

MARIA CRISTINA CAVALLARO

Professore ordinario di diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Palermo
mariacristina.cavallaro@unipa.it

IMMEDESIMAZIONE ORGANICA E CRITERI DI IMPUTAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ

THE THEORY OF BODIES OF THE PUBLIC ADMINISTRATION AND THE PRINCIPLE OF RESPONSABILITY

SINTESI

L'articolo esamina la teoria degli organi della pubblica amministrazione come criterio di imputazione della responsabilità. In particolare, attraverso lo studio della responsabilità in materia di servizi pubblici e nell'ambito dell'esercizio del potere, si cerca di verificare l'attualità della teoria organica alla luce dell'art. 28 della Costituzione.

ABSTRACT

This paper examines the theory of bodies of the public administration and the principle of responsibility. In particular, through the analysis of responsibility for public services and liability within the exercise of administrative powers, the study focuses on the actuality of this theory and the application of art. 28 of the Italian Constitution.

PAROLE CHIAVE: organi, pubblica amministrazione, pubblico potere, responsabilità, art. 28 Cost.

KEYWORDS: body of public administration, public power, responsibility/liability, Article 28 Italian Constitution.

INDICE: 1. Teoria organica e principio di imputazione – 2. Il quadro costituzionale – 3. La rilevanza dell'organizzazione amministrativa: modelli di amministrazione e imputazione della responsabilità – 4. Responsabile del procedimento, colpa in re ipsa e responsabilità – 5. Brevi considerazioni conclusive.

1. Teoria organica e principio di imputazione.

Secondo l'opinione prevalente, la teoria organica, strettamente legata al processo di astrazione della persona giuridica, nasce e si sviluppa per rispondere all'esigenza di individuare e isolare l'«unità dello Stato», in contrapposizione al

‘corpo sociale’, al fine di imputare direttamente alla persona giuridica dello Stato l’attività svolta dai suoi organi¹.

La ricostruzione in questi termini emerge anche nella dottrina italiana e in quegli Autori che, pur cimentandosi nel tentativo di una razionalizzazione dell’organizzazione pubblica, mantengono ferma la necessità della riconduzione della sovranità alla persona giuridica dello Stato, con la conseguente supremazia della volontà dell’organo e centralità dell’organizzazione amministrativa nella costruzione dello Stato².

Così, ad esempio, Ranelletti pone la necessità di distinguere due elementi: il pubblico ufficio, inteso come la «*sfera di attribuzioni, cioè compiti e poteri dello Stato*» e la persona ad esso preposta, «*che all’ufficio, unità astratta, dà vita, volontà e azione e dell’ufficio fa con ciò un organo dello Stato*». Ma la finalità della ricostruzione rappresentata rimane immutata e si traduce nella circostanza in base alla quale «*l’ufficio non ha un’esistenza giuridica a sé, distinta dallo Stato, ma, come qualunque organo in un organismo, è parte dello Stato stesso*», e «*ha vita nella unica persona dello Stato*»³.

In parte diversa la visione di Santi Romano, che nel tratteggiare la nozione di organo, ne risolve le problematicità attraverso la teoria dell’istituzione e, dunque, dell’organo inteso come istituzione, che «*rende l’ente cui appartiene capace di agire*», ma che si distingue da esso e dagli altri organi «*come le diverse parti di un tutto possono distinguersi l’una dall’altra e contrapporsi fra loro*»⁴.

È in Kelsen che si rinviene una diversa concezione della sovranità dello Stato, che coincide con l’ordinamento giuridico e si traduce nell’«*unità necessaria fra Stato e diritto*»: lo Stato non è «*il potere che sta dietro il diritto*», poiché «*il potere dello Stato è il potere organizzato dal diritto positivo, è il potere del diritto, cioè l’efficacia del diritto positivo*». Da qui origina la diversa costruzione della teoria dell’organo in termini di imputazione, intesa come il rapporto che lega un fatto e l’ordinamento giuridico che qualifica quel fatto: «*l’imputazione allo Stato di un’azione umana è possibile solo a condizione che questa azione sia determinata in modo specifico da un ordinamento normativo*»⁵. L’ordinamento cioè qualifica l’organo e ne de-

¹ «La metafora organicistica ha il solo scopo di immedesimare completamente ufficio ed ente, organo e Stato. L’azione dell’organo non richiede mediazioni di sorta, è imputata direttamente alla persona giuridica dello Stato», B. SORDI, *Rappresentanza, organo, organizzazione: l’itinerario del diritto amministrativo*, in *Quad. Fior.*, 2008, p. 187.

² A. DE VALLES, *Teoria giuridica dell’organizzazione dello Stato*, Padova, Cedam, 1931, p. 156.

³ O. RANELLETTI, *Gli organi dello Stato (Concetto, natura, rapporti)*, (1909), oggi ripubblicato in *Scritti giuridici scelti*, Napoli, 1992, vol. I, p. 281.

⁴ S. ROMANO, *Organi*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Ristampa inalterata, Milano, 1983, p. 145.

⁵ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1959, pp. 195-196.

finisce i poteri, affinché questi siano imputati allo Stato, che è esso stesso ordinamento.

Non potendo indugiare oltre sulle diverse teorie che si sono sviluppate negli anni, è possibile tuttavia cogliere un elemento unificante delle ricostruzioni richiamate e in generale della c.d. «metafora organicistica», sottolineandone, come già evidenziato in apertura, la finalità: in altri termini, muovendo dall'ovvia circostanza che si tratta di costruzioni teoriche profondamente diverse tra loro, emerge tuttavia la considerazione per la quale attraverso il nesso di immedesimazione organica è possibile imputare direttamente alla persona giuridica l'atto, e in generale l'attività, dei suoi organi. Con l'altrettanto ovvia conseguenza che l'imputazione di un atto, dei suoi effetti e dell'attività di un organo, comporta altresì che questi e la persona giuridica, alla quale l'organo appartiene, rispondano anche degli eventuali danni cagionati a terzi.

2. Il quadro costituzionale.

Gli art. 28 e 97 della nostra Costituzione inducono a ritenere sostanzialmente confermata, al di là delle sfumature che si sono sinteticamente richiamate, la teoria di una immedesimazione tra ente e organo, che consente di imputare all'ente l'attività dell'organo, anche ai fini delle conseguenti responsabilità.

Nel testo dell'art. 28 Cost. affiora la responsabilità dei singoli funzionari per gli atti compiuti in violazione dei diritti, con la nota precisazione secondo la quale la responsabilità civile si *estende* anche allo Stato o all'ente al quale il funzionario appartiene: ma è altrettanto nota l'interpretazione secondo cui, nonostante la lettera della disposizione, ci si trovi in presenza di una responsabilità diretta e solidale dell'amministrazione, proprio in conseguenza dell'immedesimazione organica, dovendosi escludere nella specie un'ipotesi di responsabilità indiretta⁶. Più puntuale la previsione contenuta nell'art. 97 che, nel prescrivere la riserva di legge in materia di organizzazione dei pubblici uffici, in funzione di garanzia dell'imparzialità e del buon andamento

⁶ Di recente, in tema, v. S. BATTINI, *Responsabilità e responsabilizzazione dei funzionari e dipendenti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2015, p. 53. Nel panorama dottrinario fa eccezione E. CASETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, Torino, Giappichelli, 1953, secondo cui nel caso in cui l'illecito consegua alla adozione di un atto illegittimo, vero è che l'atto è dello Stato, in quanto atto, cioè in applicazione della teoria organica, «*ma non in quanto fatto, dato che, sotto questo profilo, è elemento di una fattispecie che non allo Stato è imputata*»: ne consegue che «*la condizione al cui verificarsi è collegato l'obbligo di risarcimento dello Stato non è l'attribuzione ad esso dell'atto, ma la circostanza che l'atto è stato compiuto dal funzionario nell'esercizio delle incombenze che lo Stato aveva a lui affidato, circostanza che trova la sua origine nell'atto costitutivo del rapporto di servizio*», p. 249

dell'amministrazione, aggiunge che «nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari».

La formulazione prescelta dai costituenti rimanda alla nozione di *attribuzione* dell'ente e di *competenza* dell'organo, che già per Santi Romano è «da misura, la delimitazione, la precisazione della funzione che spetta all'ente»⁷. E la correlazione delle relative responsabilità può avvenire alla stregua del criterio di imputazione dell'immedesimazione organica.

È chiaro che il modello di amministrazione presupposto nel disegno costituzionale è quello dell'amministrazione del dopoguerra: un'amministrazione fortemente centralistica, gerarchicamente organizzata, la cui attività era prevalentemente caratterizzata, con una metafora che, nella sua semplicità e incompletezza, ne sintetizza, tuttavia, l'essenza, da «un passaggio di carte tra uffici»⁸.

Come sottolineato dalla dottrina, il «decollo amministrativo» del Paese, mancato al momento dell'unità, coincide invece con l'inizio del «decollo industriale», e si caratterizza per il proliferare delle funzioni pubbliche, che risponde ad «una specifica e puntuale domanda di servizi pubblici» e che implica «una crescita degli apparati e del personale dello Stato»⁹.

Così, nel secondo Novecento, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, la complessità dei modelli organizzativi induce Nigro a ragionare di tre modelli di amministrazione che trovano rispondenza nel sistema costituzionale, «o, se si preferisce, ne troviamo uno che consta di tre parti disomogenee»¹⁰. La Costituzione disegna anzitutto l'amministrazione come «apparato servente del governo», secondo il modello delineato dall'art. 95 Cost., che ricalca sostanzialmente il modello di amministrazione voluto da Cavour nel 1853¹¹. Accanto a questo modello organizzativo, gli art. 97 e 98 Cost. tratteggiano un modello di amministrazione imparziale e necessariamente indipendente dal governo e dal potere politico, gestito «da impiegati al servizio esclusivo della nazione»¹². Infine, l'art. 5 Cost., e oggi in misura più incisiva le norme contenute nel Titolo V, sviluppano un modello di amministrazione «autonomistica e comunitaria», che non «presenta comuni province e regioni, ma consiste di essi»¹³.

⁷ S. ROMANO, *Organi*, cit., p. 163.

⁸ G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana*, Bologna, Il Mulino, 1996, p. 72.

⁹ G. CIANFEROTTI, *L'attività interna nella storia dell'amministrazione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3/2011, p. 725.

¹⁰ M. NIGRO, *La pubblica amministrazione fra costituzione formale e costituzione materiale*, oggi pubblicato in *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1996, III, p. 1843.

¹¹ Il riferimento è alla l. 23 marzo 1853, n. 1483, c.d. legge Cavour.

¹² Ancora M. NIGRO, *La pubblica amministrazione*, cit., secondo il quale questo modello, per contro, ricalca il modello weberiano «non ignoto alla cultura giuridica».

¹³ In realtà oggi a questi modelli individuati dall'illustre A. si potrebbe aggiungere il modello delle amministrazioni indipendenti, intese come amministrazioni 'neutrali', strutturalmente e funzionalmente separate dalla politica: cfr. F. MERLONI, *Amministrazione 'neutrale' e amministrazione 'imparziale'*, in *Dir. Pubbl.* 2/1997, che parla anche di amministrazioni

In termini assai generali, e nella consapevolezza di non riuscire a dare ordine alla complessità dei modelli organizzativi delle amministrazioni pubbliche, ma al solo scopo di dare un ordine, semmai, alle questioni da affrontare, si potrebbe ritenere che la correlazione tra attribuzione dell'ente e competenza dell'organo, nonché il sistema responsabilità che consegue al principio di immedesimazione organica, in una parola il modello dell'art. 97 Cost., trovi una diretta corrispondenza laddove l'amministrazione eserciti un potere, mentre con più difficoltà è riconducibile a quella che oggi può essere definita come l'amministrazione di prestazioni.

Il modello amministrativo così descritto riguarda quella che secondo Vittorio Emanuele Orlando è l'attività giuridica dell'amministrazione, ossia l'attività caratterizzata dal potere e finalizzata alla realizzazione di un interesse pubblico; rimane fuori da questo modello la c.d. attività sociale, nella quale «*lo Stato interviene nei rapporti sociali, non già per regolarli giuridicamente, ma bensì perché crede che ciò convenga di più ad essi e per promuovere il benessere, la ricchezza, la cultura del popolo*»¹⁴.

Si tratta di una esemplificazione che probabilmente non tiene conto della complessità funzionale e organizzativa che nel tempo ha caratterizzato l'amministrazione italiana, ma che probabilmente può tornare utile per descrivere il processo di trasformazione al quale assistiamo ormai da anni.

3. La rilevanza dell'organizzazione amministrativa: modelli di amministrazione e imputazione della responsabilità.

Nella cornice teorica sinteticamente tracciata, è possibile allora indagare intorno all'attualità del modello dell'art. 97 Cost., per verificare a un tempo l'attualità del conseguente sistema di imputazione della responsabilità.

Procedendo a grandi linee, occorre anzitutto far menzione del ricco e articolato dibattito intorno al superamento della centralità della persona giuridica pubblica e dunque dell'ente pubblico e della progressiva rilevanza che, quasi con un processo inversamente proporzionale, ha assunto il complesso

'tecniche': in particolare pp. 352 e 356; nonché V. CERULLI IRELLI, *La funzione amministrativa tra politica e amministrazione*, in M. P. CHITI-R. URSI (a cura di), *La dirigenza pubblica: analisi e prospettive*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 15, in particolare p. 34.

¹⁴ V.E. ORLANDO, *Principii di diritto amministrativo*, Firenze, 1891, p. 20. Non lontano da questa lettura G. CIANFEROTTI, *L'attività interna nella storia dell'amministrazione italiana*, cit., secondo il quale, nel secondo dopoguerra, «*si moltiplicano una pluralità di nuove amministrazioni e di statuti giuridici che le regolano. Prolifera una nuova larghissima amministrazione diretta di attività sociali ed economiche che si affiancano alla tradizionale "amministrazione autoritativa e provvedimentale", alla kelseniana amministrazione indiretta*», p. 725.

dell'organizzazione amministrativa. Si tratta di un percorso avviato nella seconda metà del Novecento teso a dimostrare la natura necessaria dell'organizzazione e il ruolo del tutto recessivo della persona giuridica¹⁵, che implica anche il superamento di un'antica concezione, quella cioè della sostanziale coincidenza tra organi e organizzazione¹⁶.

Di fronte alla crisi della sovranità dello Stato, l'organizzazione amministrativa non è più mera articolazione interna dell'ente, strumentale all'esercizio del potere. Ma, a fronte della proliferazione delle relazioni interorganiche, e della pluralità delle diverse articolazioni degli uffici, anche l'organizzazione è «procedura»: essa è fatta di una molteplicità di interrelazioni, anche tra soggetti diversi, in una logica secondo la quale l'azione amministrativa non è più mera esecuzione del comando normativo o indirizzo dell'organo di governo¹⁷.

Ad ogni modo, anche a voler dubitare della correttezza del punto di vista proposto¹⁸, non può negarsi la vastità e complessità del processo di trasformazione che ha attraversato gli apparati della pubblica amministrazione, soprattutto a partire dagli anni Novanta in poi, sicché può risultare comunque utile procedere alla verifica della tenuta del principio di immedesimazione organica, come criterio di imputazione della responsabilità.

Si può così ritenere che, in un'amministrazione che esercita i pubblici poteri attraverso i propri organi, muniti delle rispettive competenze e che pongono in essere atti imputati per intero all'ente di appartenenza, nell'ipotesi in cui dall'adozione dell'atto consegua un effetto dannoso, di tale danno risponde direttamente l'ente, giacché l'atto e i suoi effetti sono imputati

¹⁵ Il riferimento è a G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, Cedam, 1968.

¹⁶ Nella ricostruzione di G. CIANFEROTTI, *op. cit.*, nella seconda metà del Novecento il dibattito dottrinario conduce verso una direzione precisa: «viene superata l'intera sequenza di corollari dedotti dalla teoria dello Stato come persona giuridica e dalla connessa teoria dell'organo, i corollari derivati dalla concezione dello Stato che, in quanto persona giuridica, poteva operare solo attraverso gli organi e solo attraverso le persone fisiche-organi poteva modificare le situazioni giuridiche soggettive dei cittadini» e, pertanto, «viene superata anzitutto la riduzione dell'organizzazione amministrativa agli organi».

¹⁷ In tal senso L. R. PERFETTI, *Organizzazione amministrativa e sovranità popolare. L'organizzazione pubblica come problema teorico, dogmatico e politico*, in *PA Persona e Amministrazione*, 1/2019, pp. 7 ss., secondo cui la sovranità non appartiene necessariamente alla persona giuridica pubblica che ipostatizza lo Stato (o gli enti pubblici). Più ancora, nel nostro ordinamento costituzionale essa appartiene ad un soggetto diverso, vale a dire al popolo» e poiché «l'organizzazione amministrativa ha funzione servente del sovrano», «escludere che la sovranità spetti allo Stato ed affermare che essa pertiene al popolo, significa modificare radicalmente la spiegazione dell'organizzazione pubblica».

¹⁸ Il dibattito sul ruolo dell'organizzazione e dei suoi rapporti con l'attività amministrativa è assai ampio, spaziando dalle posizioni di coloro che ricorrono a un impianto istituzionista, alle ricostruzioni più legate alle teorie normativiste: per un'efficace messa a fuoco di tale dibattito qui solo evocato, v. L. R. PERFETTI, *op.cit.*

all'amministrazione nel suo complesso. Di conseguenza, nel sistema dell'organizzazione, il principio dell'immedesimazione organica è servito come criterio di imputazione della responsabilità, consentendo di imputare l'atto adottato dall'organo direttamente all'amministrazione di appartenenza.

Tale principio però, con buona probabilità, non consente di spiegare con altrettanta efficacia e in modo altrettanto persuasivo il fenomeno della responsabilità per i danni conseguenti all'attività svolta fuori dalle ipotesi in cui si tratti di attività non riconducibile al potere.

Emblematica, sotto questo profilo, può risultare la giurisprudenza consolidata negli anni sul tema della responsabilità per i danni conseguenti dall'erogazione dei servizi pubblici.

Ruolo significativo, in questa materia, è stato assunto dalla Corte costituzionale, la quale ha chiarito che *«in presenza di un servizio pubblico organizzato e gestito in forma di impresa ed improntato a criteri di economicità, il rapporto con l'utenza assume natura contrattuale e perde le connotazioni autoritative, con il conseguente venir meno, nella regolazione della responsabilità per danni causati agli utenti, del rilievo un tempo attribuito agli aspetti soggettivi dell'organismo - amministrazione, Ente o società - che li cura, mentre diventano decisivi i profili oggettivi propri di ciascun servizio, capaci anche di giustificare una disciplina speciale limitativa di detta responsabilità, senza, però, poterla mai escludere del tutto»*¹⁹.

Quanto alla giurisprudenza di merito, e con particolare riguardo al settore della sanità pubblica, da un lato, si è fatto riferimento al principio del vincolo contrattuale che si instaura tra soggetto pubblico erogatore del servizio ed utente, e ciò perché *«l'accettazione del paziente nell'ospedale, ai fini del ricovero oppure di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto d'opera professionale tra il paziente e l'ente ospedaliero, il quale assume a proprio carico, nei confronti del paziente, l'obbligazione di svolgere l'attività diagnostica e la conseguente attività terapeutica in relazione alla specifica situazione del paziente»*. Dall'altro lato, si è affermato però il principio per cui il medico dipendente dell'ente ospedaliero non partecipa a questo

¹⁹ Corte costituzionale, 21 gennaio 1999, n. 4, in *Cons. Stato* 1999, II, 9. Successivamente la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 6 del D.P.R. 29 marzo 1973, n. 156, in materia postale e di telecomunicazioni, nella parte in cui disponeva che l'amministrazione postale ed i concessionari del servizio telegrafico non incontrano alcuna responsabilità per il mancato recapito di telegrammi: Corte cost., 20 giugno 2002, n. 254, in *Foro it.* 2002, I, 2570. La pronuncia si segnala per l'affermazione di un principio generale assai importante: statuisce, infatti, la Corte che *«l'esclusione di qualsiasi responsabilità per il mancato recapito del telegramma, rendendo immune da qualsivoglia conseguenza pregiudizievole il soggetto tenuto al recapito, [...] rappresenta, nell'attuale fase di evoluzione dell'ordinamento, un anacronistico privilegio, privo di connessione con obiettive caratteristiche del servizio e, perciò, lesivo, al tempo stesso, del canone di ragionevolezza e del principio di uguaglianza garantiti dall'art. 3 della Costituzione»*.

rapporto contrattuale, proprio perché il medico non è organo dell'amministrazione e non esercita una competenza, quindi la sua attività non può essere riferita all'ente ospedaliero: con la conseguenza che «la responsabilità del predetto sanitario verso il paziente per il danno cagionato da un suo errore diagnostico o terapeutico è soltanto extracontrattuale»²⁰. In un secondo momento, si è ritornati alla tesi della natura contrattuale della responsabilità sia dell'ente ospedaliero, sia del medico che ivi presta la propria attività: «sono direttamente responsabili nei confronti del paziente danneggiato l'ente ospedaliero, gestore di servizio sanitario pubblico, ed il sanitario, inserito nella sua struttura organizzativa e funzionale, che ha negligenzemente eseguito la prestazione. La responsabilità di entrambi ha natura contrattuale di tipo professionale, pertanto anche l'ente è sottoposto alle norme in tema di contratto d'opera professionale»²¹. In tal caso, esclusa la natura di organo del sanitario che esercita la propria attività in un ente ospedaliero, la responsabilità del singolo e dell'ente cui lo stesso appartiene trova la propria fonte nella legge. Infine, come si ricorderà, nel caso del servizio sanitario, come nel settore dell'istruzione pubblica, per la prima volta la giurisprudenza ha accolto il principio di una responsabilità civile della pubblica amministrazione che scaturisce da un "contatto sociale" giuridicamente qualificato²².

²⁰ Corte Cass. sez. III, 24 marzo 1979, n. 1716, in *Foro it.* 1980, I, 1154. Ovvero, «qualora le lesioni riportate durante il parto dal nascituro (nella specie, tetraparesi spastica) siano imputabili a colposo comportamento dei sanitari dipendenti dell'ente ospedaliero, ne consegue che l'ente stesso deve essere condannato al risarcimento dei danni subiti dagli attori. Tale obbligo risarcitorio trae il proprio fondamento, per quanto attiene ai danni subiti dal nascituro, direttamente dalla legge, non essendo ipotizzabile un rapporto contrattuale tra questo e l'ente convenuto nel momento, anteriore alla nascita, in cui si verificarono per lo stesso gli eventi lesivi di danno in quanto non è riconosciuto al concepito, nell'attuale ordinamento, la capacità giuridica al di fuori dei casi tassativamente stabiliti dalla legge»: Tribunale Milano, 13 maggio 1982, in *Riv. it. medicina legale* 1982, 1011. A proposito del servizio dell'istruzione pubblica, la Cassazione ha affermato che «l'insegnante di una scuola statale non può mai essere convenuto nel giudizio civile per il risarcimento del danno causato dall'alunno: nè quando l'alunno abbia causato danni a terzi, nè quando l'alunno abbia causato danni a se stesso. In ambedue i casi, unico soggetto passivamente legittimato è la pubblica amministrazione», Cass. SS. UU., 11 agosto 1997, n. 7454, in *Danno e resp.* 1998, 260.

²¹ Corte Cass. sez. III, 27 luglio 1998, n. 7336, in *Resp. civ. e prev.* 1999, 996. In altre pronunce si legge che «in ipotesi di non corretta esecuzione della prestazione medica, eseguita in struttura sanitaria pubblica, ne rispondono a titolo di responsabilità contrattuale sia l'ente ospedaliero, gestore di un servizio pubblico sanitario, sia il medico dipendente ex art. 28 cost.», Cass. sez. III, 2 dicembre 1998, n. 12233, in *Danno e resp.* 1999, 777.

²² Ci si riferisce alla nota sentenza della Cass. sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589, in *Corr. Giur.*, 1999, p. 441, con nota di A. DI MAJO; in materia di istruzione pubblica cfr. Cass. SS. UU., 27 giugno 2002, n. 9346, in *Resp. civ. e prev.* 2002, 1012. Deve inoltre osservarsi come la difficoltà dell'inquadramento della responsabilità del medico permanga anche dopo l'entrata in vigore della l. n. 24 del 2017 in materia di responsabilità medica: sul punto si veda Cass., sez. III, 09 novembre 2017, n. 26517, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, con nota di L. ALBANESE, *La responsabilità contrattuale del medico libero professionista: tra condotte omesse ed oneri probatori non assolti*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 3/2018; per un'ampia ricostruzione A. PIOGGIA, *Salute, diritti e responsabilità medica: una storia italiana*, in *Dir. amm.*, 3/2018.

4. Responsabile del procedimento, colpa *in re ipsa* e responsabilità.

I brevi cenni dedicati ai principali arresti giurisprudenziali consentono di ritenere che, nel settore dei servizi pubblici, dopo un iniziale periodo in cui si predicava una sostanziale immunità dell'amministrazione, ammesso dallo stesso legislatore per i servizi economici e riconosciuto dalla giurisprudenza per i servizi non economici, si è giunti all'affermazione del principio di responsabilità dell'amministrazione che eroga il servizio, riconducibile al *genus* della responsabilità contrattuale: questo passaggio ha segnato la biforcazione del percorso giurisprudenziale, tale per cui, nell'ambito delle attività non provvedimentali, e dunque nel settore dei servizi pubblici, ma anche di tutte quelle attività c.d. materiali, l'azione amministrativa si è aperta al sindacato del giudice ordinario e alle regole civilistiche in materia di responsabilità; viceversa, nell'ambito dell'"amministrare per provvedimenti", il percorso è quello noto che ha portato alla responsabilità per lesione di interesse legittimo²³.

Rimane in ogni caso ferma l'osservazione già svolta e cioè che, in materia di servizi pubblici, l'imputazione della responsabilità del singolo in capo all'ente erogatore del servizio è avvenuta sulla base del generale principio di responsabilità di cui all'art. 28 Cost.; mentre in presenza di un provvedimento amministrativo, adottato da un organo dell'amministrazione, munito della relativa competenza, il criterio di imputazione della responsabilità è quello dell'immedesimazione organica, che può trovare più adeguata rispondenza nell'art. 97 Cost.

Anche in tale ambito, tuttavia, si devono segnalare delle novità, che rischiano di mettere in crisi il criterio dell'imputazione della responsabilità alla stregua del principio dell'immedesimazione organica.

Il riferimento è, da un lato, sotto il profilo dell'organizzazione, alla figura del responsabile procedimento. Dall'altro lato, per ciò che attiene più direttamente all'imputazione della responsabilità, occorre guardare al superamento del criterio della colpa *in re ipsa*.

Sotto il primo profilo, vengono in rilievo l'art. 4 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 e l'art. 6 della l. 7 agosto 1990, n. 241. Tali disposizioni testimoniano la tendenza tipica degli ultimi anni volta a superare la rigida distribuzione delle competenze tra organi, anche nell'ambito di quelle amministrazioni che esercitano un potere che si manifesta attraverso l'adozione di un provvedimento. Se

²³ Su tali questioni, cfr. M.C. CAVALLARO, *Potere amministrativo e responsabilità civile*, Torino, Giappichelli, 2004.

infatti l'art. 4 del d.lgs. n. 165/2001 prevede che «ai dirigenti spetta l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi, compresi tutti gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno», l'art. 6 della legge sul procedimento ammette che il responsabile del procedimento «adotta, ove ne abbia la competenza, il provvedimento finale, ovvero trasmette gli atti all'organo competente per l'adozione», precisando poi che «l'organo competente per l'adozione del provvedimento finale, ove diverso dal responsabile del procedimento, non può discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile del procedimento se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale»²⁴.

La norma, cioè, consente che l'attività del responsabile possa investire tutte le fasi del procedimento, sino a proiettarsi sulla decisione finale, anche nel caso in cui il responsabile non sia munito della relativa competenza. Sotto il profilo della responsabilità, si tratta di capire chi effettivamente risponde, in caso di provvedimento illegittimo, degli eventuali danni. Se cioè risponde il dirigente, che è organo dell'amministrazione, munito della competenza, ovvero il responsabile.

Nonostante l'apparenza della norma, che, nel frammentare il principio della competenza, sembrerebbe riversare sul responsabile del procedimento, ancorché non si tratti di un organo dell'amministrazione, la relativa responsabilità, proprio il principio dell'immedesimazione organica sembra offrire la soluzione più appagante. Se, infatti, il dirigente, pur potendosi discostare dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile, si conforma alla stessa, egli fa proprio l'atto e ne assume la relativa responsabilità, che per il principio di immedesimazione organica è imputata anche all'ente di appartenenza.

Il vero problema, tuttavia, emerge con riguardo alla rilevanza della colpa²⁵.

Com'è noto, la regola giurisprudenziale secondo cui la colpa dell'amministrazione si desume dall'accertamento giurisdizionale dell'illegittimità del provvedimento risale alla metà del secolo scorso ed è coerente con il principio di immedesimazione organica: in caso di adozione di un atto illegittimo, la colpa è *in re ipsa*, perché l'illegittimità del provvedimento presuppone la sussistenza di una condotta negligente da parte di colui che ha adottato l'atto²⁶. Tale criterio consente l'imputazione della responsabilità all'organo

²⁴ Sul tema si veda, anche per i riferimenti bibliografici, M. IMMORDINO, N. GULLO, M.C. CAVALLARO, *Il responsabile del procedimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Il codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2017.

²⁵ In argomento si veda in generale S. CIMINI, *La colpa nella responsabilità civile delle amministrazioni pubbliche*, Torino, Giappichelli, 2008.

²⁶ «L'applicazione agli illeciti degli enti pubblici delle regole racchiuse nel principio del *neminem laedere*, porta la giurisprudenza ad affermare l'equazione tra illegittimità e colpa (anzi, colpa grave)», poiché

e all'amministrazione, a prescindere da ogni accertamento sui profili soggettivi del singolo funzionario, ma in conseguenza dell'illegittimità dell'atto adottato. Atto che, appunto per il principio dell'immedesimazione organica, è imputato anche all'amministrazione.

La giurisprudenza, dopo la nota sentenza n. 500 del 1999 in tema di colpa di apparato²⁷, ha formulato la tesi della colpa soggettiva, con scriminante oggettiva. Secondo l'orientamento più recente, che negli ultimi anni si è consolidato in materia, al fine di valutare la sussistenza della colpa dell'amministrazione, «occorre avere riguardo al carattere della regola di azione violata»: se essa è «chiara, univoca e cogente», la sua violazione implica la colpa dell'amministrazione e la conseguente responsabilità; viceversa, nel caso in cui si tratti di un canone di condotta «ambiguo, equivoco o, comunque, costruito in modo tale da affidare all'Autorità amministrativa un elevato grado di discrezionalità», la colpa potrà essere accertata solo in presenza di una palese violazione dei canoni di correttezza e imparzialità. Con la conseguenza che, nel caso in cui «le regole di condotta» non offrano «un canone di azione sicuro e vincolante», la responsabilità dell'Amministrazione potrà essere affermata solo nel caso di grave violazione dei criteri «della buona fede e dell'imparzialità, restando ogni altra violazione assorbita nel perimetro dell'errore scusabile»²⁸.

Il limite del ragionamento risiede nell'evidente difficoltà di imputare uno stato soggettivo, qual è il dolo o la colpa, a una pubblica amministrazione: anche perché si tratterebbe di una forma di colpa professionale rispetto alla quale non è facile sostenere che la connessa attività svolta dal funzionario sia ascrivibile alla categoria delle prestazioni particolarmente complesse, che beneficiano dell'applicazione dell'art. 2236 c.c., con conseguente esonero da responsabilità, ove non venga accertato il dolo o la colpa grave, «se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà». Sia perché in tal modo si contraddice il ruolo stesso dell'amministrazione e dei suoi funzionari, chiamati a svolgere una pluralità di compiti e attività altamente specializzate che caratterizzano l'odierna complessità delle funzioni pubbliche; sia perché l'effetto è inevitabilmente quello di esonerare da responsabilità il funzionario, ma soprattutto l'amministrazione di appartenenza. Tant'è che l'effetto generato dall'orientamento riferito è quello di consentire all'amministrazione di giovare

l'atto illegittimo rappresenta un atto «manifestamente imprudente», R. CARANTA, *La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione*, cit., p. 61.

²⁷ Cass. Civ. SS. UU., 22 luglio 1999, n. 500.

²⁸ Cons. Stato, sez. III, 15 maggio 2018, n. 2882.

dell'eventuale errore scusabile del proprio dipendente e non essere chiamata a rispondere dei danni da questo prodotti.

Il principio dell'immedesimazione organica appare così rovesciato: la competenza del soggetto titolare dell'organo, che avrebbe consentito l'imputazione all'ente di appartenenza dell'eventuale responsabilità per l'atto compiuto in violazione dei diritti, consente al contrario di estendere all'amministrazione uno stato soggettivo del dipendente e, soprattutto, la condizione di scusabilità dell'errore che prelude all'esonero da ogni responsabilità. Ma soprattutto, è la ricerca, in capo al funzionario agente, dell'elemento soggettivo dell'illecito che, postulando l'abbandono del principio della colpa *in re ipsa*, pone le premesse per il superamento della teoria dell'immedesimazione organica e, più in generale, del processo di astrazione della persona giuridica, di cui è figlia la metafora organicistica.

5. Brevi considerazioni conclusive.

Quanto finora detto consente di sviluppare alcune considerazioni.

È possibile ritenere che l'evoluzione degli apparati amministrativi e dei modelli organizzativi delle pubbliche amministrazioni spinga nella direzione di un superamento del principio dell'immedesimazione organica. O forse, l'evoluzione richiamata potrebbe condurre verso una frammentazione delle competenze e della conseguente nozione di organo (rispetto alla quale, per dirla con Santi Romano, «*tutto è incerto, compresa la stessa figura dell'organo*»²⁹) e dunque potrebbe orientare nel senso di ritenere superato il principio di immedesimazione organica.

La vicenda potrebbe non avere delle conseguenze significative sul piano delle responsabilità dei pubblici poteri, se rimanesse fermo il principio dell'art. 28 Cost. e dunque della necessaria responsabilità dell'amministrazione per gli atti compiuti dai propri dipendenti. In fondo, nel campo dei servizi pubblici, il superamento del criterio di immedesimazione organica ha comportato l'affermazione di un principio di responsabilità contrattuale dell'amministrazione che eroga il servizio e che prescinde dall'accertamento della responsabilità del singolo operatore.

E tuttavia, non è questa la strada che sembra avere imboccato la giurisprudenza in materia di colpa dell'amministrazione, laddove la responsabilità consegna all'illegittimo esercizio del potere: qui, infatti, se viene accertato

²⁹ S. ROMANO, *Organi*, cit., p. 145.

l'errore scusabile, l'*irresponsabilità* (e non la *responsabilità*) del singolo dipendente si estende anche all'ente di appartenenza, con evidente violazione del principio di responsabilità di cui all'art. 28 Cost.

Sembra allora plausibile paventare il rischio che il superamento del principio di immedesimazione organica possa generare un rovesciamento del principio di responsabilità dell'amministrazione.

L'art. 28 Cost. è stato da sempre interpretato come norma che fonda la responsabilità dell'amministrazione per l'illecito commesso dal proprio dipendente: secondo un risalente orientamento della giurisprudenza, il ruolo della disposizione richiamata è, a un tempo, quello di affermare la responsabilità personale del funzionario o dipendente e quello di ribaltare sull'ente di appartenenza la medesima responsabilità, che, pertanto, ha natura di responsabilità diretta e solidale «in virtù del rapporto organico, immedesimante l'attività dei funzionari o dipendenti con quella dell'ente», dovendosi ritenere esclusa la responsabilità dell'amministrazione di appartenenza soltanto «*se la persona fisica abbia agito con dolo, ovvero perseguendo un fine personale ed egoistico, sì che la sua attività debba ritenere estranea alla persona giuridica*»³⁰.

Il processo di trasformazione che si è sommariamente tracciato tende però a produrre un effetto inverso rispetto all'originaria funzione della norma: perché la frammentazione del principio di competenza degli organi e, soprattutto, il superamento della colpa *in re ipsa* ai fini della responsabilità per l'illegittimo esercizio del potere consentono che l'assenza di colpa e dunque di responsabilità del funzionario si ribalti sull'ente di appartenenza e si traduca in un'assenza di responsabilità dell'amministrazione. Come si è visto, secondo gli orientamenti più recenti del Consiglio di Stato, ai fini del risarcimento del danno, l'accertata illegittimità del provvedimento amministrativo costituisce solo uno degli «*indici presuntivi della colpevolezza*», cui si deve aggiungere «*il grado di chiarezza della normativa applicabile*», ma anche, «*l'ambito più o meno ampio della discrezionalità dell'amministrazione*»; per questa ragione, la responsabilità va esclusa nel caso in cui si accerti l'errore scusabile del funzionario «*per la sussistenza di contrasti giudiziari, per l'incertezza del quadro normativo di riferimento o per la complessità della situazione di fatto*»³¹.

³⁰ Cass. civile, sez. III, 5 gennaio 1979, n. 31, in *Giust. civ. Mass.* 1979, 15. In dottrina, sull'art. 28 Cost. M. CLARICH, *La responsabilità della pubblica amministrazione nel diritto italiano*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1989; di recente si veda A. CASSATELLA, *La responsabilità funzionale nell'amministrare. Termini e questioni*, in *Dir. amm.*, 2018.

³¹ Cons. Stato, sez. III, 6 settembre 2018, n. 5228.

Per questa via, l'assenza di responsabilità in capo al funzionario esonera da responsabilità anche l'amministrazione, alla stregua di un modello opposto al principio di responsabilità affermato all'art. 28 Cost. e con evidente pregiudizio per le aspettative di tutela risarcitoria del privato.