

RIVISTA QUADRIMESTRALE
DI
DIRITTO DELL'AMBIENTE

NUMERO 2 - 2025

MAURO SILVESTRI

*Tra concorrenza, contratti attivi e specialità agraria. La gestione
sostenibile dei terreni agricoli di proprietà pubblica*



ISSN 2239-964X

MAURO SILVESTRI*

Tra concorrenza, contratti attivi e specialità agraria. La gestione sostenibile dei terreni agricoli di proprietà pubblica

SOMMARIO: 1. *Introduzione.* – 2. *Il patrimonio agricolo pubblico: dimensioni e problemi di gestione.* – 3. *Il quesito di ricerca.* – 4. *L'estensione delle logiche concorrenziali ai contratti attivi.* – 4.1. *Dai regi decreti di contabilità al codice del 2016.* – 4.2. *Interpretazioni estensive e analogiche dei codici dei contratti del 2006 e del 2016. Critica.* – 4.3. *Interpretazioni estensive più moderate, basate sui principi generali dei Trattati.* – 4.4. *L'estensione per legge: il decreto correttivo n. 56 del 2017.* – 5. *Segni di tempi nuovi.* – 5.1. *Beni culturali. La natura dei beni come elemento qualificante della disciplina.* – 5.2. *Né in house né mercato. La via del terzo settore.* – 5.3. *La Commissione si interroga: quali limiti alla concorrenza?* – 6. *Un riconoscimento normativo di segno diverso: il codice dei contratti pubblici del 2023.* – 7. *Sintesi dei risultati raggiunti. Le norme oggi applicabili ai contratti attivi in generale.* – 8. *La disciplina speciale dei contratti agrari e il suo fondamento costituzionale.* – 9. *La questione delle antinomie normative: codici dei contratti, leggi di contabilità e leggi agrarie.* – 10. *La soluzione concorrenzialista.* – 11. *Per una soluzione rispettosa della specialità agraria.* – 11.1. *Contro l'applicabilità indiscriminata delle norme unionali ai contratti agrari.* – 11.2. *Le antinomie di diritto interno: regi decreti e principio di concorrenza versus norme agrarie.* – 11.3. *Le norme unionali, ove pure applicabili ai contratti agrari, soffrono deroghe.* – 12. *Conclusioni.*

1. Introduzione

Il presente contributo si propone di riflettere sull'individuazione della normativa applicabile ai contratti attivi della pubblica amministrazione, in particolare quando essi assumano ad oggetto beni dotati di caratteristiche peculiari, sulla risoluzione delle delicate antinomie tra le diverse fonti e sulle premesse giuridiche necessarie al compimento di tale articolata operazione.

La questione giuridica è di grande rilevanza siccome paradigmatica dei rapporti tra l'ordinamento unionale e quello interno, delle reciproche influenze esercitate nel tempo da dottrina e giurisprudenza nell'interpretazione delle

* Professore associato di Diritto amministrativo nel Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università degli studi di Firenze. E-mail: mauro.silvestri@unifi.it.

norme in materia, nonché del rapporto tra norme generali (e, perlopiù, di principio), da un lato, e discipline settoriali dall'altro.

L'analisi condurrà poi ad affrontare specificamente il tema della gestione dei beni agricoli pubblici, con particolare riferimento alla disciplina applicabile alla conclusione dei contratti di locazione di tali beni da parte delle pubbliche amministrazioni.

In questo contesto, il tema dei contratti agrari può apparire in prima battuta marginale in fatto, ma assume in realtà un significato cruciale, se solo si considerino le dimensioni del patrimonio coinvolto e le rilevanti implicazioni economiche, ambientali e sociali legate al suo utilizzo.

Lo studio si colloca nel quadro delle attività scientifiche del progetto PRIN 2022 PA-LIVES – *Public Administration and Legal Instruments for Valuing Ecosystem Services*, dedicato allo studio degli strumenti di diritto amministrativo funzionali alla valorizzazione dei servizi ecosistemici¹. A questo scopo, il tema dei contratti agrari rappresenta un osservatorio privilegiato per verificare come le amministrazioni pubbliche possano contribuire a rendere percepibile il valore – spesso sommerso – generato dagli ecosistemi agricoli, attraverso strumenti giuridici adeguati alla loro gestione sostenibile.

La materia in oggetto si presenta oggi segnata da profonde contraddizioni normative e applicative. Da un lato, le amministrazioni pubbliche detengono – direttamente o attraverso enti strumentali – centinaia di migliaia di ettari di suoli agricoli suscettibili di generare reddito o valore d'uso. Dall'altro lato, le pratiche di gestione di questi beni finora più diffusamente adottate sono risultate spesso inefficaci, disordinate e talvolta persino disfunzionali, a causa, anche, di un'applicazione acritica ai contratti attivi, e segnatamente ai contratti di locazione agraria, del principio di concorrenza così

¹ Il progetto PRIN 2022 PA-LIVES – *Public Administration and Legal Instruments for Valuing Ecosystem Services*, finanziato dal Ministero dell'Università e della Ricerca, ha per oggetto lo studio degli strumenti di diritto amministrativo funzionali alla valorizzazione dei servizi ecosistemici, intesi come i molteplici benefici forniti dalla natura alla società. Il progetto è promosso da un gruppo di ricerca congiunta tra le Università Bocconi, Insubria, Macerata e Salento. *Principal Investigator* e responsabile dell'unità locale Bocconi è il prof. Fabrizio Fracchia; responsabili locali delle altre Università sono i professori Maurizio Cafagno, Francesco de Leonardis, Massimo Monteduro. Per una rapida ricognizione dei risultati delle scienze ecologiche e per un primo inquadramento giuridico del concetto di servizi ecosistemici, si rimanda alla raccolta di scritti che costituisce tappa intermedia delle riflessioni svolte presso l'unità locale dell'Insubria: M. CAFAGNO-G. CAVALIERI (a cura di), *Servizi ecosistemici e tutela giuridica dell'ambiente*, Milano-Udine, 2025, e ivi in particolare al saggio introduttivo a firma dei curatori, specialmente 8 ss. e nota 1.

come forgiato nell'ambito degli appalti pubblici.

L'indagine si propone pertanto: in primo luogo, di ricostruire il quadro normativo generale e la normativa applicabile ai contratti agrari della pubblica amministrazione, con specifica attenzione alla disciplina speciale contenuta nelle leggi agrarie e alle sue implicazioni costituzionali ed eurounitarie; e, in secondo luogo, di proporre una rilettura di tale articolata trama normativa che sia orientata al rispetto della peculiare natura del bene "terra", oggetto dei contratti in questione, tramite il superamento dell'interpretazione meramente concorrenzialista che ha dominato una parte della dottrina, della giurisprudenza e della prassi amministrativa negli ultimi decenni.

2. Il patrimonio agricolo pubblico: dimensioni e problemi di gestione

Il patrimonio agricolo pubblico costituisce una componente piuttosto significativa del complesso dei terreni coltivati in Italia.

Non è possibile entrare in questa sede nel dettaglio delle classificazioni dei fondi, adottate dai vari enti incaricati della rilevazione statistica. Sia sufficiente questo dato: secondo il rapporto più recentemente diffuso dal Ministero dell'Economia e delle Finanze², i terreni di proprietà dello Stato e di tutti gli altri enti pubblici, considerati nel loro insieme, coprono una superficie di circa due milioni e ottocentomila ettari (quasi il dieci per cento dell'intero territorio nazionale); di essi circa ottocentomila sono terreni agricoli e un

² Cfr. il *Rapporto sui beni immobili delle amministrazioni pubbliche*, pubblicato nel settembre 2021 dal Ministero dell'Economia e delle Finanze – Dipartimento del Tesoro, recante dati aggiornati al 2018. Il Rapporto è reperibile su https://www.dt.mef.gov.it/it/news/2021/rapporto_annuale_pa2018.html, consultato l'ultima volta il 26 luglio 2025. Nonché, per un primo commento, L. BRUGNARA-G. MUSSO, *Il patrimonio immobiliare della pubblica amministrazione: un aggiornamento*, in *Osservatorio Conti pubblici italiani*, 10 dicembre 2021, in <https://osservatoriocpi.unicatt.it/ocpi-pubblicazioni-il-patrimonio-immobiliare-della-pubblica-amministrazione-un-aggiornamento>. Nella sezione "open data" della pagina del sito del Dipartimento del Tesoro dedicata al censimento periodico degli immobili sono disponibili anche i dati di dettaglio e anche più recenti (fino al 2022), sebbene in forma non elaborata graficamente e dunque di consultazione meno agevole; si riporta il collegamento: https://www.de.mef.gov.it/it/attivita_istituzionali/patrimonio_pubblico/censimento_immobili_publici/open_data_immobili/, consultato da ultimo il 26 luglio 2025. Non vi è incongruenza dei numeri citati rispetto a quanto riportato nel Censimento Agricoltura 2010 dell'ISTAT, a mente del quale i terreni agricoli pubblici sarebbero assommati alla più ridotta superficie di circa trecentoquarantamila ettari. La causa dell'importante differenza è da ricondursi principalmente al fatto che il Censimento ISTAT ha riguardato la sola superficie agricola utilizzata (SAU), mentre il Rapporto MEF include tutti i terreni agricoli, senza distinzioni.

milione e seicentomila sono foreste e pascoli.

Con la precisazione che non rientrano in queste cifre le superfici che non formano oggetto di diritti dominicali delle pubbliche amministrazioni, ma che sono nondimeno sottoposte a forme di gestione pubblica³, né le c.d. proprietà collettive, le quali ultime da sole assommano a circa seicentomila ettari⁴.

La rilevanza di tali dati è duplice. In primo luogo, essa attesta l'esistenza di un "capitale territoriale pubblico" di proporzioni sistemiche, il cui potenziale produttivo e ambientale resta oggi, almeno in parte, inespresso. In secondo luogo, richiama l'attenzione sulle scelte concrete di gestione – o, per meglio dire, sull'assenza di una strategia gestionale coerente – adottate dai soggetti pubblici titolari.

A questo proposito, può essere utile per la comprensione della prassi generale considerare i dati del sottosistema costituito dai terreni agricoli di proprietà di enti del sistema sanitario nazionale e, più ancora in particolare, di quelli operanti in territorio lombardo. La gestione fondiaria operata dagli enti sanitari regionali ammonta a circa trentamila ettari in tutto il territorio nazionale; nella sola Lombardia, la dotazione fondiaria dei soggetti del Servizio Sanitario Regionale ammonta a circa quindicimila ettari⁵.

Il campione selezionato, se guardato in proporzione alla dimensione complessiva del patrimonio rurale nazionale, è quantitativamente limitato. Si può nondimeno ritenere significativo per tre ordini di ragioni: i) in termini

³ Si pensi, a titolo di esempio, ai terreni di cui gli enti pubblici sono conduttori ovvero a quei fondi di proprietà privata che ricadono nel perimetro di un parco nazionale o regionale o di una riserva naturale, che soggiacciono a importanti poteri pubblici di pianificazione e conformazione.

⁴ M. GRECO, *Le statistiche sulle Common Land nell'Unione Europea e in Italia*, in *Agriregionieuropa*, vol. 36, 2014. Sulla perdurante rilevanza delle proprietà collettive, v. M. RENNA-C. MICCICHÉ, *Beni pubblici e diritti d'uso pubblico. La resilienza delle prerogative collettive al mutare dei modelli di sviluppo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2022, p. 689 ss., da cui può ritrarsi la sintetica descrizione delle proprietà collettive come quei diritti che «assicurano a comunità di persone più o meno ampie la possibilità di beneficiare di alcune utilità ricavabili da cose che sono al contempo oggetto di diritti dominicali altrui, come nel caso delle strade vicinali a uso pubblico o di certi beni culturali» (p. 690), la cui disciplina si avvicina in larga misura a quella dei beni pubblici (cfr. l'articolo citato, *passim*). Sul punto v. anche F. MARINELLI, *"La terra è di Dio". I beni collettivi tra storia e diritto*, Centro studi sulle proprietà collettive e la cultura del giurista "Guido Cervati", L'Aquila, 2020.

⁵ V. i dati di dettaglio reperibili nella sezione *open data* del MEF. A differenza di quelli relativi agli anni 2019-2022, quelli relativi al 2018 sono particolarmente perspicui anche nella versione tabellare scaricabile dal sito del Ministero e, rielaborati in formato grafico, sono consultabili anche in *Corriere della Sera*, Dataroom, 2 febbraio 2022.

assoluti, le aree agricole degli enti sanitari lombardi coprono una superficie importante, pari all'1,5% della superficie agricola totale regionale; ii) ferme le specifiche e gravi carenze informative di cui si dirà appresso, la qualità dei dati pubblici reperibili è piuttosto buona⁶; iii) gli enti pubblici lombardi vantano una tradizione di efficienza e capacità amministrativa, che è tendenzialmente confermata anche in tempi recenti⁷. Sono questi gli elementi che hanno consentito di osservare nella specifica situazione lombarda, oltre alle gravi difficoltà di cui si dirà in prosieguo, anche i semi di una gestione innovativa e più orientata nella direzione proposta nel presente studio.

Anche l'uso dei fondi agricoli degli enti sanitari lombardi sembra caratterizzato – salvi alcuni, pur importanti, esempi virtuosi – da gravi difficoltà per le pubbliche amministrazioni proprietarie. Segnalazioni istituzionali e interventi della stampa testimoniano che negli ultimi due decenni le strategie di “valorizzazione” sono consistite principalmente nel tentativo di alienare questi beni. E così, non di rado, gli enti proprietari hanno perseguito e talvolta ottenuto la trasformazione della destinazione delle aree da agricole a edificabili; ma il fallimento dei successivi tentativi di vendita ha comportato che il risultato netto di tali operazioni sia stato solamente l'aumento degli obblighi tributari a carico degli enti pubblici⁸. In altri casi, gli uffici hanno battuto la via dell'estensione della durata dei contratti di locazione in essere, in cambio di impegni di manutenzione o migliorie dei fondi da parte dei conduttori, senza però una verifica dell'effettiva esecuzione dei lavori promessi⁹. Queste ed altre simili pratiche hanno condotto alla realizzazione di lavori edilizi non autorizzati su migliaia di unità immobiliari; all'utilizzo di materiali pericolosi (innanzitutto, amianto), mai bonificati; e perfino a una radicale assenza di informazioni affidabili sullo stato e l'utilizzo del patrimonio agrario degli enti sanitari (sempre nel 2018 per più della metà delle unità immobiliari non esistevano schede catastali aggiornate alla reale situazione dei beni)¹⁰.

⁶ Si vedano le relazioni degli enti regionali di controllo, di cui si dirà in prosieguo.

⁷ L'affermazione gode di ampio consenso e può poggiare anche su alcuni studi e rilevazioni statistiche: v. G.C. RICCIARDI, *Regionalismo della differenziazione e riordino delle autonomie infraregionali. un gioco (istituzionale) “non a somma zero”*, in *Il politico*, 1, 2021, p. 62 ss., spec. 72.

⁸ Relazione del Comitato dei Controlli della Regione Lombardia per II semestre 2017, p. 23 e, spec. 33.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Ibidem*. Si noti inoltre che il concetto stesso di “valorizzazione” dei beni pubblici è stato oggetto di ampia riflessione in dottrina; diversi contributi hanno evidenziato l'insuperabile

Tali carenze sono state rilevate dal Comitato dei Controlli della Regione Lombardia¹¹. Nella relazione per il secondo semestre 2017, pubblicata nel 2018, l'organo regionale denunciava più in generale l'assenza di una strategia unitaria di valorizzazione e la prevalenza di una logica reattiva: vendite occasionali imposte dalla necessità di reperire risorse per investimenti urgenti, affidamenti gestiti da uffici non specializzati, manutenzioni straordinarie prive di programmazione pluriennale¹².

Significativo è anche il fatto che la successiva legge regionale lombarda per la sanità del 2021 abbia riproposto, in forma di disposizione normativa, le stesse indicazioni espresse dal Comitato anni prima in forma di raccomandazione: segno della loro mancata attuazione¹³.

3. Il quesito di ricerca

La gestione del patrimonio agricolo pubblico si presenta dunque come una questione “particolarmente aperta”, che impone una riflessione non solo sulla forma degli strumenti di affidamento, ma soprattutto, e previamente, sulle finalità della gestione pubblica.

La scelta di vendere è apparentemente semplice – comporta la dismissione del bene secondo logiche di liquidazione – ma rappresenta al contempo la perdita irreversibile di una risorsa spesso strategica. L'opzione della valorizzazione, al contrario, richiede la costruzione di un modello di

assenza di una nozione unitaria, in virtù della diversa conformazione che essa deve assumere a seconda del tipo astratto e delle caratteristiche concrete del bene in questione. Cfr. L. MERCATI, *Pubblico e privato nella valorizzazione del patrimonio immobiliare*, Torino, 2009, p. 235 ss. e *passim*. Si veda anche S. VACCARI, *Sulla concessione in comodato di beni pubblici a enti del terzo settore*, in *Dir. amm.*, 2, 2020, p. 427 ss., spec. pp. 434-436. Per una panoramica sul tema, si vedano gli scritti raccolti in A. POLICE, *I beni pubblici. Tutela, valorizzazione e gestione*, Milano, 2008.

¹¹ Si trattava di un organismo interno alla Giunta regionale, deputato al controllo di carattere gestionale delle attività delle amministrazioni regionali, che si traduceva principalmente nella redazione di una relazione semestrale di ricognizione di specifiche situazioni e di formulazione di raccomandazioni. Le funzioni del Comitato dei controlli sono state trasferite all'Organismo regionale per le attività di controllo (ORAC) della Regione Lombardia, a partire dal 3 ottobre 2019, data di entrata in vigore della legge reg. 28 settembre 2018, n. 13, che ha riordinato i controlli interni al sistema dell'amministrazione regionale. Da un esame di tutte le relazioni semestrali e di tutti gli atti singolari adottati, non risulta che il nuovo Organismo, dalla sua istituzione ad oggi, abbia mai trattato la questione oggetto del presente contributo.

¹² V. ancora la Relazione del Comitato dei Controlli, cit., p. 33.

¹³ Legge reg. Lombardia 14 dicembre 2021, n. 22, art. 36, comma 9.

gestione attiva, capace di integrare obiettivi economici, ambientali e sociali.

D'altra parte, proprio la scelta di perseguire il cammino della valorizzazione senza alienazione è ad oggi assai ardua per gli enti pubblici, per un insieme di concause. Dalle raccomandazioni del Comitato dei controlli lombardo si evincono alcuni di questi fattori di difficoltà (lacune conoscitive radicali, mancanza di programmazione, assenza di uffici dedicati e di impiegati specializzati), tutti principalmente riconducibili a carenze organizzative e di risorse umane e strumentali delle amministrazioni.

Un ennesimo fattore di ostacolo alla buona gestione dei beni agricoli degli enti pubblici risiede, peraltro, anche nella loro – ad avviso di chi scrive, indebita – sottoposizione alle regole e alle rigidità derivanti dall'estensione a questo campo dell'azione amministrativa delle logiche maturate nell'ambito dei contratti pubblici di appalto.

Su questo preciso *punctum dolens* si appunterà in particolare la successiva trattazione, nella convinzione che in ciò possa risiedere l'apporto della scienza giuridica alla soluzione dei problemi fin qui esposti. Difatti, «a dispetto della interdisciplinarietà (o, meglio, nel rispetto di una corretta interdisciplinarietà), per il giurista non è dato spingersi a trattare i problemi del mondo abbandonando lo specifico punto di vista del diritto»¹⁴.

E dunque, è stato “giusto”, legale – conforme alle leggi e al più generale quadro ordinamentale, rispettoso dei criteri di interpretazione delle leggi – applicare estesamente le regole o quantomeno le logiche concorrenziali proprie degli appalti pubblici anche ai contratti attivi e, specificamente, ai contratti agrari stipulati dalle pubbliche amministrazioni?

Per rispondere a questo interrogativo cruciale è necessario ripercorrere le tappe che hanno condotto i contratti attivi – di cui i contratti di locazione agraria rappresentano un sottoinsieme, seppur dotato di peculiarità decisive – a

¹⁴ Non sembri riduttivo: questa autolimitazione è indispensabile perché il diritto possa continuare a svolgere il proprio compito, ovvero analizzare la realtà e dire ciò che è legale e ciò che è illegale, garantendo la stabilità delle aspettative reciproche e con ciò la pace sociale; tale è la “prestazione” precipua della scienza giuridica nell'impostazione luhmaniana, che è stata negli ultimi anni a più riprese tradotta e applicata nel campo del diritto amministrativo da Fabrizio Fracchia. Si vedano, da ultimo, F. FRACCHIA, *Lo spazio della pubblica amministrazione. Vecchi territori e nuove frontiere. Un quadro d'insieme*, in *Il diritto dell'economia*, 1, 2023, p. 247 ss., e, ancor più recentemente, Id., *Transizioni: il punto di vista del diritto amministrativo*, Napoli, 2024, *passim*, e, soprattutto, Id., *Il giurista deve tacere sul climate change, ma deve irritarsi: problemi di confine e indicazioni metodologiche*, in questa Rivista, 1, 2024, p. 39 ss., donde è tratta anche la citazione riportata nel corpo del testo.

migrare dalla loro originaria esclusiva soggezione a regole ispirate a finalità contabilistiche al nuovo regime della concorrenza¹⁵.

4. *L'estensione delle logiche concorrenziali ai contratti attivi*

La legislazione in materia di contratti pubblici deriva, com'è ben noto, da una complessa stratificazione che, a partire dalla risalente disciplina contabilistica, giunge alla più recente normativa di derivazione comunitaria, compendiata nei cosiddetti codici dei contratti pubblici – nelle tre “versioni” del 2006, del 2016 e, oggi, del 2023¹⁶.

Si tratta di un *corpus* di norme assai ingente, il cui ambito di applicazione non è, tuttavia, del tutto uniforme. Onde orientare l'interprete, la prima fondamentale distinzione dettata dal legislatore fin dai più antichi testi normativi è quella tra i contratti dai quali si origina un flusso di spesa a carico dei soggetti pubblici (contratti passivi) e quelli che sono fonte di entrata per le casse pubbliche (contratti attivi)¹⁷.

4.1. *Dai regi decreti di contabilità al codice del 2016*

In origine¹⁸, sia gli uni che gli altri erano soggetti alla comune disciplina

¹⁵ La ricostruzione normativa oggetto del paragrafo seguente si propone di approfondire quanto detto in via di primo avvicinamento al tema in M. RENNA-M. SILVESTRI, *Il diritto pubblico e la locazione agraria dei terreni pubblici*, in F. CUSANO (a cura di), *Scritti in onore di Paolo Urbani*, Milano, 2025, p. 1349 ss.

¹⁶ Rispettivamente: d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, d.lgs. 19 maggio 2016, n. 50, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36.

¹⁷ Dapprima l'art. 3 del r.d. n. 2440 del 1923. Oggi anche l'art. 2, comma 1, dell'Allegato I al codice del 2023; la cui lettera h) definisce contratti attivi quelli «che non producono spesa e da cui deriva un'entrata per la pubblica amministrazione»; ai sensi della lettera m), invece sono “contratti esclusi” quelli elencati nelle pertinenti sezioni delle ultime direttive eurounitarie in materia.

¹⁸ Sia consentito di cominciare la trattazione dai ben noti regi decreti del 1923-1924. Esisteva in effetti una disciplina previgente, quella adottata nel contesto delle leggi di unificazione amministrativa. Si trattava in particolare del r.d. 3 novembre 1861, n. 302, che disciplinava tutti i contratti stipulati dalle amministrazioni dello Stato; il suo art. 15, senza distinguere tra contratti attivi e contratti passivi, dettava la regola generale del pubblico incanto: «Tutti i contratti dai quali derivano entrate o spese per lo Stato debbono essere preceduti da pubblici incanti, eccetto i casi indicati da leggi speciali e quelli enumerati nell'articolo seguente». Ma prima di essa esisteva la disciplina del regno sardo e degli altri stati pre-unitari. Una ricognizione completa di questi ormai antichissimi e disparati testi legislativi non sarebbe di aiuto per lo sviluppo e la comprensione del presente studio.

contenuta nei regi decreti 18 novembre 1923, n. 2440, e 23 maggio 1924, n. 827, recanti rispettivamente la legge e il regolamento di contabilità pubblica. Tale antico complesso normativo pone la regola generale dell'asta pubblica, ma al contempo prevede espliciti margini di derogabilità, sia interni (sono disciplinati i casi in cui è possibile il ricorso alla trattativa privata) che mediante un generoso rinvio esterno (tutti i contratti pubblici «devono essere preceduti da pubblici incanti [...] eccetto i casi indicati da leggi speciali», recita l'art. 37 del r.d. n. 827 del 1924).

La finalità perseguita da questi plessi normativi era sostanzialmente la garanzia dell'interesse patrimoniale dell'amministrazione contraente: assicurare le migliori condizioni contrattuali per la parte pubblica, con una precipua attenzione alle condizioni economiche dell'accordo. Garantire, in altri termini, alle pubbliche amministrazioni il massimo introito nei contratti attivi e, quando si applicava anche a questi, la minima spesa nei contratti passivi: la garanzia del c.d. interesse contabilistico o, in termini contemporanei, del principio di economicità dell'azione amministrativa. Solo indirettamente, le procedure ivi previste servivano anche a garantire le posizioni dei privati che entravano in contatto con l'amministrazione in fase di negoziazione o che ne divenivano controparti contrattuali¹⁹.

L'originaria disciplina comune si è sostanzialmente biforcata quando, a partire dagli anni Settanta del secolo scorso, sui contratti passivi si è ciclicamente concentrato l'interesse del legislatore comunitario, e

¹⁹ Si tratta di considerazioni note e largamente condivise. Per un commento di quella disciplina in periodo di sua piena vigenza, si veda A.M. SANDULLI (a cura di), *I lavori pubblici*, parte della raccolta F. BENVENUTI-G. MIGLIO (a cura di), *L'Unificazione Amministrativa e i suoi protagonisti. Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Sezione IV, vol. I, Vicenza, 1969. Che la finalità di tali norme fosse principalmente di assicurare congruità, "moralità" e giustificazione delle decisioni di spesa pubblica sarà poi chiaramente esposto da M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, terza ed., Milano, 1993, p. 363, a cui si deve anche l'applicazione tecnica della locuzione "evidenza pubblica" alla descrizione del «procedimento amministrativo che accompagna la conclusione dei contratti della pubblica amministrazione» (*ibidem*). Sulla finalità normativa di contenimento della spesa, v. M.S. GIANNINI, *Origine e caratteristiche della normativa contabile del 1923-1924*, già in R. PEREZ (a cura di), *Il completamento della riforma della contabilità pubblica*, Milano, 1988, p. 11 ss., e ora in *Scritti scelti*, Milano, 2006, p. 797 ss. Più di recente si vedano ancora M. CLARICH, *Considerazioni sul rapporto tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. amm.*, 1-2, 2016, p. 71 ss., spec. pp. 83-86, dove le ragioni della speciale disciplina pubblicistica in materia di contratti vengono spiegate principalmente alla luce della teoria, di elaborazione economicistica, della "agenzia"; e A. FARÌ, *I "contratti attivi". L'evidenza pubblica tra regole di contabilità e di mercato*, Napoli, 2018, spec. p. 20.

conseguentemente, di quello interno, peraltro con una preoccupante accelerazione degli interventi normativi, sempre più marcata con il passare del tempo²⁰. Mentre sostanzialmente irrilevanti, invece, sono state le modifiche delle norme dettate in materia di contratti attivi.

In una prima fase di questa corsa evolutiva, secondo il tenore letterale dei dettati normativi man mano succedutisi nel tempo, era indubbio che così le direttive europee in materia come i primi due codici nazionali dei contratti pubblici avessero ad oggetto i contratti passivi (in origine solo l'appalto, oggi anche le concessioni di lavori e servizi e il più variegato mondo del c.d. partenariato pubblico-privato).

4.2. Interpretazioni estensive e analogiche dei codici dei contratti del 2006 e del 2016. Critica

A questa originaria chiarezza è subentrata nel tempo un'attenuazione dei confini, veicolata principalmente da un sempre più robusto filone giurisprudenziale "rigorista", che ha predicato l'estensione delle regole o, quantomeno, dei principi propri degli appalti anche ai contratti attivi. È in atto da anni, infatti, presso gli interpreti – in primo luogo la giurisprudenza – una spiccata tendenza a considerare le norme contenute in quei testi, e in particolare i principi sottesi alle norme in questione, applicabili anche al di fuori del

²⁰ Una sintetica cronistoria delle norme quadro del settore mostra come ogni nuova cornice disciplinare complessiva abbia avuto durata in vigore progressivamente inferiore alla cornice precedente e con una decisa accelerazione nella successione degli ultimi codici: i regi decreti del 1923-1924 sopravvivono come legge generale, pur nel proliferare di leggi speciali, fino alla legge quadro in materia di lavori pubblici, dell'11 novembre 1994, n. 109 (la "legge Merloni"), ovvero settanta lunghi anni; la legge Merloni rimane invece in vigore fino al 2006, quando entra in vigore il primo codice degli appalti, recato dal d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (il "codice De Lise"), dodici anni; il primo codice, pur tempestato da oltre cento interventi legislativi, rimane in vigore per dieci anni, fino all'adozione del decreto legislativo 19 maggio 2016, n. 50, recante il "nuovo codice dei contratti pubblici"; e quest'ultimo rimane in vigore per meno di sette anni, né arriva neppure a vedere la luce tutto l'insieme elefantico di atti attuativi da esso previsti, giacché il 31 marzo 2023 viene adottato il decreto legislativo n. 36, di approvazione del nuovissimo «codice dei contratti pubblici». Settanta, dodici, dieci, sette anni. La tendenza alla consumazione delle norme quadro nazionali appare in tutta la sua preoccupante evidenza. Con una accelerazione ben più rapida di quella che ha caratterizzato le norme eurounitarie: le direttive cosiddette di prima generazione vengono adottate nel 1971, 1977, 1980; quelle di seconda generazione nel 1989, 1992, 1993; quelle di terza generazione nel 2004; quelle di quarta generazione, oggi vigenti, nel 2014. Per una relazione di maggiore dettaglio sulla progressiva formazione della disciplina unionale, si rinvia a F. ASTONE, *I contratti pubblici fra ordinamento europeo e diritto interno*, in *Giustamm*, 6, 2010, spec. pp. 3 e 6.

perimetro del tipo negoziale per cui sono state scritte²¹.

Il dato normativo su cui hanno fatto leva queste interpretazioni estensive è storicamente consistito dapprima nell'art. 27, comma 1, del codice del 2006, dedicato ai c.d. contratti esclusi, ai sensi del quale «l'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità. L'affidamento deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto. [...]»²².

²¹ I pronunciamenti giurisprudenziali sono moltissimi; se ne richiamano alcuni, particolarmente significativi, per via dell'esplicita dichiarazione della volontà di applicare il "principio di concorrenza" alla nostra materia. Parla esplicitamente di «tutela della concorrenza», quantunque nessuna delle norme applicabili – e richiamate in sentenza – ne faccia menzione, TAR Toscana, sez. I, 30 marzo 2015, n. 543: «Non può dunque revocarsi in dubbio che i principi che governano la materia dei contratti pubblici e delle alienazioni di beni pubblici impongano all'amministrazione procedente di operare, di regola, con modalità che preservino la pubblicità degli affidamenti e l'utilizzo di procedure competitive selettive, in consonanza con le regole europee di non discriminazione, parità di trattamento, libera concorrenza [...]». Il TAR Molise, sez. I, ord. 3 dicembre 2015, n. 174, in una vicenda relativa al comodato d'uso delle tartufaie locali che ebbe una qualche risonanza al tempo, ricorre invece alla "diretta applicazione" delle regole unionali di concorrenza per giungere al medesimo risultato: «l'indifferenza comunitaria alla qualificazione nominale delle fattispecie, consente di sottoporre ai principi sull'evidenza pubblica l'affidamento di concessioni su beni pubblici (cfr.: Cons. Stato V, 31.5.2011 n. 3250)»; negli stessi termini la sentenza conclusiva del giudizio: TAR Molise, sez. I, n. 365 del 2016 (non è riportata la data del deposito). Ma si veda anche TAR Lazio, sez. II *ter*, 13 novembre 2014, n. 11405, in tema di subconcessione del sedime aeroportuale, che, in ossequio a una giurisprudenza che è riferita come ormai consolidata, afferma: «in una procedura selettiva [...] preordinata [...] all'esercizio di un'attività lucrativa, fonte di introiti a favore del subconcessionario, attraverso l'utilizzo commerciale di un bene demaniale scarso [...] devono trovare adeguata osservanza i principi (di matrice anche europea e recepiti in via generale dall'art. 1, comma 1, l. 241 del 1990) di parità di trattamento, non discriminazione, tutela della concorrenza e trasparenza». In termini ancora più solenni, la sottoposizione alle regole di concorrenza delle concessioni di beni era stata sancita da Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2013, n. 5: «sul presupposto per cui con la concessione di un'area pubblica si fornisce un'occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato [...], si impone di conseguenza una procedura competitiva per il rilascio della concessione, necessaria per l'osservanza dei ricordati principi a presidio e tutela di quello, fondamentale, della piena concorrenza».

²² Sono paradigmatiche di questo argomentare le statuizioni del TAR Lombardia, sez. IV, 21 dicembre 2014, n. 3147: «il Collegio intende espressamente condividere le affermazioni della ricorrente, secondo cui, anche quando la p.a. ricorre, come nel caso di specie, alla tipologia dei contratti attivi, è comunque tenuta al rispetto dei principi fondamentali a tutela della concorrenza, e segnatamente, dei principi di imparzialità e trasparenza, come del resto ormai espressamente sancito dall'art. 27 D.Lgs. n. 163/06, per il quale l'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto servizi, esclusi in tutto o in parte dall'applicazione del codice stesso, deve avvenire nel rispetto dei principi fondamentali di imparzialità, parità di trattamento e trasparenza».

In tempi più recenti, la medesima funzione espansiva è stata attribuita all'art. 4 del codice del 2016, il quale, nella sua versione originaria, ribadiva l'applicazione anche ai contratti esclusi di una serie di generalissimi principi. La disposizione è stata poi modificata, ma occorre soffermarsi un momento sulla sua formulazione storica, poiché su di essa è maturato l'orientamento espansivo che ha poi trovato la sua prima (e a nostro avviso, unica e ultima) consacrazione legislativa, nella novella dell'articolo in parola.

La norma in questione, nelle sue due versioni successive del 2006 e del 2016, rappresentava senza dubbio una sorta di “valvola di espansione” dei principi recati dal codice, grazie alla sua formulazione per clausole generali: quanto al campo di applicazione, si parlava genericamente di “contratti esclusi” e la disciplina ad essi applicabile veniva indicata non tramite regole puntuali, ma, appunto, in una serie di principi²³. La giurisprudenza propensa ad utilizzare generosamente tale clausola estensiva doveva poi porsi il problema di quali regole, in concreto, tra la miriade di quelle previste nei codici degli appalti, potessero effettivamente trovare applicazione anche ai contratti attivi o ai contratti passivi non soggetti al codice: il che dava origine a un separato ramo di produzione giurisprudenziale, florido seppure non privo di contraddizioni²⁴.

²³ Anche nell'art. 27 del codice del 2006, che contiene una regola specifica – il previo invito di almeno cinque operatori – questa è resa derogabile mediante una disposizione normativa che fa ancora uso di clausole generali: «se compatibile con l'oggetto del contratto».

²⁴ Per esempio, il già citato TAR Lombardia n. 3147/2014 addiveniva a conclusioni davvero dirompenti sul piano processuale. In accoglimento delle richieste del ricorrente, il Tribunale ha ritenuto di poter dichiarare l'inefficacia del contratto eventualmente stipulato, sulla scorta del disposto degli artt. 122-124 del codice del processo amministrativo, ovvero norme dettate specificamente e testualmente per la materia dei contratti di appalto disciplinati dal codice dei contratti pubblici. Se altri profili critici saranno articolati più oltre, non si può non sottolineare immediatamente come tale “interpretazione estensiva” abbia in realtà tutti i caratteri dell'applicazione analogica di una regola a fattispecie diversa da quella per cui era stata dettata. Pare a chi scrive che tale applicazione analogica sia avvenuta in violazione dei criteri stabiliti dalle Preleggi, che consentono di ricorrere all'analogia, solo quando l'interpretazione delle regole applicabili alla materia controversa non abbia consentito di risolvere la questione (art. 12, comma 2); e vietano in ogni caso l'applicazione analogica di norme eccezionali (art. 14), quale dovrebbe ritenersi quella che consente al giudice di “dichiarare l'inefficacia” del contratto; sulla specifica questione dell'*analogia legis*, v. la sentenza delle Sezioni unite civili della Cassazione, n. 38596 del 6 dicembre 2021. Altre sentenze amministrative, pur riconducibili al filone estensivo, hanno rifiutato recisamente di applicare ai contratti attivi le norme processuali dettate per gli appalti, v. TAR Molise, n. 365/2016, cit.: «Il ricorso deve, pertanto, essere accolto con conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati [...], eccetto che per il contratto di comodato d'uso la cui cognizione rientra nella giurisdizione del giudice ordinario [...], anche in ordine agli effetti invalidanti conseguenti all'annullamento degli atti amministrativi presupposti». Con riferimento invece a regole specifiche delle procedure, per esempio, si è perlopiù ritenuta non applicabile alle

Occorre però sottolineare immediatamente come la giurisprudenza e la migliore dottrina abbiano chiarito che la forza espansiva dei principi dei codici e delle direttive dovesse essere tarata ben diversamente rispetto ai contratti c.d. esclusi e ai contratti c.d. estranei²⁵.

I sopracitati artt. 27 del codice 2006 e 4 del codice 2016 (versione originaria) si riferivano pur sempre a contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, ossia contratti che sotto il profilo oggettivo astrattamente rientrerebbero nell'ambito di applicazione del codice, ma che per determinate ragioni di politica del diritto il legislatore ha espressamente sottratto in tutto o in parte all'applicazione del codice medesimo (ad esempio, gli appalti secretati). In questo senso si era espressa anche l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (sentenza dell'1 agosto 2011, n. 16), precisando che «l'articolo 27 codice appalti, letto alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia CE, impone il rispetto dei principi del Trattato a tutela della concorrenza, ai soggetti tenuti al rispetto del codice appalti, in relazione ai contratti "esclusi" ma non anche ai contratti del tutto "estranei" agli scopi e all'oggetto delle direttive comunitarie».

La distinzione tra contratti "esclusi" e contratti "estranei" è foriera di importanti implicazioni. Sempre la sentenza dell'Adunanza plenaria del 2011 forniva ulteriori e decisive indicazioni per puntualizzare i termini di tale distinzione, precisando che «l'articolo 27 del codice appalti estende l'applicazione dei principi dei Trattati europei a tutela della concorrenza anche ai contratti esclusi in tutto dal codice: sono tali, ad avviso del Collegio, solo i contratti dallo stesso codice nominati, ancorché al solo scopo di escluderli dal proprio ambito, e non anche quelli da esso non menzionati, neppure per escluderli. Infatti sarebbe paradossale che il codice apprestasse una disciplina

concessioni o alla vendita di beni la disciplina sulla verifica di anomalia dell'offerta: cfr. Cons. Stato, sez. III, 23 maggio 2017, n. 2395; TAR Sicilia, Catania, sez. III, 10 febbraio 2015, n. 396 e TAR Lazio, sez. III *ter*, 13 novembre 2014, n. 11405; ma talvolta invece sì: TAR Lombardia, Milano, sez. IV, n. 2257/2018 (data non riportata). Nello stesso periodo la verifica di anomalia veniva invece talvolta applicata alle concessioni di servizi non disciplinate dalle direttive: Cons. Stato, sez. III, 13 aprile 2016 n. 1452; e talaltra no: TAR Veneto, sez. III, 21 luglio 2015, n. 848, TAR Toscana, sez. I, 19 marzo 2013, n. 425, Cons. Stato, sez. V, 22 marzo 2011, n. 1784.

²⁵ G. MANFREDI, *Note introduttive sulla disciplina dei contratti attivi della pubblica amministrazione*, in *Il diritto dell'economia*, 1, 2016, p. 42 ss., pp. 50-51, per il quale è condivisibilmente perfino «scontato che i contratti che qui interessano sicuramente non rientrano nel novero dei contratti esclusi di cui all'art. 27 del codice, perché in quest'ambito sono sì compresi i contratti "esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice", ma solo ed esclusivamente se sono contratti "aventi ad oggetto lavori, servizi forniture": quali i contratti attivi sicuramente non sono».

per una categoria residuale e illimitata di contratti da esso non contemplati».

In estrema sintesi, dunque, secondo la più argomentata giurisprudenza, i contratti esclusi cui si riferivano l'art. 27 del codice del 2006 e l'art. 4 del codice del 2016 erano quelli «nominati ma esenti» (sentenza ult. cit.).

Ma più radicalmente ancora si deve dire che, a prescindere dalla loro menzione nel corpo delle direttive e dei codici nazionali di esse attuativi, è giocoforza ritenere che possano qualificarsi come “esclusi” soltanto quei contratti che, in mancanza della clausola di esclusione, sarebbero astrattamente “inclusi” nel campo di applicazione della disciplina in parola per la loro riconducibilità alle caratteristiche tipologiche dei contratti da essa disciplinati: appalto di lavori, servizi, forniture, concessione di lavori o di servizi, che abbiano l'amministrazione come acquirente.

Il che risponde ai più elementari canoni della logica giuridica, ossia al principio per cui non può esservi una disciplina che pretenda di estendere il proprio raggio di azione in un terreno indeterminato e per ciò stesso sconfinato, ben più ampio del proprio perimetro di applicabilità. A voler altrimenti intendere la nozione di contratti esclusi, si finirebbe per ritenere che possano qualificarsi come tali, e perciò soggetti ai principi di cui al codice, anche il contratto di mutuo e, perché no, il matrimonio!

Né sembra decisivo il contrario avviso apoditticamente espresso dal Consiglio di Stato nell'esercizio della funzione consultiva in un parere del 2017²⁶. In quella sede, la Commissione speciale, costituita *ad hoc* per l'accompagnamento della riforma del codice, nel rendere il suo parere sullo schema di decreto correttivo al codice del 2016, affermava perfino che «Non vi è dubbio che i “contratti attivi” rientrino tra i contratti esclusi».

La secca asserzione, tuttavia, non si iscrive in un vero e proprio ragionamento giuridico, ma piuttosto in un contesto di valutazioni di politica del diritto. Prova ne sia che, da un punto di vista logico, la proposizione si pone in contrasto con il quadro generale e con altre precise affermazioni che la stessa Commissione speciale aveva più correttamente dipinto al legislatore nel precedente parere del 2016, quando aveva confermato l'orientamento delle sezioni giurisdizionali che considerava i contratti attivi estranei al campo di

²⁶ Parere n. 782 del 30 marzo 2017, sullo schema del primo decreto recante Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, quello che poi diventerà il decreto legislativo n. 56/2017.

applicazione del codice²⁷.

La natura non strettamente logico-deduttiva delle conclusioni del parere del 2017 e la sua coloritura politico-legislativa si sposa d'altra parte con il fatto che esse culminano nella reiterazione dell'invito al legislatore delegato (già espresso con il parere n. 855 del 2016) a dare piena attuazione ad alcuni dei criteri di delega, per come interpretati dalla stessa Commissione speciale, ovvero includendo espressamente i contratti attivi sotto il raggio d'azione dell'art. 4. Il suggerimento, formulato dapprima come proposta (nel 2016) e poi quasi "d'autorità" (nel 2017) dal Consiglio di Stato, verrà puntualmente accolto dal legislatore del correttivo.

Rispetto all'ambito di applicazione vero e proprio delle norme unionali e codiciali, i contratti attivi – così come, più in generale, tutti i contratti non tipologicamente riconducibili all'appalto e agli altri tipi contrattuali ivi disciplinati – erano (e, in buona parte, sono) da considerarsi non "esclusi", ma più radicalmente estranei: non sono appalti e non soggiacciono perciò alle norme dettate in materia di appalti e concessioni di lavori e servizi.

Se questo valeva in generale per tutti e tre i codici che si sono susseguiti, dobbiamo però ora dar conto di una certa evoluzione legislativa; evoluzione preparata, a livello culturale, dalla giurisprudenza espansiva di cui si è detto e, forse, da quella parte della dottrina più impegnata a sottolineare i benefici portati dall'applicazione delle regole di concorrenza.

4.3. Interpretazioni estensive più moderate, basate sui principi generali dei Trattati

In corrispondenza con la stagione delle liberalizzazioni e privatizzazioni nel campo dei servizi pubblici, la dottrina ha svolto un ruolo importante di spinta e di accompagnamento, evidenziando i vantaggi del passaggio a un

²⁷ Il parere n. 855 del 1° aprile 2016, laddove il Consiglio di Stato osservava che la delega non aveva incluso nel riordino i contratti attivi, «né ad essi sono applicabili "in via diretta" i principi dettati dal codice per i "contratti esclusi", atteso che l'art. 4 del codice (come già del resto l'art. 27 del (pre)vigente codice) si riferisce ai soli contratti "relativi a lavori, servizi, forniture" che siano esclusi in tutto o in parte dal codice, e non anche ad altre tipologie». Quantunque ne ammettesse poco dopo una possibile applicazione per analogia. Concludeva auspicando un intervento normativo che «previo principio di delega» (mai intervenuto), individuasse «un nucleo di principi applicabili in via diretta, e non per sola analogia, pure ai contratti attivi». Segnala la forzatura e il possibile eccesso di delega del successivo decreto correttivo A. FARÌ, *I "contratti attivi"*, cit., p. 72.

assetto più concorrenziale in questi settori²⁸. L'impressione è che le opere e gli studi di quegli anni, sviluppatasi in tema di servizi pubblici, abbiano contribuito a rafforzare nella pratica la percezione della concorrenza come "medicina universale", da somministrare dunque indiscriminatamente a tutti i campi dell'azione amministrativa²⁹.

In effetti, altra parte della giurisprudenza – a partire da alcuni

²⁸ Si tratta dei documentati studi che, muovendo dalle conoscenze delle scienze economiche, hanno mostrato i limiti di un eccessivo ricorso alla gestione diretta da parte degli enti pubblici di numerose attività ricadenti in quelli che il diritto europeo qualifica «servizi di interesse economico generale» e che il diritto interno ricostruiva in termini di «servizi pubblici a rilevanza economica»; e hanno correlativamente spinto per una accelerazione dei processi di privatizzazione dei soggetti erogatori e per il mutamento di ruolo dei poteri pubblici, da erogatori diretti delle prestazioni a regolatori e, in parte, finanziatori delle stesse. Anche in questo settore i contributi sono stati numerosissimi; si veda in particolare, per la sua coloritura dichiaratamente programmatica, C. DE VINCENTI-A. VIGNERI (a cura di), *Le virtù della concorrenza*, Bologna, 2006, e ivi specialmente l'introduzione a firma dei curatori, nonché C. DE VINCENTI, *Mercato e intervento pubblico nei servizi di pubblica utilità*, p. 29 ss. e, per la ricostruzione di politica economica, M. GRILLO, *Infrastrutture a rete e liberalizzazione delle public utilities*, p. 199 ss. Per una perorazione più schietta e senza riserve della concorrenza si veda invece G. CORSO, *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2002, p. 981 ss.

²⁹ Gli studi più accorti sono ben sorvegliati nel riferire le loro considerazioni al campo dei servizi pubblici, nel quale erano originariamente maturate. Tuttavia, non sorprende che esse siano state nella prassi e nella giurisprudenza assunte come più generalmente valevoli, per via della solennità assunta talvolta dalle conclusioni più "pro-concorrenziali" di questi studi. Si veda p. es. L. AMMANNATI, *I servizi pubblici locali: quale concorrenza, come e quando?*, in C. DE VINCENTI-A. VIGNERI (a cura di), *Le virtù della concorrenza*, cit., p. 262 ss.: «la tutela (e promozione) della concorrenza (nella sua accezione estensiva che include gli altri principi necessari al funzionamento di un mercato concorrenziale) è per così dire un obbligo generalizzato. Per gli enti locali è un valore non disponibile in quanto "interesse collettivo" di rilevanza costituzionale» (p. 267). Per un esempio del forte sostegno istituzionale di cui la "cultura della concorrenza" ha goduto fino a tempi recenti, si può vedere L. FIORENTINO, *Autorità Garante ed interventi a tutela dei consumatori*, in E.A. RAFFAELLI (a cura di), *Antitrust between EC law and National law (Atti del convegno, Treviso, 22-23 maggio 2008)*, Bruxelles-Milano, 2009, p. 325 ss., ma consultabile anche sul sito dell'IRPA: <https://www.irpa.eu/pubblicazione/autorita-garante-ed-interventi-a-tutela-dei-consumatori-2/>, ove l'allora Segretario generale dell'AGCM esponeva la convinzione che alla concorrenza dovesse riconoscersi il rango di vero e proprio «valore socio-economico»; come già acclarato tra gli studiosi e presso le platee più selezionate e istruite, quantunque al tempo essa ancora tardasse «a trasformarsi da "opinione" di elite a valore socialmente condiviso» (§2). Dello stesso A., si veda *Concorrenza e Amministrazioni Pubbliche*, in C. MIRABELLI (a cura di), *La Costituzione repubblicana. Fondamenti, principi e valori, tra attualità e prospettive*, Milano, 2010, p. 937 ss., dove si espone una teoria della concorrenza come valore oggettivo. Per una critica dell'indebita intronizzazione della concorrenza sul piano dei valori e sulle sue deplorevoli conseguenze sul piano sociale, oltre che giuridico v. A. MICHIELI, *La partecipazione nei rapporti economici. Il compito disatteso della Repubblica*, Torino, 2024, p. 271 ss. e p. 302; si veda anche la comparazione tra i principi relativi ai rapporti economici e sociali come disciplinati dalle norme costituzionali interne e da quelle unionali (p. 273).

importanti precedenti della Corte di giustizia – conduceva negli stessi anni un cammino di evoluzione interpretativa, i cui esiti pratici non erano troppo dissimili da quelli delle sentenze già richiamate, ma la cui base normativa e concettuale parrebbe decisamente più solida.

Muovendo infatti dal corretto riconoscimento della non applicabilità delle direttive europee in materia di appalti, e delle loro norme attuative interne, al diverso campo dei contratti attivi, queste pronunce facevano leva sulla comune sottoposizione di tutta l'attività amministrativa, anche ovviamente nazionale, alle norme contenute nei Trattati, in generale, e, in particolare: al principio di non discriminazione in base alla nazionalità (odierno art. 18 TFUE)³⁰ e alle libertà di stabilimento e di prestazione di servizi (rispettivamente artt. 49 e 56 TFUE)³¹.

A tale affermazione di principio³² conseguiva non l'applicazione di regole procedurali uniformi, ma piuttosto una verifica caso per caso circa l'idoneità del procedimento seguito dall'amministrazione a garantire che il divieto di discriminazione su base nazionale fosse rispettato³³.

Si noti poi che, a partire dalla sua entrata in vigore, la direttiva 2006/123/CE (c.d. "direttiva servizi" o "Bolkestein") sulla libera prestazione dei servizi nel mercato interno è diventata il *medium* naturale per l'opera di estensione giurisprudenziale delle libertà sancite dai Trattati, atteso anche il

³⁰ Corte giust., sez. VI, 7 dicembre 2000, in causa C-324/98 *Telaustria*, resa in materia di concessioni di servizi, allora non soggette alla disciplina delle direttive.

³¹ Da ultimo Corte giust., sez. III, 11 luglio 2024, in causa C-598/22, *Società Italiana Imprese Balneari*, punto 44; e prima, sez. III, 20 aprile 2023, causa C-348/22, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*; nonché sez. V, 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa e Melis*.

³² Per un esempio recente di questo filone giurisprudenziale, piuttosto radicato, v. Cons. Stato, sez. VI, n. 8122 del 2023: «in ordine alla fattispecie per cui è causa trova applicazione il rito ordinario e non il rito appalti atteso che la procedura ha ad oggetto la concessione di un bene pubblico (acqua minerale, bene che si può classificare come "scarso" ai sensi dell'art. 12 della direttiva dell'Unione Europea 2006/123 del 12 dicembre 2006, c.d. direttiva Bolkestein) che esula dal perimetro normativo inerente alle procedure di affidamento di lavori, beni e servizi di cui al Codice dei Contratti di cui al d.lgs. n. 50/2016 ed al relativo rito».

³³ Si veda Corte giust., *Telaustria*, cit., punti 60-63: il principio in parola «implica, segnatamente, un obbligo di trasparenza al fine di consentire all'amministrazione aggiudicatrice di accertare che il detto principio sia rispettato. Tale obbligo di trasparenza cui è tenuta l'amministrazione aggiudicatrice consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura degli appalti dei servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione. Spetta al giudice nazionale statuire sul punto se tale obbligo sia stato osservato nella causa principale e valutare inoltre la pertinenza degli elementi probatori addotti a tal fine».

fatto che essa offriva all'interprete un importante parco definitorio e di regole precisamente applicabili: in luogo dei principi la direttiva sancisce che i beni "scarsi" siano oggetto di assegnazione con procedure selettive competitive e per periodi di tempo non troppo lunghi³⁴.

Fin dall'origine di tale giurisprudenza, peraltro, il giudice unionale rappresentava chiaramente la possibilità che gli Stati membri introducessero limitazioni a tali libertà e conseguentemente deroghe alle regole concorrenziali, ove motivate da altri rilevanti interessi pubblici, quelli che nel lessico europeo sono indicati come «ragioni imperative di interesse generale», dettate eventualmente da un «obiettivo legittimo di politica sociale». Tra le prime ragioni imperative ad essere riconosciute quale valida opposizione alla concorrenza si annovera, ad esempio, la tutela dei lavoratori³⁵.

L'esito ultimo di tali argomentazioni era in sostanza più equilibrato:

³⁴ Si vedano in particolare il considerando 62 e l'art. 12 della direttiva. Parte cospicua della giurisprudenza in materia ha ruotato precisamente intorno all'applicazione della "direttiva servizi" alle concessioni balneari. In giurisprudenza, almeno a partire da Corte cost. n. 180 e n. 340 del 2010 e Corte di giustizia del 14 luglio 2016, *Promoimpresa*, sopra citata; la vicenda è culminata, com'è noto, nelle sentenze gemelle del Cons. Stato, Ad. Plen., 9 novembre 2021, nn. 17 e 18, sulla quali si veda la nota di A. TRAVI, in *Foro it.*, 2022, III, 121 ss.; e nella già citata sentenza della Corte giust. del 20 aprile 2023, A.G.C.M.. L'argomento, tuttavia, è talmente noto e studiato in dottrina, da suggerire in questa sede un rinvio a trattazioni dedicate: in generale si vedano gli scritti raccolti in A. POLICE (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Milano, 2008; e sui problemi più specificamente posti dall'estensione ai beni pubblici delle regole concorrenziali: G. CARULLO-A. MONICA, *Le concessioni demaniali marittime nel mercato europeo dei servizi: la rilevanza del contesto locale e le procedure di aggiudicazione*, in *Federalismi.it*, 26, 2020, p. 24 ss.; E. CHITI, *Le concessioni demaniali marittime e la Corte di Giustizia*, in *Giornale dir. amm.*, 5, 2023, p. 629 ss. e i richiami al dibattito recente lì contenuti; nonché M. RENNA-A. GIANNELLI, *Concessioni balneari: l'onda lunga della disapplicazione raggiunge anche il milleproroghe*, in *Giornale dir. amm.*, 5, 2023, p. 638 ss.

³⁵ Corte giust., Grande sezione, 21 dicembre 2016, in C-201/15, *AGET Iraklis*, punto 70: «A tal proposito, occorre nondimeno ricordare che l'articolo 52, paragrafo 1, della Carta ammette la possibilità di apportare limitazioni all'esercizio dei diritti sanciti dalla stessa, sempre che siffatte limitazioni siano previste dalla legge, rispettino il contenuto essenziale di tali diritti e libertà e, nel rispetto del principio di proporzionalità, siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui (v., in particolare, sentenza del 31 gennaio 2013, McDonagh, C-12/11, punto 61)»; e punto 77: «Poiché dunque l'Unione non ha soltanto una finalità economica ma anche una finalità sociale, i diritti che derivano dalle disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali devono essere bilanciati con gli obiettivi perseguiti dalla politica sociale». La sentenza richiama sul punto giurisprudenza costante: sentenze del 23 novembre 1999, in C-369/96 e C-376/96, *Arblade*, punto 36; del 13 dicembre 2005, in C-411/03, *SEVIC Systems*, punto 28, nonché dell'11 dicembre 2007, in C-438/05, *International Transport Workers' Federation*, punto 77.

non l'importazione *en bloc* di tutte le regole delle direttive appalti ai contratti attivi (tentato da una parte della giurisprudenza nazionale), ma il rafforzamento e la generalizzazione dell'obbligo di condurre procedure concorsuali, già disposto, peraltro, a livello interno dai regi decreti di contabilità pubblica.

4.4. *L'estensione per legge: il decreto correttivo n. 56 del 2017*

Nella linea di pensiero, che potremmo dire più genericamente estensiva, si è inserito infine, buon ultimo, anche il “formante legale”, la legge. Dovendosi decidere circa il modo di realizzare in concreto la esplicita estensione anche ai contratti attivi di alcuni grandi principi, il legislatore ha scelto di adeguarsi alle reiterate, decise indicazioni fornite dal Consiglio di Stato in sede consultiva³⁶.

Tra una disciplina propria dei contratti attivi, latamente ispirata ai principi generali interni e di diritto unionale, e una diretta mutuaione per essi di regole e principi dei contratti passivi, la decisione legislativa è stata infine intermedia.

Il d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, c.d. primo decreto correttivo al codice del 2016, ha introdotto espressamente nell'art. 4, accanto ai contratti esclusi, i contratti attivi. Anche questi rientravano così da quel momento nel novero dei contratti soggetti all'applicazione dei principi lì elencati: economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica.

Non veniva menzionata però, si noti, la concorrenza e non vi era alcuno spiraglio testuale per ulteriori ingerenze della disciplina appaltistica nel campo dei contratti attivi, che non fossero appunto l'applicazione di quei principi.

L'effetto della novella era dunque duplice: da un lato sanciva, col crisma della legge, la sottoposizione dei contratti attivi ad alcuni generalissimi principi comuni in materia di attività negoziale delle pubbliche amministrazioni; dall'altro, col dire che questi erano applicabili, pareva escludere ogni futura applicazione diretta delle regole degli appalti ai contratti attivi³⁷.

³⁶ Cfr. Cons. stato, comm. speciale, pareri n. 855 del 2016 e n. 782 del 2017, di cui si è detto più sopra, § 4.2.

³⁷ Come osservato puntualmente in A. FARÌ, *I “contratti attivi”*, cit., p. 71; in senso contrario, con una lettura affatto diversa della novella: L. GENINATTI-SATÈ, *Commento all'art. 4*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2017, 47. Nel senso indicato nel testo sembra muoversi la giurisprudenza più recente, v. TAR Sardegna, sez. I, 7 ottobre 2024, n. 679: «la procedura in esame, avendo ad oggetto l'affidamento di una concessione

Questa prima sanzione legislativa della estensione applicativa di alcune regole concorrenziali ai contratti attivi, forse anche per via del suo ancipite significato, inclusivo ed escludente a un tempo, ha finito per coincidere con una fase di profondo ripensamento circa la bontà di tale estensione³⁸.

Proprio a partire da quegli anni, infatti, sono maturati in dottrina e in giurisprudenza nuovi indirizzi, di segno diverso rispetto al passato e più concentrati sulla individuazione dei limiti alla possibilità di mutuare le logiche concorrenziali in campi diversi da quello degli appalti; e più in generale circa i limiti e la corretta collocazione ordinamentale del c.d. principio di concorrenza e dei suoi corollari.

5. Segni di tempi nuovi

Sul finire del secondo decennio del Duemila si affermano, in Italia e a livello europeo, segnali plurimi di un generale ripensamento circa quella sorta di “tirannia della concorrenza” di cui si è parlato.

Invero, nonostante i fraintendimenti applicativi cui un certo argomentare aveva dato luogo in passato, la migliore dottrina aveva sempre avuto ben chiaro, pur mentre si cimentava nella ricostruzione della concorrenza quale bene giuridicamente protetto, che questa non dovesse tralignare in qualcosa d'altro che uno strumento per la garanzia di altre più pregnanti libertà individuali e del benessere collettivo. Non poteva, in altri termini, divenire fine

demaniale marittima, ex art. 36 e ss. del Codice della navigazione, per lo svolgimento dell'attività di bar caffetteria e piccola ristorazione con somministrazione, è sottratta all'applicazione del Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50/2016 ed è invece regolata dai principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità, ai sensi del Codice della navigazione, del relativo Regolamento e delle disposizioni normative espressamente richiamate dall'Avviso in esame». Per l'effetto, rifiutava di applicare al caso di specie le norme in tema di requisiti di partecipazione e, in particolare, la giurisprudenza restrittiva circa la nozione di “servizio analogo”. La sentenza è segnalata e commentata, in senso adesivo, in G. DURANO, *Alla ricerca di un nuovo punto di equilibrio tra legittime aspettative ed esigenze di mercato. Il caso delle concessioni demaniali*, in F. CUSANO (a cura di), *Scritti in onore di Paolo Urbani*, cit., p. 615 ss., in particolare p. 628.

³⁸ Ripensamento che potrà dirsi culminato, ad avviso di chi scrive, proprio nel nuovo codice dei contratti pubblici, adottato nel 2023; v. *infra* § 6 e gli autori ivi citati. Basti qui anticipare che la Relazione introduttiva allo schema di decreto che diverrà poi il nuovo codice, nell'esposizione delle ragioni alla base della scelta di codificare alcuni principi chiarisce che essa mira a «ribadire che la concorrenza è uno strumento il cui fine è realizzare al meglio l'obiettivo di un appalto aggiudicato ed eseguito in funzione del preminente interesse della committenza (e della collettività)» (p. 12); parole che si condividono *in toto*.

in sé dell'intervento dei pubblici poteri³⁹.

Ma in questa nuova fase dell'evoluzione ordinamentale sembra di poter dire che tale consapevolezza, prima dominio dei più accorti specialisti della materia, si stia traducendo in nuove prassi amministrative, indirizzi giurisprudenziali e assestamenti legislativi. Tali segnali non hanno ancora assunto un profilo sistematico compiuto, ma rappresentano certamente indizi convergenti di una possibile inversione di rotta. Pare a chi scrive che essi possano ritenersi "culminati" nel nuovo codice dei contratti pubblici, approvato nel 2023, e che tutti insieme possano propiziare una rilettura generale circa le norme applicabili ai contratti attivi, e specialmente a quelli conclusi in campo agrario, dove la forza degli interessi specifici, che si contrappongono talvolta alle regole concorrenziali, ha caratura costituzionale.

Ci si propone dunque ora di offrire una rappresentazione sintetica di alcuni di questi orientamenti emergenti, limitandosi a introdurre – senza ancora sistematizzare – le premesse di un possibile superamento dell'interpretazione meramente concorrenzialista. L'analisi dettagliata del nuovo codice dei contratti pubblici sarà invece oggetto di un paragrafo successivo⁴⁰.

5.1. *Beni culturali. La natura dei beni come elemento qualificante della disciplina*

Un primo gruppo di novità è emerso negli anni dalle scelte amministrative, in parte innovative, che hanno riguardato la gestione della Galleria Vittorio Emanuele II a Milano, e dalle decisioni giurisdizionali rese in ordine alla loro legittimità.

Tra il 2011 e il 2015, l'amministrazione meneghina poneva mano

³⁹ V. la telegrafica voce enciclopedica di G. FERRI, *Concorrenza*, in *Enc. dir.*, Milano, VIII, 1961, p. 532 s., dove sono scolpite le due accezioni della concorrenza quale libertà soggettiva e condizione oggettiva; e soprattutto M. LIBERTINI, *Concorrenza*, voce in *Enc. dir.*, Annali, Milano, III, 2010, p. 191 ss.: «la tutela della concorrenza ha come finalità quella di garantire quel funzionamento del mercato che meglio può contribuire al benessere collettivo. L'obiettivo è dunque strettamente economico. Ma ciò non deve fare dimenticare che i mercati (e la concorrenza) sono strumenti e non fini e che attribuire all'*antitrust* una finalità economica non significa porre questa politica (con le relative norme e competenze amministrative e giudiziarie) al vertice dei valori dell'ordinamento» (p. 222). Su quali poi siano questi fini, più oltre si giunge in sostanza alla conclusione che questi coincidano con le finalità dello Stato, come definite nell'impostazione contemporanea dell'economia sociale di mercato (p. 238 ss.).

⁴⁰ V. *infra*, § 6.

all'opera di "valorizzazione" della Galleria, peculiarissimo immobile, appartenente al demanio comunale. La tradizione consegnava al Comune una prassi di concessioni in uso a negozianti e imprenditori, per periodi medio lunghi e con generose possibilità di rinnovo, a fronte di canoni, che, usurati dal tempo, non rispecchiavano più il valore di mercato dell'utilizzo di beni così prestigiosi⁴¹.

Con una serie di successive delibere gli organi rappresentativi dettavano le linee d'intervento.

Dapprima, il Comune si riservava un potere di ingerenza sulle cessioni, da parte dei concessionari, dell'azienda o del ramo d'azienda inclusivi della concessione, onde verificare le caratteristiche soggettive e oggettive dell'impresa cessionaria; imponeva inoltre, in occasione di tali cessioni, il raddoppio del canone di concessione, onde far partecipare l'ente proprietario alle plusvalenze legate alla crescita del valore di mercato del bene dato in concessione⁴².

In seguito, il Comune, in ossequio ai principi di parità di trattamento e di apertura "concorrenziale" sanciti dal giudice europeo e a lungo sostenuti dalla dottrina, deliberava⁴³ di non procedere ad ulteriori rinnovi automatici, neppure ove già previsti a livello negoziale dalle convenzioni in essere, e di indire da allora in avanti procedure competitive, e precisamente pubblici incanti, per l'assegnazione delle future concessioni. E le rimostranze sollevate da alcuni concessionari su tale impianto generale sono state recisamente

⁴¹ Si aggiungeva invero al danno dei canoni bassi anche la beffa: negli anni, infatti, era invalsa la pratica di cessioni di azienda o di ramo d'azienda inclusive delle concessioni stipulate per l'uso dei locali in Galleria. Di fatto, gli spazi demaniali passavano di mano, cambiando titolare, attività svolta e insegna, con significative plusvalenze per i privati coinvolti; il tutto, senza alcuna partecipazione a tali plusvalenze e senza possibilità di controllo da parte dell'ente comunale.

⁴² La delibera di Giunta comunale n. 1492/2012 ha previsto che il subentro in corso di concessione sia consentito solo con l'esplicita autorizzazione comunale e al doppio del canone originariamente previsto. Con un assetto riconosciuto equilibrato e legittimo anche dal giudice amministrativo, v. Cons. Stato, sez. V, 7 novembre 2014, n. 5480, che ha riformato integralmente la contraria sentenza resa dal TAR Lombardia, sez. IV, 22 agosto 2014, n. 2218.

⁴³ Con atti del 2014 e 2015. Questi provvedimenti sono la prima concreta attuazione degli indirizzi, adottati con la delibera di Giunta n. 594 del 2011, di procedere mediante gara (e di riorganizzare peraltro i lotti da concedere alla luce del criterio di "verticalità": per approfondimenti sul tema si rinvia alle sentenze citate nella nota seguente); la delibera correttamente riferisce la necessità di procedure competitive alle esigenze di buona amministrazione e ai principi sanciti dai Trattati; mai, invece, alla disciplina degli appalti; v. *supra*, § 4.3.

respinte dal giudice amministrativo⁴⁴.

Infine, in deroga alla nuova regola generale dell'assegnazione con gara, prevedeva che, i locali di riconosciuto valore storico-identitario potessero essere affidati anche mediante rinnovo al concessionario storico, salvo un opportuno adeguamento del canone ai valori di mercato⁴⁵.

Contro tale previsione derogatoria delle regole concorrenziali, giustificata coerentemente mediante il richiamo ai superiori interessi di tutela del patrimonio culturale, insorgevano plurimi oppositori⁴⁶. Le ragioni di avversione a tale impostazione si cristallizzavano perfino nel parere dell'Autorità nazionale anticorruzione dell'8 aprile 2016, nel quale si ribadiva in termini generali e – sia consentito notarlo – del tutto generici l'obbligo di procedere con gara.

A fronte di tanto netta condanna⁴⁷, il Comune è tornato sui suoi passi, annullando d'ufficio la precedente delibera e negando il rinnovo ai concessionari che pure avevano dimostrato il valore storico dei relativi esercizi.

Con una serie di decisioni, tutte del medesimo segno, il giudice

⁴⁴ TAR Lombardia, sez. IV, 28 gennaio 2016, n. 187, non appellata, con ampia ricognizione giurisprudenziale in tema (quantunque perlopiù riferita a sentenze rese in tema di concessioni di servizi); e ancora TAR Lombardia, sez. IV, 7 febbraio 2019, n. 275; l'appello avverso tale ultima sentenza è stato dichiarato improcedibile con decreto presidenziale n. 282 del 2023, in seguito a dichiarazione di sopravvenuta carenza d'interesse resa dallo stesso appellante. Nello stesso senso, TAR Lazio, sez. II, 26 maggio 2020, n. 5557.

⁴⁵ Con la delibera di Giunta n. 2000 del 2015 di approvazione delle linee guida relative al rinnovo delle concessioni in favore di alcuni locali storici. La delibera riconosceva la sussistenza di motivi imperativi tali da giustificare la deroga all'obbligo di procedura ad evidenza pubblica, in considerazione del fatto che si trattava di locali storici che hanno contribuito in modo rilevante a «costruire l'identità culturale ed il prestigio della Galleria», la cui scomparsa «intaccherebbe sensibilmente l'immagine e l'identità storica della Galleria».

⁴⁶ Principalmente, «interni»: è proprio su autodenuncia dell'allora presidente del Consiglio comunale, infatti, che verrà rilasciato un tranciante parere dell'Autorità nazionale anticorruzione.

⁴⁷ Giunta, peraltro, da parte di un organismo pubblico, l'ANAC, che godeva in quegli anni della sua massima forza, per via della «giovane età» (era stata rifondata con i decreti del 2014) e del generale clima sociale e politico del momento. Non molti in dottrina seppero sollevare critiche al sistema di controlli che si andavano affidando alla neonata Autorità: tra essi, Sabino Cassese, in interviste rilasciate ai giornali quotidiani (v. *Il foglio* del 1° dicembre 2015, dove il Professore aveva a scrivere ironicamente che «uno spettro si aggira per l'Italia, l'Anac»; e ancora, il 24 gennaio 2017, nello stesso senso e sullo stesso giornale) e, più avanti, in S. CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, Milano, 2017, pp. 52-54; chi scrive aveva proposto alcune considerazioni critiche in N. BERTI-M. SILVESTRI, *Eradicating bribery from public procurement. The controversial role of the new Italian Anti-corruption Authority*, intervento tenutosi al convegno dedicato agli «Overturning Paradigms», presso la Queen Mary University of London, il 16 giugno del 2017.

amministrativo ha però sconfessato l'ultimo ripensamento dell'amministrazione e viceversa confermato nel modo più solenne la bontà della decisione comunale iniziale⁴⁸.

Ed ecco dunque il primo "segno" dei tempi nuovi. Una pluralità di decisioni amministrative, coordinate alla luce di una visione strategica di valorizzazione degli specifici beni demaniali, deroga motivatamente alle regole concorrenziali, limitatamente alla misura in cui queste non siano compatibili con la tutela di superiori interessi generali – in questo caso di natura culturale. Strategia e strumenti la cui legittimità viene confermata da solida e unanime giurisprudenza.

In particolare, con la giurisprudenza formatasi sulla vicenda dei locali storici della Galleria Vittorio Emanuele II, viene affermato chiaramente che il principio dell'evidenza pubblica è derogabile, in presenza di quelle «esigenze imperative di interesse generale» di matrice comunitaria, tra le quali rientra, in modo addirittura «pacifico», «anche la salvaguardia del patrimonio culturale e in genere dell'interesse storico-culturale»⁴⁹, come è riconosciuto anche dal

⁴⁸ TAR Lombardia, sez. IV, 24 giugno 2016, n. 1271, non impugnata; e sempre TAR Lombardia, sez. IV, nn. 2422 e 2423 del 2017, n. 30 del 2018, tutte confermate, con ampie motivazioni, da Cons. Stato, sez. V, 3 settembre 2018, n. 5157.

⁴⁹ V. la citata Cons. Stato n. 5157/2018, punto 18 in diritto, annotata da A. GIANNELLI, *Il rinnovo in favore del concessionario uscente quale forma di tutela del valore identitario di determinati locali "storici": dalla dittatura della concorrenza alla dittatura della cd. eccezione culturale?*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2019, p. 174 ss., p. 180, ove si evidenzia il carattere non univoco del concetto di valorizzazione, il quale può essere declinato «in termini meramente economici ovvero in chiave più moderna, tale da inglobare, ad esempio, anche elementi di natura sociale, culturale etc.». La decisione è annotata anche da F.G. ALBISINNI, *L'identità storico-culturale dei centri storici come eccezione culturale al principio di concorrenza*, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2019, p. 387 ss. Nota convintamente adesiva anche di P. CARPENTIERI, *Valore culturale dei centri storici vs. concorrenza e mercato*, in *Riv. giur. edilizia*, 2, 2019, p. 425 ss., che accosta le conclusioni della sentenza annotata alla giurisprudenza consolidata che ammette limitazioni delle attività commerciali dettate da ragioni di tutela dei centri storici; si richiama in particolare Cons. Stato, sez. IV, 4 maggio 2017 n. 2026, secondo cui «la liberalizzazione del mercato dei servizi sancita dalla direttiva 123/2006/CE e dai provvedimenti legislativi che vi hanno dato attuazione, non può essere intesa in senso assoluto come primazia del diritto di stabilimento delle imprese ad esercitare sempre e comunque l'attività economica, dovendo, anche tale libertà economica, confrontarsi con il potere, demandato alla Pubblica amministrazione, di pianificazione urbanistica degli insediamenti, ivi compresi quelli produttivi e commerciali»; l'A. conclude ponendo in rilievo che il fondamento della decisione risiede precisamente nella possibilità di porre diversi interessi giuridici in rapporto di gerarchia; e che nel nostro ordinamento il gradino più alto di questa scala ideale non è occupato dalla concorrenza e dal mercato: si conferma «la primarietà giuridica del valore della tutela dell'identità culturale dei centri storici, delle città d'arte e degli antichi borghi e la sua prevalenza sugli interessi del commercio e della concorrenza, e ciò

Considerando n. 40 della direttiva servizi⁵⁰.

Sembra particolarmente significativo che questo gruppo di decisioni risolva l'antinomia tra i principi – concorrenza da un lato e tutela del patrimonio culturale dall'altro – non tramite la ricerca di un punto di equilibrio di qualche genere tra i due, ma mediante una secca argomentazione di gerarchia: le ragioni culturali consentono di derogare alla gara perché rappresentano «un'esigenza stimata in sé superiore» dall'ordinamento, dal momento che si riferiscono a «interessi prioritari che prevalgono sulle esigenze stesse che sono a base della garanzia di concorrenza»⁵¹.

Il trono della concorrenza è irrimediabilmente smosso. Una concessione di beni pubblici, pur suscettibili di sfruttamento economico e appetibili su un relevantissimo mercato, anche transfrontaliero⁵², può essere rinnovata senza confronto concorrenziale, quando così richiedano le superiori esigenze di tutela storico-culturale connesse alla specifica natura dei beni pubblici in questione.

Sulla base di questa solida affermazione di principio, sia l'amministrazione che il giudice amministrativo trarranno poi ulteriori

nonostante le recenti riforme di legge che mirano alla semplificazione mediante regole procedurali indifferenti alla gerarchia dei valori. Il punto è che la prevalenza dei valori di tutela affonda le sue radici profonde nel *jus*, nasce dalle cose e si impone, con la forza giusrazionalista di un nuovo diritto naturale, alle mutevoli scelte della *lex* dettate dalle occasionali maggioranze politiche» (p. 443).

⁵⁰ Considerando che è opportuno riportare per esteso: «La nozione di “motivi imperativi di interesse generale” cui fanno riferimento alcune disposizioni della presente direttiva è stata progressivamente elaborata dalla Corte di giustizia nella propria giurisprudenza relativa agli articoli 43 e 49 del trattato, e potrebbe continuare ad evolvere. La nozione, come riconosciuto nella giurisprudenza della Corte di giustizia, copre almeno i seguenti motivi: l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza e la sanità pubblica ai sensi degli articoli 46 e 55 del trattato, il mantenimento dell'ordine sociale, gli obiettivi di politica sociale, la tutela dei destinatari di servizi, la tutela dei consumatori, la tutela dei lavoratori, compresa la protezione sociale dei lavoratori, il benessere degli animali, la salvaguardia dell'equilibrio finanziario del regime di sicurezza sociale, la prevenzione della frode, la prevenzione della concorrenza sleale, *la protezione dell'ambiente e dell'ambiente urbano, compreso l'assetto territoriale in ambito urbano e rurale*, la tutela dei creditori, la salvaguardia della sana amministrazione della giustizia, la sicurezza stradale, la tutela della proprietà intellettuale, gli obiettivi di politica culturale, compresa la salvaguardia della libertà di espressione dei vari elementi presenti nella società e, in particolare, dei valori sociali, culturali, religiosi e filosofici, la necessità di assicurare un elevato livello di istruzione, il mantenimento del pluralismo della stampa e la politica di promozione della lingua nazionale, *la conservazione del patrimonio nazionale storico e artistico*, e la politica veterinaria» (corsivi aggiunti). Dei motivi sottolineati, com'è intuibile, l'ultimo è stato valorizzato dal Consiglio di Stato ai fini del decidere nella sentenza citata; i primi due saranno decisivi nel prosieguo dello studio, con specifico riferimento ai contratti agrari.

⁵¹ Così ancora Cons. Stato n. 5157/2018.

⁵² Come testimoniato dalla diversità e fama dei marchi ad oggi insediati nella Galleria.

conseguenze. Al ricorrere di circostanze analoghe a quelle sopra esposte, il bene potrà essere concesso mediante affidamento diretto, che prescinda da qualsiasi confronto competitivo⁵³; ovvero ancora sarà possibile, nell'ambito di una procedura pur concorrenziale, concedere ad un qualificato soggetto "proponente" una speciale clausola di prelazione, modellata sull'analoga disposizione prevista in materia di finanza di progetto⁵⁴.

Si consolida così un orientamento applicativo che considera ammissibile il superamento delle regole concorrenziali in tema di affidamento di concessioni di beni, ove alla loro applicazione si oppongano superiori esigenze legate alla tutela di valori storico-artistici o, comunque, culturali.

5.2. *Né in house né mercato. La via del terzo settore*

Il primo "segno" riguardava dunque specificamente la possibilità di derogare ai principi concorrenziali nel settore dell'affidamento di beni pubblici, pur suscettibili di sfruttamento economico e, dunque, ricompresi nell'ambito di applicazione delle regole unionali sulla libera circolazione dei servizi e delle persone.

Un secondo elemento di rottura del dominio delle regole concorrenziali è comparso invece nel settore dei servizi sociali.

Anche i servizi sociali rientrano com'è noto nella disciplina generale,

⁵³ Così TAR Lombardia, sez. I, 1° agosto 2022, n. 1833, sia pure *incidenter tantum*; v. in particolare il § 8 in diritto, dove si afferma che, pur mancando nel caso di specie ragioni sufficienti per consentire il ricorso alla prelazione, la «realizzazione del fine di valorizzazione del patrimonio culturale» può essere assicurata perfino, «in presenza dei necessari motivi imperativi di interesse generale», mediante «l'istituto dell'affidamento diretto del bene». In effetti, analoghi affidamenti diretti (ad una libreria e ad un ristorante storici), erano già stati disposti dal Comune di Milano per altri immobili, ove così avevano richiesto particolari esigenze connesse a diverse sfumature di interesse culturale. Si veda la delibera di Giunta comunale n. 104/2021, come parzialmente modificata dalla deliberazione n. 1754/2023.

⁵⁴ Cons. Stato, sez. VII, 4 aprile 2023, n. 3486. La doglianza, poi accolta dal Consiglio di Stato, viene così sintetizzata dalla sentenza: «in difetto di un divieto espresso di riconoscimento della prelazione nelle procedure di assegnazione delle concessioni pubbliche, il T.A.R. avrebbe dovuto valutare la prelazione alla luce dei principi generali dell'ordinamento comunitario e nazionale e concludere per la sua ammissibilità quando, come nel caso *de quo*, consenta la realizzazione di interventi di riqualificazione e di recupero dei beni culturali senza oneri a carico della P.A., mediante un ruolo attivo del privato proponente». Così il giudice riassume la più importante delle censure proposte da parte appellante; una formulazione altrettanto chiara e sintetica del principio non si ritrova testualmente nel seguito della pronuncia, ma la lettura complessiva delle motivazioni in diritto conduce a concludere che quella proposizione sintetica rispecchi in sostanza la tesi accolta dal giudice.

interna e unionale, sui servizi pubblici e sull'affidamento dei contratti di appalto o concessione di servizi; soggiacciono ai principi sanciti dai Trattati.

In una prima fase, l'orientamento prevalente ha ritenuto che, quand'anche l'amministrazione intendesse assicurare lo svolgimento di tali servizi mediante il coinvolgimento e la cooperazione con organismi del terzo settore, nondimeno dovesse ritenersi obbligata a seguire tutto il complesso di regole discendenti dall'applicazione dei plessi normativi in questione, come era infine in sintesi comandato dall'art. 143 del codice dei contratti pubblici del 2016⁵⁵.

E ciò veniva ripetuto anche in seguito all'entrata in vigore del d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117, il codice del terzo settore, che aveva inteso invece testualmente escludere dalla soggezione alle regole concorrenziali le convenzioni tra enti pubblici ed enti del terzo settore volte all'assicurazione di servizi sociali. In questa direzione restrittiva si erano espressi, sulla scorta di una certa giurisprudenza unionale, il Consiglio di Stato e l'ANAC⁵⁶.

Ma anche in questo delicato settore si è potuto assistere in anni più recenti a un cambio di paradigma davvero radicale. Con la pronuncia del 26

⁵⁵ A mo' di riassunto delle posizioni espresse dagli enti di controllo in questa fase, si vedano le indicazioni contenute nelle Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali, adottate con delibera n. 32 del 20 gennaio 2016 dall'Autorità nazionale anticorruzione. Il paragrafo 5 afferma che lo strumento della co-progettazione, previsto dalla disciplina di settore delle organizzazioni di volontariato e simili, è sottoposto al previo esperimento di una procedura di gara ricalcata su quelle del codice dei contratti pubblici. L'assetto della disciplina in questa fase dell'evoluzione ordinamentale è ricostruito criticamente da E. FREDIANI, *I rapporti con la pubblica amministrazione alla luce dell'art. 55 del codice del Terzo settore*, in *Non profit*, 3, 2017, p. 157 ss. In sintesi, una competizione è pur sempre richiesta, quantunque questa possa essere "riservata" a soggetti appartenenti al terzo settore, «nel rispetto dei principi generali in tema di concorrenzialità e *par condicio competitorum*» (p. 172).

⁵⁶ Così Cons. Stato, comm. spec., parere 20 agosto 2018, n. 2052. Rilevato che le disposizioni del codice del terzo settore e, in particolare, gli artt. 55 e 56 «non indicano più, quale superiore principio conformativo delle procedure di affidamento di servizi sociali, il necessario rispetto «delle norme nazionali e comunitarie che disciplinano le procedure di affidamento dei servizi da parte della pubblica amministrazione»; in termini più specifici, inoltre, non limitano il ricorso alla co-progettazione ai soli «interventi innovativi e sperimentali», ma, *de facto*, qualificano l'istituto come strumento ordinario a regime», la commissione speciale afferma che l'interpretazione «deve tener conto del più ampio contesto sistematico in cui la normativa *de qua* si colloca e, in particolare, del principio della primazia del diritto euro-unitario» e, in sostanza, torna a sottoporre i servizi sociali svolti tramite cooperazione con i soggetti del terzo settore a obblighi di gara tratti dalle norme europee sui contratti pubblici comuni. Nello stesso senso si era espresso il Consiglio di Stato in sede consultiva con il parere del 14 giugno 2017, n. 1405. Affermazioni di uguale segno provenivano dall'ANAC sia nell'istanza sfociata nel parere n. 2052/2018 del Consiglio di Stato, sia nelle Linee guida n. 32 del 2016.

giugno 2020, n. 131, la Corte costituzionale ha infatti riconosciuto, con parole solenni, la possibilità che si disciplini con modalità del tutto estranee alle norme in tema di appalti e concessioni di servizi la peculiare collaborazione tra enti pubblici ed organismi del terzo settore.

Le modalità speciali di gestione dei servizi sociali previste dall'art. 55 del codice del terzo settore rappresentano un «canale di amministrazione condivisa, alternativo a quello del profitto e del mercato» e si configurano «come fasi di un procedimento complesso espressione di un diverso rapporto tra il pubblico ed il privato sociale, non fondato semplicemente su un rapporto sinallagmatico»⁵⁷.

Le conclusioni della Corte, pur innovative, si inscrivono d'altronde in un lungo cammino di graduale riconoscimento e attuazione di «fondamentali» principi costituzionali: della sussidiarietà, *in primis*, ma più radicalmente, del principio personalista – tutela e promozione della persona, come singolo e nelle formazioni sociali nelle quali si svolge la sua personalità – che ha storia consolidata e difensori illustri, a partire dagli stessi costituenti⁵⁸.

⁵⁷ Così Corte cost. n. 131/2020, § 2.1 in diritto, dove il giudice delle leggi prosegue chiarendo che «il modello configurato dall'art. 55 CTS, infatti, non si basa sulla corresponsione di prezzi e corrispettivi dalla parte pubblica a quella privata, ma sulla convergenza di obiettivi e sull'aggregazione di risorse pubbliche e private per la programmazione e la progettazione, in comune, di servizi e interventi diretti a elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, secondo una sfera relazionale che si colloca al di là del mero scambio utilitaristico». La pronuncia ha attratto immediatamente l'attenzione degli studiosi e su di essa si sono appuntati numerosi sia i commenti che i contributi ricostruttivi di più ampio respiro. Si vedano tra i commenti immediati E. ROSSI, *Il fondamento del Terzo settore è nella Costituzione. Prime osservazioni sulla sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Forum Quaderni cost.*, 3, 2020, p. 50 ss.; e per le ricostruzioni successive l'intero fascicolo n. 3/2022 di *Istituzioni del federalismo*, e ivi in particolare A.S. ALBANESE, *La collaborazione fra enti pubblici e terzo settore nell'ambito dei servizi sociali: bilanci e prospettive*, p. 635 ss. Più in generale, la pronuncia è diventata «pietra angolare» di tutte le successive trattazioni in tema di terzo settore. Si veda L. GORI, *Terzo settore e Costituzione*, Torino, 2022, XVI, p. 3 ss., p. 167 ss. e *passim*. Si può dire sinteticamente che l'accoglienza dottrinale della posizione espressa dalla sentenza è stata unanimemente positiva.

⁵⁸ Tali altissime considerazioni erano già state applicate al settore dei servizi sociali da G. PASTORI, *Pubblico e privato nei servizi sociali*, in E. BALBONI-B. BARONI-A. MATTIONI-G. PASTORI (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali*, Milano, 2007, p. 206 ss. Per l'impostazione di fondo, invece, si vedano ancora ID., *Diritti e servizi oltre la crisi dello Stato sociale*, in AA. VV., *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, vol. I, Milano, 1993, p. 1081 ss., p. 1082, ora in *Scritti Scelti*, vol. II, Napoli, 2010, p. 511 ss., p. 519; nonché M.R. SPASIANO, *Tutela della persona, rimedi giudiziali e cittadinanza degli organismi privati di utilità sociale*, in F. MANGANARO-A. ROMANO TASSONE (a cura di), *Persona e amministrazione*, Torino, 2004, p. 131 ss.; e nella dottrina più schiettamente costituzionalistica F. PIZZOLATO, *Finalismo dello Stato e*

A partire dalla pronuncia citata, la prassi e gli studi consolideranno una vera e propria “terza via”: per l’assicurazione dei servizi sociali, l’alternativa a disposizione delle amministrazioni non si riduce alla dicotomia secca tra produzione *in house* ed esternalizzazione tramite gara; la pubblica amministrazione può percorrere una soluzione diversa, promuovendo la formazione di accordi con enti del terzo settore, secondo logiche di cooperazione che possono prescindere da qualunque confronto competitivo⁵⁹.

I relativi accordi dovranno rendere trasparente l’impostazione in termini di vera cooperazione e non scadere in un rapporto di carattere meramente sinallagmatico tra amministrazione e ente del terzo settore. Alla causa comune questi ultimi devono partecipare con le proprie capacità di organizzazione, programmazione e progettazione e devono contribuire «in modo effettivo e trasparente al perseguimento delle finalità sociali» oggetto della collaborazione.

A convenzioni siffatte, dunque, non trovano applicazione le regole concorrenziali e il diritto dell’Unione se ne dichiara “estraneo” o, meglio neutrale, secondo un ragionamento analogo a quello che aveva indotto il giudice comunitario a considerare ammissibili forme di erogazione dei servizi pubblici *in house* o tramite accordi di altro genere tra enti pubblici⁶⁰.

sistema dei diritti nella Costituzione italiana, Milano, 1999, p. 145 ss., p. 160 e *passim*, con ampia ricostruzione anche dei lavori dell’Assemblea; nonché A. MICIELI, *Uno Stato «nuovo», finalistico e pluralistico. Giuseppe Dossetti e l’Università Cattolica tra fascismo e democrazia*, in *Jus*, 2, 2021, p. 337 ss., *passim*; dello stesso A., più di recente, v. *La partecipazione nei rapporti economici*, cit., p. 75 ss.; e G. GARANCINI, *Figure di costituenti: Egidio Tosato e Costantino Mortati*, in F. D’AGOSTINO (a cura di), *Valori costituzionali. Per i sessanta anni della Costituzione italiana. Atti del Convegno internazionale dell’U.G.C.I. (Roma, 5-7 dicembre 2008)*, Milano, 2010, p. 69 ss.

⁵⁹ Consacrano, per così dire, il nuovo orientamento dapprima Cons. Stato, sez. I, parere 17 ottobre 2019, n. 2627, che esclude la competenza dell’ANAC a dettare linee guida in tema di servizi sociali che siano erogati tramite il ricorso agli strumenti di cooperazione previsti dagli artt. 55, 56 e 57 del codice del terzo settore: dunque, questi accordi esulano *in toto* dal campo di applicazione del codice appalti e delle sue logiche competitive. E, in seguito, Cons. Stato, sez. consultiva per gli atti normativi, 3 maggio 2022, n. 802, in cui si osserva che «sia in sede legislativa che in sede di interpretazione giurisprudenziale emerge chiaramente una linea evolutiva della disciplina degli affidamenti dei servizi sociali che, rispetto a una fase iniziale di forte attrazione nel sistema della concorrenza e del mercato, sembra ormai chiaramente orientata nella direzione del riconoscimento di ampi spazi di sottrazione a quell’ambito di disciplina». E conclusivamente “invita” l’Autorità interrogante (l’ANAC) a rivalutare l’opportunità e la legittimità della stessa decisione di adottare una sua disciplina secondaria in tema di affidamento dei servizi sociali, atteso che la materia, osserva il Consiglio, le è in massima parte estranea, esulando dal campo di applicazione del codice dei contratti pubblici.

⁶⁰ In questo senso mi pare proceda il ragionare delle sentenze della Corte giust., sez. V, 28 gennaio 2016, in C-50/14, *Casta*; e Corte giust., sez. V, 11 dicembre 2014, in C-113/13, *Azienda*

L'opzione ermeneutica sposata dalla Corte costituzionale trova poi consacrazione nel codice dei contratti pubblici del 2023, il cui art. 6 riprende pressoché testualmente le conclusioni raggiunte dalla sentenza del 2020: al ricorrere delle condizioni ivi previste, i modelli di amministrazione condivisa sono sottratti all'applicazione del codice dei contratti; e lo sono in via generale gli istituti disciplinati dal codice del terzo settore⁶¹.

Un'altra crepa è stata aperta nel moloch della concorrenza.

5.3. *La Commissione si interroga: quali limiti alla concorrenza?*

Il terzo segnale della maturazione di una sensibilità nuova proviene infine dall'autorità che più tradizionalmente si è incaricata di promuovere e far rispettare i canoni della concorrenza: la Commissione europea.

Con atti pubblicati l'8 maggio 2025, la Commissione ha avviato una consultazione pubblica per la raccolta di osservazioni in vista dell'integrale revisione degli "orientamenti in materia di concentrazioni"⁶², dalla stessa adottati a fine anni Duemila in attuazione delle norme comunitarie in tema di controllo sulle fusioni tra imprese, potenzialmente lesive della concorrenza⁶³.

sanitaria locale n. 5 Spezzino.

⁶¹ Dunque, co-programmazione e co-progettazione (art. 55 del codice del terzo settore), convenzioni per lo svolgimento di attività di interesse generale (art. 56) e convenzioni per l'affidamento del servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza (art. 57) sono in radice estranee al campo di applicazione del d.lgs. 36/2023. Vedi sul punto L. GALLI, *Commento all'art. 6*, in R. VILLATA-M. RAMAJOLI (a cura di) *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Pisa, 2024, p. 29 ss., spec. p. 30.

⁶² Più in particolare, le *horizontal mergers guidelines*, la cui ultima versione risale al 2004, e le *non-horizontal mergers guidelines*, ultima versione del 2008; ambedue adottate in esecuzione del reg. CE/2004/139 in materia appunto di controllo sulle fusioni tra imprese. Per un'applicazione recente di tale plesso normativo, con ampia ricostruzione teorica degli istituti coinvolti, v. Corte giust., Grande sezione, 13 luglio 2023, in C-376/20P, *CK Telecoms UK c. Commissione*. L'annuncio dell'avvio della consultazione e tutti i documenti di studio che saranno citati in prosieguo sono reperibili sulla pagina dedicata del sito della Commissione: https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/review-merger-guidelines_en.

⁶³ La revisione dei due documenti era peraltro oggetto di uno specifico mandato politico della presidenza della Commissione alla nuova titolare della Direzione generale: cfr. la lettera d'incarico indirizzata il 17 settembre 2024 da Ursula von der Leyen alla neonominata Teresa Ribera Rodríguez, reperibile sul sito della Commissione: https://commission.europa.eu/document/5b1aee5-681f-470b-9fd5-ae14e106196_en, spec. p. 7. Altri orientamenti non pienamente allineati alla visione tradizionale della concorrenza erano emersi in altri settori dell'azione della Commissione, come sottolineano, in parte criticamente: R. CANCELO GOMEZ-M. COZZIO, *Il mercato internazionale degli appalti pubblici tra «autonomia strategica», neo-protezionismo e tutela della reciprocità*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2, 2023,

Dalla lettura dei sette documenti di studio, pubblicati dalla Commissione come accompagnamento alla richiesta di osservazioni, emerge una visione profondamente rinnovata del ruolo della concorrenza e dei meccanismi che dovranno essere apprestati per la sua tutela⁶⁴.

La Commissione si propone cioè di indagare le condizioni al ricorrere delle quali i “danni” causati da una diminuzione della concorrenza dovuta alla fusione possono ritenersi controbilanciati dalla produzione di diversi vantaggi economici o sociali.

Per esempio, si specifica ora nei documenti oggetto di consultazione, la sorveglianza europea sulle fusioni non dovrebbe impedire la crescita delle imprese che sia funzionale (non a farle divenire monopoliste od oligopoliste dei mercati dove già operano, ma) a renderle capaci di operare simultaneamente in mercati diversificati geograficamente⁶⁵. A trasformare cioè le imprese europee in attori capaci di competizione globale e non solo provinciale.

Ancora più significativo è il fatto che, secondo quanto prospettato dalla richiesta di osservazioni della Commissione, in futuro una fusione potrebbe

p. 185 ss.

⁶⁴ I tempi sono troppo ravvicinati per poter offrire al lettore riferimenti scientifici approfonditi. Nella letteratura politico-economica di settore, con taglio divulgativo, appaiono i primi “commenti a caldo”. Ravvisa per esempio in questi atti la benvenuta posizione di “domande da lungo tempo inevase”, C. CAFFARRA, *Starting to ask the right questions... will we get the right answers?*, in *The post-bubble blog*, 11 maggio 2025; nonché Id., *The Economist is wrong again on Europe - but so are the antitrust do-gooders*, ivi, 2 giugno 2025; donde conclusivamente «there is still too much store set by the neoclassic “competition” mythology (...). Let’s go all in on building, and restarting the engine of growth. Competition in itself doesn’t do it. We need to stimulate investment and grow – it is simply untrue that “competition” will deliver». Viceversa, essi sarebbero verosimilmente un tradimento dell’ortodossia antitrust per la redazione del *Charlemagne*, periodico dell’*Economist*, secondo la ricostruzione dei nuovi orientamenti del decisore unionale esposta nell’editoriale *Europe fantasises about an “Airbus of everything!” Can it fly?*, pubblicato il 31 maggio 2025.

⁶⁵ Si parla di acquisizione di *market power abroad*: la crescita di potere di mercato all’estero è dunque considerata oggi dichiaratamente “cosa buona”, in contrapposizione con il mero aumento di *market power* (a seconda dei casi, nazionale o intracomunitario), principale oggetto della trattazione classica in tema di vigilanza sulle fusioni e che è visto invece come il più grande rischio legato a tali operazioni. Vedi il documento di studio della Commissione A. *Competitiveness and resilience*, ult. agg. 8 maggio 2025, in https://competition-policy.ec.europa.eu/document/download/c491dea5-2cf5-4b63-8933-b8f5ae5c3554_en?filename=Topic_A_Competitiveness_and_resilience.pdf, punto 24. Si tratta di considerazioni che la Commissione ha ripreso nella *EU Start up Scale up Strategy*, dichiarata applicazione delle indicazioni contenute nei due rapporti di studio e proposta circa la competitività e lo stato del mercato interno, rispettivamente redatti da Mario Draghi ed Enrico Letta: https://research-and-innovation.ec.europa.eu/strategy/strategy-research-and-innovation/jobs-and-economy/eu-startup-and-scaleup-strategy_en#documents.

forse ritenersi autorizzabile anche quando, pur causando una menomazione della concorrenza, sia nondimeno funzionale a promuovere investimenti⁶⁶ o ad accelerare o rendere possibile la transizione a tecnologie meno inquinanti⁶⁷.

Molte delle domande oggetto della consultazione avviata dalla Commissione riguardano naturalmente anche i “come” di questi nuovi “perché”: e, dunque, si cercano suggerimenti su come rendere misurabili e su come ponderare comparativamente i vantaggi sociali, economici o ambientali che le fusioni dovranno dimostrare di arrecare, affinché possano ritenersi bilanciati o superati i danni alla concorrenza⁶⁸.

Un approfondimento ulteriore del tema sorpassa le finalità del presente studio. Ci è qui sufficiente constatare che, perfino nella sua ambientazione più tradizionale, quella delle regole giuridiche volte alla prevenzione di una eccessiva concentrazione dei mercati, la concorrenza vede oggi incrinato il ruolo di assoluta primazia, di cui aveva goduto in altri momenti. La massima autorità continentale in materia antitrust annuncia che in futuro altre valutazioni di politica economica (positive ricadute sugli investimenti, aumento di efficienza), altri interessi generali (affermazione di imprese europee su mercati extraeuropei, promozione della transizione ecologica) potranno condurre ad autorizzare fusioni che le regole concorrenziali avrebbero invece impedito.

Ed era questo il terzo dei “segni di tempi nuovi”.

6. *Un riconoscimento normativo di segno diverso: il codice dei contratti pubblici del 2023*

Nel progressivo mutamento di sensibilità, manifestato dai segnali che si sono passati in rapida rassegna, si inserisce anche la riforma della disciplina generale dei contratti pubblici, conclusasi con l’approvazione del codice di cui al d.lgs. 30 maggio 2023, n. 36.

⁶⁶ Vedi il documento di studio della Commissione *C. Innovation and other dynamic elements in merger control*, ult. agg. 8 maggio 2025, in https://competition-policy.ec.europa.eu/document/download/7be3a583-0af0-4f75-af6b-f0335572c8dc_en?filename=Topic_C_Innovation_and_other_dynamic_elements_in_merger_control.pdf, punto 7.

⁶⁷ Così il documento di studio della Commissione *D. Sustainability & clean technologies*, ult. agg. 8 maggio 2025, in https://competition-policy.ec.europa.eu/document/download/d7577000-7e86-4661-959e-06abaf7a0a89_en?filename=Topic_D_Sustainability_and_clean_technologies.pdf punti 67-72.

⁶⁸ *Ibidem*, in particolare, il punto 72: «the methodology and parameters to be included in the competitive assessment to take due account of sustainability considerations, as well as the quantification and verification of ‘green’ incentives and efficiencies, will be key questions».

Il nuovo codice dei contratti pubblici, infatti, manifesta – fin dai primi, decisivi articoli di principio e poi in numerosi passaggi delle norme di dettaglio – un chiaro ri-orientamento della disciplina degli acquisti delle pubbliche amministrazioni: la concorrenza perde il ruolo di principale riferimento valoriale, in favore della dichiarata preminenza del “risultato” amministrativo. Quando essa viene richiamata, come criterio pur sempre ancora decisivo nell’ordinarietà dei casi, si precisa che essa ha il ruolo del mezzo rispetto ai fini altrove indicati.

Molto è già stato scritto e commentato circa l’innovazione costituita dal porre in apertura del primo libro del codice una intera parte prima dedicata ai principi e sviluppata in diciotto articoli⁶⁹. Sia qui sufficiente osservare che il “cuore valoriale” del nuovo codice è rappresentato dai primi tre di essi, che enunciano, rispettivamente, i principi del risultato, della fiducia e dell’accesso al mercato⁷⁰.

Il primo occupa la posizione di vertice e funge da chiave interpretativa dell’intero impianto⁷¹, mentre la concorrenza «è funzionale a conseguire il

⁶⁹ M. RENNA, *I principi*, in S. FANTINI-H. SIMONETTI (a cura di), *Il nuovo corso dei contratti pubblici. Principi e regole in cerca di ordine*, *Foro it.* 1 (fasc. speciale), 2023, p. 1 ss. L’A. propone anche la ripartizione dei principi in due categorie, rispettivamente i «veri principi» e i «principi di dettaglio», norme spurie, questi ultimi, che elevano al rango formale di principi regole specifiche, allo scopo – suggerisce l’A. – di solennizzarne l’importanza e scoraggiarne future modifiche o ripensamenti (p. 10). Dello stesso A., v. anche *Commento all’art. 4*, in R. VILLATA-M. RAMAJOLI (a cura di) *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Pisa, 2024, p. 19 ss.; ancora più critici sul punto R. VILLATA-L. BERTONAZZI, *Commento all’art. 1*, in R. VILLATA-M. RAMAJOLI (a cura di), *Commentario al codice*, cit., p. 1 ss.; per approfondimenti sui singoli principi si vedano anche tutti gli scritti raccolti in R. URSI (a cura di), *Studi sui principi generali del codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2024; ed ivi specialmente F. FRACCHIA, *Il principio del risultato*, p. 13 ss., in particolare pp. 21-22.

⁷⁰ Come discende, d’altronde, *de plano*, dalla lettura dell’art. 4, a norma del quale, tutto il codice si interpreta e si applica «in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3»; l’art. 1, comma 4, sancisce inoltre che «Il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l’esercizio del potere discrezionale e per l’individuazione della regola del caso concreto».

⁷¹ La dottrina si è interrogata circa il significato da attribuire al principio del risultato e, in particolare, se questo inedito riconoscimento normativo debba ritenersi una consacrazione delle teorie accademiche circa la c.d. «amministrazione di risultato», propuginate da una parte della dottrina sul finire degli anni Novanta del secolo scorso. Ci si riferisce in particolare alle note tesi di L. IANNOTTA, *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 1, 1999, p. 57 ss.; nonché ID., *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall’interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 1988, p. 299 ss.; e di M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003, cui la dottrina prevalente riconobbe il merito di aver riportato all’attenzione del legislatore e degli interpreti l’importanza del concreto funzionamento della pubblica amministrazione, ma distaccandosi perlopiù dalle sue

miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti» (art. 1, comma 2). La concorrenza, cioè, non è più considerata un valore in sé, bensì uno strumento tra altri, la cui utilità dipende dalla sua idoneità a massimizzare l'efficacia dell'azione amministrativa⁷². Il secondo principio, quello della

ricostruzioni teoriche, per ricondurre le esigenze da esse evidenziate ad altre, più tradizionali, impostazioni: per F. MIDIRI, *Il principio di efficacia tra imparzialità e buon andamento nella legge di riforma del procedimento amministrativo n. 15 del 2005 (prima parte)*, in *Il diritto dell'economia*, 3, 2007, p. 477 ss., il risultato non dovrebbe essere riguardato come un oggetto extra giuridico, ma piuttosto come la migliore tutela delle posizioni giuridiche individuali e generali tutelate dalle norme, imposta dal principio di efficacia dell'azione amministrativa: «se l'amministrazione, nel suo esercizio di poteri di sovranità/esecuzione democratica, è chiamata a dare concreta attuazione ad interessi e posizioni sostanziali pubblici e privati, il principio di efficacia deve essenzialmente garantire proprio la pienezza ed integralità di questa funzione. Allora, esso si deve identificare in un principio giuridico (od in un metaprincipio inteso come *regula regularum*) che vincoli l'agire amministrativo a tale risultato operando sulle norme del procedimento. L'efficacia, così, impone di applicare le forme della funzione considerando che esse sono preordinate esclusivamente alla realizzazione delle posizioni sostanziali rilevanti per il legislatore» (pp. 484-485). Nello stesso senso, G. PASTORI, *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, in AA. VV., *Annuario 2002 dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Milano, 2003, p. 33 ss., e ancora Id., *Tendenze recenti della pubblica amministrazione italiana*, in AA. VV., *Annuario 2009 dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Napoli, 2010, p. 361 ss., e ora in *Scritti scelti*, vol. II, Milano, 2010, p. 879 ss. e in particolare p. 882: «L'amministrazione viene quindi a caratterizzarsi come attività ordinata al perseguimento di scopi dati e non come attività contraddistinta dalla provenienza dalle istituzioni di governo e operante nell'esercizio di specifici poteri di comando. A ciò corrisponde in particolare non solo una messa in rilievo del profilo finalistico dell'amministrazione, ma anche una considerazione degli scopi come finalità oggettive riferite non più alle istituzioni di governo ma all'ordinamento e all'organizzazione sociale. È in sintesi ciò che si intende oggi quando si dice correntemente che si deve realizzare un'"amministrazione di risultato" (*goal oriented administration*), con un'espressione che non fa che esplicitare il senso del mutamento di prospettiva indicato». E in effetti, secondo i commentatori, il nuovo codice non avrebbe accolto la visione dottrinale del risultato, ma ne avrebbe dettato una nuova, autonoma e "più semplice": cfr. M. RENNA, *I principi*, cit., p. 11; R. VILLATA-L. BERTONAZZI, *Commento all'art. 1*, cit., p. 2, che rinviano anche alle critiche mosse alla teoria dell'amministrazione di risultato da A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula "amministrazione per risultati"*, in AA. VV., *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, 2001, p. 813 ss.; critico della teoria in parola, sia pure *en passant*, anche E. PICOZZA, *La costituzione economica alla luce della legge costituzionale n. 1 del 2022*, in F. CUSANO (a cura di), *Scritti in onore di Paolo Urbani*, Milano, 2025, p. 1183 ss., in particolare p. 1193: «nel terzo Codice (d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36): al principio della leale cooperazione e dell'affidamento si sostituisce quello della fiducia reciproca nell'ottica di perseguimento del risultato (non la generica e vaga amministrazione di risultato), ma anche la responsabilità dell'appaltatore».

⁷² L'accoglienza in dottrina di questo specifico elemento di cesura rispetto al passato è stata perlopiù positiva. Così, per esempio, S. FANTINI-H. SIMONETTI, *Introduzione*, in Id. (a cura di), *Il nuovo corso dei contratti pubblici*, cit., specialmente pp. xii-xiii; F. CINTIOLI, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, relazione tenuta a Firenze il 14 aprile 2023, reperibile su www.giustizia-amministrativa.it; V. ITALIA, *I principi del nuovo codice dei contratti*

fiducia, dovrebbe tendere a assicurare i funzionari nell'utilizzo della discrezionalità. Mentre il terzo pone di nuovo l'accento sull'accesso al mercato e sulla concorrenza, ma in una chiave coerente con i due principi precedenti e, ancora una volta, con un chiaro orientamento funzionale⁷³.

Si tratta, in definitiva, di un quasi completo ribaltamento della gerarchia interna rispetto ai codici del 2006 e del 2016: il risultato viene posto nettamente in cima, la concorrenza viene collocata nel posto dei mezzi, da cui forse non sarebbe mai dovuta uscire, ed espulsa da quello dei fini, dove si era iniquamente installata. È un'inversione di paradigma che, pur senza negare il valore delle regole concorsuali, invita a interpretarle – ove interpretazione sia necessaria⁷⁴ – nel contesto più ampio del perseguimento dell'interesse pubblico sostanziale.

Ciò non significa, ovviamente, che d'ora in avanti le specifiche, inequivoche regole recate dal codice o da altre leggi, a presidio della trasparenza e della concorrenza, potranno essere impunemente derogate, in pretesa applicazione del principio del risultato. Significa, piuttosto, che, ogniquale volta si porrà una questione interpretativa circa la portata da attribuire a quelle regole (una possibile estensione analogica, una deroga dettata dall'applicazione di altre disposizioni speciali, più in generale, la risoluzione di un'antinomia normativa, etc.), i criteri guida per l'interprete saranno quelli indicati dall'art. 4: risultato, fiducia e, buon ultimo, l'accesso al mercato; con il

pubblici, in *Riv. trim. app.*, 3, 2023, p. 1183 ss.; L.R. PERFETTI, *Sul nuovo codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urb. app.*, 1, 2023, p. 5 ss. Più critica, specie in relazione ad alcune possibili future involuzioni applicative, la lettura di M. RENNA, *I principi*, cit., pp. 14-15; e di R. VILLATA - L. BERTONAZZI, *Commento all'art. 1*, cit., p. 3 ss., i quali ultimi ravvisano nella norma meno innovazione di quanta ne sia apparsa agli occhi dei primi commentatori, osservando che giammai il risultato potrà consentire di derogare ai crismi della legalità; il che è senz'altro condivisibile: si potrà mai, per ragioni di "tempestività", non invitare il numero minimo di operatori richiesto dalla specifica norma del codice (l'esempio è proposto dagli Autori ultimi citati, p. 6)? Naturalmente, no: si concorda pienamente con la giusta sottolineatura della perdurante preminenza del principio di legalità. Ma ciò non toglie che la gerarchia dei principi debba svolgere il suo compito nei casi di interpretazione e applicazione della norma ambigua: in questo campo si ritiene che il ribaltamento valoriale avrà effetti – e potenzialmente di non poco conto – sulla legittimità delle scelte amministrative e sul loro sindacato giurisdizionale.

⁷³ P. CHIRULLI, *Commento all'art. 3*, in R. VILLATA-M. RAMAJOLI (a cura di) *Commentario al codice dei contratti pubblici*, cit., p. 16, secondo la quale pare evidente che «al pari della concorrenza, a sua volta anche l'accesso al mercato sia criterio guida non di tenore assoluto, ma funzionale e complementare al rispetto del principio del risultato».

⁷⁴ Si vuole ribadire cioè che, com'è naturale, nessuna invocazione del principio potrà mai giustificare una interpretazione abrogatrice di regole puntualmente e specificamente dettate dal codice.

risultato espressamente indicato quale «criterio prioritario»⁷⁵.

Una conferma importante di tale ri-orientamento si ritrova anche in alcune disposizioni di maggiore dettaglio⁷⁶.

L'art. 6 consente all'amministrazione il ricorso a «modelli organizzativi di amministrazione condivisa», anche al di fuori dei casi espressamente disciplinati dal codice del terzo settore, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, purché questi «contribuiscano al perseguimento delle finalità sociali in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente e in base al principio del risultato». Dunque, se concorrono tali condizioni, non si procederà in ossequio a regole concorrenziali: si conferma che la gara non è il fine del codice.

Significativo anche il successivo art. 7. I primi tre commi dell'articolo confermano la legittimità della scelta dell'amministrazione di ricorrere alla c.d. autoproduzione, anche mediante società *in house*: il risultato prevale sulla gara. Il comma 4, invece, detta una disciplina di dettaglio per la «cooperazione» tra amministrazioni. La norma, che disciplina i contratti tra enti pubblici, è spiegata dalla Relazione illustrativa al codice come il rafforzamento della «terza via» di reperimento del bene, lavoro o servizio ricercato dall'amministrazione contraente, accanto all'autoproduzione e all'esternalizzazione tramite gara⁷⁷.

La nuova formulazione della norma costituisce recepimento del

⁷⁵ Offre una valutazione sostanzialmente positiva di questo riequilibrio M. CAFAGNO, *Funzioni delle gare e principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici. Dalla giustapposizione al bilanciamento*, in *Giornale dir. amm.*, 1, 2024, p. 96 ss., a commento di Cons. Stato, sez. IV, 20 aprile 2023, n. 4014: secondo la sentenza annotata, il principio del risultato non deve indurre a «disapplicare i principi (o alcuni dei principi) dei trattati eurounitari che regolano i contratti pubblici, ma semplicemente bilanciarli diversamente in fattispecie che, come quella qui in esame, sono annoverabili tra quelle di minore impatto concorrenziale. Siffatti principi vanno ragionevolmente bilanciati e attuati secondo diverse graduazioni, dato che l'attuazione massima di tutti i principi coinvolti è solitamente impedita dal fatto che essi sono spesso incompatibili fra loro».

⁷⁶ Un elenco esemplificativo si può trovare in F. FRACCHIA, *Il principio di risultato*, cit., p. 22.

⁷⁷ La Relazione precisa sul punto che la nuova norma ha recepito le indicazioni della giurisprudenza della Corte di giustizia, ampliando la possibilità di ricorso a tali accordi anche al caso in cui gli enti contraenti perseguano finalità diverse di interesse generale, fermo restando il divieto di scambi di carattere sinallagmatico: «in particolare, la giurisprudenza ha chiarito che le amministrazioni che partecipano all'accordo possono avere competenze diverse e perseguire finalità pubbliche diverse, purché la reciproca collaborazione consenta a ciascuna di realizzare il proprio obiettivo. Elemento determinante è l'assenza di una logica di scambio, che in questi accordi deve mancare a favore dello svolgimento in comune di attività dirette a soddisfare interessi pubblici, anche non coincidenti ma rientranti nella missione istituzionale di ciascuna amministrazione partecipante all'accordo» (p. 21).

principio di auto-organizzazione amministrativa, sancito anche dall'art. 2 della direttiva 2014/23/UE. Si riconosce così più chiaramente alle pubbliche amministrazioni la facoltà di scegliere, in autonomia, tra tre modelli alternativi per l'esecuzione di lavori o la prestazione di beni e servizi: auto-produzione, esternalizzazione e cooperazione tra amministrazioni⁷⁸.

Sembra di poter ritrovare in queste nuove disposizioni, e nella giurisprudenza sulla quale esse sono basate, una eco della logica seguita dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 131 del 2020, ove si è riconosciuta la possibilità per le amministrazioni di perseguire l'interesse pubblico non solo mediante gara o *in house*, ma anche attraverso forme di accordo strutturato con soggetti del terzo settore.

In conclusione sul punto, sembra chiaro che il nuovo codice dei contratti pubblici abbia abbandonato esplicitamente le ambiguità precedenti: la concorrenza non è il fine prioritario del complesso di norme in esso contenute; lo è invece il più tempestivo, economico ed efficace conseguimento della prestazione ricercata dall'ente procedente. Se il mercato e la concorrenza sono gli strumenti più idonei, questi dovranno adoperarsi; se invece l'autoproduzione, la cooperazione tra enti pubblici o i modelli dell'amministrazione condivisa sono in concreto più funzionali allo scopo perseguito dall'amministrazione (e se ne ricorrono i presupposti di legge), si dovrà ricorrere a queste diverse soluzioni⁷⁹.

Infine, coerentemente con la più equilibrata visione delle norme pro-concorrenziali e con una certa consapevolezza delle incertezze dovute alle precedenti formulazioni, il nuovo codice disciplina *ex professo* il proprio campo di applicazione oggettiva.

La secca formulazione dell'art. 13, comma 1, chiarisce che «le disposizioni del codice si applicano ai contratti di appalto e di concessione». Ma il dato testuale di più immediata rilevanza per quanto qui di interesse è contenuto nel comma 2 dello stesso articolo, dove si statuisce espressamente

⁷⁸ La codificazione di tale principio segna un allineamento del diritto interno con quello dell'Unione, che attribuisce pari dignità all'autoproduzione e all'esternalizzazione; con ciò superando l'impostazione restrittiva del vecchio codice, recato dal d.lgs. 50/2016, e ritenuta incompatibile con il diritto unionale da Corte giust., ord. 6 febbraio 2020, in cause riunite da C-89/19 a C-91/19, *Rieco*.

⁷⁹ Il tutto, «a conferma del fatto che l'obiettivo primario della disciplina di settore non è quello di garantire la gara tra operatori», come osservato da F. FRACCHIA, *Il principio di risultato*, cit., p. 22.

che «Le disposizioni del codice non si applicano ai contratti esclusi, ai contratti attivi e ai contratti a titolo gratuito, anche qualora essi offrano opportunità di guadagno economico, anche indiretto». È una presa di posizione chiara e innovativa, che dissipa definitivamente ogni possibile ambiguità delle formulazioni precedenti e chiude la stagione delle estensioni analogiche ai contratti attivi.

Al comma 5, l'art. 13 precisa poi che: «L'affidamento dei contratti di cui al comma 2 che offrono opportunità di guadagno economico, anche indiretto, avviene tenendo conto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3».

Questi tre articoli soltanto si applicheranno dunque ai contratti attivi. Tre soli articoli, con espressa esclusione di ogni altra mutuaione estensiva o analogica di norme di dettaglio. E tre articoli contenenti norme di principio, suscettibili dunque di applicazione non rigida, ma modellabile sulle caratteristiche specifiche dei contratti la cui conclusione dovranno regolare e della loro eventuale disciplina di settore. Ma, soprattutto, tre principi non equiordinati tra loro: fine preminente tra essi è la conclusione tempestiva (e la successiva corretta esecuzione) del contratto contenente le migliori condizioni per l'amministrazione procedente; non più la celebrazione di gare.

Se correttamente sviluppato, questo nuovo pacchetto di indicazioni normative potrebbe rivelarsi cruciale nel settore della valorizzazione dei terreni agricoli pubblici, ove la rigidità delle procedure concorsuali mal si adatta alla specificità dei beni, alla varietà degli interessi coinvolti e all'esigenza di costruire partenariati di lungo periodo con soggetti radicati nel territorio.

Il codice del 2023 sembra fornire lo spazio normativo per un'interpretazione più matura, per una lettura dell'evidenza pubblica che non si fermi al dogma della gara ad ogni costo, ma guardi ai fini dell'azione amministrativa.

7. Sintesi dei risultati raggiunti. Le norme oggi applicabili ai contratti attivi in generale

Prima di introdurre la descrizione e il commento delle norme speciali applicabili ai contratti di locazione agraria e le questioni poste dalla loro non facile composizione con le regole generali dei contratti attivi, sarà utile sintetizzare il quadro della disciplina applicabile ai contratti attivi in generale, così come si è fin qui delineato.

In primo luogo, storicamente, né il codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 163/2006, né il codice di cui al d.lgs. 50/2016, nella sua originaria formulazione, erano applicabili ai contratti attivi.

Un criticabile filone giurisprudenziale aveva nondimeno talvolta esteso quella disciplina anche ai contratti attivi. Un altro orientamento, che pare più equilibrato, li riconduceva invece sotto l'applicazione dei soli principi generali dei Trattati europei, e dunque: rispetto delle libertà di circolazione e di libera prestazione dei servizi.

Il d.lgs. 56/2017, c.d. correttivo al codice del 2016, ha inserito espressamente i contratti attivi tra i contratti che, seppur "esclusi", sono soggetti all'applicazione dei principi lì elencati, tra i quali non figurava comunque la concorrenza. La giurisprudenza successiva ha riconosciuto a tale innovazione una duplice valenza: da un lato conferma sicura della necessità di applicare tali principi comuni; dall'altro, un limite all'estensione ai contratti attivi di ulteriori norme tratte dalla disciplina dei contratti passivi.

Da ultimo, l'art. 13 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, prosegue in questa linea. Al comma 2 chiarisce che le singole disposizioni del codice non si applicano ai contratti attivi, neppure quando offrano «opportunità di guadagno economico»; e d'altra parte, al comma 5, prevede che ai contratti attivi che «offrono opportunità di guadagno economico, anche indiretto» debbano trovare applicazione i generalissimi principi del risultato, della fiducia, dell'accesso al mercato, di cui agli artt. 1, 2 e 3.

Da quanto detto fin qui discende in sintesi che i contratti attivi, in quanto tali, sono estranei alla disciplina unionale (e perciò interna) in materia di appalti e concessioni e sono viceversa regolati dalle disposizioni dei regi decreti di contabilità pubblica, che prevedono una generale regola di concorsualità, derogabile in funzione del perseguimento dell'interesse contabilistico dell'ente o per l'applicazione di altre norme speciali. Qualora poi offrano opportunità di guadagno economico, devono essere affidati nel rispetto dei tre principi-cornice di cui al codice di contratti: risultato, fiducia e accesso al mercato.

In termini generali, dunque, la scelta dei conduttori e dei concessionari di beni immobili suscettibili di sfruttamento economico (es. per l'appetibilità a scopo commerciale del fabbricato) deve avvenire nel rispetto delle regole sull'evidenza pubblica di cui ai regi decreti e dei principi recati dai primi tre articoli del codice dei contratti pubblici.

Le deroghe alla gara dovranno essere attentamente motivate e

possibilmente trovare giustificazione nelle logiche che tutt'oggi consentono di prescindere dalla gara anche nell'ambito dei contratti passivi.

Se questa è la disciplina generale dei contratti attivi, si può adesso verificare se la natura agraria del terreno oggetto del contratto (abituale, di locazione) incida sulla disciplina applicabile all'individuazione del contraente privato.

In effetti, la natura agraria del bene influisce potentemente sugli interessi, anche costituzionali, coinvolti dalla decisione e trae con sé conseguenze rilevanti nella definizione della disciplina applicabile.

8. La disciplina speciale dei contratti agrari e il suo fondamento costituzionale

Come si è anticipato, e come è ampiamente noto, la locazione dei fondi rustici è soggetta a una disciplina specifica (ossia speciale rispetto al prototipo generale del contratto di locazione), la cui ragion d'essere consiste nell'interesse pubblico a favorire, per l'appunto mediante norme *ad hoc*, lo svolgimento delle attività di coltivazione dei terreni.

Sono precisamente le norme riconducibili a tale disciplina – di valore spiccatamente promozionale⁸⁰ – che negli anni dell'espansione interpretativa concorrenzialista sono state fatte oggetto di disapplicazione o, comunque, di interpretazione restrittiva.

È infine giunto il momento di illustrarne brevemente i contenuti più significativi.

Tale disciplina è oggi per lo più compendiata nella legge 3 maggio

⁸⁰ Si veda la più autorevole dottrina agraristica, A. CARROZZA, *Commento all'art. 27 legge 3 maggio 1982 n. 203*, in A. CARROZZA-L. COSTATO-A. MASSART (a cura di), *Commentario alla legge sui contratti agrari (n. 203/1982)*, Padova, 1983, p. 1436 ss.: la riforma del 1982 aveva in particolare unificato nella sola figura dell'affitto tutte le precedenti tipologie di contratti associativi aventi a oggetto la terra, sulla base della «maggiore attitudine a svolgere la funzione sociale assegnata al contratto agrario (che è una forma mista di tutela dell'impresa, specie se impresa coltivatrice diretta, e di tutela del contraente più debole o presunto tale in quanto fornitore all'impresa della prestazione di lavoro)». Di recente riprende questi argomenti N. LUCIFERO, *La proprietà fondiaria e la gestione sostenibile delle sue risorse*, in N. LUCIFERO-E. MARONE-P. NANNI (a cura di), *Fondazione Patrimonio Ca' Granda. Uno studio storico, giuridico, economico della valorizzazione del suo patrimonio*, Firenze, 2023, p. 51 ss., specialmente pp. 85, 87, 91, secondo il quale i diversi aspetti della disciplina speciale «marcano con evidenza il favor riconosciuto dal legislatore alla posizione dell'affittuario ai fini dell'esercizio dell'attività d'impresa una volta concessogli il godimento del fondo».

1982, n. 203, recante «norme sui contratti agrari», la quale trova applicazione ogniqualvolta venga concesso in godimento temporaneo, e in cambio di corrispettivo, un fondo rustico in grado di produrre reddito agrario⁸¹.

L'oggetto del contratto in questo caso – per ragioni politico-legislative, ma più ancora costituzionali – incide in modo molto significativo sul contenuto della sua disciplina legale. L'ordinamento, infatti, attribuisce alla terra un trattamento giuridico peculiare, con la previsione di obblighi e limiti a carico del proprietario, in ragione della funzione sociale che il bene, anche quando esso appartenga a un soggetto privato, è destinato a svolgere a beneficio dell'intera collettività⁸².

Nella arricchita sensibilità scientifica e giuridica contemporanea, peraltro, lo spettro dei benefici che l'agricoltura è chiamata ad assicurare alla collettività si è enormemente espanso, affiancando al pur essenziale compito di provvedere al nutrimento della popolazione, l'assicurazione di numerosi e molto rilevanti ulteriori servizi ecosistemici⁸³.

⁸¹ Per un commento introduttivo alla legge 203/1982, si veda D. BELLANTUONO, *La nuova disciplina dei contratti agrari*, in *Foro it.*, 1982, vol. 105, parte V, p. 125 ss. La Corte di cassazione a più riprese ha poi chiarito che la normativa trova applicazione non ogni qualvolta sia oggetto di locazione un bene a destinazione agricola, ma quando la disponibilità del bene agricolo sia concessa al fine di consentire all'affittuario la gestione produttiva dello stesso, dovendosi, quindi, all'occorrenza valutare se nell'economia complessiva del contratto prevalga la finalità di coltivazione del fondo o, invece, finalità diversa (godimento dei fabbricati ivi presenti, svolgimento di attività commerciali o ricreative etc.; così già Cass. civ., 15 ottobre 1953, n. 3363, fino a Cass. civ., 15 novembre 1999, n. 12336, e più di recente Cass. 31 gennaio 2012, n. 1375: senza effettiva coltivazione del terreno, non trovano applicazione le norme speciali sui contratti agrari. Per un commento alla giurisprudenza più recente, v. M. MAURO, *Contratti agrari e affitto: tipo contrattuale e legge applicabile*, in *Diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell'ambiente*, 4, 2021, p. 1 ss. La giurisprudenza ha peraltro chiarito che la nozione di fondo rustico non comprende esclusivamente il terreno agricolo, ma deve estendersi all'appezzamento di terreno agricolo «corredato da elementi strumentali (pertinenziali) necessari per la gestione economica (*fundus instructus*): in esso il fabbricato rurale ha valore strumentale (e quindi potenziale) rispetto al terreno, analogamente ai macchinari, le sementi, gli animali, in genere le scorte, cioè a quel complesso di cose che, quando esistono, sono strettamente legate al terreno, cioè alle cose che sono strettamente ed inequivocabilmente agricole» (così Commissione Tributaria centrale, 18 gennaio 1989, n. 369).

⁸² A.M. SANDULLI, *Spunti per lo studio dei beni privati d'interesse pubblico*, in *Il diritto dell'economia*, 1956, p. 163 ss. Nonché F. MARINELLI, *Funzione sociale della proprietà e natura delle cose dall'avere all'essere*, in M. TAMPONI-E. GABRIELLI (a cura di), *I rapporti patrimoniali nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 3 ss., p. 13, il quale osserva che la concreta «funzione sociale» del diritto di proprietà professata dalla Costituzione debba determinarsi in considerazione della natura delle cose oggetto del diritto.

⁸³ M. MONTEDURO, *Environmental Law and Agroecology. Transdisciplinary Approach to Public Ecosystem Services as a New Challenge for Environmental Legal Doctrine*, in *European Energy*

Come è stato efficacemente sottolineato dalla dottrina agraristica, nell'affitto agrario il contratto diviene dunque essenzialmente strumentale allo svolgimento dell'attività imprenditoriale agricola, e la posizione giuridica dell'affittuario risulta caratterizzata in maniera determinante dal fatto che a lui è attribuito il potere di gestione del fondo. Ciò in ragione della necessità di dare attuazione ai principi sanciti dalla Costituzione (in particolare, dall'art. 44), che si riflettono nel rapporto con la terra come bene e che sono in grado di incidere sul rapporto giuridico tra le parti, modificando di volta in volta le rispettive situazioni soggettive⁸⁴.

Con ciò s'intende dire che in questo campo la libertà negoziale delle parti e lo stesso diritto dominicale del proprietario sono fortemente limitati dalla legislazione speciale; e limitati in modo da indirizzare i relativi contratti a che essi garantiscano la possibilità per il contadino di coltivare la terra nel modo più efficiente e stabile possibile, nell'interesse proprio, ma anche – evidentemente – della collettività⁸⁵.

Il fondamento di tale normativa, intrusiva delle libertà negoziali e del diritto di proprietà, lo si è detto, è prettamente costituzionale. L'art. 44, primo comma, della Carta prevede che, precisamente «al fine di conseguire il razionale sfruttamento del suolo e di stabilire equi rapporti sociali», la legge intervenga mediante plurimi strumenti, primo fra i quali l'imposizione di «obblighi e vincoli alla proprietà terriera privata».

and Environmental Law Review, 1, 2013, p. 2 ss., secondo il quale l'agricoltura, nel nuovo paradigma della multi-funzione, sempre più veicolata anche dalle numerose normative che la riguardano, contribuisce alla conformazione del paesaggio, alla tutela della fertilità del suolo, all'equilibrio idrogeologico, alla gestione delle risorse idriche, al controllo del rischio idraulico, alla conservazione della biodiversità, al ciclo naturale dei nutrienti, alla mitigazione dei cambiamenti climatici, alla sicurezza e alla qualità alimentare, alla sopravvivenza socio-economica delle comunità rurali, alla valorizzazione del lavoro agricolo familiare, alla funzione educativa della ruralità, alla salvaguardia dell'identità culturale dei territori, allo sviluppo dell'agriturismo ecologico e all'impiego del patrimonio naturale a fini didattici e ricreativi (p. 3).

⁸⁴ Vedi N. LUCIFERO, *La proprietà fondiaria e la gestione sostenibile*, cit., pp. 82-83.

⁸⁵ *Ivi*, p. 91. E che tale sia la finalità delle norme dettate – in ogni tempo – in tema di contratti agrari discende anche dalla relazione di accompagnamento al codice civile: «Con riguardo alla natura delle cose, una distinzione si è fatta a seconda che il godimento di esse non esiga l'attività del conduttore o consista nell'adibirlo a scopo produttivo. In questo secondo caso il godimento costituisce, nel tempo stesso, oggetto di un diritto e oggetto di un dovere. Il dovere è posto non solo verso il locatore, ma anche verso la collettività, interessata a che le cose produttive diano frutti al massimo grado. Questo diritto-dovere giustifica le norme speciali che sono state dettate per la locazione dei beni produttivi in generale e particolarmente per quella che ha per oggetto i fondi rustici, cioè una categoria di beni cospicua, interessante la vita nazionale» (Relazione del Ministro Guardasigilli al codice civile del 1942, n. 687, 3° cpv).

Le “intrusioni” del legislatore, le deroghe alla disciplina ordinaria della locazione e la limitazione della libertà negoziale delle parti riguardano principalmente: la durata del contratto (inderogabilmente fissata in almeno quindici anni: artt. 1, 22); la regolazione delle migliorie, più favorevole per il conduttore, così da incentivarne la realizzazione (artt. 10, 17, 18, 20), la previsione di un indennizzo per l'interruzione incolpevole del rapporto contrattuale (art. 43); il rinnovo tacito del contratto (art. 4); la prelazione riconosciuta al conduttore uscente in caso di nuovo affitto (art. 4-bis⁸⁶).

Quanto alla determinazione del canone, la legge aderiva in origine al meccanismo semi-automatico previsto dalla legislazione precedente (il canone era ottenuto moltiplicando il reddito dominicale del terreno per un coefficiente, stabilito dalle commissioni tecniche provinciali, v. artt. 9 e 62)⁸⁷. Ma il meccanismo è stato giudicato infine non legittimo dalla Corte costituzionale⁸⁸: oggi dunque il canone è liberamente negoziato dalle parti. Quantunque anche i criteri per la determinazione del canone possano tutt'oggi formare oggetto di accordi sindacali stipulati dalle organizzazioni professionali agricole, a norma dell'art. 45 della legge.

Ma la legge del 1982, oltre a recare una disciplina sua propria, è anche intervenuta nel corpo di norme agrarie pre-esistenti, introducendo le innovazioni della disciplina qui più rilevanti.

Difatti, l'art. 22, comma 1, della legge sull'affitto di fondi rustici del 1971⁸⁹, come modificato dall'art. 51 della legge del 1982, prevede che «qualora vi sia richiesta da parte dei lavoratori manuali della terra o coltivatori diretti, singoli od associati, lo Stato, le province, i comuni o gli altri enti, per la concessione o l'affitto dei terreni di loro proprietà, devono adottare la licitazione privata o la trattativa privata. La disposizione del comma precedente si applica anche nel caso che sia stata indetta un'asta pubblica». Se dunque lo richiedono i coltivatori diretti⁹⁰, gli enti pubblici devono procedere all'assegnazione in affitto mediante licitazione o trattativa privata.

Da ultimo, anche il d.lgs. 228/2001 conferma l'opzione

⁸⁶ Introdotto nel 2001, ad opera dell'art. 5 del d.lgs. 18 maggio 2001, n. 228, Orientamento e modernizzazione del settore agricolo, a norma dell'articolo 7 della legge 5 marzo 2001, n. 57.

⁸⁷ Si veda D. BELLANTUONO, *La nuova disciplina dei contratti agrari*, cit., p. 126.

⁸⁸ Corte cost. 5 luglio 2002, n. 318.

⁸⁹ Legge 11 febbraio 1971, n. 11, recante Nuova disciplina dell'affitto di fondi rustici.

⁹⁰ E gli altri soggetti loro assimilati: v. art. 7 della legge 203/1982.

dell'ordinamento in favore delle procedure di licitazione privata e trattativa privata. All'art. 6, comma 4, si prevede, infatti, che gli enti pubblici «per la concessione o la locazione dei terreni di loro proprietà devono adottare procedure di licitazione privata o trattativa privata».

Le disposizioni appena richiamate stabiliscono, insomma, che i fondi rustici siano concessi in affitto mediante il ricorso a una licitazione privata oppure a una trattativa privata, ossia tramite procedure che implicano una fase di confronto tra l'amministrazione e il futuro (potenziale) conduttore del fondo. Nell'ipotesi della licitazione, tale confronto si svolge in una fase preliminare, cioè al momento degli inviti a presentare offerta; nella trattativa privata, invece, si sviluppa successivamente, durante la negoziazione con gli offerenti relativa alle condizioni contrattuali del rapporto in via di definizione.

In ambedue le formulazioni, inoltre, non v'è dubbio che la legge intenda imporre (e non, semplicemente, "consentire"), per l'affitto dei fondi rustici, il ricorso alle due suddette procedure, in luogo dell'asta pubblica.

Volendo dunque tracciare un quadro di sintesi delle norme che sono da ritenere applicabili ai contratti di affitto agrario stipulati dagli enti pubblici, in base alle leggi speciali, possiamo dire, in primo luogo, che, ove i coltivatori lo richiedano, è vietato il ricorso all'asta pubblica e la selezione del conduttore deve avvenire tramite trattativa privata o tramite la licitazione (che, si ricordi, è sostanzialmente una gara cui partecipano solo i soggetti invitati dall'ente banditore).

Quanto poi ai criteri di selezione, in caso di licitazione privata, la prassi, la dottrina e la giurisprudenza non dubitano che essi debbano invece riguardare principalmente gli aspetti tecnico-qualitativi dell'offerta (quali la dimostrata professionalità del conduttore, la corretta esecuzione di precedenti contratti di affitto, la dotazione dei necessari mezzi di produzione, la presenza nel nucleo familiare o nella compagine d'impresa di coltivatori giovani)⁹¹. Sarà inoltre possibile che, in applicazione dell'art. 45 della legge 203/1982, il canone o altre condizioni di affitto siano definite in via preventiva tramite accordi sindacali

⁹¹ In dottrina, con riferimento ai contratti pubblici in generale, ma con osservazioni ben applicabili al caso in questione, v. A. MALTONI, *Contratti pubblici e sostenibilità ambientale: da un approccio "mandatory-rigido" ad uno di tipo "funzionale"?*, in *Ceridap*, 3, 2023, p. 64 ss., spec. p. 82, dove si argomenta per la necessaria inclusione di criteri orientati al perseguimento di uno sviluppo sostenibile, se non altro in applicazione del principio del risultato. Per un esempio di applicazione di tali criteri in giurisprudenza, v. TAR Veneto, sez. I, n. 6043/2002 (invero in un caso di asta pubblica, data l'assenza di richieste in senso contrario dei coltivatori).

stipulati dalle organizzazioni professionali agricole, cosicché tali condizioni non potranno formare oggetto del, pur semplificato, confronto tra i coltivatori interessati.

Alla scadenza del contratto, infine, sarà ammissibile il rinnovo al conduttore uscente, quantunque non nella modalità tacita prevista dalla legge agraria con riferimento a ogni genere di proprietario terriero, sibbene con la forma scritta, richiesta *ad substantiam* per i contratti delle pubbliche amministrazioni⁹². Il conduttore avrà inoltre il diritto di esercitare la prelazione, nel caso in cui l'amministrazione proceda a un nuovo affitto⁹³.

9. La questione delle antinomie normative: codici dei contratti, leggi di contabilità e leggi agrarie

Il quadro che queste norme dipingono si discosta nettamente dalle regole generali dettate per la stipulazione dei contratti delle pubbliche amministrazioni, in particolare per quanto attiene alle disposizioni che incidono sulle modalità di individuazione del contraente privato.

Se i regi decreti impongono la regola della gara e nella stessa direzione muovono i principi di derivazione comunitaria applicabili ai contratti attivi, quale sorte incontrerà la disciplina agraria che si è appena illustrata?

Una prima soluzione, dall'andamento argomentativo piuttosto lineare, è

⁹² In via generale, dagli artt. 16 e 17 del r.d. 2440/1923. Con specifico riferimento ai contratti agrari, v. Cass. civ., sez. III, 8 maggio 2014, n. 9975; Sez. III, 1 aprile 2010, n. 8000; Sez. III, 26 giugno 2008, n. 17550; quantunque sia stato ritenuto talvolta ammissibile il rinnovo per «mancata disdetta», ove esplicitamente previsto dal contratto: Cass. civ., sez. VI, sottosez. 3, ord. 21 agosto 2014, n. 18107.

⁹³ Cons. Stato, sez. VII, n. 9102 del 2023 (che si segnala anche per l'interessante affermazione in punto di diritto processuale: è ammissibile ed è proponibile avanti al g.a. in sede di giurisdizione esclusiva l'azione avente carattere di mero accertamento dell'esistenza del diritto di prelazione), dove viene anche riconosciuto che la norma sul diritto di prelazione non si pone in contrasto con il diritto unionale: «da ultimo, non hanno ragione di sussistere i dubbi sulla compatibilità della disciplina ora in esame con il diritto unionale, tenuto conto, da un lato, della difficoltà di configurare posizioni giuridiche di interesse europolitano nel caso di specie, dall'altro, del recente orientamento della Sezione favorevole a riconoscere la compatibilità del diritto di prelazione con le procedure competitive indette dalla P.A. per la concessione di beni pubblici (C.d.S., Sez. VII, 4 aprile 2023, n. 3486)». In termini, sia pure senza affrontare la questione *ex professo*, Cons. Stato, sez. II, parere 28 gennaio 2011, n. 473. Si consideri poi che è orientamento consolidato della Cassazione che il diritto di prelazione costituisca diritto soggettivo del conduttore, ritenuto perfino «indegno» dagli atti dell'amministrazione: Cass. civ., sez. un., ord. 26 aprile 2012, n. 6493; orientamento confermato anche in tema di locazione commerciale da Cass. civ., sez. un., 7 gennaio 2014 n. 62, cui aderisce Cons. Stato, sez. V, 21 maggio 2016, n. 2107.

già stata anticipata, ed è quella che potremmo dire, in sintesi, “concorrenzialista”.

10. *La soluzione concorrenzialista*

Un primo ordine di argomentazioni procede come segue.

La giurisprudenza interna e quella unionale hanno chiarito, a partire dai noti precedenti in tema di concessioni balneari, che all'affidamento di beni pubblici devono trovare applicazione i principi del diritto europeo: divieto di discriminazione su base nazionale, parità di trattamento, trasparenza, concorrenza⁹⁴.

E ciò sia in virtù della diretta applicazione dei Trattati e delle libertà fondamentali ivi previste; sia in virtù dell'applicazione della direttiva “Bolkestein”, sulla prestazione dei servizi nel mercato interno⁹⁵. Ovvero, secondo un altro orientamento – di cui si ritiene di aver già dimostrato la scarsa fondatezza – in applicazione delle direttive in materia di appalti e concessioni stipulati dalle pubbliche amministrazioni e dei codici dei contratti, adottati in Italia quali norme di recepimento⁹⁶.

In tutte le ricostruzioni che ruotano intorno alla diretta applicabilità del diritto unionale, sia pure con diverse sfumature, la pratica applicazione di questi principi richiederebbe, ai fini della concreta verificabilità del loro rispetto, l'indizione di procedure comparative, trasparenti e concorrenziali⁹⁷. Una procedura di evidenza pubblica sarebbe dunque obbligatoria sempre, e per esplicita e diretta applicazione di norme di rango unionale.

Così impostata la questione, sarà facile concludere che, data la diversità di rango delle norme in conflitto, la disciplina speciale interna in materia di locazione in generale e di affitto di fondi rustici in particolare andrà incontro a

⁹⁴ Si veda *supra*, § 4 ss.

⁹⁵ Vedi *supra*, § 4.3.

⁹⁶ Vedi *supra*, § 4.2.

⁹⁷ Per le affermazioni più nette, si ricordi il già citato parere del Cons. Stato, n. 782 del 2017, secondo cui «non vi è dubbio che i “contratti attivi” rientrino tra i contratti esclusi», sottoposti all'applicazione, perfino, dei principi generali contenuti nelle direttive in materia di appalti. Ma si è già visto perché l'affermazione meriti di essere ridimensionata nella sua rilevanza, sia perché assolutamente priva di argomentazione, sia perché spiegabile nell'ottica complessiva del parere reso dalla Commissione speciale: indurre il legislatore a dettare alcuni principi espressamente applicabili ai contratti attivi.

disapplicazione⁹⁸. Il principio di primazia del diritto unionale non lascerebbe alternativa⁹⁹.

Di conseguenza, dovrebbe affermarsi che, in ossequio ai principi europei: la scelta del conduttore in un contratto di affitto agrario deve avvenire all'esito di una procedura competitiva aperta e trasparente; è vietato il rinnovo del contratto del conduttore uscente e non è ammissibile la clausola di prelazione in suo favore, in occasione del nuovo contratto; la misura del canone dovrà essere determinata unicamente con gara.

Detto in altri termini, dall'applicazione delle regole concorrenziali non può che derivare l'assegnazione dei terreni a breve termine, senza garanzie di stabilità per il conduttore, e sulla base della maggiore offerta economica. Si è in tal modo individuato il metodo sicuramente migliore per vedere depauperato nel giro di pochi anni il patrimonio fondiario dell'ente pubblico e, più in generale, il patrimonio agricolo nazionale, avviato a logiche di sfruttamento a breve termine e, quasi per definizione, insostenibili.

Il tutto, insomma, con buona pace degli interessi fondamentali che sono alla base della consolidata disciplina interna speciale, posta a tutela della terra, dei coltivatori diretti e dell'obiettivo costituzionale di realizzare rapporti sociali giusti e assicurare il razionale sfruttamento dei suoli.

11. *Per una soluzione rispettosa della specialità agraria*

La lettura appena esposta ha il pregio della linearità: il conflitto tra disposizioni normative antinomiche è risolto con la piana applicazione del criterio di gerarchia, così come specificamente declinato nel rapporto tra norme

⁹⁸ La dottrina, confortata invero dalla Corte costituzionale, precisa che dovrebbe parlarsi più esattamente di «non applicazione»: la norma interna non è in alcun modo menomata nella sua validità o efficacia in generale, poiché la norma comunitaria incompatibile appartiene a un ordinamento diverso ed è perciò insuscettibile di influenzare direttamente la validità delle norme nazionali. Dunque, la regola interna incompatibile con quella europea deve essere semplicemente «accantonata», per poi tornare a espandere i suoi effetti ove la disciplina europea si modifichi o venga abrogata. Così R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, pp. 114-115; nonché Corte cost. n. 170/1984 e altre ivi citate.

⁹⁹ Per un esempio di questo tipo di argomentazione, v. Cons. Stato, sez. VI, n. 6013 del 2025, che sancisce la necessità di disapplicare una norma statale che, in via transitoria, disponeva il rinnovo pluriennale delle concessioni per il commercio su strada pubblica, per contrasto con la direttiva 2006/123.

interne e norme unionali, retto appunto dalla *primauté* comunitaria¹⁰⁰.

Essa, tuttavia, è altamente “problematica in fatto” e non condivisibile in diritto.

In fatto, l'applicazione integrale delle regole concorrenziali all'affitto agrario non risponde minimamente alle caratteristiche del bene oggetto del contratto (la terra coltivabile) né alle esigenze dell'impresa che vi si deve esercitare (quella agricola), né infine considera minimamente il giusto rispetto per l'interesse dell'imprenditore e, più ancora, della collettività.

Non si attaglia, inoltre, al “mercato” dei contratti agrari, che è caratterizzato da fortissima rigidità e da connaturali esigenze di stabilità nel tempo: gli imprenditori agricoli non vendono servizi dematerializzati, ma coltivano la terra, con una conformazione del potere che richiede investimenti oggi assai rilevanti e proiezione pluriennale; non possono perciò trasferire l'impresa da un luogo a un altro, se non affrontando costi economici e organizzativi spesso insostenibili.

Ma, soprattutto, per quanto più strettamente di competenza del giurista¹⁰¹, la lettura sopra esposta non resiste ad alcune decisive critiche in punto di criteri di interpretazione della legge, come si dimostrerà nei paragrafi seguenti.

11.1. *Contro l'applicabilità indiscriminata delle norme unionali ai contratti agrari*

In primo luogo, è priva di fondamento l'estensione, diretta o in via analogica, delle regole previste dalle direttive e dal codice in materia di appalti e

¹⁰⁰ Sancita con chiarezza dalla fondativa pronuncia della Corte di giustizia, 15 luglio 1964, in C-6/64, *Costa c. Enel*: «il diritto nato dal Trattato non potrebbe, in ragione appunto della sua specifica natura, trovare un limite in qualsiasi provvedimento interno senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che ne risultasse scosso il fondamento giuridico della stessa Comunità». Vedi sul tema A. CELOTTO-T. GROPPI, *Diritto UE e diritto nazionale: primauté vs controlimiti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 6, 2004, p. 1309 ss.; fino ai più recenti sviluppi e chiarimenti: C. CUPELLI, *La Corte costituzionale chiude il caso Taricco e apre a un diritto penale europeo 'certo'*, in *Diritto penale contemporaneo*, 6, 2018, p. 227 ss., ove si ricorda che il limite posto dalla giurisprudenza costituzionale interna alla supremazia del diritto unionale è dato dall'osservanza dei «principi supremi dell'ordine costituzionale italiano e dei diritti inalienabili della persona».

¹⁰¹ V. ancora, per l'importanza di questo tipo di contributo, F. FRACCHIA, *Il giurista deve tacere sul climate change, ma deve irritarsi*, cit., spec., p. 51.

concessioni, come si è più sopra argomentato¹⁰² e come qui può ripetersi in poche battute riassuntive.

I contratti attivi – tutti, e quelli agrari in particolare – non sono contratti “esclusi” dal campo di applicazione delle direttive (e, in quanto tali, esenti dalle regole, ma soggetti ai principi ivi sanciti). Sono invece negozi ad esse estranei, per tipo contrattuale e, in buona parte, per le logiche economiche e sociali ad essi sottese. Non vi è dunque ragione per sottoporli all'applicazione analogica delle direttive, in virtù di una malintesa mutuaione delle logiche dettate per i contratti esclusi veri e propri (ovvero gli appalti o le concessioni che il legislatore unionale ha deciso, per le ragioni più varie, di sottrarre a quelle regole).

Questo argomentare trova oggi conferma nella scelta del legislatore interno, che sancisce l'esclusione totale dei contratti attivi dall'applicazione del codice dei contratti pubblici, per poi sottoporre quelli fra essi che comportano opportunità di guadagno economico esclusivamente al rispetto dei tre macro-principi inaugurali del nuovo codice.

La più recente impostazione normativa deve essere letta, secondo quanto si è più sopra articolato, nel senso che tali ultimi contratti attivi sono certamente soggetti ai principi in questione, ma solo ad essi e solo per scelta legislativa nazionale; non, cioè, in obbedienza a un precetto di fonte unionale.

Quanto invece all'applicazione diretta delle libertà fondamentali sancite dai Trattati e della direttiva, valga quanto segue.

Perché una condotta interna sia censurabile in relazione alla libertà di circolazione delle persone e dei servizi, è necessario, in linea di massima, che essa valga ad incidere, almeno potenzialmente, sulle scelte dei soggetti dell'ordinamento. Il criterio di verifica di tale incidenza è stato declinato, nei diversi plessi normativi di diritto unionale secondario, in vario modo e, per quanto riguarda la direttiva servizi, esso è articolato intorno alla rilevanza transfrontaliera del servizio e alla scarsità del bene oggetto dell'atto amministrativo che lo rende utilizzabile dal privato¹⁰³.

Come è stato precisato dalla giurisprudenza, il requisito della scarsità deve essere interpretato «in termini relativi e non assoluti», tenendo in considerazione non solo la quantità del bene, ma anche le sue caratteristiche

¹⁰² Vedi *supra*, § 4.2.

¹⁰³ Considerando 62 e art. 12 della direttiva 2006/123.

peculiari e la domanda che, in virtù di esse, è in grado di generare da parte dei potenziali concorrenti¹⁰⁴.

Ora, che tale requisito sussista in relazione ad ogni possibile contratto attivo stipulato dall'amministrazione pubblica è, semplicemente, una petizione di principio. L'accertamento della sua esistenza dovrà essere condotto in concreto, in relazione alla singola tipologia di beni coinvolti dal contratto e, in molti casi, alle caratteristiche del singolo bene.

Per i contratti con i quali gli enti pubblici dispongono di beni peculiarissimi, tipicamente appartenenti al demanio naturale o infrastrutturale (spiagge, reti, impianti idroelettrici) o culturale, è lecito supporre che tale verifica sarà piuttosto facile: spessissimo si tratterà di beni altamente contesi, dunque scarsi ai sensi del diritto europeo e perciò, di norma, soggetti ai principi concorrenziali.

Ma vale altrettanto per i contratti agrari stipulati dagli enti pubblici? È quantomeno lecito, ad avviso di chi scrive, dubitare del fatto che *ogni* contratto di affitto agrario abbia per oggetto beni contesi e, in relazione al loro specifico mercato, scarsi. Ordinariamente, anzi, varrà il contrario: ad oggi, circa il trenta per cento della superficie «agricola, boscata o a pascolo» di proprietà degli enti pubblici è dichiarata non utilizzata¹⁰⁵; e, più ancora, risulta che i terreni agricoli, di proprietà indifferentemente pubblica e privata, sono in realtà esposti piuttosto al rischio di abbandono¹⁰⁶ che non a un'improbabile agguerrita contesa tra plurimi operatori su un immaginario mercato concorrenziale.

In altri termini, se un imprenditore agricolo olandese o danese fosse interessato a trasferire o a impiantare la sua attività in Italia (o, ancora: se un contadino italiano volesse espandere la produzione o cominciarla *ex novo*), troverebbe le porte del mercato dei terreni agrari italiani già ben aperte, se non, verrebbe da dire, spalancate.

¹⁰⁴ Cons. Stato, Ad. Plen., n. 18 del 2021, e più di recente TAR Lazio, sez. II *ter*, n. 4768 del 2025.

¹⁰⁵ Cfr. ancora il già citato *Rapporto sui beni immobili delle amministrazioni pubbliche*, redatto dal MEF, aggiornato al 2018, p. 16, fig. 7.

¹⁰⁶ Così si ricava, per esempio, dalle stime dell'Istituto Superiore per la Protezione e la Ricerca Ambientale (ISPRA), secondo cui la SAU, superficie agricola utilizzata, è sempre calata, con l'unica eccezione dell'anno 2007, dal 1990 al 2010 (perdendosi complessivamente circa due milioni di ettari a fine periodo): www.isprambiente.gov.it/files/pubblicazioni/rapporti/annuario-2008/01agricoltura.pdf. Ma l'allarme veniva ripetuto nel 2023 dall'Agenzia per le erogazioni in agricoltura (AGEA): <https://www.ilsole24ore.com/art/agricoltura-terzo-terreni-coltivabili-e-abbandonato-AFidFwv>.

È dunque carente, in radice, il più elementare dei presupposti perché all'affidamento dei contratti di affitto agrario di terreni di proprietà pubblica possano trovare applicazione i principi europei posti a presidio della libera prestazione dei servizi nel mercato interno e, più in generale, delle libertà di circolazione.

11.2. *Le antinomie di diritto interno: regi decreti e principio di concorrenza versus norme agrarie*

Se dunque ci sono argomenti per ritenere che l'antinomia normativa non possa essere risolta alla luce del principio di primazia del diritto unionale – qui non applicabile –, occorre sciogliere quelle contraddizioni alla luce degli altri criteri previsti dall'ordinamento per la risoluzione di conflitti normativi tra norme tutte di rango nazionale.

È opportuno dunque riassumere brevemente i termini dell'antinomia che occorre in concreto affrontare.

Da un lato si schierano i regi decreti di contabilità pubblica e il principio di accesso al mercato (e l'annesso principio di concorrenza), esteso ai contratti attivi dall'art. 13, comma 5, del codice dei contratti pubblici¹⁰⁷. Essi richiedono in via ordinaria e salvo eccezioni che la selezione del conduttore privato di un bene pubblico avvenga tramite procedure competitive, l'asta pubblica o altra procedura, comunque nominata, che sia sostanzialmente aperta a tutta la platea dei possibili interessati e che sia informata alla parità di trattamento (sarebbero perciò da escludere rinnovi o clausole di prelazione in favore del conduttore uscente o di chicchessia).

Dall'altro, le norme speciali in materia di affitti agrari – e più in particolare l'art. 22, comma 1, della legge 11/1971 e l'art. 6, comma 4, del d.lgs. 228/2001 – prescrivono che gli enti pubblici «per la concessione o la locazione dei terreni di loro proprietà devono adottare procedure di licitazione privata o trattativa privata». La legge agraria 203/1982 prevede inoltre ampie possibilità di rinnovo in favore del conduttore (art. 4) e l'obbligo di riconoscergli la prelazione in caso di nuova locazione (art. 4-bis).

Il rapporto tra le regole di gara dei regi decreti e la disforme disciplina delle leggi agrarie può essere *de plano* risolto alla luce sia del criterio

¹⁰⁷ E quindi, avente, in relazione ai nostri contratti, rilievo e rango meramente interni.

cronologico che del criterio di specialità. Le disposizioni agrarie in commento sono tutte successive alla norma che prescrive l'asta pubblica; sono inoltre norme speciali, in quanto tali derogatorie della disciplina generale con esse incompatibile. Ciò è peraltro espressamente consentito anche dalla stessa norma generale: i contratti pubblici «devono essere preceduti da pubblici incanti [...] eccetto i casi indicati da leggi speciali», recita infatti l'art. 37 del r.d. 827/1924.

Ragionamento in parte diversi richiede invece la soluzione del possibile contrasto tra i principi di cui ai primi tre articoli del codice dei contratti pubblici e le norme speciali agrarie. Soccorre in questo caso, in primo luogo, un'ovvia constatazione: le disposizioni del codice in commento sanciscono principi e non regole. È del tutto possibile dunque che il principio di accesso al mercato sia rispettato da una procedura in concreto non particolarmente aperta o competitiva – trattativa privata, licitazione – quando le condizioni di quello specifico mercato e le pratiche modalità di conduzione della procedura consentano di ritenere che questa è sufficiente a garantire una misura “ragionevole” di accesso al mercato (per esempio, perché sono stati consultati tutti i coltivatori della zona).

Ma, in secondo luogo, sembra decisiva una ricostruzione più ampia del significato dei principi in parola, che riconosca l'ordine e la logica interni a questo micro-sistema. Il rapporto tra i tre valori, infatti, non è paritario: il legislatore ha precisamente inteso che il principale fra essi deve essere il risultato; e ha specificato inoltre che la concorrenza e le sue regole devono essere applicate in modo da consentire l'ottenimento del miglior risultato possibile, a livello negoziale e, più sostanzialmente, secondo la lettura qui accolta¹⁰⁸, a livello di soddisfacimento dell'interesse pubblico perseguito dall'ente con l'operazione negoziale.

Il fascio di interessi pubblici perseguiti dagli enti nei contratti attivi che hanno ad oggetto terreni agricoli non si limita alla finalità contabilistica né alla mera *par condicio competitorum*, ma è arricchito dalle norme costituzionali (e dalle leggi agrarie che danno ad esse attuazione), che prescrivono il razionale sfruttamento dei suoli e l'equità dei rapporti economico-sociali legati alla proprietà terriera.

Dunque, dato che ci muoviamo nello spazio delineato da norme di

¹⁰⁸ V. *supra*, § 6 e, in particolare, le osservazioni lì formulate sul significato da attribuire al principio del risultato.

principio, determinare quante e quali regole concorrenziali debbano in concreto trovare applicazione al campo dei contratti attivi dipenderà principalmente da quali di esse siano funzionali al raggiungimento del migliore risultato, da valutarsi in termini di vantaggi per l'amministrazione proprietaria, ma anche di ragionevole utilizzo dei terreni e di equità sociale.

Si è già visto che le norme speciali agrarie rispondono in maniera efficace alle peculiarità del bene oggetto dei contratti di affitto agrario – la terra – dell'impresa che su di esso viene svolta – l'agricoltura – bilanciando ragionevolmente le esigenze di remunerazione dell'ente proprietario con quelle di stabilità dell'agricoltore e, complessivamente, di tutela dei terreni¹⁰⁹. E, per converso, si è pure osservato quanto poco aste pubbliche, aggiudicazioni al canone più alto, divieti di rinnovo e di prelazione siano compatibili con l'efficace custodia di questa particolarissima sezione del patrimonio immobiliare pubblico.

Pertanto, alla selezione dei conduttori di contratti di affitto agrario su terreni pubblici dovranno trovare applicazione poche o poche regole concorrenziali e unicamente quelle compatibili con la specifica natura dei beni in questione.

11.3. Le norme unionali, ove pure applicabili ai contratti agrari, soffrono deroghe

Infine, si ammetta pure che, in relazione a singoli terreni agricoli ovvero – sposando una lettura delle norme unionali diversa e più estensiva di quella qui adottata¹¹⁰ – a tutti i beni ricompresi in tale categoria, vengano ritenuti sussistenti i presupposti per l'applicazione delle norme europee in tema di libera prestazione dei servizi e concorrenza.

Ebbene, occorre ricordare che le stesse norme unionali in materia sono suscettibili di deroga, come espressamente previsto dalla direttiva servizi e come a più riprese riconosciuto dalla giurisprudenza unionale e, oggi, anche interna.

Si guardi infatti agli indirizzi, di prassi e di giurisprudenza, emersi in

¹⁰⁹ V. *supra*, § 8.

¹¹⁰ V. *supra*, § 11.1.

relazione all'assegnazione di particolari beni pubblici di rilievo culturale¹¹¹ e alla integrale sottrazione alle regole concorrenziali degli affidamenti di servizi sociali ad enti del terzo settore, quando questi possano essere inquadrati entro una modalità di cooperazione ispirata a logiche solidaristiche e non riducibili al mercato¹¹².

In ambo i casi, l'addentellato costituzionale delle deroghe è piuttosto esplicito: la tutela del patrimonio storico e artistico della Nazione, sancita dall'art. 9 della Costituzione, nel primo; e la fedeltà agli stessi principi fondativi della Repubblica, di promozione della persona umana, singola e in comunità, e di solidarietà e sussidiarietà, nel secondo.

Ciò era peraltro consentito, ove se ne fosse ritenuta la necessità, anche dalla stessa direttiva servizi, che include espressamente tra i «motivi imperativi d'interesse generale»¹¹³, capaci di giustificare deroghe alla sua applicazione, anche «la conservazione del patrimonio nazionale storico ed artistico», «il mantenimento dell'equilibrio finanziario del sistema di sicurezza sociale», nonché «gli obiettivi di politica sociale».

Vale qualcosa di simile anche in relazione ai contratti agrari degli enti pubblici?

Certamente sì. Come si è più sopra illustrato, le norme interne speciali in materia agraria sono ispirate al perseguimento di plurimi e assai rilevanti scopi di interesse generale e costituiscono la principale attuazione legislativa del precetto contenuto nell'art. 44, primo comma, della Costituzione, che comanda di regolare la proprietà terriera così da «conseguire il razionale sfruttamento del suolo» e «stabilire equi rapporti sociali».

Quantunque la Corte di giustizia non abbia mai avuto occasione di pronunciarsi circa la compatibilità comunitaria della disciplina italiana sugli affitti agrari (segno ulteriore della sua scarsa rilevanza transfrontaliera), sembra di poter dire che gli obiettivi imposti dal legislatore costituzionale e perseguiti tramite la legislazione agraria in commento possano essere ricondotti a diverse delle clausole derogatorie riunite sotto la locuzione dei motivi imperativi d'interesse generale e, in particolare, alla «tutela dei lavoratori» e «dell'ambiente», nonché agli «obiettivi di politica sociale».

Se poi si ha riguardo al fatto che la nozione di motivi imperativi è in

¹¹¹ V. *supra*, § 5.1.

¹¹² V. *supra*, § 5.2.

¹¹³ Considerando 40 ss. e art. 4, n. 8.

dichiarata continua espansione e che di conseguenza l'elencazione contenuta nella direttiva non ha carattere tassativo¹¹⁴, la riconducibilità delle norme agrarie alla deroga in parola sembra ancora più fondata.

Si consideri, infine, che proprio l'assicurazione di un «tenore di vita equo alla popolazione agricola» rientra tra gli specifici obiettivi della politica agricola comunitaria, sanciti dall'art. 39 del Trattato sul funzionamento dell'Unione e, dunque, al massimo livello delle fonti unionali, come tali capaci di integrare, ma anche, ove necessario, di imporsi sulle discipline settoriali, come quella in materia di libera prestazione dei servizi.

In conclusione sul punto, ove anche – in relazione a singoli casi o, perfino, a tutti i casi – si ritenesse che la selezione del conduttore di un contratto di affitto agrario possa ricadere nel campo di applicazione delle regole unionali di concorrenza (il che è qui, almeno in via generale, non creduto), nondimeno esse saranno derogabili, in virtù dell'invocazione dei motivi imperativi previsti dal diritto europeo, consistenti negli interessi pubblici e privati sottesi alla normativa speciale agraria italiana.

12. Conclusioni

Il percorso fin qui tracciato ha inteso mettere in luce la specificità della materia dei contratti agrari stipulati dalla pubblica amministrazione, osservata nella sua peculiare collocazione al crocevia fra diritto unionale, diritto costituzionale, diritto amministrativo e, per quanto di rilevanza, diritto agrario.

L'interrogativo da cui si è partiti – se e in che misura i terreni agricoli pubblici debbano essere gestiti attraverso procedure concorrenziali – ha ricevuto, nel corso dell'analisi, una risposta articolata: non univoca né astrattamente deducibile da una fonte isolata, ma desumibile dall'insieme delle norme e dei principi che governano la materia dalle finalità ad essi sottese.

In questa prospettiva, è emersa con chiarezza, in fatto, la rilevanza del patrimonio agricolo pubblico, non soltanto come insieme di beni suscettibili di sfruttamento economico da parte delle amministrazioni, ma soprattutto come “infrastruttura” funzionale all'attuazione di interessi generali: la tutela del

¹¹⁴ Il considerando 40 della direttiva servizi chiarisce che la nozione «è stata progressivamente elaborata dalla Corte di giustizia nella propria giurisprudenza relativa agli articoli 43 e 49 del trattato, e potrebbe continuare ad evolvere»; e per questa ragione essa copre «almeno i seguenti motivi: [...]».

paesaggio e dell'ambiente, la sicurezza alimentare, la conservazione della fertilità dei territori rurali, l'instaurazione di rapporti sociali equi. La gestione di tale patrimonio non può dunque essere piegata semplicemente alle logiche meccaniche proprie delle norme contabilistiche o, peggio, a un'interpretazione formalistica del principio di concorrenza.

L'analisi svolta ha permesso in primo luogo di distinguere, anche attraverso la ricostruzione storica e sistematica delle fonti, i diversi livelli di disciplina applicabili ai contratti attivi in generale. Se è vero che per lungo tempo la dottrina e la giurisprudenza hanno esteso – spesso impropriamente – i principi delle direttive europee e dei codici nazionali in tema di contratti di appalto e concessione anche ai contratti ad essi estranei (tra cui quelli attivi), è altrettanto vero che negli ultimi anni si sono moltiplicati i segnali di un progressivo mutamento di sensibilità. A partire dalla giurisprudenza costituzionale e amministrativa, si è fatta strada una lettura più esatta, attenta al pluralismo degli interessi pubblici coinvolti, e capace di riconoscere che la concorrenza non rappresenta un valore assoluto, ma un mezzo da impiegare, ove efficace, al servizio del risultato.

In tale nuova e rafforzata consapevolezza della specificità giuridica e della rilevanza della materia in questione si colloca anche la scelta operata dal legislatore del nuovo codice dei contratti pubblici. Il d.lgs. 36/2023 ha infatti sottratto esplicitamente i contratti attivi dal proprio ambito applicativo, subordinando l'affidamento di quelli che offrano «opportunità di guadagno economico», e soltanto di quelli, non già a un principio generalizzato di concorsualità, ma al rispetto di tre principi fondamentali: risultato, fiducia e accesso al mercato. La gerarchia interna tra questi viene inoltre profondamente riequilibrata: la concorrenza – depotenziata rispetto ai codici del 2006 e del 2016 – è oggi ricollocata dal piano dei fini a quello degli strumenti e i suoi meccanismi devono essere perciò funzionali al conseguimento dell'interesse pubblico perseguito dall'amministrazione con la stipulazione del contratto.

La proposta interpretativa avanzata nel presente lavoro poggia, inoltre – e, in realtà, fondativamente – sulla valorizzazione della specialità agraria e del suo fondamento costituzionale. L'art. 44 della Costituzione assegna alla Repubblica il compito di conseguire il razionale sfruttamento dei suoli e di stabilire equi rapporti sociali in relazione alla proprietà agraria: si tratta di un obiettivo che richiede l'adozione di strumenti giuridici coerenti con le caratteristiche e la funzione economico-sociale del bene terra. Tale funzione,

come si è visto, incide profondamente sulla conformazione della proprietà fondiaria e sulle scelte che il titolare (pubblico o privato) può legittimamente compiere.

La locazione di un fondo rustico da parte di un'amministrazione pubblica non può dunque essere assimilata alla concessione di un servizio o alla stipula di un appalto, ma nemmeno alla locazione o concessione di un bene suscettibile di un qualsiasi sfruttamento lucrativo. Al contrario, essa si inserisce in una trama più complessa, connotata da norme imperative che perseguono finalità redistributive, ambientali, produttive e sociali, i cui contenuti sono dettati direttamente dalla natura del bene e dei rapporti economico-sociali che su di esso si instaurano.

Da questa consapevolezza è discesa una proposta di metodo: abbandonare la tentazione di un'applicazione estensiva, analogica o automatica del diritto dei contratti pubblici ai contratti agrari e, viceversa, assumere in modo esplicito la specificità della materia.

Tale approccio – orientato al risultato e fondato sulla specialità – si mostra non solo più rispettoso della legalità, dei criteri di interpretazione della legge e di risoluzione delle antinomie normative, ma anche più promettente in termini di efficacia dell'azione amministrativa. In un settore come quello della valorizzazione del patrimonio agricolo pubblico, fortemente segnato da vincoli ambientali, esigenze territoriali e necessaria proiezione di lungo periodo, la rigidità procedurale concorrenzialista si pone in contrasto con la più esatta ricostruzione delle norme applicabili al settore e rischia di compromettere la buona amministrazione. Si deve invece dare spazio a soluzioni che siano coerenti con la pluralità degli interessi in gioco, rispettose della legalità e, non ultimo, data l'assoluta centralità del bene terra, sostenibili.

Il codice del 2023, nel ribaltare la gerarchia dei principi, offre una indiscutibile base normativa per tale svolta. Spetta ora alla dottrina, alla giurisprudenza e alle amministrazioni cogliere questa occasione e costruire – a partire dalla specialità agraria – una strategia più matura di utilizzo dei terreni agricoli di proprietà pubblica.

ABSTRACT

Mauro Silvestri – *Tra concorrenza, contratti attivi e specialità agraria. La gestione sostenibile dei terreni agricoli di proprietà pubblica*

Il saggio muove dalla ricostruzione della normativa applicabile ai contratti attivi della p.a.; evidenziata la loro frequente, indebita sottoposizione alle logiche concorrenziali, segnala l'evoluzione normativa e giurisprudenziale, unionale e nazionale, che ha condotto a una parziale revisione di tale approccio. Insieme ad altre innovazioni di giurisprudenza e di prassi, il codice dei contratti pubblici del 2023 segna un mutamento di rotta, ponendo il principio del risultato al vertice del sistema e sottoponendo i soli contratti attivi che generano opportunità di guadagno al rispetto dei soli principi di risultato, fiducia e accesso al mercato. Su questa base, si propone una ricostruzione della normativa dei contratti agrari delle pubbliche amministrazioni, basata sulla gerarchia delle fonti, sui criteri per la loro interpretazione e sul fondamento costituzionale della disciplina speciale (art. 44 Cost.), fondando la prevalenza assiologica di tale ultima disciplina, capace di coniugare la valorizzazione del patrimonio pubblico con la promozione dell'interesse pubblico al razionale sfruttamento dei suoli e alla instaurazione di equi rapporti sociali in relazione alla terra.

PAROLE-CHIAVE: *concorrenza; contratti attivi della p.a.; affitto agrario; ermeneutica; servizi ecosistemici.*

Mauro Silvestri – *Between Competition, Revenue-Generating Contracts, and the Special Legal Framework of Agrarian Law: Governing Public Agricultural Land Sustainably*

The essay begins with a reconstruction of the regulatory framework applicable to revenue-generating contracts entered into by public administrations. After highlighting their frequent and improper subjection to competition-based logic, it outlines the legislative and jurisprudential developments – both at the EU and national levels – that have led to a partial revision of this approach. Together with other innovations in case law and administrative practice, the 2023 Code of Public Procurement marks a turning point, placing the principle of outcome at the top of the system and subjecting

only those revenue-generating contracts that offer profit opportunities to the three core principles: outcome, trust, and market access. On this basis, the author proposes a reconstruction of the legal framework governing agrarian contracts entered into by public administrations, grounded in the hierarchy of legal sources, the criteria for their interpretation, and the constitutional foundation of the special regime (Article 44 of the Constitution). This approach affirms the axiological primacy of that special discipline, which is capable of reconciling the valorisation of public assets with the promotion of the public interest in the rational use of land and the establishment of fair social relations with respect to land.

KEYWORDS: *competition; revenue-generating contracts of public administrations; agricultural lease; legal hermeneutics; ecosystem services.*