

Vincenzo Lopilato

Manuale di diritto amministrativo

Volume I

Fonti e situazioni giuridiche soggettive

Organizzazione pubblica

Attività

QUARTA EDIZIONE



Giappichelli

Sezione I

Organi e uffici

3. Nozione di rappresentanza e di organo

Le persone fisiche, ai fini della sostituzione nell'attività giuridica, possono ricorrere all'istituto della rappresentanza diretta, la quale presuppone che un soggetto (rappresentato) ponga in essere un negozio unilaterale recettizio, definito procura, con cui autorizza un altro soggetto (rappresentante) a svolgere per proprio conto una determinata attività, con spendita del proprio nome (cd. *contemplatio domini*).

Le fonti della rappresentanza sono la legge (cd. rappresentanza legale) e la volontà delle parti (cd. rappresentanza volontaria).

La legge è fonte della rappresentanza con riferimento agli incapaci, ai minori e alla gestione di affari rappresentativa (art. 2028 cod. civ.).

La volontà delle parti, manifestata mediante il negozio unilaterale di procura (art. 1392 cod. civ.), sta alla base della scelta negoziale di farsi sostituire nello svolgimento dell'attività giuridica (artt. 1387 ss. cod. civ.). L'ambito applicativo della rappresentanza è costituito dai negozi giuridici ma anche dagli atti giuridici, compresa la ricezione di pagamenti (cd. rappresentanza passiva).

La cd. concezione formale o ristretta, dominante in dottrina e giurisprudenza⁸, ritiene che l'“elemento forte” e centrale dell'operazione negoziale sia costituito dall'autorizzazione alla spendita del nome, mentre l'“elemento debole” sia costituito dall'agire nell'interesse altrui.

In particolare, la procura è un atto autorizzatorio che consente il funzionamento del meccanismo della sostituzione nell'agire in nome altrui. La conseguenza è che l'atto negoziale viene posto in essere dal rappresentante, ma gli “effetti diretti” dell'atto si producono direttamente nella sfera giuridica del rappresentato (art. 1388 cod. civ.). In ambito contrattuale si realizza, così, una scissione tra la parte in senso formale del contratto, che è il rappresentante, il quale rende la dichiarazione contrattuale, e la parte in senso sostanziale, che è il rappresentato, il quale assume la titolarità del rapporto contrattuale.

Parte della dottrina riteneva che tale negozio unilaterale recettizio autorizzativo del potere rappresentativo o della legittimazione rappresentativa fosse un negozio astratto. L'orientamento prevalente è nel senso che si tratta di un negozio dotato di una propria causa, anche se generica perché si può adattare a qualunque tipologia di atto negoziale da porre in essere nei confronti di terzi⁹.

Diverso dal potere rappresentativo è il rapporto di gestione che sorge in virtù, normalmente, di un contratto di mandato (artt. 1703-1730 cod. civ.), che è un con-

⁸ V. Roppo, *Il contratto*, Milano, 2011, 243 ss.; Cass. civ., sez. un., 8 ottobre 2008, n. 24772.

⁹ Per l'esposizione di questi orientamenti si v. C.M. Bianca, *Diritto civile. Il Contratto*, Milano, 2019, 70.

tratto ad effetti obbligatori, con il quale un soggetto (mandatario) assume l'obbligo di porre in essere una determinata attività per conto di un altro soggetto (mandante) ed acquista il diritto ad avere un compenso.

Si tratta, però, di un rapporto che, secondo l'orientamento dominante, tranne alcune eccezioni¹⁰, ha rilevanza interna e non esterna, a tutela dei terzi e della riservatezza del mandante.

Il rappresentante stipula successivamente il contratto con il terzo.

La procura e il mandato sono negozi separati ma funzionalmente collegati: ad esempio, se il mandatario non spende il nome del mandante viola anche l'obbligo gestorio con possibile risoluzione dello stesso contratto di mandato.

L'art. 1398 cod. civ. disciplina l'istituto del cd. *falsus procurator*, prevedendo che «*colui che ha contrattato come rappresentante senza averne i poteri o eccedendo i limiti delle facoltà conferitegli, è responsabile del danno che il terzo contraente ha sofferto per avere confidato senza sua colpa nella validità del contratto*». Nel caso in cui manchi un potere rappresentativo il contratto potrebbe essere valido qualora ricorrano gli estremi della rappresentanza apparente, che è un istituto non disciplinato espressamente dalla legge¹¹.

Se manca la *contemplatio domini* si è in presenza di quella che viene definita “rappresentanza indiretta” ma, secondo la concezione in esame, si tratta di un istituto diverso sottoposto ad una differente disciplina rispetto a quella prevista in tema di rappresentanza diretta di cui agli artt. 1387 ss. cod. civ. In questo caso, infatti, parte in senso formale e sostanziale del rapporto è il mandatario, in quanto il mandante, anche per ragioni di segretezza, non vuole che si sappia che si sta agendo nel suo interesse. Il terzo, avendo come controparte un soggetto che spende il proprio nome, non sa normalmente dell'esistenza del mandato.

Secondo la cd. concezione sostanziale o allargata, minoritaria in dottrina e giurisprudenza¹², l'elemento centrale del fenomeno rappresentativo è costituito, invece, dall'agire per conto, ossia nell'interesse altrui. Il fulcro centrale, quindi, non è la *contemplatio domini*, ma la cooperazione giuridica. Ne consegue che rientra nell'ambito della rappresentanza non solo la rappresentanza diretta ma anche quella indiretta, che si connota per il fatto che il rappresentante agisce in nome proprio e per conto del rappresentato (mediante il contratto di mandato).

¹⁰ Il riferimento principale è all'art. 1394 cod. civ., il quale prevede che «*il contratto concluso dal rappresentante in conflitto d'interessi col rappresentato può essere annullato su domanda del rappresentato, se il conflitto era conosciuto o riconoscibile dal terzo*». La norma attribuisce così rilevanza esterna al rapporto di gestione soltanto, però, nel caso in cui risulti un conflitto di interesse.

¹¹ I requisiti che devono ricorrere per aversi apparenza giuridica sono i seguenti: *i*) un requisito oggettivo, costituito dalla divergenza tra apparenza e realtà; *ii*) un requisito soggettivo, costituito dall'affidamento fondato sulla buona fede in senso soggettivo del terzo, intesa come ignoranza della situazione reale. In mancanza di una previsione di legge che contempra espressamente una fattispecie di rilevanza della apparenza, come è nel caso della rappresentanza apparente, occorre anche che sussista la colpa del rappresentato.

¹² S. Pugliatti, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Diritto civile. Metodo – Teoria – Pratica. Saggi*, in *Scritti giuridici*, Milano, 2010, 410 ss.

Il rapporto di gestione ha, in questa prospettiva, una rilevanza esterna.

Il trasferimento e gli effetti realizzati dall'atto negoziale stipulato dal mandatario con il terzo sono sempre riconducibili al mandato stesso: si parla di trasferimento automatico nella sfera giuridica del mandante, nel senso che il diritto passa dalla sfera giuridica del mandatario e poi automaticamente si trasferisce in quella del mandante, senza che si realizzi un doppio trasferimento¹³. In questa prospettiva, il mandato produrrebbe effetti di natura sostanzialmente reale.

4. Nozione di organo: distinzioni e competenza

In presenza di una persona giuridica, pubblica o privata, la sostituzione nello svolgimento dell'attività rappresenta, per la sua natura, una necessità e non una scelta di autonomia negoziale.

Il meccanismo della rappresentanza, se applicato anche in questo ambito, consentirebbe l'imputazione alla persona giuridica soltanto degli effetti e non anche degli atti e dei fatti, compresi i fatti illeciti, determinando quella che è stata qualificata come "impunità" dell'ente.

Da qui l'elaborazione della nozione di organo, che identifica sia l'ufficio, collocato nella struttura organizzativa dell'ente (cd. immedesimazione organica), sia la persona fisica titolare dell'organo. Il ricorso a tale istituto consente, mediante la creazione del rapporto di ufficio [par. 5], di imputare all'amministrazione di riferimento non soltanto gli effetti finali, ma l'intera attività, che ricomprende anche i comportamenti posti in essere dal titolare dell'organo¹⁴.

In particolare, questo sistema permette di ritenere che per i fatti illeciti vi sia una responsabilità diretta della persona giuridica, salvo quello che si dirà oltre con riferimento alla responsabilità da comportamento materiale [cap. 17, Sez. IV].

Il legislatore, per evitare che si passasse dalla impunità dell'ente all'impunità dell'organo, ha previsto espressamente anche la responsabilità di quest'ultimo¹⁵. Per la pubblica amministrazione è la stessa Costituzione a contemplare la cd. "doppia responsabilità" di questa e dei funzionari: l'art. 28 Cost. dispone, infatti, che «*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 tali casi «*la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici*» [cap. 17, par. 7].

¹³ Si rinvia a V. Lopilato, *Manuale di diritto civile. Il contratto*, Torino, in corso di preparazione, per ulteriori approfondimenti sull'istituto della rappresentanza.

¹⁴ Ai fini dell'imputazione giuridica, il rapporto di ufficio intercorre tra la persona fisica, titolare dell'organo, e la persona giuridica: si riconosce, infatti, come «*dato di realtà incontrovertibile che solo la persona fisica è attore nelle relazioni giuridiche*» (G. Marongiu, *Organo e ufficio*, in *Enc. dir.*, 1990, 5).

¹⁵ Gli artt. 2392-2394-*bis* cod. civ. prevedono, per le società di capitali, la responsabilità diretta, ricorrendo determinati presupposti, anche degli amministratori.

Le principali classificazioni degli organi sono le seguenti: *i*) sul piano della struttura, si distingue tra organi individuali e organi collegiali; *ii*) sul piano dell'attività, si distingue tra organi politici e organi burocratici.

In relazione alla prima distinzione, l'organo individuale è composto da una sola persona fisica, mentre l'organo collegiale è composto da più persone fisiche.

Nell'ambito degli organi collegiali si distinguono poi: *i*) i cd. collegi di composizione, la cui finalità è quella di comporre in un'unica sede più interessi diversi e, di regola, vi fanno parte i rappresentanti di diverse categorie; *ii*) i cd. collegi di ponderazione, la cui finalità è di riunire in un unico contesto soggetti aventi capacità professionali o esperienze diversificate; *iii*) i cd. collegi di valutazione o collegi tecnici, che sono collegi di ponderazione dotati di competenze tecniche¹⁶.

L'attività degli organi collegiali è scandita dalle seguenti fasi: convocazione, presentazione di proposte sui punti all'ordine del giorno, discussione, votazione e, infine, deliberazione fatta dal Presidente.

Per quanto attiene, in particolare, all'ordine del giorno, esso determina il *thema decidendum* della seduta di convocazione ed assume una particolare rilevanza in quanto il collegio non può validamente deliberare su questioni che non sono state inserite all'ordine del giorno medesimo. La funzione, infatti, è quella di permettere ai membri del collegio di conoscere preventivamente gli argomenti che saranno oggetto di discussione. Ne consegue che una delibera che vertesse su una questione non posta all'ordine del giorno dovrebbe considerarsi invalida anche se proposta dalla maggioranza, in quanto il membro assente o dissenziente potrà sempre dimostrare che, ove fosse stato messo nelle condizioni di conoscere in anticipo l'oggetto della deliberazione e di prepararsi adeguatamente, sarebbe stato in grado di indirizzare gli altri membri a votare diversamente. L'unico caso in cui la delibera deve comunque ritenersi valida è quello in cui alla stessa abbiano partecipato tutti i membri del collegio, con votazione favorevole all'assunzione della decisione¹⁷.

Ai fini del funzionamento degli organi collegiali, occorre distinguere i collegi perfetti (o reali) dai collegi imperfetti (o virtuali).

I collegi perfetti operano con la presenza necessaria di tutti i componenti. La giurisprudenza amministrativa è costante nel ritenere come «*la qualificazione dell'organo collegiale in termini di collegio perfetto richieda una previsione di legge che, espressamente o in modo implicito (cioè desunto da altri elementi testuali univoci e concordanti), preveda la presenza di tutti e di ciascun componente per le attività deliberative e valutative che il collegio medesimo deve operare*»¹⁸. Si ritiene che «*l'indice più sicuro per individuare un collegio perfetto, quando la legge non offra elementi univoci in tal senso, è costituito dalla previsione, accanto ai membri effettivi, di componenti supplenti*», in

¹⁶ M. D'Orsogna, *Le amministrazioni come operatori giuridici*, in F.G. Scoca, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2019, 87.

¹⁷ R. Chieppa-R. Giovagnoli, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2021, 266.

¹⁸ Cons. Stato, sez. VI, 9 settembre 2021, n. 6239; Cons. Stato, Ad. plen., 12 dicembre 2018, n. 17; Cons. Stato, sez. VI, 25 giugno 2020, n. 5990.

quanto «*il fine della supplenza è di garantire che il collegio perfetto possa operare sempre col plenum anziché con la sola maggioranza, in caso d'impedimento di taluno dei membri effettivi, senza che il suo agire sia impedito o ritardato da tale assenza*»¹⁹.

I collegi imperfetti operano anche senza la presenza di tutti i componenti, purché vi sia un *quorum* strutturale e un *quorum* funzionale.

Il primo indica il numero dei componenti che devono essere presenti affinché il collegio sia legittimamente costituito; normalmente è sufficiente la metà più uno dei componenti; tuttavia, in alcuni casi la legge richiede, per il funzionamento dell'organo, la presenza di tutti i componenti, come avviene quando occorre accertare l'idoneità dei candidati nei concorsi (cd. collegi perfetti o reali)²⁰.

Il secondo indica il numero dei membri presenti che devono esprimersi favorevolmente sulla proposta perché questa si trasformi in deliberazione²¹. Normalmente i collegi di ponderazione sono collegi perfetti, per cui occorre la partecipazione di tutti i componenti affinché si possa deliberare.

Regola fondamentale, in tema di delibere collegiali, è la cd. prova di resistenza. Essa opera nelle ipotesi in cui la delibera collegiale sia invalida a causa di un vizio nella partecipazione o nella manifestazione di voto di uno o più membri del collegio. In questo caso, occorre verificare se il raggiungimento del *quorum* deliberativo sia inficiato o meno dal voto espresso dal soggetto la cui partecipazione è viziata: nell'ipotesi in cui, escludendo il voto in questione, il *quorum* deliberativo permanga, la prova di resistenza non può dirsi superata e la deliberazione non potrà essere annullata.

Tale prova non può operare, però, nel caso in cui abbia partecipato alla delibera un soggetto che avrebbe dovuto astenersi perché in conflitto di interessi. Il Consiglio di Stato ha precisato, infatti, che, ove ricorra una simile evenienza, la deliberazione del collegio deve ritenersi sempre illegittima, in quanto «*i soggetti interessati alle deliberazioni assunte dagli organi collegiali di cui fanno parte devono evitare di partecipare finanche alla discussione, potendo condizionare nel complesso la formazione della volontà assembleare*»²².

In relazione alla seconda distinzione, l'organo politico pone in essere attività di indirizzo politico-amministrativo mentre l'organo burocratico persegue lo scopo indicato mediante un'attività di gestione imparziale. Si tratta di una classificazione che fonda il principio di differenziazione tra politica e amministrazione, contribuendo a delineare lo statuto costituzionale della pubblica amministrazione²³ [cap. 8, par. 17].

¹⁹ Cons. Stato, sez. VI, 9 settembre n. 6239 del 2021, cit.

²⁰ Trib. amm. reg. Lazio, Roma, sez. II, 19 marzo 2019, n. 3658 ha precisato che, in materia concorsuale, «*il plenum non è indispensabile quando occorre effettuare attività preparatorie, istruttorie o strumentali verificabili a posteriori dall'intero collegio*».

²¹ V. Cerulli Irelli, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino, 2019, 193 ss.

²² Cons. Stato, sez. V, 13 giugno 2008, n. 2970.

²³ Parte della dottrina (E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2023, 133) ha proposto le seguenti ulteriori distinzioni tra: *i*) organi esterni (emanano atti e provvedimenti a rilevanza esterna) e organi interni (emanano atti formali aventi rilevanza endoprocedimentale); *ii*) organi centrali

Ciascuno degli organi previsti dalla legge ha una specifica competenza, intesa come legittimazione ad esercitare una parte del potere. Si distingue: *i*) una competenza per materia, che si ha quando la legge assegna ad un organo il compito di svolgere la propria attività in un determinato settore (si pensi alla specifica competenza del dirigente rispetto al Sindaco); *ii*) una competenza per territorio, che rileva in presenza di più enti che hanno una competenza per materia; *iii*) una competenza per valore, che presuppone una distribuzione delle funzioni tra gli organi in ragione del valore economico degli atti da adottare e, dunque, dell'entità della spesa. Come si esporrà oltre, è possibile anche la delega delle funzioni (cd. delega interorganica) [par. 21.1].

L'esistenza di queste regole può determinare un conflitto di competenza che può essere positivo, quando più organi ritengono di avere competenza, o negativo, quando ciascun organo si astiene dall'intervenire ritenendo di non avere competenza. Tali conflitti possono essere risolti: *i*) spontaneamente dagli stessi soggetti del conflitto; *ii*) mediante ricorso all'autorità giudiziaria; *iii*) secondo le modalità definite di volta in volta dalla legge (ad esempio, l'art. 2 della legge 23 agosto 1988, n. 400 dispone che i conflitti tra i Ministri sono risolti dal Consiglio dei Ministri).

Sono previste, inoltre, forme di intervento costituite: *i*) dall'avocazione, che si ha quando un organo esercita un potere attribuito alla competenza di un altro soggetto, in presenza di una disposizione di legge, per motivi di interesse pubblico e indipendentemente dall'inadempimento dell'organo istituzionalmente competente; *ii*) dalla sostituzione, che si ha quando un organo, in presenza di inerzia di un altro soggetto e previa diffida, esercita la competenza spettante ad un altro organo²⁴.

L'adozione di un atto da parte di un organo incompetente determina l'illegittimità dell'atto per vizio di incompetenza. In particolare, se l'organo ha invaso un settore diverso da quello di appartenenza, si ha un caso di difetto assoluto di attribuzione, con nullità del provvedimento ai sensi dell'art. 21-*septies* della legge n. 241 del 1990 [cap. 11, par. 30]. Negli altri casi, il provvedimento sarà annullabile per incompetenza relativa ai sensi dell'art. 21-*octies* della stessa legge [cap. 11, par. 27].

5. Rapporto di servizio e rapporto di ufficio

Nello studio dell'organizzazione pubblica assumono particolare rilievo i concetti di rapporto di ufficio e di rapporto di servizio.

(estendono la propria competenza all'intero ambito dell'attività dell'ente) e organi periferici (hanno competenza limitata ad un particolare ambito di attività, di regola individuato in base ad un criterio geografico); *iii*) organi ordinari (previsti nel normale disegno organizzativo dell'ente) e organi straordinari (operano in sostituzione degli organi ordinari); *iv*) organi permanenti (stabili) e organi temporanei (operano solo per un limitato periodo di tempo); *v*) organi attivi (formano e danno attuazione alla volontà dell'amministrazione al fine di perseguire i fini di interesse pubblico previsti dalla legge), organi consultivi (rendono pareri) e organi di controllo (sindacano l'attività posta in essere dagli organi attivi); *vi*) organi rappresentativi (sono quelli i cui componenti vengono designati o eletti dalla collettività che costituisce il sostrato dell'ente) e organi non rappresentativi.

²⁴E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 15.