

I contratti della pubblica amministrazione oggi (a proposito di un recente libro)¹

Sommario: 1. – Premessa. 2. – Il cuore del problema: la funzione economico-sociale dei contratti pubblici dalla legge di contabilità di Stato al d. lgs. n. 36 del 2023. 3. La visione “multipolare”: dalla facoltà all’obbligo di tutelare interessi metaeconomici. 4. L’incidenza del principio del risultato sulla causa del contratto della pubblica amministrazione: un ulteriore fattore nella direzione del contratto come strumento di governo. 5. Uno sguardo al diritto dei privati: la stagione dell’autonomia privata conformata. 6. Riflessioni conclusive sul tema della funzione: valori (individualismo v. solidarietà) e strumenti (provvedimenti e contratti).

1. – Premessa

Confesso che, appena ricevuto l’invito a parlare del libro che oggi presentiamo, ho pensato che effettivamente “Non scegliamo i nostri temi di studio; li incontriamo, come nella vita incontriamo persone, legandoci di simpatia e di consonanza spirituale o rifiutandole con fastidio ed impazienza. Occasioni, diremmo con Goethe: che non provengono dalla nostra volontà, ma dal caso, da circostanza impreviste, Poi, le occasioni ci rivelano a poco a poco la loro forza interiore, e ci stringono nel vincolo della necessità. Ci sembra così che l’incontro – con una persona o con un tema di studio – sia preparato da tutta la nostra vita, e non possa esser diverso da ciò che è. Esso ormai ci appartiene, ha segnato il nostro pensiero, si è combinato e collocato nell’unità della nostra esperienza”.²

Lo studio della materia dei contratti pubblici ha attraversato – non per mia scelta - quasi un quarantennio della mia vita: dalla preparazione dell’esame universitario di diritto amministrativo, al lavoro nella Commissione del Consiglio di Stato incaricata di elaborare il progetto di codice poi diventato il d. lgs. n. 36 del 2023.

La lettura di questo libro ha quindi rappresentato per me l’occasione per una riflessione quasi a consuntivo: su struttura, funzione e disciplina dei contratti pubblici.

La cosa è stata decisamente favorita dalle qualità del volume che presentiamo: che si segnala per alcune felici caratteristiche.

¹ Lo scritto è in corso di pubblicazione nella Rivista di diritto pubblico comunitario, e riproduce, con alcune aggiunte, il testo dell’intervento svolto alla presentazione del volume *Il nuovo codice dei contratti pubblici: luci e ombre*, a cura di G. TROPEA, tenutasi il 31 maggio 2024 presso l’Università degli Studi di Milano.

² N. IRTI, *Codice civile e società politica*, V ed., Roma-Bari, 2004, pag. 5

Anzitutto esso evita di incorrere nel “*Vaneggiamento laborioso e avvilente (...) di chi compone vasti libri: quello di dilatare in cinquecento pagine un’idea la cui perfetta esposizione orale richiede pochi minuti*”³.

È – quindi - un libro che privilegia la qualità dei concetti e delle riflessioni rispetto alla quantità delle pagine: e che per questo è tutt’altro che modesto fin dal titolo, perché provare a delineare i “Lineamenti” di questa materia non è affatto operazione modesta, ma al contrario ambiziosa.

Il volume, dico subito, ci riesce molto bene: perché appartiene alla categoria dei libri che formano, e non a quella – assai diffusa - dei libri che informano soltanto.

La mia generazione è stata ammonita a guardarsi dai cattivi maestri: oggi purtroppo la soglia è mutata al ribasso, e occorre che i giovani studiosi si guardino piuttosto dai falsi maestri.

Balzac, parlando di Stendhal, lo classifica fra gli esponenti della letteratura delle idee, contrapposta alla letteratura delle immagini e all’eclettismo letterario.⁴

Ecco, se esistesse una analoga distinzione nel mondo del diritto non avrei difficoltà a classificare questo libro nell’ambito dei contributi che propongono e stimolano idee, più che immagini.

Credo quindi si sia raggiunto l’obiettivo, indicato nell’Introduzione al volume, “di elaborare un testo che seguisse un’impostazione ‘ per problemi’, piuttosto che cimentarsi nella analitica disamina degli istituti, senza omettere di fornire le nozioni indispensabili per comprendere le premesse dei problemi esaminati e i punti di forza e di debolezza delle varie opzioni interpretative possibili”.

2. – Il cuore del problema: la funzione economico-sociale dei contratti pubblici dalla legge di contabilità di Stato al d. lgs. n. 36 del 2023.

Il mio compito oggi è di occuparmi della parte relativa alla “evoluzione della disciplina” e ai “principi del codice”, redatta dal prof. Tropea.

Questa parte individua anzitutto molto efficacemente il problema dei problemi – che funge da chiave di lettura del *corpus* normativo esaminato - che attualmente attraversa la disciplina

³ JORGE LUIS BORGES, *Finzioni*, trad. it. Adelphi, 2003, pag. 13.

⁴ H. DE BALZAC, *Etudes sur M. Beyle*, trad. it., Milano, La Vita Felice, 2019.

contrattuale: quello della esigenza di una “*generale riconsiderazione dell’orientamento teleologico di tutta la normativa interna sull’evidenza pubblica*” (pag. 17).

L’analisi di tale evoluzione non può che muovere dal rilievo che la capacità di diritto privato degli enti pubblici “non assume profili di ‘purezza’ paragonabili a quella assegnata alle persone giuridiche private, ma è condizionata dalla immanenza della finalità pubblica e dalle relative garanzie (pubblicistiche) all’uopo predisposte”.⁵

Proprio il dato finalistico è stato oggetto, negli ultimi decenni, di profonde trasformazioni.⁶

A ben vedere, le regole del procedimento di evidenza pubblica, elaborate in pieno Stato liberale,⁷ non risultano, almeno sul piano strutturale, sensibilmente diverse da quelle prodotte in una fase ormai matura dello Stato sociale pluriclasse, nella fase della codificazione di settore, sotto l’influsso del diritto dell’U.E.: le prime rappresentano anzi, con riferimento al profilo strutturale, l’archetipo delle seconde.

L’evoluzione della disciplina in materia di appalti pubblici non è avvenuta in maniera indolore, ma ponendo serie questioni – specie in relazione ai profili della accelerazione delle procedure e dell’accentramento delle competenze in materia di disciplina dei lavori pubblici - legate all’impatto anche sociale della disciplina dei contratti della pubblica amministrazione.⁸

⁵ G. TORREGROSSA, *La capacità di diritto privato degli enti pubblici economici e la disciplina degli appalti pubblici*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, pag. 55.

In argomento, M. MAZZAMUTO, *Contratti pubblici e diritto privato*, ne *Il dir. dell’ec.*, 2/2022, 11 e segg. Sulla differenza, in questa materia, fra “amministrazione intesa come attività, e quindi come cura di interessi pubblici”, e “amministrazione in senso soggettivo”, N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, pag. 171.

⁶ Sia consentito in proposito il riferimento a G. TULUMELLO, *L’evoluzione della causa del provvedimento amministrativo di scelta del contraente, e le sue principali conseguenze ordinamentali: l’influsso del diritto UE sulla disciplina, sostanziale e processuale, dei contratti della pubblica amministrazione (anche a margine di Corte cost., n. 271/2019)*, in *Consulta On Line* (giurcost.org), n. III/2019.

⁷ Si pensi alla legislazione di contabilità dello Stato: r.d. 2440/1923, e relativo regolamento (r.d. 827/1924).

⁸ Risultano tuttora di estrema attualità le considerazioni svolte da G. TORREGROSSA, *I principi fondamentali dell’appalto comunitario*, in *Rass. giur. en. el.*, 1992, alla vigilia dell’elaborazione della legge-quadro in materia di lavori pubblici, circa l’opportunità di un recupero della centralità statale nella realizzazione delle grandi infrastrutture, e nel contempo circa l’inopportunità di una esasperata accelerazione delle procedure: “L’attuale clima di allarme sociale che l’intero Paese è costretto a vivere, per la ventata di sospetto che ha travolto le istituzioni democratiche, specie nel settore degli appalti pubblici, impone un approccio che non costituisce sfida alla fortuna, che può rappresentare anche sfida alle virtù (Machiavelli), troppo spesso delusa; un approccio finalizzato ad individuare, prima, e ad eliminare o correggere poi, gli effetti distorsivi di un sistema normativo la cui riforma è, per convinzione comune, improcrastinabile. Il raggiungimento dell’indicato obiettivo è indissolubilmente legato ad una premessa socio-economica ben precisa: quella di escludere che il sistema dei lavori pubblici possa costituire – sulla base di un male interpretato broccardo importato dai cugini d’oltralpe – un modello di sviluppo in grado di risolvere i problemi di occupazione del Paese. Occorre, invece, che prevalga la convinzione che il settore ha un valore strumentale, servente, rispetto a finalità che rappresentano gli obiettivi ultimi di politica economica e sociale. Da qui l’incongruenza di quegli argomenti che, puntando su vere o presunte necessità occupazionali, hanno determinato una alluvione di leggi di accelerazione delle procedure in materia di esecuzione delle opere pubbliche. Queste leggi, a cominciare dalla l. 291 del 1971, hanno avuto l’effetto di allentare, se non addirittura di scardinare, il sistema dei controlli che presidiavano la correttezza e la trasparenza delle Oo.pp. E’ infatti solo sui tempi del

Si osservava, così (in una fase intermedia del descritto processo evolutivo), che “Il tasso di politicità, l'elevata possibilità di condizionamenti esterni e l'assenza di un rischio economico paragonabile a quello degli operatori privati, rendono improbabile il naturale rispetto, da parte del soggetto pubblico, della logica imprenditoriale e delle prescrizioni del mercato, che in primo luogo impongono la scelta del contraente più conveniente. (.....) L'amministrazione costituisce quindi un soggetto economico potenzialmente assai pericoloso nei confronti di una corretta concorrenza sui mercati e del rispetto della parità degli operatori interessati. Le condizioni di concorrenza sono allora create artificialmente in virtù dell'imposizione di una serie di regole quali la non discriminazione, l'indizione delle gare, la trasparenza delle operazioni concorsuali e così via”.⁹

A ben vedere, il fenomeno è peraltro culturalmente coerente all'analogo percorso che storicamente ha interessato la disciplina del contratto nel diritto civile, nell'evoluzione dapprima verso una prospettiva ordoliberal e quindi di “*Mercato 'guidato' nello Stato pluriclasse*”, infine di “*scoperta dell'artificialità del mercato*” e di “*valorizzazione del ruolo fondamentale delle regole giuridiche*”.¹⁰

Nei commenti più avveduti si osservava come la tensione proconcorrenziale della giurisprudenza della Corte di Giustizia non fosse dettata da una concezione mercantile dell'ordinamento comunitario, legata alla tutela del diritto individuale d'impresa, ma da una visione che, all'opposto, intende l'effettiva concorrenza come strumento di efficienza del mercato: obiettivo, quest'ultimo, perseguito nell'ottica anche di interessi solidaristici e superindividuali.

In relazione al significato che la tutela della concorrenza assume nel contesto dell'attuale forma di Stato, si affermava, ad esempio, che “Solidarietà e concorrenza hanno sempre più assunto anche per

controllo che si è potuto incidere per abbreviare il procedimento di realizzazione di un'opera pubblica, essendo tutti gli altri tempi scanditi dalla necessità della fase materiale di esecuzione. Paradossalmente, d'altro lato, questa normativa (che sorta per motivi di emergenza, si è trasformata in ordinaria), ha provocato la *interminabilità* delle opere pubbliche: a misura, cioè, che si sono accelerate le procedure, la fase della realizzazione delle Oo.pp. si è allungata, oppure si sono ottenuti risultati non aderenti alle previsioni. (....) La riforma, inoltre, sempre nella direzione di attuare una più incisiva presenza dello Stato in periferia (che non si manifesti solo nella militarizzazione di alcune regioni), deve riguardare l'eliminazione delle disposizioni della l. 291/71 che hanno attuato un decentramento delle competenze in materie tecniche in favore dei Comitati presso i Provveditorati delle Oo.pp. ed a danno del Consiglio Superiore dei ll.pp., che per tradizione, ma soprattutto per la sua composizione, rappresenta l'unico organo che può offrire, da un lato, garanzie di controllo sui progetti e, dall'altro lato, può fare emergere la responsabilità politica del Ministro (art. 95 Cost.), attualmente disseminata e polverizzata in organismi privi di autorità e, qualche volta, di natura estemporanea, come si verifica nella allarmante vicenda degli ‘accordi di programma’ ”.

⁹ E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, III ed., Milano, 2001, pag. 89. L'affermazione è tanto più condivisibile, quanto più si consideri che già fra privati l'utilizzo degli strumenti dell'autonomia privata, e in particolare del contratto, è in grado di produrre un notevole impatto sull'assetto – concorrenziale o meno - del mercato, e dunque lo è, *a fortiori*, per le ragioni indicate dalla dottrina richiamata, il ricorso da parte della pubblica amministrazione a strumenti negoziali: in argomento F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, pag. 674, ove il rilievo che “nei confronti del mercato, almeno alla luce della comune accezione del termine, l'autonomia privata si presenta, al contempo, come irrinunciabile forza motrice e come latente (ma neanche tanto) pericolo della sua paralisi”.

¹⁰ R. NATOLI, *Il contratto “adeguato”. La protezione del cliente nei servizi di investimento e di assicurazione*. Milano, 2012, pagg. 25, 33.

l'influenza delle norme del Trattato, il significato di valori-guida del nuovo Stato sociale. La concorrenza, la mano invisibile del mercato, una volta sottoposta a regole in grado di eliminare le forme gravi di approfittamento, è considerata il migliore viatico per lo sviluppo produttivo, da cui solo può discendere il benessere collettivo e la possibilità di realizzare il pieno sviluppo della persona, il suo affrancarsi dal bisogno, in un contesto retto dal principio della solidarietà sociale”¹¹.

Tanto la giurisprudenza costituzionale formatasi successivamente alla riforma del Titolo V della Costituzione, che il legislatore, hanno quindi attribuito rilevanza non già alla materia degli “appalti” in quanto tale (non menzionata dal novellato testo costituzionale non perché implicitamente attribuita alla competenza residuale delle regioni, ma perché non costituente una materia vera e propria nel rinnovato disegno del riparto di competenze), ma piuttosto alla connotazione funzionale dell’attività amministrativa e negoziale che ruota intorno alla disciplina dei contratti pubblici:¹² con ciò recuperando in qualche modo, in relazione all’intero settore delle commesse pubbliche, una connessione con la distinzione teorica, formulata dalla dottrina a proposito degli appalti di lavori pubblici, fra l’ *attività* (di lavoro pubblico), e l’*oggetto* di quell’attività (l’opera pubblica)¹³.

L’evoluzione nella direzione proconcorrenziale ha poi disvelato – come accennato - la dialettica fra esigenze di regolazione e complessità dei problemi sottostanti.

Giova qui segnalare, a conferma della criticità del problema, che in piena crisi pandemica una simile dialettica era stata oggetto in giurisprudenza di un caso paradigmatico, la cui decisione, ispirata – come danno atto i commentatori – al “realismo giuridico” ed al “buon senso”, ha posto in evidenza come la tutela della concorrenza rischia spesso di essere enfatizzata anche al di fuori del suo reale ambito teleologico e materiale.¹⁴

Per altro verso, non è risultata fondata la critica, rivolta alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, di porre il valore della concorrenza al centro del sistema.

In realtà deve al contrario rilevarsi come essa abbia anteposto, nell’ambito della gerarchia di valori ricavabile dalle fonti comunitarie, la tutela della concorrenza rispetto a quella del diritto di proprietà

¹¹ C. VARRONE, *Stato sociale e giurisdizione sui ‘diritti’ del giudice amministrativo*, Napoli, 2001, 51; in argomento, per una ricostruzione delle tendenze giurisprudenziali relative alla specifica relazione fra concorrenza e interessi dei consumatori, A. ZITO, *Il difficile rapporto tra l’interesse del consumatore e la disciplina antitrust: storia di un paradosso in via di risoluzione*, in *www. GiustAmm.it*.

¹² Sulle conseguenze del mutamento funzionale in termini di “accentramento”, F. FRACCHIA, *I contratti pubblici come strumento di accentramento*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, n. 6/2015, pagg. 1529 e segg.

¹³ M.A. CARNEVALE VENCHI, *Opere pubbliche (ordinamento)*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, Milano, 1980, 332 e segg.; sulla distinzione fra la nozione di *opera pubblica* e quella di *infrastruttura*, M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell’economia*, II ed., Bologna, 1985, pag. 54.

¹⁴ Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 17 dicembre 2020, n. 8126, in *Foro It.*, n. 2/2021, III, 61, con nota di M. GRANIERI e R. PARDOLESI, i quali hanno peraltro osservato che la sentenza ha definito la vicenda “in tempi da record o quasi (poco più di sei mesi dalla sentenza di primo grado a quella odierna)”.

(quanto ad alcune delle forme di raccordo con i pubblici poteri): non quale espressione di un diritto – quello dell'imprenditore - individuale (al pari di quello dominicale), ma proprio in quanto correlata ad un interesse collettivo e dunque superindividuale.¹⁵

Ad una simile costruzione di un ordine gerarchico di valori è infatti da ricondurre quella giurisprudenza della Corte di Giustizia, che afferma il carattere recessivo della tutela della concorrenza allorché si ponga un problema di compatibilità fra questa e la tutela dell'ambiente: nell'ipotesi di esercizio della libertà negoziale della pubblica amministrazione orientata all'inserimento, nella causa di un contratto di acquisto di beni, di uno scopo (la tutela ambientale) ulteriore rispetto a quello della fornitura, tale da restringere in modo corrispondente la concorrenza ai soli imprenditori in grado di offrire beni aventi siffatte caratteristiche.¹⁶

Oltre a stabilire – nel merito - una gerarchia fra interessi, tale indirizzo si segnala evidentemente sul piano del metodo per avere chiaramente indicato fin da allora che la concorrenza è un mezzo e non un fine: prospettiva poi fatta propria dal d. lgs. n. 36 del 2023.¹⁷

3. La visione “multipolare”: dalla facoltà all'obbligo di tutelare interessi metaeconomici.

Il percorso normativo che dalla legge di contabilità di Stato ha condotto al d. lgs. n. 36 del 2023 evidenzia dunque come il dato teleologico sia quello che ha segnato la genesi e lo sviluppo dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione: dapprima “in negativo” e per necessità, posto che si ricorreva al contratto (solo) quando il fine pubblico non si potesse realizzare con gli

¹⁵ In argomento sia consentito il rinvio a E. CAVASINO – G. TULUMELLO, *La salute come diritto: l'effettività della tutela fra potere di organizzazione e logica della concorrenza*, in *Giur. It.*, 2005, 2000 e ss., in specie § 9.

¹⁶ Corte di Giustizia, sentenza 17 settembre 2002, in causa C-513/99, in *Urbanistica e appalti*, 2003, 168, con nota di M. BROCCA, *Criteri ecologici nell'aggiudicazione degli appalti*. In argomento, G. GARZIA, *Bandi di gara per appalti pubblici e ammissibilità delle clausole c.d. “ecologiche”*, in *Foro amm.vo-C.d.S.*, 2003, 3515.

¹⁷ Sull'evoluzione delle finalità concorrenziali si veda E. CARUSO., *I contratti pubblici tra obiettivi di sostenibilità e finalità concorrenziali: alla ricerca di nuovi equilibri*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, v. 10, n. 1 (2022).

strumenti autoritativi;¹⁸ quindi per scelta, ritenendosi lo strumento negoziale quello più efficace per attuare le politiche pubbliche, fino a giungere al “governare per contratto”.¹⁹

Ciò è avvenuto attraverso il passaggio da una visione unipolare, propria della concezione c.d. contabilistica; a quella bipolare, che tutela la concorrenza per il mercato; infine a quella multipolare, nella quale “Il settore dei contratti pubblici si viene sempre più a configurare come fattore di traino per il sostegno di politiche ambientali, politiche occupazionali, politiche di contrasto, alla criminalità, strumento di ‘riorientamento’ delle commesse pubbliche e dei consumi verso obiettivi sociali comuni”, che costituisce una vera e propria “forma di intervento pubblico nell’economia”.²⁰

La giurisprudenza ha chiarito in proposito che il contratto di appalto non è soltanto un mezzo che consente all’amministrazione di procurarsi beni o di erogare servizi alla collettività, ma uno “strumento a plurimo impiego” funzionale all’attuazione di politiche pubbliche ulteriori rispetto all’oggetto negoziale immediato: in altre parole, uno strumento – plurifunzionale – di politiche economiche e sociali, con conseguenti ricadute sulla causa del provvedimento di scelta del contraente (Consiglio di Stato, sentenza n. 11322/2023; nello stesso senso, Consiglio di Stato, n. 807 del 2024, in materia di clausole sociali).

In materia ambientale, ad esempio, si è passati dalla fase – sopra richiamata - in cui ci si chiedeva se le pubbliche amministrazioni *potessero* introdurre nei contratti criteri ambientali molto stringenti, tali da delimitare la platea degli offerenti,²¹ alla fase attuale – segnata, evidentemente, dalla presa d’atto dell’assenza di una tensione spontanea delle amministrazioni verso obiettivi di sostenibilità, ancorché meramente concorrenti rispetto allo scopo immediato del negozio - in cui ormai esse invece *devono* prevedere che la prestazione contrattuale venga eseguita nel rispetto di standard minimi

¹⁸ Su questo fronte Massimo Severo Giannini oltre cinquanta anni fa dubitava dell’autonomia concettuale del settore: “vi sono talune attività che non possono esser realizzate se non con lo strumento privatistico, come gli approvvigionamenti pubblici all’estero, la costruzione di grandi opere pubbliche, e simili. È a proposito di quest’attività che è stata elaborata, soprattutto dalla giurisprudenza, la teoria dei contratti della pubblica amministrazione. Quasi sempre essa è stata posta su basi errate: la grandissima maggioranza dei contratti della pubblica amministrazione è disciplinata dalle norme del diritto privato comune o di settori speciali di diritto privato; è solo per pochi enti pubblici, e per la sola attività amministrativa di diritto privato equivalente che vige una regolazione, essenzialmente procedimentale, dettata nella legge generale di contabilità”. L’analisi si concludeva con il rilievo che “Tutte queste tuttavia non sono tanto regole di una teoria, quanto constatazioni: esse non sono tali da fondare addirittura una teoria generale dell’attività amministrativa di diritto privato” (M.S. GIANNINI, voce *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, III, Milano, 1958, pag. 996). Lo stesso A., successivamente, nel delineare la categoria dei contratti ad evidenza pubblica chiarisce (*Diritto amministrativo*, III ed., Milano, 1993, co. II, pag. 363) che essa è stata introdotta “dalla legislazione dello scorso secolo, per una ragione pratica – di porre un freno agli abusi dei fornitori dello Stato, specie militari – e per una ragione di coerenza con il sistema del diritto amministrativo”.

¹⁹ G. TROPEA, *L’evoluzione della disciplina e i principi del codice*, in AA.VV., *Lineamenti di diritto dei contratti pubblici*, Napoli, 2024, pag. 24.

Sull’interesse pubblico nella materia dei contratti della pubblica amministrazione si veda la documentata ricostruzione di E. GUARNIERI, *Funzionalizzazione e unitarietà nella vicenda contrattuale degli appalti pubblici*, Bologna, 2022.

²⁰ G. TROPEA, *L’evoluzione della disciplina e i principi del codice*, cit., pagg. 19 e 20.

²¹ Corte di Giustizia dell’U.E., sentenza 17 settembre 2002, in causa C-513/99, cit..

finalizzati a garantire la tutela dell'ambiente (senza che ciò trovi un limite nella tutela della concorrenza, il cui gioco deve anzi svolgersi adeguando l'offerta a questo nuovo tipo di domanda).²²

Il vigente codice dei contratti pubblici (d. lgs. n. 36/2023) contiene, all'art. 57,²³ una disciplina dei “criteri ambientali minimi” da inserire all'interno del contratto che, come ha chiarito la sentenza n. 4701 del 2024 del Consiglio di Stato,²⁴ si pone in relazione di continuità con il carattere *mandatory* di tali criteri già stabilito dall'art. 34 del d. lgs. n. 50 del 2016: anche in considerazione del rilievo che tale processo di successione di norme è stato segnato, nel frattempo, dalla riforma del parametro costituzionale rappresentato dagli artt. 9 e 41 della Costituzione (il che non può evidentemente realizzare un arretramento, ma semmai un rafforzamento, della tutela ambientale attraverso il contratto).

La giurisprudenza del Consiglio di Stato ha così avuto modo di chiarire che, in forza di tali norme, il mancato inserimento dei criteri ambientali minimi nella legge di gara comporta la caducazione dell'intera gara e l'integrale riedizione della stessa (sentenze n. 8773/2022, 334/2024, 4701/2024),²⁵ e che tali previsioni risultano funzionali alla tutela di interessi superindividuali della collettività e delle generazioni future (sentenza n. 8171/2024), e in particolare dell'obiettivo dello sviluppo sostenibile (sentenza n. 334/2024).

Opportunamente si sottolinea, peraltro, come “il contratto pubblico non è soltanto funzionale al raggiungimento degli obiettivi della sostenibilità ma è esso stesso a dovere risultare ‘sostenibile’”.²⁶

Come chiarito dalla giurisprudenza la norma, interpretata alla luce del principio del risultato, incide dunque non su profili accessori, ma sulla stessa causa del contratto di appalto (pubblico): “il risultato avuto di mira dalla legge in questo caso non è “l'effettivo e tempestivo” svolgimento del

²² Sull'evoluzione della “domanda pubblica circolare”, F. DE LEONARDIS, L'uso strategico della contrattazione pubblica: tra GPP e obbligatorietà dei CAM, in *Riv. quad. dir. amb.*, 3/2020, pagg. 62 e segg.; S. VERNILE, *Dall'economia circolare al principio di circolarità. Una lettura giuridica nel solco dell'art. 9 Cost.*, Torino, 2024, in specie pagg. 275 e segg.

²³ In argomento E. CARUSO, *Infrastrutture, contratti pubblici e sostenibilità ambientale e sociale nel nuovo Codice: quid novi?*, in *Riv. dir. ec. dei Comuni*, n. 3/2023, pagg. 69 e segg. Su alcuni profili critici di tale disciplina si veda P. PROVENZANO, *Spigolature in tema di criteri ambientali minimi*, in *Democrazia, diritti umani e sviluppo sostenibile. Quali sfide in Italia e Brasile?*, Napoli, 2024, pagg. 691 e segg.

²⁴ In *Urb. e app.*, n. 6/2024, pagg. 764 e segg., con nota di A.E. BASILICO, *Le funzioni della contrattazione pubblica e il ruolo del giudice amministrativo alla luce dell'obbligo di rispettare i c.a.m.*; e in *Giur. It.*, 1/2025, 153 e segg., con nota di R. CARANTA, *Il Consiglio di Stato tiene dritta la barra sugli appalti verdi*. Su tale sentenza si veda altresì L. CARBONE, *Il Codice dei contratti pubblici: un anno di applicazione*, in *Giorn. dir. amm.vo*, n. 4/2024, pagg. 441 e segg.

²⁵ Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 14 ottobre 2022, n. 8773, in *Giur. It.*, n. 2/2023, 399 e segg., con nota di A. IURASCU, *L'inefficacia del contratto pubblico concluso in violazione dei criteri ambientali minimi*.

²⁶ F. FRACCHIA – P. PANTALONE, *Verso una contrattazione pubblica sostenibile e circolare secondo l'agenda ONU 2030*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2-3/2022, pagg. 243 e segg.

servizio (a qualsiasi condizione), ma lo svolgimento del servizio finalizzato all'attuazione delle politiche ambientali alle quali risultano funzionali i criteri ambientali minimi".²⁷

L'applicazione giurisprudenziale della disciplina dei criteri ambientali minimi mostra quindi come essi siano sintomatici di una evoluzione verso il "diritto amministrativo della transizione"²⁸ e verso lo "Stato ecologico".²⁹

Quello che rimane ancora carente è una disciplina della fase di esecuzione del contratto coerente a tali premesse finalistiche: a fronte di un regime del contenuto negoziale evolutosi nel senso sopra descritto, manca del tutto la previsione dell'obbligatorietà di controlli tendenti a garantire l'effettività dell'esecuzione della prestazione conforme al contenuto dell'offerta risultata aggiudicataria.

Proprio il riferimento al principio del risultato impone infatti di concepire la categoria della legittimità provvedimentale in termini non solo di conformità formale al paradigma normativo, ma anche di reale corrispondenza dei suoi effetti al disegno normativo: con un'attenzione, insomma, all'"ultimo miglio" dell'azione amministrativa.³⁰

4. L'incidenza del principio del risultato sulla causa del contratto della pubblica amministrazione: un ulteriore fattore nella direzione del contratto come strumento di governo.

Come accennato, la giurisprudenza richiamata nel paragrafo precedente ha chiarito che la funzionalizzazione della causa negoziale allo sviluppo sostenibile non può essere poi intesa in

²⁷ Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 27 maggio 2024, n. 4701, cit..

²⁸ F. FRACCHIA, *Transizioni: il punto di vista del diritto amministrativo*, Napoli, 2024.

²⁹ F. DE LEONARDIS, *Lo Stato ecologico. Approccio sistemico, economia, poteri pubblici e mercato*, Torino, 2023.

³⁰ In argomento sia consentito il rinvio a G. TULUMELLO, *Affidamento, buona fede, e fiducia nel nuovo codice dei contratti pubblici: la verifica delle categorie, e la disciplina dei rimedi (verso un "diritto amministrativo praticato")*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2023, ove anche il riferimento al recente studio del Conseil d'Etat francese « *L'usager, du premier au dernier kilomètre: un enjeu d'efficacité de l'action publique et une exigence démocratique* », Paris, 2023. In giurisprudenza la sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, n. 1596/2025, relativa ad un'azione di classe contro l'inefficienza della pubblica amministrazione, ha affermato che "la categoria della illegittimità, intesa come contrarietà al disegno normativo, si configura pertanto non soltanto nell'ipotesi di positiva adozione di un provvedimento il cui contenuto contrasta con il paradigma normativo, ma anche nella fattispecie di non episodica od occasionale ineffettività del risultato voluto dalla norma, conseguente alla mancata adozione delle misure organizzative necessarie per garantirne l'attuazione. La norma sanziona così scelte allocative di risorse che risultino disfunzionali (in quanto privilegiano attività ed obiettivi diversi o ulteriori), che determinano una sostanziale frustrazione o negazione dell'interesse pubblico primario indicato normativamente come tale, e che risultano pertanto lesivi di tale interesse (e dei correlati interessi legittimi) in modo non dissimile da quanto accade in ipotesi di adozione di un provvedimento illegittimo. In tal modo la dimensione dell'ineffettività (dovuta ad inefficienza) è fatta transitare dal legislatore nel perimetro dell'illegittimità amministrativa: sia pure – anche in ragione dell'oggetto, collettivo e non individuale, della domanda e del connesso accertamento - con effetti non caducatori ma unicamente correttivi (in funzione del recupero di effettività dell'azione amministrativa)". L'inefficienza entra dunque normativamente nell'area dell'illegittimità amministrativa, attraverso la categoria del (mancato) risultato.

relazione conflittuale con il principio del risultato, che secondo l'art. 1 del d. lgs. n. 36/2023 deve orientare l'attività contrattuale della pubblica amministrazione.³¹

Sul piano dell'esatto inquadramento dogmatico della nozione va anzitutto segnalato che la recente disciplina positiva dell'amministrazione di risultato in materia di contratti pubblici – peraltro ricognitiva di una regola comunque operante nel diritto amministrativo generale in forza dell'art. 97 Cost. - ha portato talora a ricostruzioni tendenti ad identificare tale obiettivo con l'efficace gestione della procedura di evidenza pubblica e con la conclusione (e l'esecuzione) comunque del contratto.

Il rischio di simili ricostruzioni, come si vedrà non autorizzate dal dettato normativo, è quello di prefigurare possibili frizioni fra legalità (intesa nell'accezione riveniente da una piena consapevolezza della disciplina e della funzione dei contratti della pubblica amministrazione) e risultato: rispetto alle quali è sufficiente richiamare – sul piano generale - l'antico monito per cui “Nell'ipotetico baratto tra l'efficienza e la legalità o legittimità (questi due termini sono strettamente collegati) si avrebbe quindi qualcosa di volgare, di quasi non decente”.³²

In questa prospettiva era stato infatti già chiarito, un ventennio or sono, che “La valutazione di risultato non confligge peraltro con la valutazione di legittimità: si tratta di due modi distinti e concorrenti, anzi in qualche modo intrecciati, di valutazione dell'attività amministrativa. Va ancora aggiunto che la valutazione di efficacia ha, come quella di legittimità, carattere (almeno tendenzialmente) generale: investe tutta l'attività amministrativa, quali che siano gli strumenti utilizzati (di diritto privato o di diritto pubblico) e quale che sia la natura dei risultati (decisioni attuate, prestazioni rese, ecc.)”.³³

Risulta pertanto fondato su solidi argomenti teorici il rilievo di chi ha osservato - a seguito dell'introduzione del risultato quale espresso parametro normativo dell'attività amministrativa in materia contrattuale ad opera del d. lgs. n. 36 del 2023 – che “è tuttavia possibile che, per una non infrequente eterogenesi dei fini, la declinazione del principio del risultato finisca invece, all'opposto,

³¹ In argomento, tra gli altri: R. CARANTA, *I principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici, artt. 1-12*, in *Giur. It.*, 8-9/2023, 1950 e segg.; E. CARUSO, *Equo trattamento dei lavoratori nel nuovo codice dei contratti pubblici tra sostenibilità e risultato amministrativo*, in *Dir. Amm.*, n. 4/2023, pagg. 863 e segg.; F. FRACCHIA, *Transizioni: il punto di vista del diritto amministrativo*, cit.; E. GUARNIERI, *Il principio di risultato nei contratti pubblici: alcune possibili applicazioni, tra continuità e innovazioni*, in *Dir. Amm.*, n. 4/2023, pagg. 829 e segg.; H. SIMONETTI, *Principio del risultato e gerarchia degli interessi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Judicium*, 12 settembre 2023; M. SPASIANO, *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere*, in *Federalismi.it*, n. 9/2024, pagg. 206 e segg.; G. TROPEA, *Il principio del risultato, della fiducia, della buona fede e dell'affidamento in alcune interpretazioni recenti*, in *Munus*, n. 2/2024, pagg. V e segg.

³² F. LEDDA, *Dal principio di legalità al principio d'infallibilità dell'amministrazione*, in *Foro. Amm.*, 11-12/1997, pagg. 3303 e segg.

³³ F.G. COCA, voce *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, agg., vol. VI, Milano, 2002, pagg. 100-101.

per ampliare il perimetro del sindacato giurisdizionale, piuttosto che diminuirlo. Da oggi, infatti, la corsa al risultato, in termini di rapidità ma anche di qualità dell'opera, del servizio o della fornitura, potrà tante volte essere invocata anche dai privati, con la conseguenza di far transitare nell'area della legittimità, e quindi della giustiziabilità, opzioni e scelte che sinora si pensava attenessero al merito e fossero come tali insindacabili".³⁴

Si tratta di una posizione condivisa dalla giurisprudenza.

La già richiamata affermazione contenuta nella sentenza n. 4701/2024 del Consiglio di Stato (secondo la quale "il risultato avuto di mira dalla legge in questo caso non è 'l'effettivo e tempestivo' svolgimento del servizio (a qualsiasi condizione)"), non è nuova nella giurisprudenza: la pure richiamata sentenza n. 11322/2023 del Consiglio di Stato aveva infatti precisato che la nozione di risultato, "anche alla luce del significato ad essa attribuito dal sopravvenuto d. lgs. n. 36 del 2023, (...) non ha riguardo unicamente alla rapidità e alla economicità, ma anche alla qualità della prestazione"; (...) Se si considera tale, fondamentale quadro, la "migliore offerta" è dunque quella che presenta le migliori condizioni economiche ma solo a parità di requisiti qualitativi richiesti" (nello stesso senso le sentenze nn. 3985/2024 e 2866/2024).³⁵

Non soltanto, quindi, il principio del risultato non può essere utilizzato in chiave antagonista rispetto al principio di legalità: ma – contribuendo a definire il profilo causale del contratto - diviene esso stesso parametro di legittimità dell'attività amministrativa di scelta del contraente, nella misura in cui esige che il contratto realizzi una efficace ed effettiva tutela di tutti gli interessi pubblici implicati, incluso quello allo sviluppo sostenibile, e non solo di quello – immediato - all'approvvigionamento.³⁶

Il risultato diviene così centrale nella definizione della transizione come "forma della funzione".³⁷

5. Uno sguardo al diritto dei privati: la stagione dell'autonomia privata conformata.

³⁴ H. SIMONETTI, *Principio del risultato e gerarchia degli interessi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, cit.

³⁵ Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 26 marzo 2024, n. 2866, in *Giorn. dir. Amm.vo*, n. 5/2024, pagg. 669 e segg., con nota di S. VACCARI, *Principio del risultato e legalità amministrativa*; e in *Giur. It.*, 12/2024, 2662, con nota di L. CAMERIERO, *Il principio del risultato nel prisma discrezionale dell'operazione amministrativa*.

³⁶ Occorre qui richiamare la riflessione sulla causa del contratto della pubblica amministrazione operata, sul piano dogmatico, da A. NERVI, *Profili strutturali e funzionali del contratto della pubblica amministrazione: la prospettiva dell'operazione economica*, in: V. Ricciuto-A. Nervi, *Il contratto della pubblica amministrazione*, vol. IV, 13 del Trattato di diritto civile diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2008, in particolare alle pagg. 209 e segg.: ove si osserva come "Dal punto di vista civilistico (...) è indubbio che il contratto della pubblica amministrazione sia un contratto funzionalizzato: esso è rivolto al perseguimento di interessi che il contraente pubblico non ha scelto da sé, nell'esercizio dell'autonomia che contraddistingue – in linea di principio – il soggetto privato, ma che derivano dalla missione istituzionale assegnatagli dall'ordinamento giuridico. (...) tale contratto è finalizzato al perseguimento di un obiettivo che nasce all'esterno del piano negoziale, e che viene poi recepito al suo interno".

³⁷ F. FRACCHIA, *Transizioni: il punto di vista del diritto amministrativo*, cit., pagg. 31 e segg.

Il descritto fenomeno evolutivo rafforza la convinzione secondo la quale il contratto non è, di per sé, il sintomo univoco della pariteticità del rapporto, e comunque strumento per il soddisfacimento di interessi individuali.

I rapporti di diritto pubblico, come del resto quelli di diritto privato, sono interessati da profonde spinte rinnovatrici: ma non nella direzione univoca della perdita d'identità dei primi, a vantaggio di una corrispondente espansione dei secondi.

Rivolgendo l'attenzione all'uso del contratto anche al di fuori dell'ambito dei contratti della pubblica amministrazione, occorre infatti domandarsi se l'affermata, apparente centralità – nella realtà dell'integrazione sociale - degli strumenti negoziali, nella misura in cui risulti essere un fenomeno effettivamente radicato, abbia prodotto l'effetto di spostare effettivamente il perno della mediazione giuridica dal diritto pubblico al diritto privato.³⁸

L'integrazione intersoggettiva realizzata attraverso gli strumenti del diritto privato non esclude la costruzione di una gerarchia degli interessi coinvolti nelle scelte negoziali,³⁹ e neppure lo scrutinio giudiziario di queste ultime secondo schemi mutuati dal diritto pubblico,⁴⁰ in quella che appare ormai come la “stagione dell'autonomia privata, c.d. *conformata*, ossia intrinsecamente connotata dal *dovere*, in quanto il potere (di porre regole) – sebbene elevato al rango di libertà costituzionale (art. 41, comma 1°) – è tuttavia chiamato dalla stessa fonte costituzionale (art. 41, commi 2° e 3°) a misurarsi sul terreno degli inderogabili doveri di solidarietà (art. 2 Cost.) e come tale è destinato a restare paralizzato e travolto dalle conformatrici ed eteronome determinazioni di fonte legale adottate in adempimento di siffatti doveri (...).”⁴¹

³⁸ Sulle diverse concezioni del diritto contrattuale, da semplice affare dei privati a strumento di controllo sociale, G. ALPA, *Le stagioni del contratto*, il Mulino, 2012.

³⁹ M. MEKKI, *L'intérêt générale et le contract. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Paris, L.G.D.J., 2004.

⁴⁰ A. RICCIO, *Il controllo giudiziario della libertà contrattuale: l'equità correttiva*, in *Contratto e impresa*, 1999, 939 e ss. M. BARALDI, *Il governo giudiziario della discrezionalità contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 2005, 501. M. BARCELLONA, *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, in: *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, 305. A. RICCI, *La ragionevolezza nel diritto privato: prime riflessioni*, in *Contratto e impresa*, 2005, 619. E.M. PIERAZZI, *La giustizia del contratto*, in *Contratto e impresa*, 2005, 647.

⁴¹ V. SCALISI, *Regola e metodo nel diritto civile della postmodernità*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 293. Per la recente affermazione del rilievo centrale, nella teoria generale e nella disciplina del diritto amministrativo, della teoria dei doveri, F. FRACCHIA, *I doveri intergenerazionali. La prospettiva dell'amministrativista e l'esigenza di una teoria generale dei doveri intergenerazionali*, ne *Il dir. dell'ec.*, 2021, pagg. 55/69; F. FRACCHIA E P. PANTALONE, *Decider(c) per la morte: crisi, sostenibilità, energie rinnovabili e semplificazioni procedurali. Interpretare il presente con il paradigma delle relazioni intergenerazionali nutrite di solidarietà*, Napoli, 2022; P. PANTALONE, *La crisi pandemica dal punto di vista dei doveri. Diagnosi, prognosi e terapia dei problemi intergenerazionali secondo il diritto amministrativo*, Napoli, 2023. P. PANTALONE, *Crisi pandemica e paradigma delle responsabilità intergenerazionali*, ne *Il dir. dell'ec.*, 2025, pagg. 1 e segg.

In una fase in cui perfino nel diritto dei contratti l'importanza del consenso negoziale appare – talora - recessiva rispetto alla funzionalizzazione del rapporto ad interessi superindividuali, la sempre maggiore diffusione degli strumenti contrattuali nell'azione amministrativa non autorizza l'affermazione di una trasformazione in senso privatistico (tradizionalmente inteso) dell'attività della pubblica amministrazione.

Si potrebbe viceversa affermare che il diritto amministrativo ha scoperto la via del consenso quando ormai questa, anche in diritto civile, ha perduto significativi tratti della sua originaria identità, e soggiace inesorabilmente ai limiti imposti dai doveri solidaristici e dal potere conformativo che nella logica dello Stato sociale contribuisce a determinare il regime degli interessi individuali.

In una fase storica in cui la stessa autonomia privata è dunque riguardata nella logica del “potere di cui l'atto contrattuale è espressivo”⁴², dandosi evidentemente conto del dato per cui l'oggettivizzazione degli scambi ed una nuova “idea dirigitica”⁴³ procompetitiva di matrice comunitaria hanno spostato l'attenzione dal consenso ai “limiti dell'esercizio della libertà”⁴⁴ (negoziale), l'affermazione per cui la figura del contratto avrebbe realizzato gli obiettivi della equiordinazione e del consensualismo, rappresentati – in questa chiave - in opposizione logica ed ideologica rispetto alla tradizionale forma di esercizio del potere amministrativo, appare difficilmente condivisibile.

Se si ha riguardo non agli strumenti, ma ai valori e agli interessi, il problema non è quello della fuga dal diritto pubblico verso il diritto privato ma, semmai, quello di una ridefinizione dei confini imposta da fenomeni sociali che pongono in discussione la base su cui poggia l'assetto giuridico tradizionale.⁴⁵

Il contratto, dunque, anche per effetto dell'influenza comunitaria, è sempre meno figura ideologicamente legata al dogma della volontà, e sempre più strumento calato in un contesto di rapporti cui non è più estranea la tutela (o comunque, la considerazione) di interessi superindividuali.

⁴² A. CATRICALÀ, *L'esame di diritto civile*, VI ed., Maggioli, 2005, p. 34, ove ampi richiami alla nota tesi formulata in proposito da P. RESCIGNO.

⁴³ A. CATRICALÀ, *L'esame di diritto civile*, cit., p. 33.

⁴⁴ A. CATRICALÀ, *L'esame di diritto civile*, cit., p. 36.

⁴⁵

N. IRTI, *Codice civile e società politica*, V ed., Roma-Bari, 2004, 12, ove (p.13) la precisazione che “l'indebolimento della Costituzione, più sopra descritto, ha restituito o attribuito al codice civile un'inattesa responsabilità. Controversa è l'identità dello Stato; discussi i fondamenti storici della Repubblica (dalla lotta di liberazione all'antifascismo); messa in discussione l'unità territoriale; legittimati dal consenso elettorale partiti della destra estrema e del localismo nordico; questi fatti, così densi e penetranti, hanno riaperto la *scissione tra borghese e cittadino*, tra membro della società civile e membro della società politica. E, mentre il secondo prende luogo nella lotta dei partiti, e dà opera alla critica o alla difesa della Carta repubblicana; oppure lascia che le cose, orientate dalla volontà altrui, facciano il loro corso; il primo continua la propria vita, immerso nella *particolarità* dei negozi e nella *quotidianità* dei bisogni”.

La stessa disciplina civilistica delle invalidità negoziali negli ultimi anni ha profondamente risentito di questa tendenza evolutiva.⁴⁶

Ma soprattutto, per restare nell'abito materiale già esaminato con riferimento ai contratti della pubblica amministrazione, gli stessi civilisti affermano che «il rapporto soggetto-ambiente, ove svolto al di fuori di ogni strumentalismo, può diventare addirittura paradigmatico del corretto modo di intendere oggi la giuridicità»; e che il principio dello sviluppo sostenibile «non può essere relegato ad una dimensione esclusivamente pubblica o normativa perché, se correttamente inteso, finisce per diventare criterio di giudizio dello stesso modo di intendere il rapporto tra persona e mercato, facendo prevalere gli interessi personali su quelli esclusivamente patrimoniali».⁴⁷

Ulteriore prospettiva di interazione fra strumenti privatistici e pubblicistici è poi quella relativa alle relazioni fra surriscaldamento climatico, tutela dell'ambiente e disciplina della concorrenza: recenti decisioni giurisprudenziali relative a liti fra privati hanno infatti dimostrato che tale disciplina incide sulla regolazione pubblica (sul piano della limitazione di alcune libertà imprenditoriali), stabilendo una significativa connessione fra affidamento dei consumatori, tutela della concorrenza e disciplina della transizione ecologica.⁴⁸

La dottrina afferma così, tra l'altro, che «l'interesse ambientale diventa un limite interno allo sviluppo economico e quindi all'attività di impresa e all'autonomia negoziale. Vi è stato chi ha addirittura parlato – con una solo apparente forzatura terminologica – di “contratto ecologico”, pensando ad un contratto in cui l'interesse ambientale penetra e colora la causa del contratto».⁴⁹

⁴⁶ G. GIOIA, *Nullità di protezione tra esigenze del mercato e nuova cultura del contratto conformato*, in *Corr. giur.*, 1999, 612; V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Europa e diritto privato*, 2001, 489 e ss.; ID., *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 201 e ss.; G. AMADIO, *Nullità anomale e conformazione del contratto (note minime in tema di “abuso dell'autonomia contrattuale”)*, in *Riv. dir. privato*, 2005, 285 e ss.

Sulle ricadute di tale evoluzione nella disciplina dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione, sia consentito il rinvio a G. TULUMELLO, *Vizi del procedimento di evidenza pubblica e regime dei contratti della pubblica amministrazione*, in *Foro Amm.vo-Consiglio di Stato*, 2003, 3320 e ss.

⁴⁷ N. LIPARI, *Premesse per un diritto civile dell'ambiente*, in *Riv. dir. civ.*, 2024, 2, pagg. 209 ss.; ove, tra l'altro, il rilievo per cui «Nel mutato scenario ecologico-istituzionale il diritto, anche quello privato, è chiamato a confrontarsi con nuove occasioni di danno e di pericolo, prima impensabili o sconosciute, cui corrispondono esigenze di tutela meritevoli di protezione da parte dell'ordinamento. Si tratta, in altre parole, di registrare il progressivo acquisto di rilevanza giuridica da parte di eventi lesivi un tempo privi di significato, non solo perché non riscontrabili o verificabili, ma anche (e più spesso) perché concepiti come una mera fatalità, semplici retroscena di un paradigma concettuale, quello della crescita economica, e di un sistema, quello giuridico, ritenuti non idonei ad occuparsi di eventi o situazioni che travalicano la soglia temporale del presente. Va sempre più chiaramente emergendo un bisogno di sicurezza della società, dichiarato secondo un orizzonte temporale di lungo periodo». Nel senso che «la questione ambientale imponga, oggi, di rimeditare gli istituti fondamentali del diritto privato», R. NATOLI, *Diritto privato e tutela dell'ambiente: the times they are a-changin*, in *Nuovo diritto civile*, n. 1/2024.

⁴⁸ D. BEVILACQUA, *Il greenwashing e la tutela dei consumatori*, in *Giorn. dir. amm.vo*, n. 2/2024, pagg. 448 e segg.

⁴⁹ N. LIPARI, *Premesse per un diritto civile dell'ambiente*, cit., ove l'ulteriore affermazione secondo la quale «se ci si colloca nell'ottica della sostenibilità, non è più possibile assegnare alla proprietà e all'impresa il loro valore originario, proprio della cultura liberale, di diritti di libertà, che non consentirebbe altre limitazioni se non quelle funzionali al sistema commerciale di mercato e la cui circolazione sarebbe esclusivamente riservata alla libertà negoziale». Il riferimento è a M. PENNASILICO,

L'esigenza di contrastare il cambiamento climatico permea dunque di sé l'autonomia negoziale dei privati, oltre che delle pubbliche amministrazioni, nel contesto di una «nuova conformazione verde del diritto pubblico dell'economia»⁵⁰ (e, sembrerebbe, non solo del diritto pubblico).

6. Riflessioni conclusive sul tema della funzione: valori (individualismo v. solidarietà) e strumenti (provvedimenti e contratti).

Tuttavia, se - come indica il titolo di una recente riflessione - “il contratto è politica”,⁵¹ è anche vero che la richiamata formula del governare attraverso i contratti pubblici pone certamente l'accento più sulla funzione che sullo strumento.⁵²

Quest'ultimo ha infatti perso la sua originaria fisionomia essendo sempre più intriso di autoritatività (considerata non solo l'unilateralità della predisposizione del contenuto degli obblighi contrattuali, ma anche l'obbligatorietà nell'inserimento degli stessi di impegni funzionali non già all'interesse negoziale immediato, ma ad obiettivi di politica economica e sociale), e dunque sempre meno connotato da ciò che in teoria dovrebbe contrapporlo al provvedimento, vale a dire una reale ed effettiva volontà bilaterale come ragione e fondamento dell'impegno negoziale.

L'ambito materiale di operatività dei contratti, inoltre, non è più così nettamente distinto da quello del provvedimento, a seguito della trasformazione della causa negoziale del contratto di appalto pubblico, conseguente alla definizione normativa di un interesse pubblico - cui il contratto stesso è funzionale - più evoluto e complesso rispetto a quello originariamente individuato nella necessità materiale di acquistare dai privati beni o servizi, o di realizzare opere.

L'evoluzione della domanda pubblica non può che implicare un necessario e corrispondente adeguamento dell'offerta: determinando così una trasformazione del relativo mercato.

La giurisprudenza ha infatti chiarito che la causa della gara pubblica consiste nell'approvvigionare, mediante il più conveniente dei possibili contratti, l'amministrazione delle opere, dei beni o dei servizi di cui effettivamente necessita nell'interesse generale, e non nel mero

Contratto ecologico e conformazione dell'autonomia negoziale, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2017, 1.

⁵⁰ F. DE LEONARDIS, *Lo Stato ecologico. Approccio sistemico, economia, poteri pubblici e mercato*, cit., XIX.

⁵¹ T. DALLA MASSARA - A. NERVI, *Il contratto è politica, riflessioni sul contemporaneo in una conversazione con Giuseppe Guizzi*, Milano, BookTime, 2024: la riflessione degli Autori descrive molto bene lo stato di disegualianza sostanziale entro il quale opera oggi lo strumento contrattuale fra i privati.

⁵² Rimane pertanto valida l'intuizione di chi individuò la categoria dei contratti della pubblica amministrazione come “caratterizzata dalla rilevanza funzionale, emergente anche nella disciplina del rapporto, del momento pubblicistico su di uno schema procedimentale costituito da momenti autoritativi commisti con attività negoziale” (L.V. MOSCARINI, *Profili civilistici del contratto di diritto pubblico*, Milano, 1988, pag. 67).

mettere a disposizione delle imprese interessate un'occasione di lavoro da modulare sulle loro preferenze organizzative (cfr. Cons. Stato, sez. V, 27 ottobre 2022, n. 9249; id., 4 ottobre 2022, n. 8481; id., 2 marzo 2022, n. 1486; id., 20 aprile 2020, n. 2486).

Nel diritto dei privati – soprattutto nei contratti tra imprenditori – si assiste ad un fenomeno analogo, per cui la contrattazione risente dei (e cristallizza i) rapporti di forza:⁵³ non di forza istituzionale, ma sociale ed economica, prodotta dalle dinamiche di mercato.⁵⁴

Il contratto fra privati diventa così strumento delle diseguaglianze create dalle posizioni di mercato.

Il che ha prodotto in ambito civilistico l'ulteriore effetto della “giurisprudenza creativa”, che si è attribuito il compito di “leggere” la regola in funzione correttiva, per riequilibrare gli squilibri che però il contratto ha, appunto, cristallizzato.⁵⁵

La particolarità, però, è che nei contratti fra privati tutto ciò avviene senza condizionare il contenuto negoziale ad obiettivi di solidarietà: l'asimmetria fra le parti è comune, ma solo nei contratti della P.A. questa è compensata sul piano funzionale.

Non infatti va trascurato che tutto ciò, come già accennato, si cala – “nel tempo della violenza della storia, della cultura algoritmica, della realtà immateriale del mondo digitale”⁵⁶ – in uno scenario di complessiva decostruzione delle categorie sociali, e di ingresso nell'epoca post-sociale,⁵⁷ che potrebbe portare a prefigurare – dopo “un diritto senza Stato”⁵⁸ – un “mondo senza diritto”.⁵⁹

⁵³ Il contratto non esclude infatti l'esistenza di significative posizioni di potere : P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, Paris, L.G.D.J., 2004.

Nella dottrina italiana C.M. BIANCA, *Le autorità private*, ora in *Realtà sociale ed effettività della norma – scritti giuridici*, vol. I, Milano, 2002, 105; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, IV ed., Milano, 2003, 395: “Investiti di potere, sia di diritto che di fatto, figurano quei soggetti o quei centri di potere (sociale od economico) che godono di posizioni di supremazia o di dominio nei rapporti con altri soggetti, i quali, per così dire, si trovano nella situazione di ‘sottomessi’ (al potere dei primi). Si possono fare gli esempi (...) dei poteri di cui gode un qualsiasi soggetto ‘economicamente più forte’ sul terreno della conclusione dei contratti (imponendo ad es. *condizioni generali*)”.

In argomento, altresì, U. BRECCIA, L. BRUSCUGLIA, F. D. BUSNELLI (a cura di), *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo*, Torino, 2001.

⁵⁴ Sulla “disparità del potere contrattuale delle parti” si sofferma A. NERVI, *Profili strutturali e funzionali del contratto della pubblica amministrazione: la prospettiva dell'operazione economica*, cit., pag. 167.

⁵⁵ Su tale fenomeno si veda, tra gli altri, C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, e in particolare il II capitolo (“Giurisprudenza creativa e dottrina remissiva”).

⁵⁶ A. FEDERICO, *Presentazione*, in R. De Stefano, *Il problema del diritto non naturale*, Ristampe della Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino, Napoli, 2024, pag. XXV.

⁵⁷ A. TOURAINE, *La fin des sociétés*, Paris, Seuil, 2013.

⁵⁸ L. COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'Etat*, Paris, 1985.

⁵⁹ S. BRACONNIER, *Un monde sans droit?*, L'Aube, 2023, ove i richiami al ruolo dell'università e della ricerca giuridica nella «nécessité de réacculturer la société au droit et au principe d'intérêt général», e nell'esigenza di «refaire du droit un langage commun»; e ove anche la constatazione che la fragilità del diritto deriva anche dalla fragilità del potere politico.

In questo contesto, contrariamente a quanto auspicato in una fase precedente del processo evolutivo che si è esaminato, il mercato e la concorrenza – e, conseguentemente, i contratti fra privati – sembrano dunque allontanarsi sempre di più dall’obiettivo della solidarietà, pur essendo sempre più interessati a fenomeni di interventismo normativo teoricamente funzionali (anche) ad esso.⁶⁰

Al contrario, la nuova connotazione funzionale impressa ai contratti della pubblica amministrazione riguarda definitivamente tali strumenti negoziali dalla dimensione della mera scelta organizzativa ad una forma di amministrazione di risultato, che attraverso l’impegno negoziale provoca artificialmente – contro quello che sarebbe il naturale comportamento delle parti – non più soltanto le condizioni di concorrenza, ma anche un’esecuzione della prestazione contrattuale orientata alla tutela di interessi superindividuali, apparentemente estranei all’oggetto materiale immediato del contratto.⁶¹

Ciò dovrebbe inevitabilmente indurre, come detto, un adattamento dell’offerta nella direzione di un mercato segnato, suo malgrado, dalla solidarietà.

Se il contratto della pubblica amministrazione diviene strumento di governo, e viene disciplinato come tale, si hanno allora due conseguenze.

Nella specifica prospettiva del diritto amministrativo si interroga – tra l’altro – sulle «condizioni di sopravvivenza del sistema sociale del diritto», F. FRACCHIA, *Lo spazio della pubblica amministrazione. Vecchi territori e nuove frontiere, Un quadro d’insieme*, in *Dir. econ.*, 2023, 2, pagg. 24 e ss.

⁶⁰ Si vedano le considerazioni di N. IRTI, *Sul potere planetario dell’insostenibile*, in *Riv. dir. civ.*, n. 6/2024, pagg. 1035 e segg.: “La logica dell’impresa è la logica del profitto: essa è stata concepita e costruita in funzione di questo scopo: il quale, appunto, ne determina la struttura e ne governa il funzionamento. Il profitto non trova in se’ stesso alcun limite, alcuna forza frenante, ma obbedisce al destino di un indefinito prodursi e accrescersi. (...) Non la scienza economica, non le leggi positive segnano limiti al profitto, che può accrescersi in qualsiasi misura e così’ soddisfare lo scopo originario e costitutivo dell’impresa. (...) Il capitalismo, consapevole che l’indefinito esercizio dell’attività economica rischia di distruggere la terra, potrebbe darsi lo scopo di salvaguardarla, così annullando se’ stesso nella forma di impresa destinata a conseguire profitto. Ma le due logiche – del profitto e della salvezza ecologica – non possono coesistere insieme: o l’una o l’altra. E’ l’aut-aut, a cui si sottraggono le deboli menti degli utopisti, consolanti predicatori di serena e felice umanità. Sembra piuttosto ingenuo il tentativo, spesso perseguito da generosi dottrinari, di modificare lo scopo dell’impresa (sostituendo al profitto un generico e indeterminato ‘bene comune’), e insieme di conservarne la struttura. Ingenuo e illogico, poiché la struttura si conforma e adegua allo scopo, ed oggi è tutta costruita e funzionante in vista degli utili di esercizio. Il mutamento di scopo – si è di sopra avvertito – non tocca un profilo accidentale e secondario, ma l’essenza stessa dell’impresa, quale si è configurata nel capitalismo moderno. Necessaria per interiore razionalità è la correlazione fra struttura e scopo, il ‘come è fatta’ e il ‘perché è fatta’. Il ‘come’ si conforma al ‘perché’. La morfologia degli istituti giuridici corrisponde a scelta e gerarchia degli scopi”.

⁶¹ Sulla causa dei contratti della pubblica amministrazione in funzione di controllo, con particolare riferimento alla “razionalità di quella data operazione contrattuale rispetto alle dinamiche del mercato ed alle esigenze di tutela del suo assetto concorrenziale”, A. NERVI, *Profili strutturali e funzionali del contratto della pubblica amministrazione: la prospettiva dell’operazione economica*, cit. pag. 217. L’A. introduce la riflessione osservando (pag. 209) che mentre in ambito civilistico si “tende a svalutare, talora in misura anche considerevole, il ruolo e l’importanza dell’elemento causale, fino a ritenerlo ormai sostanzialmente irrilevante ai fini dell’analisi e della comprensione dell’istituto contrattuale”, invece la materia dei contratti della pubblica amministrazione ruota attorno alla “centralità della causa”.

La prima è che le scelte di governo non attengono alla sfera della libertà negoziale (o, se si preferisce, della volontà e del consenso), ma a quella dell'autorità (il che è confermato dal passaggio dall'inserimento volontario a quello obbligatorio delle clausole ambientali).⁶²

La seconda, connessa alla prima, è che si riduce (o meglio si ridefinisce) di conseguenza – specie nei rapporti con la legge - il tradizionale confine tra libertà negoziale e potere discrezionale dell'amministrazione⁶³, e il margine di scelta fra provvedimento e contratto.⁶⁴

La ragione (e al tempo stesso la direzione) sembra essere quella della “concezione integrale della giuridicità”⁶⁵ indicata da Salvatore Pugliatti.

⁶² A. NERVI, *Profili strutturali e funzionali del contratto della pubblica amministrazione: la prospettiva dell'operazione economica*, cit. pag. 215, osserva che le regole negoziali unilateralmente predisposte dal contraente pubblico costituiscono “il risultato non solo di un atto di autonomia negoziale, ma – più specificamente – di un vero e proprio potere normativo”.

⁶³ “Anche nella scelta fra più mezzi egualmente consentiti, la amministrazione è tenuta a dare la preferenza al più adatto, più utile e conveniente in ordine al fine che si tratta di conseguire: l'uso di un mezzo inadatto o inopportuno costituisce vizio di merito dell'attività. È chiaro, quindi, quanto sia diversa la discrezionalità dell'amministrazione dalla comune libertà. Quest'ultima è la facoltà di scelta di cui ciascuno dispone nella direzione della propria vita e nella cura dei propri interessi; quella è la facoltà di scelta propria di colui che agisce al servizio degli altri, cioè per il conseguimento di fini altrui, di fini da altri imposti e voluti” (G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, VIII ed., Milano, 1958, 31).

⁶⁴ G. PERICU, *Le ipotesi ricostruttive. I modelli giuridici dell'attività consensuale*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco e F.G. Scoca, IV ed., Bologna, 2005, pag. 294: “Muovendosi dal presupposto che l'interesse pubblico può essere perseguito anche mediante negozi disciplinati dal diritto civile, è stata valutata la possibilità di consentire alla p.A. di scegliere di volta in volta se utilizzare gli strumenti giuridici rinvenibili nell'ambito del diritto pubblico ovvero quelli apprestati dal diritto privato. (...) Né la dottrina, né la giurisprudenza hanno elaborato risposte univoche: si passa da posizioni eccessivamente liberali sino ad altre del tutto negative. La risposta corretta si deve ritrovare muovendo dalla considerazione che l'abbandono dello strumento di diritto amministrativo ed il ricorso ad atti di diritto privato non deve rappresentare né una ‘fuga’ dal sistema dei controlli, né l' ‘abbandono’ dell'insieme di regole che garantiscono la presenza, nel procedimento di elaborazione della decisione amministrativa, di valori costituzionalmente garantiti”.

⁶⁵ A. FEDERICO, *Introduzione – L'ultima lezione di Salvatore Pugliatti*, in S. Pugliatti, *Il diritto ieri, oggi, domani – ultima lezione*, Messina, 2024, pag. 8; ove anche (pag. 10) l'indicazione delle ragioni storiche di una simile necessità evolutiva: “Il domani che Pugliatti teme e si prefigura sperando, ciò nonostante che potesse essere scongiurato è diventato il nostro tremendo oggi. Un presente in cui le premonizioni di cui parla testualmente Pugliatti le catastrofi dovute al cambiamento climatico, i conflitti bellici disumani, l'incubo dell'atomica, il fallimento della solidarietà e della Comunità internazionale priva di un diritto effettivo si sono in gran parte avverate”.