

18 NOVEMBRE 2020

Il nuovo codice della “commande publique”: quel (tanto) che resta della specificità francese in materia di contratti pubblici

di Giulia Stoppani

Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico

Sapienza - Università di Roma in co-tutela con Paris II - Panthéon Assas

Il nuovo codice della “commande publique”: quel (tanto) che resta della specificità francese in materia di contratti pubblici*

di Giulia Stoppani

Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico

Sapienza - Università di Roma in co-tutela con Paris II - Panthéon Assas

Abstract [It]: In Francia è stato recentemente adottato il nuovo *Code de la commande publique* per dare attuazione alle direttive europee in materia di contratti pubblici (direttive nn. 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE). Il legislatore francese ha scelto di affermare nel *Code* la centralità della figura nazionale del *contrat administratif*, contratto concluso esclusivamente da soggetti formalmente pubblici e il cui regime - pubblicistico - viene così codificato nel *titre préliminaire*, accanto ai principi generali di libera concorrenza. Altrettanto non è accaduto per gli eterogenei “altri contratti” conclusi da soggetti privati, rispetto ai quali si è omesso di sancire l'applicabilità dei principi a vocazione generale e il cui diverso regime va ricostruito tramite norme esterne al *Code*, a discapito dell'unità del nuovo sistema. Pertanto sembra possibile ritenere che il legislatore francese si sia voluto limitare a dare formale attuazione agli obblighi posti nelle direttive europee, lasciando un ruolo centrale alla giurisprudenza, amministrativa e ordinaria, nell'applicazione e interpretazione di principi riferibili al *Code* e nella precisazione del rapporto tra le regole codificate al suo interno e quelle, tra le altre, del codice civile.

Abstract [En]: In France the new *Code de la commande publique* was recently adopted to implement the European directives on public contracts (Directives nn. 2014/23/EU, 2014/24/EU, 2014/25/EU). The European legislator has not taken a stand on the qualification of the special regime that characterises them, as private law or public law. However he widened the number of contracts subject to the rules of public evidence, binding them to respect the principle of free competition. The French legislator has chosen to reaffirm in the new Code the centrality of the national *contrat administratif* concluded exclusively by formally public entities, under a substantial public regime. The *contrat administratif* today is codified in the *titre préliminaire*, next to the "general" principles of competition, which, however, do not appear to be uniformly applicable to the "other contracts" under private law (finally recognised in the Code, without a specific regime). There is no silver bullet: the ordinary and administrative courts are in charge of solving the issue.

Sommario: 1. Premessa. 2. L'intervento normativo del 2019: il *Code de la commande publique*. 3. La codificazione dei principi della *commande publique*. 4. La codificazione dei principi del *contrat administratif*. 5. Gli “altri” contratti del codice. 6. La codificazione di alcune regole giurisprudenziali. 7. Conclusioni.

1. Premessa

Il nuovo *Code de la commande publique* (“C.C.P.” o “Codice”) entrato in vigore il 1° aprile 2019, ha tentato di conferire unità ad un sistema articolato, quello della contrattazione pubblica francese, rispondendo così sia all'esigenza di superare la frammentarietà della normativa lamentata dalla dottrina¹, sia a quella di recepire, *in extremis*, le ultime direttive europee relative ai contratti pubblici².

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ In dottrina tra i primi a denunciare la mancanza di unitarietà della disciplina, all'avvento del contratto di partenariato pubblico-privato, sono stati Y. GAUDEMET, *La commande publique et le partenariat public-privé: Quelques mots de “synthèse”*,

Nella stesura del Codice il legislatore delegato non si è limitato ad una meccanica collazione dei precedenti testi normativi, ma ha innovato la disciplina inserendo in un *titre préliminaire* i principi generali di derivazione europea della *commande publique*, applicabili - *au premier regard* - a tutti i contratti del Codice. Tuttavia in esso sono mantenute forti specificità nazionali, che riaccendono così la questione, in realtà mai sopita, del rapporto tra diritto pubblico e privato in materia. Infatti, all'interno dello stesso *titre*, sono sanciti alcuni principi dedicati al solo *contrat administratif*, categoria dal regime pubblicistico propria del diritto francese. Ciò ha inevitabilmente comportato una imperfetta unitarietà del nuovo sistema³.

Si può anticipare che la modifica del titolo del Codice, precedentemente denominato *Code des marchés publics*, (codice dei contratti di appalto), è un atto di portata considerevole e significativa. Infatti in un unico Codice si è voluta ricomprendere la molteplicità dei contratti dell'evidenza pubblica, vale a dire, in conformità con la bipartizione europea, i contratti d'appalto e le concessioni, ma anche i cosiddetti "altri contratti", conclusi da soggetti privati o aventi ad oggetto diritti esclusivi, a cui non si applicano i principi del *contrat administratif*.

In tal modo, il nuovo Codice, che si propone come generale, più che dettare una disciplina univoca, ne definisce una segnata dalle specificità nazionali, tanto è vero che nel testo è assente un'esplicita definizione di *commande publique*, che è invece ricavabile attraverso i contratti che ne fanno parte, tra cui primeggiano, come noto, i contratti d'appalto e quelli di concessione, ricondotti dal Codice alla "speciale" categoria del *contrat administratif*. Proprio la codificazione del contratto amministrativo, categoria estranea a molti ordinamenti europei tra cui il nostro, e del relativo regime, testimonia icasticamente la volontà di preservare la specificità nazionale: il legislatore delegato non solo non ne ha abbandonato l'uso, ma al contrario, ne ha rafforzato la portata, inserendola all'interno del *titre préliminaire* tra i principi generali. Ciò, unito all'inclusione nel Codice degli "altri contratti", ha comportato reazioni diverse nella dottrina francese riconducibili al rapporto tra diritto privato e diritto pubblico nella contrattazione pubblica, dovendo essere il contratto amministrativo concluso -

in RDI 2003, p. 534. e P. DEVOLVÉ, *Le partenariat public-privé et les principes de la commande publique*, in RDI 2003, p. 481.

² Si tratta, come è noto, delle direttive 2014/23/UE, relativa all'aggiudicazione del contratto di concessione; 2014/24/UE, relativa agli appalti pubblici e 2014/25/UE, relativa alle procedure nei settori speciali.

³ Quanto alla ricerca della costruzione dei sistemi in materia amministrativa, si vuole ricordare il Professor Jean Rivero, che scrisse nella sua celebre apologia che essi sono così indispensabili al diritto amministrativo, "che persino coloro che ne mettono in dubbio la validità, assumono le vesti di "tessitori di sistemi", infatti da giuristi quali sono, non posso far altro che costruire sistemi", *Apologie pour les "faiseurs de systèmes"*, in *Pages de doctrine* 1980 - t. 1, pp. 3-10.

⁴ Per chiarire i passaggi dell'operazione sistematica volta a ricomprendere in un'unica disciplina anche questi ulteriori tipologie contrattuali e sull'evoluzione del rapporto tra contratti d'appalto e quelli di concessione si rimanda a P. DEVOLVÉ, *Les contrats de la commande publique*, in *RFDA* 2016, p. 200; L. RICHER, *La concession dans la commande publique*: in *BJCP* 2015, p. 403; F. LLORENS - P. SOLER COUTEAUX, *Une ordonnance chasse l'autre: après les marchés publics, place aux concessions*, in *Contrats-Marchés publ.* 2015, repère 8. G. KALFLÉCHE, *Les concessions: faut-il avoir peur du rapprochement avec les marchés ?*, in *Contrats-Marchés publ.* 2014, dossier spécial, n° 4.

prevalentemente - da soggetti formalmente pubblici⁵. La dottrina maggioritaria ha lodato la codificazione del contratto amministrativo e ha proposto di estenderne la qualificazione a tutti i contratti del Codice, mentre quella minoritaria ha affermato che gli “altri contratti” della *commande publique* rappresentano una categoria di pari dignità rispetto alla superata primazia del contratto amministrativo, lamentando la mancata occasione di rendere “più europea” e sistematica la nuova disciplina, evitando dunque di riaffermare ruoli desueti⁶.

Emerge, dunque, la necessità di riflettere sulla presunta unitarietà del recente Codice, raggiungere la quale era tanto auspicato quanto obiettivamente arduo, a causa della complessità della materia e della molteplicità dei contratti in esso riconosciuti.

Il presente contributo comincerà pertanto con lo studio dei principi del *titre préliminaire* e del relativo campo di applicazione, per chiarire cosa si debba intendere con il concetto di *commande publique*. Nei paragrafi che seguono verrà illustrato il percorso che ha permesso il riconoscimento nell’ordinamento francese dei principi di derivazione europea in materia contrattuale (*i.e.* il libero accesso al mercato, la non discriminazione tra candidati e la trasparenza delle procedure) e come questi siano stati recepiti all’interno del Codice nel *titre préliminaire* accanto ai principi tradizionali (come ad esempio il principio di diritto di libera scelta dell’Amministrazione rispetto alla modalità di gestione delle attività pubbliche). Successivamente si analizzerà la codificazione del regime del *contrat administratif*, i cui principi erano finora sanciti prettamente in via giurisprudenziale o sporadicamente in più fonti di carattere normativo. Una volta chiarito ciò, si potrà concentrare l’esame sull’applicazione di tali prescrizioni inserite nel titolo preliminare ai cosiddetti “altri contratti”, che seppur compresi nel Codice restano esclusi dalla disciplina del contratto amministrativo, perché conclusi da soggetti di diritto privato o relativi a diritti esclusivi. Infine, per spirito di completezza, si guarderà ad alcuni ulteriori indirizzi giurisprudenziali che sono stati considerati meritevoli di codificazione, seppur inseriti liminarmente nel Codice e non nel *titre préliminaire*, non avendo rango di principi generali.

⁵ Esemplicative quanto al rapporto diritto civile e diritto amministrativo le monografie di B. PLESSIX, *L’utilisation du droit civil dans l’élaboration du droit administratif*, Paris, 2003, prefazione di J. BIENVENU, p. 878 e di J. WALINE, *La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif*, MéL. J. GHESTIN, Dalloz, 2001, p. 978. Quanto alle ripercussioni di tale rapporto in tema di contenzioso O. GUÉZOU, *Traité de contentieux de la commande publique*, Le Moniteur, 2018, p.878.

⁶ Come è noto il diritto europeo non opera distinzione di regime o di giurisdizione. Sul tema significativo il recente contributo di G. ECKERT, *Faut-il “administrativiser” les contrats privés de la commande publique?*, in *Contrats-Marchés publ.* 2020, *Repère* che per ricondurre la materia ad unità propone provocatoriamente di rendere *ex lege* amministrativi tutti i contratti del Codice, per poi concludere le sue riflessioni con l’inno alla diversità dei contratti pubblici. In precedenza la questione è stata trattata diffusamente da J. MARTIN, *Des marchés publics de droit privé aux marchés semi-publics des personnes privées*, MéL. L. RICHER, *LGDJ* 2013, p. 200.

2. L'intervento normativo del 2019: il *Code de la commande publique*

Il Governo è stato delegato a redigere il Codice *à droit constant*, ossia senza introdurre emendamenti ai previgenti testi normativi⁷, coerentemente con gli obiettivi di semplificazione amministrativa e modernizzazione della vita economica cui si ispirava la legge delega, legge *Sapin II*⁸. Ciononostante, il processo di codificazione, giudicato da parte della dottrina particolarmente lungo e complesso⁹, ha previsto l'inserimento di un innovativo *titre préliminaire*.

Il C.C.P., abrogando il precedente *Code des marchés publics*¹⁰, ha razionalizzato le preesistenti disposizioni legislative (in esso confluiscono infatti circa trenta testi di valore normativo) organizzandole in una parte legislativa e una regolamentare¹¹, a loro volta suddivise nelle sezioni *marchés publics* e *concessions administratives*¹².

⁷ Il testo della l. n. 2016-1691 del 9 dicembre 2016 relativa alla trasparenza, alla lotta alla corruzione e alla modernizzazione della vita economica (*i.e. Loi Sapin II*) ha infatti autorizzato il Governo a procedere alla stesura del testo imponendo una redazione *à droit constant* salva “la riserva di apporre delle modifiche ritenute necessarie al fine di assicurare il rispetto gerarchico delle norme e la coerenza nella redazione dei testi così riuniti in un unico codice, per rimediare ad eventuali errori o lacune”. Sulla definizione di codificazione *à droit constant* v. il *Journal Officiel* del Senato del 10 marzo 2005, p. 654. Come anticipato, in realtà il codice è portatore di alcune novità, sul tema v. P. BOURDON, *Le code de la commande publique: une codification à droit quasi constant*, in *AJDA* 2020 p.149.

⁸ L'art. 38 della legge *Sapin II*, ha previsto l'adozione della parte legislativa del codice tramite *ordonnance*. L'art. 38 della Costituzione francese consente infatti al Governo, previa autorizzazione del Parlamento, di emanare tramite ordinanza misure di natura legislativa. Sull'*iter* della recente codificazione v. G. ECKERT, *Code de la commande publique: la sécurité juridique au service de l'efficacité économique ?*, in *Contrats-Marchés publ.* 2019, repère 1; N. BOULOUIS - B. DACOSTA, *L'élaboration du code de la commande publique: cinq actes sans tragédie*, in *RFDA* 2019 p.197; L. BÉDIER, *Une boîte à outils organisée selon la vie du contrat*, in *AJDA* 2018 p. 2364; B. DACOSTA - S. ROUSSEL, *L'écriture du code*, in *AJDA* 2019 p. 376; F. BRENET, *La codification des textes “épars” du droit de la commande publique*, in *AJDA* 2019 p.38; C. FRACKOWIAK, *De la transposition à la codification: “cent fois sur le métier”* in *BJCP* 2016, p. 117; C. FRACKOWIAK, *Des ordonnances de transposition au Code de la commande publique: AJDA* 2019, p. 395.

⁹ V. C. FRACKOWIAK, *Enfin le code de la commande publique*, in *BJCP* 2018, p. 359; della stessa autrice *Le code de la commande publique “Tout vient à point à qui sait attendre...”*, in *BJCP* 2019, p.3.

¹⁰ Tale processo è avvenuto in due momenti, il primo di puro recepimento e il secondo di codificazione. Quanto al recepimento si è intervenuti in materia di appalto con l'*ordonnance* n°2015-899 del 23 luglio 2015 e in materia di concessioni con l'*ordonnance* n° 016-65 del 29 gennaio 2016. Quanto alla codificazione tra i testi confluiti nel codice si segnalano il decreto n° 2016-361 del 27 marzo 2016 relativo ai contratti di difesa e sicurezza; il decreto n° 2016-86 del 1° febbraio 2016 relativo ai contratti di concessione; l'*ordonnance* n° 2014-697 relativa allo sviluppo della fatturazione elettronica; il decreto n° 2017-516 del 10 aprile 2017 riguardante “diverse disposizioni in materia di *commande publique*”; l'*arrêté* del 29 marzo 2017, che sanciva la lista di tasse e imposte, dei contributi e delle quote sociali da presentare all'amministrazione aggiudicatrice al fine di ottenere il nullaosta di partecipazione all'aggiudicazione di contratti d'appalto e concessione.

¹¹ La prima prevista dall'ordinanza n° 2018-1074 del 26 novembre 2018, la seconda dal decreto n. 2018-1075 del 3 dicembre 2018.

¹² Degna di nota è infatti la scomparsa nel codice del riferimento alla *délégation de service public*, in precedenza il contratto di concessione per eccellenza, nome che tuttavia permane nel CGCT, *Code Général des Collectivités Territoriales*. Per spirito di completezza si ricorda che specificità dell'ordinamento francese sono le *collectivités territoriales*, termine con cui s'intendono non solo gli enti pubblici locali, ma anche i *DROM départements et régions d'outre-mer*, *i.e.* le ex colonie francesi, per i quali sono tuttora previste alcune disposizioni a sé stanti nel C.C.P. Si discute se tale distinzione tra contratto di appalto e concessione amministrativa sia ancora attuale o meno e se il perimetro della concessione di servizio pubblico vada al di là delle delegazioni, v. in proposito R. DE MOUSTIER - J. BENZAKKI, *Le régime d'exécution des concessions de services sans service public*, in *Contrats-Marchés publ.* n° 7/2020, p. 7-11; F. BRENET, *Les nouvelles bases du droit des concessions: AJDA* 2016, p. 992.

Come anticipato, la prima scelta meritevole di attenzione compiuta nel processo di elaborazione del Codice, è quella di aver voluto modificare l'intitolazione del codice francese in *Code de la commande publique*. Il verbo “*commander*” in francese è utilizzato per ordinare, richiedere qualcosa (“*commander l'addition*”, chiedere il conto, “*commander des produits*”, ordinare dei prodotti) e unito alla parola “*public*”, pubblico, rimanda all'ordine che la pubblica amministrazione dà agli operatori di mercato al fine di ottenere beni, servizi, lavori o forniture.

La nozione di *commande publique* è apparsa nell'ordinamento francese nel 1964¹³, ma, nonostante il riconoscimento della giurisprudenza costituzionale, la dottrina l'ha per lungo tempo considerata come “*una nebulosa di contratti mal definiti, che non ha nulla di giuridico*”¹⁴. Tuttavia, essa continuava ad essere in uso nelle direttive europee ed era destinata ad affermarsi.

Attorno a tale concetto si è sviluppata una teoria restrittiva – in base alla quale farebbero parte della *commande publique* solo i contratti volti ad assicurare il buon funzionamento del servizio pubblico – ed una estensiva, volta a comprendere anche i contratti di beni e servizi che consistono nella gestione di un'attività. Tale seconda teoria è stata recepita nell'ultima riforma in materia¹⁵, ma è solo con il Codice che si giunge ad una definizione in positivo della categoria, che comprende i contratti d'appalto e di concessione “qualunque sia la loro denominazione” (art. L. 2 C.C.P.)¹⁶. Tale definizione è completata da una in negativo, che esclude dalla categoria quei contratti che, pur avendo alcune affinità con la materia, non sono sottoposti alla normativa del Codice (e.g. i contratti di occupazione demaniale, art. L. 1100-1 C.C.P.)¹⁷.

Il Codice si inserisce, dunque, in un processo di progressiva affermazione di una nozione autonoma di *commande publique*, che richiama una normativa comune a tutti quei contratti onerosi, il cui fine è quello di rispondere ad un bisogno dell'entità aggiudicatrice o del concedente.

L'unità della disciplina sembrerebbe trovarsi nei principi generali contenuti nel *titre préliminaire* del C.C.P. la cui redazione, tuttavia, non era prevista dalla legge delega¹⁸. Il *Conseil d'Etat* e la Commissione

¹³ Tale concetto europeo si affaccia nell'ordinamento francese attraverso il decreto n° 64-729 del 17 luglio 1964 che istituiva il primo *Code des marchés publics*. Quando intervenne nel 2001 la riforma di tale codice, tramite il decreto n° 2001-210 del 7 marzo 2001, vennero sanciti anche i principi di libero accesso alla *commande publique* e il perseguimento di una *commande publique* efficace. V. G. KALFLÈCHE, *Des marchés publics à la commande publique - L'évolution du droit des marchés publics*, tesi di laurea, Paris II, A.A. 2003-2004, pp. 525 - 553.

¹⁴ Cons. cost. 26 giugno 2003 n° 2003-473 DC, commento di E. FATÔME - L. RICHER, in *AJDA*, 2003 p. 2348.

¹⁵ Ordinanza n° 2009-515 del 7 maggio 2009.

¹⁶ La versione originale dell'art. L-2 infatti recita: “*Sont des contrats de la commande publique les contrats conclus à titre onéreux par un acheteur ou une autorité concédante, pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, avec un ou plusieurs opérateurs économiques*”.

¹⁷ Inoltre vengono escluse le sovvenzioni previste ex art. 9-1 della l. n. 2000-321 del 12 aprile 2000, relativa ai diritti dei cittadini nel rapporto con l'Amministrazione.

¹⁸ Come già anticipato nella premessa si rimanda a F. FRACKOWIAK, *De la transposition à la codification: cent fois sur le métier, cit.*;

superiore per la codificazione ne richiesero la stesura¹⁹ proprio al fine di conferire una maggiore uniformità alla disciplina attraverso delle previsioni scritte, in ossequio all'adagio francese “*pas de tutelle sans texte*”²⁰.

Nel *titre préliminaire* sono stati introdotti i principi della *commande publique*, tra cui quelli europei in materia di contrattazione pubblica (*i.e.* i principi di non discriminazione dei candidati, del libero accesso al mercato e della trasparenza delle procedure), ricondotti dall'organo costituzionale francese direttamente al principio di *égalité* sancito nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino nel 1789. Accanto ad essi, un intero articolo viene riservato alla definizione del *contrat administratif* e del suo regime pubblicistico, consistente nell'attribuzione di un potere di controllo, modifica e recesso unilaterale dal contratto (*v. infra* §4).

Il Codice tace sul rapporto tra *contrat administratif* francese e principi europei di accesso, parità di trattamento e trasparenza, sebbene la legge delega avesse richiesto di assicurare il rispetto gerarchico delle norme, il che potrà condurre la prassi pretoria ad operare un coordinamento e bilanciamento tra tali poteri pubblicistici posti in capo all'amministrazione ed i principi europei ad essi sovraordinati²¹.

3. La codificazione dei principi della *commande publique*

Cominciando dall'art. L. 1 C.C.P. il *titre préliminaire* sancisce il noto principio del diritto di libera scelta dell'Amministrazione rispetto alla gestione delle attività pubbliche. Il principio rappresenta una libertà contrattuale tipica del diritto privato ma, secondo la celebre sentenza *Société Unipain del Conseil Constitutionnel*, discende direttamente dall'art. 4 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino²².

¹⁹ Sulla ricerca di unità della, seppur complessa, materia *v. F. LLORENS - P. SOLER COUTEAUX, Le futur droit des marchés publics: entre unité et complexité*, in *Rev. CMP 2015* Repère 11. Quanto all'auspicato consolidamento della teoria dei contratti pubblici si veda il rapporto annuale del *Conseil d'Etat* al Presidente nel JORF n. 0281 del 5 dicembre 2018 testo n. 19 p. 20 secondo cui “*l'apport de la création d'un tel code ne peut se limiter à la codification des règles générales applicables à chaque type de contrats... il faut en faire ressortir les principes organisateurs et fixer les linéaments d'une théorie juridique des contrats publics*”. Tali principi organizzatori vengono dunque sanciti e appaiono nel codice seguendo la numerazione da L. 1 a L. 6. In tal modo, anche visivamente, essi appaiono a sé stanti rispetto alle parti immediatamente successive: la prima, relativa alle definizioni e al campo di applicazione, non prosegue con l'art L.7, ma si apre con l'art. L. 1100-1; la seconda, che disciplina i contratti d'appalto, comincia con l'art. L. 2000-1, mentre la terza, relativa alle concessioni, si apre con l'art. L.3000-1.

²⁰ *V. l'ampia raccolta e commento di B. PLESSIX, Les adages propres au droit public*, in *RFDA 2014* p. 211.

²¹ Ad esempio il *Conseil d'État* ha stabilito che per assicurare il rispetto di questi principi, le parti di una convenzione di servizio pubblico non potranno operare modifiche sostanziali: “introducendo delle condizioni che, se fossero state inserite nel bando iniziale, avrebbero portato all'aggiudicazione di un altro candidato: non possono perciò né modificare l'oggetto del contratto, né modificare in modo significativo l'equilibrio economico del contratto come sancito nei suoi elementi essenziali come la durata, le tariffe e il volume degli investimenti” CE 9 marzo 2018, *Cie des parcs et passeurs du Mont-Saint-Michel*, req. n° 409972, pubblicata in *AJDA 2018* p. 1104.

²² Il testo dell'articolo recita: “la libertà consiste nel poter fare tutto ciò che non nuoce ad altri; così, l'esercizio dei diritti naturali di ciascun uomo ha come limiti solo quelli che assicurano agli altri membri della società il godimento di questi stessi diritti. Questi limiti possono essere determinati solo dalla legge”. Tale libertà, nella sua accezione più evoluta, è oggi espressamente prevista per le concessioni. Non solo, il *Conseil d'État*, nel pubblico *avis* sul progetto di legge dell'ordinanza n. 2016-65 del 29 gennaio 2016, ne aveva auspicato la codificazione anche per i contratti d'appalto

Infatti, trascendendo le categorie del diritto pubblico e privato, essa rappresenta un principio “di un altro ordine”²³, che precede il momento del ricorso al contratto.

Secondo il giudice amministrativo tale libertà è strettamente legata alla libera amministrazione sia statale che locale. Quest’ultima è venuta affermandosi grazie alla lenta e crescente autonomia degli enti pubblici francesi, intervenuta in virtù dell’estensione delle competenze concorrenti con lo Stato accentrato, come sancito dall’art. 72 Cost. che le riconosce valore di libertà fondamentale²⁴.

Il principio si traduce in una scelta in capo all’Amministrazione, e in generale all’autorità concedente, di soddisfare i propri bisogni attraverso il ricorso ai contratti del Codice, ed è espressione della costruzione di un rapporto con un soggetto *externa corporis*, in tal modo coinvolto nella gestione pubblica. Al fine di rendere tale libertà effettiva, è fatto divieto dalla legge di applicare nuove disposizioni “che possano nuocere in modo eccessivo” alla libertà contrattuale dell’Amministrazione. Tuttavia, tale libertà è relativa perché è possibile contrarre solo con colui che si è aggiudicato il contratto e nel rispetto delle procedure previste per l’affidamento²⁵, riducendo così lo spazio della discrezionalità e dell’*intuitu personae*; ma soprattutto è derogabile in presenza di un interesse pubblico che comporti un obbligo a contrarre²⁶.

Lo stesso giudice amministrativo ha ricondotto tale libertà contrattuale nei limiti della libertà dell’industria e del commercio²⁷, sottolineando come nessun principio costituzionale imponga all’Amministrazione di operare una nuova procedura di messa in concorrenza, nel caso in cui scelga di non riaggiudicare il contratto²⁸.

Il principio di libera scelta si distingue sia dalla libera negoziazione, sia dalla scelta della procedura di dialogo competitivo²⁹. La negoziazione è stata al centro del dibattito francese sia riguardo al rispetto

e altri contratti pubblici. In giurisprudenza *ex multis*: CE, ass, 8 aprile 2009 n. 271737; CE, 29 aprile 1970, n° 77935, *Société Unipain*, Lebon p. 28 e Cons. const. 30 novembre 2006, n. 206-543 DC, *Loi relative au secteur de l’énergie*, in *AJDA* 2007 p. 192, note di G. MARCOU.

²³ E. MULLER, *Les ambitions raisonnées du Code de la commande publique*, in *Droit Administratif*, 6/2019, étude 9.

²⁴ Ex art. 72 Cost. fr. “alle collettività territoriali spetta prendere le decisioni per l’insieme delle competenze che possono al meglio essere messe in opera al loro livello. Alle condizioni previste dalla legge, queste collettività si amministrano liberamente tramite dei consigli eletti e dispongono di un potere regolamentare per l’esercizio delle loro competenze”.

²⁵ V. L. FAVOREU - A. ROUX, *La libre administration des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale?*, in *Cahiers du Conseil Constit.*, n. 12/2002; E. PICARD, *La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental?*, in *AJDA* 1998. Per la definizione v. J.B. VILA, in *Encyclopédie des collectivités locales.fr, Chapitre 1 (folio n°3120) - Contrat de délégation de service public: passation, Une liberté unanimement reconnue*, agg. 2019.

²⁶ Infatti sulla base degli artt. 34 e 72 della Costituzione è possibile obbligare l’amministrazione a contrarre in virtù di un interesse pubblico. È accaduto ad esempio che enti pubblici locali siano stati assoggettati all’obbligo di contrarre per acquistare del gas CE, 19 luglio 2017, *Association nationale des opérateurs détaillants en énergie*, req. n. 370321.

²⁷ V. CE 3 marzo 2010, *Dpt de la Corrèze*, req. n. 306911, in *AJDA* 2010 p. 469 ; CE 3 nov. 1997, *Sté Million et Marais*, req. n° 169907 in *AJDA* 1997 p.1012.

²⁸ V. CAA Marsiglia, 15 novembre 2001, *Sté Méditerranée plaisance*, req. n. 98MA00814.

²⁹ V. S. BRACONNIER e J.L. HECKENROTH, *Regards croisés: négociation dans les contrats de la commande publique*, in *Contrats et Marchés publics* n. 8-9/2019, p.7.

della libera concorrenza e dell'aderenza dei contraenti alle condizioni poste dalla stazione appaltante, sia in riferimento al rischio di corruzione che essa potrebbe veicolare. Tuttavia se prima del Codice la trattativa era riservata, in ragione dell'*intuitu personae* che lega concedente e concessionario, ai soli contratti di *délégation de service public*, attualmente contratti di concessione, oggi tale facoltà è estesa anche ai contratti d'appalto, sebbene essa non possa estendersi all'oggetto del contratto e ai criteri di attribuzione (art. L. 3124-1 C.C.P.)³⁰. Tale possibilità resta però un'eccezione rispetto al principio dell'offerta, che prevede che si scelga quella economicamente più vantaggiosa “sulla base di criteri oggettivi, senza negoziazione” (art. L. 2124-2 C.C.P.)³¹.

Quanto invece alla procedura di dialogo competitivo essa permette un esame effettivo di tutti gli aspetti del contratto la cui proposta non è vincolante (art. R. 2161-27 C.C.P.).

Successivamente, i contratti della *commande publique* vengono definiti dall'art. L. 2 quali “*contratti conclusi a titolo oneroso da un compratore o da un'autorità concedente, al fine di rispondere alle necessità amministrative in materia di lavori, forniture o servizi con uno o più operatori*”. Il requisito dell'onerosità consiste nella necessaria presenza di una contropartita economica dovuta all'operatore che esegue il contratto, ed era stato definito in giurisprudenza come “lo scambio di valore tra le parti”³². Si rammenta che ciò vale tanto per i contratti d'appalto che per le concessioni amministrative.

L'art. L. 3 stabilisce i tre principi funzionali alla *commande publique*: il libero accesso al mercato, la parità di trattamento tra candidati e la trasparenza nelle procedure. Tali principi sono, come è noto, di matrice europea in materia di contrattazione pubblica³³.

Il principio di libertà di accesso, definito come il principio secondo il quale chi ha interesse all'aggiudicazione deve avere la possibilità di partecipare alla procedura al fine di ottenere l'attribuzione

³⁰ V. sull'ampiezza dell'evoluzione delle consultazioni e la verifica dei documenti diffusi spontaneamente dall'autorità concedente durante il corso della negoziazione CE, 21 aprile 2002, n. 216902, *Groupement des associations de l'Ouest parisien*: JurisData n. 2002-063872. Sul contenuto delle offerte dei candidati in corso di negoziazione v. CE, 21 giugno 2000, n. 209319, *Syndicat intercommunal de la Côte d'Amour et de la presqu'île guérandaise*: JurisData n. 2000-060640; CE, 21 febbraio 2014, n. 373159, *Sté Dalkia*: JurisData n. 2014-003222; in *Contrats-Marchés publ.* 2014, comm. 111, note G. ECKERT.

³¹ Il considerando 42 della direttiva 2014/24/UE prevede tuttavia un *favor* per le procedure negoziate: “È indispensabile che le amministrazioni aggiudicatrici di-spongano di maggiore flessibilità nella scelta di una procedura d'appalto che prevede la negoziazione. È probabile che un più ampio ricorso a tali procedure incrementi anche gli scambi transfrontalieri, in quanto la valutazione ha dimostrato che gli appalti aggiudicati con procedura negoziata con previa pubblicazione hanno una percentuale di successo particolarmente elevata di offerte transfrontaliere. È opportuno che gli Stati membri abbiano la facoltà di ricorrere ad una procedura competitiva con negoziazione o al dialogo competitivo in varie situazioni qualora non risulti che procedure aperte o ristrette senza negoziazione possano portare a risultati di aggiudicazioni di appalti soddisfacenti. È opportuno ricordare che il ricorso al dialogo competitivo ha registrato un incremento significativo in termini di valore contrattuale negli anni passati”. Nel codice al momento è stata soppressa la distinzione tra *procédure concurrentielle avec négociation* e la *procédure négociée avec mise en concurrence préalable* e recepito il *nomen* europeo di procedura negoziata (art. L. 2124-3 C.C.P.).

³² V. CE, ass., 4 nov. 2005, n° 247298, *Société J.-C. Decaux*, RFDA 2005, p. 1083, conclusioni di D. CASAS.

³³ Letteralmente l'art. L. 3 C.C.P. prevede che “le autorità concedenti e i contraenti sono entrambi tenuti al rispetto del principio di pari trattamento dei candidati nell'attribuzione del contratto. Gli stessi devono inoltre rispettare il principio di libertà di accesso e di trasparenza delle procedure al fine di garantire l'efficacia della *commande publique* e il buon uso dei fondi pubblici”.

del contratto, viene declinato – quale discendente della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino (art. 6) – nella uguaglianza di accesso alla *commande publique* e nella uguaglianza della *commande publique*. Attraverso tale *égalité* infatti non s'intende che tutti gli operatori debbano avere accesso a tutti i contratti, ma, al pari dell'uguaglianza sostanziale, s'intende trattare in modo diverso situazioni diverse, permettendo deroghe in caso di interesse generale. Come sottolineato da autorevole dottrina, sarebbe più corretto intenderla come uguaglianza dinanzi alla regolamentazione dei contratti pubblici³⁴.

Quanto al principio di parità di trattamento, che impone di trattare allo stesso modo gli operatori di mercato al momento dell'esame delle loro candidature e offerte, esso svolge un ruolo ancillare rispetto al principio di libero accesso e trova applicazione in due momenti della procedura dei contratti pubblici: durante l'accesso alla selezione pubblica e durante la scelta dei candidati.

Infine, il principio di trasparenza è strumentale ad assicurare l'effettivo rispetto dei principi di parità di trattamento e libero accesso. In particolare, la trasparenza *a priori* consiste nel rendere pubblici, fin dal momento della pubblicazione del bando, i criteri di scelta dei candidati, ossia quelli legati al perseguimento dell'offerta economica più vantaggiosa; mentre quella cosiddetta *a posteriori* permette di poter controllare come la pubblica amministrazione ha agito, attraverso la stesura obbligatoria di un rapporto della procedura di selezione dell'appalto o della concessione. Anche tale principio è stato dal giudice costituzionale francese posposto in caso di situazioni di interesse generale e d'urgenza³⁵.

Alla luce di quanto esposto, questi tre principi e il principio di libera scelta dell'amministrazione, sono principi fondamentali del Codice: la loro portata è tuttavia precisata nei successivi articoli L. 4 e L. 5. In particolare, il primo articolo impedisce la libertà d'accesso alla *commande publique* agli operatori economici che siano già stati oggetto di una delle misure di esclusione previste dal Codice stesso; perciò una volta intervenuta una condanna definitiva per taluni reati penali, ad esempio per riciclaggio, o fiscali, ad esempio per frode fiscale, l'impresa non potrà più presentare la propria candidatura. Per spirito di completezza si aggiunge che, pur restando ferma la competenza del giudice amministrativo, l'inosservanza dei principi finora esposti può condurre anche ad una sanzione innanzi alla giurisdizione penale, costituendo il fatto "delitto di favoritismo"³⁶.

L'art. L. 5, invece, precisa che la durata dei contratti della *commande publique* dovrà essere limitata nel tempo: solo in tal modo è infatti possibile garantire una periodica e effettiva messa in concorrenza tra

³⁴ Y. GAUDEMET, *Le Conseil constitutionnel et le droit administratif Constitution et biens publics, Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2012 pp. 65-73.

³⁵ V. *Cons. Const.* 24 luglio 2008, n. 2008-567 DC.

³⁶ Ciò avviene innanzi al *Tribunal correctionnel* che, pur avendo carattere penale, ha giurisdizione esclusivamente sui *délits* e non sui *crimes*. Della classificazione francese delle infrazioni penali i *délits* costituiscono la categoria di minore gravità rispetto ai *crimes* e si caratterizzano per una pena massima di 10 anni, che si accompagna sempre ad una pena pecuniaria. Un esempio rispetto alla materia in esame potrebbe essere la configurazione del *délit* di favoritismo per aver commesso un fatto contrario alle disposizioni legislative, ossia aver violato la *par condicio* tra concorrenti. Per approfondire v. F. LINDITCH, *Un an du droit pénal de la commande publique*, Lexisnexis 2018, hal-02121806.

gli operatori di mercato. Tale principio generale viene ribadito anche nelle parti riguardanti i singoli contratti: per i contratti d'appalto all'art. L. 2121-5, per quelli di partenariato all'art. L. 2213-2 e per le concessioni all'art. L. 3114-718, - sono note le procedure di infrazione da parte della Commissione Europea.

4. La codificazione del *contrat administratif*

Come si è anticipato, una significativa novità del C.C.P. consiste nel fatto di aver introdotto, con l'art. L. 6, specifiche disposizioni e principi riguardanti il *contrat administratif*, che rappresenta la categoria entro cui ascrivere la maggior parte dei contratti della *commande publique*, ma anche un concetto assai risalente dell'ordinamento francese. Nel precedente codice, infatti, l'art. 3 considerava contratti amministrativi i *marchés publics* conclusi da persone giuridiche di diritto pubblico, senza tuttavia specificarne alcun regime; esso continuava ad essere definito essenzialmente sulla base della consolidata ricostruzione teorica e soprattutto giurisprudenziale³⁷.

È interessante notare come l'intervento di codificazione dei tradizionali poteri pubblicistici dell'autorità amministrativa (*i.e.* il potere di controllo, modifica e recesso unilaterale da parte dell'Amministrazione) sia avvenuto proprio all'interno di questo Codice, il quale doveva avvicinare la disciplina francese dei contratti amministrativi al diritto europeo dei contratti pubblici³⁸.

Seguendo la lettera dell'art. L.6, le regole ivi contenute sono applicabili ai soli contratti qualificati come amministrativi. Tale riferimento è volto ad escludere da tale disciplina quei pochi contratti che pur se inseriti nel Codice, non sono amministrativi: i cosiddetti "altri contratti di appalto" di cui si occupa il Libro V della seconda parte del C.C.P. e gli "altri contratti di concessione", contenuti nel Libro II della terza parte.

Per comprendere l'ampiezza di tale categoria, infatti si ricorda che sono amministrativi i contratti del Codice conclusi da persone di diritto pubblico (*i.e.* tutti i contratti di appalto e concessione, tranne gli "altri" contratti di appalto e concessione) e i contratti che la legge e la giurisprudenza definiscono tali. Quanto alla definizione legale si pensi ai *contrats d'occupation du domaine public*, che sono amministrativi anche qualora conclusi da due persone di diritto privato³⁹; quando alla giurisprudenza, essa ne ha tradizionalmente ampliato il novero sulla base di criteri soggettivi o materiali. Ciò avviene, in

³⁷ V. la ricostruzione completa di Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, Paris, 2001, vol. I, p. 671.

³⁸ Icastico P. DEVOLVÉ secondo cui: "il diritto della *commande publique* è dominato dalle pressioni dell'Unione Europea", *Les contrats de la commande publique*, in *RFDA* 2016 § 47, chiaro anche nel commento successivo alle direttive europee in materia intervenute nel 2004, *Les contrats publics dans le désordre*, in *RDC* 2006, p. 951

³⁹ V. Art. L. 2331-1 CGPPP (*Code général de la propriété des personnes publiques*). Qualificati *ex lege* come contratti amministrativi, nonostante qualche incertezza dovuta alla privatizzazione della società EDF (*Électricité De France*), anche tutti i *contrats d'obligation d'achat d'électricité*, *Code Énergie* art. L. 314-7. Esempi in giurisprudenza di contratti qualificati come amministrativi, anche se conclusi da soggetti privati v. *Tribunal de conflits* 6 ottobre 2006, *EURL pharmacie de la Gare Saint-Charles c/ Sté d'aménagement, de commerce et de concessions*, req. n. 3514.

particolare, se si riscontra la presenza all'interno del contratto di clausole esorbitanti dal diritto comune o se è prevista l'esecuzione di un servizio - pubblico - di interesse generale⁴⁰. A tal proposito una parte della dottrina ha evidenziato come i contratti amministrativi disciplinati dal Codice siano a loro volta speciali rispetto alla categoria generale, alla luce della loro sottomissione alla disciplina concorrenziale⁴¹. Successivamente, la norma definisce, per la prima volta in un'unica previsione, le caratteristiche fondamentali del contratto amministrativo dal punto di vista del regime giuridico.

La prima regola codificata dall'art. L. 6 è l'esistenza della possibilità per l'autorità pubblica di esercitare un potere di controllo, e non di sanzione come era stato discusso, sull'esecuzione del contratto⁴², affermatosi così come regola generale del contratto amministrativo. Tuttavia, al fine di controbilanciare il potere di controllo, il legislatore ha previsto che per determinarne l'ampiezza si possano seguire, oltre alle regole fissate dal Codice, anche quelle volute dalle parti o quelle previste da disposizioni particolari, riconoscendo così rilevanza alla volontà della controparte. In caso di mancata diligenza nelle procedure di controllo e sorveglianza da parte dell'autorità amministrativa, la responsabilità del contraente può essere limitata⁴³.

Il secondo comma dell'art. L. 6 fa esplicito riferimento al principio di continuità del servizio pubblico. Tale concetto, come è noto, è molto caro all'ordinamento francese, tanto da esser ricondotto nell'alveo del principio costituzionale di uguaglianza di tutti i cittadini innanzi all'erogazione del servizio pubblico. Sulla necessaria evoluzione del concetto di servizio pubblico *à la française*, la dottrina si è lungamente interrogata al fine di trovare una nuova definizione "euro-compatibile"⁴⁴ posto che la nozione viene inevitabilmente ad intersecarsi con quella di servizio d'interesse generale⁴⁵. Si passa dal concetto

⁴⁰ La dizione servizio pubblico nel Codice cede il passo, seppur non ne viene sostituita, a quella europea di interesse generale. Una clausola è definita esorbitante in via pretoria perché "*notamment par les prérogatives reconnues à la personne publique contractante dans l'exécution du contrat, implique, dans l'intérêt général, qu'il relève du régime exorbitant des contrats administratifs*" T. confl. 9 marzo 2015, *M^{me} R. c/ Sté Autoroutes du Sud de la France*, n. 3984; oppure perché "*un contrat conclu avec une personne publique présente un caractère administratif lorsqu'il comporte une ou plusieurs clauses qui, notamment par les prérogatives reconnues à la personne publique contractante dans l'exécution du contrat, impliquent, dans l'intérêt général*", CE 5 febbraio 2018, *CNES, Axa France LARD c/ MAIF*, req. n. 414846.

⁴¹ F. BRENET, *Recherches sur l'évolution du contrat administratif*, tesi Università di Poitiers, A.A. 2001-2002; *La théorie du contrat, évolutions récentes*, in *AJDA* 2003, p. 919; *Contrats administratifs*, P. GONOD - F. MELLERAY - P. YOLKA, *Traité de droit administratif*, Paris, 2011, p. 263.

⁴² CE, ass., 9 novembre 2016, *Sté Fosmax*, req. n. 388809, *Dr. adm.* 2016, *comm.* 12, note F. BRENET; *Contrats-Marchés publ.* 2017, *comm.* 25, obs. P. DEVILLERS.

⁴³ V. CE, ass., 21 dicembre 2012, req. n. 342788: "*la nozione di controllo non è univoca: essa si può esplicitare in un semplice potere di sorveglianza, che non può tuttavia esser contestato, ma anche in un potere di direzione, ad esempio in un'approvazione preventiva degli atti del contraente. Una parte di tali prerogative non può esistere senza previsione testuale*". V. CAA Paris, 31 dicembre 2003, *Sté Start Informatique*, req. n. 99PA03950, *Rev. CMP* 2004, note F. OLIVIER.

⁴⁴ Così D. TRUCHET, *Renoncer à l'expression service public*, *Actualité Juridique Droit Administratif*, 2008, p. 553; CE, "*Service public, services publics: déclin ou renouveau?*" *EDCE* 1994, 46, p.38.

⁴⁵ Artt. L1112-1 e L2211-6 in materia di contratto di partenariato pubblico-privato; la cooperazione al fine di un servizio pubblico orientato da interessi generali nel contratto d'appalto Art. L2511-6 e nella concessione amministrativa Art. L3211-6.

generale di servizio pubblico, all'erogazione di una quantità di servizi fruibili dalla comunità nel rispetto di livelli qualitativi minimi favoriti dalla libera concorrenza⁴⁶.

Immanente al concetto di servizio è infatti l'adattabilità dello stesso alle necessità degli utenti tenendo conto delle evoluzioni del momento storico e dei bisogni della società⁴⁷. Tuttavia, si evidenzia come, forse proprio a causa della forte tradizione francese sul tema, tale obbligo di continuità è stato codificato nel Codice non solo nel *titre*, ma anche nella parte speciale relativa alle concessioni amministrative (art. L. 1121-3), sebbene si tratti di un principio generale dei contratti amministrativi, e quindi anche delle concessioni. Tale riferimento permette altresì di notare che lo stesso principio è incluso nel *Code général des collectivités territoriales* (con i dovuti distinguo un Codice degli Enti pubblici) in riferimento alla *délégation de service public* (art. L. 1411-1), che, come anticipato, altro non rappresenta che la risalente dicitura, oggi scomparsa nel Codice, di concessione amministrativa di pubblico servizio. In proposito, una parte della dottrina ha evidenziato come il legislatore abbia perso l'occasione di effettuare un coerente raccordo con l'ormai conclamata bi-partizione europea dei contratti pubblici, recepita nel C.C.P.

Gli ultimi tre commi dell'art. L. 6 sanciscono altrettanti poteri della amministrazione sulla vita del contratto: la *théorie de l'imprévision*, il potere di modifica e quello di recesso unilaterale da parte dell'autorità amministrativa.

La teoria dell'*imprévision* è, secondo la dottrina francese, la più evidente manifestazione dell'autorità amministrativa. Essa prevede l'obbligo in capo al contraente con l'Amministrazione di continuare l'esecuzione del contratto, nonostante il verificarsi di un evento imprevedibile, rendendola più gravosa, anche in spregio del principio dell'equilibrio finanziario del contratto. Tuttavia tale disciplina sembra dover essere relegata a situazioni del tutto eccezionali: la giurisprudenza del secolo scorso l'applicò solamente in una decina di casi. Ciò nonostante il legislatore ne ha ampliato l'ambito applicativo: essa non è più limitata alle sole concessioni, ma si estende anche agli appalti pubblici, purché abbiano un legame con il servizio pubblico o un fine d'interesse generale⁴⁸. Inoltre, recenti riforme intervenute in

⁴⁶ Y. GAUDEMET, *Le service public à l'épreuve de l'Europe: vrai et faux procès*, in *Les mutations contemporaines du droit public*, in Mél. B. JEANNEAU, Paris, Dalloz, 2002, p. 473.

⁴⁷ Il principio di continuità del servizio pubblico è stato consacrato dalla decisione del Consiglio di Stato del 25 luglio 1979, Déc. n. 79-105 relativa al diritto di sciopero dei lavoratori in radio e televisione, quale principio generale tale da imporsi in tutte le decisioni amministrative, portò infatti alla modifica della legge n. 74-696 del 7 agosto 1974. In tal senso anche l'altro importante *affaire Mme Bonjean* CE 13 giugno 1980, n. 17995.

⁴⁸ Riguardo alla sua applicazione a un contratto di lavori pubblici: CE, 19 febbraio 1992, *SA Dragages et Travaux Publics c/ Société Escota*, n. 47265, Lebon T. p. 1108-1109. A contrario, tale teoria non è stata estesa alle convenzioni d'occupazione demaniale cosiddette "pure", ossia concluse con l'unico fine di esercitare un'attività commerciale di natura privata: TA Rouen, 28 agosto 1998, *Société Renault SA*, n. 951837,

materia di obbligazioni civilistiche, sembrano averla trasposta anche nel diritto civile, seppur con i dovuti adeguamenti⁴⁹.

Il potere di modifica unilaterale è stato elaborato dalla giurisprudenza d'oltralpe dagli inizi del XX secolo⁵⁰ e sancito dal *Conseil d'Etat* con una decisione del 1983 come una delle regole “generali applicabili ai contratti amministrativi”⁵¹. I limiti a tale potere, secondo giurisprudenza consolidata, sono l'oggetto e l'equilibrio del contratto stesso⁵². Infatti - diversamente dalla teoria dell'*imprévision*, che, come accennato, arriva ad ammettere lo squilibrio contrattuale - la modifica unilaterale non può essere tale da disequilibrare il contratto. In ragione di ciò, la possibilità di percepire un indennizzo non è automatica, ma lasciata alla libera facoltà delle parti al momento della stipula del contratto⁵³.

Da ultimo, il quinto comma dell'art. L. 6 consacra il potere di risoluzione unilaterale del contratto in base alle norme del codice. Solo nel caso in cui venga operato in nome di un comprovato interesse generale, il contraente potrà percepire l'erogazione di un indennizzo e sempre che così sia previsto dal contratto.

Viste le differenze tra i tre istituti, appare ambigua l'oscillazione tra il riconoscimento del potere unilaterale autoritativo proprio del regime del contratto amministrativo e quello di libera scelta affidato alle parti quanto all'indennizzo⁵⁴.

L'articolo L. 6 non ha previsto un *numerus clausus* di motivi di risoluzione, tant'è che permangono dei casi non codificati – pur sempre riconosciuti dall'ordinamento – quali, ad esempio, l'illegalità dei fini perseguiti, la mancata autorizzazione necessaria al fine di realizzare le prestazioni e la messa in liquidazione giudiziaria del contraente.

⁴⁹ Tradizionalmente appannaggio del regime amministrativo, la teoria è stata recentemente introdotta nell'ordinamento civile, all'art. 1195 del *code civil*, ove si prevede che la parte che non abbia assunto il rischio dell'alea economica possa chiedere che il contratto sia rinegoziato, seppur nell'attesa sia vincolata a continuare ad eseguirne le obbligazioni. Così recita infatti l'art. 1195 c.c.: “*si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation*”. In tal caso una delle differenze più rilevanti tra il potere di regime pubblico e il diritto potestativo privato è che le previsioni pubblicistiche saranno fatte valere in caso di sopravvenuto interesse generale, mentre quelle privatistiche terranno conto di un interesse particolare. Un'ulteriore distinzione deve operare in caso di indennità: essa sarà concessa direttamente dal giudice amministrativo, mentre il giudice ordinario potrà solamente prevedere un'obbligazione di rinegoziazione, ovvero potrà mettervi fine. Sul punto H. HOEPFFNER, *La modification des contrats*, in *RFDA* 2016, p. 280.

⁵⁰ CE 11 marzo 1910, *Ministre des travaux publics c/ Compagnie générale française des tramways*, n. 16178 Lebon p. 216.

⁵¹ CE, sect., 2 febbraio 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, n. 34027 Lebon p. 33.

⁵² CE 27 ottobre 2010, *Syndicat intercommunal des transports publics de Cannes, le Cannet, Mandelieu-la-Napoule* n. 318617. Lett. il 4° comma dell'art. L.6 prevede che “*en vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs, la personne publique peut apporter unilatéralement, dans l'intérêt général, des modifications à ses contrats*”.

⁵³ La previsione dell'art. L. 6 comma 4 C.C.P. può infatti combinarsi con quelle più specifiche contenute nelle parti speciali: art. L. 2194-1 C.C.P. per i contratti d'appalto e art. L.3135-1 C.C.P. per quanto riguarda le concessioni.

⁵⁴ Ad ogni modo anche tale principio generale è anche espressamente previsto nelle parti speciali appalti (artt. da L. 2195-1 a L. 2195-6 C.C.P.) e concessioni (artt. L. 3136-1 fino a L. 3136-6 C.C.P.). Queste disposizioni di parte speciale prevedono anche la possibilità di risoluzione unilaterale in caso di una “colpa di gravità sufficiente del contraente”, ovvero per un motivo di interesse generale.

5. Gli “altri contratti” del Codice

I principi del contratto amministrativo, come anticipato, non si applicano a taluni contratti contenuti nel Codice, che disciplina infatti anche contratti non amministrativi, sottoposti di regola al regime di diritto privato o, nel caso in cui siano diretti a soddisfare bisogni in parte pubblici e in parte privati, a un regime misto.

Da questo punto di vista, quindi, la più ampia categoria di *commande publique* viene a ricomprendere al suo interno anche contratti conclusi da soggetti privati, purché nel ruolo di amministrazione aggiudicatrice (ad esempio gli appalti conclusi da organismi di diritto pubblico titolari di una missione d’interesse generale).

Il Codice definisce poi gli “altri contratti”, (ad es. i contratti *in house providing*, chiamati nell’ordinamento francese *quasi-régie* o le convenzioni tra amministrazioni), discostandosi così dalla precedente dicitura di “contratti esclusi”. Ai sensi del nuovo Codice gli “altri contratti d’appalto” (art. L. 2500-1 C.C.P.) e le “altre concessioni” (art. L. 3200-1) vengono a comporre una categoria di contratti dal carattere eterogeneo sottoposti a una disciplina derogatoria come prevede il Titolo III: se si tratta di un contratto del Codice di diritto privato, si dovranno seguire le regole di risoluzione contrattuale contenute nel codice civile come espressamente stabilito *ex art. L. 2521-3 C.C.P.*⁵⁵.

Ciò che sembrerebbe distinguere i contratti amministrativi dagli altri contratti non sarebbero i principi generali, quanto principalmente le regole di *passation* del contratto (e quindi di esecuzione, come appunto la modifica e il recesso unilaterale), inserite a-sistematicamente nel *titre préliminaire* all’art. L. 6, di seguito ai principi generali. Sebbene sia pacifico, perché così esplicita la norma, che a tali altri contratti non si applicano i principi del contratto amministrativo, rimane aperta la questione sull’applicabilità o meno dei principi generali della *commande publique* agli “altri” contratti, poiché su tale aspetto il Codice tace.

⁵⁵ Per inquadrare i cosiddetti “altri contratti” è necessario che non rientrino nell’alveo dei contratti nominati nelle ordinanze n. 2015-899 del 23 luglio 2015 e n. 2016-65 del 25 gennaio 2016 riguardanti i contratti pubblici. Sono altri contratti quelli del Titolo I, ad esempio i contratti in *quasi-régie* (i.e. l’affidamento *in-house*); quelli conclusi in applicazione di regole internazionali; quelli aventi ad oggetto la sicurezza e la protezione di interessi essenziali dello Stato. Rientrano in tale categoria anche quelli conclusi da soggetti privati controllati da soggetti pubblici o quelli in cui si gode di diritti esclusivi o speciali, ad esempio contratti di ricerca e sviluppo e quelli di arbitraggio. Ciò non è esaustivo infatti possono intervenire leggi successive che classificano come amministrativi contratti che non lo erano. Significativo è il caso dei contratti di trasporto ferroviario conclusi dal grande operatore economico SNCF, che ha assunto la forma di *société anonyme* dal 1° gennaio 2000, per i quali il legislatore ha globalmente riconosciuto il carattere amministrativo, perché conclusi in applicazione del Codice. Tale previsione è stata coordinata con quanto sancito nel Codice dei trasporti all’art. L. 2111-9, che infatti è stato emendato attraverso l’*ordonnance* n. 2019-552 del 3 giugno 2019 riguardante ulteriori disposizioni relative al gruppo societario SNCF. Precedentemente, anche se in modo più limitato, era stato riconosciuto carattere amministrativo anche ai contratti conclusi dal EDF e imprese locali di distribuzione in virtù dell’obbligo di acquisto di elettricità proveniente da energie rinnovabili Codice dell’energia art. L. 314-7, in deroga al principio di libera contrattazione di cui all’art. L.1 (v. *supra*).

A sostegno di un'applicazione estensiva sussistono numerose ragioni: già quando era in vigore il *Code des marchés publics*, il *Conseil d'Etat* aveva applicato *in concreto* ai contratti allora detti “contratti esclusi” alcuni principi generali di garanzia dei contratti pubblici⁵⁶; inoltre poiché non vi sono nell'art. L. 3 delle riserve applicative come è invece previsto all'art. L. 6 dedicato al solo contratto amministrativo, i principi generali dovrebbero trovare applicazione anche agli “altri” contratti previsti nel Codice⁵⁷. Infatti, se da un lato potrebbe sembrare difficoltoso applicare i principi generali di trasparenza ai contratti *in house* o a quelli di cooperazione tra poteri aggiudicanti (artt. L. 2511-1 e L. 3211-1 C.C.P.), dall'altro, il fatto stesso che possa essere lecitamente prevista un'“autoprestazione” amministrativa esprime il principio generale di libera scelta sancito all'art. L.1 C.C.P.. Al fine di dissipare ogni dubbio, sarebbe auspicabile che, con l'occasione dei nuovi interventi di aggiornamento già programmati concernenti il C.C.P.⁵⁸, il legislatore esplicitasse se e quali principi generali sono applicabili agli “altri” contratti del Codice⁵⁹.

Il riconoscimento dell'esistenza di contratti diversi dal contratto amministrativo, benché inseriti nel sistema dei contratti pubblici francese, è l'inevitabile conseguenza del recepimento delle direttive europee che fanno riferimento ad un concetto assai ampio di “entità aggiudicatrice”, non riconducibile alle sole amministrazioni pubbliche⁶⁰.

Si è sottolineato che, se un “altro” contratto è legato alla disciplina della *commande publique* al punto di doversi attenere a talune regole di pubblicità e concorrenza, non sarebbe irragionevole giungere a sottoporlo al regime del contratto amministrativo, invece che limitarsi ai soli principi generali⁶¹. Una tale uniformazione sarebbe giustificata anche dal fatto che spesso, i soggetti privati che trattano con l'Amministrazione, concludono contratti comunque sottoposti a un regime giuridico speciale, tant'è che la presenza di clausole esorbitanti dal diritto comune comporta successivamente, ad opera del giudice, la loro eventuale qualificazione di contratti amministrativi. In tali tipi di contrattazione, il giudice ordinario è portato ad essere “estremamente attento alla giurisprudenza amministrativa”, ispirandosi

⁵⁶ V. la decisione del *Conseil Constitutionnel* DC del 26 giugno 2003 n. 2003-473; nonché la DC del 24 luglio 2008 n. 2008-567 in merito ai principi dei *marchés publics*. Più di recente anche il *Conseil d'État* ha preso posizione sull'applicazione dei principi generali ai contratti esclusi: CE, 5 febbraio 2018, *Centre national d'études spatiales*, n. 414846.

⁵⁷ V. E. MULLER, *Les ambitions raisonnées du Code de la commande publique*, in *Droit Administratif* 6/2019, étude 9. In giurisprudenza i principi generali hanno trovato applicazione in caso di concessioni di servizi di trasporto aereo: CE, 15 dicembre 2017, *Synd. Mixte aéroport de Lannion*, n. 413913, in *Contrats-Marchés publ.* 2018, n°413193., *comm.* 46, *obs.* P. DEVILLERS.

⁵⁸ V. la versione prevista per il 1° luglio 2021 e quella che entrerà in vigore il 1° gennaio 2022.

⁵⁹ Così come è recentemente avvenuto grazie all'intervento del legislatore in riferimento all'aggiudicazione di contratti d'appalto di servizi giuridici, contratti qualificati come esclusi, che possono essere conclusi secondo quanto stabilito nell'*avis* del 27 settembre 2018 del *Conseil d'État* in deroga ai principi fondamentali (lett. *par dérogation aux principes fondamentaux de la commande publique*).

⁶⁰ T. confl., 5 luglio 1999, *Cne Sauve*: Lebon, p. 464; T. confl., 9 marzo 2015, n. 3984, Lebon, p. 500; in *Contrats-Marchés publ.* 2015, *comm.* 110, note P. DEVILLERS.

⁶¹ O. GUEZOU, *Traité de contentieux de la commande publique*, *Le Moniteur*, 2eme ed. 2018. n. 11.

alle soluzioni del giudice amministrativo sia per l'interpretazione delle regole sostanziali, che per quelle procedurali (e.g. il *référé précontractuel* davanti al giudice ordinario)⁶². In questa prospettiva, l'ordinamento francese, attraverso l'inclusione di tali contratti nel Codice, si propone di pervenire ad una sorta di "amministrativizzazione" di tutti i contratti comunque riconducibili alla *commande publique*⁶³. Infatti gli "altri contratti" – pur non essendo in senso stretto dei contratti amministrativi – rimarrebbero comunque dei contratti pubblici, conclusi da soggetti solo formalmente privati o comunque controllati da soggetti pubblici⁶⁴.

Da questo punto di vista, quindi, sottoporre tutti i contratti contenuti nel Codice agli stessi principi, allo stesso regime, alla stessa giurisdizione – in virtù della loro qualificazione come contratti amministrativi sarebbe certamente un'opera di semplificazione e unificazione verso un effettivo diritto comune dei contratti di *commande publique*⁶⁵. Tuttavia, l'indiscriminata estensione della categoria amministrativa a dei contratti che "non lo meritano"⁶⁶ è al tempo stesso criticabile, anche perché conduce ad una rarefazione del criterio distintivo tra i diversi regimi contrattuali e sacrifica il principio consensuale, soprattutto nel caso di attribuzione di poteri pubblicistici a soggetti privati⁶⁷.

Alla luce di tali più ampie considerazioni, nonostante l'introduzione di principi generali, e volendoli considerare applicabili a tutti i contratti, il sistema contrattuale francese è ancora destinato a mantenere, per una pluralità di ragioni, una distinzione netta tra il contratto amministrativo e gli altri contratti, "come per ora restano distinti i contratti d'appalto dalle concessioni"⁶⁸.

⁶² J. MARTIN, *Des marchés publics de droit privé aux marchés semi-publics des personnes privées* in MéL. L. RICHER: LGDJ, 2013, p. 200. V. Cass. com., 23 ottobre 2012, Sté Dalkia France, n. 11-23.521, JurisData n. 2012-023942; in *Contrats-Marchés publ.* 2013, comm. 23, obs. M. UBAUD-BERGERON..

⁶³ P. DEVOLVÉ già negli anni '90 si interrogava su quanto fosse ragionevole tale distinzione e le conseguenze che comportava sul contenzioso infatti per quanto riguardava i contratti d'appalto, rendeva difficile giustificare la doppia giurisdizione innanzi al giudice ordinario e amministrativo, v. "Vers l'unification du droit des «marchés publics»?", in MéL. DRAGO, *Economica*, 1996, p. 239. Più recente G. ECKERT, *Faut-il "administrativiser les contrats privés de la commande publique?"*, *cit.*, in cui viene sottolineato che quando le società private controllate da soggetti pubblici concludono contratti formalmente di diritto privato, ma sostanzialmente sottomessi al regime amministrativo, il giudice civile è portato ad essere "estremamente attento alla giurisprudenza amministrativa". Precedentemente sullo stesso tema anche J. MARTIN, *Des marchés publics de droit privé*, in MéL. L. RICHER, LGDJ, 2013, p. 200.

⁶⁴ Così in giurisprudenza T. confl., 9 marzo 2015, n. 3984, Leblon, p. 500; in *Contrats-Marchés Publ.* 2015, comm. 110, note P. DEVILLERS.

⁶⁵ V. É. FATÔME - L. RICHER, *Le Conseil constitutionnel et le "droit commun" de la « commande publique et de la domanialité publique*, note Cons. const., 26 giugno 2003, n° 2003-473 DC, préc.: in *AJDA* 2003, p. 2349.

⁶⁶ F. LLORENS - P. SOLER COUTEUX, *Les contrats de la commande publique à l'épreuve de la distinction entre contrats administratif et contrats de droit privé*, in *Contrats-Marchés Publics*, *Repère* n. 2-2018.

⁶⁷ J. WALINE, *La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif*, *cit.*

⁶⁸ Cfr. G. ECKERT, "Faut-il "administrativiser" les contrats privés de la commande publique?", *cit.*, che esprime dubbi sul futuro della distinzione tra contratti di appalto e concessione. Così anche M. UBAUD-BERGERON, *Le champ d'application de l'ordonnance relative aux marchés publics*, *Le droit de la commande publique*, LexisNexis, coll. *Actualité*, 2016, p. 8 e A. PIQUET, *Entretien réalisé par M. Ubaud-Bergeron*, in *Rev. CMP* n.9./2019.

6. La codificazione di ulteriori regole giurisprudenziali

Il Codice si segnala, infine, per aver dato fondamento normativo ad una serie di prassi giurisprudenziali del settore che si erano affermate negli ultimi anni⁶⁹.

Per quanto concerne i contratti di appalto, un esempio è la nozione di offerta anomala, ovvero quella offerta che viene a compromettere la buona riuscita del contratto (art. L. 2152-5 C.C.P.)⁷⁰. Recentemente il *Conseil d'État* ha ricordato che per considerare anomala un'offerta è necessario far riferimento al prezzo globale e non al prezzo proposto per la singola offerta: un'offerta bassa di un candidato, non equivale ad una causa di rigetto qualora la prestazione sia composta da più prestazioni, di cui una è oggetto di remunerazione differente e più congrua⁷¹. Per quanto riguarda i contratti di appalto negli ambiti di difesa e sicurezza nazionale, è prevista una diversa procedura per riconoscere l'offerta anomala: la disposizione permette di punire solo l'offerta anomala che nuoce alla concorrenza autorizzando il partecipante a fornire prove che spieghino in modo sufficiente la coerenza di un prezzo basso, perché concorrenziale (R. 2352-2 e R. 2352-3 C.C.P.)⁷².

La lettera del Codice tace in merito all'applicabilità del concetto di offerta anomala anche ai contratti di concessione e recentemente il *Conseil d'État* ha confermato che tale nozione non è invocabile per tali contratti in ragione della difficile prevedibilità del costo totale. Infatti, a causa della lunghezza della durata media di una concessione amministrativa, è ragionevole ritenere che il contratto subisca modifiche in corso d'opera. L'impossibilità di prevedere *ab initio* un prezzo, esclude che l'offerta possa assurgere a causa di esclusione.

Rispetto ai contratti di concessione, il Codice ha inoltre avuto il merito di aver fatto chiarezza sui beni cosiddetti “*de retour*”. Essi rappresentano quei beni acquistati o costruiti dal concessionario di lavori o di servizi pubblici, la cui realizzazione è oggettivamente indispensabile al funzionamento del servizio, o soggettivamente ritenuta tale dalle parti (artt. L. 3132-4 e L. 3132-6 C.C.P.). La persona pubblica, in

⁶⁹ Così nella sentenza relativa al ricorso in contestazione del rifiuto di *résiliation* del contratto aperto a terzi innanzi al giudice ordinario CE, sect., 30 giugno 2017, *Synd. mixte de promotion de l'activité transmanche*, n° 398445, in *Contrats-Marchés publ.* 2017, comm. 249, obs. J.-P. PIETRI. Anche nell'avviso del *Conseil d'État* rispetto alle conseguenze dell'abbandono del progetto aeroportuale di *Notre-Dame-Des-Landes*: CE, avis, ass. gén., 26 avr. 2018, n. 394398: JurisData n. 2018-024965, in *Contrats-Marchés publ.* 2019, comm. 54, obs. G. ECKERT.

Sul tema v. C. MAUGÜÉ – S. ROUSSEL, *La codification de la jurisprudence dans le code de la commande publique: jusqu'où?*, in *RFDA* 2019 p. 213; F. MELLERAY - R. NOUGUELLOU, *La codification de règles jurisprudentielles*, in *AJDA* 2019 p. 381.

⁷⁰ Nel Codice all'art. L. 2152-5 C.C.P. è statuito che: “*Une offre anormalement basse est une offre dont le prix est manifestement sous-évalué et de nature à compromettre la bonne exécution du marché*”. Quanto alla definizione della direttiva 2014/24/UE l'art. 69 prevede che “*les pouvoirs adjudicateurs exigent que les opérateurs économiques expliquent le prix ou les coûts proposés dans l'offre lorsque celle-ci semble anormalement basse eu égard aux travaux, fournitures ou services*”. La previsione del Codice recepisce la definizione data nella decisione del *Conseil d'État* del 29 maggio 2013 *Ministre de l'intérieur c/ Société Artéis* n. 366606, Lebon T. p. 692-703 in *AJDA* 2013, p. 1134; e racchiude le definizioni, esistenti in diritto positivo anche a livello regolamentare, di offerta irregolare, inaccettabile oppure inappropriata.

⁷¹ CE 13 marzo 2019, *Société Sepur*, n. 425191.

⁷² CE 26 febbraio 2020, *Commune de Saint-Julien-en-Genevois*, n. 436428.

linea di principio, è considerata proprietaria dei beni necessari allo svolgimento del servizio pubblico. In particolare, i beni necessari che sono frutto di un investimento del concessionario sono considerati *biens de retour* e, nel silenzio del contratto, sono di proprietà della persona pubblica dal momento della loro realizzazione o acquisizione. I beni, invece, che non vengono richiesti al concessionario e che non sono indispensabili al funzionamento del servizio, sono beni detti *biens de reprise* per cui sono di proprietà del concessionario, salvo diversa stipulazione contrattuale. In ultimo, i beni che non sono né *de retour* né *de reprise* sono beni di proprietà del concessionario. Tali definizioni comportano la crescita del novero dei *biens de retour*, perché il giudice amministrativo potrà qualificare tali non solo quelli collegati al funzionamento di un servizio pubblico, come era da tradizione, ma anche quelli frutto di un investimento. Al termine del contratto i beni in questione ritorneranno nella disponibilità della pubblica amministrazione gratuitamente in seguito ad ammortamento, oppure previo indennizzo. Quanto alle sorti di tali beni, essi sono da includere nel perimetro successorio⁷³.

Sempre in materia concessoria, gli artt. L. 3121-2 e R. 3121-6 C.C.P. hanno codificato la giurisprudenza *Communauté d'agglomération du centre de la Martinique* relativa alla facoltà di poter concludere, in caso di manifesta d'urgenza, una concessione provvisoria senza oneri né di pubblicità né di messa in concorrenza. Precedentemente tale facoltà era testualmente prevista solo per i contratti d'appalto⁷⁴ e rappresenta una scelta autonoma rispetto al diritto europeo in materia di concessioni sopra soglia⁷⁵.

Una previsione specifica di acquisto senza preventiva messa in concorrenza riguarda il caso di acquisti innovativi: tale facoltà è stata ampliata rispetto alla disciplina precedente⁷⁶, che si presentava come misura di sostegno alle PMI; nel Codice è ora stato infatti rimosso il riferimento alla taglia dell'impresa e il contratto potrà riguardare in via generale tutti i lavori, le forniture e i servizi che siano innovativi. Decisiva è allora la definizione di innovativo, su cui si soffermano diversi articoli del Codice (L. 2172-2 e R. 2124-3 C.C.P.), con conseguente esigenza di un raccordo sul piano interpretativo⁷⁷.

In ultimo, si segnala che la giurisprudenza precedente al Codice aveva interpretato restrittivamente l'inserimento di criteri ambientali, sociali e di *governance* (i.e. criteri RSE) nei contratti pubblici, arrivando

⁷³ V. CE, sect., 29 giugno 2018, n. 402251, *Ministre de l'intérieur c/ Communauté de communes de la vallée de l'Ubaye*, Lebon p. 285.

⁷⁴ V. CE, 4 aprile 2016, n. 396191, Lebon T. p. 827.

⁷⁵ V. C. FRAMCKOWIAK, *Des ordonnances de transposition au code de la commande publique*, in *AJDA* 2019 p. 395.

⁷⁶ Così il *décret* n. 2018-1225 del 24 dicembre 2018 riguardante le diverse misure relative ai contratti della *commande publique* prevedeva una misura sperimentale della durata di tre anni che permetteva di derogare agli obblighi di pubblicità per gli acquisti inferiori a 100000 € esentasse.

⁷⁷ Va tenuto conto anche dell'art. 25, che autorizza il ricorso alla procedura negoziata per tutti gli acquisti innovativi e dell'art. 81 del *décret* n° 2016-361 del 25 marzo 2016, che definisce il contratto di partenariato innovante. A tal fine, la *Direction des affaires juridiques* di Bercy ha pubblicato la *Guide pratique de l'achat public innovant*, commentata in *Contrats-Marchés publ.* 2019, alerte 30 da F. LINDITCH, *OECP: 1er Guide de l'achat public innovant*, in *Contrats-Marchés publ.* 2019, comm. 33, note G. CLAMOUR, *Apports du décret du 24 décembre 2018 au droit des marchés publics*.

a rifiutare l'utilizzo in caso di *marchés publics*⁷⁸. Ora invece l'art. 2111-1 C.C.P. conferma che un criterio RSE è legale rispetto al principio di libera concorrenza, purché in rapporto diretto e puntuale con l'oggetto del contratto. Sarà inoltre necessario che tali criteri rispettino i canoni di precisione, attendibilità, misurabilità e identificabilità, a pena di nullità. Interessante è la Guida agli acquisti innovativi, che è intervenuta successivamente al Codice, precisando che tali regole non si applicano ai contratti conclusi da soggetti privati, esclusi non in virtù della qualificazione “pubblico o privato”, ma perché, non facendo parte di contratti della *commande publique*, non sono sottomessi alle obbligazioni di trasparenza che andrebbero applicate a tutti i contratti del Codice⁷⁹.

Infine va evidenziato che si è scelto di non richiamare il titolo II del codice civile e quindi i principi di buona fede e correttezza, come invece era stato previsto dalle ordinanze alla base del precedente *code des marchés publics*⁸⁰. Ancora, non è stata codificata la possibilità di invocare l'eccezione di inadempimento la cui applicazione nella prassi giurisprudenziale è limitata⁸¹.

7. Conclusioni

Si tratta di un intervento di chiara importanza per il diritto francese, il quale tuttavia esprime le molteplici tensioni e spinte non sempre convergenti in materia. Se emerge la tendenza dell'evoluzione del sistema contrattuale francese ad accogliere l'approccio e le influenze maggiormente pragmatiche del diritto europeo, appare ancora problematica la portata dell'unità della *commande publique*, formalmente consacrata dall'art. L. 2 del Codice⁸². Tale sistema infatti non rinuncia a salvaguardare le specificità che più lo caratterizzano, soprattutto dal punto di vista del regime del contratto amministrativo, che continua ad avere un rilievo centrale nell'ordinamento. Da questo punto di vista, il Codice ha operato un cambiamento sostanziale, venendo ad incidere direttamente sulla regolazione di tale contratto⁸³. Eppure, la portata della distinzione tra questo e gli altri contratti non amministrativi presenta, come si è visto, ancora una molteplicità di problemi interpretativi rispetto all'effettiva unità della disciplina dei contratti pubblici che sono stati sottoposti a principi generali, sebbene plasmati sul modello “speciale” del contratto amministrativo.

⁷⁸ Così la sentenza CE del 25 maggio 2018, *Nantes Métropole*, n. 417580.

⁷⁹ M. AMILHAT, *Les évolutions du droit de la commande publique: entre (r)évolutions textuelles et précisions jurisprudentielles*, in *JD-A* 2/2019.

⁸⁰ Versione aggiornata il 5 luglio 2019. Ciò fu invece sancito nell'*ordonnance* n. 2016-131 del 10 febbraio 2016 che ha avviato i lavori preparatori al *Code des marchés publics*.

⁸¹ Istituto previsto dagli artt. 1217, 1219 e 1220 del codice civile francese.

⁸² Tuttavia l'unità della disciplina “non sembra essere guidata dal diritto dell'Unione Europea” secondo le conclusioni di G. ECKERT, *Code de la commande publique commenté: 3 questions à Gabriel Eckert*, in *Contrats et Marchés publ.* 3/2020, *entretien 1*.

⁸³ V. M. UBAUD- BERGERON, *Droit des contrats administratifs: 3 questions à Marion Ubaud-Bergeron*, in *Contrats et Marchés publ.* n. 11/2019, *entretien 2*.

La specificità francese si riflette anche nel ruolo centrale della personalità morale pubblica, che esce indubbiamente rafforzata dal sistema del Codice: infatti, sancire il principio secondo cui hanno natura amministrativa tutti i contratti di appalto e di concessione conclusi da soggetti pubblici, comporta che un gran numero di contratti vengano ad essere sottomessi alle regole espressive della supremazia contrattuale pubblica. Sono tali il potere di modifica e di risoluzione unilaterale del contratto da parte dell'amministrazione; il potere/dovere di controllo sull'operato della controparte; la teoria, francese, dell'*imprévision*⁸⁴. Pertanto, nonostante l'intervento di codificazione sia stato originato dall'esigenza di recepire le direttive europee in materia, il criterio organico usato dall'ordinamento francese e la forza della parte pubblica vengono paradossalmente ad essere potenziate dal Codice.

Quanto a tale impatto, il C.C.P. cambiando denominazione rispetto alla disciplina precedente, ha riconosciuto un'ulteriore nicchia di contratti della contrattazione pubblica diversi da quelli amministrativi: quelli conclusi da soggetti di diritto privato, conformemente alla nozione delle direttive europee di entità aggiudicatrice. In tal modo si assiste ad una estensione dei principi generali contenuti nel codice della *commande publique* ad una più ampia categoria di contratti pubblici, non interamente coincidente con i contratti amministrativi. Proprio da questo punto di vista, al fine di pervenire ad una maggiore armonizzazione della disciplina contrattuale saranno necessari alcuni interventi anche sul piano legislativo, come quelli concernenti la puntuale definizione delle clausole amministrative generali (CCAG, *cahier des clauses administratives générales*) che potranno essere inserite uniformando ulteriormente taluni contratti di *commande publique*⁸⁵.

In ogni caso, è chiara la tendenza dell'ordinamento francese a definire un corpo di regole generali idonee a diventare il punto di riferimento non solo dei contratti amministrativi, ma anche di altri contratti, il che conduce – tra l'altro – ad una perdita del monopolio del giudice amministrativo nella interpretazione dei principi dei contratti pubblici, con conseguente attribuzione di un ruolo decisivo anche del giudice ordinario nell'applicazione e interpretazione di principi generali riferibili al Codice. Ma al di là di tale profilo – che indubbiamente meriterà una grande attenzione rispetto alla concreta evoluzione pretoria – va altresì evidenziato che la giurisprudenza sarà inevitabilmente costretta a precisare anche il rapporto tra le regole codificate e quelle esterne al sistema Codice, siano esse quelle del codice civile o quelle relative a contratti amministrativi non di *commande publique*. Si tratta indubbiamente di una delle tante sfide che attendono l'ordinamento francese al fine di pervenire alla effettiva definizione di un sistema coerente e armonico della contrattualistica pubblica.

⁸⁴ A ciò si aggiunge l'obbligo del rispetto delle regole proprie delle persone pubbliche, ne sono un esempio la *maîtrise d'ouvrage publique* o il divieto di pagamento differito.

⁸⁵ Così B. DINGREMONT, *CCAG 3 questions à... Benoît Dingremont*, in *Contrats-Marchés publ.* 10/2019, *entretien* 1. L'ultima riforma delle CCAG risale al 2009 e ha previsto cinque classi d'applicazione: *fournitures courantes et services, travaux, prestations intellectuelles, marchés industriels, techniques de l'information et de la communication*.