

Vincenzo Caputi Iambrenghi

Uffici ed impiegati pubblici dallo Statuto albertino alla Costituzione

nei centocinquant'anni di unità d'Italia

(veduta di scorcio)

SOMMARIO:

1. L'organizzazione dei pubblici uffici nello statuto albertino
2. L'evoluzione normativa:
 - prima fase: le leggi cavourriane (l. 1853, r.d. n. 3306/1866, La nascita del concetto giuridico di qualifica nel pubblico impiego);
 - seconda fase: l. 1866 - l. 1907, L'uniformazione del pubblico impiego derivante dagli Stati pre-unitari;
 - terza fase: l. 1908, n. 290 - l. 1923 n. 2960. Le *categorie* dei dipendenti statali e la gerarchia. Il t.u. 22 novembre 1908.
3. La legge n. 100 del 31 gennaio 1926: la riserva di amministrazione nell'organizzazione del pubblico impiego.
4. La legge organica degli ospedali 1938, n. 1631 e le opere pie.
5. Concetto e disciplina del funzionario pubblico nella dottrina italiana.
6. Il procedimento disciplinare.
7. Pubblico impiego e discrezionalità amministrativa: le teorie nazionalsocialiste e le critiche della dottrina italiana (Del Prete).
8. Pubblico impiego e Costituzione repubblicana: artt. 97, 98 e 28.
9. Segue: attribuzioni e responsabilità.
10. Il "servizio della Nazione" (art. 98 Cost.).
11. La responsabilità dell'impiegato e lo statuto degli impiegati civili dello Stato.
12. Spunti conclusivi.

1.- L'organizzazione degli uffici amministrativi riceve interventi frequenti del legislatore italiano -e del Governo mediante appositi regolamenti- sin dalle prime espressioni normative dell'Italia unita.

L'esigenza di una riserva assoluta di legge per l'organizzazione è avvertita già nello Statuto albertino (*dato a Torino il 4 marzo 1848*), se pur limitatamente agli enti del territorio, non comprendendo quella della pubblica amministrazione centrale.

Infatti la formula normativa che si legge all'art. 74 «Le istituzioni comunali e provinciali e la circoscrizione dei comuni delle provincie sono regolati dalla legge», non trova riscontro nelle disposizioni statutarie concernenti gli uffici governativi.

Con riguardo all'amministrazione centrale le norme statutarie, o non ci sono, o sono assai meno nette.

Anzitutto «Il Re nomina e revoca i suoi Ministri» (art. 65) i quali (art. 67) «Sono responsabili. Le leggi e gli atti del Governo non hanno vigore, se non sono muniti della firma di un Ministro». Si tratta, dunque, di una responsabilità squisitamente politica, che non può investire il Sovrano *a fortiori* nel regime del "governo proprio" e che si ferma al livello del singolo Ministro sottoscrittore (né è certamente questo il primo esempio storico di controfirma ministeriale).

Più in generale, con la norma di cui all'art. 5 si fissano i principi del Governo monarchico rappresentativo (art. 2), con particolare riferimento alla titolarità del potere esecutivo, «al Re solo appartiene il potere esecutivo», e alla riserva di potestà nel comando militare, nella dichiarazione di guerra e nei trattati di pace e di alleanza.

Più interessante è la riserva in favore del Re di ogni trattato «di commercio ed altri, dandone notizia alla Camera», ma non sempre: soltanto a

condizione («tosto che») «l'interesse e la sicurezza dello Stato il permettano ed unendovi le comunicazioni opportune». Piuttosto, qualora i trattati non rivestissero esclusivo valore politico e viceversa «... importassero un *onere* per le Finanze o *variazioni di territorio* dello Stato, (essi) non avranno effetto se non dopo ottenuto l'*assenso* delle Camere».

Analogamente l'art. 30 prevede che «Nessun tributo può essere imposto o riscosso se non è stato consentito dalle Camere e sanzionato dal Re».

Può forse dirsi in sintesi che lo Statuto albertino, come del resto la maggioranza delle Carte dell'epoca, cela del tutto la struttura amministrativa, lasciata in mano al Re ed ai suoi più diretti e fiduciari collaboratori politici, tranne che nel passaggio dall'attività legislativa e in generale normativa a quella amministrativa, dove compare la responsabilità politica del ministro.

Non può dubitarsi del significato della norma di cui all'art. 67 che limita a quella politica la responsabilità ministeriale, escludendo, almeno in modo esplicito, qualsiasi coinvolgimento del Ministro nelle responsabilità giuridicamente rilevanti (civile, disciplinare, per danno erariale, in disparte quella penale che era e resta sempre personale). A questa conclusione può agevolmente pervenirsi osservando che ancora nel 1880 l'Avvocato generale dello Stato, Giuseppe Mantellini, giurista ben noto nel suo tempo, sostiene nel suo studio su "*Lo Stato e il codice civile*", Firenze (ediz. Barbera) 1880, p. 56-192 una tesi indubbiamente risalente nella concezione giuspolitica dello Stato e dei rapporti con la comunità nazionale: «Politico essendo, sì per la nomina che per le funzioni, il rapporto dello Stato verso gli impiegati e i loro atti, non può allo Stato conseguirne civile responsabilità; e *socialistica* è la contraria teoria della responsabilità dallo Stato per *quasi delitto*» (p. 190).

La distanza tra diritti dei singoli e autorità è dunque assai notevole e sostanzialmente coincide con quella tipica dello stato assoluto, salvo che per una ben maggiore partecipazione dei sudditi alla vita pubblica. Ne consegue che nessun profilo di giuridicità può investire l'organizzazione dei pubblici uffici amministrativi, perché la fonte politica del potere esecutivo esclude persino il diritto alla conoscenza dei rami della pubblica amministrazione, l'albero identificandosi nel monarca irresponsabile -politicamente e *a fortiori* giuridicamente- anzi estraneo a qualsiasi limitazione di marca garantista della sua sovranità.

Limitazioni alla sovranità potevano invero trovare motivo -per una monarchia con intenti espansivi- soltanto nell'*opinio communis* di altri Stati più potenti, di altri regni, più o meno organizzati, che costituivano in realtà volta a volta o una remora ad effettuare tentativi organizzativi men che ortodossi all'interno della struttura burocratica e militare del proprio regno, o un incentivo a conseguire successi rispetto alla gestione pubblica, soprattutto finanziaria dell'altro regno, più potente ma meno *organizzato* del regno di Sardegna.

2.- Come può agevolmente intuirsi, la materia del pubblico impiego richiedeva la maggiore possibile attenzione da parte dei Governi del giovane Regno d'Italia perché un'organizzazione di dipendenti dello Stato e, marginalmente, degli enti minori, territoriali e non, rappresentava per la classe politica l'oggetto principale dell'impegno tendente a costruire una vera e propria amministrazione pubblica. Assai problematico si prospettava il valore dell'indipendenza degli organi amministrativi da quelli politici, nonché dai poteri economici che, come è noto, ben scarso filtro potevano ricevere dai partiti in un sistema parlamentare censitario e che pertanto,

soprattutto nelle assai frequenti situazioni di monopolio, manifestava tutta la sua *prepotenza*, quasi sempre decisiva quanto deleteria.

Tuttavia, tutte le parti sociali, dalla Corona all'artigiano, avevano interesse a favorire la costituzione di un'organizzazione amministrativa che, in una popolazione assai diversificata ed in un territorio difficile da percorrere e conoscere criticamente per riportarne le esigenze all'unico centro decisionale sito nei palazzi ministeriali, doveva sorreggere il programma unitario, garantendo i servizi pubblici che, per l'epoca, la popolazione richiedeva non sempre pacificamente. Le prime leggi cavourriane, la prima in particolare, 23 marzo 1853, n. 1483, e soprattutto i due principali regolamenti di sua esecuzione, approvati con decreti regi nn. 1611/1853 e 3306/1866, fondano nel Regno di Sardegna l'organizzazione del personale statale che si estenderà dal 1865 al Regno d'Italia¹.

2.1 In questa fase² sono le norme del primo regolamento ad organizzare con successo immediato la struttura di uffici chiamati a compiti sempre più impegnativi. La legge n. 1483/1853, come dimostra la relazione governativa

¹ La cui conclusiva formazione possiamo meglio datare al 1870, cioè alla presa di Roma, anziché alle successive imprese coloniali sopravvissute soltanto per pochi anni alle rispettive conquiste, concordate o guerreggiate (Eritrea, Albania, Dodecaneso, etc.). Al r.d. 6 ottobre 1870, n. 5095, convertito in legge il 31 dicembre 1870, n. 6163, relativo all'annessione di Roma e delle c.d. Province romane dello Stato pontificio a seguito della sua cancellazione ad opera del decenne Stato italiano (con la costituzione dello Stato della Città del Vaticano mezzo secolo dopo, in occasione dei patti lateranensi dell'11 febbraio 1929), vi sarebbero da aggiungere, in effetti, soltanto le leggi del 1920 -conseguenti alla prima guerra mondiale- n. 1322, di annessione di Trento e Bolzano (Trattato di S. Germano 10 settembre 1913 con l'Austria), e n. 178, di annessione della Venezia Giulia (e di una parte della Dalmazia, che tuttavia dopo la seconda guerra mondiale si dovette restituire alla Jugoslavia), in base al Trattato di Rapallo del 12 novembre 1920 con il Regno dei Serbi, Croati e Sloveni.

² Per la distinzione in quattro fasi -dal 1853 al 1957, Statuto degli impiegati dello Stato- della prima normazione sull'impiego statale cfr. la trattazione interessante di M. COLACITO, *Impiego statale*, voce dell'*Enc. dir.*, Milano, 1970, XX, 305-365; per gli aspetti dommatici e ricostruttivi cfr. alla precedente voce la dottrina di M. S. GIANNINI, *Impiego pubblico* (teoria e storia), ivi, 293-305.

sottoscritta da Cavour, anzitutto risolve il problema della duplice anima dell'organizzazione pubblica piemontese basata tradizionalmente sulle agenzie, centri di gestione economica di interessi prevalentemente lontani dall'ambito, pur assai ampio, dell'autorità dello Stato (commercio, produzione agricola, attrezzatura irrigua del territorio, difesa delle e dalle acque, le prime infrastrutture per le attività industriali, ecc.) e sui Ministeri, eredità napoleonica che il piccolo regno sardo non poteva non mimare valorizzandola, essendo entrata decisamente nella cultura del primo ottocento la convinzione della convenienza di un'amministrazione della cosa pubblica per settori ben definiti e, almeno nell'azione, separati³.

Cavour riconduce tutto nella politicità dell'attività tipica di uno Stato che vuole *grandir* e le agenzie restano, quando resistono alla riforma, quali meri centri di attuazione di scelte, anche tecniche, sia pure di massima effettuate dal Governo nella sua indelegabile responsabilità politica: verso il re, ma anche verso due ulteriori destinatari, l'opinione pubblica internazionale ed il popolo, la cui rilevanza aumenta a misura che quella del monarca si ferma al livello raggiunto con le ultime conquiste delle guerre d'indipendenza.

L'opinione internazionale ha sempre avuto rilievo notevole per ogni Governo europeo legato da rapporti diplomatici soprattutto con ciascuno Stato più "forte", nel lungo periodo che separa l'Europa delle guerre

³ I Ministeri erano rimasti nell'ombra per millenni dopo la scomparsa dei Faraoni, i quali, in quanto divinità, non potevano occuparsi se non del bene comune del proprio popolo, delle guerre, delle osservanze religiose, mai delle questioni quotidiane, questioni minori, da affidare a *minus habentes*, i ministri appunto, privi della sacralità dell'origine del potere e, tuttavia, dotati di autorità attiva e ordinante, fondata sulla fiducia del Faraone. Ripresi da Napoleone, per evidente volontà auto celebrativa, i ministri resteranno dovunque nei governi occidentali e, a poco a poco anche in quelli del medio e dell'estremo oriente quale garanzia di competenza attribuita, insieme all'autorità quando necessaria e autorizzata da una norma di legge ad un funzionario onorario che opera sul campo nel suo ambito di competenza e risponde al Re, al Principe, al Presidente, ecc.

fratricide dalla costituzione della Società delle nazioni e poi dall'O.N.U. In proposito può dirsi che la presa di Roma nel 1870 ebbe luogo fuori di ogni consenso di altri Stati, tuttavia senza una vera opposizione di alcuno di essi, in quanto Pio IX, secondo l'opinione più diffusa, non offriva al Regno d'Italia e all'opinione internazionale motivazioni diplomatiche bensì soltanto teologiche e di legittimazione storica nel suo costante rifiuto ad una trattativa che avesse come scopo quello di tener conto che senza la sua "capitale naturale" il Regno d'Italia sarebbe rimasto una realtà sociopolitica priva di una parte essenziale della sua memoria storica, dunque non riconoscibile per intero.

Il credito che il nuovo Stato guadagnò nei rapporti economico-finanziari con i regni di Francia, di Gran Bretagna, con la Russia zarista, i Regni di Spagna e di Grecia, dei Paesi scandinavi e di lingua tedesca, nonché con gli Stati Uniti e con il Canada, mete di emigrazione dall'Italia appena aperte linee navali sicure per quelle destinazioni, conferma la validità delle premesse proprie della "questione romana".

La seconda innovazione di rilievo recata dal regolamento del 1853 consiste nella distinzione, che rimarrà ben salda nelle successive riforme della materia, tra norme di organizzazione e norme sullo stato giuridico del personale⁴.

In ordine allo stato giuridico del personale il regolamento, capo II, oltre a distribuire il personale nei vari uffici attribuendo i titoli relativi alla

⁴ Nasce qui la serie di distinzioni tra uffici ministeriali articolati per singola *cura publica* che hanno al vertice un capufficio, la riunione di uffici ministeriali per materia, che costituisce una Divisione, dotata di un direttore; la riunione di divisioni o anche di divisioni e uffici che forma una direzione generale (art. 7, r.d. n. 1611/1853).

carriera ed i gradi della sua progressione⁵, distingue le norme sull'ammissione all'impiego da quelle sulle promozioni e (capo III) sulle sanzioni disciplinari (censura, sospensione dello stipendio, revocazione) sui congedi e le aspettative.

Le norme del 1853 resisteranno nel tempo con il loro traliccio funzionale, pur ricevendo modifiche frequenti, tuttavia sempre secondarie.

Il regolamento successivo n. 3306/1866 consente -per evidenti motivi equitativi- di attribuire una *qualifica* ad un dipendente, anche se questi non possa essere chiamato contestualmente a ricoprire il relativo *ufficio* per carenza di posti, pur essendone di certo meritevole.

2.2 Nella seconda fase, che va dal 1866 al 1907, si registra una notevole cura per la formazione dei dipendenti statali e calcolazioni più precise in ordine alla proporzionalità scalare degli stipendi dei dipendenti dello Stato in relazione al grado e all'ufficio ricoperto, Viene accordata una speciale indennità per quelli che risiedevano a Roma -cioè per tutti i "ministeriali" veri e propri-, ma soprattutto una più razionale articolazione (l. 7 luglio 1876, n. 3212) di nuove piante organiche ministeriali.

Il Parlamento cerca di varare una normativa che distingua e valorizzi il requisito della laurea in vista di procedure di promozione dei dipendenti, ma non riesce nell'intento.

In questo caso non può dirsi, probabilmente, che la forza della burocrazia, appena ventenne nel regno d'Italia, abbia ostacolato l'introduzione della regola della laurea per ottenere la promozione al "grado" superiore. Infatti, la difficoltà che il giovane Parlamento in

⁵ L'articolazione in titoli e gradi del personale statale rispecchia quella degli uffici: 1) Segretario generale; 2) Direttore generale; 3) Direttore capo di divisione; Capo di sezione; Segretario di I e II classe; Applicato dalla I alla IV classe (art. 1, r.d. n. 1611/1853).

quell'occasione non riuscì a superare fu quella della diversità delle carriere dei dipendenti degli Stati pre-unitari -soprattutto dei numerosi "napoletani" passati alle dipendenze del regno d'Italia- diversità che non agevolava l'entrata in vigore di una norma unificatrice, quale quella sul requisito della laurea per i gradi superiori dell'impiego.

2.3 La terza fase prende le mosse dalla l. 25 giugno 1908, n. 290 -trasfusa nel T.U. 22 novembre 1908- e si conclude con la prima normazione del Governo Mussolini, cioè con i regi decreti 11 novembre 1923, n. 2395 e 30 dicembre 1923, n. 2960.

Con la legge del 1908 si afferma la suddivisione in tre grandi *categorie* dei dipendenti pubblici: amministrativi, di ragioneria e d'ordine; inoltre si formalizza la scala gerarchica all'interno di ciascuna di esse.

Ogni Ministero provvede a bandire procedure concorsuali per l'ammissione degli impiegati ad un concorso pubblico le cui regole possono divergere rispetto ad altro Ministero, pur nel comune obbligo di diffusa pubblicità e con l'introduzione di un ricorso giustiziale in opposizione allo stesso ministro per il caso di errori presenti nelle iscrizioni nelle tabelle ministeriali di ciascun dipendente. La legge disciplina, inoltre, i doveri e le incompatibilità dell'impiegato, l'aspettativa con o senza stipendio e le dimissioni.

Quanto alla disciplina, venivano introdotte norme più articolate, soprattutto la nuova sanzione della sospensione dal grado e dallo stipendio e si istituiva la distinzione -che rimarrà nel tempo- tra competenza all'irrogazione della censura, riservata al Capo dell'ufficio, e per le altre sanzioni che, previa audizione dell'incolpato da parte di una Commissione di disciplina, spettava al ministro competente. Dieci anni dopo, con il d.lgs. 10 febbraio 1918, n. 107 si istituiva una Commissione per la riforma

dell'organizzazione dello Stato che tuttavia dette un risultato soltanto parziale, recepito nel r.d. 23 ottobre 1919, n. 1971: quello di provvedere a seguito dell'insoddisfazione suscitata dalla formalizzazione dei gradi gerarchici in tutto il pubblico impiego mediante norme abolitrici della piena vincolatività generale della scala gerarchica e viceversa introduttive di procedure di promozione anche a ruolo aperto.

3.- Soltanto con la legge n. 100 del 31 gennaio 1926 -che riassume in sé e razionalizza i due decreti del 1923- l'organizzazione governativa della pubblica amministrazione riceve una normazione coerente rispetto ai principi dominanti nell'esperienza giuridica, sia pure sotto l'influenza ideologica del regime politico dell'epoca: si afferma soprattutto la riserva di amministrazione nella materia dell'organizzazione degli uffici pubblici, una riserva voluta dal Governo oltre che per soddisfare le ovvie esigenze di funzionalità, anche per evitare il "pericolo" del principio della *separazione* tra potere politico ed ufficio amministrativo, proprio l'alto principio propugnato da Silvio Spaventa nel discorso del 6 gennaio 1880 all'Associazione costituzionale di Bergamo: il governo fascista lo metterà ben presto fra parentesi, in quanto co-essenziale a quel regime è proprio la struttura organizzativa opposta, quella caratterizzata dalla piena *coincidenza dell'apparato burocratico* dello Stato, dei Comuni e dei numerosi enti pubblici che sorgono nel periodo, con la struttura - ben presto diffusa su tutto il territorio nazionale - del partito che pochi anni dopo resterà unico, completandosi in tal guisa il disegno egemonico del fascismo all'interno delle stesse istituzioni italiane.

Tutto ciò, beninteso, nella costituzione materiale, perché -come è noto- sotto il profilo formale, almeno fino alla chiusura della Camera dei deputati sancita dalla legge nefasta n. 129 del 1939, quel Governo non lesinò

attenzioni ai diritti dei dipendenti, alle professionalità dei funzionari, alla legalità degli sviluppi di carriera di tutti i dipendenti dell'amministrazione centrale e locale, a quelle procedure "interne" all'apparato che successivamente sarebbero state definite per merito assoluto e per merito comparativo, ottenendo, è da ricordare, un prevedibile doppio successo: il primo nella fidelizzazione quasi integrale della burocrazia al partito unico, il secondo nella crescita rapida di rilievo sociale del pubblico impiegato, (... pubblico ufficiale, assai spesso) *status* corrispondente ai beni della vita, della stabilità del rapporto di lavoro, dell'assunzione subito dopo la vittoria del concorso con effetti fino alla cessazione del servizio, del diritto alla pensione, alle ferie, alla tredicesima mensilità, all'aspettativa per ragioni di salute, *et similia*.

Lo sviluppo della disciplina dedicata dall'Italia liberale del secolo precedente può dirsi incentrata, nel novecento, nei miglioramenti economici e nell'emergenza della figura, peraltro già introdotta da decenni nell'organizzazione, del funzionario pubblico, che non poteva non attirare l'attenzione immediata della dottrina.

Si tratta di una figura emblematica dello speciale rapporto di lavoro e di servizio instaurato con l'investitura del funzionario stesso.

4.- Con il r.d. 30 settembre 1938 n. 1631, prima legge organica sull'apparato ospedaliero italiano, che per trent'anni resterà l'unica fonte di disciplina della delicatissima organizzazione degli ospedali pubblici italiani, derivanti, nella parte maggiore, dalle precedenti opere pie, il regno d'Italia si dà la normativa di base che -prevedendo un assetto definitivo per le precedenti regole organizzative- resterà vigente per intero fino all'istituzione degli enti ospedalieri regionali (l. 1968 e d.lgs. 1969) e, dieci anni dopo, delle unità sanitarie locali.

Da tale legge "tuttora in vigore" nel 1965, quando Pietro Bodda presentava la sua ricerca, su "Gli ospedali e le farmacie" al Convegno celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione «si può dare un giudizio pienamente favorevole, perché, forse per la prima volta, il legislatore ha avvertito che gli ospedali hanno speciali loro esigenze nei confronti delle opere pie, quali previste nella legge del 1890. Inoltre il r.d. 1938 n. 1631 stabilisce chiaramente che i sanitari ospedalieri sono da considerarsi dipendenti pubblici, cioè pubblici impiegati, eliminando l'opinione che si trattasse di sanitari che in ospedale trovassero, quali liberi professionisti, occasioni di lavoro».

Il capo II della legge del 1938 affronta un problema che si protrarrà fino all'entrata in vigore della l. 23 dicembre 1978 n. 833, istitutiva del servizio sanitario nazionale, quello delle convenzioni tra gli enti ospedalieri, gli istituti assicurativi e le "mutue", connesso anche alla retribuzione dei sanitari ospedalieri.

Dopo la lunga parentesi bellica, la normativa del 1938 consentì la ricostituzione delle strutture ospedaliere anzitutto mediante i concorsi pubblici per l'assunzione del personale ospedaliero, la costituzione del ministero della sanità nel 1958; inoltre, ingigantitisi gli enti assistenziali e assicurativi, inam, enpas, inadel, ecc., si dovettero regolare i nuovi rapporti con norme adeguate alla loro dimensione⁶.

⁶ Cfr. P. BODDA, *Gli ospedali e le farmacie*, Vicenza - Milano, 1967, p. 11-20, «Sembra non sia consigliabile conservare lo stato legislativo attuale nel quale sono coesistenti precetti specifici di carattere sanitario ed ospedaliero del r.d. 1938 e quelli di natura amministrativa della l. 1890 sulle opere pie e relativo regolamento: occorre una norma generale che tenga naturalmente conto di quanto c'è di buono nella precedente legislazione, ma sappia fondere tale parte con quello che si può e si deve introdurre per soddisfare le nuove esigenze di detto ente pubblico sanitario, quale appare ormai delineato, perché ci sia permesso di dire, l'ospedale dovrebbe conservare la sua fisionomia di persona giuridica pubblica, contro ogni tendenza di statalizzazione, contrastante, fra l'altro, con il principio dell'art. 5 della costituzione, che vuole il più possibile largo decentramento autarchico. Ciò risponderebbe

Le opere pie costituivano strutture assai diffuse dell'assistenza e beneficenza della Chiesa cattolica, che avevano subito un processo di pubblicizzazione a seguito dell'entrata in vigore della legge, voluta dal Governo di Francesco Crispi, del 17 luglio 1890, n. 6972, che le aveva trasformate quasi tutte in istituzioni pubbliche di beneficenza, costrette a confluire nelle neo-istituite congregazioni di carità (carità come *nomen* laico della beneficenza ecclesiastica), cui si attribuisce il compito di amministrarle quando non siano dotate di proprie tavole di fondazione o statuti "regolarmente approvati". Le congregazioni sorgono sotto il controllo dei comuni e delle giunte provinciali amministrative.

Or, la forza associativa delle opere pie nelle città del regno appena nato non poteva non provocare diffidenza presso la casa reale. Di conseguenza, le scelte politiche di quel periodo di storia amministrativa e sociale italiana si caratterizzarono per la difesa del principio unitario soprattutto nell'ex regno delle due sicilie, facendo ricorso a normazioni legali invasive, come quella dell'onere di osservanza, per tutte le opere pie divenute istituzioni pubbliche di beneficenza, del pareggio di bilancio sotto comminatoria di scioglimento dell'organo collegiale di governo elettivo e di conseguente commissariamento governativo.

Siffatta svolta coincise, però, con l'affermarsi della giurisdizione amministrativa della sezione quarta del consiglio di Stato: presieduto da Silvio Spaventa, padre ideatore di quella giurisdizione, a poco più di due anni dalla prima sua *decisione*, il Consiglio di Stato incontrò il grave caso politico-sociale del ricorso Vastarini-Cresi (dal nome del primo tra gli amministratori ricorrenti) contro il Ministero dell'interno ed il commissario

pure all'attuazione dell'art. 32 della costituzione. Infatti sono in atto progetti di natura ministeriale elaborati da tecnici della materia, che stanno per essere presentati agli organi parlamentari» (p. 17).

nominato, in particolare contro il decreto reale 31 agosto 1891 di scioglimento, sulla proposta del ministro dell'interno, il barone Giovanni Nicotera, dell'amministrazione della "Santa casa degli incurabili" di Napoli.

A seguito dell'immediato intervento cautelare della sezione IV (relatore Nardi Dei) attuato con ordinanza sospensiva dell'11 novembre 1891 contro la sospensione del commissariamento l'avvocatura erariale propose ricorso per cassazione ritenendo inimpugnabile - *a fortiori* non sospendibile dal giudice - in quanto il provvedimento emesso a conclusione di una valutazione squisitamente politica.

Con la decisione assunta nel merito l'11 dicembre 1891 e pubblicata il 7 gennaio 1892 con il n. 7, respinta la pretesa del governo di sospendere il giudizio in attesa della pronuncia di cassazione sulla sospensiva e la connessa eccezione di inammissibilità del ricorso per la natura politica dell'atto (come è noto, nel presidente del Consiglio di Stato Silvio Spaventa questa tesi incontrava il suo più convinto detrattore), la sezione IV non accolse tuttavia il ricorso, per la prima volta indagando sull'eccesso di potere nell'esercizio della funzione amministrativa: «L'apprezzamento che il governo del re ha fatto» degli episodi di cattiva amministrazione contestati all'opera pia «e ha messo a base del suo provvedimento non contiene nulla di illogico e di irrazionale, o di *contrario allo spirito della legge* per riconoscere nel provvedimento medesimo un eccesso di potere»⁷.

Troppo avevano tirato la corda gli amministratori degli "Incurabili" e la IV sezione non poteva criticare una norma-chiave (per quanto autoritaria) dell'unificazione del regno quale quella che non lascia mano libera alle

⁷ Cfr., per l'inquadramento della fondamentale sentenza, A. SANDULLI, *Commento*, in *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, a cura di G. Pasquini e A. Sandulli, con la prefazione di S. Cassese, Milano 2001, p. 47.

società intermedie usando la leva contabile per controllarle e sopprimerle. La ricerca dello spirito della legge è tuttora fondamentale.

5.- Può ormai valutarsi il prezioso contributo che la dottrina del diritto amministrativo ha offerto negli studi sulla definizione da preferire, per esigenze di irrinunciabile ortodossia giuridica, quando si devono designare gli "individui preposti" all'organo inteso come istituzione con l'attribuzione di far volere ed agire lo Stato: quella di "funzionario" è la denominazione più tecnicamente corretta e, allo stesso tempo, più ampia e comprensiva rispetto ad "organi" o ad "autorità" (quest'ultima si preferisce quando si vuol «mettere in rilievo la potestà che lo Stato esercita per loro mezzo»)⁸.

Non sfugge a Santi Romano che la legge esercita in questo campo un'influenza decisiva sulle definizioni in questione. E proprio dalle leggi, influenzate da quelle francesi, spesso emerge nel nostro ordinamento un concetto di funzionario riferito «solo a coloro che coprono uffici amministrativi», ma soprattutto uffici «comunque subordinati». Infatti dai funzionari devono sempre tenersi distinti i soggetti «preposti ad istituzioni dello Stato, siano esse organi o di diversa natura, i quali siano incaricati di attività che pel loro carattere tecnico (ad es. un insegnamento) o del tutto materiale, non sono da imputarsi allo Stato, sebbene esercitati per suo conto, ma sono attività personali dei singoli»⁹. Può, dunque, distinguersi, sulla base di siffatti argomenti, tra funzionario ed impiegato, quest'ultimo potendo «non essere funzionario» (p. 107).

⁸ Santi ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, III ediz., Padova, 1931, p. 106 ss.

⁹ Non può trascurarsi di osservare la difficoltà, unita, però, alla decisione, con la quale Santi Romano affranca l'«insegnamento» dall'influenza dello Stato, cioè del Governo dell'epoca: il carattere tecnico della prestazione del docente, che -si deve ammettere- «non può che essere svolta per conto dello Stato», la protegge, tuttavia, da qualsiasi subordinazione al potere politico.

Il rapporto tra il funzionario e lo Stato, né è di mandato né di locazione d'opera. È chiarificatrice in proposito la figurazione trilaterale che mostra, secondo Santi Romano, la rappresentanza quale rapporto giuridico di collegamento tra rappresentato, rappresentante e terzi, cioè i cittadini cui è rivolta l'attività del funzionario. Viceversa, l'organizzazione «è figura bilatera che unisce lo Stato al funzionario: i terzi o mancano o stanno di fronte soltanto al primo, con cui il secondo si immedesima»).

Attuale è la classificazione degli obblighi, degli interessi e dei diritti individuali del funzionario secondo Santi Romano:

- a) anzitutto, «il dovere fondamentale di ogni funzionario è quello di prestarsi per l'adempimento del suo ufficio, cioè per *far volere ed agire lo Stato*». L'inadempimento è sanzionato in sede penale, civile, politica e disciplinare;
- b) quanto ai diritti dei quali è titolare il funzionario nei confronti dello Stato, si distinguono diritti "ideali", tipici dei funzionari onorari -tra essi anche i senatori, i deputati e i ministri- che si manifestano anzitutto nel "*jus in officio*"; e diritti patrimoniali, «che caratterizzano i funzionari che hanno la qualità di "impiegati", cioè che si pongono a servizio permanente dello Stato per professione e quindi per ottenere un compenso»;
- c) interessi protetti dei funzionari, che «derivano dal dovere dello Stato di non licenziarli se non per giusti motivi, le aspettative di carriera, varie prerogative e immunità (come per taluni di essi l'esenzione dalla giurisdizione comune, l'improcedibilità contro di loro se non previa apposita autorizzazione, la speciale protezione penale, etc.) che direttamente sono stabilite per la tutela, il prestigio, il decoro dell'ufficio, ma che, di riflesso, possono costituire anche dei vantaggi personali del funzionario» (p. 110-111).

6.- Interesse particolare riveste il procedimento disciplinare per un'analisi del rapporto di impiego pubblico incentrata sui temi indagati tradizionalmente dagli studiosi del diritto amministrativo.

Com'è noto, infatti, prima delle norme del 1990 contenute nella legge n. 241 sul procedimento amministrativo i tipi di procedimento già disciplinati dal legislatore si identificavano nell'espropriazione per pubblica utilità, nelle concessioni di bene pubblico (con special riguardo alla derivazione di acque pubbliche) e, con una certa prossimità a quello che assai più tardi verrà definito il giusto procedimento, il procedimento disciplinare cui è sottoposto il pubblico dipendente per violazione dei doveri d'ufficio e degli obblighi di servizio¹⁰.

Per disporre subito di un punto di riferimento utile in materia è sufficiente trarre le prime considerazioni dal caso della destituzione *ex lege* a seguito di condanna penale di qualsiasi pubblico dipendente: la Corte costituzionale, con le sentenze n. 270/1986 di inammissibilità, n. 971/1988 e n. 16/1991 di annullamento, ha espulso dall'ordinamento la norma sulla destituzione *ex lege* del dipendente pubblico condannato penalmente, affermando, come è noto, in luogo dell'automatismo, la necessità di «un confacente rapporto di adeguatezza con il caso concreto», dunque ritenendo la correttezza costituzionale di un procedimento amministrativo disciplinare anche nel caso di condanna penale dell'incolpato. L'affermazione della Corte secondo la quale la tutela del pubblico interesse deve realizzarsi in sede di esercizio della *potestas puniendi* da parte dell'Amministrazione di appartenenza, nel corso di un apposito procedimento, si spiegherebbe in quanto in questo caso «vengono in considerazione diritti fondamentali della personalità; il giusto procedimento viene considerato sistema necessario ed

¹⁰ Cfr. G. LANDI, *Disciplina*, voce dell'*Enc. dir.*, Milano, 1964, XII, 17-33.

idoneo all'esercizio dei diritto di difesa»¹¹. Si tratta di una delle rare eccezioni al principio della irricoscibilità del valore costituzionale del giusto procedimento che la Corte costituzionale affermerà fino al 2005.

Or, a proposito della funzione disciplinare può rilevarsi che, in occasione del suo esercizio, la pubblica amministrazione esprime necessariamente aspetti rilevanti di discrezionalità amministrativa. Anzi, con riferimento alle sanzioni meno gravi il grado di discrezionalità è accentuato perché dipende dalla scelta del capo dell'ufficio se irrogare la sanzione della censura; con riferimento alle ipotesi più gravi di responsabilità disciplinare non mancano -nel procedimento- aspetti di esercizio del potere discrezionale che attengono alla ricognizione e individuazione della fattispecie della responsabilità: in particolare non può che dipendere da una valutazione graduata discrezionalmente la qualificazione di grave o di reiterato del comportamento del dipendente. Chi ha studiato approfonditamente questo tema nella piena consapevolezza della complessità dell'ordinamento ha dimostrato che le *trasformazioni del diritto pubblico* conducevano ormai verso un vero e proprio diritto amministrativo, disciplina scientifica allora non pienamente sviluppata in tutti i principi che l'alimentano, cioè verso un *sistema* legale di garanzie in favore dei cittadini e ad un tempo verso l'individuazione di precisi compiti di benessere in capo ai pubblici uffici.

7.- A proposito della delimitazione della discrezionalità amministrativa in un quadro di garanzie tipico del procedimento disciplinare, osserva Del Prete (con franchezza non comune agli scrittori italiani del periodo) che «in Germania la letteratura giuridica per questo riguardo è l'indice più sensibile

¹¹ Cfr. l'accurata ricostruzione di P. LAZZARA, *L'azione amministrativa ed il procedimento in cinquant'anni di giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, a cura di G. Della Cananea e M. Dugato, *Annuario A.I.P.D.A.*, Napoli, 2008, p. 387.

del nuovo orientamento politico e legislativo». E mentre proprio la legislazione dello «Stato liberale tedesco, fino all'avvento del nazionalsocialismo ha cercato di contenere i poteri discrezionali della pubblica amministrazione nei limiti di una casistica legislativa per quanto possibile precisa e completa, e la dottrina aveva seguito un tale indirizzo nella formulazione dogmatica dei principi, prevedendo anzi una maggiore estensione del sistema di controlli sull'attività disciplinare della pubblica amministrazione», proprio al contrario nell'uno e nell'altro campo si è affermata «una nuova concezione del potere amministrativo con l'avvento del nuovo regime hitleriano»¹².

Osserva l'illustre Autore che «il nuovo assetto politico ha spinto i più recenti studiosi a concezioni del tutto opposte a quelle per l'innanzi seguite, determinando, come da qualcuno si pone in rilievo, un orientamento giurisprudenziale favorevole ad una maggiore estensione della discrezionalità in materia disciplinare, procedendo, cioè, oltre le determinazioni ristrette della norma positiva, che, secondo quanto si dichiara con esplicita fermezza¹³, *non sempre segue il ritmo anticipatore della dottrina*, la quale mai, come in questo caso, sembra ispirarsi allo spirito dei tempi aprendo volenterosamente la strada al diritto positivo». Deriva dalla coraggiosa critica espressa senza attenuazioni, nei confronti della impronta

¹² Cfr. P. DEL PRETE, *La discrezionalità della pubblica Amministrazione nell'esercizio della funzione disciplinare*, Bari (31 marzo) 1941, ed. Pansini (pubbl. dall'I.D.P. dell'Università di Bari), p. 22 ss. fa riferimento alle dottrine, in ordine alle quali esprime, peraltro, rilievi critici, di L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Paris, 1913, ripubbl. nel 1999; e C. VITTA, *Il potere disciplinare sugli impiegati pubblici*, Milano 1913, p. 277.

Si noti che alla teoria di Duguit si sono riferiti quasi tutti gli studiosi a lui contemporanei, cfr. U. FORTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Napoli 1926, p. 4; FERRARIS, *Il potere discrezionale della p.A. e l'attività giurisdizionale*, in *Riv. dir. pubbl.* 1924, p. 209; M. HAURIOU, *Pouvoir discrétionnaire et sa justification*, in *Mélanges Carré de Malberg*, Paris 1933, p. 233. Ma v. già Santi ROMANO, *I poteri disciplinari delle pubbliche amministrazioni*, in *Giur. it.* 1896, IV, 250.

¹³ FRANK, *Der Führer und das Recht*, in *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht IV*, 1937, p. 289 e seg.

eticizzante della dottrina tedesca datata una sistematica quanto preziosa ricostruzione dogmatica di un momento essenziale del rapporto interattivo fra qualità e collocazione del potere amministrativo discrezionale e legittimità del suo esercizio.

Osserva, infatti, la dottrina in rassegna: «Il rafforzamento del potere centrale direttivo porta spesso a considerare in un modo tutto speciale il rapporto di impiego e quindi a postulare una condizione di subordinazione dell'impiegato o del funzionario al superiore gerarchico che *non consente di vantare diritti di nessun genere di fronte alla pubblica amministrazione e neppure interessi legittimi*. Del resto la stessa concezione dell'amministrazione come *mezzo tecnico per la realizzazione della volontà dell'organo supremo dello Stato*, tanto diffusa nella dottrina¹⁴ è (...) sufficiente per negare, attraverso mezzi costituzionali, il fondamento della pretesa che l'impiegato possa avanzare per ogni questione concernente il rapporto d'impiego e quindi anche per il provvedimento disciplinare».

Viceversa, ritiene Del Prete, in Italia l'ordinamento «presenta un complesso imponente di norme, il quale, nel determinare la condizione giuridica del dipendente durante il rapporto d'impiego, non trascura di dichiarare di quali mezzi esso disponga per neutralizzare eventuali atti di arbitrio dell'autorità disciplinare. Questa serie di guarentigie della condizione giuridica dell'impiegato si è prestata a valutazioni disparate oltre che in giurisprudenza anche e specialmente nella dottrina più autorevole».

In particolare, due autori come "Borsi¹⁵ e Santi Romano¹⁶ (...) ritengono che la potestà discrezionale dell'amministrazione abbia possibilità di efficace penetrazione *nella fase dell'accertamento e della valutazione degli*

¹⁴ MAUNZ, *Verwaltung*, Hamburg 1939, p. II.

¹⁵ BORSI, *L'esecutorietà degli atti amministrativi*, in *Studi senesi*, 1902, p. 52.

¹⁶ Santi ROMANO, *I poteri disciplinari*, cit., p. 248.

elementi di fatto, e quindi della specificazione della sanzione e della applicazione al destinatario di essa. Ché anzi, se questo potere dell'amministrazione si riscontra nel maggior numero dei casi di applicazione della sanzione, massima è la estensione che se ne fa in materia disciplinare poiché, in un tal genere di mancanze, il valore attribuito all'elemento subiettivo è relevantissimo e non può essere apprezzato se non dall'altro soggetto sinallagmatico del rapporto di impiego. A proposito molto acutamente si ricorda la natura della sanzione amministrativa e la possibilità di adeguarla in rapporto alla intensità della lesione, secondo la valutazione che di essa ancora una volta soltanto la pubblica amministrazione può e sa esattamente e tecnicamente determinare. Questa teorica (...) tende a riconoscere nella pubblica amministrazione un'ampia potestà discrezionale¹⁷.

Si tratta, tuttavia, di quella discrezionalità che, al contrario della sua prospettazione nelle opere di Guido Zanobini e di tutta la dottrina tradizionale¹⁸, risulta approfondita nell'interpretazione della pluralità degli

¹⁷ Cfr. P. DEL PRETE, *La discrezionalità*, cit., p. 48 ss.

¹⁸ Cfr. G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, in *Riv. dir. pubbl.* 1924, p. 381: «rappresentando l'attività dello Stato diretta al conseguimento di alcuni fini da esso posti, è costretta ad agire in conformità di questi, anche quando è libera di scegliere il mezzo più idoneo per attuare il fine preconstituito dalla volontà statale. Per ciò anche le facoltà discrezionali non possono evadere dalle guide che il raggiungimento del fine impone di seguire e, poiché sono mosse da un impegno inderogabile, possono considerarsi nell'orbita dell'attività di esecuzione».

Ma v. *contra* anzitutto Santi ROMANO, *Principi di diritto amministrativo*, Roma 1906, p. 101 e *Corso di diritto costituzionale*, Padova 1928, p. 289, ediz. III, Padova, 1932, p. 74-76 e 319-340; e, in senso conforme, BONAUDI, *Dei limiti della libertà individuale*, Perugia 1930, p. 75; anche O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli 1912, p. 176 e poi ne *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano 1937, p. 27; e secondo il CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo e di scienza dell'amministrazione*, I, Macerata 1914, p. II; mentre la legge è l'oggetto dell'attività dello Stato nella funzione legislativa e costituisce il fine di quella giurisdizionale, rappresenta, viceversa, soltanto un limite per quella amministrativa che ha ampia libertà di determinazione nell'ambito di essa.

Come ricorda P. DEL PRETE, *La discrezionalità della pubblica Amministrazione nell'esercizio della funzione disciplinare*, cit., pag. 8, sub nota n. 1: «In genere criticano la

ordinamenti giuridici e nella soluzione del problema del potere amministrativo nello Stato di diritto che evolve verso lo Stato sociale.

Mentre l'azione degli organi giurisdizionali si esaurisce nell'applicazione della norma al caso concreto, quella della pubblica amministrazione è sostanzialmente diversa poiché affidataria precipuamente del compito di soddisfare i bisogni e le esigenze di tutta la comunità che deve servire ponendo in opera i mezzi adeguati a tal fine, persino qualora non sia in vigore una specifica norma che indirizzi l'azione particolare; ne consegue che la norma di legge svolge, nei confronti degli organi amministrativi, il compito di regolare le rispettive sfere di competenza senza precisare specificamente come in ogni contingenza essi debbano agire, ma tracciando soltanto il limite della sfera di libera disposizione dell'agente.

Per disporre di un parametro di raffronto tra vecchia e nuova realtà del rapporto tra esito negativo del procedimento disciplinare e garanzie giurisdizionali per l'incolpato, si può fare riferimento oggi a Cons. Stato, Sez. IV, ord. 31 agosto 2011 che dispone la sospensione della sanzione disciplinare della perdita del grado per rimozione per motivi disciplinari, se risultano violati principi di proporzionalità e ragionevolezza della (massima) sanzione disciplinare adottata in considerazione del fatto che il comportamento censurato non sembra avere avuto alcun diretto riflesso sullo Stato e sul concreto svolgimento del servizio prestato dal ricorrente, ed inoltre è accertata la gravità del danno conseguente all'esecuzione dell'atto impugnato. I profili di danno dell'amministrazione conseguenti alla misura

tendenza tradizionale, che considera come attività di pura esecuzione l'attività amministrativa, LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Nancy 1896, II, p. 425. Si confrontino inoltre: STIER SOMLO, *Das freie Ermessen in Rechtssprechung und Verwaltung*, in *Festgabe für Laband Staatsrechtliche Abhandl.*, Tübingen 1908, II, p. 499; KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1925, p. 237, ed ancora in *Lineamenti di una teoria generale dello Stato*, Roma 1932, p. 53; e da ultimo MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlin 1927, p. 146; MAUNZ, *Verwaltung*, cit., p. 9 e seg.».

cautelare, possono essere agevolmente tutelati dalla stessa amministrazione militare facendo ricorso ad altri procedimenti di gestione del personale.

Chi vendicherà –dunque- lo sfortunato segretario comunale siciliano che, negli anni cinquanta, dopo un grave infortunio coniugale da lui accettato (anziché vendicato con il sangue, come ancora l'ordinamento penale sostanzialmente consentiva fondando una relativa impunità a causa d'onore...) si vide licenziare per il disdoro arrecato all'ufficio da lui ricoperto: e, quel che è assai peggio, dovette sopportare la reiezione del suo ricorso al Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana in quanto il comune avrebbe adeguatamente maturato in ordine alla concezione dell'onore imperante all'epoca nella comunità "amministrata", concezione incompatibile con ogni forma di supina accettazione del tradimento adulterino della moglie di un pubblico funzionario.

8.- Per venire, ormai, a tempi più vicini va soffermata l'attenzione almeno per un momento sulle norme costituzionali concernenti l'organizzazione dei pubblici uffici (artt. 97 e 98) e sul loro intreccio con la disciplina della responsabilità dei pubblici funzionari e dipendenti dello Stato o degli enti pubblici (art. 28).

L'art. 97, nell'istituire una riserva relativa di legge in ordine all'organizzazione dei pubblici uffici (si intende qui amministrativi, non altri uffici pubblici, perché l'art. 97 è il primo dei due dedicati nella Carta costituzionale a "La pubblica amministrazione") stabilisce il principio - sempre poco gradito nel tempo dalla classe politica- della subordinazione della stessa "organizzazione" originaria del pubblico ufficio alla prestazione di una garanzia operativa promanante dallo stesso "organizzatore" dell'ufficio in via di costituzione (Parlamento, Governo, Consiglio o Giunta regionale, ecc.).

Si tratta della garanzia di "*buon andamento* e di imparzialità dell'amministrazione", entrambi beni della vita che nella loro profonda diversità devono essere "assicurati" ("in modo che") in occasione anzitutto di ogni sapiente e misurata istituzione o nuova organizzazione di un ufficio amministrativo.

Con la conseguenza che l'ufficio che -per errore in eccesso o in difetto nel calcolo della dotazione di dipendenti, o che, in concreto, non risponda per l'oggetto delle competenze assegnate -alle specifiche esigenze della popolazione che avrebbe dovuto servire non è costituzionalmente ammissibile. Infatti in quelle condizioni di fondazione esso non ha potuto garantire il *buon andamento dell'amministrazione*- che non può non identificarsi nell'incremento del grado di benessere che è dovere di ogni amministrazione pubblica, soprattutto territoriale, "assicurare" a ciascun cittadino; né ha garantito l'*imparzialità* che è valore successivo e più raffinato, tra i più difficili -forse- da tradurre nel concreto in opportuno impegno del pubblico ufficio, un impegno totale quanto neutrale.

L'istituzione stessa del pubblico ufficio è dunque subordinata alla prestazione (che si otterrà -secondo la recente formulazione- mediante un'analisi preventiva di impatto della regolazione (AIR), ed una verifica degli effetti dell'impatto (VIR), di una vera e propria "assicurazione" di buon andamento, una garanzia *ut*, dunque, che vota tutti gli aspetti dell'organizzazione degli uffici amministrativi al risultato del benessere degli "amministrati" -buon andamento- connesso all'azione dell'amministrazione, con la regola dell'imparzialità e con i mezzi ed i metodi dell'economicità, trasparenza, pubblicità, efficacia che le norme generali sul procedimento detteranno e applicheranno nel tempo per ottenere un ritorno ed una qualità di attività sempre più utile ai cittadini.

9.- Ma l'art. 97 contiene, al comma secondo, una seconda norma breve e chiara quanto fondamentale, la prima per dotazione -questa volta- dei pubblici uffici: essa, per un verso, regola il momento "mistico" della nascita del potere amministrativo proprio all'atto dell'«ordinamento degli uffici», allorché «sono determinate le sfere di competenze, le attribuzioni» (è evidente che ci si stia riferendo alle norme attributive del potere in presenza o in mancanza delle quali si determina l'una o l'altra giurisdizione, quella amministrativa o quella ordinaria); per altro verso, costituisce il collegamento dell'esercizio delle funzioni con la norma di cui all'art. 97, comma secondo quando dispone che in sede di «ordinamento degli uffici» oltre a competenze e attribuzioni di potere, devono essere «determinate ... le responsabilità proprie dei funzionari».

Ed è noto che la disciplina della responsabilità in questione è rigidamente prevista dal costituente nelle due formule normative che compongono l'art. 28.

Anzitutto «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».

In secondo luogo, pur senza lo spirito "socialistico" censurato dal Mantellini, la Costituzione prevede che «in tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici».

Violazione "di diritti" chiariranno le Sezioni unite della Corte di cassazione con la sentenza n. 500 del 1999, è espressione che comprende anche i danni recati dall'attività amministrativa agli interessi legittimi nelle loro varie forme, anche a livello di perdita di *chances* o di interessi procedimentali, oltre che in quelle classiche degli interessi oppositivi e pretensivi.

10.- La privatizzazione del pubblico impiego e non molto tempo dopo la riforma costituzionale di cui alla legge n. 3/2001 hanno posto in questione la posizione dei pubblici impiegati, i quali «sono al servizio esclusivo della Nazione» secondo il dettato normativo di cui all'art. 98 Cost.

Sulla scorta della dottrina costituzionalistica più sensibile, una volta superata la tesi della natura meramente programmatica di norme costituzionali a contenuto "morale", come quella di cui all'art. 98, si è ben presto affermata una lettura della norma secondo la quale «l'impiegato, se pure è servo e presta servizio, e presta per compenso o per mercede la sua attività, è servo dell'ufficio e non dei superiori. Inoltre resta fissato che l'impiegato deve agire secondo gli specifici interessi dell'ufficio affidatogli alla sua competenza e non quale interprete della pubblica opinione»¹⁹.

Il servizio concerne l'ufficio ma la sua esclusività è chiaramente attribuito del rapporto di lavoro che è ordinariamente esclusivo anche nell'impiego privato. Chi privilegia un'interpretazione della norma atta a far leva sulla dignità della persona che assume un impiego pubblico non sbaglia, a mio avviso. Ma la stessa norma ha anche un contenuto fattuale e assai concreto quando esclude il "servizio per lo Stato", preferendo evidentemente -con il riferimento al concetto-valore di Nazione- il servizio per i cittadini e la

¹⁹ C. ESPOSITO, *Riforma dell'amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini*, in C. Esposito, *La Costituzione italiana*, Padova, 1954, p. 246.

Per la dottrina successiva, invero pedissequa alla riferita impostazione, cfr. il saggio di C. DE FIORES, "I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione"? *Brevi considerazioni sulla dimensione costituzionale del pubblico impiego, tra privatizzazione del rapporto di lavoro e revisione del Titolo V*, in *Dir. pubbl.*, 2006, 1, p. 149, anche con riferimento al servizio reso dall'impiegato regionale e locale (e con una postilla assai critica -e forse troppo pessimistica- contro lo spirito delle recenti riforme legislative, compreso il testo unico del pubblico impiego, fondate «sulla passiva ricezione, da parte della cosiddetta *Azienda Italia*, della dottrina del *New Public Management* (N.P.M.) così come in questi tempi, propagandata dagli studi dell'OCSE, sostenuta dalla Banca mondiale, ostentata dal Fondo monetario internazionale», *ivi*, p. 183).

Cfr., altresì, B. PONTI, *La nozione di indipendenza nel diritto pubblico come condizione del funzionario*, *ibidem*, p. 185.

dipendenza non acritica dal soggetto datore di lavoro, perché il programma costituzionale non possa venire legittimamente ostacolato da una scelta governativa contraria.

La natura giuridica del rapporto di lavoro tra dipendente e Stato è di diritto pubblico: ma se il rapporto possa definirsi di origine unilaterale -con accettazione del privato- o propriamente contrattuale è a lungo rimasto nel dubbio²⁰.

La teoria del contratto di tipo privatistico -*locatio operarum*- non poteva non dominare nelle prime trattazioni sull'argomento (per conto della Corona un intendente assume dipendenti promettendo una paga e il giudice dei rapporti ordinari garantirà il dipendente per la riscossione in concreto del credito di tale somma).

In realtà si registrano effetti diversi dei provvedimenti del giudice nella loro intensità, a seconda del contesto sociale nel quale quel giudice esercita il suo potere, anche nei confronti degli interessi dello Stato.

Con la revisione critica della posizione dello Stato nei confronti del cittadino si verifica una netta inversione di tendenza e il rapporto giuridico in questione svela, nelle analisi di dottrina e di giurisprudenza progressivamente elaborate, i connotati ad un tempo della pubblicità e della atipicità. Pubblico è il datore di lavoro, la prestazione lavorativa del dipendente è sempre legata nel suo oggetto ai fini istituzionali del soggetto pubblico datore di lavoro ("amministrazione di appartenenza", terminologia

²⁰ Cfr. per la prima soluzione F. CAMMEO, *Commentario alle leggi di giustizia amm.*, 1911, 79; RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia amm.*, 1937, 143; ROMANO, *Principi di diritto amm.*, Milano, 1912, 39 e 93 e *Corso di diritto amm.*, Padova, 1937, 230; BALDI PAPINI, *Il rapporto di impiego pubblico*, 1942; VITTA, "Impiego pubblico", in *N.D.I.*, VI, Torino, 1938, 791 ss.

La manualistica degli anni successivi consolidò la tesi della natura pubblicistica del rapporto di pubblico impiego: cfr. COSI, *Impiego pubblico*, in *Dizionario amministrativo*, a cura di Guarino, 1983, II, 927; P. VIRGA, *Dir. amm. Principi*, I, 1983; A. M. SANDULLI, *Manuali di dir. amm.*, I, 1984, 250; M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, 1988, 370.

più diffusa nei rapporti di responsabilità per danno erariale nella giurisprudenza della Corte dei conti); la prestazione lavorativa non può essere occasionale, ma continuativa anche se a tempo determinato; la professionalità della *performance* del dipendente generalmente tenuto al "tempo pieno", salvo eccezioni previste dalle leggi, ciò che differenzia questo da servizio onorario; la subordinazione al funzionario di maggiore rilievo nel suo ufficio; la predeterminazione normativa della retribuzione data la notevole incidenza che la spesa per il personale rivela sulla finanza pubblica.

La prestazione lavorativa si inserisce, ormai a pieno titolo, nell'organizzazione pubblica, collegandosi in modo funzionale all'interesse pubblico, la cui cura è affidata all'ente datore di lavoro dall'ordinamento²¹.

Or, va osservato che se è vero che i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, dopo lo statuto del 1957 degli impiegati civili dello Stato, (d.P.R. 10 gennaio 1957 n. 3, c.d. legge Fanfani) nessuna "disposizione di legge" generale è entrata in vigore nei successivi trentadue anni, con l'eccezione del d.P.R. 30 giugno 1972, n. 748, sulla dirigenza nello Stato, della legge quadro sul pubblico impiego, 2 gennaio 1983, n. 93, e della successiva legge sull'accesso alla dirigenza, 10 luglio 1984, n. 301, con la quale sono stati previsti per l'accesso alla dirigenza le tre strade del concorso speciale per esami, del corso-concorso di formazione e del concorso pubblico per titoli ed esami. Inoltre, v'è da considerare la l. 30 marzo 1975, n. 70 per i dipendenti degli enti del panstato.

Quanto alle Regioni ed agli enti locali, il terzo accordo nazionale di lavoro, 29 aprile 1983, ha introdotto la qualifica di dirigente. Le Regioni hanno recepito l'accordo con proprie leggi e gli enti locali hanno ottenuto il

²¹ L. RAINALDI, *Impiego pubblico*, voce del *Dig. IV, dic. pubbl.*, Torino, 1993, p. 145. Sul Senso costituzionale del pubblico impiego cfr. da ultimo D. IMMORDINO, *Brevi spunti sullo "statuto costituzionale" del pubblico impiego*, in *Riv. amm.*, 2011, p. 277.

loro regolamento nella rispettiva organizzazione con d.P.R. n. 347/1983 e con la successiva legge 8 giugno 1990, n. 142.

11.- Proprio il vigore della norma costituzionale di cui agli artt. 97, 2° co. e 28, tuttavia, ha finito per provocare, pochi anni dopo, un'astuta delimitazione legislativa della responsabilità, che in realtà non restringe se non minimamente le garanzie del cittadino danneggiato e, per converso, solleva tutta l'organizzazione degli uffici pubblici dall'ipoteca dell'immediato sorgere dell'obbligo risarcitorio diretto nei confronti del cittadino. Si tratta della norma contenuta nell'art. 23 del d.P.R. n. 3/1957, che limita l'evocabilità nel giudizio risarcitorio del dipendente pubblico al caso di danno ingiusto provocato da «ogni violazione dei diritti dei terzi che l'impiegato abbia commesso per dolo o colpa grave»; al contrario, è l'amministrazione di appartenenza a restare «responsabile verso i terzi» secondo gli ordinari criteri della *culpa levis*, nel caso concreto della c.d. colpa di apparato. È evidente che quel dipendente o amministratore che non sia stato convenuto in giudizio dal cittadino danneggiato risponderà -sempre per colpa grave- in seconda battuta, dinanzi alla Corte dei conti, quale giudice della responsabilità per danno erariale, dell'esborso risarcitorio subito dall'Amministrazione di appartenenza, su azione officiosa della procura regionale presso la sezione giurisdizionale della Corte dei conti competente per territorio.

Egli godrà in siffatto giudizio dell'onere della prova di tutti gli elementi della fattispecie del danno erariale posto a carico del procuratore, titolare dell'azione pubblica; dell'eccezione di *compensatio lucri cum damno*, qualora dimostri di aver procurato all'istituzione di appartenenza oppure alla comunità di cittadini che è da questa amministrata, un vantaggio misurabile economicamente, che va a compensare in tutto o in parte la

maggiore ed ingiustificabile spesa pubblica da lui provocata; della limitazione al dolo o alla colpa grave della sua responsabilità, anche se va subito detto che nel diritto vivente uffici di procura e Collegi giudicanti della Corte dei conti dubitano della gravità della colpa soltanto raramente, donde si deve desumere che nulla ha di simile la colpa grave configurata dalla norma di cui all'art. 10 del d. P.R. n. 3/1957, dove il pubblico funzionario pone in essere un'azione e commette un fatto di danno con previsione dell'evento, nel rapporto con quella di cui all'art. 1 della l. 14 gennaio 1994, n. 20, che, nel pensiero alla Corte dei conti, si identifica nella generale violazione ("disprezzo") dei propri compiti di servizio; inoltre dell'«insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali» implicanti spese pubbliche di importo eccessivo in misura sospetta, purché, ovviamente, legittime nel procedimento rispettivo; della non estensibilità della responsabilità per gli atti di «competenza propria degli uffici tecnici o amministrativi» «ai titolari degli organi politici che in buona fede li abbiano approvati, ovvero ne abbiano autorizzato o consentito l'esercizio»; dell'esclusione dell'obbligazione solidale passiva, salvo nel caso di "illecito arricchimento"; della prescrizione quinquennale del "diritto al risarcimento del danno"; della rateizzazione del pagamento della somma addebitata con la condanna della Corte; infine del "potere di riduzione" dell'addebito e conseguentemente dell'entità della condanna risarcitoria: qualche tempo fa il Sindaco di una città molto importante è stato convenuto per l'illegittima spesa maggiore -nella misura di €. 2.000.000,00- sostenuta dall'Amministrazione comunale a seguito della trasformazione da lui proposta di quattro contratti a termine in contratti a tempo indeterminato: la condanna è intervenuta ma, in forza di *compensatio lucri cum danno* e con applicazione del potere riduttivo, è stata limitata dal Collegio giudicante al 2,5% della somma chiesta dall'ufficio di procura, cioè a €. 50.000,00. Dunque,

una condanna soltanto simbolica che, tuttavia, pure impedisce di considerare contabilmente lecita la spesa addossata al bilancio dell'ente dal suo Sindaco, intraprendente nel pubblico interesse quanto imprudente nel rispetto delle regole del gioco.

12. Ma la nostra veduta di scorcio si arresta qui, perché lo statuto del 1957 reca diritto post-costituzionale a lungo vigente: se ce ne siamo occupati di passaggio, è stato sol perché è parso necessario argomentare in ordine all'art. 28 della Costituzione, riconducendo a sistema le due norme, di diverso peso, sulla responsabilità dei pubblici dipendenti.

La Costituzione del 1948 può legittimamente essere scelta come punto di arrivo di un breve percorso all'interno dei cent'anni di vita dello Statuto albertino, la Carta flessibile che ha accompagnato nel bene e nel male la strutturazione dell'unità d'Italia avviata centocinquant'anni or sono.