A. Cioffi, F. Costantino, F. De Leonardis,
M.G. Della Scala, P. Lazzara, M.L. Maddalena,
A. Romano, M.C. Romano, E. Scotti

Diritto amministrativo

a cura di Alberto Romano

Giappichelli

PARTE PRIMA

AMMINISTRAZIONE E ORDINAMENTO GIURIDICO

I
IL DIRITTO AMMINISTRATIVO [1]

di *Alberto Romano* e *Alessandro Cioffi*

SOMMARIO: 1. L'amministrazione e il suo ordinamento. – 2. L'autonomia dell'amministrazione. – 3. Il ruolo e le funzioni dell'amministrazione. – *Bibliografia essenziale*.

1. *L'amministrazione e il suo ordinamento*

Il diritto amministrativo è quel ramo amplissimo del diritto pubblico che costituisce l'ordinamento della pubblica amministrazione e per questo assume il nome di diritto amministrativo. L'elemento fondamentale della definizione, dunque, è il concetto di pubblica amministrazione. Per intenderne il significato, il punto di partenza è nel considerare che l'ordinamento giuridico presuppone l'amministrazione in senso oggettivo e in senso soggettivo. Per amministrazione in senso oggettivo si intende l'amministrare, ovvero l'amministrazione intesa come azione, come attività giuridica [2]; per amministrazione in senso soggettivo si intende l'Amministrazione come soggetto giuridico [3].

Questa distinzione permette di ordinare e di spiegare le varie parti di questo Volume, che in fondo corrispondono alle varie parti del diritto positivo odierno. In particolare, l'amministrazione in senso oggettivo indica l'attività dell'amministrazione e quindi le molteplici forme del suo agire: atti e provvedimenti, procedimenti, comportamenti, contratti e servizi pubblici; donde, nel diritto positivo, specifiche norme o complessi di norme, che re-

[1] Ringrazio Alessandro Cioffi, che ha fatto la sintesi di un mio precedente scritto ugualmente introduttivo ad una trattazione generale del diritto amministrativo, però di maggiori dimensioni, rendendolo più coerente con quelle del presente Volume.

[2] V. parte Seconda – L'amministrazione in senso soggettivo.

[3] V. parte Terza – L'amministrazione in senso oggettivo.

golano l'azione amministrativa su di un piano generale, per mezzo di principi [4].

Per amministrazione in senso soggettivo, nel particolare, s'intende invece l'Amministrazione che si manifesta come soggetto del diritto, accanto agli altri soggetti giuridici, le persone fisiche e le persone giuridiche private. Emerge dunque l'Amministrazione come persona e come struttura, costituita da un complesso di enti e di organi. Per esempio, sono soggetti giuridici le Amministrazioni dello Stato, le Regioni, i Comuni, le Province e gli altri enti pubblici istituiti dall'ordinamento [5]. In questo senso, sul piano del diritto positivo, l'amministrazione si presenta come un soggetto giuridico che è sottoposto ai principi generali dell'ordinamento, al pari degli altri soggetti giuridici.

In quest'ambito, l'amministrazione è sottoposta anzitutto alla Costituzione, la prima fonte normativa del nostro ordinamento. Dal punto di vista soggettivo, si può osservare che la Costituzione non istituisce ma "riconosce" le principali amministrazioni pubbliche (art. 114 Cost.), come fossero già esistenti, nell'ambito dell'ordinamento giuridico.

Cade qui un punto essenziale per identificare il diritto amministrativo. Tutta l'amministrazione, in senso oggettivo e in senso soggettivo, deve inquadrarsi nell'ambito dell'ordinamento giuridico, nel senso che è l'ordinamento che riconosce, istituisce e limita ogni amministrazione. È, questa, un'espressione del principio di legalità. Alla stregua di questo principio, l'amministrazione appartiene interamente all'ordinamento giuridico.

Fatta questa premessa, sorge un interrogativo: che vuol dire ordinamento giuridico?

In questa *Introduzione*, come del resto in tutta l'opera, scorre un filo o meglio un'idea sottintesa: quella dell'ordinamento inteso come diritto, ma in un senso meno formalistico e molto fattuale. L'ordinamento giuridico non solo è costituito da norme giuridiche ma è, anzitutto, fatto, fatto storico. Il fatto storico rilevante viene riconosciuto e recepito dall'ordinamento giuridico, che lo regola con le sue norme giuridiche. Il fatto, dunque, viene prima delle norme e, in un certo senso, costituisce le norme stesse, che lo ricevono, regolandone la portata e i limiti. Per esempio, la Costituzione è, in un senso teorico e forse scolastico, norma giuridica ed è la norma giuridica fondamentale; tuttavia, prima della Costituzione viene l'Assemblea costituente e, prima di essa, viene un fatto storico che legittima quell'Assemblea. In questo senso, il fatto storico viene prima, è un *prius* logico. Per esempio, saltando alla realtà odierna (2022), si può pensare alla necessità: la necessità del-

[4] V. capitolo XIII.

[5] V. capitoli IV-VIII.

l'emergenza Covid ha portato ad adottare decreti-legge e provvedimenti amministrativi di emergenza (d.p.c.m.).

Risalendo da queste osservazioni a un piano generale, si può dire, nella prospettiva prescelta, che il diritto nasce dal fatto. È in questa prospettiva che il fatto storico – con il suo carico di persone, di valori e di relazioni– permea tutto l'ordinamento. La conseguenza è che andrebbe riletta in un senso meno teorico e meno scolastico una parte essenziale del diritto: quella delle fonti normative. Le fonti del diritto sono identificate dal diritto stesso, che ne prevede i tipi, l'efficacia e l'ordine di prevalenza. E, in questa luce, le fonti del diritto sono tali solo se siano considerate all'interno dell'idea di un diritto amministrativo che essenzialmente è costituito da norme giuridiche scritte, derivanti da un catalogo predeterminato di atti e di fatti, tassativi e ben ordinati. Invece, nell'idea dell'ordinamento giuridico inteso in senso fattuale è insita la teoria che gli effetti giuridici che riguardano l'amministrazione possano prodursi anche ad opera di fatti o di atti giuridici che non sono fonti del diritto. Per esempio, i provvedimenti e i contratti dell'amministrazione non sono fonti del diritto in un senso formale e teorico, ma sono fonti in un senso sostanziale e fattuale, perché determinano effetti giuridici che vincolano l'amministrazione e che sono riconosciuti come tali da parte dell'ordinamento giuridico.

Sul piano del fatto, infine, emerge l'ultimo e fondamentale punto, utile a cogliere il significato del diritto amministrativo: è il rapporto tra l'amministrazione e l'ordinamento giuridico. L'ordinamento giuridico è essenzialmente privato, nel senso che regola i fenomeni e le attività dei soggetti privati nelle sue linee portanti, costruendo i rapporti su di una base di eguaglianza, con norme primarie, che riconoscono e proteggono i diritti soggettivi degli individui sul piano legislativo e, talvolta, sul piano costituzionale, i diritti fondamentali. Quest'ultimo carattere è quanto di più delicato e inconfondibile vi possa essere, perché i diritti fondamentali sono propri solo delle persone fisiche e sono protetti in un modo diverso rispetto ai diritti che pure sono garantiti alle persone giuridiche private. Su questo piano, dunque, l'ordinamento si manifesta come ordinamento "generale", ovvero come ordinamento che regola le situazioni giuridiche di tutti i soggetti privati, siano essi persone fisiche o persone giuridiche. Quando invece l'ordinamento si occupa dell'amministrazione, lo fa in un senso particolare, considerando l'amministrazione come soggetto giuridico dotato di autonomia. In questa prospettiva, l'amministrazione si presenta come soggetto che ha la disponibilità di interessi e di poteri giuridici, regolati da un apposito e particolare ordinamento[6]. Dunque, in questo senso, l'amministrazione si presenta anche come isti-

[6] V. capitolo II.

tuzione. E, in quest'ultimo senso, il diritto amministrativo è il diritto dell'autonomia della pubblica amministrazione. Infine, è in questo punto che diventa visibile l'idea istituzionale del diritto amministrativo, e, in fondo, di tutto il diritto, considerando che ad ogni istituzione corrisponde un ordinamento giuridico, e viceversa.

2. *L'autonomia dell'amministrazione*

In questa prospettiva, l'ordinamento generale, dunque, istituisce e riconosce le amministrazioni come soggetti di diritto e, in questo modo, determina le loro capacità, tanto quella privatistica che quella pubblicistica. In particolare, l'ordinamento attribuisce alle amministrazioni i poteri che fanno parte della capacità giuridica, ad un livello normativo che di solito è quello legislativo e che mai può essergli inferiore. In virtù della capacità e dei poteri attribuiti, le amministrazioni risultano essere soggetti di autonomia: nel senso che possono dare assetto alle situazioni giuridiche e ai rapporti che sono oggetto dei loro poteri. Possono far questo con i provvedimenti amministrativi, atti giuridici unilaterali, e, anche, con accordi parimenti regolati dal diritto pubblico; infine, possono operare esplicando la loro capacità di diritto comune, con accordi e atti di diritto privato [7].

In ambedue le ipotesi, e con particolare evidenza nella prima, l'autonomia delle amministrazioni, che è riconosciuta dall'ordinamento generale, è da questo intrinsecamente delimitata. Questo è evidente soprattutto per la capacità di diritto pubblico. Non è possibile, infatti, già sul piano logico, che l'ordinamento possa attribuire un potere senza definirlo in tutti i suoi elementi essenziali: soggettivo, oggettivo, contenutistico, formale, e, almeno secondo certe opinioni, anche causale. Difatti, l'ordinamento giuridico non può attribuire un potere senza indicare a quale soggetto lo attribuisce, a quali beni o cose si riferisce, quali possibilità acquista il suo titolare esercitandolo, quali siano i presupposti oggettivi e i requisiti soggettivi in presenza o in assenza dei quali è configurabile la sua esistenza, quale forma minima deve avere l'atto col quale lo esercita, e quale sia la giustificazione giuridica degli effetti che così produce. Però, queste definizioni in positivo degli elementi essenziali di ogni potere, inevitabilmente, si traducono, *a contrario* e in negativo, in altrettante delimitazioni dei medesimi elementi: il decreto di esproprio, per esempio, non può essere adottato da organi e da enti diversi da quelli, specificamente competenti, cui il relativo potere sia stato attribuito; e, inoltre, senza la forma prescritta, in difetto dei presupposti cui è collegato,

[7] V. capitolo IX e capitolo XVI.

per beni che in astratto o in concreto non siano espropriabili, o per ragioni diverse da quelle tipizzate dalla norma attributiva. Il che vale quanto dire che l'ordinamento generale non può attribuire un potere senza che in questa attribuzione risulti insita anche la sua delimitazione.

Così, se le amministrazioni hanno i poteri e solo i poteri unilaterali e autoritativi che sono loro attribuiti dall'ordinamento generale a livello legislativo, è ovvio che non possano adottare provvedimenti che ne superino i limiti. Se lo fanno, eccedono i limiti dei loro poteri, e, quindi, i limiti della loro autonomia: già su questo piano così generale, allora, emerge la nozione di provvedimento in carenza di potere [8].

Da queste considerazioni risulta chiaro che, per i provvedimenti e i comportamenti di diritto pubblico delle amministrazioni, vi è un primo parametro di valutazione della loro giuridicità: il rispetto dei limiti dei poteri e dell'autonomia di cui sono espressione, ovvero la liceità e la nullità dell'agire della pubblica amministrazione [9].

Però, inoltre, l'autonomia delle amministrazioni presenta un suo ulteriore carattere specifico ed essenziale: è intrinsecamente finalizzata. Più precisamente, l'autonomia è finalizzata al perseguimento di quegli interessi collettivi per il cui raggiungimento è stata attribuita: interessi che ne costituiscono la giustificazione giuridica. Per questo, l'autonomia delle amministrazioni, anche quando non è vincolata dalle altre disposizioni di cui si dirà, non è mai libera come quella dei privati, ma si dice *funzionale*, ossia vincolata nel fine. Questa finalizzazione è intrinseca all'autonomia delle amministrazioni ed è assai facilmente intuibile a causa della loro capacità pubblicistica: in tanto l'ordinamento generale arriva ad attribuire loro poteri così fortemente autoritativi, come quelli di tipo ablativo, concessorio o di altro tipo, in quanto col loro esercizio le amministrazioni possano e debbano perseguire un interesse collettivo e specifico.

Quel che si deve porre in risalto, è che questa finalizzazione è caratteristica dell'autonomia delle amministrazioni, e non la si ritrova in quella dei soggetti di diritto privato. Con questa conseguenza: i comportamenti delle amministrazioni non solo sono soggetti a quel primo parametro di valutazione che è quello della loro liceità (la quale è comune anche per gli altri soggetti del diritto); ma, inoltre, i comportamenti delle amministrazioni soggiacciono anche ad un ulteriore parametro di valutazione, che è particolare per quei loro comportamenti medesimi: la loro corretta funzionalizzazione. I provvedimenti delle amministrazioni, e, in fondo, anche i loro contratti, devono essere, oltre che *leciti*, anche *funzionali* e, quindi, *legittimi*.

---

[8] V. capitolo XI.

[9] V. capitolo XI e capitolo XVIII.

Questa finalizzazione intrinseca dei poteri, che l'ordinamento generale attribuisce all'amministrazione, è assicurata da una serie di norme che essa deve rispettare. Queste norme sono ulteriori, e, quindi, diverse e disomogenee rispetto a quelle che attribuiscono e delimitano quei poteri medesimi, e, in genere, l'autonomia dell'amministrazione. Queste norme sono dette norme di azione e hanno ad oggetto l'esercizio del potere amministrativo. Sono norme anzitutto sull'organizzazione delle varie amministrazioni, sulla composizione dei loro organi, e sui relativi riparti di competenza (diverse da quelle sulla pertinenza soggettiva dei loro poteri, cui si è prima accennato, che, viceversa, ne delimitano l'esistenza); e, inoltre, e sempre più largamente, sono norme sui procedimenti mediante i quali i poteri suddetti devono essere esercitati.

Norme del genere, infine, tendono ad orientare l'esercizio della discrezionalità delle amministrazioni: è evidente quanto influiscano sulle scelte finali delle amministrazioni, concretate nei provvedimenti che sono espressione dei loro poteri. Per esempio, le norme che stabiliscono la selezione dei soggetti che possano partecipare o intervenire nei procedimenti, e, ancora, la selezione degli interessi e dei dati che ai procedimenti debbano essere acquisiti e, soprattutto, le norme che stabiliscono i criteri della scelta. Tali norme, se orientano la discrezionalità delle scelte finali delle amministrazioni, non arrivano ad eliderla totalmente. D'altra parte, esse, nel regolare l'esercizio della discrezionalità che residua alle amministrazioni, non possono configurare una auto-determinazione che operi con quella libertà che è tipica dei soggetti privati nell'esplicazione delle loro autonomie. Anche in questo spazio residuo, infatti, è immanente il vincolo agli interessi pubblici, il vincolo funzionale dei poteri delle amministrazioni, che si traduce nel dovere di osservare una serie di criteri che quel vincolo garantiscono: razionalità, logicità, congruità, proporzionalità, imparzialità, e altri. Sono criteri elaborati storicamente soprattutto dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, la cui violazione, da parte delle amministrazioni, comporta l'illegittimità dei relativi provvedimenti, attraverso il principale vizio già indicato nella legge del 1889: l'eccesso di potere [10]. È nel successivo sviluppo di questo vizio che tali criteri saranno descritti più analiticamente; ma fin da ora si deve porre in risalto questo tratto essenziale: i criteri di esercizio del potere, pur non essendo formulati in precise disposizioni, hanno una intrinseca natura giuridica, di norma giuridica. È per questo loro profilo, quindi, che la loro inosservanza si traduce in un vizio dei provvedimenti che li violino, il quale è addirittura vi-

[10] V. capitolo XI.

zio di legittimità [11]. Dunque, i criteri che orientano la scelta discrezionale si risolvono nel vizio di eccesso di potere.

Sul piano della illegittimità, si deve osservare una differenza: mentre la violazione dei criteri comporta l'eccesso di potere, le altre norme, se violate, reagiscono in un modo diverso. Difatti, le norme di esercizio del potere che sono diverse dai suddetti criteri, ovvero le norme di organizzazione e quelle che regolano il procedimento, se violate, comportano una conseguenza diversa dall'eccesso di potere. La violazione di queste disposizioni, da parte dei provvedimenti, comporta la loro illegittimità per due dei tre vizi sindacabili nella giurisdizione amministrativa: l'incompetenza e, poi, la violazione di legge in senso stretto. Questa denominazione dei vizi, come quella di eccesso di potere, risale alla formulazione della legge del 1889, istitutiva di quella Sezione IV del Consiglio di Stato che ne è stato il nucleo originario.

Infine, bisogna spendere alcune osservazioni sulla natura delle norme di azione. Come per le norme che attribuiscono, e, quindi, delimitano i poteri delle amministrazioni, anche per quelle che solo ne regolano l'esercizio deve essere accennato un collegamento col sistema delle fonti del diritto. Per le prime, all'inizio di questo paragrafo, si era rilevato un nesso con il livello della legislazione primaria, nel senso che le norme attributive dei poteri sono norme di legge o norme di rango costituzionale. Per queste altre, le norme di azione, il discorso deve essere diverso. Anch'esse possono essere formulate dal medesimo legislatore: che, quindi, andando oltre il suo ruolo essenziale, quello di definizione delle capacità dei suoi soggetti, determina, in generale ed *ex ante*, le disposizioni finalizzate all'esercizio ottimale dei poteri dell'amministrazione. Ed ecco che spesso, per la predeterminazione dei criteri di esercizio del potere, il legislatore rinvia ad una fonte secondaria, regolamentare [12]. Oltretutto, per tale predeterminazione, i regolamenti (e gli statuti) degli enti pubblici costituiscono il livello normativo perfettamente adeguato; mentre la legislazione primaria, che deve svolgere il ruolo essenziale che si è accennato, di definizione della capacità giuridica, appare nettamente sovradimensionata.

Si prospetta dunque, in via tendenziale, una duplicazione della fonte normativa: primaria per l'attribuzione del potere dell'amministrazione, secondaria per il suo esercizio.

Infine, si osserva che a questa duplicazione di fonti, primaria o della legge e secondaria o del regolamento, corrisponde pure una duplicazione delle giurisdizioni che riguardano le amministrazioni. Difatti, secondo le origini

[11] V. capitolo XI.

[12] V. capitolo II.

del nostro sistema di giustizia amministrativa e secondo la costruzione derivante dalle due leggi fondamentali, la legge del 1865 e la legge del 1889, vi sono due giurisdizioni: la giurisdizione civile e la giurisdizione amministrativa. Il giudice civile è il giudice di tutti, per la tutela dei diritti soggettivi dei privati; e il giudice amministrativo è il giudice che per le amministrazioni è particolare, perché ha cognizione sui vincoli funzionali, intrinseci e specifici, che sono insiti nell' autonomia delle amministrazioni [13].

3. *Il ruolo e le funzioni dell'amministrazione*

Per comprendere la specifica rilevanza giuridica delle amministrazioni e lo specifico ruolo delle loro funzioni nel quadro generale dei soggetti e delle funzioni pubbliche, si può partire da questa notazione: le manifestazioni del diritto pubblico che più immediatamente vengono percepite con sicurezza sono la legge e la sentenza.

La legge: come norma oggettivamente vincolante tutti i soggetti dell'ordinamento, come norma che disciplina i loro rapporti civili, regolando direttamente i loro rapporti o attribuendo a quei medesimi soggetti poteri che genericamente vengono detti negoziali (i quali sono, in altre parole, poteri con cui i soggetti stessi regolano i loro rapporti, mediante atti cui l'ordinamento generale riconosce efficacia).

Poi, la sentenza: come pronuncia per mezzo della quale vengono risolte le liti tra i soggetti dell'ordinamento concernenti l'assetto dei loro rapporti civili; o per mezzo della quale vengono inflitte le sanzioni penali.

Ma una osservazione superficiale del diritto pubblico, nelle sue espressioni che più comunemente interferiscono con la vita di tutti, porta subito a rilevarne delle altre, oltre a queste due prime, aventi ugualmente una propria specificità ed autonomia: quindi non riconducibili ad esse.

Lo Stato, infatti, persegue tutta una gamma di interessi e tende a conseguire tutta una gamma di fini correlati a quegli interessi, di cui si fa carico, e che, perciò, debbono qualificarsi come interessi pubblici. Per i loro tratti quantitativi e qualitativi, gli interessi pubblici non possono essere realizzati solo mediante leggi o sentenze. Per il raggiungimento degli interessi pubblici sono indispensabili altre manifestazioni del diritto pubblico, la maggior parte delle quali, appunto, sono espressione di amministrazione: di amministrazione in senso oggettivo e soggettivo; e sono regolate da quel diritto che, correlativamente, è detto amministrativo.

Anzitutto, si devono ricordare i provvedimenti: atti che costituiscono ef-

[13] V. capitolo III.

fetti giuridici in casi particolari e in riferimento a singoli individui. E che sono di carattere pubblico, perché non trovano riscontro con i negozi del diritto privato, che l'ordinamento consente a tutti i suoi soggetti di porre in essere. Anzi, i provvedimenti sono atti giuridici che concettualmente ai negozi si contrappongono, almeno per un profilo essenziale: perché appaiono connotati dalla unilateralità ed imperatività, invece che dalla consensualità e bilateralità proprie di essi. E anche per il fatto che gli effetti giuridici che producono consistono nella costituzione, modificazione o estinzione di situazioni giuridiche, in particolare e di solito soggettive, che quasi sempre non trovano riscontro in quelle che l'ordinamento configura per legge, nei rapporti civili tra i suoi soggetti.

Come esempi di tali provvedimenti, si possono citare quelli con i quali viene sottratta al proprietario di un bene la proprietà su di esso, come un decreto di espropriazione; o, almeno, la disponibilità di esso, come il decreto di occupazione d'urgenza o di requisizione. Oppure: gli atti che appartengono alla famiglia delle autorizzazioni, con i quali si consente ad un soggetto di compiere determinate attività il cui esercizio, pur rientrando astrattamente nella sua sfera giuridica, in concreto è condizionato al consenso dell'amministrazione: per esempio, apertura e gestione di un esercizio commerciale o edificazione di una costruzione. E ancora: i provvedimenti che, almeno tradizionalmente, vengono distinti concettualmente dalle autorizzazioni e vengono denominati concessioni, con i quali si consente ad un soggetto la possibilità di compiere attività che altrimenti non gli sarebbero possibili: l'esercizio di un servizio pubblico, l'uso particolare di un bene demaniale, per esempio, per la installazione di una edicola di giornali su una pubblica piazza; ecc.

Questi provvedimenti producono concretamente modificazioni giuridiche, in relazione a casi e ad individui singolari; perciò, si distinguono dalle norme, che sono almeno tendenzialmente generali e astratte. E, soprattutto, questi provvedimenti sono finalizzati al raggiungimento di quegli specifici interessi pubblici, in vista dei quali le amministrazioni operano, e, addirittura, sono istituite; perciò, si distinguono dalle sentenze: che costituiscono, piuttosto, applicazioni, per definizione neutrali, di norme civili e penali.

Inoltre, la legislazione e la prassi amministrativa degli anni più recenti hanno portato allo sviluppo di atti bilaterali che, come i provvedimenti, sono ugualmente pubblici ed ugualmente danno assetto a singole situazioni o rapporti giuridici, o, almeno, vi preludono. Ma sono atti che hanno natura consensuale; e, quindi, dai provvedimenti si distinguono sotto altri profili, perché sono privi dell'unilateralità e dell'imperatività che si è visto essere loro propri. Sono accordi, cioè, che possono essere conclusi dalle amministrazioni, tra di loro o con soggetti privati; ma la cui natura bilaterale non impli-

ca affatto che siano veri e propri contratti, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1321 e ss. cod. civ. [14].

Infine, devono essere ascritti al diritto amministrativo almeno altre due categorie di atti di carattere pubblico, tra di loro assai eterogenei, ma che, tutti, sono accomunati da una caratteristica saliente: non producono effetti costitutivi, modificativi o estintivi di situazioni giuridiche; non li producono, almeno, direttamente. Anzitutto, sono atti di varia natura e fanno parte dei procedimenti attraverso i quali vengono adottati di regola, come si vedrà, i provvedimenti; ad essi si devono aggiungere gli stessi contratti di diritto privato, di cui si dirà tra poche righe. E, poi, gli atti che si limitano a rilevare la sussistenza, o talvolta l'assenza, di presupposti, di requisiti soggettivi, di situazioni e di rapporti giuridici, così come risultano in fatto e così come sono definiti direttamente dalla legge: accertamenti, attestazioni, certificazioni in genere; sono atti che manifestano il loro carattere pubblico a causa della loro efficacia e della eventuale incontestabilità, espressioni queste che, per quanto non assolute, sono pur sempre maggiori di quelle proprie degli atti espressione di autonomia privata.

Tutti gli atti giuridici finora ricordati, le amministrazioni sono in grado di compierli esplicando la loro capacità di diritto pubblico. Questa capacità, però, non si traduce solo nella possibilità di emanare atti: si manifesta anche, e prima, in quella di essere titolare di rapporti, di diritti e di obblighi, che sono altrettanto suoi e specifici. Un esempio per tutti: la disponibilità che l'amministrazione ha di beni appartenenti a determinate categorie, che vengono detti demaniali; disponibilità che assume la consistenza della proprietà pubblica e che si distingue dal contenuto della proprietà privatistica, di cui agli artt. 832 e ss. cod. civ. (della quale, peraltro, anche le amministrazioni stesse possono essere titolari) [15].

Fin qui la capacità di diritto pubblico delle pubbliche amministrazioni; che è loro specifica, perché non è attribuita ai soggetti privati. Ma oggi si ritiene, sempre più largamente, che le amministrazioni pubbliche siano dotate pure di una capacità di diritto privato tendenzialmente generale, sia pure tutt'altro che illimitata. Le amministrazioni, per questa loro capacità, quindi, possono essere titolari di rapporti e di diritti privatistici; per esempio, come si è già accennato, della proprietà regolata dal Codice civile. Soprattutto, le amministrazioni hanno una specifica capacità negoziale: di porre in essere i negozi regolati dal diritto privato, e, in particolare, i contratti. Questo è un tema importante, oggi di grande attualità: esse, infatti, per tutta una serie di ragioni, si presentano sempre più sul mercato, come grandi acquirenti di

[14] V. capitolo XVI.

[15] V. capitolo XVII.

opere, di forniture e di servizi. Si è già accennato che esse operano per procedimenti, non solo nell'adozione di provvedimenti, ma anche nella stipulazione di contratti: ebbene, di grande interesse sono i procedimenti detti ad evidenza pubblica, la cui osservanza è imposta loro ormai soprattutto da direttive comunitarie, al fine di impedire che esse agiscano sul mercato violando le regole della concorrenza.

Infine, in queste osservazioni, che sono di tenore introduttivo, si devono ricordare quelle azioni delle amministrazioni che consistono nel compimento non degli atti giuridici fin qui considerati, di diritto pubblico o di diritto privato, provvedimentali e negoziali, ma di comportamenti [16]. Talvolta si tratta della esecuzione di provvedimenti, talaltra si tratta di comportamenti che sono sostitutivi dei provvedimenti, talaltra ancora si tratta di comportamenti di fatto, che a volte sono leciti o addirittura doverosi, e altre volte sono illeciti.

Tra i comportamenti doverosi, particolare rilievo deve essere riconosciuto a quelli che si presentano come vantaggiosi per i soggetti cui sono rivolti: fino a presentarsi come prestazioni a loro favore, di modo che i destinatari si atteggiano come beneficiari. E che, quando con continuità e secondo un programma, sono offerti a tutti, almeno in linea di principio, e a vantaggio di tutti appaiono finalizzati, devono essere definiti come servizi pubblici [17]. Per esempio, diagnosi e cura di pazienti in strutture del servizio sanitario nazionale, insegnamento negli istituti pubblici di istruzione, trasporti collettivi di persone, servizi di posta e di telecomunicazioni, forniture di energia, ecc. Al riguardo, occorre precisare, tuttavia, che sempre più largamente l'erogazione di tali servizi è operata da soggetti di diritto privato, almeno formalmente; mentre le amministrazioni, nei loro confronti, tendono ad atteggiarsi solo come autorità concedenti, di regolazione, e d'altro.

Bibliografia essenziale

ROMANO ALBERTO, *Autonomia nel diritto pubblico*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 1987, II, 30.

ROMANO SANTI, *Prime pagine di un manuale di diritto amministrativo*, in ALBERTO ROMANO (a cura di) *Scritti minori*, Milano, 1990, II.

[16] V. capitolo XII.

[17] V. capitolo XV.