

Enti locali

La rappresentanza negoziale dell'ente pubblico territoriale fra diritto amministrativo ed attività notarile

di PAOLO DIVIZIA

Il tema della legale rappresentanza dell'ente locale è correlato al fatto che le figure soggettive pubbliche (fra cui, ad esempio, il Comune), dal punto di vista operativo, possono compiere attività giuridica solo attraverso individui umani, i quali sono inseriti nel loro quadro organizzativo secondo una specifica disciplina di settore. Il problema di fondo è, quindi, quello di determinare come la persona giuridica pubblica, naturalisticamente incapace di compiere atti giuridici, possa operare nel mondo del diritto e rapportarsi con i terzi.

Il tema della titolarità dei poteri rappresentativi nell'ambito degli enti pubblici territoriali si presenta di difficile illustrazione in ragione della concomitanza di una pluralità di fattori "negativi", fra i quali si registrano, in prima battuta, un disegno normativo disorganico cui ha fatto seguito una rilevante produzione legislativa che, lontana dal perseguire una finalità semplificatoria, in alcuni casi si è sovrapposta in maniera disordinata alla disciplina previgente determinando il proliferare, in un secondo momento, di una pluralità di orientamenti giurisprudenziali.

Dinanzi ad un quadro siffatto, si è venuta a determinare una crescente incertezza applicativa avvertita sia in ambito forense, con riferimento alla delicata tematica della rappresentanza in giudizio dell'ente locale, sia in ambito notarile, relativamente all'attività negoziale dell'ente ed al corretto accertamento del potere di stipula in capo alla persona fisica che interviene in atto per la parte pubblica.

La legale rappresentanza dell'ente locale, negli ultimi anni, ha inoltre costituito fra le mura accademiche terreno per un fervido confronto dottrinale, al cospetto del quale - giova fin d'ora sottolineare - il presente contributo intende sottrarsi alla tentazione di offrire una panoramica completa degli orientamenti, prediligendo invece la via di una ricostruzione semplificata del quadro normativo e dei profili applicativi più rilevanti nell'ambito contrattualistico (1).

Nota:

(1) Il tema di rappresentanza legale, la bibliografia in ambito civilistico è molto vasta. Fra i contributi più risalenti si veda L. Tartufari, *Della rap-*

presentanza nella conclusione dei contratti, Torino, 1892; V. Neppi, *La rappresentanza nel diritto privato moderno*, Padova, 1930; F. Saggese, *La rappresentanza nella teoria e nella pratica del diritto privato italiano*, Napoli, 1933; G. Frè, "Rappresentanza", in *N.D. I.*, X, Torino, 1939, pagg. 1096 e ss.; S. Pugliatti, *Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965; P. Zanelli, *Rappresentanza e gestione*, in *Studi Urbinate*, Milano, 1966; W. D'Avanzo, "Rappresentanza", in *NN.D. I.*, XVI, Torino, 1967, pagg. 801 e ss.; U. Natoli, *La rappresentanza*, Milano, 1977; ID., "Rappresentanza", in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, pagg. 474 e ss.; G. Visintini, *Della rappresentanza*, in F. Galgano - G. Visintini, *Effetti del contratto. Rappresentanza. Contratto per persona da nominare*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Libro IV, *Obbligazioni*, artt. 1372-1405, Bologna-Roma, 1993.

In ambito amministrativo, il tema della legale rappresentanza dell'ente pubblico è analizzato *ex multis* da S. Foderaro, *Contributo alla teoria della personalità degli organi dello Stato*, Padova, 1941; S. Romano, *Organi*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, pagg. 155 e ss.; U. Forti, *Teoria dell'organizzazione e delle persone giuridiche pubbliche*, Napoli, 1948; G. Minervini, *Alcune riflessioni sulla teoria degli organi delle persone giuridiche private*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1953, pagg. 942 e ss.; P. Zatti, *Persona giuridica e soggettività*, Padova, 1975; M. S. Giannini, *Organi (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981; T. Basile - A. Falzea, *Persona giuridica (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1983, pagg. 237 e ss.; G. Nori, *Enti pubblici non territoriali. Profili di diritto positivo*, Padova, 1991; P. Valentini, *Figure, rapporti, modelli organizzatori. Lineamenti di teoria dell'organizzazione*, Padova, 1996. Fra i commentari si segnala P. Vipiana, *Commento all'art. 36*, in *Commento alla legge sulle autonomie locali*, a cura di C. Mignone - P. Vipiana - P. M. Vipiana, Torino, 1993, p. 411.

Con riferimento alla complessa tematica in discussione si segnalano i contributi di N. Grassano, *Riflessi della legge Bassanini - bis sull'attività notarile*, in *Riv. not.*, 1997, pagg. 1051 e ss.; M. Maltoni, *Competenza funzionale degli organi degli enti locali in materia contrattuale*, in *questa Rivista*, 2000, pagg. 284 e ss.; G. De Candia, *Brevi considerazioni sulla capacità processuale degli enti locali*, in *Trib. amm. reg.*, 2001, pt. 2, pagg. 13 e ss.; G. Sciuolo, *La rappresentanza in giudizio degli enti locali*, *Giorn. dir. amm.*, 2003, pagg. 1047 e ss.; P. Virga, *La rappresentanza in giudizio degli enti locali. I dirigenti non possono rappresentare il Comune in giudizio*, in *Nuova rass. legis. giur. e dottrina*, 2003, pagg. 1241 e ss.; L. Olivieri, *L'irrisolta questione della rappresentanza legale degli enti locali*, in *Comuni d'Italia*, 2003, pagg. 55 e ss.; G. Taccogna, *Spetta al Sindaco o alla Giunta l'autorizzazione a stare in giudizio in nome e per conto del Comune?*, in *GT - Riv. giur. trib.*, (segue)

L'analisi dell'apparato amministrativo conduce all'elementare constatazione che le Amministrazioni, genericamente intese come operatori preordinati al soddisfacimento dei preminenti interessi della collettività, si configurano come centri di riferimento di situazioni giuridiche; dal punto di vista strutturale, "l'intera organizzazione amministrativa appare come una serie di figure soggettive, diverse fra loro, oltre che per dimensioni, finalità, modi di operare e finanziarsi anche (e soprattutto per quel che in questa sede interessa) per essere, alcune, persone giuridiche ed altre entità soggettive prive di personalità" (2).

A questo proposito, è utile ricordare che il tema della legale rappresentanza dell'ente è correlato al fatto che le figure soggettive pubbliche (fra cui, ad esempio, il Comune), dal punto di vista operativo, possono compiere attività giuridica solo attraverso individui umani, i quali sono inseriti nel loro quadro organizzativo secondo una specifica disciplina di settore. Il problema di fondo è, quindi, quello di determinare come la persona giuridica pubblica, naturalisticamente incapace di compiere atti giuridici, possa operare nel mondo del diritto e rapportarsi con i terzi.

Una precisazione terminologica: legale rappresentanza ed imputazione organica

Per affrontare questa problematica, la dottrina più risalente fece ricorso al modello civilistico della rappresentanza necessaria, secondo cui, in termini assolutamente generali, si attuerebbe una sorta di gestione qualificata o di "sostituzione", consistente nella trattazione con i terzi di affari altrui, non solo per conto dell'interessato, ma anche in via direttamente efficace per il medesimo (3).

In forza di quanto disposto dall'art. 1388 cod. civ. il meccanismo della rappresentanza comporterebbe, in altre parole, l'imputazione al soggetto di diritto pubblico dei soli effetti giuridici prodotti dagli atti compiuti dal rappresentante, alla stessa stregua di ciò che accade nella rappresentanza delle persone fisiche incapaci di agire. Come osservato da autorevole dottrina, la rappresentanza legale si profila come una "rappresentanza *impropria*, perché si verifica la sostituzione di un soggetto ad un altro nell'attività giuridica destinata a produrre effetti per quest'ultimo, ma l'attività non si fonda su un potere di agire derivato dallo stesso, sì che il primo debba agire in nome del secondo a rappresentarlo, sibbene su un potere proprio dell'agente, che allo stesso proviene dalla legge, e grazie al quale egli agisce in piena indipendenza dalla volontà di colui per cui agisce" (4).

L'inadeguatezza di questo modello civilistico applicato ad una Pubblica Amministrazione è evidenziabile, come noto, sotto due distinti profili.

In primo luogo, ostativa all'applicazione del modello della rappresentanza necessaria è la complessità della struttura organizzativa della Pubblica Amministrazione, la quale, articolandosi in una molteplicità di enti, im-

porrebbe l'individuazione di un numero assai elevato di rappresentanti in posizioni diverse, talora confliggenti, nell'ambito dell'organizzazione complessiva.

In secondo luogo, le limitazioni tipiche del modello della rappresentanza necessaria mal si conciliano con la struttura-base della persona giuridica pubblica: da un punto di vista quantitativo, il metodo di imputazione di cui all'art. 1388 cod. civ. non riguarda tutti i fatti giuridici, ma solo quelli volontari e, in particolare, quelli negoziali; da un punto di vista qualitativo, viene dunque ad operarsi una limitazione di imputazione al solo effetto dell'atto giuridico, restando di tal fatta escluso l'atto in sé. In buona sostanza, l'atto posto in essere dal rappresentante è e resta, sotto il profilo della paternità giuridica, un atto del rappresentante.

Per ovviare a questi inconvenienti, la dottrina moderna ha rimodulato l'inquadramento teorico della rappresentanza spettante agli organi esterni degli enti collettivi nell'ottica della c.d. teoria organicistica della persona giuridica pubblica. Secondo un Autore, infatti, attraverso la figura dell'organo muta il rapporto di imputazione giuridica rispetto al meccanismo della rappresentanza: alla persona giuridica pubblica, ad un tempo, viene trasferito l'effetto giuridico prodotto ed anche l'atto tipico che lo produce (5). Richiamando le parole di al-

Note:

(segue nota 1)

2004, pagg. 447 e ss.. Fra gli studi della Commissione Studi Civilistici del CNN si segnalano lo studio n. 3257 del 19 marzo 2002 "La rappresentanza degli enti locali nel d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267" e con riferimento alla normativa previgente lo studio n. 2324 del 22 giugno 1999 "L'attività negoziale degli enti locali fra competenze degli organi politici e competenze dell'apparato burocratico".

(2) Cfr. F. G. Scoca, in *Diritto Amministrativo*, tomo I, a cura di AA. VV., Bologna, 2001, p. 474.

(3) In questi termini si inquadra la ricostruzione offerta da O. Ranalletti, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912.

(4) In questi termini sintetici ed efficaci si esprime F. Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del Diritto Civile*, Napoli, XI ed., 2002, p. 276-277 il quale aggiunge "le esigenze cui la legge dà soddisfazione disponendo, quando si verificano certe situazioni, una rappresentanza che si chiama legale o necessaria, badando alla sua fonte o all'indeclinabilità della sua funzione, sono, come si è accennato, diverse. Certo, in ogni caso, col disporre la sostituzione all'interessato di un altro soggetto nell'attività che deve produrre effetti per quello, l'ordinamento tutela un interesse superiore, che solo può giustificare l'invasione nella sfera giuridica del singolo". Altra parte della dottrina ha ravvisato nel termine rappresentanza "legale" o "necessaria" una vera e propria necessità di assicurare, nelle differenti circostanze *de qua*, la realizzazione ovvero la tutela di interessi differenti da quelli del rappresentante a differenza delle ipotesi di rappresentanza volontaria in cui si ravvede la mera opportunità di provvedere a tale cura, cfr. in tal senso S. Pugliatti, *ult. op. cit.*, p. 516. A ciò si aggiunga che fra i caratteri peculiari della rappresentanza legale vi è la completa esclusione di rilevanza della volontà dell'interessato che, da un lato, non può dar vita al rapporto e, dall'altro, non può neppure esprimere una volontà contraria a quanto dalla legge stabilito. Questo fatto è, peraltro, giustificato sulla base del fatto che precipuamente la tutela è predisposta in via strumentale a favore di interessi sopraindividuali, stante l'impossibilità del rappresentato di gestire i propri interessi, cfr. F. Gazzoni, *Obbligazioni e contratti*, Napoli, 1990, p. 955.

(5) Cfr. F. G. Scoca, in *Diritto Amministrativo, op. cit.*, p. 478.

tro Autore, l'istituto dell'organo attuerebbe "la più ampia delle imputazioni giuridiche pensabili dopo quella della persona fisica" (6).

In questa chiave ricostruttiva, il termine imputazione organica assume valore equivalente a imputazione di atti ed effetti all'ente pubblico; viene, dunque, definitivamente superata la doppia imputazione presente nel rapporto di rappresentanza, ossia, l'atto giuridico in capo al rappresentante, l'effetto conseguente al rappresentato. La dualità rappresentante-rappresentato che emerge dal dettato normativo dell'art. 1388 cod. civ. pare venir meno in forza della compenetrazione esistente fra la persona fisica-organo nella struttura dell'ente (7).

Sotto il profilo della trasparenza e della tutela dei terzi che contraggono obbligazioni con l'Amministrazione, i vantaggi offerti da questa soluzione dogmatica sono evidenti. Da un lato, viene meno per l'Amministrazione la possibilità di assumere che gli atti giuridici posti in essere siano viziati e riferibili al solo organo e non già a se stessa; dall'altro, viene estesa alla Pubblica Amministrazione anche l'imputazione dei meri fatti e, in particolare, se del caso, anche di quelli illeciti.

Profonda è, dunque, la differenza fra i due istituti giuridici.

Questa precisazione semantica è parsa doverosa sotto due ordini di ragioni: in primo luogo, in quanto sovente, facendosi riferimento all'imputazione giuridica di determinati effetti in capo ad un'Amministrazione ovvero all'atto dell'individuazione del c.d. "organo esterno", si ricorre al mero termine "rappresentanza legale" e non già a quello - più corretto - di imputazione organica (8); in secondo luogo, perché il termine "rappresentanza legale" - con riferimento alla persona giuridica pubblica - può dare adito ad indebite ambiguità nell'articolarsi del ragionamento: la funzione di rappresentanza legale *stricto sensu* si esplica, infatti, solo con riguardo alla capacità negoziale, in particolare alla capacità di concludere contratti, ed alla capacità di stare in giudizio (c.d. processuale), restando in radice esclusa la funzione di esternazione dei provvedimenti amministrativi (9).

Nel circoscritto ambito di studio del presente lavoro, tuttavia, dal punto di vista terminologico, fermi restando i tratti distintivi dei due istituti, pare utile continuare ad utilizzare il termine rappresentante legale (e non già "organo esterno" ovvero "titolare dell'ufficio di imputazione") ogni qual volta ci si riferirà alla persona che, nella sua fisicità, il notaio sarà tenuto a costituire in atto e la cui volontà, formalizzata nelle forme del documento notarile, impegnerà (in molti casi, anche finanziariamente) l'ente pubblico.

Legale rappresentanza dell'ente territoriale ed attività negoziale

L'indagine relativa all'attuale regime della rappresentanza legale dell'Ente pubblico territoriale muove i suoi passi dalla ricostruzione del combi-

nato disposto di alcune norme contenute nel D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267, c.d. Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (10).

Note:

(6) Cfr. M. S. Giannini, *Organi (teoria generale)*, op. cit., p. 46, secondo cui la persona giuridica diventa sì titolare di atti giuridici, ma non perché essa sia capace di compierli ma perché ad essa vengono attribuiti gli atti compiuti dai suoi organi. Il rapporto organico costituisce pertanto lo strumento tecnico attraverso cui le persone giuridiche acquistano la titolarità degli atti.

(7) Secondo parte della dottrina civilistica, inoltre, era opportuno delineare una distinzione fra rappresentanza legale e rappresentanza necessaria: la prima si riteneva fosse relativa esclusivamente alla situazione degli incapaci, la seconda invece dovesse riguardare solo le persone giuridiche. In quest'ambito, l'impossibilità di provvedere alla cura del proprio interesse era - a differenza della persona fisica incapace - permanente, avendo gli enti sempre bisogno di realizzare i propri interessi tramite il rappresentante, cfr. S. Pugliatti, *ult. op. cit.*, p. 517.

Parte della dottrina più recente ha cercato di ricostruire la categoria della rappresentanza organica degli enti collettivi come una *species* di rappresentanza facente parte, insieme alla rappresentanza legale dei genitori e dei tutori, del più ampio *genus* della rappresentanza necessaria, cfr. F. Galgano, *Il negozio giuridico*, Milano, 1988, p. 340. Altra dottrina colloca la rappresentanza organica in una posizione intermedia fra rappresentanza legale e volontaria, ravvisando gli aspetti comuni con quest'ultima nel fatto che i rappresentanti sono scelti liberamente dagli interessati, mentre i punti di confine con la rappresentanza legale si sostanziano nella mancanza di libertà del soggetto nello scegliere se ricorrere o meno al meccanismo rappresentativo, così V. Roppo, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, 1994, p. 452 (critica questa classificazione G. Brusciaglia, *La rappresentanza legale*, in U. Natoli, *La rappresentanza*, cit., p. 138).

(8) Cfr. F. G. Scoca, in *Diritto Amministrativo*, op. cit., p. 486 che a questo proposito sottolinea "Questi organi, ai quali è attribuita la legale rappresentanza della persona giuridica, vengono anche denominati organi esterni. È bene chiarire che essi non sono rappresentanti (in senso proprio) della persona giuridica, ma restano organi caratterizzati dalla funzione di esternazione. Attraverso tali organi la persona giuridica effettua e riceve dichiarazioni negoziali, conclude contratti, emana provvedimenti, sta in giudizio nelle liti attive e passive".

(9) Il che implica, come evidente, che le deliberazioni assunte dal Consiglio comunale o dalla Giunta comunale sono esternate (pertanto efficaci e, se del caso, impugnabili) senza che occorra un atto formale del Sindaco; esse pertanto saranno imputabili direttamente al Comune non solo come decisioni interne ma anche come atti "esterni".

(10) Come noto, detto provvedimento legislativo, emanato sulla base della delega conferita al Governo contenuta nell'art. 31 della legge 3 agosto 1999, n. 265, si inserisce nell'alveo del programma di semplificazione organizzativa e normativa che ha interessato l'apparato amministrativo italiano a partire dagli ultimi anni Novanta, sul punto cfr. M. Cartabia, *Semplificazione amministrativa, riordino normativo e delegificazione nella legge annuale di semplificazione*, in *Dir. pub.*, 2000, pagg. 385 e ss.. In questo contesto di razionalizzazione delle fonti legislative un ruolo chiave è stato svolto dai cc.dd. Testi unici "misti", su cui si rinvia a N. Lupo, *Un nuovo tipo di atto-fonte: i testi unici "misti"*, in *Quad. cost.*, 2001, pagg. 618 e ss. e ID., *Dai testi unici misti ai codici: un nuovo strumentario per le politiche di semplificazione*, in *Studium iuris*, 2004, pagg. 157 e ss.

Il Testo Unico, avente natura meramente compilativa, ha provveduto ad abrogare il r.d. 30 marzo 1934, n. 383 e la l. 8 giugno 1990, n. 142 sulle autonomie locali; i principi ispiratori della disciplina contenuti nella legge n. 142/1990 (comprese le significative modifiche introdotte sia dalla legge 15 maggio 1997, n. 127 c.d. Bassanini - bis sia dalla legge 3 agosto 1999, n. 265) tuttavia sono stati preservati. Particolare rilievo è stato conservato al principio cardine di separazione fra politica ed amministrazione, in base al quale i poteri di indirizzo e controllo sono attribuiti agli organi elettivi, mentre le funzioni di gestione restano in capo ai dirigenti. Detto principio pare essere rafforzato ed elevato a portata ge-

(segue)

La prima previsione normativa che deve essere tenuta in considerazione è racchiusa nell'art. 50, rubricato "Competenze del sindaco e del presidente della provincia", ove al comma 2 è dato leggere "Il Sindaco e il Presidente della Provincia rappresentano l'Ente..." (11).

La norma riproduce fedelmente quanto era disposto dall'art. 36 comma 1-bis della legge 142/1990, essendo ivi riaffermata la funzione del Sindaco e del Presidente della Provincia quali responsabili e rappresentanti generali dell'ente. Sotto questo profilo, giova ricordare che la giurisprudenza civile ed amministrativa degli Anni Novanta, salvo talune divisioni vertenti su una questione di diritto transitorio di minore rilievo, ebbe modo di riconoscere come la riforma operata con la legge sulle autonomie locali avesse ribadito il carattere di Sindaco e Presidente della Provincia quali indiscussi organi rappresentativi, depositari della rappresentanza legale (da intendersi, rappresentanza negoziale e processuale) degli enti stessi (12).

Questo orientamento giurisprudenziale costante non è stato intaccato dalla complessa e stratificata produzione normativa che ha caratterizzato il decennio antecedente all'entrata in vigore del Testo Unico, con cui la materia - almeno nelle intenzioni - è stata interamente razionalizzata (13).

L'art. 50 del Testo Unico pone, dunque, un problema di centrale e dirimente rilievo nella misura in cui occorra capire se la forma di rappresentanza ivi prevista sia qualificabile come *giuridico-legale*, ossia nei termini tecnici di rappresentanza legale di cui al paragrafo precedente, ovvero sia inquadrabile in una rappresentanza di tipo *politico-istituzionale*, attribuendosi di tal fatta al comma 2 dell'art. 50 una valenza di norma programmatica, coniata con una formulazione ad ampio respiro.

La risoluzione del presente quesito, logicamente preordinata alla definizione del potere rappresentativo in capo agli organi dirigenziali di Comune e Provincia, passa obbligatoriamente attraverso lo studio del modo attraverso cui il legislatore abbia inteso strutturare l'ordinamento ed il funzionamento degli Enti locali. Il quadro normativo delineatosi nell'ultimo quindicennio lascia intendere un netto *favor* per un modello di Ammini-

secuzione degli atti. 3. Salvo quanto previsto dall'articolo 107 essi esercitano le funzioni loro attribuite dalle leggi, dallo statuto e dai regolamenti e sovrintendono altresì all'espletamento delle funzioni statali e regionali attribuite o delegate al comune e alla provincia. 4. Il sindaco esercita altresì le altre funzioni attribuitegli quale autorità locale nelle materie previste da specifiche disposizioni di legge. 5. In particolare, in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale le ordinanze contingibili e urgenti sono adottate dal sindaco, quale rappresentante della comunità locale. Negli altri casi l'adozione dei provvedimenti d'urgenza, ivi compresa la costituzione di centri e organismi di referenza o assistenza, spetta allo Stato o alle regioni in ragione della dimensione dell'emergenza e dell'eventuale interessamento di più ambiti territoriali regionali. 6. In caso di emergenza che interessi il territorio di più comuni, ogni sindaco adotta le misure necessarie fino a quando non intervengano i soggetti competenti ai sensi del precedente comma. 7. Il sindaco, altresì, coordina e riorganizza, sulla base degli indirizzi espressi dal consiglio comunale e nell'ambito dei criteri eventualmente indicati dalla regione, gli orari degli esercizi commerciali, dei pubblici esercizi e dei servizi pubblici, nonché, d'intesa con i responsabili territorialmente competenti delle amministrazioni interessate, gli orari di apertura al pubblico degli uffici pubblici localizzati nel territorio, al fine di armonizzare l'espletamento dei servizi con le esigenze complessive e generali degli utenti. 8. Sulla base degli indirizzi stabiliti dal consiglio il sindaco e il presidente della provincia provvedono alla nomina, alla designazione e alla revoca dei rappresentanti del comune e della provincia presso enti, aziende ed istituzioni. 9. Tutte le nomine e le designazioni debbono essere effettuate entro quarantacinque giorni dall'insediamento ovvero entro i termini di scadenza del precedente incarico. In mancanza, il comitato regionale di controllo adotta i provvedimenti sostitutivi ai sensi dell'articolo 136. 10. Il sindaco e il presidente della provincia nominano i responsabili degli uffici e dei servizi, attribuiscono e definiscono gli incarichi dirigenziali e quelli di collaborazione esterna secondo le modalità ed i criteri stabiliti dagli articoli 109 e 110, nonché dai rispettivi statuti e regolamenti comunali e provinciali. 11. Il sindaco e il presidente della provincia prestano davanti al consiglio, nella seduta di insediamento, il giuramento di osservare lealmente la Costituzione italiana. 12. Distintivo del sindaco è la fascia tricolore con lo stemma della Repubblica e lo stemma del comune, da portarsi a tracolla. Distintivo del presidente della provincia è una fascia di colore azzurro con lo stemma della Repubblica e lo stemma della propria provincia, da portare a tracolla."

(12) Fra le pronunce più interessanti si segnala Cass. civ., sez. un., 10 ottobre 1992, n. 11064, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 956 nella parte in cui afferma "È da escludere che la competenza a decidere sull'instaurazione del giudizio o sulla resistenza possa spettare al sindaco, al quale fanno carico i compiti di rappresentare il comune, di sovrintendere al funzionamento dei servizi degli uffici, all'esecuzione degli atti. Tale competenza non può essere attribuita ai dirigenti o al segretario, che non sono organi". Fra le decisioni più recenti, cfr. Cass. civ., sez. I, 13 marzo 2003, n. 3736 in *Giust. civ. mass.*, 2003, p. 517 in cui si sottolinea che "Il sindaco è l'organo preposto alla rappresentanza del Comune, ai sensi dell'art. 36 della legge n. 142 del 1990, sicché la competenza demandata alla giunta comunale in materia di liti attive e passive è necessariamente esercitata in funzione del potere di rappresentanza processuale del sindaco; ne consegue che è invalida la procura conferita al difensore del Comune dal direttore generale del medesimo ente, benché a ciò incaricato dalla giunta comunale nell'atto stesso della deliberazione di agire o resistere in giudizio, e nonostante l'attribuzione di una simile competenza al direttore generale derivi da una norma regolamentare del Comune, in quanto siffatta norma si pone in contrasto con l'art. 36 cit., che configura il sindaco come l'esclusivo organo investito del potere rappresentativo dell'ente".

(13) Cfr. la ricostruzione operata da G. Sciuillo, *op. cit.*, p. 1048 secondo cui "Su questo orientamento, che a ben vedere - salvo che per la sostituzione della Giunta al Consiglio - confermava l'assetto della precedente disciplina, non produssero effetto né le competenze, anche di carattere esterno, assegnate dall'art. 51 della l. n. 142/1990 ai dirigenti, né le novità introdotte dal d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 e succ. mod. in tema di rapporti fra vertici politico-amministrativi e dirigenza, né, infine, la riformulazione operata, da parte dell'art. 6 della legge 15 maggio 1997, n. 127, dell'art. 51 della l. n. 142, che rendeva più netti i contorni delle prerogative dirigenziali".

Note:

(segue nota 10)

nerale dalla previsione contenuta nel primo comma dell'art. 78 del T.U.E.L. in base al quale "Il comportamento degli amministratori, nell'esercizio delle proprie funzioni, deve essere improntato all'imparzialità e al principio di buona amministrazione, nel pieno rispetto della distinzione tra le funzioni, competenze e responsabilità degli amministratori di cui all'art. 77 comma 2, e quelle proprie dei dirigenti delle rispettive amministrazioni".

(11) Per comodità di lettura giova riportare l'intero art. 50 del T.U.E.L. "1. Il sindaco e il presidente della provincia sono gli organi responsabili dell'amministrazione del comune e della provincia. 2. Il sindaco e il presidente della provincia rappresentano l'ente, convocano e presiedono la giunta, nonché il consiglio quando non è previsto il presidente del consiglio, e sovrintendono al funzionamento dei servizi e degli uffici e all'e-

strazione pubblica locale fondato sulla separazione fra organi politici ed organi gestori, i cui compiti e le cui attribuzioni si sono nel tempo definite con (quasi) sufficiente precisione e chiarezza.

L'operatività di questo modello di amministrazione sul territorio richiede, come noto, la presenza di due componenti: da un lato, al livello apicale dell'Ente, cioè alla dirigenza, deve essere riconosciuto un potere certo di gestione autonoma e concreta; dall'altro, all'organo politico deve esser sì garantita la possibilità di monitorare ed indirizzare la gestione dell'ente attraverso la predeterminazione degli obiettivi, la definizione di direttive e la successiva verifica dei risultati ma, al contempo, debbono essere circoscritte le ipotesi di ingerenza nella sfera di attività dirigenziale.

In questa chiave ricostruttiva, la seconda norma meritevole di attenzione è quindi l'art. 107 del Testo Unico, rubricato "*Funzioni e responsabilità della dirigenza*" (14). In particolare, al secondo comma è dato leggere che "spettano ai dirigenti tutti i compiti, compresa l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, non ricompresi espressamente dalla legge o dallo statuto tra le funzioni di indirizzo e controllo politico-amministrativo degli organi di governo dell'ente o non rientranti tra le funzioni del segretario o del direttore generale, di cui rispettivamente agli articoli 97 e 108". Ed al successivo comma si legge, per quanto interessa in questa sede "Sono attribuiti ai dirigenti tutti i compiti di attuazione degli obiettivi e dei programmi definiti con gli atti di indirizzo adottati dai medesimi organi, tra i quali in particolare, secondo le modalità stabilite dallo statuto o dai regolamenti dell'ente: a) ... b) la responsabilità delle procedure d'appalto e di concorso; c) la stipulazione dei contratti; d) gli atti di gestione finanziaria, ivi compresa l'assunzione di impegni di spesa; e) gli atti di amministrazione e gestione del personale; [...] i) gli atti ad essi attribuiti dallo statuto e dai regolamenti o, in base a questi, delegati dal sindaco" (15).

La lettura dei commi 2 e 3 di questa disposizione - cui può esser aggiunta la disposizione di carattere generale contenuta nel penultimo comma secondo cui "I dirigenti sono direttamente responsabili, in via esclusiva, in relazione agli obiettivi dell'ente, della correttezza amministrativa, della efficienza e dei risultati della gestione" - conferma ed evidenzia la scelta operata dal legislatore a favore della creazione di una marcata forma di autonomia gestionale della classe burocratica amministrativa. In questo quadro, si inserisce la previsione (al comma 3 lett. d)) di autonomi poteri di spesa e (al comma 3 lett. e)) di organizzazione delle risorse umane, oltre ovviamente ad una complessiva "responsabilità di risultato".

Dalla lettura meditata di queste prime due norme incominciano ad intravedersi le ragioni poste a sostegno della tesi favorevole a riconoscere un significativo potere rappresentativo, oltre che gestorio, agli organi diri-

Note:

(14) Per comodità di lettura si riporta integralmente anche il testo dell'art. 107 T.U.E.L. "1. Spetta ai dirigenti la direzione degli uffici e dei servizi secondo i criteri e le norme dettati dagli statuti e dai regolamenti. Questi si uniformano al principio per cui i poteri di indirizzo e di controllo politico - amministrativo spettano agli organi di governo, mentre la gestione amministrativa, finanziaria e tecnica è attribuita ai dirigenti mediante autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo. 2. Spettano ai dirigenti tutti i compiti, compresa l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, non ricompresi espressamente dalla legge o dallo statuto tra le funzioni di indirizzo e controllo politico - amministrativo degli organi di governo dell'ente o non rientranti tra le funzioni del segretario o del direttore generale, di cui rispettivamente agli articoli 97 e 108. 3. Sono attribuiti ai dirigenti tutti i compiti di attuazione degli obiettivi e dei programmi definiti con gli atti di indirizzo adottati dai medesimi organi, tra i quali in particolare, secondo le modalità stabilite dallo statuto o dai regolamenti dell'ente: a) la presidenza delle commissioni di gara e di concorso; b) la responsabilità delle procedure d'appalto e di concorso; c) la stipulazione dei contratti; d) gli atti di gestione finanziaria, ivi compresa l'assunzione di impegni di spesa; e) gli atti di amministrazione e gestione del personale; f) i provvedimenti di autorizzazione, concessione o analoghi, il cui rilascio presupponga accertamenti e valutazioni, anche di natura discrezionale, nel rispetto di criteri predeterminati dalla legge, dai regolamenti, da atti generali di indirizzo, ivi comprese le autorizzazioni e le concessioni edilizie; g) tutti i provvedimenti di sospensione dei lavori, abbattimento e riduzione in pristino di competenza comunale, nonché i poteri di vigilanza edilizia e di irrogazione delle sanzioni amministrative previsti dalla vigente legislazione statale e regionale in materia di prevenzione e repressione dell'abusivismo edilizio e paesaggistico-ambientale; h) le attestazioni, certificazioni, comunicazioni, diffide, verbali, autenticazioni, legalizzazioni ed ogni altro atto costituente manifestazione di giudizio e di conoscenza; i) gli atti ad essi attribuiti dallo statuto e dai regolamenti o, in base a questi, delegati dal sindaco. 4. Le attribuzioni dei dirigenti, in applicazione del principio di cui all'articolo 1, comma 4, possono essere derogate soltanto espressamente e ad opera di specifiche disposizioni legislative. 5. A decorrere dalla data di entrata in vigore del presente testo unico, le disposizioni che conferiscono agli organi di cui al capo I titolo III l'adozione di atti di gestione e di atti o provvedimenti amministrativi, si intendono nel senso che la relativa competenza spetta ai dirigenti, salvo quanto previsto dall'articolo 50, comma 3, e dall'articolo 54. 6. I dirigenti sono direttamente responsabili, in via esclusiva, in relazione agli obiettivi dell'ente, della correttezza amministrativa, della efficienza e dei risultati della gestione. 7. Alla valutazione dei dirigenti degli enti locali si applicano i principi contenuti nell'articolo 5, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286, secondo le modalità previste dall'articolo 147 del presente testo unico".

(15) I commi 2 e 3 del nuovo articolo 107 del T.U.E.L. derivano da una scissione tra il primo ed il secondo periodo del terzo comma dell'art. 51 della legge 142/1990. Il nuovo art. 107 comma 2 del T.U.E.L. assegna alle competenze dei dirigenti una serie amplissima di compiti, compresa l'adozione di atti e provvedimenti amministrativi che impegnano l'Amministrazione verso l'esterno non ricompresi espressamente dalla legge o dallo Statuto fra le funzioni di indirizzo politico-amministrativo riservate agli organi politici dell'ente. La delimitazione dei compiti dirigenziali è stata, dunque, riformulata interamente nelle disposizioni che compongono l'art. 107 T.U.E.L., nelle cui disposizioni traspare con evidenza il tentativo attuato dal legislatore di prevenire un'applicazione della norma in contrasto con il principio fondamentale della separazione de poteri. In dottrina è stato osservato che "la nuova impostazione del periodo è indirizzata ad evitare interpretazioni pretestuose della norma, nel senso che con la nuova formulazione si intende garantire l'attribuzione inderogabile ai dirigenti di tutti gli atti e i provvedimenti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno (in pratica, la maggioranza degli atti di natura gestionale), mentre dalla lettera della norma previgente si poteva (sia pur non correttamente) desumere la possibilità degli enti di riservare, con norma statutaria, l'adozione di alcuni "provvedimenti" con rilevanza esterna e di natura gestionale agli organi di governo. La precisazione contenuta nel comma 2 [dell'art. 107] in base alla quale lo statuto, (segue)

genziali a scapito di quelli politici di vertice (Sindaco e Presidente della Provincia).

Una terza disposizione-chiave che deve essere presa in considerazione è sicuramente quella contenuta nel terzo comma del già citato articolo 50, in cui è dato leggere: "Salvo quanto previsto dall'articolo 107 essi [il Sindaco e il Presidente della Provincia] esercitano le funzioni loro attribuite dalle leggi, dallo statuto e dai regolamenti e sovrintendono altresì all'espletamento delle funzioni statali e regionali attribuite o delegate al comune e alla provincia".

La clausola di riserva con cui si apre il comma ("Salvo quanto...") si profila come ulteriore conferma della netta distinzione che il legislatore traccia fra le funzioni ed i compiti inerenti alla c.d. direzione politico-amministrativa dell'ente, per sua natura collegata al ruolo centrale del vertice dell'Amministrazione, e l'attività gestionale della struttura burocratica, attribuita *in toto* alla classe dirigente.

La lettura di questa ulteriore disposizione porta a ritenere come il legislatore abbia voluto mutuare nell'ordinamento degli Enti locali il principio di separazione fra indirizzo e gestione che, peraltro, aveva già espresso nell'art. 45 comma 1 del D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, contenente - come noto - disposizioni in materia di organizzazione e rapporti di lavoro nella Amministrazioni pubbliche, in cui si affermava "A decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto, le disposizioni previgenti che conferiscono agli organi di governo l'adozione di atti di gestione e di atti o provvedimenti amministrativi di cui all'art. 3, comma 2, del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, si intendono nel senso che la relativa competenza spetta ai dirigenti".

In forza della ricostruzione sin qui effettuata, dunque, può essere affermato che, se l'atto di gestione è di competenza esclusiva del dirigente (ovvero dei cc.dd. "apicali" nei Comuni privi di personale con qualifica dirigenziale), la rappresentanza dell'ente verso l'esterno è attribuita proprio all'autore stesso dell'atto di gestione (16). Detta persona fisica, che il notaio dovrà costituire in atto quale rappresentante della persona giuridica pubblica, è legato da rapporto di servizio con l'Ente locale, che lo ha contrattualmente assunto alle proprie dipendenze. Ed è proprio questo rapporto di servizio che rende possibile il meccanismo giuridico della c.d. immedesimazione organica, in ragione della quale - come visto - il titolare dell'organo imputa le intere fattispecie negoziali compiute in capo alla persona giuridica pubblica in cui è strutturalmente incardinato.

Questa ricostruzione ragionata del complesso *corpus* normativo che contraddistingue il Testo Unico degli Enti locali ha portato parte della dottrina ad affermare che la rappresentanza negoziale storicamente ricondotta alla figura del Sindaco/Presidente della Provincia "prima si configurava esclusiva, ora in forza dell'intervenuta attribuzione delle funzioni gestionali ai dirigenti/responsabili dei servizi, comprensivi degli atti

che impegnano l'Amministrazione verso l'esterno, deve reinterpretarsi come rappresentanza politica, circoscritta alle funzioni di indirizzo e controllo ascrivibili alla carica" (17).

È quindi utile operare una distinzione fra rappresentanza istituzionale dell'Ente, senza dubbio riservata al Sindaco/Presidente della Provincia, e rappresentanza legale che, in linea di principio, spetta al singolo dirigente sulla base di una attribuzione *ratione materiae*.

Rappresentanza legale dei dirigenti e determinazione a contrattare

Un elemento aggiuntivo da porsi a sostegno della tesi che riconosce in capo all'organo dirigenziale un sicuro (anche se non esclusivo) potere rappresentativo dell'ente locale risiede nel dettato normativo dell'art. 192 del T.U.E.L., rubricato *Determinazioni a contrattare e relative procedure* (18).

Note:

(segue nota 15)

ma anche la legge, possono limitare i compiti dei dirigenti con norme espresse che attribuiscono agli organi di governo esclusivamente funzioni di indirizzo e controllo politico amministrativo sancisce l'inderogabilità del principio di separazione dei poteri e costruisce un argine contro il pericolo di arbitrari sconfinamenti in ambito gestionale attuativo delle attribuzioni politiche determinate dalle previsioni legislative e statutarie", cfr. N. Rinaldi, *Commento al Testo Unico in materia di ordinamento degli enti locali*, a cura di AA.VV., Rimini, 2000, pagg. 555-556.

(16) In conseguenza a quanto affermato, pare del tutto ragionevole sostenere che anche lo Statuto dell'Ente territoriale (Comune o Provincia) debba ispirarsi a questo principio di fondo, con riguardo - in particolare - a quanto disposto dall'art. 6 comma 2 del T.U.E.L. ove è dato leggere "Lo statuto, nell'ambito dei principi fissati dal presente testo unico, stabilisce le norme fondamentali dell'organizzazione dell'ente e, in particolare, specifica le attribuzioni degli organi e le forme di garanzia e di partecipazione delle minoranze, i modi di esercizio della rappresentanza legale dell'ente, anche in giudizio". Pertanto, ogni disposizione statutaria di segno opposto, tendente cioè a sottrarre competenze gestorie al personale dirigente in favore degli organi di governo "politici", sarà viziata da illegittimità e, più in generale, non conforme ai principi generali dell'ordinamento delle Amministrazioni locali.

(17) Cfr. A. Riccardo, in *L'ordinamento degli enti locali nel testo unico*, a cura di F. Caringella, A. Giuncato, F. Romano, Milano, 2001, p. 371.

Tendenzialmente compatta è, invece, la giurisprudenza nel far rientrare nel concetto di rappresentanza istituzionale, di cui l'organo politico è titolare in via esclusiva, la rappresentanza in giudizio dell'Ente. Sul punto si veda *ex multis* Cass. civ., sez. III, 26 febbraio 2003, n. 2878 "Il regime legale di rappresentanza del comune spetta inderogabilmente al Sindaco ai sensi dell'art. 50 del Testo unico del 2000 d.lgs. n. 267. Ne deriva che solo il Sindaco può agire in giudizio in nome e per conto dell'ente. Non essendo la materia suscettibile di deroga statutaria e non rinvenendosi nell'art. 107 del T.U. sulla competenza dirigenziale alcun riferimento alla rappresentanza dell'ente in giudizio, deve allora essere considerato inammissibile il ricorso proposto non dal sindaco ma dal dirigente degli affari generali e del contenzioso", in *Giorn. dir. amm.*, 2003, pagg. 1045 e ss. con nota di G. Sciuillo, *cit.*

(18) Per comodità di lettura si riporta il testo integrale dell'articolo in parola che, come noto, riproduce l'abrogato art. 56 della legge 142 del 1990 "1. La stipulazione dei contratti deve essere preceduta da apposita determinazione del responsabile del procedimento di spesa indicante: a) il fine che con il contratto si intende perseguire; b) l'oggetto del contratto, la sua forma e le clausole ritenute essenziali; c) le modalità di scelta (segue)

Secondo una definizione di carattere generale, la determinazione a contrattare (gergicamente chiamata "determina" dagli operatori del settore) è l'atto amministrativo con cui il dirigente manifesta la propria volontà nell'esercizio del potere gestorio e di assunzione dell'impegno di spesa per l'Ente locale (19).

La determinazione a contrattare, oggetto di novella legislativa contenuta nell'art. 14 della legge 265 del 1999, è significativa di un momento di rottura negli schemi funzionali dell'Ente locale e senza dubbio ha rappresentato un passo ulteriore nell'iter legislativo che - come si è in parte avuto modo di analizzare - ha condotto negli ultimi anni a marcare definitivamente la separazione fra funzioni di indirizzo/controllo e funzioni di mera gestione. Il citato articolo 14 ha, infatti, provveduto (incidendo sul previgente art. 56 della legge 142 del 1990) a sostituire ad un atto collegiale deliberativo un provvedimento, avente natura interna e monocratica, riferibile al solo responsabile del procedimento di spesa.

Della paternità dirigenziale di questa tipologia di atto non si può dubitare: lo stesso *nomen iuris* utilizzato dal legislatore ("determinazione") è indice certo di esclusiva riferibilità ad una figura apicale dell'apparato burocratico, e non già politico, dell'Ente (20).

La riformulazione del previgente art. 56 l. 142/1990 (oggi art. 192 T.U.E.L.) pare ricondurre l'intero processo relativo all'attività contrattuale dell'Amministrazione locale all'ambito decisionale del Dirigente responsabile, di volta in volta individuato *ratione materiae* dalle disposizioni regolamentari interne dell'ente (21). Il provvedimento "di determina" si inserisce nella c.d. fase ad evidenza pubblica che contraddistingue l'attività contrattuale della Pubblica Amministrazione: in esso si vengono a precisare una serie indefettibile di elementi, fra cui in particolare si segnalano *il fine* che con il contratto si intende perseguire e *le modalità di scelta del contraente*.

La finalità pubblicistica di protezione e di trasparenza che caratterizza la necessità di far precedere la stipula del contratto - se del caso, anche con forma di atto pubblico (si pensi alle ipotesi del mutuo o delle alienazioni di beni immobili) - con l'adozione dell'atto di determinazione a contrattare impone tre considerazioni finali.

In primo luogo, l'adozione del provvedimento di determinazione a contrattare è necessario sia in presenza di atti che comportano un depauperamento dell'Ente (si pensi al caso in cui il Comune assume la veste di soggetto mutuante a tasso agevolato), sia per gli atti di spesa in senso tecnico (cosa che si verifica nelle ipotesi di attribuzioni di determinati beni a titolo gratuito) sia, infine, negli atti in cui si costituisce un'entrata in termini monetari per l'Amministrazione (come in tutte le ipotesi di alienazione del patrimonio immobiliare pubblico). In ogni caso, dunque, l'atto di determinazione a contrarre dovrà essere adottato dal soggetto competente e dovrà essere allegato, a cura del notaio, all'atto pubblico ai sensi dell'art. 51 n. 7 della legge notarile.

In secondo luogo, anche qualora vi sia una sovrapposizione fra il soggetto titolare della competenza funzionale alla stipula ed il soggetto tenuto ad emanare la determinazione, quest'ultima dovrà essere comunque formalizzata affinché questa tappa importante del procedimento di esternazione della volontà dell'organo gestorio possa essere, in una (eventuale) fase patologica del rapporto giuridico, oggetto del sindacato giurisdizionale di legittimità. È stata efficacemente espressa in dottrina l'idea secondo cui "non si può intendere il dirigente dell'ente locale responsabile di un determinato servizio alla stregua di un amministratore delegato con potere di firma di una società di capitali, il quale per la stipulazione di contratti nelle materie delegate non necessita di alcuna preventiva delibera" (22).

Infine, non è ravvisabile alcun potere discrezionale in capo al dirigente di distaccarsi o in parte disattendere, in sede di stipula, il contenuto della determinazione. Questa possibilità pare essere preclusa anche in ragione della modificazione *medio tempore* intervenuta della situazione fattuale su cui il contratto verrebbe ad operare. Pertanto, la rilevanza pubblicistica dell'iter contrattuale impone che, ad una modificazione degli elementi peculiari contenuti nella prima determinazione, si ovvi con l'adozione di un secondo provvedimento che garantisca quella corrispondenza, nell'assetto contrattuale, fra atto amministrativo preordinato e contratto finale.

Perplexità circa il "monopolio operativo" dei dirigenti

Le argomentazioni sinora sviluppate attraverso la disamina dell'articolato normativo presente nel Testo Unico portano a ritenere ormai assodata ed

Note:

(segue nota 18)

del contraente ammesse dalle disposizioni vigenti in materia di contratti delle pubbliche amministrazioni e le ragioni che ne sono alla base. Si applicano, in ogni caso, le procedure previste dalla normativa della Unione europea recepita o comunque vigente nell'ordinamento giuridico italiano".

(19) A chiare lettere lo definisce TAR Calabria, Reggio Calabria, 13 febbraio 2004, n. 153, in *Foro Amm. TAR*, 2004, p. 516 nella parte in cui afferma "la determinazione a contrattare è atto di gestione, di competenza del responsabile del procedimento di spesa (art. 192 del d.lgs. 267 del 2000)...".

(20) Sul punto, cfr. M. Maltoni, *op. cit.*, p. 284 ove sottolinea che "se fino ad oggi l'imposizione legislativa di una preventiva deliberazione a contrarre fissava pacificamente la competenza in merito in capo agli organi politici collegiali (giunta e consiglio), il riferimento alla determinazione produce l'effetto di spostare tale competenza funzionale dagli organi politici agli organi gestionali, ovvero ai dirigenti. Allo stato della legislazione, dunque, l'organo competente a decidere circa la stipulazione di un contratto è il dirigente responsabile del procedimento di spesa".

(21) Su questo tema, per una ricostruzione in termini generali, si veda L. Piscitelli, *La potestà normativa dell'ente locale*, Genova, 2003.

(22) Cfr. M. Maltoni, *op. cit.*, p. 288, il quale di seguito aggiunge "La necessità di una preventiva determinazione anche in caso di identità fra organo gestionale ed organo rappresentativo è imposta dai principi su cui si fonda l'attività contrattuale della P.A.".

indiscutibile l'esistenza di un autonomo potere di rappresentanza legale, *rectius* negoziale, attribuito dalla legge agli organi dirigenziali.

Questo primo punto di approdo del ragionamento non legittima, tuttavia, la teorizzazione, come fatto da alcuni Autori in dottrina, di un vero e proprio "monopolio operativo dei dirigenti...conseguente alla titolarità esclusiva delle funzioni di gestione amministrativa" (23).

Una siffatta lettura interpretativa dell'articolo 50 comma 2 del T.U.E.L. merita, ad avviso di chi scrive, di essere disattesa. Una presa di posizione così rigida, infatti, pur presentandosi in armonia con lo spirito di fondo della riforma degli enti locali - tendente ad enfatizzare la distinzione fra momento politico e momento gestorio - non appare fedele al dato normativo vigente che, si badi, in nessun punto esclude a chiare lettere la rappresentanza negoziale dei vertici politici.

L'interpretazione offerta da questi Autori alla norma in parola non pare condivisibile poiché ad essa imprudentemente conseguirebbe la totale preclusione per l'organo politico di vertice della facoltà di esternare la volontà dell'ente in sede negoziale.

Non può, tuttavia, sottacersi una certa "simpatia" per una ricostruzione così tranciante che, riconoscendo al solo corpo dirigenziale il potere di rappresentare in sede negoziale l'ente pubblico, *de iure condendo* potrebbe rappresentare, *in primis* nell'attività di redazione degli atti notarili, una evidente semplificazione (sarebbe, in altre parole, possibile costituire in atto i soli dirigenti). Questa affermazione va tuttavia presa con cautela, limitandosi ad essere un auspicio che, per concretizzarsi, non potrà prescindere da un intervento legislativo *ad hoc*.

Allo stato attuale, in assenza di una disposizione normativa che chiarifichi la portata applicativa reale del citato art. 50 comma 2 o ne modifichi il tenore testuale, pare prudente ravvisare nel sistema normativo vigente una sorta di competenza rappresentativa, sul piano negoziale, concorrente del Sindaco/Presidente della Provincia e dei singoli dirigenti.

Con ciò non si intende mettere in discussione il ruolo principe svolto dal dirigente nell'attività negoziale del Comune, ma semplicemente rammentare che il potere rappresentativo di quest'ultimo si aggiunge e non già si sostituisce a quello del Sindaco. Pienamente condivisibili sono, a tal proposito, le parole di un Autore che, trattando diffusamente della rappresentanza giudiziale, tocca la tematica negoziale ed incidentalmente afferma che "il testo unico esplicitamente assegna (o consente di assegnare) a soggetti diversi dal Sindaco compiti che per loro stessa natura (verrebbe da dire, per definizione) implicano un potere di rappresentanza. Quanto basta per sostenere la conclusione cui si è pervenuti: non solo il Sindaco, ma anche altri nel nuovo ordinamento comunale hanno l'idoneità a rappresentare l'ente" (24).

Del resto, l'interpretazione della norma in parola ha

creato non poche perplessità anche in giurisprudenza. Fra le sentenze più recenti, con riferimento all'attività negoziale dell'ente pubblico territoriale, da un lato, merita di esser segnalata una pronuncia della Sezione Terza della Cassazione in cui si è precisato che "solo gli organi rappresentativi degli enti pubblici territoriali (sindaco del Comune, presidente della Provincia) so-

Note:

(23) Cfr. F. Caringella, *Il nuovo volto della Pubblica Amministrazione*, a cura di L. Carbone, F. Caringella, F. Romano, III ed., Napoli, 2001, p. 595. Questo orientamento dottrinale trae spunto anche dalla Circolare Min. Interno 10 ottobre 1998, n. 4 *Esercizio dei poteri dirigenziali e funzioni di indirizzo politico negli enti locali* (G.U. 23 ottobre 1998, n. 248) in cui si viene esclusa con fermezza la possibilità che gli organi politici compiano atti gestionali. In particolare, è dato leggere "Sono pervenuti a questo Ministero numerosi quesiti, anche a seguito di alcune interpretazioni non univoche apparse sulla stampa, circa le modalità di esercizio dei poteri dirigenziali negli enti locali e le correlative titolarità, in rapporto alle funzioni di indirizzo politico attribuite agli organi di Governo, secondo il nuovo assetto delineato dal decreto legislativo n. 29/1993, come modificato dal decreto legislativo n. 80/1998. In proposito, al fine di fornire univoche indicazioni di lettura, in relazione alla delicatezza delle questioni prospettate, che investono la vita quotidiana degli enti locali, d'intesa con la Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per la funzione pubblica, si ribadisce che il nuovo assetto dei poteri all'interno degli enti locali, dopo l'entrata in vigore dei precitati decreti delegati, nonché delle leggi n. 127/1997 e n. 191/1998, è improntato ad una rigida ed effettiva separazione dei rispettivi ruoli: da una parte i compiti di indirizzo, attribuiti al potere politico, dall'altra i poteri gestionali, che vengono poteri propri della burocrazia, intesa come il complesso degli apparati amministrativi, chiamati a tradurre in pratica, nel rispetto delle norme regolamentari poste dagli enti medesimi, gli indirizzi politici. Il principio di ripartizione dei poteri all'interno delle pubbliche amministrazioni e, quindi, anche degli enti locali, è stato riaffermato dal decreto legislativo n. 80/1998, all'art. 3, comma 2, che, nel ridefinire i compiti attribuiti ai dirigenti, aggiunge che gli stessi spettano loro "in via esclusiva". Il successivo comma 3 del medesimo articolo introduce una norma di salvaguardia dei poteri attribuiti, prevedendo che le attribuzioni dei dirigenti "possono essere derogate soltanto ad opera di specifiche disposizioni legislative". Tale disposto è ulteriormente rafforzato dall'articolo 45 dello stesso decreto legislativo n. 80/1998, il quale stabilisce che, a decorrere dalla data di entrata in vigore dello stesso (e cioè dal 23 aprile 1998), "le disposizioni previgenti che conferiscono agli organi di Governo l'adozione di atti di gestione di atti o provvedimenti amministrativi" di cui al precitato art. 3, comma 2, "si intendono nel senso che la relativa competenza spetta ai dirigenti". La statuizione si pone come norma di chiusura, poiché, operando il trasferimento ai dirigenti di poteri gestionali, precedentemente facenti capo agli organi politici, rende immediatamente operativa ed effettiva la prevista attribuzione di poteri. In tale ambito, il rinvio alla potestà regolamentare attribuita agli enti, previsto dall'art. 27-bis del decreto legislativo n. 29/1993, introdotto dal decreto legislativo n. 80/1998, può operare solo negli spazi lasciati liberi dalla legge, e cioè solo nel disciplinare le finalità e i modi di esercizio dei poteri, ma non sulla titolarità dei medesimi, derivanti da fonte normativa di rango legislativo e coperti, ai sensi del citato art. 3, comma 3, da specifica riserva di legge. Da quanto detto deriva l'impossibilità, da parte degli organi politici, di compiere atti gestionali, così come già precisato nella circolare n. 3/1998 (in Gazzetta Ufficiale n. 157 dell'8 aprile 1998)".

(24) Così G. Sciuillo, *op. cit.*, p. 1051. Questa opinione trova alcuni riscontri anche nella dottrina meno recente, fra cui si segnala, nel panorama normativo antecedente l'entrata in vigore del Testo Unico, il contributo di G. Casu, *La rappresentanza negli enti locali*, consultabile sul sito www.trivenetogiur.it ed E. Conte, *Organi di governo e organi dirigenziali negli enti locali*, in *Nuova rass. legisl. dottr. e giur.*, 2000, p. 1780 in cui annovera, fra i compiti del Sindaco - in qualità di organo di vertice dell'Amministrazione - il potere di firma "di quegli atti che esprimono l'Ente nella sua unità".

no abilitati ad esprimere, con atti scritti, la volontà negoziale delle relative amministrazioni nei confronti dei terzi" (25). E sempre la Sezione Terza, utilizzando una formulazione inconsueta, ha sottolineato che l'art. 50 comma 2 "riserva al Sindaco il *potere - dovere* di rappresentare l'ente", assumendo una posizione che ben difficilmente si può conciliare con una lettura restrittiva del citato articolo 50 comma 2 alla mera rappresentanza "politica-istituzionale" (26). La Sezione Prima, al contrario, opera *incidenter tantum* una contrapposizione ove afferma che "Nel nuovo ordinamento delle autonomie locali le disposizioni degli art. 36 e 35 della legge n. 142 del 1990 (poi trasfusi negli art. 48, comma 2, e 50, commi 2 e 3, del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, approvato con D.Lgs. n. 267 del 2000) attribuiscono al sindaco la rappresentanza del Comune, mentre, d'altra parte, ai dirigenti dell'ente sono devoluti, dall'art. 51, comma 2, della legge n. 142 del 1990, tutti i compiti di attuazione degli obiettivi e dei programmi definiti con gli atti di indirizzo adottati dall'organo politico" (27). Infine, la Commissione Tributaria provinciale di Lecce, richiamando la citata distinzione operata in dottrina, riconosce che "ai sensi dell'art. 50 D.Lgs. n. 267 del 2000 la rappresentanza istituzionale e legale dell'ente è attribuita al sindaco e al presidente della provincia" (28); rappresentanza "istituzionale" e rappresentanza "legale" (nella sua duplice declinazione "negoziale" e "processuale") sono trattate dai giudici pugliesi come accezioni distinte del medesimo potere di rappresentanza, la cui titolarità è comunque riservata all'organo politico di vertice. Stante questa evidente incertezza mostrata dalla giurisprudenza, sia a livello definitorio, sia nella delimitazione della reale portata dell'art. 50 comma 2 del T.U.E.L. e dei suoi rapporti, in particolare, con l'art. 107, è evidente che la prospettazione di un potere di rappresentanza negoziale concorrente fra Sindaco/Presidente della Provincia e dirigenti, oltre ad apparire la soluzione tuzioristica, sembra anche esser quella più ragionevole ed aderente al dato normativo.

Conclusioni

A conclusione del ragionamento fin qui esposto, pare quindi potersi offrire uno schema di sintesi in questi termini strutturato.

In primo luogo, qualora si debba costituire in atto il rappresentante legale di un Comune dotato di organi dirigenziali, questi potrà essere impersonato - offrendosi quindi una lettura ampia del secondo comma dell'art. 50 del T.U.E.L. - alternativamente dal Sindaco ovvero dal dirigente competente, da determinarsi con riferimento alla tipologia ed al contenuto del contratto in corso di stipula. Lo stesso discorso può essere esteso anche quando soggetto pubblico interessato è la Provincia.

In secondo luogo, qualora sia parte contrattuale un Comune c.d. "polvere", cioè caratterizzato dalla limitata

estensione territoriale, dall'esiguo numero di abitanti e, quindi, dall'assenza di dirigenti nel suo organigramma, la legale rappresentanza è attribuita al Sindaco o, in alternativa, a quei responsabili del procedimento che si pongono al vertice della essenziale struttura burocratica del Comune e, pertanto, questi soggetti andranno costituiti in atto. In questo caso, però, non si può prescindere - ai sensi dell'art. 109 ultimo comma del T.U.E.L. - da uno specifico provvedimento attributivo del Sindaco che, prudentemente, sarà cura del notaio allegare all'atto.

Infine, va ribadito il superamento di quella prassi amministrativa che considerava indefettibile l'assunzione di una delibera consiliare a preparazione ed integrazione della stipula dei principali contratti posti in essere dall'ente pubblico (si pensi alle alienazioni di beni immobili del Comune). La lettura fin qui offerta delle norme del T.U.E.L. porta a ritenere che al dirigente oggi spetta sia il compito di provvedere alla stipula del contratto sia quello di decidere a monte il compimento dell'atto gestionale, fatta eccezione per quella categoria di atti (i cc.dd. atti fondamentali di "peso politico") che l'art. 42 del T.U.E.L. riserva alla competenza del Consiglio comunale. Anche con riferimento a questi atti cc.dd. fondamentali, però, occorrerà - ed in questa sede ci si limita ad un accenno - fare un debito distinguo: nessun dubbio si profila circa la competenza del Consiglio in merito all'avvio di una determinata dismissione del patrimonio immobiliare; per contro fondati dubbi si profilano circa la necessità di riconoscere all'organo politico un ulteriore potere di definizione gestionale dell'operazione, la quale - a ben vedere - potrebbe ed anzi dovrebbe esser gestita in piena autonomia dagli organi dirigenziali (29).

Note:

(25) Cfr. Cass. civ., sez. III, 18 febbraio 2000, n. 1878, in *Giust. civ. mass.*, 2000, p. 404.

(26) Cfr. Cass. civ., sez. III, 26 febbraio 2003, n. 2878, in *Giust. civ. mass.*, 2003, p. 397.

(27) Cfr. Cass. civ., sez. I, 20 febbraio 2003, n. 2583, in *Giust. civ. mass.*, 2003, p. 366.

(28) Cfr. Comm. Trib. prov. le Lecce, sez. I, 9 ottobre 2003, n. 203, in *Dir. e prat. trib.*, II, p. 1073.

(29) Il tema della contrattazione immobiliare da parte dell'ente locale è trattato con attenzione sia ai profili teorici sia ai risvolti della prassi notarile da M. Maltoni, *op. cit.*, pagg. 291 e ss. e dal più risalente contributo di C. Caccavale, est. del citato Studio del C.N.N. n. 2324 del 22 giugno 1999. Fra i contributi della dottrina amministrativa, cfr. F. Staderini, S. Zambardi, I. Franco, *I contratti degli enti locali*, Padova, 1996.