Che proprio in questo periodo prende diverse denominazioni: *Landtage*, *Parliaments*, *Cortes*, Stati generali.

<sup>19</sup> Si tratta, in particolare, dei cd. 'contratti di dominazione' che si diffondono in molti territori europei dal XIV secolo in poi, volti a precisare e circoscrivere le posizioni e i poteri di ciascuna forza agente, compreso il signore e con l'intento di rappresentare e fissare i modi di partecipazione di ciascuno alla cura del bene comune, e dunque al governo del territorio.

<sup>20</sup> M. FIORAVANTI, *Stato e costituzioni*, cit., 6. ID., voce *Stato (storia)*, in *Enc. dir.*, Milano 1990, 708 ss. A. MARONGIU, *Lo Stato moderno. Lineamenti storico-istituzionali*, Roma 1971. N. BOBBIO, *Stato*, in *Enc. Einaudi*, Torino 1981, 453 ss.

<sup>21</sup> Cfr. M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di diritto costituzionale*, n. 1/1996, 124 ss.; G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Riv. dir. cost.* 1996, 55 ss., ora anche in *Lo Stato senza Principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Torino 2005, 71 ss.

di tutela dell'ordine e della pace interna, in collaborazione con le comunità rurali di origine feudale, le realtà cittadine, gli ordinamenti ecclesiastici, le corporazioni, secondo regole scritte e condivise, che impegnano i diversi soggetti coinvolti confermando i loro diritti, ma anche assegnando loro ruoli e responsabilità nell'ambito del governo del territorio medesimo<sup>22</sup>.

La prima forma di Stato moderno europeo, prevalente fino alla Rivoluzione francese, è senz'altro quella dello Stato giurisdizionale<sup>23</sup>, caratterizzato da:

a) un territorio sempre più inteso in senso unitario, ma in cui l'unità è preceduta, logicamente e storicamente, dalle parti che la compongono (si pensi alle città, alle comunità rurali, agli ordinamenti ecclesiastici, alle corporazioni), il cui contributo attivo è necessario per esercitare il governo del territorio medesimo;

b) un diritto sempre più funzionale alla cura dell'intero, ma che non si traduce automaticamente in un diritto gerarchicamente sovraordinato rispetto ai diritti delle parti e dei singoli luoghi;

c) un governo che opera con riferimento al territorio nel suo complesso ma non per questo con l'intento di generare uniformità della periferia al centro: un governo, dunque, che non opera per il tramite di un'amministrazione deputata a esprimere al centro come in ogni punto della periferia, la presenza e la forza dell'*imperium*, ma per il tramite della giurisdizione, che consene in modo più elastico di governare una realtà territoriale complessa, con l'intento di mantenere la pace, di consociare e tenere in equilibrio le forze concretamente esistenti.

La storiografia tradizionale considera lo Stato assoluto, soprattutto del XVII secolo, la prima forma di Stato moderno che, provvedendo, in misura diversa, a statalizzare le funzioni dell'*imperium*, l'esercizio della giurisdizione, il potere d'imporre tributi, il potere di chiamare alle armi e di organizzare l'esercito, e creando a questo proposito una burocrazia professionale, di estrazione non feudale e non patrimoniale, avrebbe in sostanza preparato la caduta dei privilegi, e sotto questo profilo la stessa rivoluzione con l'affermazione dei diritti individuali<sup>24</sup>.

Per vero, parte della dottrina<sup>25</sup> utilizza l'espressione "Stato assoluto" per e-

<sup>22</sup> Cfr. M. FIORAVANTI, *Stato e costituzioni*, cit. 7. ID., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra otto e novecento*, Milano 2011, II; E. BUSSI, *Evoluzione storica dei tipi di Stato*, Milano 2002; G.U. RESCIGNO, *Forme di Stato e forme di governo (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Roma 1989, 1 ss.

<sup>23</sup> Cfr. L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari 2011.

<sup>24</sup> Cfr. a mero titolo esemplificativo C. MORTATI, *Le forme di governo. Lezioni*, Padova 1973, 6 ss. M. DOGLIANI, *Spunti metodologici per un'indagine sulle forme di governo*, in *Giur. cost.* 1973, 214 ss.; L. ELIA, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, Milano 1970, XIX, 638 ss.; ID., *Forme di Stato e forme di governo*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano 2006, 2600 ss.; G. AMATO, *Forme di stato e forme di governo*, in *Manuale di diritto pubblico*, Bologna 1997, I, 31; M. LUCIANI, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, Annali III, Milano 2010, 552 ss. G. AMATO, *Forme di Stato e di forme di governo*, in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, cit., 37 ss.

<sup>25</sup> Cfr. M. FIORAVANTI, *Stato e costituzioni*, cit., 10 ss.

sprimere la tendenza di alcune monarchie europee, in particolare nel corso del XVII secolo, a semplificare in senso assolutistico la forma di governo monarchica, riducendo i poteri dei Consigli che cooperavano con i sovrani, o dei soggetti istituzionali che potevano esercitare un certo controllo sull'azione della stessa monarchia.

L'assolutismo si è manifestato in forme diverse a seconda dei territori e delle tradizioni locali: si pensi a quello francese del lungo regno di Luigi XIV (1661-1715), ove il sovrano governava depotenziando al massimo il ruolo del Consiglio, ridotto a un organo puramente tecnico, così come quello dei parlamenti, il cui potere di rimostranza nei confronti della normazione regia viene sensibilmente ridotto; a quella inglese della prima metà del XVII secolo, destinato a scontrarsi con la grande tradizione parlamentare inglese (principio del *King in Parliament*), e anche con la *common law*, con il ruolo forte e autonomo della giurisprudenza.

Pertanto, in tale prospettiva<sup>26</sup> l'assolutismo politico consiste nella tendenza della monarchia ad eliminare sempre più le diverse forme di condivisione del potere che si erano stratificate nel tempo.

Ebbene, la Rivoluzione Francese per mezzo dell'art. 3 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 26 agosto 1789 (secondo cui «Il principio di ogni sovranità risiede essenzialmente nella nazione. Nessun corpo, nessun individuo può esercitare un'autorità che da essa non emani espressamente») segnerà la nascita di una nuova forma di Stato, contenendo quella nozione di sovranità assente nello Stato giurisdizionale.

Tale disposizione collega, significativamente e inscindibilmente, i poteri d'*imperium* al principio della sovranità, ovvero alla situazione della esclusività, del monopolio: l'esercizio dell'autorità, e dunque la stessa capacità di coazione sugli individui, è ora possibile e legittima solo a condizione di essere unica, e più precisamente di essere quella, e solo quella, che può dirsi autorizzata dalla Nazione<sup>27</sup>. Ne consegue che altre autorità, di ambito più ridotto, non sono più tollerabili: esiste solo la Nazione e le sue articolazioni; che il territorio, tradizionalmente popolato da una grande quantità di soggetti, può essere ora diviso con le regole della tecnica amministrativa; che la forza sovrana della Nazione vale anche in direzione del monarca, nel senso che lo stesso perde ogni legittimazione propria, potendo essere conservato solo in quanto espressione, anch'egli, della sovranità della Nazione, da essa, e dalla sua costituzione, autorizzato a esercitare una qualsivoglia autorità.

<sup>26</sup> *Op. et loc. ult. cit.*

<sup>27</sup> Sull'idea di Nazione cfr. V. CRISAFULLI, D. NOCILLA, voce *Nazione*, in *Enc. dir.*, Milano 1977, 787 ss. D. NOCILLA, voce *Popolo (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, Milano 1977, 341 ss. P. BISCARETTI DI RUFFIA, voce *Nazione*, in *Nss. D.I.*, Torino 1965, 183. ID., voce *Stato (storia del diritto)*, in *Novissimo digesto italiano*, Torino 1971, 263 ss. E. TOSATO, voce *Stato (dir. cost.)*, *Enc. dir.*, Milano 1985, 768 ss. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino 1992, 4 ss. P. VERONESI, *Sulle tracce dei concetti di «Nazione» e di «Unità nazionale»*, in *Quaderni costituzionali* 2/2011, 313 ss. (e alla bibliografia richiamata).

La rivoluzione produce, pertanto, una cesura, una nuova costituzione e una nuova forma di Stato, che si caratterizza per il crollo della funzione giudiziaria propria dello Stato giurisdizionale a favore di quella legislativa (c.d. Stato di diritto), come enunciato dall'art. 6, che dispone: «La legge è l'espressione della volontà generale».

Da tale disposizione emerge allora che in presenza di una legge bisogna presumere che in essa sia contenuta la volontà generale<sup>28</sup>, ovvero la realizzazione del progetto della rivoluzione stessa, consistente nell'affermazione di una sola volontà, espressiva dell'intera Nazione, al posto delle molte volontà che prima caratterizzavano le realtà politiche territoriali.

Accanto alla centralità della legge, espressione della volontà generale e della sovranità della Nazione e alla conseguente subordinazione dei giudici alla legge, si colloca un ulteriore elemento di novità, parimenti conseguente al crollo dello Stato giurisdizionale: l'esecuzione della legge avviene in questo momento storico per opera di un vero e proprio nuovo soggetto, che è la *pubblica amministrazione*, chiamata a rappresentare lo Stato in azione, che tenta di dare risposte ai bisogni concreti dei cittadini: è questa l'altra grande differenza rispetto allo Stato giurisdizionale, nel corso del quale, invece, non si affermò la necessità di una funzione amministrativa distinta e autonoma rispetto a quella giurisdizionale<sup>29</sup>.

A partire dalla rivoluzione, e sempre più nel corso del successivo secolo XIX, non si potrà più pensare ad uno 'Stato', o ad un 'governo', senza contestualmente pensare all'esistenza, accanto alla legislazione, di una funzione amministrativa che opera in modo uniforme sull'intero territorio, cui è assegnato il compito di dare concretezza allo stesso 'Stato' e alla volontà generale contenuta nella legge.

Proprio in questo periodo si segna il passaggio dallo Stato giurisdizionale allo Stato legislativo e amministrativo, con la precisazione che anche la sovranità nasce limitata, nel senso che esiste in funzione di uno scopo principale se non esclusivo: quello di generare una legge positiva statale capace di garantire i diritti agli individui in quanto tali, in condizioni di uguaglianza. Una società in cui tutti utilizzano, nella vita di relazione giuridicamente significativa, gli stessi strumenti giuridici.

Lo Stato di diritto è stato, dunque, la forma politica che ha dominato l'Europa del XIX secolo e della prima metà del XX, caratterizzato da una costituzione liberale, che ha provveduto a equilibrare i poteri, in particolare tra monarchie e parlamenti, e a riservare alla legge la normazione sui diritti, sempre più sottratta al decreto regio.

---

<sup>28</sup> Non è possibile in questa sede richiamare la bibliografia in tema di democrazia diretta e rappresentativa. Sul punto si rinvia a mero titolo esemplificativo a U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa*, in *Enc. dir.*, Annali IV, Milano 2011, 295 ss. M. DELLA MORTE, *Rappresentanza vs. partecipazione? L'equilibrio costituzionale e la sua crisi*, Milano 2012 e bibliografia ivi richiamata.

<sup>29</sup> Cfr. G. MELIS, *La storia del diritto amministrativo*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano 2000, I, 89 ss.; ID., *Storia dell'amministrazione italiana*, Bologna 1996, 22 ss; M. FIORAVANTI, *Costituzione, amministrazione e trasformazioni dello Stato*, in A. SCHIAVONE (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'unità alla Repubblica*, Roma-Bari 1990, 3 ss.

La stessa legge, inoltre, ha assunto la forma, sistematica del Codice, nel campo civile e penale e nella disciplina dei processi. Nello stesso tempo, nella medesima fase storica delle codificazioni, si formerà il “diritto amministrativo”, un diritto proprio e specifico dell’amministrazione pubblica, espressione di autorità, e in qualche modo di superiorità sui privati, ma anche destinato a normare l’azione dei pubblici poteri e, in ultima analisi, ad accrescere la possibilità degli stessi privati di ricorrere contro gli atti dell’amministrazione al fine di ottenere una più ampia sottoposizione dell’azione amministrativa al sindacato del giudice.

Per vero, nel complesso panorama europeo tra XIX e XX secolo, lo Stato di diritto, si è rivelato incapace di far fronte ad alcune grandi sfide del Novecento. Infatti, a partire dalla seconda guerra mondiale lo Stato di diritto viene scardinato e colpito nel suo pilastro centrale, ovvero la forza e l’autorità della legge, dal basso, sottoponendola a un incessante processo di contrattazione sociale, e dall’alto, sottoponendola al controllo di costituzionalità a tutela degli stessi diritti degli individui. Nasce così lo Stato costituzionale, caratterizzato, da una parte, dalla rinascita politica degli interessi particolari, organizzati anche per il tramite dei partiti politici, influenti nella società e nei parlamenti, e, dall’altra, dall’idea sempre più ricorrente, incompatibile con lo Stato di diritto scaturito dalla rivoluzione, della Costituzione come norma superiore alla stessa legge dello Stato, contenente i principi fondamentali di una certa comunità politica, alla luce dei quali sindacare e giudicare l’opera dello stesso legislatore. Per un verso, una legge socialmente contrattata, per l’altro, una legge che può essere posta sotto giudizio, e può essere giudicata nulla a causa del suo contrasto con la Costituzione, ad opera dei giudici, perché da questi ritenuta lesiva proprio dei diritti degli individui, che prima non erano neppure pensabili senza la legge, e che nello Stato costituzionale si ritengono, invece, fondati direttamente nella Costituzione<sup>30</sup>.

Resta da chiedersi quante costituzioni ha avuto lo Stato moderno europeo.

#### 4. Le Costituzioni dello Stato moderno europeo: tipologie

La storia ha conosciuto numerosi *tipi storici* di Costituzione.

In particolare, quella più risalente si colloca all’epoca dello Stato giurisdizionale e si definisce come costituzione di tipo *certuale*<sup>31</sup>. Questo tipo storico di costituzione ha dominato la scena europea fino alla rivoluzione e si fondava sul ruolo svolto dai signori territoriali e dal monarca, che non era solo di opposizione o di resistenza, di difesa degli antichi privilegi e dei diritti particolari, ma anche di collaborazione e di partecipazione al governo, attraverso le nascenti assemblee rappresentative, mediante la definizione sempre più frequente di regole scritte condivise.

<sup>30</sup> Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, cit.

<sup>31</sup> Cfr. M. FIORAVANTI, *Costituzione*, Bologna 1999, 51 ss.; ID., *Stato e costituzioni*, cit., 22 ss.; E. ROTELLI, P. SCHIERA (a cura di), *Lo Stato moderno, I, Dal Medioevo all’età moderna*, Bologna 1971.

Gli elementi che compongono la costituzione *cetuale* sono:

a) il popolo, che non rappresenta un insieme di individui sottoposti all'autorità di una medesima legge, e sulla base di questa titolari dei medesimi diritti. Il popolo è piuttosto una concreta realtà storico-costituzionale entro cui si consociano, all'interno di un dato territorio, una molteplicità di soggetti collettivi, di ordini, di città, di comunità, di corporazioni, attraverso una serie di patti e di contratti, che puntano a conservare l'identità distinta, anche in senso giuridico, dei singoli soggetti, ma nello stesso tempo riconoscendo l'esistenza dell'intero, del popolo stesso.

b) il Re o signore territoriale, titolare di vasti poteri d'*imperium*, ma che per quanto forte e potente sia è destinato ad arrestarsi di fronte all'esistenza di un popolo concretamente portatore di una serie di diritti e ordinamenti tra loro concatenati, che alla fine danno come risultato la *legge fondamentale* di un certo territorio, che quel signore non può arbitrariamente mutare a proprio piacimento. Se ciò accadesse, il popolo potrebbe esercitare, contro il signore e contro il monarca, attraverso le assemblee rappresentative e attraverso i propri ufficiali e magistrati, il *diritto di resistenza*, per riaffermare l'ordinamento storico-costituzionale esistente.

c) infine, la costituzione *cetuale* è una *costituzione mista*, da cui sono generate forme di governo *moderate* e *bilanciate*: essenzialmente monarchie temperate, che affiancano alla stessa monarchia, per il tramite delle assemblee rappresentative, dei Consigli, dello stesso ceto gli ufficiali e dei magistrati, le componenti popolari e aristocratiche.

La più nota tra le costituzioni *cetuali* è quella britannica del *King in Parliament*, dei tre rami del parlamento, monarchico, aristocratico con i *Lords*, popolare con i *Commons*.

In sintesi, la costituzione *cetuale* non è solo la costituzione dei privilegi, ma anche un modo complessivo di organizzazione dei rapporti politici e sociali, dotato di una propria razionalità interna, che ha governato le sorti del *diritto pubblico europeo* per lungo tempo<sup>32</sup>. Essa sarà superata non solo dall'affermarsi del principio di sovranità, ma anche dall'associarsi regressivo di tale principio, sempre

---

<sup>32</sup> In dottrina si è sostenuto che tra la costituzione *cetuale* e la costituzione *liberale*, che si affermerà con la rivoluzione, si è diffusa sul piano storico una forma costituzionale intermedia, definita *cetual-assolutistica*. La costituzione *cetual-assolutistica* è mediamente, in Europa, la costituzione degli Stati assoluti dei due secoli precedenti la rivoluzione. Nel dettaglio, il fondamento della costituzione è ancora *cetuale* ed è collocato in una fitta rete di corpi, di città, di comunità, di corporazioni, ma non può più essere tale *la forma della costituzione*, che non può più articolarsi in senso misto, moderato e bilanciato. Infatti, sul fondamento *cetuale* della costituzione si afferma un potere di qualità nuova, ispirato dal principio-guida della sovranità, che si caratterizza come potere *perpetuo*, nel senso di originario, non derivato da altri poteri, e dunque da nessun altro potere revocabile, e come potere *assoluto*, che tende quindi a sfuggire alla logica tradizionale della costituzione mista, della pattuizione, della condivisione, del controllo e del bilanciamento. Cfr. M. FIORAVANTI, *Stato e costituzioni*, cit., 22 ss.



più evidente nel cammino verso la rivoluzione, con il *giusnaturalismo moderno*, con il paradigma dei diritti naturali individuali. In altri termini, la costituzione cetuale cadrà quando diverrà chiaro che essa era il luogo di conservazione dei privilegi, che contrastava non solo il nuovo principio di sovranità, ma anche l'altrettanto nuovo principio di uguaglianza.

La rivoluzione raccoglierà tale eredità determinando la fine della costituzione cetuale e l'avvento dello Stato di diritto, con la conseguente affermazione della *costituzione liberale*. La Dichiarazione dei diritti del 26 agosto 1789, infatti, recepisce entrambi gli elementi liberati dalla dissoluzione della costituzione cetuale: la *sovranità* e i *diritti individuali*<sup>33</sup>.

I due elementi si legano, all'interno del nuovo modello instaurato dalla rivoluzione, secondo i criteri e i principi della nuova *costituzione liberale*:

a) il principio della *presunzione di libertà*, secondo cui gli individui si presumono liberi a meno che non intervenga una legge che vieta, impedisce, costringe o ordina, come recita l'art. 5 della Dichiarazione: «Tutto ciò che non è vietato dalla legge non può essere impedito, e nessuno può essere costretto a fare ciò che essa non ordina»;

b) il criterio della riserva di legge, secondo cui solo la legge può disciplinare e limitare l'esercizio dei diritti degli individui, perché solo la legge possiede i requisiti della generalità e dell'astrattezza, come dispone l'art. 4 della Dichiarazione, secondo cui «l'esercizio dei diritti naturali di ciascun uomo ha come limiti solo quelli che assicurano agli altri membri della società il godimento di questi stessi diritti», e che tali limiti, proprio nella linea della riserva di legge, possono «essere determinati solo dalla legge»;

c) il principio della *costituzione* come atto che *garantisce i diritti* e *separa i poteri*, secondo quanto contenuto nell'art. 16 della Dichiarazione: «Ogni società, in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri determinata, non ha costituzione». Da tale disposizione emerge che la 'costituzione' deve compiere almeno due fondamentali operazioni: garantire i diritti e separare i poteri. È sulla base di questo principio che le costituzioni che seguiranno la rivoluzione si occuperanno di perseguire queste due fondamentali finalità: da una parte, sottraendo sempre più agli atti degli esecutivi in genere la disciplina dei diritti e prevedendo, quindi, nelle costituzioni, in funzione di *garanzia* dei diritti, riserve di legge più o meno ampie e determinate; e, dall'altra, costruendo forme di governo non assolutistiche, in cui i poteri tendano a equilibrarsi, a non esorbitare, come nel caso delle monarchie costituzionali e parlamentari del XIX secolo<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> Sui diritti individuali cfr. P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, VI vol., Roma Bari 1999-2001. ID., *Diritti*, in M. FIORAVANTI (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, cit., 38 ss.

<sup>34</sup> La *costituzione liberale* dello Stato di diritto si basa su una sorta di presupposto inespreso, ma decisivo: «che si possa considerare ormai spento il motore del *potere costituente*, che la rivolu-

In definitiva, la costituzione è essenziale per la delimitazione della forma di governo entro cui si sviluppano le relazioni politico-istituzionali, e si accresce il peso degli stessi parlamenti, ma non può porsi, in quest'epoca, che la costituzione è *al di sopra della legge*, in modo tale da produrre l'invalidazione di quella legge che eventualmente contrasti con la costituzione medesima.

Pertanto nel '900 il limite dello Stato di diritto e della *costituzione liberale* è proprio rappresentato dal mancato riconoscimento della Costituzione come fonte sovraordinata alle altre leggi e dalla mancanza di un controllo di costituzionalità delle leggi.

La società europea del '900 non intende solo contrattare i contenuti della legge con strumenti nuovi, che sono i partiti, le organizzazioni degli interessi, i sindacati, demolendo sempre più la legge come espressione della volontà generale. Essa intende anche riproporsi come *volontà costituente*, proponendo nel corso del Novecento alcuni grandi momenti di sintesi sul piano politico, che sono le Assemblee costituenti (si pensi alla prima, che è quella tedesca di Weimar del 1919; a quelle successive, che spesso segneranno la fine di precedenti regimi totalitari, come nel caso della Costituente italiana del 1947) in cui viene progettato un nuovo tipo storico di costituzione: si afferma della *costituzione democratica*, che a differenza di quella liberale non si limita a disegnare la forma di governo e a rafforzare la garanzia dei diritti.

La costituzione democratica contiene, innanzitutto, i *principi fondamentali* che caratterizzano un determinato regime politico, consegnando ad esso una precisa identità sul piano storico-costituzionale: si tratta di quei principi che neppure il legislatore può violare, perché violare quei principi significherebbe intaccare l'identità stessa di quella comunità politica. E tra quei principi vi è certamente quello della *inviolabilità dei diritti fondamentali* da tutelare per mezzo del controllo di costituzionalità, anche contro la possibile violazione da parte del legislatore.

---

zione aveva acceso, che si possa considerare ormai chiusa la grande discussione politica sul soggetto chiamato a esprimere con la sua volontà lo stesso principio di sovranità. Ci si allontana così sempre più non solo dall'idea radicale del *popolo sovrano*, ma anche dalla grande e poderosa immagine del *legislatore rivoluzionario*, diretto con la sua volontà a distruggere un intero sistema politico e sociale, l'antico regime. Al posto di concezioni della sovranità così intensamente legate alla presenza di *un soggetto* capace di volere, prende campo sempre più l'idea della *sovranità della legge*, in senso oggettivo, come fonte di diritto. Al posto di concezioni della sovranità così intensamente legate alla presenza di *un soggetto* capace di volere, prende campo sempre più l'idea della *sovranità della legge*, in senso oggettivo, come fonte di diritto». Così M. FIORAVANTI, *Stato e costituzioni*, cit., 28.

## *Capitolo II*

### L'art. 28 Cost.: precedenti storici e dibattito in Assemblea Costituente

SOMMARIO: 1. La responsabilità della pubblica amministrazione nelle Commissioni di studio. – 2. Il dibattito in Assemblea Costituente. – 3. La disciplina costituzionale dell'art. 28.

#### *1. La responsabilità della pubblica amministrazione nelle Commissioni di studio*

Il problema della responsabilità della pubblica amministrazione ha agitato il dibattito in seno alle varie Commissioni di studio prima ancora che in Assemblea Costituente<sup>1</sup>.

In particolare, la Commissione per la riforma dell'Amministrazione, istituita con decreto del Presidente del Consiglio 11 ottobre 1944, preparò uno schema di legge generale sulla Pubblica Amministrazione<sup>2</sup>, nel quale al titolo V si occupò della responsabilità in genere della P.A., comprensiva sia dell'indennità per sacrifici imposti nell'interesse generale (artt. 69 e 71), sia del risarcimento dei danni per atti illeciti (art. 68)<sup>3</sup>.

La relazione che accompagna lo schema di legge individua anche gli elementi principali dell'art. 68:

---

<sup>1</sup> Cfr. R. DI CIOMMO, *La responsabilità civile del dipendente statale e dell'amministrazione dello Stato*, in *Rassegna mensile dell'Avvocatura dello Stato*, marzo-aprile 1957, 29 ss.

<sup>2</sup> Presidenza del Consiglio dei Ministri. Commissione per la riforma dell'Amministrazione, *Poliografico dello Stato*, 1948.

<sup>3</sup> Che dispone: «La Pubblica Amministrazione è responsabile dei danni causati ad altri soggetti con la propria attività quando questa risulti contraria alle leggi e alle altre norme giuridiche in genere. La responsabilità della Pubblica Amministrazione sussiste anche quando siano violate le norme di organizzazione poste dalla stessa amministrazione, che siano idonee a costituire una tutela per i singoli nonché quando siano state violate le regole elementari di diligenza e prudenza. L'Autorità giudiziaria può sempre accertare le violazioni anzidette.

La Pubblica Amministrazione non risponde dei danni causati con atti illeciti dai concessionari di pubblici servizi o dagli appaltatori di opere pubbliche. Sono salve le disposizioni particolari delle leggi speciali».

- a) la responsabilità dell'Amministrazione è diretta poiché il fatto del dipendente, quando è volto a conseguire i fini propri dell'ente, è da ascrivere all'ente stesso;
- b) non sussiste, quindi, la responsabilità dell'Amministrazione nei casi in cui venga a mancare questa immedesimazione: si pensi alle ipotesi in cui l'attività del dipendente sia diretta a soddisfare interessi privati oppure non si tratti di dipendenti dell'ente, come accade ad es. per gli appaltatori, i concessionari di pubblici servizi;
- c) la responsabilità dell'Amministrazione sussiste sia in caso di violazione dei diritti soggettivi che degli interessi legittimi;
- d) la responsabilità dell'Amministrazione è fondata sulla colpa, che viene riconosciuta nei limiti in cui vi sia una violazione della legge o di altre norme giuridiche, delle norme di organizzazione, delle regole elementari di diligenza e prudenza; e solo entro questi limiti viene consentito all'Autorità giudiziaria di sindacare la discrezionalità dell'azione amministrativa.

La Commissione ha evidenziato i limiti della materia in esame, che derivano sostanzialmente dalla mancanza di iniziativa degli impiegati e la difficoltà di accertare la loro responsabilità, affermando che tutto il nostro meccanismo burocratico sembra fatto apposta per volatilizzare la responsabilità individuale.

Ancora, la Commissione ha manifestato la necessità di costruire un sistema ed un'organizzazione diretti alla distribuzione di servizi e ad una rigorosa determinazione di competenze poiché, in tale prospettiva, fissare bene la responsabilità di ciascuno vuol dire anche stabilire una remora e un ostacolo agli abusi.

In sintesi, la Commissione si limita a proporre una rigorosa ripartizione di competenze senza trarne, tuttavia, alcuna conseguenza in ordine alla particolare materia della responsabilità del funzionario verso terzi.

Il problema è stato successivamente ripreso dalla Commissione per gli Studi sulla riorganizzazione dello Stato<sup>4</sup>, c.d. Commissione Forti.

Sulla base del presupposto secondo cui la responsabilità del funzionario, nelle sue varie forme (civile, penale, disciplinare) e verso i vari soggetti (i cittadini, lo Stato) resta fuori dal campo del diritto costituzionale poiché, nella tradizione italiana, una responsabilità in tanto può presentare una rilevanza costituzionale in quanto risponde a una finalità di garanzia dei diritti, ha proposto la seguente norma: «lo Stato e le altre pubbliche amministrazioni rispondono dei fatti colposi, che cagionino danni a terzi, compiuti dai loro dipendenti nell'adempimento delle loro funzioni».

La norma presenta molti punti di contatto, ma anche alcune divergenze, con quella elaborata dalla Commissione per la riforma dell'Amministrazione.

Innanzitutto, la responsabilità dello Stato è diretta, ma la norma precisa che il fatto causale della responsabilità è quello del pubblico funzionario e solo viene considerato come fatto dell'Amministrazione.

Questo vale per i fatti colposi, i soli presi in considerazione dalla norma, non anche per i fatti dolosi, che in quanto diretti a scopi diversi ed estranei da quelli dell'Amministrazione, non possono essere a questa imputati come fatto della stessa.

---

<sup>4</sup> Cfr. Relazione all'Assemblea Costituente, Roma 1946, 311 ss., 421 ss.

La norma esclude, quindi, la configurabilità di una responsabilità obiettiva. La responsabilità dell'Amministrazione si fonda, invece, sulla colpa del funzionario che viene considerata come colpa dell'Amministrazione.

Inoltre, non si disconoscono i limiti per l'Autorità giudiziaria di accertamento di tale colpa, nulla a questo riguardo viene, per vero, stabilito dalla norma.

Infine, la relazione, anche se non affronta *ex professo* il problema, configura la responsabilità dell'Amministrazione come conseguente alla violazione dei diritti e non di interessi legittimi.

In conclusione, le proposte delle due Commissioni non si discostano, in sostanza, né dalla tradizione dottrinarie italiana, anche se risentono delle incertezze che ancora vi sono sulla materia; né dall'indirizzo giurisprudenziale, ove si eccettui la tendenza della Commissione per la riforma dell'Amministrazione di introdurre la responsabilità per violazione di interessi legittimi, che viceversa viene negata in giurisprudenza.

## 2. Il dibattito in Assemblea Costituente

I lavori dell'Assemblea Costituente, pur tenendo conto dei risultati raggiunti dalle Commissioni di studio, hanno evidenziato ulteriori aspetti pratici e alcuni profili costituzionali del problema.

Nel dettaglio, il testo della norma proposta dai relatori, che fu discussa dinanzi alla prima Sottocommissione così stabiliva: «I funzionari dello Stato sono responsabili, ai sensi della legge generale o di quella civile, per gli atti compiuti dolosamente o colposamente in violazione dei diritti sanciti dalla presente Costituzione.

Lo Stato risponde solidamente con i funzionari per i danni»<sup>5</sup>.

Dalla norma in esame emerge che la responsabilità dei funzionari è posta sullo stesso piano costituzionale di quella dello Stato; la norma assume in questa nuova formulazione un carattere sanzionatorio e concerne i diritti di libertà.

In particolare, su proposta prima dell'on. Basso e poi su accordo degli on. Basso e Dossetti, fu approvato l'emendamento con cui si estendeva l'applicazione della norma a tutti i pubblici funzionari, compresi i dipendenti degli enti pubblici.

Ancora, fu approvato un emendamento proposto dall'on. Lucifero, con il quale si riconosceva la responsabilità dei pubblici funzionari per la violazione di tutti i diritti sanciti dalla Costituzione.

Inoltre, il Comitato di redazione introdusse la menzione della responsabilità disciplinare dei funzionari in base alle leggi amministrative e modificò la natura della responsabilità dello Stato e degli altri enti pubblici, parlando non più di responsabilità solidale ma di garanzia<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Atti dell'Assemblea Costituente, I Sottocommissione, seduta 1 ottobre 1946, 158 ss.

<sup>6</sup> Cfr. R. DI CIOMMO, *La responsabilità civile del dipendente statale e dell'amministrazione dello Stato*, cit., 31.

A seguito degli emendamenti apportati, il testo della norma portato in Assemblea risulta così formulato: «I dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono personalmente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione dei diritti. Lo Stato e gli enti pubblici garantiscono il risarcimento dei danni arrecati dai loro dipendenti»<sup>7</sup>.

Il dibattito sulla formulazione del testo continuò, dunque, in Assemblea ove fu respinto un emendamento, proposto dall'on. Costantini, volto ad ammettere il risarcimento dei danni anche in caso di violazione degli interessi legittimi.

Similmente, fu respinto un emendamento dell'on. Carignani, tendente ad escludere la responsabilità civile dei pubblici funzionari.

Pure l'emendamento proposto dall'on. Corsanego, di indicare nella norma la responsabilità per le omissioni accanto a quella per gli atti, fu respinto, poiché il Presidente della Commissione chiarì che l'una dovesse intendersi compresa nell'altra.

Fu, invece, approvato l'emendamento del Presidente della Commissione per qualificare la responsabilità del funzionario come "diretta" anziché "personale".

Più complessa fu la discussione sulla seconda parte della norma che prevedeva una garanzia giuridica dello Stato, volta, come chiarito dal Presidente della Commissione, ad affermare il principio nuovo di una responsabilità civile graduata, che investe prima il funzionario e in via sussidiaria l'Amministrazione, subordinando la responsabilità di questa all'accertamento della responsabilità dei primi.

Nel dettaglio, secondo l'on. Dominedo parlare di "garanzia" dell'Amministrazione era tecnicamente improprio e pertanto suggeriva di prevedere genericamente che lo Stato e gli enti pubblici "sono tenuti al risarcimento [...]".

Invece, l'on. Veroni propose di tornare alla formula contenuta nel testo originario sottoposto alla Sottocommissione, prevedendo una garanzia solidale dell'Amministrazione.

L'on. Oro Nobili si richiamò, invece, alla responsabilità diretta dell'Amministrazione, secondo l'elaborazione della dottrina e della giurisprudenza, proponendo, in virtù dell'intento pratico che si intendeva perseguire, di usare una formula che consentiva di non frustrare un tale intento, restando, peraltro, nell'ambito della tradizione: "assicurano" invece di "garantiscono".

Infine, l'on. Costantini richiamò l'esempio e la posizione giuridica dell'imprenditore privato rispetto ai propri dipendenti per suggerire il riconoscimento di una responsabilità indiretta dello Stato.

L'Assemblea approvò l'emendamento dell'on. Costantini, al quale finirono per associarsi, ritirando i propri, anche gli on. Veroni e Oro Nobili, secondo cui in sostanza il rinvio che si faceva alle "norme relative alla responsabilità civile", lasciasse impregiudicata la questione giuridica di una tale responsabilità.

Secondo l'emendamento approvato, «le norme relative alla responsabilità civi-

---

<sup>7</sup> Cfr. Atti Assemblea Costituente, Seduta pomeridiana, 15 aprile 1947, 2889; V. FALZONE, F. PALERMO, F. COSENTINO, *La Costituzione della Repubblica Italiana illustrata con i lavori preparatori*, con prefazione di V.E. ORLANDO, Roma 1949, 63 ss.

le sono estese allo Stato ed agli enti pubblici per i fatti dei loro dipendenti».

Il Comitato di coordinamento, infine, modificò la disposizione in esame in quella che risulta oggi nel testo definitivo approvato all'art. 28 Cost.

### 3. La disciplina costituzionale dell'art. 28

L'art. 28 Cost. ha, dunque, spostato sul piano costituzionale una materia fino a quel momento confinata nel campo del diritto amministrativo<sup>8</sup>.

In sintesi, secondo il precedente ordinamento giuridico, la responsabilità dell'Amministrazione e del pubblico funzionario si fondava sulla concezione dello Stato di diritto, vale a dire dello Stato che è tenuto ad osservare le norme di diritto dallo stesso predisposte e che risponde, quindi, insieme con i funzionari che agiscono per esso, dei danni causati al privato con la violazione di queste norme.

Invece, secondo la nuova Costituzione la responsabilità dell'Amministrazione e dei funzionari risponde all'esigenza di salvaguardare e tutelare la libertà del cittadino.

In questo processo evolutivo la concezione dello Stato di diritto non è accantonata, ma viene nel diritto positivo completata e portata alle conseguenze che promanano dalle sue stesse premesse: la soggezione dello Stato al suo stesso ordinamento giuridico viene considerata in funzione del potenziamento della libertà e personalità individuale del cittadino<sup>9</sup>.

Ebbene, l'art. 28 Cost. mira a realizzare una tale salvaguardia e tutela in una duplice direzione: da un lato, nei confronti dei funzionari e dipendenti pubblici, mira a promuovere il senso di responsabilità in modo da prevenire la violazione dei diritti del cittadino; dall'altro, nei confronti dell'Amministrazione, stabilendo il concorso della stessa con i funzionari nella riparazione dei danni, una volta intervenuta la lesione dei diritti.

In definitiva, la finalità presa di mira dalla disposizione in esame è quella di *prevenire* e *reprimere* la violazione dei diritti del cittadino, valorizzando il senso di responsabilità dei funzionari, e non quella di fornire un ristoro dei danni per la lesione che sia stata causata, finalità propria della disciplina della responsabilità civile e penale.

Sul piano normativo, l'art. 28 Cost. stabilisce che «I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, [...] degli atti compiuti in violazione di diritti». Tale parte della norma pone a carico dei pub-

---

<sup>8</sup>Cfr. G. COLZI, *La responsabilità dei pubblici funzionari*, in *Comm. Sist. alla Cost. Ital.*, diretto da P. CALAMANDREI e A. LEVI, Firenze 1950, I, 250 ss.; R. ALESSI, *La responsabilità della P.A. nell'evoluzione legislativa più recente*, in *Rass. di dir. pubbl.* 1949, 218 ss.; ID., *Responsabilità del funzionario e responsabilità dello Stato in base all'art. 28 della Costituzione*, in *Riv. trim. di dir. pubbl.* 1951, 884 ss.; C. ESPOSITO, *La responsabilità dei funzionari e dipendenti pubblici secondo la Costituzione*, in *Riv. trim. di dir. pubbl.* 1951, 343 ss.

<sup>9</sup>Cfr. P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova 1953, 235 ss.

blici funzionari il divieto di esercitare la pubblica funzione in modo da ledere i diritti dei cittadini<sup>10</sup>.

Il fondamento logico di tale divieto è il precetto generale del *neminem laedere*: infatti, l'art. 28 Cost. pone fra i doveri fondamentali inerenti allo *status* giuridico del funzionario quello di non ledere i diritti altrui e considera sussistente tale dovere sia nei confronti dell'ente – rispetto al quale prevede per l'inosservanza una responsabilità amministrativa o disciplinare – sia nei confronti dei terzi – e ne fa derivare a favore di costoro una responsabilità civile.

Gli atti con cui i funzionari trasgrediscono al divieto sono, secondo quanto prescrive l'art. 28 Cost., imputabili ad essi direttamente.

Per vero, non si è mai dubitato di una tale imputabilità per gli atti illeciti penali o per le trasgressioni disciplinari; la precisazione, invece, ha valore rispetto agli atti illeciti civili. In dottrina, infatti, si è sostenuto che di questi ultimi risponderebbe soltanto l'Amministrazione, poiché essi sono emanazione dell'organizzazione e dell'attività amministrative<sup>11</sup>.

In senso contrario, invece, si esprimono la dottrina prevalente e la giurisprudenza che ammettono una concorrente responsabilità dello Stato, cui l'atto illecito va giuridicamente riferito, e del funzionario che risulta essere l'autore materiale<sup>12</sup>. Ebbene, la responsabilità diretta dei funzionari viene confermata dal testo costituzionale per gli atti illeciti da essi compiuti.

All'imputabilità, l'art. 28 Cost. fa seguire un'affermazione di responsabilità in via generale, rinviando alle leggi penali, civili e amministrative per quanto concerne sia la specificazione delle singole forme di responsabilità sia la determinazione degli elementi necessari per ciascuna di esse. Secondo la formula usata nell'art. 28 Cost., i funzionari e dipendenti pubblici, sono responsabili «secondo le leggi penali, civili e amministrative».

Infine, secondo quanto disposto dall'art. 28 Cost. «la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici». Dalla disposizione emerge che: la responsabilità civile colpisce, innanzitutto, il funzionario che ha compiuto e per aver compiuto l'atto; la responsabilità dal funzionario si estende all'ente; la responsabilità dell'ente e del funzionario deve essere qualificata come diretta, poiché il fatto illecito è proprio del funzionario, che ne è, appunto, l'autore, ed è proprio dell'ente, poiché è emanazione dell'organizzazione e dell'attività dello stesso; resta escluso, pertanto, un rapporto di sussidiarietà tra le due responsabilità<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> Cfr. R. ALESSI, *Responsabilità del funzionario e responsabilità dello Stato in base all'art. 28 della Costituzione*, cit., 889 ss.

<sup>11</sup> Cfr. R. ALESSI, *La responsabilità della P.A. nell'evoluzione legislativa più recente*, cit., 231 ss.

<sup>12</sup> Cfr. G. GUGLIELMI, *L'art. 28 della Costituzione*, cit., 173; E. CASSETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, Torino 1953, 190.

<sup>13</sup> Cfr. R. DI CIOMMO, *La responsabilità civile del dipendente statale e dell'amministrazione dello Stato*, cit., 34 ss.



## *Capitolo III*

# La responsabilità del funzionario nella legislazione italiana ed europea

SOMMARIO: 1. La nozione di *funzionario*. – 2. Il *funzionario di fatto* e limiti all'imputabilità. – 3. Gli obblighi facenti capo al funzionario e i danni provocati a terzi. – 4. Le responsabilità dirette e concorrenti del funzionario e dell'amministrazione. – 5. Il vincolo di solidarietà tra le due responsabilità. La discrezionalità amministrativa e tecnica e la violazione di interessi legittimi. La responsabilità oggettiva. – 6. La responsabilità nella sanità pubblica. – 7. Responsabilità oggettiva della Pubblica Amministrazione. – 8. La responsabilità della P.A. nei Paesi europei. – 8.1. Il modello francese. – 8.2. Il modello spagnolo. – 8.3. Il modello britannico. – 8.4. Il modello tedesco.

### 1. *La nozione di funzionario*

Per *funzionario* si intende il dipendente dello Stato o di altri enti pubblici che esercita funzioni pubbliche, proprie degli enti medesimi, o che collabora istituzionalmente a tale esercizio.

Tuttavia, tale termine non ha un significato univoco: infatti, il diritto positivo lo utilizza per individuare la più varia congerie di figure soggettive.

Del resto, la stessa Costituzione italiana si riferisce in tre articoli al *funzionario*, considerandolo evidentemente in maniera profondamente diversificata.

Innanzitutto, il primo riferimento al funzionario si rinviene, come anticipato, nell'art. 28 Cost.<sup>1</sup>, secondo cui «I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti»<sup>2</sup>.

Dalla lettura della disposizione in esame emerge che essa contrappone i *funzionari* ai *dipendenti*, considerandole due figure diverse.

In particolare, i *dipendenti dello Stato e degli enti pubblici* sono legati all'amministrazione da un rapporto di lavoro subordinato a carattere professionale e

---

<sup>1</sup> Cfr. Art. 28 Cost., in S. BARTOLE, R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova 2008, 290 ss.; G. BRANCA (a cura di), *Art. 28. Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma 1975.

<sup>2</sup> Per gli ulteriori spunti che l'art. 28 suscita si veda *infra*.

retribuito, in base al quale prestano la loro opera, anche temporanea, di qualunque natura (intellettuale, tecnica, manuale, ecc.) in favore di una pubblica amministrazione<sup>3</sup>. Rientrano, quindi, nella categoria in esame non solo gli impiegati di ruolo e non di ruolo e i salariati, ma anche i magistrati, i professori e i militari, purché la loro attività sia svolta a titolo professionale e retribuito.

Invece, nella categoria dei *funzionari* sono riconducibili coloro che esercitano una pubblica funzione (amministrativa, giurisdizionale o legislativa) in via onoraria, senza essere legati all'ente da un rapporto impiegatizio.

Eppure, l'art. 97, comma 2, Cost.<sup>4</sup>, nella parte in cui dispone che «Nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari», sembra fornire una diversa accezione del termine funzionario: tale disposizione rivolgendosi genericamente a tutti gli uffici, finisce per considerare *funzionario* chiunque sia preposto ad un ufficio o ad un organo amministrativo, con esclusione, quindi, di quelli giurisdizionali o legislativi, senza distinguere, tuttavia, il tipo di rapporto onorario o professionale con l'ente.

A sua volta, l'art. 98, comma 3, Cost.<sup>5</sup> prevede che «Si possono con legge stabilire limitazioni al diritto di iscriversi ai partiti politici per i magistrati, i militari di carriera in servizio attivo, i funzionari ed agenti di polizia, i rappresentanti diplomatici e consolari all'estero». Ebbene, tale disposizione sembra, pur nel riferimento alla sola polizia, considerare evidentemente quali *funzionari* solo gli impiegati appartenenti alla carriera direttiva.

Nello stesso senso limitativo può collocarsi anche l'art. 57, comma 1, del T.U. sulla Corte dei conti, che recita «I funzionari ed agenti delle Ferrovie dello Stato che rispondono direttamente all'amministrazione dei danni ad essa arrecati anche solo per colpa o negligenza, possono ricorrere alla Corte dei conti».

Invece, in numerose altre disposizioni sono utilizzate locuzioni in cui il termine *funzionario* individua genericamente un dipendente pubblico, di qualunque carriera: si veda ad esempio nella legge sulla contabilità generale dello Stato, gli artt. 73, comma 1, (che si riferisce agli agenti e ai funzionari appartenenti ai ruoli delle amministrazioni), 81, comma 1, (secondo cui «I funzionari amministrativi incaricati di assumere impegni e di disporre pagamenti, i capi delle ragionerie centrali e i funzionari a favore dei quali vengono disposte aperture di credito debbono rispondere ...») e 86, comma 1 (che dispone: «I funzionari amministra-

---

<sup>3</sup> Cfr. S. TERRANOVA, voce *Funzionario (dir. pubbl.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano 1969, 280 ss.; ID., *Spunti interpretativi della nozione di funzionario ai sensi della legge n. 142 del 1990*, in *Legalità e giustizia* 1991, 633 ss.; G. TERRACCIANO, O. FORLENZA, I. VOLPE, *La riforma del pubblico impiego*, ed. Il Sole 24 ore, Milano 1999.

<sup>4</sup> Cfr. *Art. 97 Cost.*, in S. BARTOLE, R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, cit., 884 ss.; G. BRANCA (a cura di), *Art. 97. Commentario della Costituzione*, cit.

<sup>5</sup> Cfr. *Art. 98 Cost.*, in S. BARTOLE, R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, cit., 895 ss.; G. BRANCA (a cura di), *Art. 98. Commentario della Costituzione*, cit.

tivi e i capi delle ragionerie presunti responsabili di assunzione di impegni in eccedenza al fondo autorizzato ...»).

Similmente, nel Regolamento di Contabilità Generale dello Stato è chiaro che funzionario sia sinonimo di impiegato, allorché prevede «Nei casi di responsabilità dei funzionari, i ministri da cui essi dipendono possono adottare tutti i provvedimenti amministrativi di loro competenza...».

E ancora, nell'art. 23, comma 2, del R.D. 3 marzo 1934 n. 383, T.U. legge comunale e provinciale, per funzionario si intende chiaramente un impiegato del gruppo B, ossia della allora esistente carriera di concetto.

In tempi più recenti la legge n. 312/1980 ha istituito un profilo professionale di *funzionario* (amministrativo, contabile, tecnico, ecc.) nell'ambito della qualifica ottava, corrispondente alla vecchia carriera direttiva.

Dall'esame della normaiva richiamata si desume, pertanto, che il termine *funzionario* non individua una categoria omogenea di figure soggettive<sup>6</sup>, anche se in dottrina si è tentato di considerarlo come l'elemento soggettivo dell'organo<sup>7</sup>.

Nel volgere lo sguardo agli ordinamenti europei, viene in rilievo, innanzitutto, l'ordinamento giuridico francese, ove la legge del 19 ottobre 1956, sullo statuto generale dei funzionari, definisce il *funzionario* come colui che, nominato in un impiego di ruolo, è titolare di un grado gerarchico statale.

La nozione legislativa è, però, volta a definire l'ambito di applicazione dello statuto, senza alcuna pretesa di esaurire tutta la categoria dei funzionari dello Stato e degli altri enti pubblici. Anzi, nell'ordinamento francese sono considerati *funzionari* sia il direttore generale che l'inserviente, purché di ruolo<sup>8</sup>.

Ma dottrina<sup>9</sup> e giurisprudenza<sup>10</sup> tendono ad uniformare il trattamento giuridico di tutte le categorie di persone che prestano la loro opera a favore di un ente pubblico, ricorrendo anche ad altre terminologie più generiche, come quella di agente pubblico, in ragione del fatto che in Francia il termine *funzionario*, nell'ac-

---

<sup>6</sup> Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano 1970, 253, secondo cui «Il termine di origine francese, indicava inizialmente i titolari di uffici investiti di funzioni pubbliche. Col tempo è passato ad indicare ogni titolare di ufficio di grado elevato o delle carriere direttive».

<sup>7</sup> Cfr. R. ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*, Milano 1966, 92, che afferma: «Queste persone fisiche, (le quali, per il fatto di essere preposte ad uffici, vale a dire all'espletamento di pubbliche funzioni, vengono denominate funzionari pubblici, dando a questo termine il contenuto più ampio) costituiscono appunto l'elemento soggettivo dell'organo, ed una delle figure soggettive alle quali l'organizzazione amministrativa da luogo».

<sup>8</sup> Cfr. D. RUZIE, *Les agents des personnes publiques et les salariés en droit français*, Paris 1960, 32.

<sup>9</sup> Cfr. J.-C. MAESTRE, *La responsabilité pécuniaire des agents publics en droit français*, Paris 1962, 14, per il quale la nozione di agente pubblico è nettamente più ampia di quella di funzionario. In effetti, non v'è nessun bisogno di essere titolare, cioè d'occupare un impiego permanente nel quadro della funzione pubblica per avere la qualità di agente pubblico e beneficiare della garanzia accordata a questo, in ragione dell'irresponsabilità pecuniaria per colpe di servizio (spesso esteso nei fatti alle sue colpe personali).

<sup>10</sup> Cfr. Tribunal des conflits 17 febbraio 1947, Conseil d'Etat 8 dicembre 1926.

cezione sopraindicata, è collegato strettamente allo *status* di pubblico dipendente civile, mentre implica, in altre accezioni, la preposizione ad un ufficio.

A prescindere da questioni nominalistiche, ai fini della disanima, è possibile utilizzare indifferenziatamente il termine *funzionario* o *agente*, intendendo riferirsi a chi collabora, anche temporaneamente, al funzionamento di un servizio pubblico essendo inserito nell'organizzazione di un ente pubblico.

Nell'ordinamento della Repubblica Federale tedesca si distingue, a sua volta, il *funzionario* (*Beamten*) che collabora all'elaborazione e all'esecuzione delle decisioni amministrative dagli altri *impiegati* (*Angestellten*) che esercitano mansioni che non comportano alcuna partecipazione diretta all'esercizio di un pubblico potere.

Nell'ordinamento britannico, invece, i pubblici dipendenti sono distinti a seconda che appartengano all'Amministrazione centrale, ossia alla Corona, ovvero a poteri locali. Nel primo caso sono denominati "*civil servants*" o anche "*crown servants*"<sup>11</sup>, nel secondo "*local authorities officers*". Il complesso dei dipendenti pubblici statali costituisce il "*civil service*", da cui sono, tuttavia, esclusi gli appartenenti alle forze armate e i titolari di cariche pubbliche, nonché i dipendenti degli enti locali, gli insegnanti, gli appartenenti alle forze di polizia, che gravano sui bilanci dei poteri locali, e gli appartenenti alle ferrovie. Per tale ragione la nozione di *civil servants* non coincide, se non parzialmente, con quella di *funzionario*<sup>12</sup>. Il *funzionario* viene generalmente denominato "*officer*", termine che indica chiunque sia investito di un "*office*" pubblico a titolo professionale o onorario, dal dipendente al Primo Ministro<sup>13</sup>.

In conclusione, in tutti i Paesi europei la nozione di *funzionario* non configura una definita categoria di persone fisiche aventi un identico *status*, ma esprime piuttosto la particolare posizione nei confronti dell'ente in cui l'individuo viene a trovarsi esercitando (o concorrendo all'esercizio di) una pubblica funzione o, comunque, impegnando l'ente di appartenenza nei rapporti verso altri enti o nei confronti di terzi.

## 2. Il funzionario di fatto e limiti all'imputabilità

Il *funzionario* è, allora, colui che viene ad imputare all'ente gli atti dallo stesso compiuti, a prescindere che si tratti di svolgimento di una pubblica funzione o di un pubblico servizio.

Tale fenomeno giuridico è reso possibile dalla situazione di inserimento istituzionale di una persona fisica in un ente: si tratta del c.d. rapporto organico<sup>14</sup> an-

<sup>11</sup> Cfr. P.W. HOGG, in P.W. HOGG, P.J. MONAHAN, W.K. WRIGHT (a cura di), *Liability of the Crown*, Toronto-Calgary-Vancouver 1989, 247.

<sup>12</sup> Cfr. F. DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico inglese-italiano*, Milano 1984, 464.

<sup>13</sup> Cfr. J.F. GARNER, *Administrative Law*, London-Butterworth 1979, 3 ediz., 381.

<sup>14</sup> Si tratta della relazione a rilevanza meramente interna e organizzatoria, intercorrente tra l'or-

che detto d'ufficio, in base al quale si determina l'automatico riferimento dell'azione del funzionario all'amministrazione e che si costituisce mediante l'atto di assegnazione ad un compito, ossia l'incardinazione, che può essere contenuto anche in un negozio bilaterale.

Dal funzionario si distingue il c.d. funzionario di fatto<sup>15</sup>. In assenza di una previsione normativa che ne fornisca la nozione, la figura del funzionario di fatto è individuata in giurisprudenza nel soggetto che, trovandosi in possesso della funzione, senza investiture o titolo valido, emette atti nell'esercizio della funzione medesima<sup>16</sup>.

Numerose le questioni interpretative che l'istituto reca con sé: si pensi alla sorte degli atti compiuti dal funzionario di fatto<sup>17</sup> come titolare dell'ufficio, al profilo strettamente connesso dell'imputabilità degli atti stessi all'organo cui il funzionario appartiene, nonché alla responsabilità verso i terzi<sup>18</sup>.

---

gano e il soggetto allo stesso preposto. Cfr. R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 112.

<sup>15</sup> Cfr. F. LUBRANO, voce *Funzionario di fatto (diritto pubblico)*, in *Enc. dir.*, Milano 1969, 285 ss.; R. LUCIFREDI, *Note per un'analisi dell'azione di fatto della pubblica amministrazione*, in R. LUCIFREDI, S. LUCIFREDI PETERLONGO, *Contributi allo studio dell'esercizio di fatto delle pubbliche funzioni*, Milano 1965, 120 ss., in cui si fa l'esempio di un incendio di un bosco e dell'opera di spegnimento compiuta dai valligiani in attesa che giungano le guardie forestali; e quello dello sciopero del personale dell'azienda municipalizzata dei trasporti e del servizio reso da alcuni cittadini che si sostituiscono agli scioperanti facendo uscire i tram e gli autobus.

<sup>16</sup> Nonostante il silenzio della legge, la dottrina, invece, ha proposto diverse nozioni dell'istituto in esame. Per Alcuni il funzionario di fatto si identifica con il soggetto che detiene irregolarmente l'ufficio pubblico, perché manca o perché è viziato il procedimento di assunzione all'ufficio o perché è sopraggiunto un vizio inficiante l'originaria regolarità della sua assunzione. In tale prospettiva, non sarebbero, quindi, riconducibili alla fattispecie in esame le ipotesi di irregolare esercizio del potere nell'ambito del diritto internazionale e di quello costituzionale. Per Altri, la definizione di funzionario di fatto sarebbe più ampia, comprensiva pure delle fattispecie espressamente espunte aderendo alla prima opzione, tra cui le ipotesi della cd. occupazione di guerra e dell'instaurazione di un governo di fatto, sino ad involgere pure la materia contabile, dovendosi qualificare alla stregua di funzionario di fatto anche l'esattore, irregolarmente nominato, che proceda alla riscossione dei tributi. Per una tesi intermedia, infine, seguita dalla dottrina maggioritaria, il funzionario di fatto va identificato con il soggetto che, privo di valida legittimazione, in ragione della mancanza del titolo o della sussistenza di un vizio che lo inficia, compie un'attività riferibile all'amministrazione. Cfr. R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 120 ss.

<sup>17</sup> Dall'istituto del funzionario di fatto si distingue quello dell'esercizio di funzioni pubbliche da parte di privati, allorché questi siano legittimati a sostituirsi alla pubblica autorità carente o impossibilitata ad operare, come nel caso di arresto in flagranza per reati perseguibili d'ufficio (art. 224 c.p.p.) ovvero di azioni popolari sostitutive.

In tali casi il cittadino non esercita una pubblica funzione, né assume la veste di funzionario, ma un potere direttamente attribuitogli dalla legge, di cui egli stesso è titolare. In tal senso è la giurisprudenza della Corte di Cassazione: v. Cass. 12 febbraio 1957. Invero il cittadino non esercita un dovere, ma è autorizzato a procedere all'arresto nel primo caso e ha il diritto di esercitare l'azione popolare nel secondo caso.

<sup>18</sup> Per A. LIUZZO, *Il funzionario di fatto e la tutela del legittimo affidamento dei privati*, in

La questione dell'imputazione dell'azione del funzionario di fatto<sup>19</sup> è stata tradizionalmente affrontata nell'ambito della teoria dell'atto amministrativo, mentre risulta poco approfondita sul versante dei rapporti giuridici verso eventuali altri soggetti. L'indagine si concentrerà proprio su tali profili.

### 3. *Gli obblighi facenti capo al funzionario e i danni provocati a terzi*

I doveri facenti capo ai funzionari sono molto vari e cambiano in relazione alle caratteristiche del lavoro svolto. Nonostante ciò sembra individuabile un nucleo di doveri che accomuna le varie categorie di funzionari. Si tratta, in particolare, di doveri verso l'ente di appartenenza, consistenti essenzialmente in quello di fedeltà e di diligenza, oltre che di legalità e di rettitudine<sup>20</sup>.

Il dovere di fedeltà consiste nell'obbligo di curare, nel disimpegno dei propri compiti, l'interesse dell'organizzazione di appartenenza. Costituiscono specificazioni di tale dovere quello di osservare il segreto d'ufficio, di mantenere la riservatezza degli atti dell'ufficio, di non denigrare l'ente, di non usare l'ufficio per fini personali, di non tollerare gli abusi degli inferiori, ecc.

Il dovere di diligenza, a sua volta, consiste nell'obbligo di adempiere con pun-

---

www.giustamm.it, 2009, la figura del funzionario di fatto ricorre ogniqualvolta sia necessario soddisfare le esigenze di tutelare l'affidamento incolpevole di terzi e di attribuire rilievo all'effettività, cioè al fatto concreto dell'esercizio di funzioni pubbliche. Similmente, per la giurisprudenza amministrativa, il fenomeno ricorre nei casi di esercizio di funzioni essenziali e/o indifferibili, che per loro stessa natura riguardano i terzi con efficacia immediata e diretta: i risultati raggiunti dal funzionario di fatto, quando favorevoli per i terzi, vengono così imputati all'attività della P.A. (Cons. St., sez. IV, 20 maggio 1999, n. 853; Cons. St., sez. V, 15 febbraio 1962, n. 1160). Diversamente si esprime, invece, F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, Milano 2001, secondo cui, poiché l'esercizio delle funzioni amministrative, per sua connessione con la realizzazione dell'interesse pubblico, non ammette interruzioni, la figura del funzionario di fatto interviene tutte le volte che sia necessario evitare vuoti nell'esercizio della funzione amministrativa. La figura del funzionario di fatto è, perciò, riconducibile alla logica del raggiungimento dello scopo e alla continuità dell'azione amministrativa.

<sup>19</sup> In dottrina si tende a limitare l'imputazione *de qua* ai casi di essenzialità ed indifferibilità (Cfr. G. MIELE, *Le situazioni di necessità dello Stato*, in *Arch. dir. pubbl.* 1936, 377. L'Autore parla di una c.d. necessità a posteriori che avrebbe a fondamento l'esigenza di tener fermi gli atti del funzionario di fatto per evitare che nella vita dell'ente si crei una soluzione di continuità. La posizione del funzionario di fatto sarebbe divenuta necessaria posteriormente all'esercizio avvenuto e in relazione a questo) e ad escludere l'automatico riferimento alla persona giuridica pubblica dell'attività svolta spontaneamente dal privato (Cfr. E. CAPACCIOLI, *La gestione di affari in diritto amministrativo*, Padova 1956, 62 ss. L'autore sostiene che i problemi degli atti del funzionario di fatto (sia nel caso di investitura viziata che di mancanza assoluta di investitura) attiene alla teoria degli atti invalidi, perché gli atti del funzionario di fatto sarebbero atti illegittimi per violazione di legge, precisamente consistente nell'inosservanza delle norme che stabiliscono quali sono le persone abilitate ad agire per la pubblica amministrazione).

<sup>20</sup> Cfr. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli 1984, 296 ss.; P. VIRGA, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano 2001, 139 ss.