

“IL LEGISLATORE OCCULTO: I DEBITI DELLE DIRETTIVE 2014 VERSO LA CORTE UE”

seminario IGI - 14 aprile 2016, ROMA

* * *

Dialogo tra le Corti e rinnovamento delle regole

di Michele Cozzio*

SOMMARIO: 1. *L'impatto del formante giurisprudenziale sulla formulazione delle regole.* - 2. *Il dialogo fra le Corti quale strumento di integrazione (giuridica) e circolazione dei modelli giuridici.* - 3. *Tratti caratterizzanti l'applicazione delle regole per via giurisprudenziale: la diversità.* - 4. *(segue): la spinta all'innovazione.* - 5. *Percorsi per l'analisi giurisprudenziale nel processo di europeizzazione (cenni).*

1. L'impatto del formante giurisprudenziale sulla formulazione delle regole

La disciplina europea in tema di appalti pubblici e concessioni non trova specifica enunciazione nei Trattati dell'Unione ma rinvia in parte alle disposizioni sulla libera prestazione dei servizi (artt. 56-62), sulla libertà di stabilimento (artt. 49-55) e sulla concorrenza (artt. 101-109) contenute nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), in parte a numerose disposizioni di diritto derivato, fra tutte le direttive di “quarta generazione” del 2014.

Il quadro normativo così descritto tuttavia risulterebbe incompleto se si omettesse di ricomprendervi le sentenze della Corte di giustizia che, interpretando *erga omnes* il diritto dell'Unione, hanno definito e definiscono in questo come in altri settori principi inderogabili per legislatori, giudici e operatori nazionali.

Si consideri, tra tutti, l'*obbligo di pubblicità* delle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici e concessioni, che costituisce principio generale nonché tratto caratterizzante della disciplina europea¹. Si tratta di un principio mai espressamente formulato nei Trattati dell'Unione, che non rientra, dunque, tra i principi *codificati*

* La relazione, presentata in occasione del Seminario IGI del 14 aprile 2016, è largamente ispirata a M. Cozzio, *Il contributo della giurisprudenza all'evoluzione delle regole sugli appalti pubblici*, in *Il Diritto dell'economia*, 2013, 1, pp. 147 - 180, del quale riporta ampi stralci e al quale si rinvia per i più dettagliati rimandi bibliografici.

¹ Sul tema sia consentito rinviare a G. BENACCHIO, M. COZZIO, *Gli obblighi di pubblicità*, in V. ITALIA (a cura di) *Commentario al nuovo Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione*, in corso di stampa per il Gruppo24Ore.

dalle norme *primarie* dell'ordinamento europeo. La sua elaborazione ed enunciazione è da ricondurre all'attività di interpretazione delle regole europee svolta dalla Corte di giustizia.

La mancanza nell'ordinamento UE vuoi di una pluriennale e consolidata tradizione giuridica, vuoi di un atto legislativo recante i principi fondamentali ai quali ispirarsi, ha indotto la giurisprudenza comunitaria a svolgere una importantissima attività di elaborazione dei principi, creando una sorta di diritto costituzionale dell'Unione.

Per questa via i giudici europei hanno definito un insieme di “norme fondamentali” valevoli anche per l'aggiudicazione di appalti e concessioni, ricavate direttamente dalle disposizioni e dai principi codificati nei Trattati. Dall'applicazione di tali disposizioni e principi la Corte ha ricostruito l'esistenza di un obbligo di trasparenza consistente nel garantire, in favore di ogni potenziale impresa concorrente, *un adeguato livello di pubblicità* tale da permettere una effettiva e più ampia apertura del mercato alla concorrenza e, al contempo, il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione.

All'*obbligo di pubblicità* ha poi fatto riferimento in modo esplicito il legislatore europeo nelle direttive sugli appalti pubblici già di ‘prima generazione’, quelle adottate all'inizio degli anni '70 del secolo scorso. Il legislatore si prefiggeva l'eliminazione delle restrizioni nazionali alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione di servizi nonché il coordinamento (*alias* l'armonizzazione) delle procedure nazionali di aggiudicazione da conseguire, tra l'altro, mediante “*norme comuni di pubblicità*” (artt. 12-19 Dir. 71/305/CEE) atte a garantire “*sufficiente pubblicità degli appalti*” (considerando 3, Dir. 71/305/CEE), “*lo sviluppo di una concorrenza effettiva nel settore*” e “*una sufficiente conoscenza delle prestazioni da fornire e delle relative condizioni*” (considerando 9, Dir. 71/305/CEE).

Il concorso tra l'attività interpretativa della Corte di giustizia e l'azione legislativa dell'UE ha portato nel corso degli anni ad una sempre più dettagliata perimetrazione del significato e dell'ambito (soggettivo e oggettivo) di applicazione dell'*obbligo di pubblicità*.

La qualificazione di quest'obbligo come principio generale del diritto europeo ne sottintende l'applicazione indipendentemente dalla formulazione nelle direttive o dal recepimento delle stesse. Più precisamente, a tale obbligo devono conformarsi le amministrazioni nell'aggiudicazione di appalti e concessioni (*sopra e sotto soglia*) come pure di altre tipologie di contratti che determinino l'acquisizione di beni e servizi a titolo oneroso (ad esempio i contratti di partenariato pubblico privato).

Quanto detto spiega perché l'affermazione secondo la quale “*la scelta di un concessionario (o di un appaltatore) deve essere conseguente ad una procedura competitiva e concorrenziale ispirata ai principi dettati dal Trattato istitutivo*” (Consiglio di Stato, Ad. Plen., 7 maggio 2013 n. 13), implichi necessariamente l'applicazione dell'*obbligo di pubblicità*.

In tal senso l'*europizzazione* delle regole nazionali dei contratti pubblici, intesa come “progressiva erosione delle peculiarità degli Stati membri mediante l'innesto

di nuovi elementi di impronta comunitaria”, trova nell’azione giudiziale della Corte uno dei principali protagonisti.

Diviene interessante, dunque, esaminare il processo di adeguamento delle regole nazionali 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 nazionali. 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.

Volendo utilizzare un’espressione figurata è come se l’attività dei giudici attivasse migliaia di sinapsi² all’interno di un organismo unitario. I giudici nazionali, agendo come organi giurisdizionali comuni del diritto europeo³ o organi decentrati della giurisdizione europea⁴ obbligati a farne rispettare le regole, diventano parte attiva nell’applicazione del diritto europeo all’interno di un ordinamento sempre più integrato.

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 nazionali

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, infatti, alla progressiva formazione di un diritto giurisprudenziale, vale a dire un diritto che trova la soluzione delle controversie sia fra le disposizioni normative, sia nei precedenti giurisprudenziali, che sono anzitutto quelli della Corte di giustizia.

Al mutamento del processo di produzione delle regole corrisponde, quale ulteriore

² L’espressione, suggestiva, è di CAVALLARI nell’Introduzione al Convegno di Lecce del 27-28 aprile 2012, riportata negli atti curati da PORTALURI, *L’Europa del diritto: i Giudici e gli ordinamenti*, Collana della Facoltà di Giurisprudenza-Università del Salento, Napoli, 2012, pp. 2-3.

³ 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.

⁴ TIZZANO, *Il ruolo della Corte di giustizia UE in una fase di crisi del modello sopranazionale*, in www.affarinternazionali.it, 2008.

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 regolamenti. 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 finalizzate alla risoluzione, volta per volta, di questioni specifiche⁵. 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 applicabile⁶. Ne troviamo conferma da parte dello stesso legislatore europea laddove riconosce il rischio “*di mancanza di certezza giuridica dovuto a interpretazioni divergenti dei principi del trattato (...) È necessario, a livello di Unione, applicare in maniera uniforme i principi del TFUE in tutti gli Stati membri ed eliminare le discrepanze nell'interpretazione di tali principi al fine di eliminare le persistenti distorsioni del mercato interno*” (considerando 4, Dir. 2014/23/UE); “*l'assenza di una chiara normativa che disciplini a livello dell'Unione l'aggiudicazione dei contratti di concessione dà luogo a incertezza giuridica, ostacola la libera fornitura di servizi e provoca distorsioni nel funzionamento del mercato interno (...) Un quadro giuridico idoneo, equilibrato e flessibile per l'aggiudicazione di concessioni garantirebbe un accesso effettivo e*

⁵ 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.

⁶ 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*.

non discriminatorio al mercato a tutti gli operatori economici dell'Unione (...) consentirebbe inoltre di fornire maggiore certezza giuridica (considerando 1, Dir. 2014/23/UE).

A questo *deficit* di sistematicità e di certezza giuridica si somma un'altra 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 contratti pubblici che agisce direttamente nei confronti delle amministrazioni 'scavalcando' gli Stati, 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.

2. Il dialogo fra le Corti quale strumento di integrazione (giuridica) e circolazione dei modelli giuridici

Parte significativa del dialogo fra le Corti è oggi rappresentata dalle istanze indirizzate dal livello statale a quello europeo.

Nell'ambito di questo dialogo fra Corti 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 utilizzo è paradigmatico del "procedere giuridico dell'integrazione europea". Ne abbiamo contezza sia scorrendo i dati quantitativi disponibili nelle Relazioni annuali della Corte, sia con riferimento ai contenuti delle questioni demandate ai giudici di Lussemburgo. È questo un segno evidente della acquisita sensibilità e familiarità⁷ dei giudici italiani con i principi e i concetti del diritto europeo nonché un indicatore attendibile del ruolo assunto nel processo di europeizzazione del diritto interno. Possiamo ricomprendere in quest'ambito l'attività di interpretazione e affinamento delle regole interne svolta dai giudici nazionali al fine di adeguarsi alle indicazioni dei giudici europei. Non va dimenticato che l'applicazione dei principi enunciati dalla

⁷ Diverso e minoritario orientamento esprime A. ROMANO-TASSONE, *Sui rapporti tra ordinamento europeo e ordinamenti statali in materia di tutela processuale*, in PORTALURI (a cura di), *L'Europa del diritto: i Giudici e gli ordinamenti*, cit., pp. 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".

Corte, infatti, è garantita primariamente dai giudici e dagli operatori che veicolano la regola giuridica in tutti gli Stati membri.

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 di quanto originariamente previsto"⁸ consistente nell'assicurare "un'interpretazione e un'applicazione uniformi del diritto dell'Unione europea in tutti gli Stati membri"⁹.

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 diversificazione del significato e della portata del diritto UE attraverso l'azione 'scoordinata' dei giudici nazionali, con effetti pregiudizievoli sull'obiettivo generale della creazione di uno spazio unico tra gli Stati membri dell'UE.

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 interno. 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 controversia¹⁰.

Gli esempi riferiti agli appalti pubblici sono numerosi e li troviamo in numerosi dei temi affrontati nel libro che qui si presenta *I contratti pubblici nella giurisprudenza dell'Unione Europea: raccolta dei principali arrêts della Corte di Giustizia* (Ed. Università degli Studi di Trento, 2016).

L'adesione ai principi definiti dalla Corte di giustizia costituisce parte del più

⁸ 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".

⁹ 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.

¹⁰ 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".

ampio fenomeno della cd. *circolazione dei modelli giuridici*¹¹. Le cause e le modalità del trasferimento sono varie e possono coinvolgere tanto il legislatore, quanto la giurisprudenza e la dottrina come pure combinazioni dei tre formanti.

Al riguardo possiamo distinguere l'ipotesi della creazione e circolazione obbligatoria di regole e principi generali, dall'ipotesi, meno frequente, della circolazione spontanea.

Nel primo caso la circolazione si caratterizza per il recepimento nell'ordinamento europeo di regole e principi già elaborati dall'Unione europea oppure già presenti in alcuni ordinamenti degli Stati membri.

Così, quando la Corte di giustizia fa propria una regola nazionale la circolazione segue un percorso verticale bidirezionale: la regola nazionale, infatti, viene elevata a rango di regola europea, salvo poi ridiscendere ad opera delle Corti nazionali (anche) negli ordinamenti degli Stati dove risultava sconosciuta o non utilizzata. In quest'ultima fase, discendente, l'adesione alla regola europeizzata avviene per adempimento agli obblighi dei Trattati e ai principi già ricordati, ai quali i giudici nazionali non possono sottrarsi.

Fra gli esempi di circolazione obbligatoria si riporta quello dell'affidamento *in house* a società pubbliche pluripartecipate, soluzione che permette alle amministrazioni di stipulare contratti pubblici in via diretta e senza bandire alcuna gara con società da loro partecipate.

La Corte, 'receptendo' il modello spagnolo e belga, ha stabilito che il requisito del "controllo analogo", legittimante l'affidamento *in house*, possa essere soddisfatto anche congiuntamente da più soci pubblici, indipendentemente dall'entità della partecipazione al capitale sociale. La soluzione in seguito è stata applicata dai giudici italiani. Oggi la troviamo codificata nelle direttive del 2014 e nel nuovo Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione.

Talvolta la regola nazionale adottata dalla Corte di giustizia ridiscende negli ordinamenti degli Stati membri mediata dall'azione del legislatore.

È il caso, ad esempio, dell'*organismo di diritto pubblico*, nozione delineata dalla Corte di giustizia (1988)¹² sulla base di quanto previsto nell'ordinamento francese¹³, poi suggellata nella direttiva 89/440/CEE¹⁴ e di lì trasposta nell'ordinamento italiano¹⁵ (dove era sconosciuta)¹⁶.

¹¹ G.A. BENACCHIO, *Diritto privato dell'Unione Europea. Fonti, modelli, regole*, Padova, 2013, VI ed., 150.

¹² Cfr. sentenza della Corte di giustizia, C-31/87, 20 settembre 1988, *Gebroeders Beentjes*, in *Racc. p.I-4635*, pt. 12.

¹³ G. MARCHEGIANI, *La nozione di Stato inteso in senso funzionale nelle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici e sua rilevanza nel contesto generale del diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2002, 6, 1237.

¹⁴ Cfr. Direttiva 89/440/CEE del Consiglio del 18 luglio 1989 che *modifica la direttiva 71/305/CEE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici*, pubblicata nella G.U.C.E. L 210 del 21 luglio 1989.

¹⁵ Cfr. art. 2, co. 1, del d.lgs. 19 dicembre 1991, n. 406 di *Attuazione della direttiva 89/440/CEE in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici*, pubblicato nella Gazz. Uff.,

Il giudice di Lussemburgo, dunque, adotta la soluzione dell'ordinamento francese per stabilire il principale criterio di riconoscimento dell'organismo di diritto pubblico (*l'essere funzionale al soddisfacimento di esigenza di interesse generale*). Nel nostro caso, però, la stessa soluzione prima di transitare negli ordinamenti degli Stati attraverso le decisioni dei giudici nazionali, che si adeguano al principio enunciato dalla Corte di giustizia, è stata formalmente recepita dal legislatore che si è interposto nella fase discendente.

Al contrario, nella cd. circolazione spontanea le regole non entrano nell'ordinamento giuridico degli Stati perché imposte dal diritto dell'Unione, ma perché è il giudice nazionale a farlo di propria iniziativa, senza alcun vincolo derivante dall'appartenenza all'Unione europea.

Questo secondo percorso di circolazione è meno frequente del primo e costituisce “segno evidente del formarsi di una coscienza giuridica europea” che allinea gli ordinamenti nazionali attorno a un nucleo comune e sollecita i giudici nazionali ad integrare le lacune del proprio diritto attingendo alle soluzioni della Corte e dei giudici degli altri Stati membri.

Presupposto per tale circolazione delle regole è la conoscenza dei diritti degli altri Stati membri, come pure l'attitudine alla comparazione fra le interpretazioni delle Corti nazionali; entrambi detti fattori, conoscenza e attitudine, concorrono a rafforzare non solo la costruzione di un diritto europeo integrato¹⁷ ma anche la realizzazione degli obiettivi della politica europea degli appalti pubblici.

Non va sottaciuto, infine, che l'adesione ai principi della Corte molte volte permette ai giudici nazionali di discostarsi dagli indirizzi dominanti nell'ordinamento di appartenenza, indicando percorsi totalmente o parzialmente nuovi. Le pronunce del giudice europeo, dunque, sollecitano l'innovazione nei sistemi nazionali e, al contempo, la riconducono all'interno di un rapporto d'indispensabile unitarietà / sussidiarietà con l'ordinamento dell'Unione.

3. Tratti caratterizzanti l'applicazione delle regole per via giurisprudenziale: la diversità

L'analisi dell'attività di interpretazione e applicazione delle regole europee da parte

27 dicembre, n. 302; norma ora abrogata e presente nel nuovo *Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione*.

¹⁶ Cfr. P.M. CHITI, *L'organismo di diritto pubblico e la nozione di amministrazione aggiudicatrice*, Bologna, 2000, 7 ss., il quale afferma che “per quanto ogni sviluppo di diritto comunitario sia normalmente frutto di un moto circolare di influenze tra i diritti nazionali e il diritto comunitario stesso, appare impresa vana ricercare nel diritto italiano significativi antecedenti di questa nozione e della complessa problematica che essa esprime”.

¹⁷ In questi termini cfr. M.E. COMBA, *L'esecuzione delle opere pubbliche*, cit., 16 ss., il quale osserva che “la decisione di una Corte nazionale in materia di appalti pubblici non può ovviamente vincolare le altre Corti nazionali, ma dovrebbe essere considerata come un'autorevole fonte di persuasione”. L'autore, inoltre, rileva che il dialogo fra le Corti degli Stati sia ancora pratica rara “se non del tutto inesistente” in particolare nel settore degli appalti pubblici. Sul tema, in senso conforme, cfr. G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti*, Bologna, 2010, 119 ss.

dei giudici nazionali evidenzia un altro aspetto rappresentato dalla diversità delle soluzioni adottate; diversità che in parte sono giustificate dai differenti orientamenti delle Corti nazionali sulle questioni di interesse europeo, in parte riflettono differenze di sistema che rinviano alle tradizioni giuridiche di appartenenza.

Ne è dimostrazione il fatto che talvolta le sentenze della Corte di giustizia assumono notorietà solo in alcuni Stati, senza suscitare clamore in altri, a causa del diverso impatto che provocano.

Nella sentenza Alcatel, ad esempio, la Corte impone all'amministrazione austriaca l'adozione di atti provvedimenti per la scelta dell'impresa che ha partecipato alla procedura di aggiudicazione. Il principio giuridico definito in questa decisione assume rilevanza soprattutto negli ordinamenti che non conoscono la previsione di un provvedimento di aggiudicazione (inteso quale atto suscettibile di impugnazione); non ne ha o ne ha in misura molto inferiore in altri ordinamenti, come quello italiano, dove questi atti fanno già parte del diritto interno degli appalti pubblici.

Le diversità, per altro, non sorprendono; è noto, infatti, il pluralismo delle posizioni giurisprudenziali ed anzi tale varietà spesso è ricondotta ad una situazione quasi fisiologica della funzione giurisprudenziale, in quanto espressione della dialettica interna che le è propria.

Del resto se accettiamo che vi siano pluralità di interpretazioni fra le Corti di uno stesso ordinamento, riesce difficile non accettarle in un contesto articolato quale è quello dell'Unione europea.

Né queste diversità vanno valutate necessariamente in termini negativi. In molti casi, anzi, l'interpretazione del giudice nazionale si differenzia da quelle dei giudici di altri Stati allo scopo di facilitare l'ingresso nel proprio ordinamento della regola comunitaria.

Il punto è ben evidenziato da chi¹⁸ sottolinea la distinzione fra "diversità rispettate" e "diversità coltivate". Le prime riguardano l'azione della Corte di giustizia che, quando incide sui sistemi nazionali, tende a circoscrivere la propria decisione strettamente al caso specifico; le seconde, invece, sono espressione della propensione negli ordinamenti nazionali a trovare comunque soluzioni di adeguamento alle regole europee in linea con le tradizioni di diritto interno.

Le esemplificazioni riferite al settore degli appalti pubblici sono numerose.

Particolarmente significativi sono i casi riguardanti le nozioni di *organismo di diritto pubblico*, di *partenariato pubblico-privato* e *pubblico-pubblico*, di *affidamento in house*, la cui definizione progressivamente affidata all'azione della Corte di giustizia non sempre ha trovato corrispondenza nelle interpretazioni effettuate dai giudici nazionali.

In alcuni casi, come per l'*in house*, la nozione stessa ha avuto origine e si è sviluppata in forza della giurisprudenza europea e solo recentemente, nell'ambito

¹⁸ D. DE PRETIS, *La tutela giurisdizionale amministrativa in Europa fra integrazione e diversità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 1 ss.

delle nuove direttive sugli appalti e sulle concessioni, si sono poste le basi per un riconoscimento normativo.

Altre volte i distinguo operati dai giudici nazionali sono tali da alterare e/o creare attriti con le interpretazioni e i principi stabiliti dalla Corte.

Ciò è avvenuto, ad esempio, in tema di affidamenti *in house* alle società miste, allorché sono emerse posizioni contrastanti all'interno del Consiglio di Stato¹⁹ e non conformi agli orientamenti della Corte.

Altre volte ancora, i distinguo operati dai giudici nazionali rispetto alle interpretazioni della Corte anticipano (fors'anche sollecitano) soluzioni giuridiche che possono essere recepite dal legislatore europeo e/o dalla stessa Corte.

Un caso significativo, ad esempio, riguarda il principio della separazione dei criteri impiegati per la selezione qualitativa dei partecipanti alle gare dai criteri per la valutazione delle offerte.

In Italia, tuttavia, l'interpretazione del principio effettuata dai giudici è stata meno rigorosa. Si è ritenuto possibile, infatti, discostandosi dall'interpretazione della Corte, sovrapporre le due tipologie di criteri.

La soluzione del giudice nazionale trova conferma nella nuova direttiva sugli appalti che formalizza il superamento del principio di separazione e ridefinisce sul punto la giurisprudenza della Corte.

4. (segue): la spinta all'innovazione

I temi fin qui trattati - le specificità delle regole di matrice giurisprudenziale, il ruolo della Corte nel processo di europeizzazione dei sistemi nazionali, la diversità delle interpretazioni dei giudizi nazionali a fronte della medesima regola - presentano un tratto comune che, più di altri, contraddistingue l'azione della Corte di Lussemburgo, vale a dire la sua capacità di innovazione delle regole.

In tal senso sono particolarmente esemplificative le pronunce della Corte che hanno progressivamente liberalizzato (a) le modalità di aggiudicazione e (b) i criteri di valutazione delle offerte.

Quanto alle modalità di aggiudicazione, la Corte, fin dagli anni '80 del secolo scorso, ha stabilito che nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici la selezione delle offerte possa avvenire con la modalità del "massimo ribasso" o "dell'offerta economicamente più vantaggiosa", negando la conformità con il diritto comunitario di norme nazionali che vincolano all'utilizzo dell'una o dell'altra modalità.

Così nel caso *Sintesi Spa*²⁰ la Corte dichiara che il diritto europeo non legittima

¹⁹ Era controverso infatti se per affidare direttamente un servizio o un appalto pubblico ad una società mista questa dovesse essere partecipata *in via maggioritaria* (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 18 settembre 2003, n. 5316; Consiglio di Stato, Sez. V, 19 settembre 2000 n. 4850) o *in via totalitaria* dal capitale pubblico (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 19 febbraio 2004 n. 679 e nello stesso senso Consiglio di Stato, sez. V, primo luglio 2005 n. 3672, Consiglio di Stato, sez. V, 22 aprile 2004 n. 2316).

²⁰ Sentenza CGCE, sez. II, del 7 ottobre 2004, causa C-247/02, *Sintesi SpA*, in *Racc.* 2004 I-09215.

norme nazionali (nella fattispecie l'art. 21, co. 1 e 2, della legge italiana 11 febbraio 1994 n. 109, Legge Merloni) che impongono alle amministrazioni di ricorrere unicamente al criterio del prezzo più basso per l'aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici. I giudici europei, pur non disconoscendo una serie di vantaggi riconducibili alla modalità di aggiudicazione effettuate col massimo ribasso (speditezza, trasparenza, oggettività, etc.), chiariscono che spetta alle stazioni appaltanti scegliere quella più idonea alle caratteristiche della gara²¹.

Quanto ai criteri di valutazione delle offerte, l'azione interpretativa della Corte di giustizia è passata dal ritenere tassativo l'elenco dei criteri riportato nelle direttive di prima generazione al dichiararlo soltanto esemplificativo e rimettendo l'individuazione di ulteriori criteri alla discrezionalità delle stazioni appaltanti.

L'evoluzione giurisprudenziale descritta, protrattasi per oltre 15 anni, talvolta ha preceduto e condizionato in modo più o meno esplicito l'attività del legislatore europeo.

Ciò è avvenuto, per esempio, con le direttive di terza generazione. Il primo considerando della direttiva 2004/18/CE rileva espressamente che l'elaborazione del testo della direttiva “è basata sulla giurisprudenza della Corte di giustizia, in particolare sulla giurisprudenza relativa ai criteri di aggiudicazione che chiarisce le possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di soddisfare le esigenze della pubblica amministrazione, tra l'altro in materia ambientale e sociale...”.

Anche la nuova direttiva sugli appalti (2014) conferma le decisioni della Corte in tema di criteri per la valutazione delle offerte; in particolare, viene riconosciuta la possibilità di considerare fra i criteri di valutazione i “costi del ciclo di vita” dei beni oggetto dell'appalto.

5. Percorsi per l'analisi giurisprudenziale nel processo di europeizzazione (cenni).

Nell'arco di oltre quarant'anni le decisioni della Corte di giustizia e dei giudici nazionali hanno condizionato intensamente la legislazione e il funzionamento del sistema italiano di contrattazione pubblica, svolgendo un ruolo decisivo di rinnovamento.

Il processo di europeizzazione delle regole nazionali in materia di appalti pubblici ha ridefinito, anche con il contributo insostituibile delle Corti, l'impostazione della disciplina italiana, non solo verso 'il basso' sulle prassi e le regole nazionali di dettaglio ma anche verso 'l'alto' modificando la *ratio* stessa degli interventi del legislatore italiano.

L'impulso euro-unitario ha scardinato l'impianto classico delle norme e delle procedure nazionali. Con l'avvento delle direttive comunitarie di prima e di

²¹ La Corte chiarisce che la fissazione in termini generali ed astratti di un'unica modalità di aggiudicazione priva le amministrazioni della possibilità di prendere in considerazione la natura e le caratteristiche peculiari di ogni singolo appalto e conseguentemente di scegliere la soluzione più adatta in relazione alla natura dell'appalto e all'obiettivo di garantire l'individuazione della miglior offerta; cfr. sentenza CGCE, C-247/02, cit., pt. 40.

seconda generazione, “la finalità, l’intera logica della disciplina degli appalti pubblici si è trasformata, in adesione ai principi europei, da quella della tutela primaria dell’interesse dell’amministrazione a quella della libera circolazione e della concorrenza” e “l’interesse alla tutela della concorrenza appare prevalente rispetto al quello della tutela dell’amministrazione”. L’osservazione pienamente condivisibile ed efficace nella sua sinteticità, rispecchia quello che è stato, e che è tuttora, il fondamentale obiettivo della normativa europea in materia di appalti pubblici.

Come è stato rilevato, dunque, il sistema legislativo nazionale è passato da una concezione unipolare attenta alla tutela di un unico momento di interesse (la salvaguardia del corretto agire e trasparente operare dell’amministrazione) ad una bipolare, nella quale gli estremi sono, da una parte, la tutela dell’amministrazione pubblica e, dall’altra, la tutela del mercato. Sul cambiamento ha influito profondamente l’azione di *rules makers* dei giudici europei. Si pensi, ad esempio: alla progressiva estensione del campo di applicazione soggettivo e oggettivo delle regole europee; al tema della partecipazione alle gare, con le conseguenti garanzie di pubblicità, alla tipizzazione delle procedure, alla liberalizzazione dei criteri di aggiudicazione; alle forme di responsabilità e all’effettività dei mezzi di tutela, etc. Molte volte, inoltre, le decisioni della Corte hanno innescato ulteriori reazioni e processi di aggiustamento tali da spianare la strada a esiti giuridici difficilmente prevedibili; vale per tutti l’esempio dell’*in house providing* che da fattispecie giurisprudenziale di natura eccezionale e derogatoria sta legittimandosi come modello organizzativo di collaborazione fra le amministrazioni codificato dal legislatore nelle nuove direttive.

V’è in quanto fin qui riportato la percezione di quel continuo divenire giuridico che possiamo ben rappresentare con la definizione di giurisprudenza “liquida”, parafrasando il pensiero del filosofo Zygmunt Bauman, vale a dire come fattore determinante una condizione di instabilità e continuo divenire giuridico che penetra negli ordinamenti degli Stati membri e smussa, modifica, orienta l’azione di legislatori, giudici e operatori.

Proseguendo nella parafrasi del pensiero di Bauman condividiamo l’idea di una sempre maggiore difficoltà nel governare e/o prevedere l’evoluzione di un sistema giuridico interconnesso, erratico e mobile al punto da scompaginare o comunque rendere più complessa qualsiasi valutazione preliminare su risultati e obiettivi finali.

Di qui l’importanza di cogliere repentinamente i cambiamenti di direzione e le traiettorie giuridiche di riferimento che emergono anche dalla giurisprudenza della Corte e dei giudici nazionali.

In tal senso proprio dalla dialettica tra le Corti si possono più facilmente trarre indicazioni e spunti per nuove soluzioni giuridiche e percorsi di ricerca da svolgere anche (e soprattutto) in chiave comparativa.