

IL CONTRIBUTO DELLA GIURISPRUDENZA ALL'EVOLUZIONE DELLE REGOLE SUGLI APPALTI PUBBLICI

*Dott. Michele Cozzio**

SOMMARIO: 1. *Quale europeizzazione delle regole sugli appalti pubblici.* - 2. *L'impatto del formante giurisprudenziale sulla formulazione delle regole.* - 3. *Il dialogo fra le Corti come strumento di integrazione giuridica.* - [omissis].

1. Quale europeizzazione delle regole sugli appalti pubblici.

L'*europeizzazione* delle regole è concetto che per la sua ampiezza si presta a indicare fenomeni fra loro molto diversi benché accomunati da un'unica manifestazione: "la progressiva erosione delle peculiarità nazionali mediante l'innesto di nuovi elementi di impronta comunitaria"¹.

Ne troviamo significativa esemplificazione nei sistemi di contrattazione pubblica degli Stati europei, che si caratterizzano come ambito privilegiato per il trapianto e l'applicazione delle regole europee e, più in generale, per la definizione dei principi che presiedono i rapporti fra ordinamento europeo e ordinamenti nazionali².

* Dottore di ricerca presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento. L'articolo propone una parte dello scritto pubblicato integralmente sulla rivista *Il Diritto dell'economia*, n. 2, 2013.

¹ G.A. BENACCHIO, *Diritto privato dell'Unione Europea. Fonti, modelli, regole*, Padova, 2010, V ed., 27 ss.

² Il settore degli appalti pubblici è fra quelli che maggiormente hanno contribuito all'enucleazione di principi generali per la definizione del rapporto tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali. Con riferimento all'ordinamento italiano M.P. CHITI, *Il sistema delle fonti. Il rapporto fra diritto interno e normativa comunitaria*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Il nuovo ordinamento dei lavori pubblici*, Torino, 2001, 2, osserva che dal confronto con quanto avvenuto in altri settori (ad esempio nel campo delle società, della responsabilità del produttore, della tutela del

Nell'arco di oltre quarant'anni l'azione europea (politica, legislativa e giurisprudenziale) ha perseguito l'eliminazione degli ostacoli diretti e indiretti al funzionamento di un mercato unico degli appalti pubblici e ha favorito la realizzazione di un quadro giuridico il più possibile omogeneo. La spinta euro-unitaria ha inciso soprattutto sulla definizione dei principi che presiedono la selezione dei contraenti, l'articolazione delle procedure di aggiudicazione, le garanzie circa l'effettività delle tutele³.

Gli sforzi compiuti hanno portato a un grado di armonizzazione delle regole nazionali altrimenti irraggiungibile, al punto che oggi è difficile negare l'esistenza negli Stati membri di un diritto *europizzato* degli appalti pubblici⁴, quale espressione di un sempre più esteso diritto

consumatore) si evince come l'influenza del diritto comunitario nella materia degli appalti pubblici costituisca "una delle maggiori dimostrazioni della progressiva compenetrazione dell'ordinamento italiano con quello europeo"; cfr. anche G. MORBIDELLI, M. ZOPPOLATO, *Appalti pubblici*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, opera diretta da M.P. CHITI E G. GRECO, Milano, vol. I, II ed., 2007, 424; F. FRACCHIA, *Ordinamento comunitario, mercato e contratti della pubblica amministrazione. Profili sostanziali e processuali*, Napoli, 2010, 7; A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda. Vicende della negoziazione con le PP.AA., tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, Pisa, 2011, 47; M.E. COMBA, *L'esecuzione delle opere pubbliche con cenni di diritto comparato*, Torino, 2011, 12 ss.; R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2012, II ed., 43 ss.; R. CAPONIGRO, *Interessi e regole di tutela negli ambiti nazionale e comunitario*, in P.G. PORTALURI (a cura di), *L'Europa del diritto: i Giudici e gli ordinamenti*, Collana della Facoltà di Giurisprudenza - Università del Salento, Napoli, 2012, 146 ss.; E. PICOZZA, *I contratti con la pubblica amministrazione tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, 2007, I, Milano, 5 ss.

³ Per una visione generale sul tema cfr. R. NOUGELLOU, U. STELKENS (eds.), *Droit comparé des Contrats Publics. Comparative Law on Public Contracts*, Bruxelles, 2010, Part. I, 143-261.

⁴ L'europeizzazione delle regole nazionali degli appalti pubblici è fenomeno che interessa, pur con diversa intensità, tutti gli ordinamenti degli Stati membri. Sul

pubblico-amministrativo europeo⁵.

tema, senza pretesa di esaustività, si segnalano: P. FLAMME, M.A. FLAMME, C. DARDENNE C. (eds.), *Le marchés publics européens et belges: l'irrésistible europeanisation du droit de la commande publique*, Bruxelles, 2009, II ed., 1-368; J.M. GIMENO FELIU, *Ambito di applicazione e procedura di contrattazione pubblica nell'ordinamento spagnolo: l'influenza del diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, n. 3-4, 781 ss.; S. ARROWSMITH, *Implementation of the Public Procurement Directives: United Kingdom*, in *Pub. proc. law review*, 1992, 173 ss.; J.S. SCHNITZER, *The Austrian Federal Procurement Act 2006: the Impact of Recent EC Developments on the Austrian Procurement System*, in *Pub. proc. law review*, 2006, 5, 266-285; G.E. FERREIRA, *Public Procurement Law in Portugal: an Overview*, in *Pub. proc. law review*, 1999, 5, 225-241; C.H. BOVIS, *EU Public Procurement Law*, Edward Elgar Pub., 2008, 1-488; S. TREUMER, F. LICHERE (eds.), *Enforcement of the EU Public Procurement Rules*, Copenhagen, 2011, 1-214; J.-B. AUBY (ed.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Parigi, 2010, 1-929. Per ulteriori riferimenti bibliografici si rinvia alla sezione bibliografica dell'Osservatorio di Diritto Comunitario e Nazionale sugli Appalti Pubblici dell'Università di Trento (link web: www.osservatorioappalti.unitn.eu) nonché al volume collettaneo coordinato dal gruppo di ricerca dell'Università di Nottingham, *Comprehensive Public Procurement. Law and Regulation. Bibliography 2011*, disponibile all'indirizzo web <http://www.osservatorioappalti.unitn.it/viewFile.do?id=1354196765571&dataId=5627&filename=Testo.pdf>.

⁵ Cfr. specialmente S. CASSESE, *La signoria comunitaria sul diritto amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 1, 291 ss.; G. FALCON, *Tendenze del diritto amministrativo e dei diritti amministrativi nell'Unione Europea*, in ID. (a cura di), *Il diritto amministrativo dei Paesi europei tra omogeneizzazione e diversità culturali*, Padova, 2005, 10 ss. e i contributi presenti nello stesso volume in particolare i saggi di J.-B. AUBY, *I diritti amministrativi dell'Europa: una convergenza verso principi comuni?*, G. DELLA CANANEA, *La comparazione dei diritti amministrativi nazionali nell'Unione europea*. Cfr. anche G. SCIULLO, *L'impatto del diritto comunitario sul diritto amministrativo*, intervento al seminario *50 anni d'Europa: l'impatto del diritto dell'Unione europea sullo studio delle discipline giuridiche*, organizzato il 16 marzo 2007 dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bologna. Per una visione complessiva del fenomeno si rinvia a A. SANDULLI, *La scienza italiana del diritto pubblico e l'integrazione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 859 ss., con ampi rimandi bibliografici.

L'intensità del processo di armonizzazione, peraltro, non ha azzerato le differenze fra i sistemi nazionali di contrattazione pubblica⁶; e tali

Il processo di europeizzazione interessa, fors'anche con maggior intensità, l'area del diritto privato. Al riguardo si segnalano, fra i molti autori, A. TIZZANO (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, Torino, 2 ed., 2006; G. ALPA (a cura di), *Fondamenti del diritto privato europeo*, Milano, 2005; N. LIPARI, *Trattato di diritto privato europeo*, Padova, 2 ed., 2003; F. CAFAGGI (a cura di), *Quale armonizzazione per il diritto europeo dei contratti?*, collana del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Trento, Padova, 2003, n. 40; G.A. BENACCHIO, *Diritto privato dell'Unione Europea. Fonti, modelli, regole*, cit., 150; G.A. BENACCHIO, G. AJANI (diretto da), *Trattato di Diritto privato dell'Unione europea*, Torino, 2006, i quali nella presentazione dell'opera sostengono che da alcuni anni siamo entrati in una fase nuova, diversa da quella che aveva caratterizzato il rapporto Stati - Comunità europea fino alla fine degli anni '80. In questa fase "non è più (sempre) possibile tracciare un netto confine tra diritto privato comunitario e diritto privato nazionale. Quest'ultimo non può essere identificato solo con l'insieme delle norme prodotte dall'ordinamento nazionale e neppure con l'insieme delle norme di diritto primario e derivato". In particolare, gli autori sostengono che "il diritto nazionale è ormai il risultato dell'insieme formato, oltre che dalle norme nazionali emanate secondo la normale prassi costituzionale, dalle disposizioni contenute nei Trattati e nei Regolamenti, dalla giurisprudenza nazionale, da molte direttive non accompagnate da normativa di attuazione oppure attuate in modo non corretto, così come dalle decisioni della Corte di giustizia".

⁶ Cfr. le osservazioni introduttive in A. CASSATELLA, M. COZZIO (a cura di), *Appalti pubblici e servizi: temi di diritto europeo e nazionale. Norme, prassi e strumenti*, Torriana (RN), 2013, 7; anche B. MARCHETTI, *I contratti pubblici in Europa tra uniformità e differenziazione*, in G. FALCON (a cura di), *Il procedimento amministrativo nei diritti europei e nel diritto comunitario. Ricerche e tesi in discussione*, Atti del Seminario di Trento 8-9 giugno 2007, Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Trento, n. 84, Padova, 291-296; M. FROMONT, *L'évolution du droit des contrats de l'administration. Differences theoriques et convergences de fait*, in R. NOUGELLOU, U. STELKENS (eds.), *Droit comparé des Contrats Publics. Comparative Law on Public Contracts*, cit., 263 ss. Sulle differenze fra ordinamenti nazionali nel campo del diritto processuale in materia di appalti pubblici si rinvia a G. GRECO (a cura di), *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, Milano, 2010, 3 ss.; M. ELIANTONIO, *Europeanisation of Administrative Justice? The Influence of the*

differenze possono riguardare tanto aspetti consolidati, di sistema, quanto profili meno radicali ma non per questo meno impattanti⁷.

Al primo gruppo si possono ascrivere, ad esempio, le diversità che riguardano la concezione (e la disciplina) dei contratti pubblici. In particolare, in alcuni ordinamenti nazionali (Francia e Spagna) questi contratti sono soggetti a discipline specifiche di matrice pubblicistica, mentre altrove (Inghilterra) non sussistono differenze sostanziali rispetto alle ordinarie regole della contrattazione civilistica. Altrove, ancora, si configurano sistemi 'misti', che, pur riconoscendo il contratto come strumento di diritto privato, lo assoggettano a regole specifiche quando utilizzato da committenti pubblici (Italia, Germania e Olanda)⁸.

ECJ's Case Law in Italy, Germany and England, Groningen, 2009, 3 e ss.; cfr. anche dossier su *Le contentieux des contrats publics en Europe*, in *Revue Francaise de Droit Administratif*, 1, 2011, 1-88; M. RAMAJOLI, *Un diritto processuale europeo in materia di appalti pubblici?*, relazione al Convegno *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, presso l'Università degli Studi di Milano, 20 maggio 2011, disponibile su Giustamm.it; D. FAIRGRIEVE, LICHÈRE F. (eds.), *Public Procurement Law. Damages as an Effective Remedy*, Hart Publishing, 2011, 147-196.

⁷ A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 1996, 13 ss., precisano che "le differenze più profonde non sono (necessariamente) quelle più appariscenti dal punto di vista della politica e del diritto (...), le differenze più profonde sono quelle che possono scomparire soltanto nei lunghi periodi, perché coinvolgono la mentalità e i procedimenti logici dell'interprete".

⁸ La classificazione secondo tre modelli è riportata da M.E. COMBA, *L'esecuzione delle opere pubbliche con cenni di diritto comparato*, cit., 21-23. Sul tema, per altro, non v'è uniformità di visione: alcuni studiosi, infatti, propugnano una classificazione parzialmente differente distinguendo fra due categorie: l'una riguardante il modello di uguaglianza giuridica fra le parti e l'altra quello della preminenza della parte pubblica: cfr., ad esempio, A. MASSERA, *L'attività contrattuale*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Milano 2007, 175 ss., vedi anche *infra* i rinvii nella nota 6.

Meno profonde (ma non meno rilevanti) sono le differenze riconducibili al secondo gruppo, che riguardano, ad esempio, le prassi applicative.

Così gli Stati nord europei e/o fondati sulla *common law* esprimono tradizionalmente una spiccata propensione al pragmatismo e alla qualità dei risultati, funzionale a privilegiare flessibilità procedurale, discrezionalità del contraente pubblico, centralità del contratto etc. In questi sistemi, in altri termini, si tende a perseguire in ogni contratto la maggior efficienza possibile per la spesa pubblica⁹ anche a scapito delle formalità procedurali.

Nel caso dell'Italia (ma anche di Francia e Spagna), invece, l'azione del legislatore si traduce primariamente in una serie di regole e vincoli procedurali, che imbrigliano l'autonomia negoziale delle parti con l'obiettivo di annullare o ridurre i rischi di parzialità dell'amministrazione¹⁰.

⁹ Così G.A. BENACCHIO, *Verso le direttive di quarta generazione*, in G.A. BENACCHIO, M. COZZIO (a cura di), *Gli appalti pubblici tra regole europee e nazionali*, Milano, 2012, 13-15, il quale osserva che nel Regno Unito la propensione alla "negoziante concorrenziale" (basata su gare ristrette, logica collaborativa tra stazione appaltante e imprese concorrenti, forte attenzione ai costi procedurali, ricorso prevalentemente a criteri qualitativi di aggiudicazione etc.) è espressione della ricerca in ogni contratto della maggior efficienza possibile della spesa pubblica, che prevale sulla conformità alle regole procedurali (in primis quelle dell'UE). Sul tema cfr. ivi i rinvii bibliografici.

¹⁰ Con riferimento alla regolamentazione dell'Italia alcuni studiosi, soprattutto giuristi comparatisti, non esitano a parlare di normazione connotata da "fissazione regolatoria" espressione della "volontà di ingabbiare la realtà fattuale in formule precostituite", così R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2012, II ed., 301; E. PICOZZA, *I contratti con la pubblica amministrazione tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, Torino, 2007, vol. I, 5 ss. e nello stesso volume anche P. CHIRULLI, *I soggetti ammessi alle procedure di affidamento degli appalti di lavori, servizi e forniture*, 350 ss.

In questo scenario caratterizzato, come detto, dalla progressiva europeizzazione delle regole nazionali, l'Unione ha recentemente attivato¹¹ un processo di riscrittura delle direttive sugli appalti pubblici, che nel dicembre 2011 ha portato alla presentazione di una serie di proposte riguardanti: *i.* la nuova direttiva *sugli appalti pubblici* che sostituisce la direttiva 2004/18/CE; *ii.* la nuova direttiva *sugli appalti pubblici degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali* che sostituisce la direttiva 2004/17/CE; *iii.* la nuova direttiva *sulle concessioni*¹².

La diversità d'impostazione dei sistemi normativi degli appalti pubblici è giustificata anche dal comportamento e dalla mentalità degli operatori; con riferimento alla realtà italiana V.M. LEONE, *Deroghe al regime ordinario degli appalti pubblici nel settore della ricerca e dell'innovazione*, in G.A. BENACCHIO, M. COZZIO (a cura di), *Mercato, regole e innovazione...*, cit., 152, osserva che "le norme sugli appalti, sia in termini di procedure, sia di criteri di aggiudicazione, non sono prodromiche né alla turbativa d'asta, né alla collusione. È la qualità dei giocatori (amministrazioni ed operatori economici) che fa la differenza per quanto concerne la qualità degli appalti. Negare alle amministrazioni, *ex lege*, come nel caso del dialogo competitivo, o di fatto, perché non sono incoraggiate a farlo, il ricorso a strumenti più efficienti e frutto di esperienze maturate in ambienti più aperti, non consente di sviluppare un mercato più innovativo e competitivo".

¹¹ Fra gli atti che hanno scandito la fase preliminare di riscrittura delle direttive europee si segnalano: il Rapporto Monti alla Commissione europea, *Una nuova strategia per il Mercato unico*, 9 maggio 2010; la Comunicazione *Verso un atto per il mercato unico - Per un'economia sociale di mercato altamente competitiva - 50 proposte per lavorare, intraprendere e commerciare insieme in modo più adeguato*, COM/2010/608, 27 ottobre 2010; il Libro Verde *Sull'estensione dell'uso degli appalti elettronici nell'UE*, COM/2010/571, 18 ottobre 2010; il Libro Verde, *Sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti*, COM/2011/15, 15 gennaio 2011.

¹² Si segnala anche la proposta di Regolamento *relativo all'accesso di beni e servizi di Paesi terzi al mercato interno degli appalti pubblici dell'Unione europea e alle procedure a sostegno dei negoziati sull'accesso di beni e servizi dell'Unione europea ai mercati degli appalti pubblici dei Paesi terzi*, COM/2012/124, 21 marzo 2012.

L'accordo tra Parlamento e Consiglio dell'UE che dovrebbe sancire la conclusione dell'*iter* normativo è atteso per fine 2013¹³.

2. L'impatto del formante giurisprudenziale sulla formulazione delle regole. Nel presente scritto l'espressione *europizzazione* viene utilizzata per descrivere l'adeguamento delle regole nazionali (in materia di appalti pubblici) alle regole europee, assumendo quale prospettiva di analisi quella giurisprudenziale; ovverosia osservando quando tale adeguamento è causa e/o effetto di pronunce e del dialogo che si instaura fra la Corte di giustizia e le Corti nazionali¹⁴. Spetta alla prima, infatti, definire principi e criteri per l'applicazione delle regole di diritto dell'UE mentre ai giudici nazionali è fatto obbligo di rileggere e interpretare le norme del proprio ordinamento non più esclusivamente in chiave nazionale ma in chiave europea.

In altri termini, l'*europizzazione* delle regole nazionali viene qui considerata dalla prospettiva giurisprudenziale¹⁵, con l'obiettivo di

¹³ Cfr. *infra* nella presente Rubrica *La procedura decisionale riguardante le proposte delle nuove direttive europee sugli appalti pubblici: 2013 anno decisivo?*

¹⁴ Nello scritto non sono oggetto di valutazione il ruolo e la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, anche se il *dialogo* fra Corti nazionali ed europee non è più circoscrivibile al solo rapporto con la Corte di giustizia. Sul tema si segnalano i contributi nella pubblicazione curata da P.G. PORTALURI, *L'Europa del diritto: i Giudici e gli ordinamenti*, cit., fra cui M. RAMAJOLI, *Il giudice nazionale e la CEDU: disapplicazione diffusa o dichiarazione d'illegittimità costituzionale della norma interna contrastante con la Convenzione?*, 52-53 che chiarisce importanti distinzioni su ruolo ed effetti delle pronunce della Corte di giustizia e della Corte EDU; cfr. anche M.E. COMBA, *L'esecuzione delle opere pubbliche con cenni di diritto comparato*, cit., 11-12, il quale rileva l'influenza della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali sulla fase di esecuzione degli appalti pubblici.

¹⁵ Nel presente scritto viene analizzato essenzialmente il dialogo fra giudici europei e italiani; tuttavia nulla esclude che i tratti caratterizzanti di questo dialogo e gli effetti che ne derivano sulle regole interne possano essere comuni al rapporto fra i giudici degli altri Stati e l'Unione. Con ciò si avrebbe ulteriore conferma del ruolo e

rilevarne l'impatto sul funzionamento e sull'evoluzione delle regole nazionali¹⁶.

Non richiede particolari evidenze scientifiche l'affermazione circa l'importanza del ruolo assunto dal formante giurisprudenziale¹⁷ soprattutto nel settore degli appalti pubblici, tanto a livello europeo quanto nazionale.

Al riguardo è possibile pensare la giurisprudenza della Corte di giustizia come giurisprudenza 'liquida', parafrasando il pensiero del

del contributo dei giudici al processo di "armonizzazione indiretta" fra ordinamenti nazionali, cfr. J. ZILLER J, *L'armonizzazione degli ordinamenti*, in P.G. PORTALURI (a cura di), *L'Europa del diritto: i Giudici e gli ordinamenti*, cit., 38-39. Con riferimento al tema dell'armonizzazione indiretta G.A. BENACCHIO, *La Corte di Giustizia tra armonizzazione e unificazione del diritto europeo dei contratti*, in *Atti del Convegno per il Cinquantenario della Rivista di Diritto Civile Il diritto delle obbligazioni e dei contratti verso la riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 6, 133 ss. sottolinea come l'evoluzione dei diritti nazionali, oggi, sia collegata non solo all'evoluzione del diritto prodotto dall'Unione europea ma anche "in misura sempre più importante" all'evoluzione dei diritti nazionali degli altri Stati membri.

¹⁶ Sul ruolo della giurisprudenza M. LIPARI, *Le difficoltà del dialogo tra ordinamento nazionale, comunitario e CEDU*, in P.G. PORTALURI (a cura di), *L'Europa del diritto: i Giudici e gli ordinamenti*, cit., 96, osserva come "il baricentro dell'Europa si sia spostato decisamente verso la tutela delle posizioni giuridiche soggettive (...) accentuando il peso sistematico dell'attività giurisdizionale".

¹⁷ I.F. CARAMAZZA, *La giurisdizione delle Corti sovranazionali e nazionali nella prospettiva del diritto globale*, in P.G. PORTALURI (a cura di), *L'Europa del diritto: i Giudici e gli ordinamenti*, cit., 417, più esplicitamente parla di "prepotente crescita del potere giudiziario nell'età della globalizzazione". Sul ruolo del formante giurisprudenziale nel sistema comunitario e sull'interazione tra la Corte di giustizia e le Corti nazionali cfr. L. ANTONIOLLI DEFLORIAN, *La struttura istituzionale del nuovo diritto comune europeo: competizione e circolazione dei modelli giuridici*, Collana Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, Trento, 1996, vol. n. 14, 249-304.

filosofo Zygmunt Bauman¹⁸, vale a dire come fattore determinante una condizione di instabilità e continuo divenire giuridico¹⁹ che penetra negli ordinamenti degli Stati membri e smussa, modifica, orienta l'azione di legislatori, giudici e operatori²⁰.

Né sono d'ostacolo a questa *vis erosiva* (o tendenza “espansiva”²¹)

¹⁸ Z. BAUMAN, *Vita liquida*, 2005, Roma-Bari e ID., *Modernità liquida*, 2009, Roma-Bari utilizza i concetti di *vita liquida* e *modernità liquida* per indicare le continue evoluzioni in atto nella società contemporanea.

¹⁹ Cfr. anche gli interventi di Vincenzo Ferrari e Diego Quaglioni al seminario *Trasformazione del diritto nella società transnazionale* di inaugurazione del IX anno di Scuola del Dottorato in Studi Giuridici e Comparati ed Europei, del 4 aprile 2012 presso l'Università di Trento; videoregistrazione disponibile su www.jus.unitn.it/services/arc/2012/0404/home.html; sul tema è recente lo studio di M.A. QUIROZ VITALE, *Il diritto liquido. Decisioni giuridiche tra regole e discrezionalità*, Milano, 2012, 6-38.

²⁰ Questa mobilità è condizione intrinseca ‘dell’interpretare il diritto’ come ricorda E. BETTI, *L’interpretazione della legge e degli atti giuridici: teoria generale e dogmatica*, Milano, 1949, 17 ss., secondo il quale “il diritto non è qualcosa di bello e fatto, né un organismo che si sviluppa da sé per mera legge naturale (...) è qualcosa che non è ma si fa, in accordo con l’ambiente sociale storicamente condizionato proprio per l’opera assidua d’interpretazione”. Più in generale sulla dinamicità del diritto cfr. R. SACCO, *Circolazione e mutazione dei modelli giuridici*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sez. Civ., IV Ed.*, Torino, 1988, vol. II, 365-370. La dinamicità, inoltre, è intesa quale tratto caratterizzante del processo di integrazione europeo, da L.J. CONSTANTINESCO, *La nature juridique des Communautés*, in *Ann. fac. droit liege*, 1979, 154, che così la descrive: “elle n’est pas une situation acquise mais un processus; elle n’est pas un résultat, mais l’action devant mener a ce résultat”.

²¹ Il termine è utilizzato, fra gli altri, da F. FRACCHIA, *Ordinamento comunitario*, cit., 9 e E. FERRARI, *Introduzione. I Contratti della pubblica amministrazione: dalla ricerca del mercato alla ricerca delle regole*, in ID. (a cura di), *I contratti della pubblica amministrazione in Europa*, Torino, 2003, XXI ss. Esprime perplessità D.U. GALETTA, *Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE e obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale: una rilettura nell’ottica del rapporto di cooperazione (leale) fra giudici*, in P.G. PORTALURI (a cura di), *L’Europa del*

della giurisprudenza europea le resistenze semmai presenti a livello nazionale, che solo ritardano, non potendo respingere, la progressione del processo di europeizzazione.

Limitarsi a parlare di influenza della giurisprudenza della Corte sarebbe tuttavia riduttivo e inesatto, posto che l'efficacia delle sentenze della Corte, l'istituto della disapplicazione e i principi del primato, dell'interpretazione conforme e dell'effettività della tutela pongono i giudici di Lussemburgo nella condizione di stabilire regole di condotta che si inseriscono negli ordinamenti nazionali integrandoli con soluzioni anche profondamente innovative.

In questo senso le decisioni della Corte europea costituiscono non solo una formidabile cinghia di trasmissione fra il diritto dell'Unione e i sistemi nazionali, ma anche uno dei principali momenti di creazione e innovazione delle regole nazionali nonché di ridefinizione degli equilibri fra ordinamento europeo e ordinamenti nazionali²².

diritto: i Giudici e gli ordinamenti, cit., 137, secondo la quale la *vis expansiva* attribuita alla giurisprudenza della Corte sarebbe il risultato di "genuino euro entusiasmo" difficilmente riscontrabile nei fatti a seguito di attenta analisi della giurisprudenza della Corte.

²² Sugli effetti delle pronunce della Corte di Giustizia cfr. G.A. BENACCHIO, *La Corte di Giustizia tra armonizzazione e unificazione del diritto europeo dei contratti*, cit., 133-138; D. DE PRETIS, *La tutela giurisdizionale amministrativa in Europa fra integrazione e diversità*, in *Riv. ital. dir. pubbl. com.*, 2005, 1, 28, conferma che la Corte di Giustizia, sia nella sua funzione di giudice amministrativo comunitario, sia ancor più nel suo ruolo di giudice su rinvio pregiudiziale, rappresenta il vero motore dell'evoluzione del diritto europeo; anche M.P. CHITI, *I signori del diritto comunitario: la Corte di Giustizia e lo sviluppo del diritto amministrativo europeo*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1991, 783 ss.; A. TIZZANO, *Qualche riflessione sul contributo della Corte di giustizia allo sviluppo del sistema comunitario*, in *Dir. un. eur.*, 2009, 1, 141 ss.; T. GIOVANETTI, *L'Europa dei giudici. La funzione giurisdizionale nell'integrazione comunitaria*, Torino, 2009; G. MARTINICO, *L'integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di Giustizia e il diritto costituzionale europeo*, Napoli, 2009. Sul tema vedi anche G.

Riconoscere questo ruolo/funzione della giurisprudenza europea implica molteplici conseguenze, fra tutte, quella macroscopica dell'alterazione dei processi di produzione delle regole, specialmente evidente nei sistemi (come quello italiano) dove gli stessi processi sono invece fondati sulle procedure parlamentari.

In questi sistemi assistiamo, dunque, alla progressiva formazione di un diritto giurisprudenziale²³, vale a dire un diritto che trova la soluzione delle controversie sia fra le disposizioni normative, sia nei precedenti giurisprudenziali²⁴, che sono anzitutto quelli della Corte di giustizia.

GRECO, *Diritto europeo e diritto amministrativo nazionale*, in AA. VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, 282. Con riferimento specifico al settore degli appalti pubblici C.H. BOVIS, *Developing public procurement regulation: Jurisprudence and its influence on law making*, in *Common market law review*, 2006, 2.

²³ Sulla convergenza che detto fenomeno comporta fra il modello delle regole scritte dell'Europa continentale e quello dello *stare decisis* dell'Europa anglosassone vedi G.A. BENACCHIO, *Verso le direttive di quarta generazione*, in G.A. BENACCHIO, M. COZZIO (a cura di), *Gli appalti pubblici tra regole europee e nazionali*, Milano, 2012, 13 ss.; anche E. CALZOLAIO, *Il valore di precedente delle sentenze della Corte di giustizia*, in *The Cardozo electronic law bulletin*, 2009, disponibile a www.jus.unitn.it/cardozo/review. Più in generale, su questo tema, R. SACCO, A. GAMBARO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 2008, III ed., 20 ss. e sulle mutazioni giuridiche in atto nella produzione delle regole di condotta vedi G. AJANI, *Trapianto di norme "informato" e globalizzazione: alcune considerazioni*, in G. AJANI, A. GAMBARO, M. GRAZIADEI, R. SACCO, V. VIGORITI, M. WAELBROECK (a cura di), *Studi in onore di Aldo Frignani. Nuovi orizzonti del diritto comparato europeo e transnazionale*, Napoli, 2011, 33 ss.

²⁴ Si riportano, in via esemplificativa, alcune decisioni del Consiglio di Stato del 2012 che rinviando alle pronunce della Corte di giustizia; cfr., ad esempio, Consiglio di Stato, sez. VI, 8 maggio 2012, n. 2657 sul tema della partecipazione alle gare pubbliche da parte di imprese collegate; Consiglio di Stato, sez. IV, 31 gennaio 2012, n. 482, Consiglio di Stato, sez. V, 19 novembre 2012, n. 5846, entrambe sulla natura della responsabilità della pubblica amministrazione per violazione delle regole europee nelle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici; Consiglio di Stato, sez. V, 1 marzo 2012, n. 1195 e sez. III, 1 febbraio 2012, n. 514, entrambe

Al mutamento del processo di produzione delle regole corrisponde, quale ulteriore conseguenza, il mutamento qualitativo delle stesse.

In altri termini è vero che con la propria attività interpretativa la Corte riesce a unificare le regole (europee e nazionali) più efficacemente di quanto riescano le disposizioni dei Trattati, delle direttive o dei regolamenti²⁵. Ciò avviene perché quando la Corte interpreta una norma o un principio essa impone *erga omnes* quell'unica interpretazione e applicazione, che viene quindi sottratta alla discrezionalità degli Stati membri.

È altrettanto vero, tuttavia, che le finalità delle regole di matrice giurisprudenziale si discostano da quelle di origine parlamentare, formatesi dal confronto politico.

Le prime, infatti, perseguono orientamenti di tipo funzionale e sono

sulla preventiva indicazione nei documenti di gara del valore ponderale dei criteri di valutazione delle offerte; Consiglio di Stato, sez. V, 17 ottobre 2012, n. 5293 sulla commistione fra criteri di valutazione tecnica e criteri di qualificazione; Consiglio di Stato, sez. VI, 9 luglio 2012, n. 4025, sulla qualificazione di un ente fiera quale organismo di diritto pubblico; Consiglio di Stato, sez. III, 20 novembre 2012, n. 5882 sulla nozione di operatore economico delle associazioni di volontariato; Consiglio di Stato, sez. IV, 16 febbraio 2012, n. 810 sulle formalità necessarie per la validità del contratto di avvalimento. Per una panoramica sulle decisioni dei giudici nazionali (nel campo degli appalti pubblici) che applicano le regole europee si rinvia alla banca dati dell'Osservatorio di Diritto Comunitario e Nazionale sugli Appalti Pubblici dell'Università di Trento.

²⁵ Sul tema per tutti G. GORLA, *Unificazione "legislativa" e unificazione "giurisprudenziale"*, in AA.VV., *Le nuove frontiere del diritto e il problema dell'unificazione*, Atti del Congresso internazionale organizzato dalla Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Bari, 2-6 aprile 1975, Milano, 1979, 651 ss.; con riferimento all'unificazione per via giurisprudenziale cfr. anche M.J. BONELL, *Unificazione internazionale del diritto*, in AA.VV., *Enciclopedia del diritto*, Milano, vol. XLV, 1992.

finalizzate alla risoluzione, volta per volta, di questioni specifiche²⁶. È questa la ragione per la quale si rivelano particolarmente adatte a superare catalogazioni formalistiche, che difficilmente potrebbero essere esaustive per gli ordinamenti degli Stati dell'Unione e le rispettive tradizioni giuridiche.

Del resto, proprio la funzionalità e l'occasionalità degli *arrêts* giurisprudenziali europei evidenziano i principali limiti di questo percorso di creazione delle regole.

Non sfugge, infatti, che la perimetrazione mediante regole giurisprudenziali di istituti e nozioni giuridiche (perciò aventi contorni non perfettamente delineati), benché sia certamente utile e apprezzabile (e assuma l'efficacia di *binding judicial precedent*) non sembra potersi sostituire all'opportunità, talvolta alla necessità, di un intervento normativo che fornisca orizzonti di sistema agli istituti e maggiori certezze sul diritto applicabile²⁷.

²⁶ G. AJANI, *Trapianto di norme "informato" e globalizzazione: alcune considerazioni*, cit. 5 ss. evidenzia gli aspetti critici dell'approccio funzionale, caratterizzato da quella che l'autore definisce come modalità lineare di creazione delle regole, non assistite da un processo (definito circolare) di adattamento al contesto e alle tradizioni ermeneutiche locali. Sul tema cfr. anche M. GRAZIADEI, *The Functionalist Heritage*, in P. LEGRAND P., R. MUNDAY, (cur.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge, 2003, 100.

²⁷ M.A. SANDULLI, *Riflessioni sulla responsabilità civile degli organi giurisdizionali*, in P.G. PORTALURI (a cura di), *L'Europa del diritto: i Giudici e gli ordinamenti*, cit., 513, conferma la "connaturale incertezza di un diritto di matrice essenzialmente giurisprudenziale".

Il tema emerge anche dai documenti presentati alla Commissione europea nell'ambito delle consultazioni pubbliche preliminari all'elaborazione di nuove proposte legislative; si veda, ad esempio, il documento di sintesi predisposto dalla D.G. Mercato interno della Commissione nell'ambito della consultazione avviata con il Libro verde, *Modernizzazione del mercato europeo degli appalti pubblici*, cit., disponibile all'indirizzo web www.osservatorioappalti.unitn.it/content.jsp?id=14.

A questo *deficit* di sistematicità e di certezza giuridica si somma un'ulteriore conseguenza. L'azione interpretativa della Corte, infatti, in molte occasioni offre una lettura in termini specifici e cogenti dei principi generali (ad esempio con riferimento ai principi di non discriminazione, proporzionalità, parità di trattamento, trasparenza) che tende a tradursi nell'obbligo per le amministrazioni di rispettare nuove regole procedurali.

Il risultato finale, come anticipato, è quello di trasformare per via giurisprudenziale il principio generale in norma di dettaglio.

Di qui un'ulteriore spinta all'affermarsi di uno *jus commune* in materia di appalti pubblici che agisce direttamente nei confronti delle amministrazioni 'scavalcando' gli Stati²⁸, i quali non possono disattendere le scelte delle amministrazioni (perché attuative, appunto, delle regole dell'Unione), pena l'applicazione delle sanzioni per violazione degli obblighi derivanti dai Trattati con le conseguenze che ne derivano in tema di responsabilità dello Stato.

3. Il dialogo fra le Corti come strumento di integrazione giuridica.

Non meno importante è l'attività di interpretazione e affinamento delle regole interne²⁹ svolta dai giudici nazionali al fine di adeguarsi

²⁸ Il fenomeno è ben delineato, con riferimento al settore dei contratti pubblici, da F. PELLIZZER, *Le concessioni di lavori pubblici come forma di collaborazione pubblico-privato*, in G.A. BENACCHIO, D. DE PRETIS (a cura di), *Appalti pubblici e servizi di interesse generale*, in *Atti dei seminari presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento*, 2005, 58. Per un'analisi applicata cfr. P. PATRITO, *L'appalto pubblico transfrontaliero e le regole europee per l'affidamento*, in G.A. BENACCHIO, M. COZZIO (a cura di), *Gli appalti pubblici tra regole europee e nazionali*, cit., 425 e ss. ed anche D. DRAGOS, R. CARANTA (eds.), *Outside the EU Procurement Directives, Inside the Treaty?*, Copenhagen, 2012, 5-424.

²⁹ R. BIFULCO, *LA responsabilità del giudice tra principi dell'Unione europea e applicazioni nazionali*, in P.G. PORTALURI (a cura di), *L'Europa del diritto: i Giudici e gli ordinamenti*, cit., 403, ribadisce il ruolo fondamentale dei giudici

alle indicazioni dei giudici europei.

L'applicazione dei principi enunciati dalla Corte, infatti, è garantita primariamente dai giudici e dagli operatori che veicolano la regola giuridica in tutti gli Stati membri. Volendo utilizzare un'espressione figurata è come se a seguito delle pronunce dei giudici dell'Unione si attivassero “migliaia di sinapsi”³⁰ all'interno di un organismo unitario che vede protagonisti i giudici nazionali. In effetti questi ultimi, agendo come “organi giurisdizionali comuni del diritto europeo”³¹ o “organi decentrati della giurisdizione europea”³² obbligati a farne rispettare le regole³³, diventano parte attiva nell'applicazione del diritto europeo all'interno di un ordinamento sempre più integrato³⁴.

Con riferimento alla realtà italiana un numero crescente di sentenze di

nazionali nella costruzione dell'ordinamento unionale, tanto “nella dimensione positiva di artefice” quanto “nella dimensione negativa di possibile freno all'effettività dei diritti riconosciuti dall'Unione europea”.

³⁰ L'espressione, suggestiva, è di A. CAVALLARI nell'introduzione al convegno di Lecce del 27-28 aprile 2012, riportata negli atti curati da P.G. PORTALURI, *L'Europa del diritto: i Giudici e gli ordinamenti*, cit., 2-3.

³¹ M.P. CHITI, *Il rinvio pregiudiziale e l'intreccio tra diritto processuale nazionale ed europeo: come custodire i custodi dagli abusi del diritto di difesa?*, in www.giustizia-amministrativa.it/webcds/studi_e_contributi.htm, 2012.

³² A. TIZZANO, *Il ruolo della Corte di giustizia UE in una fase di crisi del modello sopranazionale*, in www.affarinternazionali.it, 2008.

³³ Cfr. E. PICOZZA, *Quali rapporti fra autorità nazionali e comunitarie per il rispetto delle regole degli appalti pubblici*, in G.A. BENACCHIO, M. COZZIO (a cura di), *Mercato, regole e innovazione nel settore degli appalti e dei servizi pubblici*, Torriana (RN), 2010, 63-76. L'importanza di un'azione coordinata dei giudici nazionali nell'applicazione delle regole europee è rimarcata, fra l'altro, nella Comunicazione della Commissione, *Un'Europa dei risultati, applicazione del diritto comunitario*, COM/2007/502, 5 settembre 2007, e nella più recente *Una governance migliore per il Mercato unico*, COM/2012/259, 8 giugno 2012.

³⁴ Cfr. anche A. TIZZANO, R. ADAM, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2012, II ed., 331-335.

merito e di legittimità (nel settore degli appalti pubblici ma non solo) fonda le proprie decisioni sull'interpretazione delle regole europee operata dalla Corte³⁵. È questo un segno evidente della acquisita maggiore sensibilità e familiarità dei giudici italiani con i principi e i concetti del diritto europeo nonché un indicatore attendibile dell'intensità del processo di europeizzazione del diritto interno³⁶.

Nell'ambito di questo dialogo fra Corti³⁷ assume centralità lo strumento del rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 del TFUE (*ex* art. 234 TCE), con il quale i giudici nazionali chiedono alla Corte di pronunciarsi sull'interpretazione delle regole europee.

Il rinvio pregiudiziale, come è stato osservato, è uno dei pilastri su cui è costruita l'Unione europea quale "comunità di diritto" e il suo

³⁵ L'affermazione si basa sulle ricerche svolte nel periodo 2009-2012 dall'Osservatorio di Diritto Comunitario e Nazionale sugli Appalti Pubblici dell'Università di Trento, nell'ambito del progetto denominato RETE TAR e CDS. L'iniziativa ha lo scopo di rilevare l'effettività dell'applicazione del diritto dell'Unione europea e delle decisioni della Corte di giustizia nell'ordinamento nazionale attraverso il monitoraggio dell'attività del legislatore e delle pronunce dei giudici amministrativi di primo e secondo grado nel settore degli appalti pubblici. La descrizione del progetto e i risultati sono disponibili sul sito web dell'Osservatorio (www.osservatorioappalti.unitn.it/content.jsp?id=131).

³⁶ Sul tema si discosta dall'orientamento più diffuso A. ROMANO-TASSONE, *Sui rapporti tra ordinamento europeo e ordinamenti statali in materia di tutela processuale*, in P.G. PORTALURI (a cura di), *L'Europa del diritto: i Giudici e gli ordinamenti*, cit., 476-477, il quale sostiene l'emergere "di una certa diffidenza dei giudici nazionali nei confronti del giudice comunitario (...), diffidenza resa tangibile dalla relativa scarsità dei rinvii, che sono ben pochi da parte delle Corti supreme, ed appaiono per certi versi poco frequenti anche da parte dei 'piccoli' giudici".

³⁷ C. FRANCHINI, E. CHITI, *L'integrazione amministrativa europea*, Bologna, 2003, 154 con riferimento allo strumento del rinvio pregiudiziale parlano di "cointerpretazione" delle regole nell'ambito del confronto che si instaura fra giudici nazionali ed europei, altri utilizzano l'espressione "cogiurisdizione", v. E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, 2004, 308.

utilizzo è paradigmatico del “procedere giuridico dell’integrazione europea”³⁸.

L’importanza dei rinvii pregiudiziali emerge con immediatezza anche solo scorrendo i dati quantitativi disponibili nelle Relazioni annuali della Corte di giustizia³⁹.

Ad esempio nel periodo che va dall’istituzione della Corte (1953) fino al 2011 notiamo che il numero complessivo dei ricorsi diretti deferiti alla Corte (oltre 8mila) è stato superiore a quello dei rinvii pregiudiziali (oltre 7mila). Tuttavia, se consideriamo il periodo più recente che va dal 2000 al 2011 notiamo che il numero dei rinvii pregiudiziali (3.271) è divenuto superiore a quello dei ricorsi diretti (2.256): il dato denota l’importanza che ha assunto la funzione interpretativa svolta dai giudici europei nonché la sensibilità dei giudici nazionali (e degli operatori del diritto) nel considerarsi parte del sistema unitario⁴⁰.

Non vanno sottaciuti, per altro, alcuni aspetti critici associati all’utilizzo del rinvio pregiudiziale, che nel corso del tempo ha sperimentato un ampliamento di ruolo e funzione, fors’anche “al di là

³⁸ Così M.P. CHITI, *Il rinvio pregiudiziale e l’intreccio tra diritto processuale nazionale ed europeo: come custodire i custodi dagli abusi del diritto di difesa?*, cit.

³⁹ Le Relazioni sono disponibili sul portale web della Corte, link web www.curia.eu.

⁴⁰ Il rinvio pregiudiziale è utilizzato frequentemente dai giudici italiani: si consideri che, nel periodo indicato, sul totale delle 5.507 domande presentate alla Corte 862 sono pervenute dall’Italia e di queste 728 (circa l’84%) da organi giurisdizionali non di vertice. Con riferimento a quest’ultimo dato F. MARIUZZO, *I T.A.R. e l’applicazione delle scelte normative e giurisprudenziali comunitarie*, in G.A. BENACCHIO, M. COZZIO (a cura di), *Mercato, regole e innovazione nel settore degli appalti e dei servizi pubblici*, cit., 80, rileva che in Europa “le nuove idee scaturiscono fisiologicamente dal basso e che spetta al vertice della piramide giurisdizionale non già l’esercizio di un’occhiuta funzione proconsolare, quanto quella di razionalizzare le diverse letture delle norme in un quadro potenzialmente unitario”.

di quanto originariamente previsto”⁴¹ consistente nell’assicurare “un’interpretazione e un’applicazione uniformi del diritto dell’Unione europea in tutti gli Stati membri”⁴².

La *ratio* originaria del rinvio pregiudiziale risponde, dunque, alla necessità di evitare il prodursi di “nazionalizzazioni” del diritto europeo a causa, principalmente, dell’attività interpretativa delle singole giurisdizioni statali. Il rischio che si vuole allontanare, in altri termini, è quello di una progressiva diversificazione⁴³ del significato e della portata del diritto UE attraverso l’azione ‘scoordinata’ dei giudici nazionali, con effetti pregiudizievoli sull’obiettivo generale della creazione di una spazio unico tra gli Stati membri dell’UE⁴⁴.

⁴¹ Così D.U. GALETTA, *Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE*, in P.G. PORTALURI (a cura di), *L’Europa del diritto: i Giudici e gli ordinamenti*, cit., 121 ss., la quale si sofferma sulla funzione del rinvio pregiudiziale e sui profili critici emergenti. Sul tema M.P. CHITI, *Il rinvio pregiudiziale e l’intreccio tra diritto processuale nazionale ed europeo: come custodire i custodi dagli abusi del diritto di difesa?*, cit., sottolinea come l’abuso dello strumento del rinvio pregiudiziale concorra ad una situazione definita di “inarrestabile erosione della sovranità processuale degli Stati membri”.

⁴² Cfr. le osservazioni della Corte di giustizia nella *Nota informativa riguardante le domande di pronuncia pregiudiziale da parte dei Giudici nazionali*, pubblicata nella GUUE del 28 maggio 2011, C 160, pt. 1 e ss.

⁴³ Il rischio di diversificazione viene da alcuni studiosi ricondotto all’essenza “multilingue” del diritto europeo, da sempre concepito in almeno tre lingue ed ora oltre venti per quanto riguarda la legislazione; cfr. J. ZILLER, *L’armonizzazione degli ordinamenti*, in P.G. PORTALURI (a cura di), *L’Europa del diritto: i Giudici e gli ordinamenti*, cit., 44-45, il quale ricorda che il diritto dell’Unione europea è anzitutto “un diritto multilingue” e sottolinea che “la funzione principale del rinvio pregiudiziale è sempre stata e rimarrà quella di dare chiarezza al di là della semplice considerazione di una o più versioni linguistiche delle normative UE”.

⁴⁴ Cfr. D.U. GALETTA, *Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE*, in P.G. PORTALURI (a cura di), *L’Europa del diritto: i Giudici e gli ordinamenti*, cit., 122-123; anche A. TIZZANO, R. ADAM, *Lineamenti di diritto dell’Unione europea*, cit., 333.

Se quella indicata pare essere la finalità principale del rinvio pregiudiziale non sempre, però, gli effetti che ne derivano risultano coerenti. Ciò avviene, per esempio, quando il quesito inviato alla Corte di giustizia, pur vertendo formalmente sulla valenza di una regola europea, riguarda la conformità al diritto UE di una norma di diritto interno⁴⁵. In questo modo non è infrequente che il rinvio pregiudiziale divenga occasione per chiedere alla Corte di prendere posizione e risolvere le divergenze di opinione sull'interpretazione e l'applicazione delle norme di diritto nazionale. La Corte, infatti, pur essendo incompetente a pronunciarsi sulla compatibilità di una norma nazionale col diritto UE, ha comunque il compito di indicare ai giudici nazionali gli elementi di interpretazione della regola europea necessari per risolvere la singola controversia⁴⁶.

Gli esempi riferiti agli appalti pubblici sono numerosi. Si pensi da ultimo al rinvio pregiudiziale alla Corte da parte del Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia del 15 gennaio 2013, riguardante un tema fra i più controversi a livello nazionale: le

⁴⁵ D.U. GALETTA, *Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE*, in P.G. PORTALURI (a cura di), *L'Europa del diritto: i Giudici e gli ordinamenti*, cit., 124, osserva che esempi di siffatto uso, ritenuto “non ortodosso” del rinvio pregiudiziale, sono molteplici e per lo più equamente suddivisi quanto ad appartenenza nazionale del giudice del rinvio; cfr. anche A. TIZZANO, R. ADAM, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, cit., 335.

⁴⁶ *Ibidem*. Cfr. anche *Nota informativa riguardante le domande di pronuncia pregiudiziale da parte dei Giudici nazionali*, cit., pt. 1 ss.; D.U. GALETTA, *Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE*, PORTALURI P.G. (a cura di), *L'Europa del diritto: i Giudici e gli ordinamenti*, cit., 133-136; G.A. BENACCHIO, *Diritto privato dell'Unione Europea...*, cit., 127 ss., sottolinea la forza creatrice della giurisprudenza europea allorché “la Corte, chiamata a interpretare le disposizioni normative di Bruxelles, talvolta non si limita ad effettuare una mera attività ermeneutica di una disposizione normativa ma, come qualunque altro organo giurisdizionale, si spinge fino a colmare le lacune e formulare regole non espresse, o quantomeno non esplicitate”.

dichiarazioni che i partecipanti alle gare devono presentare con riferimento al possesso di requisiti di ordine generale⁴⁷.

Al riguardo le disposizioni sia europee⁴⁸ che nazionali⁴⁹ perseguono l'obiettivo di assicurare che le amministrazioni stipulino appalti pubblici solo con soggetti affidabili dal punto di vista della moralità, impedendo che possano essere aggiudicati a quanti non dimostrano la necessaria irreprensibilità morale e professionale.

Detti requisiti, inoltre, sono posti a garanzia dell'elemento fiduciario che caratterizza il contratto d'appalto e costituiscono una forma di autotutela preventiva per l'amministrazione che, nella ricorrenza di determinati presupposti, deve escludere l'operatore dalla gara e deve rifiutare la stipulazione del contratto. Il possesso dei requisiti, in altri termini, qualifica l'operatore e tale qualificazione diviene elemento integrante della sua capacità giuridica ai fini della stipulazione del contratto in quanto, in mancanza di essa, viene meno la capacità a contrarre e la soggettività rispetto alle procedure di gara⁵⁰.

In Italia la questione dei requisiti di ordine generale per la partecipazione alle gare è all'origine di un contenzioso elevatissimo e,

⁴⁷ Ordinanza TAR Lombardia, Milano, sez. I, 15 gennaio 2013, n. 123. Con riferimento a detta ordinanza cfr. anche questa Rubrica su *Informator* n. 1 del 2013.

⁴⁸ Art. 45 della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al *coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi*, pubblicata nella G.U.U.E. L 134 del 30 aprile 2004.

⁴⁹ Art. 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163 e ss. mm., *Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*, pubblicato nella Gazz. Uff. 2 maggio 2006, n. 100, Suppl. Ord.

⁵⁰ Cfr. per tutti S. LUCE, *I requisiti degli operatori economici*, in R. DE NICOTOLIS (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Ambito oggettivo e soggettivo. Procedure di affidamento*, vol. I, Milano, 2007, 463-506.

tralasciando le recenti soluzioni adottate dal legislatore nazionale⁵¹, l'intervento dei giudici di Lussemburgo potrebbe contribuire a sbloccare una situazione interna di incertezza giuridica, originata dal contrasto giurisprudenziale⁵² sull'interpretazione dell'art. 38 del Codice dei contratti pubblici.

Nell'ordinanza lombarda di rinvio alla Corte, sopra menzionata, il giudice nazionale sostiene che un'interpretazione corretta delle disposizioni del Codice dei contratti relative ai requisiti generali di partecipazione non dovrebbe legittimare forme di esclusioni automatiche, basate su logiche formali, senza che vi sia la possibilità per la stazione appaltante di condurre qualsiasi accertamento sostanziale sui requisiti posseduti dall'impresa⁵³.

⁵¹ Ci si riferisce soprattutto alla Banca Dati Nazionale degli Appalti Pubblici e all'AVCPass (acronimo per Authority Virtual Company Passport), entrambi argomenti oggetto della relazione di L. BERARDUCCI, *La Banca Dati Nazionale sui Contratti Pubblici*, nel seminario organizzato da I.G.I in Roma il 31 gennaio 2013; la videoregistrazione è disponibile all'indirizzo web www.osservatorioappalti.unitn.it/content.jsp?id=31.

⁵² Al riguardo cfr. l'articolo *La teoria del falso innocuo negli appalti pubblici è alla ricerca di legittimazione da parte della Corte di giustizia* in questa Rubrica su Informator n. 1 del 2013.

⁵³ Si riportano i due quesiti pregiudiziali di rinvio dell'ordinanza: *i.* “se sia, o meno, contrastante con il diritto comunitario l'interpretazione secondo cui, nell'ipotesi che un'impresa partecipante ad una procedura di gara abbia omesso di dichiarare, nella propria domanda di partecipazione, l'assenza dei procedimenti e delle condanne previste dall'art. 38, comma 1, lett. b) e c) del D.lgs. 163/2006 nei confronti di un proprio direttore tecnico, la stazione appaltante debba disporre l'esclusione di tale impresa anche nel caso in cui quest'ultima abbia congruamente provato che la qualificazione di direttore tecnico era stata indicata per mero errore materiale”; *ii.* “se sia, o meno, contrastante con il diritto comunitario l'interpretazione secondo cui, nell'ipotesi che un'impresa partecipante ad una procedura di gara abbia offerto un'utile e congrua prova dell'assenza, nei confronti dei soggetti tenuti alle dichiarazioni di cui all'art. 38, comma 1, lett. b) e c), dei procedimenti e delle condanne ivi previste, la stazione appaltante debba disporre l'esclusione di tale

In altri termini, il giudice nazionale nutre dubbi sulla conformità al diritto europeo di una interpretazione che giustifichi l'esclusione dalle procedure di gara sulla base di una presunzione assoluta, di tipo formalistico.

È difficile negare la persuasività del ragionamento proposto nell'ordinanza e non sfugge come l'orientamento ivi sostenuto esprima una particolare sensibilità per l'approccio sostanzialistico / teleologico che, normalmente, caratterizza il legislatore e i giudici dell'UE⁵⁴.

Al di là di quella che sarà l'interpretazione della Corte di Lussemburgo, l'ordinanza rileva perché dimostra quella tendenza, già segnalata in dottrina, di proporre rinvii pregiudiziali “costruiti in maniera tale da sollecitare, di fatto, un intervento della Corte di giustizia sul diritto interno”⁵⁵.

impresa quale conseguenza dell'inottemperanza ad una previsione della *lex specialis* con cui sia stata indetta la pubblica gara”.

⁵⁴ Al riguardo cfr. A. BOTTO, *Le novità normative e i principi comunitari di riferimento*, in A. CASSATELLA A., M. COZZIO (a cura di), *Temi di diritto europeo e nazionale sugli appalti pubblici*, Atti dei seminari organizzati dall'Osservatorio di Diritto Comunitario e Nazionale sugli Appalti Pubblici dell'Università di Trento nel periodo gennaio-giugno 2012, Torriana (RN), 2013, 81 ss., il quale sottolinea la dialettica tra forma e sostanza relativamente ai requisiti generali di partecipazione alle gare pubbliche.

⁵⁵ D.U. GALETTA, *Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE*, in P.G. PORTALURI (a cura di), *L'Europa del diritto: i Giudici e gli ordinamenti*, cit., 136-139.