

# CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO

**Studio n. 2324**

## **L'attività negoziale degli enti locali tra competenze degli organi politici e competenze dell'apparato burocratico**

*Approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 22 giugno 1999*

### **La ristrutturazione della pubblica amministrazione: il difficile percorso evolutivo**

Il processo di ristrutturazione e modernizzazione della pubblica amministrazione ha subito negli ultimi anni una rapida accelerazione ad opera di numerose e cospicue leggi che si sono susseguite sin dagli inizi del decennio e, con maggiore frequenza, a far corso dalla metà degli anni novanta.

Si tratta di molteplici disposizioni normative che, dirette a improntare la struttura e l'azione amministrativa, per un verso, ai principi della partecipazione e trasparenza, per l'altro, ai principi della semplificazione e razionalità, hanno interessato, sia l'Amministrazione centrale e periferica dello Stato, sia le autonomie locali (1), essendo rivolte altresì, quanto a queste ultime, ad accentuarne il potere di autodeterminazione rispetto al potere statale (2).

A fronte della improcrastinabile esigenza di migliorare l'efficacia e l'efficienza dell'attività della pubblica amministrazione (improntandola per quanto possibile a criteri di tipo aziendalistico), di assicurare chiarezza nelle sue relazioni con i privati cittadini e la partecipazione di questi ultimi alle scelte che li riguardano e, in ogni caso, di garantire certezza nei rapporti giuridici dei quali essa sia parte, occorre rilevare che la normativa in questione non sempre ha fatto centro: da più parti, infatti, pur condividendosene l'impianto complessivo, si lamentano non poche carenze, talvolta ravvisate nelle scelte compiute dal legislatore, talvolta connesse con l'imprecisione e la contraddittorietà del dettato normativo che spesso diviene, esso proprio, fonte di ambiguità e incertezze (3).

Questione particolarmente controversa, e oggetto delle più disparate opinioni provenienti dai diversi settori culturali e professionali che a vario titolo se ne sono

interessati, è per l'appunto quella inerente alla titolarità dei poteri rappresentativi e di gestione amministrativa nell'ambito degli enti locali e, tra questi, in particolare dei comuni, in ordine ai quali interviene, quale fattore di ulteriore complicazione, la variabile della dimensione organizzativa, il livello della quale differisce in maniera tanto rilevante tra i comuni di più piccole dimensioni e quelli di dimensioni più grandi, da rendere gli uni e gli altri portatori di istanze ed esigenze tra loro affatto diverse (4).

### **L'assetto organizzativo degli enti locali: una rapida ricognizione normativa**

Fino alla riforma dell'ordinamento delle autonomie locali, introdotta con la legge 8 giugno 1990, n. 142, l'apparato organizzativo di province e comuni era caratterizzato, sulla base di un complesso di fonti normative susseguitesesi negli anni e sovrappostesi tra loro in maniera spesso incongrua e scoordinata, da una netta separazione tra organi rappresentativi, cui spettavano congiuntamente la determinazione dell'indirizzo politico dell'ente e lo svolgimento della sua attività gestionale, inclusa la manifestazione della volontà dell'ente verso l'esterno, e apparato burocratico, con compiti interni ed essenzialmente strumentali allo svolgimento delle funzioni degli organi rappresentativi.

Nell'ambito di tale assetto organizzativo, quanto ai comuni ad esempio, un campo di intervento particolarmente ampio nel settore gestionale dell'ente era riservato al consiglio, competente a deliberare (artt. 129 e 131 del T.U. 4 febbraio 1915, n. 148, richiamato in vigore dal D.Lgs. 7 gennaio 1946, n. 1, poi ripreso dall'art. 10 del T.U. emanato con D.P.R. 5 aprile 1951, n. 203) su tutti gli affari rientranti nelle funzioni dell'ente che non fossero riservati dalla legge ad altri organi e, dunque, insieme con le questioni istituzionali e di tutela degli interessi sociali della collettività locale, anche su quelli direttamente attinenti all'amministrazione del patrimonio dell'ente.

Alla competenza generale del consiglio si affiancava quella della giunta, limitata alle sole materie specificatamente contemplate dalla legge (ad es.: art. 139, T.U. del 1915, artt. 1 e 25 della legge 9 giugno 1947, n. 530, e art. 25 del R.D. 20 dicembre 1923, n. 2839), ovvero a quelle delegate dal consiglio nei settori in cui la delega fosse consentita (art. 26, R.D. 2839/23, in vigore ai sensi dell'art. 27 della legge 530/47), salva la facoltà riconosciuta dalla legge (art. 140, T.U. del 1915) di sostituirsi al consiglio nei casi di urgenza.

Il sindaco, in qualità di capo dell'amministrazione locale, sovrintendeva al funzionamento dell'ente: ad esso competeva la funzione di dirigere l'attività degli organi deliberativi e l'attuazione delle relative decisioni, la direzione dei singoli uffici e la cura dell'osservanza dei regolamenti; al capo dell'esecutivo era poi riconosciuto

il potere di rappresentanza generale dell'ente e, dunque, il potere di relazionare l'ente con i terzi (art. 151 del T.U. del 1915) (5).

A far corso dalla riforma operata dalla summenzionata legge 142/90, il modello organizzativo delle autonomie locali subisce una profonda trasformazione.

Alla distinzione tra organi rappresentativi, responsabili dell'intera attività dell'ente, e organi burocratici, con compiti di mero supporto ai primi, si sostituisce quella tra organi di governo, cui competono essenzialmente funzioni di indirizzo politico e di definizione degli obiettivi e di controllo sul complessivo svolgimento dell'attività dell'ente, e organi amministrativi, cui spettano invece, in via (tendenzialmente) esclusiva, compiti di gestione del patrimonio e degli interessi economici dell'ente medesimo.

L'apparato burocratico locale diviene titolare, in questo nuovo contesto, di funzioni e responsabilità gestionali con rilevanza esterna, assumendo pertanto quei compiti che il D.P.R. 23 giugno 1983, n. 347, istitutivo della dirigenza negli enti locali (già introdotta nell'amministrazione statale con il D.P.R. 30 giugno 1972, n. 748), nella prospettiva di una timida separazione del ruolo politico dal ruolo amministrativo, non era stato ancora in grado di conferirgli (6).

Nell'ambito degli organi politici il consiglio conserva un ruolo di preminenza, in quanto competente, in rapporto dialettico con il capo dell'esecutivo (cfr. art. 34, comma 2, legge 142/90, come sostituito dall'art. 16, legge 25 marzo 1993, n. 81) in ordine all'indirizzo politico generale dell'ente (art. 32, comma 1, legge 142/90), e la giunta (in collaborazione con il capo dell'esecutivo) svolge compiti essenzialmente di specificazione degli indirizzi generali deliberati dal primo, cui riferisce annualmente e nei cui confronti svolge anche attività propositiva e di impulso (art. 35, comma 2, ult. parte, legge 142/90, come sostituito dall'art. 17, legge 81/93).

In netta antitesi rispetto al sistema previgente, la competenza del consiglio viene limitata tuttavia agli "atti fondamentali" specificatamente elencati dalla legge (art. 32, comma 2, legge 142/90, come modificato, in più parti, dall'art. 5 *quater*, D.L. 101/95, convertito con legge 216/95, dall'art. 1, comma 89, legge 28 dicembre 1995, n. 549, art. 5, comma 6, legge 15 maggio 1997, n. 127, e art. 2, commi 11 e 13, legge 16 giugno 1998, n. 121), mentre alla giunta spetta una competenza residuale che fa salvi però, non solo i compiti riservati dalla legge al consiglio, ma altresì quelli riservati - questa volta anche dallo statuto - al sindaco o al presidente della provincia, agli organi di decentramento, al segretario e ai dirigenti (art. 35, 2 comma, legge 142/90, come sostituito dall'art. 17, legge 81/93).

Il sindaco o il presidente della provincia, a sua volta, in quanto capo dell'esecutivo eletto direttamente dai cittadini (art. 34, legge 142/90, come sostituito dall'art. 16, legge 81/93, la quale a sua volta è stata da ultimo novellata con legge 30 aprile 1999, n. 120), vede rafforzati i propri poteri nei confronti del consiglio (cfr.

art. 37, legge 142/90, come sostituito dall'art. 18, legge 81/93) ed ampliate le sue competenze: a quelle tradizionali, si aggiungono quella di nomina e revoca dei rappresentanti del comune o delle provincie presso enti, aziende ed istituzioni (nel rispetto degli indirizzi del consiglio) e, soprattutto, quella di nomina dei componenti della giunta (art. 34, comma 2, legge 142/90, come modificato dalla legge 81/93), che diviene, ora, organo di collaborazione del capo del governo (art. 35, comma 1, legge 142/90, come sostituito dall'art. 17, legge 81/93).

L'assetto organizzativo sommariamente tratteggiato costituisce il portato di disposizioni emanate convulsamente nell'arco dell'ultimo decennio (7).

Esso corrisponde, nelle sue linee essenziali, quanto alla separazione tra politica ed amministrazione, al sistema delineato dalla legge 142/90 nella sua originaria formulazione e, quanto ai rapporti tra i diversi organi di governo, al sistema risultante dalla predetta legge e dalla successiva integrazione e modificazione apportate dalla legge 25 marzo 1993, n. 81, successivamente modificata dalla legge 30 aprile 1999, n. 120, che ha dettato la nuova disciplina elettorale degli enti locali, introducendo altresì l'elezione popolare del sindaco e del presidente della provincia.

L'aspetto della semplificazione e trasparenza è rimesso, invece, essenzialmente alla legge 7 agosto 1990, n. 241 (nota per l'appunto anche come legge sulla trasparenza) (8) e alle c.d. leggi Bassanini:

- legge 15 marzo 1997, n. 59, c.d. prima legge Bassanini, che ha delegato il governo ad intervenire in svariati settori della pubblica amministrazione per realizzare un'ampia ristrutturazione e modernizzazione e portante altresì, nel Capo I, la delega per l'attuazione, in attesa di una revisione dell'intero assetto istituzionale sancito dalla Costituzione, di un consistente decentramento amministrativo nell'ambito dei vigenti principi costituzionali: c.d. "federalismo amministrativo" o "federalismo a costituzione invariata" ovvero ancora "regionalismo avanzato", realizzato, da ultimo, con il D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 112;

- legge 15 maggio 1997, n. 97, c.d. legge Bassanini *bis*, recante disposizioni per lo snellimento dell'attività amministrativa;

- legge 14 giugno 1998, n. 191, c.d. Bassanini *ter*, che modifica ed integra in più punti la precedente normativa;

nonché ai numerosi provvedimenti delegati e di attuazione emanati successivamente.

La più volte menzionata legge 142/90 resta comunque, a tutt'oggi, la fonte dell'ordinamento generale delle autonomie locali (cfr. art. 1, comma 1) e, allorché si è trattato di apportare modifiche, anche importanti, nel sistema da essa predisposto, si è fatto ricorso a provvedimenti che sono intervenuti, non come fonti autonome della disciplina di questo o quello specifico aspetto della materia, che sarebbe stato sottratto alla competenza della predetta legge, bensì (normalmente) come atti

normativi diretti a modificarne, integrarne o sostituirla le singole disposizioni (cfr. anche art. 1, comma 3).

In questa direzione si sono mosse, ad esempio, la citata legge 81/93 (ma anche il D.L. 101/95, convertito con la 216/95, e la 549/95), con riguardo alla distribuzione delle competenze tra gli organi di governo (art. 32 e ss.), e soprattutto, per quanto specificamente interessa in questa sede, la legge n. 127/97 (c.d. Bassanini *bis*) (9), la quale, al fine di consolidare e rafforzare la separazione tra politica e amministrazione, ha in buona parte riscritto, pur rispettandone appieno lo spirito di fondo, la normativa (art. 51, legge 142/90) sulle funzioni degli uffici e del personale dell'ente (spec. art. 6, comma da 1 a 4 e da 7 a 8, legge 127), poi successivamente integrata e arricchita con la legge n. 191/98 (c.d. Bassanini *ter*) (10) e, da ultimo, ritoccata anche dalla legge 18 novembre 1998, n. 415 (c.d. Merloni *ter*) che ha, tra l'altro, sottratto al consiglio la competenza a deliberare sui progetti preliminari delle opere pubbliche.

Diversamente è a dirsi, invece, per i provvedimenti recanti le nuove disposizioni in materia di pubblico impiego (D.Lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, emanato su delega disposta dalla legge 23 ottobre 1992, n. 421, D.Lgs. 4 novembre 1997, n. 396, e, da ultimo D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, entrambi emanati a seguito della riapertura dei termini della delega di cui alla predetta legge 421/92) diretti, in via di principio, ad uniformarne la disciplina con quella propria del rapporto di impiego privato e a migliorare l'efficienza degli uffici e dei servizi pubblici, razionalizzandone altresì i costi (art. 1 D.Lgs. 29/93) (11).

Detti provvedimenti, sebbene si riferiscano anche al personale degli enti locali (art. 1, comma 2, D.Lgs. 29/93), contemplando tuttavia il rapporto di impiego presso la pubblica amministrazione in generale, per quanto contengano essi stessi disposizioni che assumono diretta rilevanza in ordine alla ripartizione delle competenze tra apparato politico e apparato burocratico (art. 3, D.Lgs. 29/93, ora sostituito ai sensi dell'art. 3, D.Lgs. 80/98), non hanno disposto ulteriori modifiche al testo dalla legge 142/90 (concernente l'ordinamento delle sole autonomie locali), determinando in tal modo non pochi problemi di coordinamento.

Del pari nessuna espressa modifica vi è stata introdotta dal D.Lgs. 25 febbraio 1995, n. 77, emanato in attuazione della delega disposta dall'art. 4, comma 2, legge 421/92, che, dettando l'ordinamento contabile degli enti locali, pone anch'esso delicate questioni di armonizzazione di disciplina (12).

## **Funzione politica e funzione gestionale**

Con toni talvolta trionfalistici, si plaude generalmente al nuovo assetto organizzativo come al rimedio risolutore contro l'inefficienza e i rischi di illeciti condizionamenti nello svolgimento dell'attività degli enti locali.

A fronte degli ampi consensi manifestati a favore del nuovo modello, occorre tuttavia accertare innanzitutto quale sia il livello di effettività che, al di là delle affermazioni di principio, la normativa in vigore è in grado di garantirgli.

Viene innanzitutto in rilievo la norma secondo la quale "spettano ai dirigenti tutti i compiti, compresa l'adozione di atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, che la legge e lo statuto espressamente non riservino agli organi di governo dell'ente", e per la quale "sono ad essi attribuiti tutti i compiti di attuazione degli obiettivi e dei programmi definiti con gli atti di indirizzo adottati dall'organo politico, tra i quali in particolare, secondo le modalità stabilite dallo statuto o dai regolamenti dell'ente: [...] la stipulazione dei contratti [...] l'adozione di "atti di gestione finanziaria, ivi compresa l'assunzione di impegni di spesa", l'emanazione di provvedimenti di vario tipo e il rilascio di certificazioni (art. 51, comma 3, legge 142/90, come modificato dall'art. 6, comma 2, legge 127/1997); ai sensi di legge, poi, "i dirigenti sono direttamente responsabili, in relazione agli obiettivi dell'ente, della correttezza amministrativa e dell'efficienza della gestione" (art. 51, comma 4, legge 142/90).

In proposito occorre osservare quanto segue:

- le disposizioni rivestono carattere immediatamente precettivo, in quanto la intermediazione dello statuto e dei regolamenti è richiamata solo ad intervenuto riconoscimento delle competenze gestionali dei dirigenti (cfr., invece, la dizione dell'art. 51, comma 3, nella sua formulazione originaria) (13);

- la locuzione "sono ad essi attribuiti" sembra fondare la conclusione per la quale le competenze gestionali sono proprie dei dirigenti in virtù di legge e non per concessione fatta loro dalla normativa comunale (14);

- l'immediata attribuzione della funzione gestionale ai dirigenti ne rende illegittimo l'esercizio da parte degli organi politici (15);

- la perentoria attribuzione ai dirigenti dei "compiti di attuazione degli obiettivi e dei programmi definiti con gli atti di indirizzo" significa, non solo che tali compiti spettano ai dirigenti pur in mancanza di previsioni statutarie e/o regolamentari, ma anche che statuto e/o regolamenti non possano disporre in nessun caso in maniera diversa, sottraendo ai dirigenti, per riattribuirli agli organi politici, tutti o alcuni tra i predetti compiti (16);

- la formulazione della legge consente di ritenere che competono ai dirigenti, oltre a quelle dettagliatamente indicate dalla legge, anche tutte le altre funzioni che non risultino in via espressa attribuita dalla legge agli organi di governo, salva l'attività che implichi indirizzo e controllo, la quale, se non espressamente assegnata al

consiglio, deve ritenersi di pertinenza della giunta, stante la competenza residuale pure riservata a quest'organo dalla legge (art. 35, comma 2, legge 142/90, come sostituito dall'art. 17, legge 81/93) (17);

- solo la legge, in quanto sovrana, è libera di riservare all'apparato politico atti propri della funzione gestionale (cfr., ad esempio, artt. 32, comma 3, lettere i) e m), e 36, comma 5, legge 142/90, sui quali *infra*).

L'assetto organizzativo che ne emerge va messo a confronto con quello configurato dalla normativa che disciplina i rapporti di lavoro nelle amministrazioni pubbliche, come recentemente modificata.

La disposizione di maggiore interesse al riguardo, dopo avere sancito che "gli organi di governo esercitano le funzioni di indirizzo politico-amministrativo, definendo gli obiettivi ed i programmi da attuare ed adottando gli altri atti rientranti nello svolgimento di tali funzioni, e verificano la rispondenza dei risultati dell'attività amministrativa e della gestione agli indirizzi impartiti [...]", prevede, secondo una formulazione che non concede dubbi, che "ai dirigenti spetta l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi, compresi tutti gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, nonché la gestione finanziaria, tecnica e amministrativa mediante autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo", cosicché "essi sono responsabili in via esclusiva dell'attività amministrativa, della gestione e dei relativi risultati" (18), salvo a consentire che "le attribuzioni dei dirigenti indicate dal comma 2 possono essere derogate soltanto ad opera di specifiche disposizioni legislative" (art. 3, commi 1, 2 e 3, D.Lgs. 29/93, come sostituiti dall'art. 3, D.Lgs. 80/98).

Le due normative prese in esame non pongono fin qui problemi di coordinamento: entrambe infatti sanciscono il medesimo assetto organizzativo caratterizzato dalla suddivisione, tra organi diversi, della funzione politica, da un lato, e della funzione gestionale e amministrativa, dell'altro.

Il modello in parola, già delineato dalla legge 142/90 e ribadito, con riferimento alle amministrazioni pubbliche in generale, dal D.Lgs. 29/93, viene più compiutamente definito con le leggi 127/97 e 191/98 e infine riaffermato, con maggiore perentorietà, dal D.Lgs. 80/98 (19).

La portata e l'ideale continuità della normativa susseguitasi negli anni viene evidenziata con chiarezza anche dal Ministero dell'Interno, il quale ribadisce che "[...] il nuovo assetto dei poteri [...] 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 divengono poteri propri della burocrazia [...]", sottolineando che "il principio di ripartizione [...] è stato riaffermato dal decreto legislativo n. 80/1998 [...] che, nel ridefinire i compiti attribuiti ai diri-

genti, aggiunge che gli stessi spettano loro "in via esclusiva", con la conseguenza che "[...] il rinvio alla potestà regolarmente 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" (Circolare del Ministero dell'Interno 10 ottobre 1998, n. 4).

La questione si complica ove, dalle affermazioni di principio contenute nella legge 142/90, come successivamente modificata innanzitutto dalle leggi 27/97 e 191/98, si passi a valutare la disciplina che la stessa legge detta in concreto per lo svolgimento dell'attività gestionale dell'ente, e in particolare della sua attività negoziale, e si confronti poi tale disciplina con quella dettata dal sopracitato D.Lgs. 29/93, quale modificato dal D.Lgs. 80/98 (20).

### **La deliberazione a contrattare e la discrezionalità dei dirigenti**

Si insegna che i contratti ad evidenza pubblica, i quali nei rapporti tra pubblica amministrazione e privati valgono, in via di principio, come contratti di diritto privato, sono soggetti ad una specifica disciplina per quanto attiene invece al procedimento che ne precede la conclusione (21).

L'*iter* dei contratti della pubblica amministrazione si articola normalmente in due fasi, l'una che prende avvio con l'iniziativa a contrarre e termina con l'aggiudicazione del contratto (serie procedimentale) (22), l'altra che va dalla stipulazione del contratto fino alla sua esecuzione e all'esaurimento del relativo rapporto (serie negoziale) (23).

Il procedimento di evidenza pubblica, cui deve sottostare il contratto (24), funzionale all'esercizio del controllo sull'attività dei pubblici amministratori, è stato espressamente disciplinato, per la prima volta con riferimento agli enti locali, dalla legge di riforma del settore (25), la quale, per l'appunto, prevede che il perfezionamento del contratto deve essere preceduto da una apposita deliberazione a contrarre.

La dottrina ha cura di precisare che la deliberazione a contrarre rappresenta il momento finale del sub-procedimento che prende l'avvio con la proposta dell'organo competente, prosegue con l'acquisizione dei pareri di regolarità tecnica e contabile e si conclude con l'atto deliberativo; la deliberazione a contrarre viene riguardata cioè come la "fase terminale di un'attività preliminare" e, al contempo, come "la prima fase del procedimento dei contratti ad evidenza pubblica" (26).

In una diversa prospettiva, e al fine di assicurare razionalità all'azione amministrativa, si sottolinea l'esigenza di collegare la fase contrattuale, che si articola nel complesso procedimento anzimenzionato, con il momento pre-contrattuale della programmazione (27) (al cui riguardo, per gli enti locali, cfr. art. 32, comma 2, lettera b), legge 142/90, come sostituita dall'art. 15 legge 109/94 poi modificata dall'art. 5 *quater*, D.L. 101/95, convertito nella legge 216/95, e ulteriormente modificata dall'art. 5, comma 5, legge 127/97; artt. 12 e 13, D.Lgs. 77/95, che prevedono, tra gli allegati al bilancio annuale di previsione, la "relazione previsionale e programmatica" e, rispettivamente, il "bilancio pluriennale", nonché art. 14, lettera d), D.Lgs. 77/95).

Per espressa disposizione di legge, dunque, "la stipulazione dei contratti (degli enti locali: n.d.a.) deve essere preceduta da apposita deliberazione 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 del contraente ammesse dalle disposizioni vigenti in materia di contratti delle amministrazioni dello Stato e le ragioni che ne sono alla base" (art. 56, comma 1, legge 142/90).

La norma non chiarisce quale sia l'organo deputato a adottare la deliberazione a contrarre.

Nel silenzio delle legge si ritiene che tale delibera rientri, in via di principio, nella competenza della giunta, alla stregua del carattere residuale delle funzioni di tale organo (art. 35, comma 1, prima parte, legge 142/90, come sostituito dall'art. 17, legge 81/93).

Spesso l'organo esecutivo cede tuttavia il passo all'organo politico di indirizzo per le specifiche categorie di contratti rimesse dalla legge alla determinazione di quest'ultimo (28).

La legge con disposizione espressa riconosce al consiglio la competenza a deliberare su non pochi atti negoziali, riservando a tale organo le deliberazioni concernenti, sia "la contrazione dei mutui non previsti espressamente in atti fondamentali del consiglio comunale e la emissione dei prestiti obbligazionari" (art. 32, comma 2, lettera i), legge 142/90, come sostituito dall'art. 1, comma 89, legge 28 dicembre 1995, n. 549), sia "gli acquisti e le alienazioni immobiliari, le relative permutate, gli appalti e le concessioni che non siano previsti espressamente in atti fondamentali del consiglio o che non ne costituiscano mera esecuzione e che, comunque, non rientrino nella ordinaria amministrazione di funzioni e servizi di competenza della giunta, del segretario o di altri funzionari" (art. 32, comma 2, lettera m), legge 142/90), sia anche "la partecipazione dell'ente locale a società di capitali" (art. 32, comma 2, lettera f), legge 142/90, cfr. art. 22, comma 2, lettera e), legge 142/90, come sostituito dall'art. 17, comma 58, legge 127/97).

Ne consegue una perdurante ingerenza del potere politico dell'ente in attività prettamente gestionali.

La diretta partecipazione all'attività amministrativa da parte del più importante organo politico viene spiegata, in dottrina, con la stretta interrelazione che non di rado sussiste tra la determinazione degli obiettivi politici e il compimento degli atti di particolare rilevanza sopra elencati.

Non solo, infatti, la conclusione di determinati atti riconducibili alle categorie tipologiche riservate al consiglio può talvolta costituire l'esito naturale, quasi obbligato, dell'indirizzo politico assunto dall'ente, ma il singolo atto negoziale, qualificabile secondo una di tali categorie, può rivelarsi talvolta, esso stesso, in grado di condizionarne notevolmente la complessiva attività politica.

La singola operazione, inoltre, articolata in uno o più di tali atti, può integrare essa proprio, nella sua concreta individualità, uno degli obiettivi politici dell'ente, cosicché la sua conclusione assume anche una valenza sul piano delle opzioni politiche.

V'è comunque che gli atti appartenenti alle categorie negoziali in questione, non poche volte, nell'ambito dell'attività di governo della collettività locale, svolgono un ruolo che trascende quello semplicemente negoziale per investire direttamente anche la sfera politica (29).

La stretta connessione esistente tra gli atti di più rilevante significato e la linea politica dell'ente sono confermati del resto dalla circostanza che, come la stessa legge riconosce, detti atti possono essere previsti, come di frequente si verifica, in via espressa o implicita, in atti fondamentali dell'organo di indirizzo politico (quali, ad esempio, bilancio, piani e programmi).

Esclusa l'ipotesi in cui sia previsto l'intervento del consiglio, si è detto che è la giunta l'organo competente ad assumere la deliberazione a contrarre, e ciò ancorché il contratto sia previsto in un atto fondamentale consiliare o ne costituisca sua mera esecuzione (30).

Ancora una volta - ed anche per gli atti non rientranti in quelli rimessi al consiglio (31) - si verifica dunque una evidente e significativa interferenza dell'apparato politico nella attività amministrativa e gestionale dell'ente (32).

Una ulteriore, profonda ingerenza della giunta nell'attività di amministrazione si realizza per il tramite del nuovo strumento contabile, previsto dal recente ordinamento di contabilità degli enti locali, denominato "piano esecutivo di gestione", o in forma abbreviata p.e.g. (art. 11, D.Lgs. 77/95), con il quale la giunta, sulla base del bilancio di previsione, è tenuta a specificare, nell'ambito degli indirizzi deliberati dal consiglio, gli obiettivi da perseguire, affidandone il compito ai responsabili dei vari servizi, tra i quali provvede altresì a distribuirne le necessarie dotazioni (33).

Nei comuni con popolazione inferiore a quindicimila abitanti, ove il p.e.g. è facoltativo (art. 11, comma 3, D.Lgs. 77/95, come modificato dall'art. 4, D.Lgs. 11 giugno 1996, n. 336), qualora esso non venga adottato, l'azione dell'apparato burocratico resta comunque condizionata e vincolata dai mezzi finanziari che, in sede di bilancio preventivo, vengono stanziati a favore dei singoli servizi in funzione degli interventi da realizzarsi (art. 7, comma 9, D.Lgs. 77/95) (34).

Bisogna considerare, infine, che gli incarichi dirigenziali e di responsabilità degli uffici e dei servizi sono conferiti con nomina politica (v. *infra*) e che il rapporto tra vertici burocratici e apparato politico assume, per legge, connotati esclusivamente fiduciari, cosicché i dirigenti e i responsabili dei servizi e degli uffici possono essere rimossi dal loro incarico (35), non solo per "mancato raggiungimento al termine di ciascun anno finanziario degli obiettivi loro assegnati" o "per responsabilità particolarmente grave o reiterata", ma anche "in caso di inosservanza delle direttive del sindaco o del presidente della provincia, della giunta o dell'assessore di riferimento" (art. 51, comma 6, legge 142/90, come sostituito dall'art. 6, comma 7, legge 127/97), ovvero qualora disattendano le indicazioni e le istruzioni dei vertici politici (36).

La previsione della deliberazione a contrarre rimessa agli organi rappresentativi nella sua apparente chiarezza, suscita, nel nuovo contesto normativo, un interessante interrogativo.

Occorrerà chiedersi, potendosi qui soltanto accennare al problema, se la competenza riconosciuta agli organi politici in materia di attività negoziale - ferma restando la natura di atto meramente interno della delibera al vaglio (37) - assurga a vera e propria funzione di gestione o resti relegata sul più modesto piano del potere di autorizzazione.

La genericità del dato testuale consente di intendere le disposizioni al vaglio, sia nel senso che esse conferiscano all'organo politico il potere di imporre all'organo burocratico la conclusione del contratto, sia nel senso, più riduttivo, che all'organo politico venga invece semplicemente riconosciuto il compito di autorizzare il compimento dei contratti, la decisione sul perfezionamento dei quali resterebbe pur sempre rimessa alla libera scelta dei dirigenti.

La questione, ricorrendo ad un termine di paragone più familiare al privatista, richiama alla mente l'ipotesi, pur profondamente diversa, della società di capitali il cui statuto preveda che determinate categorie di atti debbano essere autorizzati dall'organo assembleare (cfr. art. 2364, comma 1, n. 4, cod. civ.) e in ordine alla quale si discute, per l'appunto, se la funzione di gestione, anche rispetto agli atti che necessitano di una previa delibera assembleare, resti, o meno, incardinata, con la relativa responsabilità, in capo all'organo amministrativo (38).

Le due prospettate letture corrispondono, in definitiva, a due differenti ricostruzioni dell'assetto organizzativo degli enti locali e a due distinte concezioni dei rapporti che devono intercorrere tra organi politici, da un lato, e apparato burocratico, dall'altro.

Il modello che tende ad esaltare il ruolo gestionale dei dirigenti potrebbe apparire più congruo con la scelta di fondo compiuta dal legislatore e più coerente con il principio sotteso, e frequentemente ribadito anche in fonti ministeriali, della netta separazione tra funzione politica e funzione amministrativa.

Nondimeno occorre osservare, senza alcuna pretesa di risolvere la questione in questa sede, che l'interpretazione la quale rimetta alla libera scelta del management l'esecuzione o meno della delibera a contrarre, se può contribuire ad accentuare le responsabilità dei vertici burocratici ovvero ad attenuare quella degli organi politici (39), tuttavia deve fare i conti con un sistema nel quale l'autonomia dell'apparato burocratico è ancora lontana dall'essere pienamente attuata e nel quale i titolari della funzione amministrativa risentono ancora di rilevanti condizionamenti da parte del potere politico (40).

Quale che sia la ricostruzione del rapporto tra la deliberazione a contrarre degli organi di governo e la susseguente azione dei vertici burocratici, non v'è dubbio che il rapporto tra la disciplina di cui agli artt. 32, comma 2, e 56, legge 142/90, e la disposizione dettata dall'art. 45, comma 1, D.Lgs. 80/98, si pone in termini di pressante problematicità, in quanto la normativa sulle autonomie locali assegna comunque al consiglio e alla giunta un ruolo di cospicua ingerenza nelle scelte gestionali.

L'interrogativo cui occorre dare risposta è se la norma dettata in materia di pubblico impiego abbia abrogato quella contenuta nella legge sulle autonomie locali ovvero se le due disposizioni siano tra loro compatibili e possano pertanto coesistere nell'ordinamento positivo.

All'opinione che sostiene l'intervenuta esclusione di ogni competenza gestionale del consiglio e della giunta sulla base, essenzialmente, del tenore letterale della disposizione sopraggiunta, la quale sancisce l'abrogazione delle funzioni di amministrazione degli organi politici in generale senza compiere distinzioni di sorta, si contrappone l'orientamento prevalente che si fonda su più articolate argomentazioni.

A sostegno della permanenza in vigore delle disposizioni concernenti i compiti di gestione del consiglio e della giunta potrebbe addursi la constatazione che il D.Lgs. 80/98, nella parte in cui detta la disciplina costruttiva della ripartizione di competenza tra organi politici e vertici burocratici, pur disponendo modifiche al D.Lgs. 29/93, non ne altera i principi e l'impostazione di fondo, cosicché, non introducendovi sostanziali novità in ordine alla funzione gestionale dell'apparato buro-

cratico, non può valere ad esprimere una valutazione di segno diverso da quella compiuta dal legislatore con la legge 127/97 che, successiva al D.Lgs. 29/93, ha tuttavia condiviso e ribadito la competenza di tipo amministrativo attribuita al consiglio e alla giunta dalla legge 142/90.

Si rileva inoltre che i provvedimenti diretti a disciplinare l'organizzazione del pubblico impiego nell'intera pubblica amministrazione, proprio per il loro carattere generale, non possono valere ad abrogare norme speciali, come quelle inerenti alla materia degli enti locali, ancorché queste siano di data anteriore.

La medesima conclusione viene anche fondata sul carattere "rinforzato" della legge di riforma delle autonomie locali, ai cui principi, come essa stessa dispone (art. 1, comma 3), "ai sensi dell'articolo 128 della Costituzione, le leggi della Repubblica non possono introdurre deroghe [...] se non mediante espressa modificazione delle sue disposizioni" (41).

Come è noto la dottrina amministrativistica non è concorde circa il significato da riconoscere alle previsioni contenute in leggi ordinarie che siano dirette ad alterarne i rapporti con leggi successive di pari rango, limitando, per l'appunto, la possibilità di essere derogate, modificate o abrogate da parte di queste ultime.

Alcuni autori riconducono il carattere rinforzato delle leggi-cornice - ammettendone pertanto le vincolatività sul piano giuridico - alla stessa Costituzione e, più specificatamente, con riferimento alla disciplina degli enti locali, alla previsione costituzionale, secondo la quale "le Province e i Comuni sono enti autonomi nell'ambito dei principi fissati da leggi generali della Repubblica, che ne determinano le funzioni" (art. 128).

In quest'ottica le disposizioni della legge-quadro sugli enti locali potrebbero essere modificate, derogate o abrogate soltanto ad opera di altre leggi che dettino norme di carattere generale riferentesi precipuamente alla organizzazione di tali enti, mentre, secondo altra parte della dottrina, la modifica, la deroga o l'abrogazione potrebbero avvenire solo per il tramite di specifiche disposizioni espresse e non pure in via implicita, per incompatibilità.

Non mancano peraltro voci che negano ogni valenza cogente alla previsione al vaglio.

Anche nell'ambito di tale impostazione si suole affermare talvolta che la disposizione di legge che ne sancisca il carattere rinforzato possa assumere comunque valenza interpretativa delle leggi successive che dovessero intervenire sulla stessa materia.

Non è consentito svolgere in questa sede l'approfondimento di un tema che coinvolge delicate questioni di diritto costituzionale e inerenti alla disciplina delle fonti (42).

Deve convenirsi tuttavia che non sono pochi gli argomenti che militano a favore della ultravigenza dell'assetto predisposto dalla legge 142/90 e, dunque, della permanenza in vigore del ruolo gestionale riconosciuto dalla legge medesima agli organi di governo.

Un altro elemento a sostegno della conservazione da parte del consiglio di poteri di gestione deve rivenirsi, ad avviso di chi scrive, nello stretto legame - sul quale ci si è soffermati in precedenza - che può intercorrere, a livello comunale e provinciale, tra il compimento delle scelte politiche e lo svolgimento della attività gestionale di maggiore rilevanza.

Sembra, in altre parole, che l'immediata interrelazione che può verificarsi tra le operazioni negoziali di maggiore importanza e la definizione degli obiettivi politici dell'ente, suggerisca di non rimettere l'assetto dei rapporti tra il massimo organo della politica locale e l'apparato burocratico a disposizioni aventi carattere generale e riferentisi ad ogni tipo di ente pubblico, ma imponga di subordinarne la definizione ad una profonda rimediazione del complessivo rapporto tra politica e amministrazione in ambito locale e richieda dunque un intervento normativo al riguardo ben più articolato ed organico (43).

Quanto poi alla permanente ingerenza nell'amministrazione da parte della giunta, per il tramite della delibera a contrarre quando questa rientri nella competenza di tale organo, sovviene la constatazione che tale delibera può contemplare anch'essa, non poche volte, il compimento di operazioni con diretta valenza politica: così quando abbia ad oggetto i contratti rimessi alle decisioni del consiglio, i quali siano però previsti in atti fondamentali di tale organo.

In definitiva la lettura del primo comma dell'art. 45, D.Lgs. 80/98, quale norma programmatica, che tracci il percorso nella futura evoluzione normativa, anziché quale norma immediatamente precettiva, pare trovare fondamento, con riguardo agli enti locali, nella mancanza di univocità del concetto di attività amministrativa (44), la cui linea di demarcazione rispetto all'attività di indirizzo politico e di definizione dei relativi obiettivi (45), già di per sé non sempre nitida, diviene, proprio in relazione all'attività degli enti locali, particolarmente sbiadita ed incerta (46).

### **La funzione gestionale dei dirigenti**

Deve ammettersi che negli enti locali la conclamata separazione tra politica e amministrazione resta a tutt'oggi un punto di arrivo non ancora del tutto raggiunto e che verosimilmente, a ragione della innegabile interdipendenza che sussiste tra momento politico e momento gestionale, incontrerà non pochi ostacoli sulla strada della sua piena attuazione, sebbene appaia prevedibile, oltre che auspicabile, che il processo di rinnovamento riceva ulteriori impulsi nella direzione intrapresa (47).

Proprio in tal senso sembra muoversi il d.d.l. governativo n. 1388 - Atti del Senato (d.d.l. Napolitano - Vigneri) avente ad oggetto modificazioni alla legge 142/90, il quale, sostituendone l'attuale art. 56, prevede per l'appunto (e al riguardo la Commissione Affari Costituzionali non ha proposto emendamenti) di sottrarre la contrattazione alla preventiva deliberazione a contrarre, rimettendone il procedimento di evidenza pubblica alla determinazione del dirigente, salvo - a quanto è dato intendere (e a tale riguardo si profilano già delicati problemi di coordinamento normativo) - che per le operazioni oggi riservate al consiglio, le quali resterebbero infatti di competenza di tale organo.

D'altra parte non sarà meno determinante, per il completo successo della riforma, che i soggetti, i quali a vario titolo possono reputarsene i destinatari e i protagonisti, acquisiscono un nuovo habitus mentale e, in primo luogo - ma anche in tale direzione il percorso si prospetta tutt'altro che agevole - la consapevolezza dei ruoli loro assegnati dalla legge.

Allo stato, e in attesa dei nuovi sviluppi che si delineano all'orizzonte, la stipulazione dei contratti deve essere preceduta da una delibera della giunta o, trattandosi di contratti di particolare rilevanza, - e sono quelli nei quali è più frequente l'intervento del notaio -, da una delibera del consiglio: l'una o l'altra premunita del parere di regolarità tecnica del responsabile del servizio (48), - che la dottrina non esita ad identificare in via di principio nel dirigente (49), ove l'ente ne sia dotato -, e del parere di regolarità contabile del responsabile di ragioneria (art. 53, legge 142/90) (50) e, entrambe, non soggette normalmente al controllo preventivo da parte del Comitato Regionale di controllo (il cui ambito di intervento risulta oggi estremamente ridotto ai sensi dell'art. 17, comma 31, legge 127/97, che ha abrogato gli artt. 45, 46 e 48 della legge 142/90) (51).

Corrispondentemente la funzione gestionale del dirigente si esplica, con riguardo all'attività negoziale dell'ente, nei compiti di:

- impulso agli organi politici affinché assumano la deliberazione a contrattare che il dirigente stesso reputi congrua ed opportuna;
- predisposizione del progetto di contratto da sottoporre all'approvazione del consiglio o della giunta;
- individuazione del contraente secondo le modalità sancite nella deliberazione a contrarre e, dunque, direzione e controllo dei procedimenti per l'aggiudicazione del contratto;
- approvazione della procedura di aggiudicazione del contratto, anteriormente al formale perfezionamento dell'atto;
- redazione del testo del contratto e stipulazione del medesimo (52).

E' opportuno compiere qualche breve riflessione su ognuna delle fasi sopra delineate.

Bisogna premettere che la deliberazione a contrarre - la quale non è necessaria per gli atti di economato e, secondo l'opinione corrente, per i contratti d'opera (53) - nel determinare le "clausole essenziali" del futuro contratto non pare incontri limiti di sorta.

Al fine di valorizzare la funzione gestionale del management pubblico ci si potrebbe lasciare tentare dall'idea che pretendesse di comprimere a tale riguardo il potere dell'organo politico.

All'accoglimento di tale opinione ostano tuttavia obiezioni di diverso ordine.

V'è innanzitutto il tenore letterale della norma sulla deliberazione a contrarre (art. 56, legge 142/90), la quale prevede che la deliberazione stessa contenga, non già tout court le "clausole essenziali" dello stipulando contratto, bensì quelle "ritenute" tali, con ciò mostrando di volere rinviare, quanto alla loro essenzialità, alle specifiche e concrete valutazioni dell'organo deliberante.

Sovviene poi la considerazione che, se con la locuzione di "clausole essenziali" si intendesse fare riferimento a requisiti obiettivamente essenziali, e dunque, in ultima analisi, agli elementi essenziali del contratto ai sensi dell'art. 1321, c.c., la previsione si rivelerebbe ultronea in quanto essi risultano già contemplati nella restante parte della norma in questione, a tenore della quale, per l'appunto, la deliberazione de qua deve prevedere, oltre alla "forma" che il contratto dovrà assumere, anche "le modalità di scelta del contraente", nonché l'"oggetto del contratto" e così senz'altro, per il tramite di questo, la sua stessa "causa", intesa come la funzione economico-sociale cui esso dovrà attendere.

Deve semplicemente concludersene - con ciò risultando confermata l'analisi che precede secondo la quale il potere amministrativo dei vertici burocratici degli enti locali soffre tutt'ora di notevoli interferenze da parte del potere politico - che, tanto più completa sarà la determinazione assunta in sede di delibera a contrarre, tanto più compresso si rivelerà il potere decisionale del dirigente, ferma restando comunque la facoltà di quest'ultimo di arricchire il contenuto del contratto secondo le proprie valutazioni di opportunità, purché le clausole che egli introduca non alterino il significato giuridico ed economico dell'operazione deliberata (54).

Passando alle specifiche competenze dirigenziali con riguardo al procedimento che precede la contrattazione, quanto al potere di impulso sopramenzionato, la dottrina ha sottolineato che l'iniziativa a contrarre può anche essere assunta dal privato che vi abbia interesse e pur tuttavia il procedimento di evidenza pubblica prende l'avvio soltanto successivamente, quando l'ente si attivi (55).

Un momento di particolare importanza nel procedimento negoziale risiede nella formulazione del contenuto del contratto.

Il progetto contrattuale viene normalmente approntato dal dirigente competente per essere sottoposto all'approvazione dell'organo politico (56).

Una volta approvato ed integrato sulla base delle osservazioni eventualmente intervenute in fase di deliberazione, il "progetto" assume la qualificazione di "schema" di contratto e, da atto meramente interno, diviene idoneo ad essere sottoposto all'altro contraente, così da assurgere, con la sottoscrizione delle parti, e previa eventuale successiva integrazione (57), a vero e proprio contratto (58).

Deve segnalarsi che secondo una certa opinione il "progetto" di contratto si differenzia dal complesso delle determinazioni assunte in sede di deliberazione a contrarre (59) e, approntato dal dirigente competente, deve essere sottoposto al vaglio politico, pure essendo già intervenuta la deliberazione a contrarre, così da divenire "schema".

La ricostruzione ora riferita – che viene comunque temperata dalla ammissibilità che il progetto di contratto risulti approvato in sede di assunzione della stessa delibera a contrarre (60) - non appare convincente.

Le nozioni di "progetto" e "schema" contrattuale, elaborate dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato (61), trovano un fondamento normativo nella legge di contabilità generale dello Stato (art. 5, comma 1 e comma 4, R.D. 18 novembre 1923, n. 2440) e ineriscono pertanto direttamente ai contratti stipulati dalla amministrazione statale (62); nella disciplina della contrattazione degli enti locali nessuna norma, invece, fa espresso riferimento ai menzionati stadi del testo dello stipulando contratto.

Nel vigore dunque della legge di riforma delle autonomie locali, la quale si preoccupa di dettare la disciplina della fase che precede la stipulazione e tuttavia non prevede che alla delibera a contrarre segua, come momento autonomo, la redazione del "progetto" di contratto e, a questo, la deliberazione dello "schema", sembra, a chi scrive, che almeno nella trattativa privata "progetto" e "schema" non designino necessariamente bozze formali di contratto, preparate sulla base della deliberazione di contrarre, bensì semplicemente l'insieme delle determinazioni di quest'ultima nella fase, rispettivamente, che precede e segue alla sua assunzione (talvolta peraltro il termine "schema" si usa nel linguaggio corrente anche per significare il testo del contratto compiutamente definitivo e pronto per la firma).

Diverso discorso può farsi per il caso in cui si ricorra ad un procedimento di gara, in cui le previsioni contenute nella delibera a contrarre debbano essere integrate con le informazioni richieste per la pubblicazione del relativo bando (63).

In ogni caso non pare possano esservi dubbi che, ove occorra completare le determinazioni della delibera a contrarre e, successivamente a questa, formalizzare lo "schema" di contratto, tale funzione, alla stregua del nuovo assetto dei rapporti tra apparato politico e burocrazia, debba ritenersi riservata necessariamente alla competenza dell'organo dirigenziale e non mai dell'organo politico (64).

Per espressa disposizione di legge, come si è visto, la deliberazione a contrarre deve prescrivere, evidenziandone le ragioni, le "modalità di scelta del contraente" nell'ambito di quelle "ammesse dalle disposizioni vigenti in materia di contratti delle amministrazioni dello Stato".

Non è questa la sede per ripercorrere i diversi metodi che la pubblica amministrazione può adottare per individuare la propria controparte.

E' appena il caso di ricordare che essi sono limitati ai seguenti quattro sistemi (65):

- asta pubblica, che è una gara cui possono prendere parte tutti coloro in possesso dei requisiti prescritti dalla legge e richiesti nel bando, attraverso il cui complesso procedimento - che può articolarsi secondo diverse modalità disciplinate dalla legge e che rappresenta il metodo di scelta per antonomasia - il contratto viene aggiudicato al concorrente che abbia offerto le condizioni economicamente più vantaggiose per l'Amministrazione;

- licitazione privata, che è una gara la quale si svolge soltanto tra i soggetti invitati e, dunque, preselezionati dalla amministrazione;

- appalto-concorso, cui si ricorre quando l'amministrazione non avendo elaborato un progetto di massima per la realizzazione di una certa opera o servizio, intenda rimettersi alla creatività dei privati, cosicché la scelta tra le singole offerte, che è compiuta con ampia libertà di giudizio da parte dell'amministrazione, si basa su una valutazione complessiva, e del loro contenuto economico, e della soluzione tecnica in esse proposta;

- trattativa privata, nella quale il contraente viene scelto liberamente dall'amministrazione, e che, per le più ridotte garanzie di obiettività che offre a fronte dell'ampio potere discrezionale demandato all'amministrazione nel valutare le offerte, viene prevista dalla legge come sistema cui ricorrere soltanto in via eccezionale (66), mentre, per i vantaggi che assicura in termini di flessibilità e semplificazione, risulta ampiamente adottata nella prassi (67), così quasi da rendere eccezionale il ricorso ai sistemi dell'asta pubblica e della licitazione privata (68).

A fronte della generalizzata utilizzazione della trattativa privata, in parte avallata dalla giurisprudenza (69), deve riscontrarsi anche la tendenza in atto presso le pubbliche amministrazioni a proceduralizzarne lo svolgimento, subordinandone l'esito all'espletamento di gare ufficiose (70), i cui vincoli procedurali, una volta che siano stati previsti in atti interni della amministrazione, la giurisprudenza non esita a definire cogenti per la stessa amministrazione (71), la quale anzi, secondo un certo orientamento, sarebbe tenuta a ricorrere a sistemi di scelta del contraente di tipo procedimentale, sebbene informali, ancorché non sanciti in alcun atto interno, salva soltanto la facoltà di soprassedervi previa adeguata giustificazione (72).

In questa prospettiva, anche nella trattativa privata il momento di evidenza pubblica permea di sé, non solo la deliberazione a contrarre, ma anche il procedimento di aggiudicazione del contratto (73).

Deve segnalarsi, per quanto specificatamente qui interessa, che parte della dottrina sostiene la legittimità di previsioni regolamentari le quali, negli enti locali, consentono al dirigente di stipulare contratti a trattativa privata senza che sia preventivamente intervenuta una corrispondente deliberazione a contrarre; sebbene si tenda poi a limitare tale facoltà entro limiti di valore da predeterminarsi in sede di regolamento (79).

In senso contrario pare si debba rilevare che la legge sulle autonomie locali nel subordinare la stipulazione dei contratti ad una previa deliberazione dell'organo politico (consiglio o giunta), non contempla eccezioni di sorta, se non per alcuni contratti che "rientrano nella ordinaria amministrazione di funzioni e servizi", i quali sono previsti essere di competenza o della giunta o del segretario ovvero, per l'appunto, di altri funzionari, i quali pertanto, solo in tali ipotesi, potranno svolgere attività negoziale prescindendo da una precedente deliberazione (75).

Il procedimento di scelta del contraente, che si svolge sotto la direzione e responsabilità del dirigente, termina dunque con l'aggiudicazione (76) che, a seconda del metodo cui si è fatto ricorso, consegue o all'applicazione automatica dei criteri predeterminati per la gara o alla valutazione discrezionale dell'amministrazione; nella trattativa privata, in cui sia mancata una gara informale, il momento dell'aggiudicazione resta assorbito invece in quello della stipulazione con il quale coincide (77).

Per prassi consolidata, confermata dalla giurisprudenza, il perfezionamento del contratto deve essere preceduto, negli enti locali, quando la scelta del contraente sia stata realizzata su base procedimentale, dalla approvazione degli atti di aggiudicazione cui è demandata la funzione di controllo della regolarità formale del procedimento e, in via limitata, anche di riesame dell'opportunità dell'operazione (78).

Anche a tale ultimo riguardo deve darsi atto della ritrosia, talvolta riscontrabile nella dottrina, a trarre le dovute conseguenze dai principi che ispirano il nuovo assetto delle competenze nell'ambito della pubblica amministrazione.

Invero, non di rado, si continua a sostenere che l'approvazione dell'aggiudicazione sia di competenza della giunta (79), mentre l'attuale regime normativo sembrerebbe ricondurla senz'altro nell'alveo delle funzioni proprie dell'apparato burocratico (80).

Merita consensi allora la recente pronuncia giurisprudenziale la quale, in termini recisi, ha sancito, che "l'art. 6, comma 2, del decreto legislativo n. 127 del 15 maggio 1997 rimette [...] ai dirigenti "la responsabilità delle procedure di appal-

to" (oltre alla presidenza delle commissioni) e la stipula dei contratti", cosicché "se è rimessa ai dirigenti la responsabilità di tali procedure, ne segue che ai medesimi compete anche il correlativo potere di approvazione per quanto attiene alla verifica tecnica e di legittimità degli atti di gara, a questa ricollegandosi quel perfezionamento dell'*iter* procedimentale al quale solo può ricollegarsi la responsabilità piena del funzionario" (81).

Con riguardo infine alla stipulazione, che viene qualificata come il primo atto della "serie negoziale" che segue quella "procedimentale", è appena il caso di ricordare che i contratti della pubblica amministrazione devono essere redatti sempre in forma scritta a pena di nullità (82), potendosi ricorrere alla forma pubblica con l'intervento del notaio ovvero alla forma pubblica amministrativa, nella quale il contratto viene ricevuto da un funzionario della pubblica amministrazione in veste di ufficiale rogante, che negli enti locali è il segretario (art. 17, comma 68, lettera b), legge 127/1997) (83), ovvero alla scrittura privata la quale però può essere utilizzata soltanto per i contratti conclusi a trattativa privata (art. 17, l. cont. gen. dello Stato) (84).

### **I contratti conclusi in difetto di preventiva deliberazione a contrarre o in presenza di deliberazione invalida**

Con la stipulazione del contratto si passa dalla fase pubblicistica a quella riconducibile al diritto privato.

Le reciproche interferenze tra le due fasi sono oggetto di approfondita analisi da parte della dottrina e della giurisprudenza (85).

Deve rilevarsi tuttavia che su alcune questioni di maggiore interesse la dottrina non è riuscita a pervenire fino ad oggi ad un sufficiente livello di uniformità di soluzioni.

Ciò è vero con particolare riguardo al problema concernente le conseguenze, sul contratto concluso, della mancanza della deliberazione a contrarre o della sua invalidità ovvero più in generale, di eventuali vizi del procedimento amministrativo preliminare al contratto.

In proposito, con riferimento alla specifica ipotesi di inesistenza o invalidità della deliberazione a contrarre, la dottrina pare divisa tra quanti, ravvisandovi un difetto di conferimento del potere rappresentativo, riconducono il caso nell'ambito della rappresentanza senza potere, facendone conseguire l'inefficacia del contratto (86), e quanti, rinvenendovi un vizio del consenso, che determina nell'ente una situazione equiparabile alla incapacità naturale, sostengono invece l'annullabilità del contratto medesimo, da farsi valere esclusivamente da parte della pubblica amministrazione (87) (previo il rilievo del vizio e la delibera se esistente ma invalida) (88).

Senza volere intervenire nel dibattito in corso (89), sia qui sufficiente segnalare che l'opinione riferita da ultimo risulta accolta dalla giurisprudenza prevalente, la quale, in una sua recente pronuncia, statuisce per l'appunto che "la stipulazione di un contratto [...] non preceduta dalla delibera [...] ne comporta l'annullabilità, rilevabile esclusivamente da parte dell'amministrazione, e la possibilità di convalida ai sensi dell'art. 1444 c.c." (90).

E' il caso di osservare che non costituisce un vizio del procedimento a contrarre, la mancata assunzione dell'impegno di spesa, che deve intervenire ogni qualvolta l'atto negoziale comporti un esborso a carico dell'ente, ma che condiziona esclusivamente la vincolatività dell'obbligazione da questo assunta con il contratto (91).

Si tratta di un atto con il quale si vincolano, nei limiti delle previsioni di bilancio e per l'importo occorrente, le disponibilità finanziarie esistenti (art. 27, comma 1 D.Lgs. 25 febbraio 1995, n. 77; cfr. altresì art. 35, comma 1, D.Lgs. 77/95, come modificato dall'art. 4, D.Lgs. 15 settembre 1997, n. 342) e che compete al dirigente responsabile del servizio interessato (arg. art. 55, comma 5, legge 142/90, come sostituito dalla legge 127/97, ma cfr. art. 32, comma 2, lettera l), legge 142/90) (92), il quale vi provvede per mezzo di determinazione (esecutiva una volta ricevuto il visto di regolarità contabile del responsabile del servizio finanziario), che è l'atto monocratico con il quale tipicamente il dirigente esprime la propria decisione (93).

### **La ripartizione della funzione gestionale nell'ambito della dirigenza**

Particolare rilevanza sul piano operativo assumono evidentemente le questioni attinenti all'individuazione del dirigente volta per volta competente alla stipulazione.

Si è già avuto modo di sottolineare che gli incarichi dirigenziali, che possono essere assegnati anche a personale munito di qualifica dirigenziale assunto con contratto a tempo determinato sia per coprire posti in organico, purché ciò sia consentito dallo statuto, sia fuori dotazione organica, entro i limiti previsti dalla legge e dal regolamento degli uffici e dei servizi (art. 51, commi 5 e 5 *bis*, come introdotto, quest'ultimo dall'art. 6, comma 4, legge 127/97) (94), vengono attribuiti e definiti dal sindaco o del presidente della provincia, il quale, va ora sottolineato, deve attenersi nella nomina alle modalità prestabilite dal regolamento sull'ordinamento degli uffici e dei servizi (art. 51, comma 6, legge 142/90, come sostituito dall'art. 6, comma 7, legge 127/97, che dovrebbe avere abrogato, dunque, l'art. 19, comma 1, D.Lgs. 77/95), e il relativo conferimento avviene necessariamente a tempo determinato che, alla stregua del carattere fiduciario della preposizione dirigenziale, non

può in ogni caso eccedere la durata in carica del vertice politico che provvede alla nomina.

Noti i dirigenti preposti alle diverse aree o settori resta da accertare quale, tra loro, sia competente in relazione alla conclusione di ciascun singolo contratto.

L'accertamento in parola rischia di complicarsi in ragione della molteplicità dei provvedimenti normativi interni che a vario titolo contemplanò l'organizzazione degli uffici e le modalità di esercizio della funzione di gestione dell'ente.

Ancora una volta si ripropone il confronto tra la disciplina dettata in materia di organizzazione degli enti locali e la disciplina inerente al loro ordinamento contabile.

Se alla stregua di quest'ultima "il regolamento di contabilità" approvato dal consiglio (art. 32, comma 2, lettera a), legge 142/90), - il quale al pari del regolamento per la disciplina dei contratti (la cui normativa rileva ai fini della regolarità del procedimento negoziale) svolge un ruolo fondamentale nella funzionalità dell'ente (cfr. art. 59, comma 1, legge 142/90) -, "stabilisce le norme relative alle competenze specifiche dei soggetti dell'amministrazione preposti alla programmazione, adozione e attuazione dei provvedimenti di gestione che hanno carattere finanziario e contabile [...]" (art. 2, comma 3, D.Lgs 77/95), la legge quadro delle autonomie locali prevede espressamente "[...] l'adozione dei regolamenti sull'ordinamento degli uffici e dei servizi [...]" da parte della giunta, nel rispetto dei criteri generali stabiliti dal consiglio (art. 35, comma 2 *bis*, legge 142/90, introdotto dall'art. 5, comma 4, legge 127/97).

La comune natura normativa dei riferiti provvedimenti rende ciascuno di essi astrattamente idoneo a dettare la disciplina concernente la ripartizione delle attribuzioni dirigenziali.

Tuttavia la delimitazione dei loro rispettivi ambiti di intervento, con specifico riferimento, per quanto interessa in questa sede, alla regolamentazione delle funzioni gestionali, riveste particolare importanza in considerazione soprattutto della circostanza della loro provenienza da organi diversi.

Sembra potersi affermare con relatività certezza, e sottolineando la reciproca integrazione che immancabilmente si verifica, in generale, tra le disposizioni contenute nei molteplici regolamenti interni dell'ente, che il regolamento di contabilità sia competente a disciplinare, per quanto rilevi sotto l'aspetto finanziario e contabile, l'esercizio della competenza gestionale, il cui assetto risulti tuttavia determinato in sede di regolamento degli uffici e dei servizi (95).

Vale evidenziare inoltre che la ripartizione della funzione di gestione tra le aree e i settori entro cui si articola l'organizzazione dell'ente, non rientra normalmente nella previsione dello statuto, la cui vocazione risiede nel dettare norme di

principio (96), alle quali devono poi attenersi le fonti regolamentari, e non già regole di mero dettaglio (97).

### **I compiti dirigenziali nei comuni privi di dirigenti e nei comuni con popolazione inferiore a 10.000 abitanti**

La previsione legislativa per la quale la funzione gestionale risulta affidata ai dirigenti doveva necessariamente scontrarsi con il ben noto fenomeno della frammentazione del territorio statale in una pletora di comuni, molti dei quali amministrano territori di modesta estensione e popolazioni di ridottissima entità.

Con riguardo a questi comuni, strutturati in organizzazioni veramente minimali, e più in generale con riguardo ai comuni nei quali non sono previste qualifiche dirigenziali, fin dall'entrata in vigore della legge di riforma delle autonomie locali (legge 142/90), l'attuazione dell'obiettivo della separazione della politica dall'amministrazione si è posta immediatamente in termini di specifica problematicità.

La insussistenza di dirigenti ai quali attribuire compiti di gestione induceva parte degli studiosi e degli operatori a sostenere che il fenomeno dell'autonomizzazione della funzione gestionale nell'ambito della funzione politico-amministrativa non poteva investire anche tali enti, della cui intera attività sarebbero restati unicamente responsabili, pertanto, gli organi politici (98).

Il legislatore, condividendo l'orientamento seguito da quanti già all'epoca dell'entrata in vigore della legge sulle autonomie locali sostenevano la necessità di strutturare anche detti comuni secondo il principio della separazione delle due funzioni in questione, nel modificare la norma relativa all'organizzazione degli uffici e del personale degli enti locali, è intervenuto con una specifica disposizione in proposito, sancendo che, "nei comuni privi di personale di qualifica dirigenziale", le funzioni attribuite ai dirigenti "sono svolte dai responsabili degli uffici o dei servizi" (art. 51, comma 3 *bis*, legge 142/90, introdotto dall'art. 6, comma 3, legge 127/97) (99).

Non con ciò la questione poteva ritenersi tuttavia conclusa.

Una diffusa opinione sosteneva infatti che i compiti attribuiti dalla legge ai dirigenti potessero essere affidati, nei comuni che ne fossero privi, pur sempre soltanto a funzionari, c.d. apicali, di VIII o, al più, di VII qualifica funzionale (100).

E' occorso finalmente un ulteriore intervento legislativo.

Ci si riferisce alla disposizione per la quale risulta ora espressamente previsto che "nei comuni privi di personale di qualifica dirigenziale le funzioni di cui al comma 3, fatta salva l'applicazione del comma 68, lettera c), dell'art. 17 della legge 15 maggio 1997, n. 127, possono essere attribuite, a seguito di provvedimento motivato, dal sindaco, ai responsabili degli uffici o dei servizi, indipendentemente dalla

loro qualifica funzionale, anche in deroga a ogni diversa disposizione" (art. 51, comma 3 *bis*, legge 142/90, come modificato dal D.Lgs. 16 giugno 1998, n. 121).

Con l'emanazione di questa nuova norma la questione assume aspetti paradossali e ancora una volta l'intervento legislativo, finalizzato a porre fine ai dubbi insinuati dalla normativa oggetto di modifica, ha come unico risvolto quello di creare nuove incertezze e fondare ulteriori contrasti di opinione.

Avviene così che, adducendo il tenore letterale della nuova disposizione, secondo la quale le funzioni di cui trattasi "possono essere attribuite" ai responsabili degli uffici o dei servizi, parte della dottrina propende per ritenere che nei comuni privi di dirigenti il conferimento della funzione gestionale all'apparato burocratico sia meramente facoltativo, essendo la scelta al riguardo rimessa alla discrezionalità degli organi politici (101).

Ad avviso di chi scrive la soluzione non può argomentarsi in maniera soddisfacente sulla base del solo tenore letterale della norma in esame.

La locuzione per la quale le funzioni di gestione "possono essere attribuite" ai responsabili degli uffici o dei servizi, non sembra decisiva per poter affermare che le funzioni medesime possano continuare a spettare agli organi politici: l'alternativa predisposta dalla legge sembra correre, anziché tra apparato politico e apparato burocratico, all'interno di quest'ultimo, tra responsabili di uffici o servizi, da un lato, e segretario comunale, dall'altro, al quale, in virtù del rinvio contenuto nella stessa norma in commento, tra "ogni altra funzione attribuitagli dallo statuto o dai regolamenti o conferitagli dal sindaco" (art. 17, comma 68, lettera c), legge 127/97), possono ora, per l'appunto, essergli affidati anche compiti di amministrazione diretta (102).

Non può escludersi, del resto, che l'uso del verbo "potere" sia da riconnettere con il fine della novella, consistente, si ricordi, nel "permettere" il conferimento di incarichi gestionali a personale avente qualifica funzionale inferiore alla settima.

Appare chiaro che la situazione di impasse venutasi a creare non possa essere facilmente superata.

Occorre dare atto che le leggi intervenute a più riprese e a vario titolo sul punto hanno dato vita ad un quadro normativo nel quale non è consentito formulare soluzioni in termini di assoluta certezza.

Appena che si abbia un minimo di dimestichezza con le strutture dei comuni sprovvisti di dirigenti e dei comuni di più piccole dimensioni, si comprende immediatamente quali siano le gravi difficoltà e i profondi disagi che ivi si frappongono alla attuazione del nuovo modello organizzativo.

Si è dell'avviso tuttavia che tale circostanza non legittimi il perdurare, in quei comuni, del precedente assetto (103).

Se trasparenza ed efficienza sono valori da perseguire in qualsiasi ente pubblico, allora appare dovere dell'interprete sostenere quella soluzione che, compatibilmente con il dato letterale della norma, permetta anche nei comuni privi di dirigenza, il superamento del previgente sistema che si è rivelato essere il meno idoneo all'attuazione di quei valori.

In altre parole la legge sembra pretendere che nei comuni privi di dirigenti le funzioni gestionali spettino ai responsabili degli uffici o servizi, alla cui carica può essere preposto (dal sindaco, e sempre a tempo determinato) ogni dipendente comunale, quale che sia la sua qualifica funzionale, ovvero siano attribuite, in mancanza di (altro) personale idoneo ad assumere la responsabilità di uffici o servizi, al segretario comunale (104).

Del resto, per fare fronte alla mancanza di adeguate professionalità, anche assunte part time, ciascun comune può ricorrere (entro i limiti di legge) ad assunzioni a tempo determinato, eventualmente fuori organico, e potrà altresì avvalersi del convenzionamento con altro comune, ai cui vertici burocratici affidare, in tutto o in parte, lo svolgimento della propria attività di gestione (arg. ex art. 24, comma 1, legge 142/90) (105).

L'esercizio di compiti di amministrazione da parte del segretario postula, secondo l'opinione più diffusa, che l'ente non sia dotato di un direttore generale (106).

Si tratta di un figura professionale di recente introduzione nell'ambito della struttura comunale, la cui presenza dovrebbe contribuire ad improntare a criteri aziendalistici l'azione delle amministrazioni locali (art. 51 *bis*, legge 142/90, introdotto dall'art. 6, comma 10, legge 127/97).

La nomina, a tempo determinato, avviene con provvedimento del sindaco previa delibera della giunta (art. 51 *bis*, comma 1) e, nei comuni con meno di quindicimila abitanti, è subordinata alla stipula di una convenzione tra comuni la cui popolazione complessiva raggiunga tale numero, cosicché il direttore generale "dovrà provvedere alla gestione coordinata e unitaria dei servizi tra i comuni interessati" (art. 51 *bis*, comma 3, cit.) (107).

La previsione di legge, per la quale egli "provvede ad attuare gli indirizzi e gli obiettivi stabiliti dagli organi di governo dell'ente [...] e [...] sovrintende alla gestione dell'ente, perseguendo livelli ottimali di efficacia ed efficienza" (art. 51 *bis*, comma 2, cit.), e la sua qualifica di dirigente (fuori dotazione organica) dell'ente, lo rendono un organo particolarmente indicato ad assumere funzioni di amministrazione diretta ove l'ente manchi di ulteriori dirigenti.

La conclusione innanzi prospettata (108) sembra ricevere conferma dalla norma - dettata in tema di ordinamento contabile delle autonomie locali - che, per i comuni con popolazione inferiore a 10.000 abitanti, autorizza l'organo esecutivo ad

affidare "la responsabilità dei servizi, o di parte di essi, unitamente al potere di assumere gli atti di gestione", a propri componenti, là dove esso organo riscontri "la mancanza assolutamente non rimediabile di figure professionali idonee nell'ambito dei dipendenti" ad assolvere tale incarico (art. 19, comma 2, D.Lgs. 77/95).

La norma al vaglio subordina l'esercizio del potere di gestione da parte dell'organo politico, non alla semplice mancanza di dirigenti (la cui presenza dovrebbe rinvenirsi soltanto nei comuni con una popolazione superiore ai sessantacinquemila abitanti), che non sembra pertanto incidere in alcun modo sulla separazione tra politica e amministrazione all'interno dell'ente, bensì al concomitante verificarsi della duplice circostanza – che sincreticamente considerata giustifica la permanenza in vigore della norma (109) - che l'ente sia di dimensioni particolarmente ridotte e risulti sprovvisto di dipendenti in grado di potere assumere la responsabilità degli uffici o dei servizi, di modo che l'affidamento dei compiti di gestione all'apparato burocratico potrebbe rivelarsi causa di diseconomie ed inefficienza, anziché di razionalità ed economicità.

La mancanza di dirigenti di per sé non può dunque – come si è detto - autorizzare il comune a disattendere il principio della dissociazione tra direzione politica e direzione amministrativa.

L'ente potrà in tal caso avvalersi delle molteplici possibilità offertegli dalla legge per rinvenire professionalità adeguate allo svolgimento delle proprie attività gestionali e, così, potrà affidare tali compiti al proprio personale più qualificato, anche ricorrendo ad assunzioni a tempo determinato, o procurarsi collaborazioni esterne, nelle forme consentite dalla legge, ovvero conferire l'incarico al segretario, salvo che naturalmente non provveda a nominare un direttore generale (110).

L'eventuale impiego di risorse nella formazione dei propri dipendenti oppure in assunzioni a tempo determinato anche fuori pianta organica oppure ancora nel convenzionamento con altri comuni, in quanto diretto a migliorare l'efficienza dell'amministrazione, non deve essere contrastato, bensì riguardato con favore e senz'altro sollecitato.

La varietà delle opzioni percorribili dall'ente, preservando ampi spazi alla sua autonomia organizzativa, vale a garantire poi che l'assetto della sua organizzazione si conformi alle sue specifiche esigenze e si riveli, in ultima istanza, un reale fattore di modernizzazione.

Diversa valutazione è a farsi per i comuni di dimensioni minori, rispetto ai quali si propende, per l'appunto, a ritenere tutt'oggi in vigore l'art. 19, comma, 2, D.Lgs 77/95.

In tali enti, da un lato, mancano con maggiore frequenza dipendenti professionalmente idonei ad assumere la titolarità di uffici o servizi e la direzione amministrativa, dall'altro, sono solitamente più esigue le risorse finanziarie che possono

essere impiegate nella qualificazione del personale o nell'ampliamento dell'organizzazione, di guisa che l'inderogabilità della scissione della funzione di gestione da quella politica si tradurrebbe, non di rado, nella necessità di affidare lo svolgimento dell'attività di amministrazione o alla competenza esclusiva del segretario o a personale privo di adeguata preparazione (111).

L'obbligo di rimettere la funzione gestionale ad organi non politici, combinato con la limitatezza della gamma dei moduli organizzativi disponibili in concreto, determinerebbe una irrimediabile compressione del potere di autonomia dell'ente, con il conseguente rischio che l'ente stesso non riesca a dotarsi dell'organizzazione più confacente alle sue peculiari esigenze: tale obbligo in aperta contraddizione con le finalità della legge, potrebbe rivelarsi fonte di disfunzioni piuttosto che di ottimizzazione (112).

A favore della ultravigenza della norma in questione, deve constatarsi peraltro che, nei comuni di minime dimensioni, il rapporto tra cittadinanza e vertici politici si connota di una particolare immediatezza la quale, frequentemente, si traduce nell'esigenza del cittadino ad avere come proprio diretto referente, non già il burocrate, bensì il capo stesso dell'amministrazione.

V'è infine da tener presente la circostanza, anch'essa in qualche modo significativa, che in tali comuni il singolo atto di gestione tende ad assumere, più spesso e incisivamente che altrove, una valenza anche politica, oltre che meramente amministrativa.

Gli argomenti anzi riferiti non sempre sono apparsi decisivi a fondare la conclusione qui prospettata. Deve darsi atto allora che il Ministero dell'Interno, intervenuto sulla questione, sembra incline a condividere l'orientamento opposto, affermando che la norma in esame è da ritenere oramai verosimilmente abrogata, anche in considerazione del fatto che "[...] la legge n. 127/1997 all'art. 9, comma 4, nel sostituire l'art. 108 del decreto legislativo n. 77/1995, non ha ritenuto di includere tra gli articoli del decreto legislativo che devono considerarsi come principi generali, con valore di limite inderogabile [...], il precitato art. 19" (113), con la conseguenza, ribadita di recente con maggiore categoricità, che non dovrebbe ravvisarsi "[...] alcuna differenziazione per comuni di esigue dimensioni demografiche rispetto all'assetto organizzativo già delineato con la sopracitata legge n. 127/1997" (114).

### **La funzione gestionale e la rappresentanza dell'ente: il "potere di firma" del capo dell'esecutivo locale**

L'esposizione che precede può contribuire ad impostare nei suoi termini corretti la questione della legittimazione rappresentativa negli enti locali.

Si è già visto che la deliberazione a contrarre, nella quale la futura attività contrattuale viene collegata con le finalità istituzionali dell'ente, ha valore meramente interno, non essendo idonea ad esprimere all'esterno la volontà dell'ente medesimo e non potendo assumere valore di proposta contrattuale.

Affinché l'ente possa entrare in contatto con i terzi e possa vincolarsi contrattualmente, occorre che la volontà a contrarre, definita al suo interno, venga esteriorizzata.

La manifestazione verso i terzi della volontà dell'ente costituisce una specifica funzione, della quale occorre individuare l'organo che ne sia titolare.

Anche questo specifico tema costituisce tuttora oggetto di vivaci dispute.

Si tratta essenzialmente di accertare se, alla stregua dell'ordinamento positivo vigente, il potere di rappresentanza spetti in via esclusiva ai vertici burocratici dell'amministrazione locale ovvero se, insieme con questi ultimi, competa altresì al capo dell'esecutivo (i.e. il sindaco o il presidente della provincia) (115).

Le disposizioni di legge che vengono in rilievo al riguardo sono - come spesso si riscontra nella disciplina delle autonomie locali - non prive di ambiguità.

Alla norma che riconosce ai dirigenti il compito di stipulare i contratti (art. 51, comma 3, lettera c), legge 142/90, come modificato dalla legge 127/97), sembra contrapporsi quella che senza mezzi termini individua nel sindaco e nel presidente della provincia gli organi che rappresentano l'ente (art. 36, comma 2, legge 142/90).

L'intera questione va ricondotta nell'ambito della tematica, di più ampio respiro, concernente la separazione tra attività politica e attività amministrativa e gestionale.

Deve allora considerarsi anche la disposizione di legge che riserva ai dirigenti l'adozione di atti e provvedimenti di amministrazione, inclusi quelli che impegnano l'amministrazione verso i terzi, dichiarandoli "responsabili in via esclusiva dell'attività amministrativa, della gestione e dei relativi risultati (art. 3, comma 2, D.Lgs. 29/93, come sostituito dall'art. 3, D.Lgs. 80/98).

In via preliminare occorre individuare in quale forma di patologia incorra il contratto concluso da un organo dell'ente non legittimato a rappresentare l'ente medesimo.

Autorevole dottrina afferma che "[...] i termini di "rappresentanza" del sistema privatistico si tramutano in termini di "competenza" nel sistema di diritto pubblico" (116).

Potrebbe trarsene la conseguenza che il contratto in questione, al pari di ogni atto amministrativo che sia viziato da incompetenza relativa (117), debba qualificarsi come annullabile e, dunque, immediatamente produttivo dei suoi effetti fino a quando non ne venga pronunciato (eventualmente) l'annullamento.

In senso contrario, tuttavia, deve rilevarsi che la fase del perfezionamento dell'accordo appartiene essenzialmente al diritto privato (118) ed è pertanto assoggettata, non già alla disciplina degli atti amministrativi – alla cui categoria il contratto non è riconducibile (come invece gli atti che lo precedono) – bensì alla disciplina contrattuale di diritto comune (119).

In tale prospettiva il difetto di legittimazione dell'organo stipulante non si traduce nella invalidità del contratto, ma nella mera inefficacia dello stesso fino alla sua, eventuale, successiva ratifica (120).

Occorre dare atto, tornando nel vivo della questione qui in esame, che il Ministero dell'Interno, intervenuto con più circolari esplicative a chiarire gli aspetti più controversi del nuovo assetto delle competenze negli enti locali, ha affermato in maniera recisa che la stipulazione dei contratti, in quanto momento gestionale, compete in via esclusiva ai dirigenti o ai responsabili dei servizi, sostenendo così la tesi che riserva il potere di firma ai soli vertici della burocrazia, con l'esclusione di un concorrente omologo potere del capo del governo locale (121).

Lo stesso orientamento sembra seguito, poi, in qualche pronuncia della giurisprudenza amministrativa (122).

La conclusione, condivisa da buona parte della dottrina (123), non pare meriti incondizionato assenso.

Il fine della dissociazione della attività politica da quella gestionale e amministrativa risiede - come si è avuto modo di evidenziare - nella esigenza di garantire efficienza ed efficacia all'azione amministrativa, affidandone la cura e la responsabilità a soggetti specificatamente qualificati e che non siano immediati portatori di istanze di parte, come invece gli esponenti degli organi di rappresentanza politica.

Se questo è lo scopo perseguito dalla normativa al vaglio, il primo criterio guida che se ne deve trarre è che l'interpretazione delle relative disposizioni debba essere condotta in maniera congrua alla piena realizzazione di esso scopo.

Ora sembra fuori dubbio che la razionalizzazione dell'attività amministrativa pubblica si realizza essenzialmente, e ivi trova il suo più significativo momento di esaltazione, in sede di compimento delle scelte gestionali e di direzione della esecuzione delle scelte assunte.

E' difficile credere invece che l'ottimalità della gestione possa essere compromessa nella fase della mera manifestazione all'esterno della volontà contrattuale dell'ente, già compiutamente determinata alla stregua del prescritto procedimento amministrativo.

Quando il procedimento a contrarre sia terminato, la delibera a contrarre abbia dunque specificato il fine l'oggetto e le clausole essenziali del contratto, il bando di gara abbia eventualmente provveduto ad integrarne le previsioni, il procedimento di aggiudicazione indicato in detta delibera sia giunto a conclusione e il di-

rigente/responsabile del servizio abbia provveduto a redigere il testo contrattuale da sottoporre alla firma delle parti, formalizzandolo eventualmente in una propria determinazione, allora non è dato seriamente immaginare che il perfezionamento dell'accordo possa essere in grado di incidere in maniera significativa sui risultati della gestione dell'ente (124).

Il rapporto tra gestione e rappresentanza è stato oggetto di approfonditi studi da parte della più autorevole dottrina civilistica e commercialistica.

Il potere di impegnare la sfera giuridica di un soggetto estraneo o dell'ente rispetto al quale il rappresentante sia in rapporto organico viene talvolta inteso come una funzione esterna alla funzione gestoria, talvolta riguardato come un aspetto, particolarmente importante, di quell'unica funzione (125).

Tralasciando di ripercorrere in questa sede le argomentazioni che possono essere addotte a sostegno dell'una o dell'altra ricostruzione, ciò che interessa qui evidenziare è la differenza tra momento decisionale e momento attuativo della decisione compiutamente assunta.

In materia societaria, ad esempio, è a tutti noto che altro è la funzione amministrativa vera e propria, la quale, se la società sia amministrata da un consiglio di amministrazione, compete all'organo collegiale nel suo insieme, altro è la funzione rappresentativa che, nel caso ipotizzato, spetta innanzitutto al presidente del consiglio.

La assunzione della decisione e l'attuazione della medesima rappresentano due fasi distinte, sebbene interdipendenti: l'una, caratterizzata dalla discrezionalità delle scelte, l'altra, essenzialmente dalla vincolatività delle scelte definite in precedenza.

Se ciò è vero, ne consegue che sussistono discreti margini per potere interpretare la normativa al vaglio nel senso che essa non esclude necessariamente la titolarità di ogni potere rappresentativo in capo al sindaco o al presidente della provincia.

Occorre distinguere, piuttosto, l'ipotesi in cui l'attività di rappresentanza si esaurisca nella mera esternazione di una volontà già compiutamente definita, da quella in cui al rappresentante si richiede di completare, seppure con determinazioni accessorie, la volontà che è chiamato a manifestare.

La prima eventualità, nella quale il momento della stipulazione non presenta spazi di discrezionalità per l'ufficiale stipulante e rispetto alla quale l'intervento dell'organo politico anziché di quello tecnico e burocratico non pare in grado di alterare il significato gestionale dell'operazione, può verificarsi allorché, in sede di deliberazione a contrarre e, eventualmente, di pubblicazione del bando di gara, il regolamento del futuro contratto risulti già determinato in maniera esauriente, essendone disciplinate anche le modalità che nella prassi normalmente ne caratterizzano il

contenuto, come quando il contratto debba corrispondere ad uno schema – tipo già disciplinato da norme legislative e/o regolamentari (126).

Nell'eventualità prospettata, una volta conclusa la gara pubblica, non resterà altro da farsi (approvati gli atti di aggiudicazione) se non sottoscrivere il contratto che corrisponda allo schema deliberato e reso pubblico per mezzo del bando.

Analogamente, ove si sia fatto ricorso alla trattativa privata, il testo da sottoporre alla firma dei contraenti sarà la riproduzione pedissequa dello schema approvato in sede di deliberazione a contrarre.

La dottrina specialistica non manca di segnalare la circostanza che in sede di stipulazione vengono di solito regolamentate nel dettaglio modalità esecutive delle obbligazioni contrattuali, non previste né nella fase deliberativa, né nel bando di gara (127).

Bisogna convenire che la predisposizione di siffatte clausole, se rimessa al momento della stipulazione, implica l'esercizio di poteri discrezionali da parte dell'organo rappresentativo che, a loro volta, valgono a connotare l'attività di rappresentanza in senso anche gestionale.

Sembra allora che possa continuarsi ad ammettere la legittimazione rappresentativa del capo del governo locale ove, per ipotesi, il dirigente responsabile, ultimata la fase di aggiudicazione ovvero individuato liberamente l'altro contraente, abbia provveduto altresì a definire con una propria determinazione la minuta regolamentazione (128) inerente alla fase di attuazione del rapporto contrattuale.

Più problematica si rivela invece l'ipotesi in cui lo schema di contratto deliberato evidenzia la necessità/utilità di un successivo arricchimento del proprio contenuto e manchi al riguardo una determinazione del dirigente.

In questo caso - come si è avuto modo di anticipare - la funzione di rappresentanza si colora di aspetti gestionali.

Bisogna allora distinguere il caso in cui lo schema di contratto appaia suscettibile unicamente di recepire la regolamentazione degli aspetti esecutivi di mero dettaglio oppure richieda di essere completato anche nel contenuto precettivo più significativo, come frequentemente si verifica quando si ricorra alla trattativa privata (129).

Nella eventualità di cui da ultimo la legittimazione del sindaco o del presidente della provincia a concludere il contratto sembra vacillare, a meno che, per l'appunto, la stipulazione non venga preceduta da una determinazione del dirigente/responsabile del servizio competente, che provveda a colmare le lacune del perfezionando contratto.

Resta da accertare la posizione del vertice politico dell'ente con riguardo a quei contratti nei quali sia opportuno inserire mere precisazioni e modalità accessorie.

A sostegno della tesi che anche a tale riguardo ritiene di potere affermare che la competenza del capo dell'esecutivo concorra con quello dei vertici burocratici - e rispetto alla quale bisogna qui manifestare cautela - non può omettersi di considerare che la discrezionalità dell'organo rappresentativo risulta ora particolarmente limitata e compressa, cosicché il suo esercizio non appare, verosimilmente, in grado di compromettere l'efficienza dell'azione amministrativa dell'ente (130).

Se non si rinvengono valide ragioni per escludere tout court che il sindaco e il presidente della provincia siano legittimati a spendere il nome dei rispettivi enti, di contro le ragioni stesse della riforma in esame depongono a favore del riconoscimento di tale potere in capo ai medesimi alle condizioni sopraevidenziate.

Deve ribadirsi, allora, che uno degli scopi perseguiti dall'intera recente normativa sulla pubblica amministrazione risiede nella semplificazione della relativa attività.

L'interprete che voglia essere in linea con questo obiettivo è tenuto dunque, in mancanza di specifiche controindicazioni, a ricostruire i singoli istituti secondo il significato che contribuisca allo snellimento, anziché alla complicazione, delle regole dell'azione amministrativa.

Ebbene, la previsione di un organo cui compete la rappresentanza generale dell'ente in aggiunta agli organi burocratici, a ciascuno dei quali spetta un potere di rappresentanza settoriale connesso con il servizio affidatogli, risulta essere un evidente fattore di speditezza e, non da ultimo, anche di efficienza dell'attività amministrativa in ragione delle economie che possono talvolta conseguirsi, grazie alla possibilità che l'ente possa farsi rappresentare in operazioni contrattuali particolarmente complesse da un unico soggetto "plenipotenziario", piuttosto che da più soggetti, titolari dei diversi settori, aree o servizi eventualmente coinvolti (131).

L'interpretazione proposta consentirebbe anche di riconoscere pieno valore precettivo alla norma che attribuisce al capo dell'esecutivo locale la rappresentanza dell'ente, evitandosi di relegare quest'ultima alla più affievolita nozione di rappresentanza politica (132).

Si noti, a tale proposito, che il d.d.l. 1398, innanzi citato, contemplando una specifica modifica del testo della disposizione concernente la rappresentanza generale degli enti locali, così da prevedere espressamente che al sindaco e al presidente della provincia spettino le rappresentanza anche in giudizio dei rispettivi enti, sembra confortare la ricostruzione suggerita, in quanto, da un lato, presuppone che la rappresentanza cui si riferisce la modificanda disposizione non ha valenza meramente politica, perché capace di includere anche quella processuale che viene indicata, infatti, come una specificazione della più ampia nozione di rappresentanza cui accede, dall'altro ribadisce, esplicitamente, almeno con riguardo alla rappresentanza in giudizio, l'opportunità di individuare un organo munito di poteri generali e non

circoscritti a quelli inerenti alla sola materia di competenza del servizio cui sia preposto (cfr., tuttavia, art. 16, lettera f), D.Lgs. 29/93, come sostituito dall'art. 11, D.Lgs. 80/98).

*Ciro Caccavale*

---

(1) Per un'analisi del nuovo modello organizzativo assunto dalla Pubblica Amministrazione si veda G. N. CARUGNO, *Orientamenti di diritto amministrativo*, Torino, 1999.

(2) Sulle interrelazioni tra l'ammodernamento degli enti locali e la realizzazione di una sostanziale loro autonomia nell'ambito della organizzazione dello Stato, si veda, tra gli altri, S. BENVENUTI, *Verso una reale autonomia: i comuni e le provincie oggi*, in *Nuova Rass.*, 1998, 384 e ss.

(3) Critico, ad esempio, rispetto alla mancata emanazione di un Testo Unico delle disposizioni vigenti in materia di autonomie locali, ai sensi dell'art. 64, comma 3, legge 8 giugno 1990, n. 142, è S. BENVENUTI, *Verso una reale autonomia cit.*, 410 e s.

(4) Cfr., ad esempio, M. POZZOLI, *Distinzione tra funzione politica di indirizzo e funzione gestionale*, in *Nuova Rass.*, 1998, 1870 e ss.

(5) Riferimenti in L. GIOVENCO, voce "Comune (diritto amministrativo)" in *Noviss. dig. it.*, Vol. III, Torino, 1959, 823 e ss.; N. MARZONA, voce "Comune" in *Noviss. dig. it.*, Appendice, Torino, 1981, 133 e ss.

(6) Cfr. E. MAGGIORA, *I Dirigenti*, in *AA.VV.*, *Lo snellimento dell'attività amministrativa*, coordinato da V. ITALIA, Milano, 1997, 60 e ss.

(7) Sulla organizzazione delle autonomie locali fino alla nuova legge elettorale inclusa, cfr., tra gli altri, F. STADERINI, *Diritto degli enti locali (quarta ed.)*, Padova, 1993.

(8) Sulla evoluzione nell'assetto dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione cfr., tra gli altri, di recente, I. FRANCO, *Strumenti di tutela del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Padova, 1999, 67 e ss.

(9) Per un primo ragguaglio sul nuovo modulo organizzativo assunto dallo Stato v. F. STADERINI, *La riforma Bassanini e il regime cooperativo tra regioni ed enti locali*, in *Nuova Rass.*, 1998, 1617 e ss. Con riguardo al processo di rinnovamento delle amministrazioni locali determinato dalla legge Bassanini *bis*, cfr. T. MIELE, *L'ordinamento delle autonomie locali dopo la legge n. 127/1997*, in *Nuova Rass.*, 1998, 883 e ss.

(10) Sull'assetto organizzativo derivante dalle diverse leggi Bassanini, cfr. D. DI GIOIA, *Leggi Bassanini e ordinamento degli enti locali*, in *Nuova Rass.*, 1998, 1654 e ss.

(11) Prime informazioni al riguardo, in P. VIRGA *Diritto Amministrativo, I principi*, Milano, 1999, 93 e ss. Con riferimento allo specifico tema trattato in questa sede si veda F. PASQUALUCCI, *Responsabilità dei dirigenti dopo il D. Lvo 80/98*, in *Enti pubblici*, 1998, 645 e ss.

(12) Per un ragguaglio sugli aspetti principali della normativa di cui ora nel testo, cfr. F. DELFINO, *Il nuovo ordinamento contabile e finanziario: aspetti di organizzazione e di direzione dei servizi*, in *Enti pubblici*, 1997, 546 e ss.

(13) In dottrina, tra gli altri, E. MAGGIORA, *I dirigenti cit.*, 67 e ss.; F. GUARNIERI - A. ROSCI, *Funzioni attribuite ai dirigenti degli enti locali*, in *Nuova Rass.*, 1998, 1119 e ss.; F. STADERINI, *Diritto degli enti locali (ottava ed.)*, Padova, 1998, 369 e s., e, in giurisprudenza, già prima delle modifiche introdotte dalla legge 127/97, T.A.R. Veneto 15 gennaio 1992, n. 2, in *Trib. Amm. Reg.*, 1992; T.A.R. Calabria-Catanzaro 16 febbraio 1993, n. 113, in *Trib. Amm. Reg.*, 1993, I, 1515 e ss.; T.A.R. Puglia 3 maggio 1994, n. 919, in *Trib. Amm. Reg.*, 1994, I, 2793 e ss.; contra, sempre con riguardo al regime previgente

alla legge 127/97, T.A.R. Lombardia-Milano 27 novembre 1991, n. 1319, in Trib. Amm. Reg., 1992, I, 160 e ss.; T.A.R. Toscana, 12 maggio 1994, n. 359, in Trib. Amm. Reg., 1994, I, 2616 e ss.; T.A.R. Toscana, 18 giugno 1994, n. 385, in Trib. Amm. Reg., 1994, I, 3160 e ss.; T.A.R. Lombardia-Milano, 12 dicembre 1994, n. 844, in Trib. Amm. Reg., 1994, I, 547 e ss.; nel senso della immediata operatività si esprime anche la Circolare del Ministero dell'Interno 15 luglio 1997, n. 1.

(14) Cfr. anche G. SORGE, L'organizzazione dell'ente locale a seguito della legge 15 maggio 1997, n. 127. Compiti del Consiglio Comunale e della Giunta, in Nuova Rass. 1997, 1665 e ss., ove si sottolinea, in particolare, che "per quanto concerne l'aspetto organizzativo, l'introduzione nello Statuto, di ogni singolo Ente, delle modifiche poste dalla legge 127/1997 non appare subito necessaria né deve precedere la fase di regolamentazione applicativa" (1672).

(15) Secondo A. DI FILIPPO, Le nuove disposizioni in materia di personale degli enti locali, in Nuova Rass. 1998, 559, le competenze gestionali "[...] rientrano automaticamente tra le attribuzioni dei dirigenti, mentre l'intervento regolamentare può essere assunto come secondario e meramente applicativo".

Così anche la surriferita Circolare del Ministero dell'Interno 15 luglio 1997, n. 1, secondo la quale "[...] la potestà statutaria o regolamentare può esercitarsi solo nei confronti delle modalità di espletamento, pertanto l'eventuale emanazione di atti gestionali da parte della giunta o del sindaco è illegittima perché viziata da incompetenza".

(16) Conf. F. GUARNIERI-A. ROSCI, Funzioni cit., 1119 e s. (secondo cui "[...] inaccettabile si palesa ogni soluzione che veda la sopravvivenza delle norme statutarie incompatibili con le nuove competenze dirigenziali", così che se in contrasto con il nuovo assetto dei rapporti tra politica e amministrazione "[...] le relative norme statutarie sono da ritenersi prive di effetto"); G. SORGE, L'organizzazione cit., 1672 (per il quale "[...] resta valido il principio della disapplicazione, in base al quale risultano prive di effetto e di valenza tutte quelle norme statutarie che si pongono in contrasto con le nuove disposizioni di legge").

In generale, sull'impugnabilità delle norme statutarie e regolamentari, P. VIRGA, Diritto Amministrativo - Amministrazione Locale, Milano, 1998, 24.

Sulle limitazioni alla potestà statutaria e regolamentare poste dalla legge portante l'ordinamento delle autonomie locali, in giurisprudenza, tra le altre, T.A.R. Toscana, 4 maggio 1991, n. 132, in Trib. Amm. Reg., 1991, I, 244 e ss.; T.A.R. Lazio-Latina, 22 settembre 1992, n. 784, in Foro amm., 1993, 1895 e ss.; T.A.R. Piemonte, 19 novembre 1992, n. 364, in Trib. Amm. Reg., 1993, I, 62 e ss.

(17) F. STADERINI, Diritto (ottava ed.) cit., 325 e 369.

(18) Sulla interdipendenza tra autonomia gestionale e responsabilità T. MIELE, L'ordinamento cit., 906 e ss.

(19) Sottolineano, ad esempio, l'uniformità di indirizzo dei provvedimenti normativi susseguitisi nel decennio che pure hanno introdotto, di volta in volta, importanti innovazioni, V. GHERGHI, Prime riflessioni sul D.Lvo 31 marzo 1998, n. 80, in Nuova Rass. 1998, spec. 1036 e ss.; F. PASQUALUCCI, Responsabilità, cit., 645.

(20) Sui rapporti tra le normative di cui nel testo, si veda anche F. STADERINI, Diritto (ottava ed.), cit., 376 e ss.

(21) Per le nozioni istituzionali sia qui sufficiente rinviare a M. GALLO, voce "Contratto di diritto privato degli enti pubblici", in Novissimo Dig. it., vol. IV, Torino, 1959, 633 e ss.; M. S. GIANNINI, Diritto amministrativo, Milano, 1970, 356 e ss.; P. VIRGA, I principi cit., 305 e ss.; G.U. RESCIGNO, Corso di diritto pubblico, Bologna 1998/99, 574 e ss.

La dottrina suole distinguere i contratti della pubblica amministrazione "[...] in tre grandi categorie: contratti di diritto comune, di diritto privato speciale e di diritto pubblico o ad oggetto pubblico", chiarendo tuttavia che "i contratti della P.A. sono tutti assoggettati, anche se in misura diversa, ad una disciplina ulteriore rispetto a quella comune, che tiene conto della peculiare posizione del soggetto pubblico contraente, sia in relazione alla sua organizzazione interna che all'esigenza di particolare tutela dei fini perseguiti", con l'ulteriore precisazione che "nelle due fasi che precedono e seguono la conclusione del contratto la disciplina pubblicistica e quella privatistica sono, rispettivamente, prevalenti ma non esclusive" (F.

STADERINI - S. ZAMBARDI - I. FRANCO, I contratti degli enti locali, Padova, 1996, 6 e ss.; cfr. anche S. BUSCEMA - A. BUSCEMA, I contratti della Pubblica Amministrazione, in Tratt. dir. amm., diretto da G. SANTANIELLO, Padova, 1994, 6 e ss.).

(22) Per le nozioni basilari in tema di procedimento amministrativo, si rinvia a F. TEDESCHINI, voce "Procedimento amministrativo", in Enc. Dir., vol. XXXV., Milano, 1986, 872 e ss.

(23) Per l'approfondimento dell'intera tematica dei contratti della P.A., tra gli altri, S. BUSCEMA - A. BUSCEMA, I contratti cit.; E. MELE, I contratti delle pubbliche amministrazioni, Milano, 1998, e, con specifico riguardo alla attività negoziale degli enti locali, F. STADERINI - S. ZAMBARDI - I. FRANCO, I contratti cit., Padova, 1996.

(24) In argomento cfr. anche A. M. SANDULLI, Deliberazione di negoziare e negozio di diritto privato della pubblica amministrazione, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1965, 2 e ss.

La dottrina segnala anche "[...] l'esistenza di una procedura dell'evidenza pubblica ridotta ai minimi termini, e sostanzialmente limitata alla decisione di contrarre, che viene seguita per l'attività contrattuale minore [...] posta in essere dagli uffici di economato o nell'espletamento dei servizi in economia", per la quale si discute se si rientri "nell'ambito dell'evidenza pubblica, sia pure nella forma ridotta denominata "piccola evidenza pubblica", o in quella della normale attività contrattuale di diritto comune" (F. STADERINI - V. ZAMBARDI - I. FRANCO, I contratti cit., 10; sui servizi in economia, tra gli altri, S. BUSCEMA - A. BUSCEMA, I contratti cit., 659 e ss.).

(25) F. STADERINI - S. ZAMBARDI - I. FRANCO, I contratti cit., 57 e ss.

(26) S. BUSCEMA - A. BUSCEMA, I contratti cit., 81.

(27) S. BUSCEMA - A. BUSCEMA, I contratti cit., 75 e ss.; E. MELE, I contratti cit., 50 e ss.; e, sul raccordo tra programmazione e attività negoziale negli enti locali, F. STADERINI - S. ZAMBARDI - I. FRANCO, I contratti cit. 55 e ss.

(28) Per tutti F. STADERINI - S. ZAMBARDI - I. FRANCO, I contratti cit. 60 e ss.; conf. già F. STADERINI, L'attività contrattuale degli enti locali e l'assetto delle competenze (Dopo i decreti legislativi n. 29/93 e n. 77/1995), in Nuova Rass., 1995, 1784 e ss.

(29) In ordine alle implicazioni sul piano politico dei più importanti atti di gestione, si veda F. STADERINI - S. ZAMBARDI - I. FRANCO, I contratti cit., 51.

(30) Ancora F. STADERINI - S. ZAMBARDI - I. FRANCO, I contratti, cit., 61 e s.; cfr. anche S. BUSCEMA - A. BUSCEMA, I contratti cit., 89.

(31) Sulla problematica inerente al carattere tassativo, o meno, dell'elencazione contenuta nell'art. 32, legge 142/1990, cfr. anche F. STADERINI - S. ZAMBARDI - I. FRANCO, I contratti cit. 63, ove si precisa altresì che "[...] l'organo cui spetta deliberare inizialmente è anche competente ad adottare tutte le variazioni successive all'atto approvato".

(32) F. STADERINI, Diritto (ottava ed.) cit., 379 e ss. e 386 e 398 e ss.; cfr. anche D. GIORGIO, Funzione servente dell'impegno di spesa nella dicotomia dei ruoli degli organi amministrativi, in Nuova Rass., 1998, 1304 e ss.

(33) Sulla incidenza del p.e.g. rispetto all'intera attività gestionale dell'ente, F. STADERINI, Diritto (ottava ed.) cit., 385 e ss.

(34) In argomento cfr. in T. PICCHI - G. AMODEI, Esperienze di autonomia gestionale di un Ente con popolazione inferiore a 15.000 abitanti: dalla attribuzione ai responsabili dei servizi dei capitoli di spesa al P.E.G., in Nuova Rass., 1998, 437 e ss.

(35) Cfr. F. PASQUALUCCI, Responsabilità cit., 645 e ss.

(36) Secondo V. GHERGHI, Prime riflessioni cit., 1041 e ss., "[...] se il rapporto tra l'organo politico e l'organo di gestione si fonda, comunque, su di un atto di natura sostanzialmente politica (altra cosa è la fiducia "tecnica") la suddetta distinzione delle funzioni non è più realisticamente sostenibile [...]", per cui "rimane prioritario e fondamentale che le responsabilità, sia pure contestate dagli organi politici, vengano effettivamente accertate secondo [...] criteri di imparzialità di giudizio, anche con riferimento alle stesse responsabilità gestionali [...]", sempre che "l'indipendenza dell'organo che valuta la gestione non sia for-

male o di facciata, ma effettiva", solo in tal modo potendosi "[...] evitare che la separazione dei ruoli tra politica e gestione sia solo teorica, ma anzi, e forse più comodamente, superabile con una longa manus su chi opera la gestione stessa e su chi ne è «giudice»".

L'attuale assetto induce parte della dottrina ad affermare recisamente che "[...] l'attribuzione agli organi politici di un ampio potere discrezionale [...] ovviamente limita l'autonomia dei dirigenti stessi rendendoli facilmente condizionabili" (F. PASQUALUCCI, Responsabilità cit. 648).

In dottrina (tra gli altri, ad es., A.D. FILIPPO, Le Nuove disposizioni cit., 560 e ss.) si sottolinea la necessità che, anche in ambito locale, la responsabilità dei dirigenti vada accertata da parte dei nuclei di valutazione previsti per le amministrazioni dello Stato (sui quali cfr., ad esempio, L. LEGA, Gli interventi straordinari dell'organo politico sull'attività dirigenziale, in Nuova Rass., 1996, 1146), dall'art. 20, comma 2, D.Lgs. 29/1993.

E' affermazione corrente, comunque, che vertici politici e apparato burocratico sono oggi relazionati sulla base di un rapporto non più di tipo "gerarchico" bensì di natura "direzionale" (per le cui nozioni si veda anche F. G. SCOCA, I modelli organizzativi, in AA. VV., Diritto Amministrativo, a cura di L. MAZZAROLLI – G. PERICU – A. ROMANO – F. A. ROVERSI MONACO – F. G. SCOCA, I, Bologna, 1993, spec. 604 e ss.). Sulla valutazione dell'azione amministrativa "[...] sotto il profilo del risultato complessivo e non solo con riguardo alla correttezza formale dei singoli atti [...]", cfr., tra gli altri, T. MIELE, L'ordinamento cit., 906 e ss.; la dottrina sottolinea in proposito "[...] l'evoluzione intervenuta negli ultimi anni, tendente ad inquadrare l'attività amministrativa e quindi i controlli e le responsabilità gestionali più sotto il profilo delle tre E (Efficienza, Efficacia ed Economicità) che sotto quello delle legalità" (F. PASQUALUCCI, Responsabilità cit., 645, in argomento cfr. anche A. CAROSI, I parametri di riferimento del controllo sulla gestione, in Enti Pubblici, 1998, 579 e ss.).

I rischi connessi con la conformazione dell'azione amministrativa ad una logica meramente aziendalistica ed economicistica non possono tuttavia non destare preoccupazione negli osservatori più attenti, i quali sottolineano l'importanza di assicurare in ogni caso il rispetto dell'inalienabile valore della legalità che, invece, in questo nuovo clima culturale e normativo, tende ad essere emarginato, in quanto talvolta impropriamente confuso e identificato con lo sterile formalismo, anziché riguardato come strumento di garanzia dei singoli, presupposto di una pacifica ed ordinata convivenza e, in ultima analisi, esso stesso strumento di efficienza (cfr. D. DI GIOIA, Legge Bassanini cit., 1665 e ss.).

(37) Opinione pressoché unanime: M. S. GIANNINI, Diritto Amministrativo cit., 682 (per l'affermazione che "[...] la deliberazione di contrarre non è un negozio preliminare, né una proposta di contratto, [...]: non è un negozio o proposta perché non produce effetti giuridici verso l'esterno [...]"); S. BUSCEMA - A. BUSCEMA, I contratti cit., 83 e ss.; E. MELE, I contratti cit., 53 e ss. (il quale pone in evidenza che "[...] i privati interessati alla contrattazione, quand'anche abbiano avuto conoscenza dell'esistenza della deliberazione medesima, non potranno avanzare pretese di alcun genere e non potranno ritenersi lesi da un eventuale mancato proseguimento del relativo procedimento"); F. STADERINI - S. ZAMBARDI - I. FRANCO, I contratti cit. 57 e s.; in giurisprudenza, tra le altre, Cass. 20 dicembre 1973, n. 3445, in Cons. Stato, 1974, II, 165 e ss., e in Giur. it., 1974, I, 730 e ss., per la quale, in via di principio - e salvo il caso in cui l'amministrazione intrattenga una serie di contatti tendenti alla stipulazione di un contratto con un determinato soggetto (cfr. Cass. sez. unite, 21 ottobre 1974, n. 2972, in Giust. Civ. 1975, I, 16 e ss.; Cass. sez. unite, 17 novembre 1978, n. 5328; Cass. sez. unite 11 dicembre 1978, n. 5831, entrambe in Cons. Stato, 1979, II, risp. 222 e ss. e 246 e ss., e in Giust. civ., 1979, I, 32 e ss. e 450 e ss.) - la posizione del privato "fino a quando si è nell'ambito della deliberazione di contrarre [...] è una posizione di mero fatto, assolutamente non tutelabile giuridicamente [...]", e recentemente Cass. 9 gennaio 1998, n. 130, in Enti Pubblici, 1999, 222 e ss., ove si precisa che "solo nell'ipotesi in cui la delibera del competente organo dell'ente, in sé avente la funzione di formare ma non di portare all'esterno la volontà dell'ente medesimo in guisa da impegnarlo nei confronti di qualsiasi terzo, sia stata effettivamente comunicata al privato, e la comunicazione sia avvenuta ad opera dell'organo rappresentativo dell'ente, l'atto negoziale può dirsi perfezionato".

(38) Per la tematica di diritto societario di cui nel testo, sia sufficiente, in questa sede, rinviare, per una sintesi delle posizioni assunte al riguardo dalla dottrina, a V. CALANDRA BUONAURA, Poteri di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori, in Tratt. soc. per az., diretto da G.E. Colombo e G. B. Portale, Vol. 4, Torino, 1991, 107 e ss.

Secondo E. MELE, I contratti cit., "[...] la deliberazione di contrarre è paragonabile alla maturazione del convincimento di un soggetto fisico di arrivare alla contrattazione" e, pertanto, la stessa rappresenta "[...] un fatto di maturazione di volontà contrattuale, che esaurisce i suoi effetti entro l'ambito della struttura procedimentale dell'ente, alla stessa stregua del convincimento maturato da un soggetto fisico che ha effetto soltanto entro la sua sfera psichica [...]"; per la qualifica della deliberazione a contrarre come atto di gestione, si veda anche F. STADERINI - S. ZAMBARDI - I. FRANCO, I contratti cit., 51 e 109, ove si sottolinea che agli organi elettivi rimane ancora attribuito "[...] il potere decisionale in relazione all'inizio e alla conclusione della procedura contrattuale".

(39) Si consideri, ad esempio, che in tema di responsabilità amministrativa, l'art. 3, comma 1-ter, legge 20 dicembre 1996, n. 639, proprio "[...] in applicazione del principio della separazione tra sfera politica e sfera gestionale", sancisce che "per gli atti che rientrano nella competenza propria degli uffici tecnici ed amministrativi, la responsabilità non si estende agli organi di governo, che in buona fede li abbiano approvati ovvero ne abbiano autorizzato o consentito l'esecuzione" (P. VIRGA, Amministrazione cit., 203, cui si rinvia anche per i primi ragguagli sui regimi di responsabilità dei pubblici amministratori); cfr., per un accenno critico, F. PASQUALUCCI, Responsabilità cit., 648.

(40) Cfr., ad esempio, F. STADERINI, Diritto (ottava ed.), cit., 309 e s. e 399 e ss., e, in senso decisamente critico, D. GIORGIO, Funzione servente cit. 1304 e s.

(41) Per tutti, F. STADERINI, Diritto (ottava ed.) cit., 380 e ss.

(42) Per un approfondimento del tema di teoria generale di cui nel testo, con specifico riguardo alla legge 142/90 e alle diverse correnti di pensiero sulla portata da riconoscere al suo carattere rinforzato, D. BEZZI, La disapplicazione dell'art. 1, comma 3, della legge 8 giugno 1990, n. 142 a tre anni dall'entrata in vigore, in Nuova Rass. 1993, 451 e ss., al quale si rinvia altresì per qualche "esempio significativo" nel quale il legislatore ha mostrato di non preoccuparsi della specifica forma di resistenza passiva della normativa al vaglio, alla quale l'autore riconosce invece copertura costituzionale e, per tale via, natura atipica nella gerarchia delle fonti.

(43) Cfr. V. GHERGHI, Prime riflessioni cit., spec. 1036 e ss., il quale, rilevando che l'art. 27 bis D.Lgs. 29/93, introdotto dall'art. 17, D.Lgs. 80/98, "[...] non fa esplicito riferimento agli enti locali", afferma che tale mancato riferimento ha "[...] una ragione d'essere in quanto per gli enti locali vige un ordinamento del tutto peculiare, fissato dalla legge 8 giugno 1990, n. 142, e successive modificazioni e integrazioni", per cui "l'adeguamento dovrà, [...] avvenire con riferimento a quelle disposizioni che non trovino diversa disciplina nella legge fondamentale in materia di ordinamento delle autonomie locali, salva restando la possibilità di applicazione analogica (nei limiti in cui la medesima è consentita) di alcune disposizioni del D.Lgs. n. 29 del 1993".

Sulla specificità dell'ordinamento degli enti locali, quale limite per l'applicazione del D.Lgs. 80/98, si veda, tra gli altri, anche F. STADERINI, Diritto (ottava ed.) cit., 381 e s.; cfr., tuttavia, F. GUARNIERI - A. RO-SCI, Funzioni cit., 1123 e s.

In giurisprudenza, sebbene anteriormente all'intervento della legge 127/97, cfr. T.A.R. Toscana, 12 gennaio 1995, n. 17, in Foro Amm., 1995, 1329 e ss.; T.A.R. Lazio, 16 ottobre 1995, n. 1555, in Trib. Amm. Reg., 1995, I, 4465 e ss.

(44) Cfr., nella dottrina commercialistica, tra gli altri, V. CALANDRA BUONAURA, Potere cit., 107.

(45) In generale, sui criteri alla cui stregua poter distinguere il livello decisionale politico e quello amministrativo, P. GIANGASPERO, La struttura di vertice della pubblica amministrazione, Milano, 1998.

Nello svolgimento della politica locale sembra, invero, che la definizione degli obiettivi proceda, non di rado, parallelamente con la previsione degli atti (di maggiore importanza) da compiersi, cosicché non è sufficiente, con riguardo agli enti locali, che il legislatore sancisca la separazione tra politica e gestione,

ma occorre altresì che stabilisca i limiti di specificazione entro cui la definizione degli obiettivi possa/debba contemplare la successiva attività negoziale (in tale prospettiva cfr. anche il d.d.l. governativo n. 1388 – Atti del Senato, su cui *infra*, nel testo).

(46) Cfr. ancora F. STADERINI, *Diritto* (ottava ed.), cit. 379 e ss. e 398 e ss., secondo il quale la legge 81/93, riconoscendo al sindaco "[...] il potere di nominare i titolari degli uffici e servizi e di conferire incarichi dirigenziali e di collaborazione esterna [...]", varrebbe a "[...] negare la illegittimità nelle amministrazioni locali della [...] assoluta separazione di ruoli tra politici e dirigenza secondo il rigoroso modulo organizzativo introdotto [...]" con la legge sul rapporto di pubblico impiego; e ciò come conseguenza della specificità degli enti locali, il cui ordinamento merita un'autonoma considerazione, in quanto "[...] diretta attuazione di principi costituzionali, tanto più che lo stesso D.P.R. n. 29 (art. 1.1) si fa carico dell'esigenza di rispettare le autonomie locali e che il legislatore ha dimostrato, come si è appena visto, con la legge 81, di voler conservare il ruolo gestionale degli organi di governo" (381 e s. e *ivi*, nota 12).

(47) Sulle "esigenze che reclamano una separazione dell'amministrazione, nel momento della gestione operativa, dalla politica", si rinvia per una autorevole lettura della problematica nell'ambito della più ampia "questione amministrativa", a V. CAIANIELLO, *I compiti della dirigenza amministrativa nel quadro costituzionale*, in *Giur. it.*, IV, 365 e ss., ove sono altresì evidenziate le ragioni del mancato decollo della disciplina della dirigenza, che vengono individuate nei fenomeni convergenti della "ritrosia dei dirigenti, connaturata alla tradizionale "cultura" del pubblico impiegato restio a conquistarsi gli spazi che gli sono riservati dalla legge, date le responsabilità che questa assunzione comporta" e nella "resistenza dei vertici politici [...] a rinunciare al potere che avevano sempre esercitato e che hanno finito per conservare di fatto" (370).

(48) "I pareri si inquadrano negli atti amministrativi di natura consultiva e si materiano propriamente in una manifestazione di scienza [...]" (E. MELE, *I contratti cit.*, 73).

Secondo la dottrina, inoltre, il parere riguarda "[...] anche deliberazioni non attinenti ad affari di natura tecnica in senso stretto [...]", caso in cui "[...] il responsabile del servizio interessato (non, quindi, solo del servizio tecnico) esprimerà una valutazione dettata dalla sua specifica competenza, sull'idoneità dell'atto a conseguire l'obiettivo cui è preordinato, valutazione, pertanto implicante sia considerazioni di legittimità che apprezzamenti di opportunità e di merito amministrativo" (F. STADERINI - S. ZAMBERLINI - I. FRANCO, *I contratti cit.*, 40; *contra*, in giurisprudenza, T.A.R. Lazio 21 settembre 1991, 1401, in *Trib. Amm. Reg.*, 1991, 3404 e ss.; T.A.R. Lazio 9 giugno 1994, n. 928, in *Trib. Amm. Reg.*, 1994, 2354 e ss.).

(49) F. STADERINI - S. ZAMBERLINI - I. FRANCO, *I contratti cit.*, 39 e s., secondo cui è "[...] da ritenere che l'espressione responsabile di servizio o di ragioneria ricomprenda i dirigenti, che sarebbe assurdo venissero esclusi, ma non si riferisca solo ad essi perché diversa sarebbe stata in questo caso l'espressione usata. L'individuazione in concreto dei responsabili di servizio sarà fatta nella sede statutaria e regolamentare; nei Comuni più piccoli, in cui il ridotto numero dei dipendenti renderà impossibile procedere ad un'organizzazione dell'apparato burocratico in servizi, la stessa legge prevede che supplisca il segretario sia pure nei limiti delle sue competenze".

(50) Ancora F. STADERINI - S. ZAMBARDI - I. FRANCO, *I contratti cit.*, ove si sottolinea che "il parere di regolarità contabile [...] riguarda gli aspetti economico-finanziari, oltre che meramente contabili, dell'atto ed ha un contenuto più ampio della mera attestazione di copertura finanziaria della spesa, che ai sensi del successivo art. 55.5 deve essere resa dal "responsabile del servizio finanziario" [...]", precisandosi, per altro, che le due qualifiche, di "responsabile di ragioneria" e "responsabile del servizio finanziario" possono anche essere attribuite allo stesso funzionario.

L'art. 17, comma 85, legge 127/97, ha soppresso invece la obbligatorietà del parere di legittimità del segretario comunale (cfr. *retro*, nota 36).

(51) Sull'attuale sistema dei controlli di legittimità, articolato in controlli "necessari", "eventuali" e "facoltativi" P. VIRGA, *Amministrazione cit.*, 225 e ss.; F. STADERINI, *Diritto* (ottava ed.) *cit.*, 429 e ss.; in ar-

gomento è intervenuto di recente anche il Ministero dell'Interno - Direzione generale dell'Amministrazione civile, con circolare 10 marzo 1998, n. 3 - UARAL (prot. 15900/1bis, legge 142/90).

La dottrina appare divisa in ordine alla permanenza in vigore del controllo antimafia da parte del Prefetto; per le diverse posizioni, F. STADERINI, Diritto, (ottava ed.), cit. 440 e ss., e P. VIRGA, Amministrazione, cit., 226 e ss.

(52) Per il riparto delle competenze con riguardo alla fase di esecuzione del contratto, tenendo conto del ruolo preponderante svolto a tutt'oggi dagli organi politici nell'attività contrattuale, tra gli altri, F. STADERINI - S. ZAMBARDI - I. FRANCO, I contratti, cit., 108 e ss.

(53) In tal senso F. STADERINI - S. ZAMBARDI - I. FRANCO, I contratti cit. 62 e s., cui si rinvia anche per l'opinione secondo la quale "[...] l'approvazione del P.E.G. da parte della stessa Giunta, che dà atto esplicitamente dei contratti da concludere, precisando tutti gli elementi richiesti dall'art. 56 della 142, rende superflua l'adozione di successive deliberazioni a contrarre che comunque rientrerebbero nella competenza di detto organo di governo" (64).

(54) Cfr. F. STADERINI - S. ZAMBARDI - I. FRANCO, I contratti cit., 59, ove si prevede che in sede di deliberazione a contrarre "venga predeterminato uno schema di contratto".

Il contenuto del contratto può essere determinato anche mediante rinvio alle regolamentazioni del capitolato generale o del capitolato speciale adottato con riferimento allo specifico contratto in questione; sulla natura dei capitolati generali, in ordine ai quali si discute se possano o meno qualificarsi come fonti normative, si rinvia, con riguardo alla contrattazione pubblica in generale, a S. BUSCEMA - A. BUSCEMA, I contratti cit., 1052 e ss.; E. MELE, I contratti cit. 65 e ss.; e, in relazione ai contratti degli enti locali, F. STADERINI - S. ZAMBARDI - I. FRANCO, I contratti cit., 27 e ss.

(55) E. MELE, I contratti cit. 52 e ss.

(56) Cfr. E. MELE, I contratti cit., 61 e ss.

(57) Cfr. **infra** nel testo, ultimo paragrafo.

(58) Sui concetti di "progetto" e "schema" di contratto, cfr. S. BUSCEMA - A. BUSCEMA, I contratti cit., 59 e ss.

(59) Così lascia intendere E. MELE, I contratti cit., 61 e ss.

(60) Ancora E. MELE, I contratti cit. 61; cfr. anche F. STADERINI, S. ZAMBARDI, I. FRANCO, I contratti cit., 59.

(61) Cfr. già Cons. Stato, 12 giugno 1951, n. 928.

(62) Cfr. E. MELE, I contratti cit. 62.

(63) Cfr. S. BUSCEMA - A. BUSCEMA, I contratti cit. 389 s.

Sulla applicabilità ai contratti degli enti locali della legge di contabilità generale dello Stato, approvata con R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, e del relativo regolamento di attuazione, di cui al R.D. 23 maggio 1924, n. 827, cfr. F. STADERINI, S. ZAMBARDI, I. FRANCO, I contratti cit., 27.

Si tenga presente inoltre, quanto al contenuto del bando di gara, la normativa speciale in tema di appalti pubblici.

(64) Cfr. F. STADERINI, S. ZAMBARDI, I. FRANCO, I contratti cit. 78; cfr. anche *infra* nel testo.

(65) Sono salvi i casi in cui il contraente privato debba essere individuato alla stregua di specifici criteri dettati dalla legge: si pensi, ad esempio, all'assegnazione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica (art. 1, comma 6, legge 24 dicembre 1993, n. 560).

Per le nozioni di base sui sistemi di contrattazione si vedano, tra gli altri, nella manualistica, G.U. RESCIGNO, Corso cit., 574 e ss.; e P. VIRGA, I principi cit., 305 e ss.; per gli studi specifici in argomento, M. GALLO, voce Contratto cit., 636 e ss.; S. BUSCEMA - A. BUSCEMA, I contratti cit., spec. 373 e ss.; E. MELE, I contratti cit., spec. 81 e ss., nonché, con riferimento alla contrattazione degli enti locali, F. STADERINI - S. ZAMBARDI - I. FRANCO, I contratti cit. 67 e ss.

(66) L'art. 6 della legge sulla contabilità generale dello Stato legittima il ricorso alla trattativa privata soltanto in relazione a "speciali ed eccezionali circostanze" e l'elencazione degli specifici casi in cui può adottarsi tale sistema, contenuta nell'art. 4 del Regolamento, termina anch'essa con la medesima previsione,

la quale, stante la sua genericità, viene interpretata tuttavia con notevole ampiezza (cfr. F. STADERINI - S. ZAMBARDI - I. FRANCO, I contratti cit., 70 e ss.); sul carattere tassativo o esemplificativo del citato art. 4, si veda anche M.R. MULAS, La responsabilità precontrattuale nei contratti ad evidenza pubblica, in Nuova Rass., 1998, 1901 e s.

(67) Cfr. E. MELE, I contratti cit., 178 e ss., al quale si rimanda anche per l'analisi dell'evoluzione legislativa al riguardo, sulla cui interpretazione, per una diversa lettura, cfr. anche M.R. MULAS, La responsabilità cit., 1904.

(68) M. R. MULAS, La responsabilità cit., 1904.

(69) Cfr. Cons. Stato, 15 novembre 1978, n. 1227, in Cons. Stato., 1979, I, 1844 e ss.; Cons. St., 27 luglio 1979, n. 716, in Cons. Stato, 1981, 361 e ss.; più restrittivo l'atteggiamento assunto in proposito dalla Corte dei Conti: cfr., infatti, Corte dei Conti, sez. contr. St., 2 marzo 1993, n. 26, in Riv. Corte Conti, 1993, 2, I, 1 e ss.; Corte dei conti, sez. contr. St., 5 giugno 1986, n. 1663; Corte dei conti, sez. contr. St., 23 novembre 1984, n. 1500.

Correlativamente la giurisprudenza appare orientata nel sancire la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione qualora, essendosi avvalsa del sistema della trattativa privata, abbia violato le norme di cui agli artt. 1337 e 1338, cod. civ., disattendendo ragionevoli affidamenti da essa indotti nei privati (per tutte, Cass. sez. unite 23 settembre 1994, n. 7842; cfr. Cass. sez. unite, 26 maggio 1997, n. 4673, in Giur. it., 1998, 569 e ss.).

Sul tema della *culpa in contrahendo* della pubblica amministrazione si veda, di recente, per una sintesi degli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza, M. R. MULAS, La responsabilità cit., 1898 e ss.

(70) In dottrina si dà atto che "allo scopo di dissipare possibili sospetti di collusione tra funzionari e contraenti privati cui tale sistema contrattuale può dar adito, le singole Amministrazioni si sono autovincolate a seguire regole procedurali variamente denominate (gare di consultazione, gare esplorative, gare ufficiose, gare private, gare informali), con l'intendimento di ricondurre l'azione amministrativa nell'alveo dei principi di imparzialità e di trasparenza, che sovrintendono il procedimento amministrativo (legge 7 agosto 1990, n. 241)" (M. R. MULAS, La responsabilità cit., 1903).

(71) Cons. Stato, 3 febbraio 1996, n. 134.

(72) Cfr. F. STADERINI - S. ZAMBARDI - I. FRANCO, I contratti cit., 72 e s.

(73) M. R. MULAS, La responsabilità cit., 1903.

(74) F. STADERINI - S. ZAMBARDI - I. FRANCO, I contratti cit., 63.

(75) Per la categoria dei contratti di "ordinaria amministrazione", che " sarà compito del regolamento precisare quali siano [...]", dovendo tendenzialmente considerarsi tali "[...] quelli concernenti le somministrazioni, acquisti e servizi necessari al normale funzionamento e svolgimento dei compiti istituzionali, nonché le manutenzioni ordinarie e straordinarie e le nuove opere di importo non superiore a certi limiti di valore, variabili a seconda delle dimensioni dell'ente locale", si veda F. STADERINI - S. ZAMBARDI - I. FRANCO, I contratti cit., 62, ove viene anche esaminata la possibilità che in via regolamentare l'ente introduca, per il ricorso alla trattativa privata, limitazioni ulteriori rispetto a quelle legali ovvero deroghe agevolative (di dubbia legittimità) (74 e s.).

(76) Sulla aggiudicazione quale "atto amministrativo che chiude la serie procedimentale relativa alla scelta del contraente privato e può quindi considerarsi la manifestazione della volontà dell'amministrazione pubblica di contrarre con un certo soggetto" e, in generale, per la ricostruzione dell'istituto, si rinvia a E. MELE, I contratti cit., 215 e ss.

(77) Nella trattativa privata bisogna distinguere l'ipotesi nella quale sia stata esperita una gara informale, cui può seguire l'atto di aggiudicazione formale, e l'ipotesi in cui la scelta del contraente sia avvenuta liberamente, nel qual caso, poiché "[...] non può dubitarsi [...] che una valutazione comparativa sia stata comunque fatta", si afferma che "[...] l'aggiudicazione si sia manifestata rebus et factis, nella stessa decisione di stipulazione [...]", cosicché equivale ad "[...] un'aggiudicazione informale, che si manifesta documentalmente in atti privi di tipicità (un appunto, un "va bene" su un pro memoria, ecc.) ovvero nell'at-

to di stipulazione quale presupposto di diritto amministrativo dello stesso" (E. MELE, I contratti cit., 218 e s.; conf. F. STADERINI - S. ZAMBARDI - I. FRANCO, I contratti cit., 81).

(78) F. STADERINI, L'attività cit., 178 e s.; F. STADERINI - S. ZAMBARDI - I. FRANCO, I contratti cit., 81 e ss.; e, quanto all'approvazione dei contratti delle amministrazioni dello Stato, S. BUSCEMA - A. BUSCEMA, I contratti cit., 495 e ss.

(79) Così, ad esempio, F. STADERINI, L'attività cit., 1788 e s.; F. STADERINI - S. ZAMBARDI - I. FRANCO, I contratti cit., 82 e ss.

(80) Cfr., per un'apertura in tal senso, gli stessi Autori citati nella nota che precede.

(81) Cons. Stato, 26 gennaio 1999, n. 64, in Cons. Stato, 1999, I, 72 e ss.; per i contratti dello Stato cfr., tuttavia, Corte dei Conti, sez. contr. St. 30 settembre 1994, n. 81, in Riv. Corte Conti, 1994, I, 25 e ss.; Corte dei Conti, sez. contr. St. 29 settembre 1994, n. 79, in Riv. Corte Conti, 1994, I, 23 e ss.

Nel nuovo assetto organizzativo degli enti locali il potere di controllo riservato agli organi politici sembra debba essere esercitato con riferimento all'attività di gestione nel suo complesso e non i singoli atti isolatamente presi.

E' appena il caso di segnalare che i contratti degli enti locali non sono più sottoposti all'approvazione prefettizia, prevista dal T.U. approvato con regio decreto 3 marzo 1934, n. 383 (per la quale può consultarsi M. GALLO, voce Contratto cit., 640), abrogato espressamente dall'art. 64, legge 142/90.

(82) In dottrina, per tutti, S. BUSCEMA - A. BUSCEMA, I contratti cit., 189 e ss.; E. MELE, I contratti cit., 244 e ss.; S. STADERINI - S. ZAMBARDI - I. FRANCO, I contratti cit., 95 e ss.; in giurisprudenza, tra le altre Cass. 5 novembre 1993 n. 8158; Cass. sez. unite, 30 marzo 1994, n. 3132, in Foro it., 1994, I, 1733 e ss., e in Giust. civ., 1994, I, 2881 e ss.; Cass. 26 giugno 1990, n. 6484, in Cons. Stato, 1990, II, 1657 e ss.

(83) Oggi l'art. 17, comma 68, legge 127/97, dispone tra l'altro che "il segretario comunale e provinciale [...] può rogare tutti i contratti nei quali l'ente è parte ed autenticare scritture private ed atti unilaterali nell'interesse dell'ente"; per un primo commento della norma, G. CASU, in Notariato, 1997, 361.

(84) Autori citati nella nota n. 82.

Secondo la dottrina, dal combinato disposto dell'art. 16 della legge cont. gen. dello Stato e dell'art. 82 del regolamento, si evince che il verbale di aggiudicazione "se confezionato in un certo modo" assume valore di contratto (E. MELE, I contratti cit., 243), evidenziandosi al riguardo che la successiva stipulazione (solo in alcuni casi obbligatoria: cfr. F. STADERINI - S. ZAMBARDI - I. FRANCO, I contratti cit. 95 e s.) equivale ad "[...] una mera riproduzione con funzione ricognitiva o certificativa, del negozio giuridico già perfezionato che si esterna in una reiterazione della già espressa dichiarazione di volontà emessa dai medesimi soggetti (rimangono infatti identici i soggetti, il contenuto e la natura delle dichiarazioni precedente)". (S. BUSCEMA - A. BUSCEMA, I contratti cit., 485).

(85) Sull'adattamento che le regole di diritto privato comune subiscono nel disciplinare la contrattazione della pubblica amministrazione e l'esecuzione dei relativi contratti, tra gli altri, nella dottrina amministrativa, S. BUSCEMA - A. BUSCEMA, I contratti, cit., 557 e ss.; E. MELE, I contratti, cit., 251 e ss.; P. VIRGA, I principi cit., 306 e ss.

In questa sede non si intende ovviamente approfondire l'intera disciplina dell'attività negoziale degli enti locali. Vale appena segnalare che una particolare considerazione merita il contratto di appalto per l'esecuzione di opere pubbliche, sul quale la legge è intervenuta a più riprese con specifica e articolata disciplina (legge 11 febbraio 1994 n. 109, c.d. legge Merloni, modificata con legge 2 giugno 1995, n. 216, c.d. legge Merloni *bis*, e da ultimo con legge 8 novembre 1998, n. 415, c.d. legge Merloni *ter*) che, anche in attuazione di direttive comunitarie, diverge in maniera significativa da quella di diritto privato comune.

Per una prima consultazione in argomento, P. VIRGA, I principi, cit., 313 ss., cui anche si rinvia per l'informazione sulle regole di base che disciplinano il contratto di appalto di pubblici servizi e il contratto di pubblica fornitura (per il quale ultimo è intervenuto ora il D.Lgs. 20 ottobre 1998, n. 402, recante il relativo testo unico).

Per un excursus sulla disciplina dei contratti privi di rilevanza comunitaria, inclusi i contratti immobiliari, e sulle c.d. procedure alternative all'attività contrattuale, si rimanda a F. STADERINI, S. ZAMBARDI, I. FRANCO, *I contratti cit.*, 413 e ss., ove anche i necessari riferimenti di dottrina e giurisprudenza.

Si ricorda infine che anche per i contratti degli enti locali è in vigore la normativa antimafia per la quale, da ultimo, il D.P.R. 3 giugno 1998, n. 252.

(86) S. BUSCEMA - A. BUSCEMA, *I contratti cit.*, 94 e ss. e spec. 97; in giurisprudenza cfr. Cass. 5 marzo 1993, n. 2681, in *Foro it.*, 1993, I, 2082 e ss.

(87) Dà atto dell'orientamento di cui ora nel testo anche G. CASU, *La rappresentanza negli enti locali (relazione al Convegno svoltosi a Padova l'8 maggio 1999, inedita finora)*.

(88) Vale ricordare che, mentre "al giudice amministrativo si chiede l'annullamento dell'atto illegittimo", diversamente "il giudice ordinario, allorché tutela diritti soggettivi nei confronti della p.a., non può annullare l'atto amministrativo illegittimo, ma come si dice tecnicamente, lo disapplica [...]" (G. U. RESCIGNO, *Corso, cit.*, 546).

(89) Con riguardo al quale può essere utile approfondire il regime della invalidità degli atti amministrativi in generale, sul quale, in sede di primo approccio può rinviarsi a P. VIRGA, *Diritto amministrativo - Atti e ricorsi*, Milano, 1998.

Quanto alla diversa questione della capacità negoziale degli enti pubblici, cfr., con specifico riguardo agli enti locali, F. STADERINI, S. ZAMBARDI, I. FRANCO, *I contratti, cit.* 10 e ss.

(90) Cass. 28 marzo 1996, n. 2842, in *Foro it.*, 1996, 2054 e ss.; conf. Cass. 8 maggio 1996, n. 4269, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, 518 e ss.; Cass. 21 febbraio 1995, n. 1885; Cass. 7 aprile 1989, n. 1682, in *Cons. Stato*, 1988, II, 1224 e ss.

(91) Per le nozioni generali, E. MAGGIORA, *I Dirigenti, cit.* 72 e ss.; cfr. anche D. GIORGIO, *Funzione cit.*, 1304 e ss.; F. STADERINI, *Diritto (ottava ed.) cit.*, 399 e s.

(92) In argomento, cfr. F. STADERINI - S. ZAMBARDI - I. FRANCO, *I contratti cit.*, 89 e ss.

In ogni caso "l'assunzione di impegni di spesa deve essere conforme, non solo alle previsioni del bilancio, ma anche alle direttive programmatiche del peg" (P. VIRGA, *Amministrazione cit.*, 190).

(93) In generale, sulle determinazioni dei dirigenti, COSENTINO, *Le determinazioni dirigenziali*, in *Nuova Rass.*, 1997, 207 e ss.; P. VIRGA, *Amministrazione cit.*, 222 e s.

In argomento si veda altresì la Circolare del Ministero dell'Interno del 2 giugno 1993, n. 6, ove si richiede che "nell'attività di gestione è bene che l'atto dei dirigenti, sotto l'aspetto formale assuma in ogni caso la veste della determinazione soggetta alle ordinarie cautele che, per le deliberazioni collegiali, garantiscono la veridicità della numerazione unica per ciascun ufficio debitamente codificata e della data".

(94) E. MAGGIORA, *L'assunzione dei dirigenti a tempo determinato*, in *AA.VV.*, *Lo snellimento cit.*, 85 e ss.

Si osserva che "[...] nel momento in cui il regolamento degli uffici e dei servizi prevede [...] figure dirigenziali o di alta specializzazione, fuori pianta organica, dovrà contestualmente operare lo scorporo delle funzioni loro attribuite, da quelle dirigenziali, di cui il personale previsto nella struttura organizzativa dell'ente è titolare" (circolare Ministero dell'Interno 15 luglio 1997, n.1).

Secondo F. STADERINI, *Diritto (ottava ed.) cit.*, 373, "[...] non v'è dubbio che il segretario possa anche procedere alla stipulazione di contratti e non soltanto in assenza di dirigenti ma anche in concorso o in alternativa a questi ultimi, secondo le previsione statutarie".

Ci si deve chiedere allora – e la soluzione affermativa sembra in tal caso più agevole – se funzioni di amministrazione diretta possano essere affidate al direttore generale pur in presenza dei dirigenti.

L'attribuzione di specifici compiti gestionali al segretario o al direttore generale richiede comunque, ove ammissibile, il preventivo scorporo delle relative funzioni da quelle spettanti ai dirigenti.

(95) Sul concorrente intervento del consiglio, cui spetta di dettare i criteri cui deve ispirarsi l'organizzazione dell'ente, e la giunta, che con il regolamento degli uffici e dei servizi "disciplina in concreto le attribuzioni dei dirigenti e del restante personale, le loro prerogative e funzioni e quant'altro attiene all'esercizio dell'attività amministrativa e gestionale", si veda S. TESCAROLI, *La competenza del consiglio e della*

giunta in materia regolamentare riguardante l'ordinamento degli uffici e dei servizi, in Nuova Rass., 1998, spec. 1881 e ss.; tra gli altri, cfr. anche E. MAGGIORA, L'ordinamento degli uffici e dei servizi comunali e provinciali in AA.VV., Lo snellimento cit., 54 e ss.; G. SORGE, Aspetti di governabilità e di stabilità degli enti locali, in Nuova Rass. 1998, 1051 e ss.

(96) In dottrina si afferma dunque che "la disciplina statutaria [...] dovrà limitarsi a tracciare soltanto le linee fondamentali di questo ordinamento, rinviando la successiva disciplina di dettaglio all'ambito regolamentare" (F. STADERINI, Diritto (ottava cit.) cit. 187), ponendosi in evidenza che "la materia dell'organizzazione burocratica dell'ente territoriale mal si adatta ad essere cristallizzata nelle norme dello statuto, che dovrebbe vigere per un periodo assai lungo; di conseguenza, le norme sull'organizzazione burocratica sono di regola dettate dal regolamento organico, il quale più facilmente può essere modificato per soddisfare le esigenze che emergono nel concreto funzionamento dell'attività contrattuale" (P. VIRGA, Amministrazione cit. 20).

(97) In giurisprudenza T.A.R. Lazio, sez. Latina, 27 novembre 1992, n. 965, in Foro Amm., 1993, 10 ss.

(98) Cfr. F. STADERINI, Diritto (quarta ed.) cit.

(99) Cfr. E. MAGGIORA, Le funzioni cit., 83 e ss.; G. SORGE, L'organizzazione cit., 1676; P. VIRGA, Amministrazione art., 190 e seg.;

(100) P. VIRGA, Amministrazione cit. 191; cfr. anche A. COMPAGNONE, La difficile gestione del personale: problemi di applicazione, in Nuova Rass., 1998, 569 e s.; contra, ad esempio, E. MAGGIORA, Le funzioni cit. 84 e segg.

(101) M. POZZOLI, La distinzione tra funzione politica di indirizzo e funzione gestionale, in Nuova Rass., 1998, 1870 e s.; l'opinione di cui ora nel testo è sostenuta anche da G. CASU, La rappresentanza cit., ove la si fonda anche sulla discussione parlamentare che ha preceduto l'approvazione della modifica del comma 3 *bis* della legge 142/90 (per la quale si veda anche M. POZZOLI, Bassanini interpreta la "Bassanini *ter*", in Nuova Rass., 1999, 181 e ss.).

(102) Salva inoltre la possibilità riconosciuta all'ente di ricorrere a personale esterno sulla quale si veda anche *infra* nel testo.

(103) Conf. F. STADERINI, Diritto (ottava ed.) cit. 388; D. DI GIOIA, Leggi Bassanini e ordinamento degli enti locali, in Nuova Rass., 1998, 1657 e s.

(104) Sull'esercizio della funzione gestionale da parte del segretario, E. MAGGIORA, I dirigenti cit., 85.

(105) La dottrina individua le seguenti opzioni:

«a) recuperare lo strumento della "convenzione" con comuni limitrofi, ai sensi dell'art. 24 della legge n. 142;

b) affidarsi a rapporti a termine, ai sensi dei commi 5 e 5 *bis* dell'art. 51 della stessa legge;

c) attribuire le responsabilità ai dipendenti assunti *part time* [...];

d) attribuire le responsabilità al segretario [...]» (A. DI FILIPPO, Le nuove disposizioni cit. 562; ma si veda anche *infra* nel testo).

La legge ammette invero che possa essere previsto nello statuto e disciplinato nel regolamento il ricorso ad estranei, [...] nella forma dell'incarico a professionisti [...] per la copertura dei posti di responsabili dei servizi [...], (F. STADERINI, Diritto (ottava ed.) cit., 366).

Quanto alla stipulazione di contratti fuori dotazione organica, si afferma che "anche negli enti in cui non esiste il livello dirigenziale spetta al regolamento degli uffici e dei servizi stabilire i limiti, i criteri e le modalità con cui possono essere stipulati contratti a tempo determinato, non solo per ricoprire funzioni dirigenziali o di alta specializzazione ma anche per svolgere i compiti dei funzionari dell'area direttiva (VIII e VII qualifica)" (E. MAGGIORA, I dirigenti cit., 86).

In caso di conferimento di incarichi fuori pianta organica occorrerà provvedere anche qui allo scorporo, in sede regolamentare, delle relative funzioni da quelle proprie del titolare dell'ufficio o servizio (cfr. retro nota 93).

Al segretario può essere attribuita anche la piena responsabilità del servizio (D. DI GIOIA, Leggi Bassanini, cit., 1658), non escludendosi che "[...] là dove non esistono dirigenti da coordinare [...] il segretario

possa ottenere [...] il riconoscimento di alcune o di tutte le attribuzioni intestate dall'art. 51 ai dirigenti" (F. STADERINI, *Diritto* (ottava ed.) cit., 373).

Con riguardo all'ipotesi in cui, non essendo prevista nella struttura dell'ente la dirigenza, si affidino alcune funzioni dirigenziali al segretario - e "[...] le scelte che potranno essere effettuate al riguardo potranno essere le più varie [...]" (F. STADERINI, *Diritto* (ottava ed.) cit., 392) – il Ministero dell'Interno ha cura di precisare che "[...] qualora all'interno dell'ente siano contemplate le figure dei responsabili degli uffici e dei servizi, tenuto conto che essi sono titolare delle funzioni loro attribuite, tale assegnazione al segretario comunale non può che operare mediante il meccanismo dello scorporo dai poteri assegnati al titolare della funzione" (Circolare 15 luglio 1997, n. 1).

Si segnala – ma l'affermazione suscita non pochi dubbi (cfr. anche F. STADERINI, *Diritto* (ottava ed.) cit., 366) – che secondo il Ministero dell'Interno per "[...] attribuire la titolarità degli uffici a soggetti esterni all'ente", risulta "inidoneo lo strumento previsto sia dall'art. 51, comma 7, della stesa legge n. 142/1990 [...]; sia dall'art. 7, comma 6, del decreto legislativo n. 29/1993 [...]" (Circolare del Ministero dell'Interno 15 luglio 1997, n. 1).

(106) In presenza del direttore generale, le funzioni gestionali non possono essere attribuite al segretario (per tutti, F. STADERINI, *Diritto* (ottava ed.) cit., 391).

Sul ruolo del direttore generale, si veda anche A. DI FILIPPO, *Le nuove disposizioni cit.*, 564 e ss.

(107) E. MAGGIORA, *Il direttore generale*, in AA.VV. *Lo snellimento cit.*, 95 e ss.

(108) Del resto, "qualora l'attribuzione dei poteri dirigenziali fosse stata riservata solo a coloro che nell'organizzazione del comune rivestano la qualifica dirigenziale, l'attuazione della riforma sarebbe stata limitata solo ai comuni con popolazione superiore a 65.000 abitanti, poiché solo in questi ultimi comuni sono previste le qualifiche dirigenziali" (P. VIRGA, *Amministrazione cit.*, 190).

(109) Conf. A. BOVE, *Su talune problematiche interpretative della legge Bassanini 15 maggio 1997*, n. 127, in *Nuova Rass.* 415; F. STADERINI, *Diritto* (ottava ed.) art., 386 e 392; contra A. DI FILIPPO, *Le nuove disposizioni cit.*, 562.

(110) Cfr. retro, nota 104.

(111) Può anche verificarsi che, per ragioni di budget, il comune, pur convenzionandosi con altri comuni, tuttavia non riesca ad assicurarsi la collaborazione delle professionalità ivi esistenti nella misura sufficiente ai propri bisogni.

(112) Soltanto con riguardo alla tipologia dei comuni di cui ora nel testo, sembra dunque si possa prospettare il rischio (per il quale cfr. anche G. CASU, *La rappresentanza cit.*) che la riforma comprima intollerabilmente l'autonomia organizzativa dell'ente.

Si sottolinea invero che "[...] i problemi finanziari costituiscono una nota dolente per i piccoli centri [...]" (D. DI GIOIA, *Leggi Bassanini*, cit., 1658), cosicché la norma di cui all'art. 19 D.Lgs. 77/95, viene considerata una vera e propria "risorsa per alcuni enti minori" (A. DI FILIPPO, *Le nuove disposizioni*, cit., 563).

(113) Circolare Ministero dell'Interno 15 luglio 1997, n. 1.

(114) Circolare Ministero dell'Interno 22 giugno 1998, n. 3.

(115) Cfr., in argomento, S. BESCEMA-A. BUSCEMA, *I contratti cit.*, 487 e ss.; F. STADERINI-S. ZAMBARDI-I. FRANCO, *I contratti cit.*, 99 e ss.

(116) S. BUSCEMA - A. BUSCEMA, *I contratti cit.*, 94 e ss.

(117) Sui vizi dell'atto amministrativo si veda anche O. RANELLETTI, voce *Atti amministrativi*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. I, Torino, 1957, spec. 1491 e ss., e nella manualistica G. U. RESCIGNO, *Corso*, cit., 588 e ss.

(118) La dottrina sottolinea che "[...] tra le due parti adesso vi è una posizione di parità e il diritto che si applica in via generale alle situazioni giuridiche di tale fase non è più il diritto amministrativo ma quello privato" (E. MELE, *I contratti*, cit., 242), in quanto "[...] i contratti così detti pubblici (o, con terminologia più adeguata, ad evidenza pubblica) sono sostanzialmente normali contratti per quanto attiene al rapporto contrattuale tra P.A. e privato [...]" (G. U. RESCIGNO, *Corso*, cit., 574).

(119) Cfr. anche C. M. BIANCA, *Diritto civile*, III, Il contratto, Milano, 1984, 43 e ss.

(120) Cfr. S. BUSCEMA – A. BUSCEMA, *I contratti*, cit., 96, cui si rinvia anche per la problematica della tutela dell'affidamento dei terzi (94 e ss.).

(121) E' l'orientamento espresso, ad esempio, con Circolare 15 luglio 1997, n. 1.

(122) Cons. Stato, 26 gennaio 1999, n. 64 cit.; T.A.R. Emilia Romagna 24 luglio 1992, n. 352, in Trib. Amm. Reg., 1992, 4015 e ss.; per la legittimazione del sindaco a stipulare quando il segretario svolga le funzioni di Ufficiale rogante, in mancanza di vertici burocratici responsabili della gestione, T.A.R. Umbria 27 settembre 1993, n. 341, in Foro amm., 1994, I, 152 e ss.

L'indirizzo più rigoroso è espresso anche nel parere del Consiglio di Stato n. 2898 del 1992.

(123) Secondo S. BUSCEMA - A. BUSCEMA, *I contratti* cit., 489, "non sarebbe legittima, in ogni caso, l'attribuzione della competenza a stipulare sia al Sindaco che agli assessori"; conf. F. STADERINI - S. ZAMBARDI - I. FRANCO, *I Contratti* cit., 100 e ss.

(124) Per l'opinione secondo la quale, la nuova disciplina non esclude la legittimazione rappresentativa del sindaco, G. CASU, *Commento* cit., 357; ID. *La rappresentanza* cit.

Le considerazioni di cui nel testo dovrebbero condurre a ritenere che, oltre al dirigente/responsabile del servizio, anche il sindaco sia tuttora legittimato a firmare i certificati di destinazione urbanistica così condividendosi nella conclusione l'opinione già espressa da G. CASU, Legge Bassanini e competenza al rilascio del certificato di destinazione urbanistica, in Consiglio Nazionale del Notariato, *Studi e Materiali*, V, Milano, 1998, 643 e ss.

(125) Cfr., in vario senso in materia societaria, ad esempio, G. BIANCHI, *Gli amministratori di società di capitali*, Padova, 1998, 337 e s; V. CALANDRA BUONAURA, *Potere* cit., 107 e 129 e s.

(126) Cfr. E. MELE, *I contratti* cit. 58 e s. e 244 (ove si riconosce che l'inserimento in atto di modalità e precisazioni ulteriori è eventuale e non necessario); sul diverso grado di completezza che può assumere la delibera a contrarre si veda anche S. BUSCEMA – A. BUSCEMA, *I contratti* cit., 100 e ss.

(127) S. BUSCEMA – A. BUSCEMA, *I contratti* cit., 484 e ss.; E. MELE, *I contratti* cit., 242 e ss., che si sofferma altresì sulle conseguenze derivanti dalla difformità delle clausole contrattuali rispetto a quelle dei capitolati.

(128) La dottrina riconosce, ad esempio, che nella trattativa privata l'aggiudicazione possa manifestarsi "in atti privi di tipicità" (E. MELE, *I contratti* cit.), nei quali può ora ipotizzarsi sia consentito anche determinare il contenuto integrale del perfezionando contratto.

(129) Cfr. S. BUSCEMA – A. BUSCEMA, *I contratti* cit., 101.

(130) Per l'ipotesi in cui tra aggiudicazione e stipulazione intervengano circostanze non preventivate, cfr. ancora una volta BUSCEMA – A. BUSCEMA, *I contratti* cit., 430 e ss.

Deve rilevarsi che se la legittimazione rappresentativa del capo dell'esecutivo vale ad attribuirgli anche la funzione di controllo, in sede di stipulazione, delle sopravvenienze che possono incidere sulla convenienza del contratto (cfr. S. BUSCEMA – A. BUSCEMA, *I contratti* cit., 486 e s.) e se l'esercizio del potere rappresentativo determina l'esaurimento delle facoltà dell'organo gestorio di apportare modifiche alle proprie determinazioni (per altro cfr. retro, nota 38), tuttavia si tratta di conseguenze che si verificano ogniqualvolta la rappresentanza compete (anche) a soggetti diversi da quelli preposti alla gestione e che non sono di ostacolo alla distinzione concettuale dei due momenti.

(131) Acutamente, G. CASU, *La rappresentanza* cit., 329.

Sulla compatibilità di alcune clausole con i contratti della pubblica amministrazione, cfr. E. MELE, *I contratti* cit., 448 e ss.

La dottrina amministrativistica non sempre si sofferma in maniera adeguata sulla questione e così, rilevata la competenza dei vertici burocratici a stipulare i contratti, si limita talvolta ad indicare tra le attribuzioni del sindaco o del presidente della provincia la rappresentanza legale dell'ente (cfr., ad esempio, F. STADERINI (ottava ed.) cit.).

Sembra ammettere la legittimazione rappresentativa del capo dell'esecutivo locale, tra gli altri, P. VIRGA, *Amministrazione* cit.

Merita ulteriori approfondimenti l'opinione (per la quale F. MAGGIORE, I dirigenti, cit., 71 e s.) secondo la quale "l'aver la legge limitato l'oggetto della competenza dirigenziale ai "contratti" sembra che debbano escludersi quegli atti che non rivestano tale caratteristica, come le "convenzioni" di cui agli artt. 24 e 25 della legge 142, per le quali – considerato il carattere pubblicistico che rivestono, riguardando tali atti l'assunzione di reciproci obblighi, tra enti pubblici territoriali – è giustificabile la stipulazione da parte degli organi di governo dei rispettivi enti che si convenzionano".

(132) Né a sostegno dell'opportunità di ammettere la legittimazione negoziale del capo dell'esecutivo, può omettersi di considerare che, non di rado, il compimento del singolo contratto assume un significato anche politico, oltre che semplicemente gestionale.

*(Riproduzione riservata)*