Capitolo 1
La capacità negoziale della pubblica amministrazione

La pubblica amministrazione può essere titolare di situazioni giuridiche attive o passive allo stesso modo di qualunque soggetto privato che stipuli negozi di diritto comune, seppur tale attività sia e debba essere strumentale al conseguimento di interessi pubblici e purché essa sia compatibile con la loro natura.

Salvo espresse eccezioni di diritto positivo, le p.a. hanno **piena capacità di diritto privato** nei limiti delle loro finalità istituzionali, come risulta anche dall'articolo 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241, che, ammettendo la possibilità di concludere accordi integrativi o sostitutivi di provvedimenti e sottoponendo tali accordi al regime dei contratti, ha configurato una tendenziale equivalenza tra l'attività amministrativa di diritto pubblico e quella di diritto privato.

L'attività di diritto privato della pubblica amministrazione e la sua prevalenza rispetto a quella di diritto pubblico viene generalmente collegata alle modalità evolutive delle istituzioni ed allo sviluppo delle società in controllo pubblico ed a partecipazione pubblica.

Nell'ambito delle attività di diritto privato svolte dalla pubblica amministrazione la più rilevante è quella "contrattualistica" sulla base di varie tipologie di contratto:

- da un lato vi è il contratto regolato dal diritto pubblico, che ha ad oggetto l'esercizio di pubbliche funzioni: tale è il contratto avente oggetto pubblico in senso stretto (*ex* articoli 11 e 15 della legge n. 241/1990);

- dall'altro vi è il contratto ad evidenza pubblica, caratterizzato dalla commistione delle regole del diritto pubblico con quelle di diritto privato: in tali contratti vi è un interesse generale a che la scelta del contraente privato avvenga secondo un procedimento avente natura pubblicistica per garantire la trasparenza e la legalità dell'azione amministrativa (ad es. la gara ed il conseguente contratto di appalto per la costruzione di un ospedale disciplinati dal Codice dei contratti pubblici).

Infine vi è la categoria dei veri e propri contratti di diritto privato della pubblica amministrazione (come nel caso del contratto di locazione regolato dal Codice civile).

La Corte di Cassazione ha precisato che hanno natura privatistica i contratti che l'ente pubblico stipula con i privati ponendosi sullo stesso piano di questi ultimi, con esclusione di ogni potere di supremazia, a nulla rilevando il carattere funzionalizzato del potere esercitato. Nell'esercizio dell'attività negoziale, la giurisdizione si radica in capo al g.o.