



SOCIETÀ E DIRITTI - RIVISTA ELETTRONICA 2017 ANNO II N.3.

Il fondamento teorico del diritto inteso come norma e struttura nel pensiero di Alessandro Catelani



di Michele Cozzio pp. 59-80 articolo rivisto



SOCIETÀ E DIRITTI - RIVISTA ELETTRONICA ANNO 2017, II, N.3

Il fondamento teorico del diritto inteso come norma e struttura nel pensiero di Alessandro Catelani | di Michele Cozzio pp. 59-80 articolo rivisto

IL FONDAMENTO TEORICO DEL DIRITTO INTESO COME NORMA E STRUTTURA NEL PENSIERO DI ALESSANDRO CATELANI

di Michele Cozzio

Abstract

European law is the basis for legal changes. Categories of European law concepts and tools contribute to the creation and dissemination of principles, rules and practices that circulate more quickly into national legislation. The author with comparative method provides examples of such developments in the area of public procurement

Key words: Legal chance, Europe, judicial interpretation

Riassunto

Il diritto europeo è causa di buona parte dei fenomeni di mutazione giuridica che si compiono negli Stati membri. Categorie, concetti e strumenti del diritto europeo concorrono alla creazione e diffusione di principi, regole e prassi che circolano sempre più velocemente negli ordinamenti nazionali. Le mutazioni derivanti da questo processo impattano anche sulla connotazione dei formanti sollecitando la rilettura di impianti dogmatici e ordinatori ritenuti consolidati. Di tale verifica proponiamo alcuni spunti tratti dal settore degli appalti pubblici e svolti con gli strumenti della comparazione giuridica

Parole chiave: mutamento giuridico, Europa, interpretazione giurisprudenziale.

Docente a contratto presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento, dottore di ricerca in Studi Giuridici Comparati ed Europei (Università di Trento) - michele.cozzio@unitn.it

1- *Dinamicità delle regole, dei sistemi e delle fonti*

Ogni ambito della vita sociale ed economica è soggetto a regole in perpetuo mutamento, raggruppate in sistemi giuridici che a loro volta “non giacciono mai”, “diventano in continuazione” (Gambaro e Sacco 1996: 20).

Le ragioni di tanto dinamismo sono le più diverse, potendosi ricondurre a pulsioni economiche, emergenze sociali, avvenimenti storico-politici, evoluzioni tecnologiche e numerosi altri fattori, operanti anche in maniera sincrona. Un contesto *liquido* nel quale spetta al giurista (e non solo) orientarsi seguendo nuove traiettorie e cambiamenti di direzione che possono portare a ridefinire modelli, regole e soluzioni altrimenti ritenute consolidate.

Diversi sono anche i processi di mutazione delle regole. Possono avvenire, ad esempio, mediante *trasferimento o trapianto* di soluzioni da altri sistemi (“la più fertile fonte di sviluppo di un sistema giuridico”) (Watson 1984: 83), *imitazione*, utilizzo di strumenti di *avvicinamento*, combinazione parziale di tutte queste modalità. Si tratta di soluzioni differenti, il cui tratto comune è dato dall’essere ognuna rappresentazione del più ampio fenomeno della circolazione di modelli giuridici (Sacco 1988: 365-370).

Diversi, infine, sono gli intervalli di tempo in cui si consumano tali mutazioni. Se nel passato remoto il divenire dei sistemi giuridici era l’esito di processi lenti, difficile da cogliere nell’arco di una o più generazioni, con l’avvento della storia contemporanea assistiamo a “mutazioni rivoluzionarie” (Gambaro e Sacco 1996: 21) che agiscono nel volgere di pochi anni tanto a livello di sistema quanto di specifiche soluzioni. La velocizzazione della vita sociale ed economica, e con essa del divenire delle regole, costituisce non a caso uno degli elementi che più caratterizzano la modernità (Rosa 2015: 5-32).

In alcuni settori i processi di mutazione delle regole si manifestano anticipatamente e con intensità maggiore rispetto ad altri. I prodotti giuridici che si formano, lungi dall’essere assolutamente puri, sono il risultato di interconnessioni, contaminazioni, processi di trapianto e imitazione (Casucci 2012: 19). Sono settori connotati da più forte dinamismo, dunque privilegiati per il trapianto e la sperimentazione di nuove regole, nonché per lo studio delle reazioni e degli aggiustamenti che ne derivano.

Se assumiamo quale prospettiva di osservazione la microcomparazione a livello europeo, risulta particolarmente esemplificativo il settore degli appalti pubblici, oggetto negli ultimi decenni di un massiccio e incisivo processo di *europizzazione* dei sistemi nazionali ad opera dell’Unione. Con riferimento al sistema italiano, “l’irrompere” delle regole europee in questo settore ha rappresentato e tuttora costituisce “la componente largamente più significativa della sua evoluzione” (Mastragostino e Trenti 2014: 2).

Vero è che l’europizzazione, intesa come “progressiva erosione delle peculiarità nazionali mediante l’innesto di nuovi elementi di impronta europea” (Benacchio 2016: 27), caratterizza

ormai moltissimi settori, tanto nell'area del diritto privato (concorrenza, società, consumatori, banche, assicurazioni etc.), quanto del diritto pubblico-amministrativo (ambiente, servizi di interesse generate, immigrazione, trasporti etc.) ed altre aree ancora quali il diritto penale, del lavoro, della proprietà industriale etc. ma, tra tutti, il sistema italiano degli appalti pubblici, per come evoluto a seguito dell'affermazione dei principi e delle regole europee, costituisce "una delle maggiori dimostrazioni della progressiva compenetrazione dell'ordinamento italiano con quello europeo" (Chiti 2001: 2).

A monte di questo processo di europeizzazione v'è la formazione di un vero e proprio *diritto europeo degli appalti pubblici* quale risultato di un processo pluridecennale di accumulazione. Nei sessant'anni trascorsi dalla firma dei Trattati di Roma, infatti, è venuto formandosi un articolato *corpus* di principi e regole, *in parte* ancorate alle disposizioni riguardanti le libertà economiche fondamentali¹ e ai principi derivanti in tema di parità di trattamento, trasparenza e pubblicità, proporzionalità e mutuo riconoscimento; *in parte* dettagliate da un'imponente serie di direttive - quattro generazioni (Benacchio 2012: 3-28) - adottate a partire dagli anni Settanta del secolo scorso; *in parte*, infine, arricchite dall'attività di interpretazione, controllo e unificazione della Corte di giustizia.

Il configurarsi di un diritto europeo degli appalti pubblici ha numerose conseguenze, tutte rilevanti. Si può fare riferimento, in primo luogo, alla *moltiplicazione* delle fonti e delle regole con le quali il legislatore interno e gli operatori devono misurarsi (Trattati, regolamenti, direttive, decisioni, sentenze della Corte di giustizia, *soft law* della Commissione), compito non sempre agevole considerato che il sistema europeo incide non solo su aspetti *micro* riguardanti singoli istituti e soluzioni, ma anche su aspetti *macro* di impostazione dei sistemi nazionali (Cozzio 2017: §2).

In secondo luogo, non va sottaciuto che proprio dal confronto tra sistema europeo e italiano degli appalti pubblici sono originati concetti e principi di più ampia portata (efficacia diretta, primazia, interpretazione conforme, disapplicazione, effetto utile etc.) ora posti a presidio dei rapporti tra i due ordinamenti; concetti e principi che impongono la rilettura e l'interpretazione delle regole interne non più esclusivamente in chiave nazionale ma europea.

Anche dalla sfera prosaica degli appalti pubblici, dunque, si possono trarre spunti e argomenti per contribuire alle riflessioni *sulla struttura e sulla forma del diritto* presenti nel volume di Catelani.

¹ La *libera circolazione delle merci* (art. 34 TFUE), la *libertà di stabilimento* (artt. 49-55 TFUE), la *libera prestazione di servizi* (artt. 56-62 TFUE), il *divieto generale di discriminazione* (art. 18 TFUE) e le norme sulla *concorrenza* (artt. 101-109 TFUE).

La positiva ricerca di Catelani ci induce a procedere oltre nell'indagine, e domandarci se l'emersione del diritto europeo degli appalti pubblici, con i suoi obiettivi, gli strumenti e le soluzioni che tanta importanza hanno avuto (ed hanno) nell'evoluzione del sistema nazionale, ben si adatta all'impianto dogmatico e ordinatorio proposto dall'Autore oppure solleciti una sua rivisitazione. Di tale verifica, nei limiti del presente contributo, proponiamo alcuni spunti, ponte per ulteriori approfondimenti o percorsi di ricerca da svolgere anche (e soprattutto) con gli strumenti della comparazione giuridica.

2- Direttive europee, norme giuridiche di natura categorica e norme pregiudiziali di natura ipotetica

Una prima riflessione riguarda le *direttive*, il principale strumento giuridico utilizzato dal legislatore europeo per la costruzione di un quadro normativo comune e la armonizzazione dei sistemi nazionali degli appalti pubblici.

Non vi sono dubbi sul fatto che le direttive costituiscono atti giuridici vincolanti. A seguito delle modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona (in vigore dal 1° dicembre 2009) sono qualificate espressamente come *atti legislativi* in quanto "atti giuridici adottati mediante procedura legislativa ordinaria" (art. 289, par. 3, TFUE), differenziandosi così dalla categoria degli *atti non legislativi* (raccomandazioni e pareri), che sono non vincolanti, privi di efficacia obbligatoria o comunque non produttivi di effetti giuridici (Mori 2014: 2250). Le direttive dell'Unione costituiscono, dunque, *fonti formali di norme giuridiche* i cui effetti sono diretti verso gli Stati membri e gli ordinamenti nazionali.

A caratterizzare le direttive è soprattutto il modo con cui dispongono vincoli imperativi. Esse, infatti, impegnano gli Stati membri solo per quanto riguarda determinati *obiettivi* o *risultati* da raggiungere, lasciandoli liberi in merito alla *forma* e ai *mezzi* con cui conseguirli (art. 288, par. 2, TFUE).

Spetta agli Stati trasporre tali obiettivi nel proprio ordinamento. La tipologia dell'atto per la trasposizione non è rilevante per l'Unione europea, purché sia in grado di vincolare l'apparato amministrativo e giudiziario. Né è rilevante il contenuto dell'atto, purché sia in grado di conseguire gli obiettivi posti dalla direttiva.

Ad esempio, se si vuole che gli Stati introducano delle regole per stabilire che una certa fattispecie contrattuale debba contenere determinati elementi o rispondere a determinati requisiti (come, ad es., una forma determinata), sarà sufficiente che una direttiva dica che gli Stati dovranno fare in modo che quel contratto, in mancanza della forma prescritta, "non produca effetti" tra le parti. Ciascuno Stato membro sarà poi libero di decidere, in fase di

attuazione della direttiva, se sia meglio utilizzare lo strumento della nullità, oppure della annullabilità, oppure se la nullità debba essere assoluta o relativa. Poco importa all'Unione europea lo strumento giuridico, il mezzo prescelto; ciò che importa è il fine, il risultato, vale a dire l'impossibilità per il contratto, che non rivesta una determinata forma, di produrre effetti tra le parti (Benacchio 2007: 616).

Vi è, dunque, un'attività normativa che si realizza in più fasi: prima a livello europeo con l'adozione della direttiva e la definizione di obiettivi comuni, poi a livello nazionale con l'adozione delle misure di trasposizione (e il perseguimento degli obiettivi).

La circostanza che permangano margini di discrezionalità per la trasposizione degli obiettivi europei negli ordinamenti nazionali permette di superare con maggiore facilità le posizioni degli Stati membri restii ad approvare (a Bruxelles) regole poi applicabili nei rispettivi ordinamenti senza avere la possibilità di apportare aggiustamenti e modifiche. Al contempo, quelli stessi margini di discrezionalità rendono possibili divergenze, anche marcate, nelle normative nazionali con ripercussioni sulla capacità di conseguire gli obiettivi comuni in tutti gli ordinamenti nazionali.

Le direttive sono pertanto lo strumento che il legislatore europeo utilizza quando ritiene sufficiente una *armonizzazione* delle legislazioni nazionali, senza dover ricorrere ad una più profonda e completa uniformazione delle regole di diritto. (Benacchio 2016: 17)

Scopi e limiti di una politica legislativa dell'armonizzazione così attuata sono rilevabili, ad esempio, dai *considerando* introduttivi della direttiva 71/305/CEE in tema di lavori pubblici, a mente dei quali "la realizzazione simultanea della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi in materia di appalti di lavori pubblici [...] richiede [...] il coordinamento delle procedure nazionali di aggiudicazione di tali appalti" e tale coordinamento "deve rispettare per quanto possibile le procedure e le prassi in vigore in ognuno degli Stati membri" (considerando 1 e 2).

Anche nelle direttive del 2014², pur caratterizzate da un più elevato grado di precisione e analiticità (nel senso cd. dell'*armonizzazione massima*)³, non mancano parti dell'articolato

² Particolarmente le direttive 2014/24/UE *sugli appalti pubblici* e 2014/25/UE *sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali*, pubblicate nella G.U.U.E. L 94 del 28 marzo 2014.

³ Quando il legislatore europeo interviene con direttive e obiettivi di *armonizzazione massima* gli Stati membri non possono discostarsi dalle indicazioni fissate nella norma europea, in questo modo viene limitata fortemente la possibilità del legislatore nazionale di modificarne i contenuti. Si consideri, in via esemplificativa, il tema dei requisiti che sono richiesti alle imprese per la partecipazione alle gare di aggiudicazione dei contratti. Sul punto i riferimenti alla capacità economica e finanziaria richiesta agli operatori si traducono in una puntigliosa precisazione dei requisiti ("le amministrazioni possono esigere che gli operatori economici abbiano un determinato fatturato minimo annuo, compreso un determinato fatturato minimo nel settore di attività oggetto dell'appalto [...] possono esigere che gli operatori economici forniscano informazioni riguardo i conti annuali che evidenzino i rapporti, ad esempio, tra attività e passività") (art. 58, par. 3, dir. 2014/24/UE), identificati anche con espliciti

che si limitano all'enunciazione in termini generali degli obiettivi comuni (*rectius*: delle regole), ai quali faranno riferimento i legislatori nazionali nella fase di trasposizione. È il caso, ad esempio, delle norme poste dalla direttiva 2014/24/UE sul conflitto di interessi nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici. Nell'articolato si fa riferimento al fatto che: “Gli Stati membri provvedono affinché le amministrazioni aggiudicatrici adottino misure adeguate per prevenire, individuare e porre rimedio in modo efficace a conflitti di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione in modo da evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la parità di trattamento degli operatori economici” (art. 24, 1° comma, dir. 2014/24/UE). Sullo stesso tema non offre maggiori precisazioni il considerando posto nel preambolo della direttiva: “Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero avvalersi di tutti i possibili mezzi a loro disposizione ai sensi del diritto nazionale per prevenire le distorsioni derivanti da conflitti di interesse nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici. Tra questi potrebbero rientrare le procedure per individuare, prevenire e porre rimedio a conflitti di interesse” (considerando 16, dir. 2014/24/UE).

I *considerando* riportano la motivazione della direttiva e si inseriscono nel testo prima dell'articolato. La motivazione inizia con le parole “considerando quanto segue:”, prosegue con punti numerati, ed è redatta con enunciati non precettivi ben distinti da quelli impiegati nell'articolato. Ogni *considerando* è numerato, allo scopo di garantire maggiore chiarezza e agevolare i riferimenti sia prima che dopo l'adozione del testo (UE 2015: 23). I *considerando* “hanno modificato nel tempo la propria natura e funzione, nel senso che da parti del documento in cui si ricava la motivazione [...] tendono a configurarsi come istituto che esprime la mediazione tra le posizioni dei vari Stati membri, soprattutto la dove uno degli attori non sia riuscito a far tradurre in una prescrizione vincolante la propria linea politica. Vero è che [...] *dai considerando di una direttiva* è possibile desumere indicazioni sull'intenzione del legislatore e sul significato da attribuire alle sue disposizioni” (Fracchia 2016: 15, mio il corsivo). Sul tema viene ricordato che “i *considerando* delle direttive non sono mere relazioni esplicative, ma hanno un precisa valenza regolatoria quale parte integrante e sostanziale del testo normativo” (Chiti 2016: 438). La Corte di giustizia ha chiarito che i *considerando* non possono contenere disposizioni normative: “*the preamble to a Community act has no binding legal force and cannot be relied on as a ground for derogating from the actual provisions of the act in question*” (CGUE, 19 novembre 1998, C-162/97, Nilsson).

Sulla base di questi tratti connotanti ci si chiede se le direttive europee corrispondano alle “norme giuridiche” indicate da Catelani e, in particolare, se si possano far rientrare nell'ambito delle “norme giuridiche di natura categorica” (Catelani 1998: 32), recanti ordini imperativi

riferimenti quantitativi (“il fatturato minimo annuo che gli operatori devono avere non supera il doppio del valore stimato dell'appalto”) (art. 58, par. 3, dir. 2014/24/UE).

incondizionati, quindi con l'obbligo per il destinatario di ottemperare. Oppure, se si possano far rientrare nell'ambito contrapposto delle "norme non giuridiche o pregiuridiche di natura ipotetica" (Catelani 1998: 34), laddove l'ordine imperativo, in quanto ipotetico, è rimesso all'adesione spontanea del destinatario. Richiamando le indicazioni dell'Autore: "nell'imperativo ipotetico si comanda alcunché allo scopo di condizionare l'agire del singolo in vista del raggiungimento di un certo scopo [...] nella norma ipotetica tale obbligo [...] è condizionato dall'intento di raggiungere certi obiettivi". "Il soggetto è libero di seguire o meno quelle norme, ma le deve seguire se vuole raggiungere certi scopi [...]. Spesso il singolo, qualora vuole raggiungere un utile, deve tenere un certo comportamento. Ebbene, il precetto che gli impone tale comportamento, quale condizione per il raggiungimento dello scopo corrispondente, è l'imperativo ipotetico" (Catelani 1998: 34).

A fronte di tale ripartizione ordinatoria non è sempre certa la categoria di riferimento per le direttive. Sulla base della qualificazione operata nel TFUE si potrebbe essere indotti a farle rientrare tra gli atti normativi del primo tipo (recanti imperativi categorici o incondizionati). Va chiarito, tuttavia, che le direttive, in linea di principio, non sono in grado di attribuire direttamente diritti in capo alle persone fisiche o giuridiche. Gli eventuali diritti da esse stabiliti possono essere concretamente attribuiti alle persone esclusivamente dal destinatario delle direttive, vale a dire lo Stato, attraverso una normativa di recepimento. Esse, infatti, si rivolgono esclusivamente allo Stato ("la direttiva vincola lo Stato membro"), cui spetta trasporle "con le forme e con i mezzi più idonei a garantire l'efficacia reale"⁴, corrispondendo "pienamente alle esigenze di chiarezza e di certezza delle situazioni giuridiche volute"⁵ dal legislatore europeo.

Così, se un cittadino potesse ricevere qualche vantaggio dalle norme di una direttiva e quest'ultima non venisse trasposta dal legislatore nazionale, l'amministrato non potrebbe fare altro che lamentarsi nei confronti dello Stato per la sua protratta inadempienza, ma non potrebbe esercitare il diritto contenuto nella direttiva (Benacchio 2007: 616).

Di qui le difficoltà nell'indicare la categoria ordinatoria di 'appartenenza' delle direttive, dovute alla mancanza di effetti diretti delle stesse negli ordinamenti nazionali e all'*assenza di strumenti di coercizione diretta*. Il Trattato FUE, infatti, non attribuisce alle Istituzioni europee strumenti adeguati per ottenere, anche coattivamente, l'adeguamento dei diritti interni alle prescrizioni di Bruxelles, ad eccezione della possibilità, introdotta soltanto con il Trattato di Maastricht del 1992, di infliggere sanzioni pecuniarie allo Stato membro che non abbia dato esecuzione ad una precedente sentenza di condanna per inadempimento. A fronte della mancata trasposizione della direttiva, dunque, si potrà soltanto esercitare una procedura

⁴ Sentenza CGCE, 8 aprile 1976, C-48/75, *Royer*, ECLI:EU:C:1976:57.

⁵ Sentenza CGCE, 6 marzo 1980, C-102/79, *Commissione vs. Belgio*, ECLI:EU:C:1980:120.

di fronte alla Corte di giustizia diretta ad accertare l'inadempimento dello Stato con la richiesta di una condanna al pagamento di una sanzione pecuniaria per avere violato gli obblighi posti dai Trattati. La sanzione pecuniaria non è, comunque, alternativa e sostitutiva alla mancata trasposizione delle direttive; anche in presenza di una sanzione pecuniaria lo Stato rimane pur sempre vincolato a trasporre il contenuto della direttiva.

Sul tema va registrato l'intervento, in parte risolutivo, della Corte di giustizia, a partire da una nota sentenza del 1974 (*van Duyn*, C-41/74). In quella circostanza i giudici hanno stabilito che se è vero che il Trattato attribuisce espressamente il carattere di diretta applicabilità ai *regolamenti* questo non significa che altre categorie di atti contemplate dal Trattato, e quindi anche le direttive, non possano mai produrre effetti analoghi. In particolare, la sentenza chiarisce che "nei casi in cui le autorità *dell'Unione* abbiano, mediante direttiva, obbligato gli Stati membri ad adottare un determinato comportamento, la portata dell'atto sarebbe ristretta se i singoli non potessero far valere in giudizio la sua efficacia e se i giudici nazionali non potessero prenderlo in considerazione come norma di diritto *européo*" (pt. 12, mio il corsivo)⁶.

Sulla base di questa premessa la Corte è andata via via individuando i presupposti perché le direttive possano avere effetti diretti negli ordinamenti nazionali, ad esempio, quando contengono obblighi *assoluti e incondizionati* che non richiedono alcun provvedimento di trasposizione da parte degli Stati membri; quando tali obblighi sono *incondizionati e sufficientemente precisi*; quando si limitano a dare attuazione ad obblighi *pienamente vincolanti* già sanciti nei Trattati.

È stata proprio la carenza di efficaci strumenti volti a garantire una corretta applicazione delle direttive all'interno dei singoli ordinamenti ad indurre gran parte della dottrina, e più ancora i giudici della Corte di giustizia, ad elaborare sistemi e soluzioni alternative per aggirare l'ostacolo dovuto all'inerzia degli Stati membri nel trasporre le direttive (Benacchio 2016: 89).

In questo modo le soluzioni formulate dalla Corte hanno permesso di superare il *deficit* di vincolatezza delle direttive. Ciò si è reso necessario non tanto per la risoluzione di questioni definitorie quanto per superare i problemi causati dagli Stati membri non sempre precisi e solleciti nel *trasporre* le direttive, quand'anche decisamente contrari a recepire modelli e soluzioni non gradite. Stabilendo che le direttive possono esplicare effetti diretti, anche in mancanza di una norma di trasposizione, la Corte ha imposto a qualunque giudice nazionale di disapplicare eventuali norme interne incompatibili, come pure l'obbligo di concedere ai cittadini quei diritti di cui sarebbero divenuti titolari se la direttiva fosse stata trasposta.

⁶ Sentenza CGCE, 4 dicembre 1974, C-41/74, *Yvonne van Duyn*, ECLI:EU:C:1974:133.

Le indicazioni della Corte permettono probabilmente di risolvere una parte dei dubbi circa la qualificazione delle direttive sulla base della ripartizione proposta da Catelani. La Corte, infatti, ha associato la capacità delle direttive di produrre effetti diretti negli ordinamenti nazionali al modo con il quale sono formulati gli obiettivi che esse pongono. Ciò avviene, ad esempio, quando l'obiettivo è indicato in modo incondizionato e sufficientemente preciso, limitando fortemente la possibilità che l'intervento nazionale (di trasposizione) possa modificarne i contenuti. In questi casi l'obiettivo (*rectius*: la regola) della direttiva si configura come ordine categorico imperativo di tipo appunto incondizionato e immediatamente eseguibile, senza necessita dunque di trasposizione perché già in grado di trovare applicazione negli ordinamenti nazionali. Le direttive o le parti di esse così connotate, dunque, possono essere qualificate alla stregua di norme giuridiche di natura categorica recanti ordini imperativi incondizionati.

È il caso di sottolineare come per tali direttive venga meno il connotato originario di essere strumenti di armonizzazione, risultando piuttosto strumenti di uniformazione, vicini nel contenuto e negli effetti ai regolamenti europei. Le conseguenze di questo 'mutamento di pelle' sono rilevanti. Si considerino, ad esempio, le direttive del 2004 e del 2014 sugli appalti pubblici: le norme formulate in maniera precisa e incondizionata non solo sono numerose ma vertono su aspetti rilevanti, quali le specifiche tecniche, le condizioni di esecuzione dell'appalto, la procedura negoziata, le norme di garanzia della qualità e di gestione ambientale, i criteri di aggiudicazione, le forme e i contenuti della pubblicità, i termini di presentazione delle offerte, etc. (Scalera 2006: 30, Gimeno Feliu 2016: 40).

Nella prassi non è raro che le direttive abbiano un contenuto normativo molto dettagliato [...], carattere che evidentemente riduce i margini di discrezionalità degli Stati membri nella trasposizione e che può avere conseguenze sugli ordinamenti nazionali e sulla sfera giuridica dei singoli nella misura in cui esse possano assumere la stessa portata dei regolamenti. Questa prassi, criticata da alcuni in quanto porterebbe ad eludere la distinzione tra i due tipi di atti, almeno per i casi in cui le istituzioni possono esercitare le loro competenze solo mediante direttive, non è stata mai censurata dalla Corte. Questa ha anzi ritenuto che la competenza lasciata agli Stati membri quanto alla forma e ai mezzi dei provvedimenti che devono essere adottati dagli organi nazionali "è funzione del risultato" [...] e che "una rigorosa identità fra le disposizioni nazionali possa essere indispensabile per raggiungere il risultato richiesto dalla direttiva" (CGCE. 23 novembre 1977, C 38/77, *Enka*, ECLI:EU:C:1977:190) (Mori 2014: 2258).

Per cogliere adeguatamente le differenze tra obiettivi posti con forma di imperativo categorico o di imperativo ipotetico possiamo fare riferimento, in via esemplificativa, alla norma sui motivi di esclusione dalle gare (art. 57, dir. 2014/24/UE).

Nella prima parte la norma elenca una serie di casi tassativi di esclusione che determinano per le amministrazioni aggiudicatrici l'obbligo di garantire il contenuto della direttiva: “1. Le amministrazioni aggiudicatrici escludono un operatore economico dalla partecipazione a una procedura d'appalto qualora abbiano stabilito attraverso una verifica [...] che tale operatore economico è stato condannato con sentenza definitiva per uno dei seguenti motivi: a) partecipazione a un'organizzazione criminale [...]; b) corruzione [...]; c) frode [...]; d) reati terroristici o reati connessi alle attività terroristiche [...] ovvero istigazione, concorso, tentativo di commettere un reato [...]; e) riciclaggio di proventi di attività criminose o finanziamento del terrorismo [...]; f) lavoro minorile e altre forme di tratta di esseri umani [...]. L'obbligo di escludere un operatore economico si applica anche nel caso in cui la persona condannata definitivamente è un membro del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza di tale operatore economico o è una persona ivi avente poteri di rappresentanza, di decisione o di controllo” (art. 57, par. 1, dir. 2014/24/UE).

Nella seconda parte, invece, la norma segnala alcune fattispecie che *possono* essere causa di esclusione, ad esempio se “l'operatore economico è in stato di fallimento” (art. 57, par. 4, lett. b), se “l'amministrazione aggiudicatrice può dimostrare con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, il che rende dubbia la sua integrità” (art. 57, par. 4, lett. c); se “l'operatore economico ha evidenziato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un requisito sostanziale nel quadro di un precedente contratto di appalto pubblico, di un precedente contratto di appalto con un ente aggiudicatore o di un precedente contratto di concessione che hanno causato la cessazione anticipata di tale contratto precedente, un risarcimento danni o altre sanzioni comparabili” (art. 57, par. 4, lett. g). In questi casi l'adesione all'obiettivo posto dalla direttiva è rimessa alla discrezionalità degli Stati esercitabile nella fase di trasposizione. È subito evidente che tali formulazioni non assumono forma di imperativo categorico incondizionato quanto piuttosto di imperativo ipotetico.

Risulta così dimostrato che le direttive pur qualificandosi - secondo la definizione riportata nel TFUE - come atti giuridici vincolanti e quindi fonti formali di norme giuridiche non risultano tutte indistintamente riconducibili alla tipologia delle norme giuridiche costituenti imperativi categorici (secondo la formulazione indicata da Catelani).

La natura ambivalente delle norme poste dalle direttive ha conseguenze non solo sotto il profilo della loro classificazione ma anche operativo. Si pensi, ad esempio, alle conseguenze sul piano della certezza del diritto oppure della responsabilità dei soggetti tenuti all'applicazione delle direttive (Pubblica amministrazione, Uffici comunali, Uffici delle imposte e tutti gli uffici pubblici in genere nonché tutti gli enti che sono stati incaricati di svolgere un servizio di interesse pubblico). Tali soggetti, infatti, dovranno avere la capacità di valutare se una direttiva

possieda o meno i caratteri tali da renderla direttamente applicabile; più ancora, dovranno essere in grado di valutare se l'eventuale norma nazionale di trasposizione attui la direttiva in modo corretto o meno.

I problemi connessi alla conoscenza delle norme dell'Unione dotate del carattere di efficacia diretta, alla certezza del diritto, all'abuso di potere del funzionario, alla legittimità di un provvedimento amministrativo conforme alla legge ma non alle direttive, sono alcune tra le principali questioni che dottrina, giurisprudenza e lo stesso legislatore sono chiamati a risolvere (Benacchio 2016: 96).

3- Il formante giurisprudenziale nel sistema delle fonti

Ruolo, significato e caratteristiche del formante giurisprudenziale sono oggetto di numerosi approfondimenti e vastissima letteratura. Gli studi contemporanei condotti nell'ambito della teoria delle fonti hanno approfondito il rapporto tra fonti formali e fonti di diversa natura, tra le quali appunto l'interpretazione giurisprudenziale e le sue componenti, la dottrina manualistica, l'insegnamento scolare ed altre fonti ancora, nonché le interazioni fra esse. Di qui l'affermazione delle categorie del *diritto vivente*, della *law in action*, della *costituzione materiale* etc. Quale che sia la prospettiva, pare innegabile che alla base del dinamismo delle regole vi sia l'attività *interpretativa*. "Praticamente, non vi è diritto applicato se non precede un'interpretazione" (Sacco, 2011: 67).

Premesse solide, rispetto alle quali si pone la necessità di verificare se l'attività interpretativa svolta dai giudici abbia subito evoluzioni e mutamenti, ed eventualmente con quali effetti. La riflessione, in tal senso, può essere condotta sull'efficacia oggi associabile alle pronunce dei giudici, non solo con riferimento alle decisioni della Corte di giustizia, ma anche alle sentenze dei giudici amministrativi nazionali. Le recenti modifiche al codice processuale amministrativo, infatti, nel potenziare quella che sembrava soltanto una tendenza attribuiscono "maggiore efficacia alla funzione nomofilattica" delle pronunce dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (Caponigro 2017: 2, Pesce 2013: 9), similmente a quanto già avvenuto con altre magistrature apicali del Paese (Sezioni Unite della Corte di Cassazione e della Corte dei conti).

Le argomentazioni sono svolte avendo come riferimenti, da un lato, il diritto degli appalti pubblici e, dall'altro lato, l'impianto ordinatorio formulato da Catelani.

Nel diritto europeo degli appalti pubblici le decisioni della Corte di giustizia sono una componente fondamentale. Il contributo dei giudici europei è determinante nell'individuazione tanto dei principi generali quanto del loro contenuto applicativo (Galletta

2011: 102, de Pretis 2015: 128). Così è per la definizione dei principi derivanti dalle norme europee di diritto *primario*⁷, principi (quali la parità di trattamento, la trasparenza e la pubblicità, la proporzionalità e il mutuo riconoscimento) non sempre espressamente formulati, dunque non *codificati* nei trattati europei, la cui elaborazione ed enunciazione è da ricondurre principalmente all'attività di interpretazione della Corte di giustizia. Non meno rilevante è l'attività di interpretazione condotta sulle norme europee di diritto *derivato*, in particolare le direttive, con effetti di *unificazione* delle regole.

Mi riferisco a quel meccanismo particolare che permette alla Corte di giustizia di svolgere un ruolo di unificazione delle regole degli Stati membri. È noto, infatti, che se la direttiva tende ad armonizzare le regole degli Stati membri, il regolamento tende invece ad uniformarle. Ma anche se le regole sono uniformate, non è detto che vengano interpretate ed applicate allo stesso modo da tutti i giudici di tutti gli Stati membri. Di vera e propria unificazione del diritto UE noi potremmo parlare solo quando fossimo in presenza di una pronuncia della Corte di giustizia che, dal momento in cui esprime una interpretazione univoca una norma, impone agli Stati quella unica interpretazione e quella unica applicazione della regola (Benacchio 2016: 108).

Lo strumento principale con cui la Corte di giustizia opera l'unificazione delle regole è il *rinvio pregiudiziale* (art. 267, TFUE). È attivato dai giudici nazionali che chiedono alla Corte di pronunciarsi sull'interpretazione delle regole europee necessarie per la definizione delle controversie sorte all'interno di uno Stato membro. La *finalità* del rinvio pregiudiziale è quella di evitare il prodursi di nazionalizzazioni del diritto europeo a causa, principalmente, dell'attività interpretativa delle singole giurisdizioni statali. Si cerca in questo modo di allontanare il rischio di una progressiva diversificazione del significato e della portata del diritto europeo attraverso l'azione 'scoordinata' dei giudici nazionali, con effetti pregiudizievoli sull'obiettivo generale della creazione di un mercato con regole comuni tra gli Stati membri.

In tal senso l'*europizzazione* del diritto nazionale è il risultato anche del continuo dialogo che intercorre tra la Corte di giustizia e le Corti nazionali. Volendo utilizzare un'espressione figurata è come se l'attività dei giudici europei attivasse "migliaia di sinapsi" (Portaluri 2012: 1) all'interno di un organismo unitario. I giudici nazionali, agendo quali organi giurisdizionali comuni o "decentrati" (Adam e Tizzano 2010: 334) del diritto europeo obbligati a farne rispettare le regole, diventano parte attiva nell'applicazione del diritto europeo all'interno di un ordinamento sempre più integrato.

⁷ In particolar modo la *libera circolazione delle merci* (art. 34 TFUE), la *libertà di stabilimento* (artt. 49-55 TFUE), la *libera prestazione di servizi* (artt. 56-62 TFUE), il *divieto generale di discriminazione* (art. 18 TFUE) e le norme sulla *concorrenza* (artt. 101-109 TFUE).

Quando il giudice nazionale decide di fare applicazione nel caso di specie delle regole europee di cui ha chiesto l'interpretazione deve seguire l'indicazione data dalla Corte. Tuttavia, l'efficacia vincolante del principio / regola di diritto stabilita dalla Corte non si riflette solo su quel giudice ma si impone *erga omnes*, “nel senso che la disposizione in causa deve essere da chiunque interpretata ed applicata così come indicato dalla Corte, almeno fino a quando questa, eventualmente chiamata di nuovo in causa, non ne fornisca una diversa interpretazione” (Adam e Tizzano 2010: 346). Circostanza, quest'ultima, molto rara. L'esame della giurisprudenza della Corte dimostra, infatti, che quasi mai essa si discosta dalle proprie precedenti decisioni e quando lo fa “a ciò perviene mostrando di aver acquisito familiarità con le tecniche del *distinguishing* e dell'*overruling*” (Calzolaio 2009: 41). In tal senso il principio / la regola di diritto definita dalla Corte assume valore di precedente vincolante nei confronti degli stessi giudici europei.

Al riguardo è stato osservato che: se è vero che non esiste alcuna disposizione del Trattato che impedisce alla Corte di decidere in modo difforme dai propri precedenti, è altrettanto vero che il Regolamento di procedura della Corte contiene una disposizione molto significativa. L'art. 104 § 3 dispone che: “Qualora una questione pregiudiziale sia identica ad una questione sulla quale la Corte ha già statuito, o qualora la soluzione di tale questione possa essere chiaramente desunta dalla giurisprudenza, la Corte, dopo aver sentito l'avvocato generale, può statuire in qualsiasi momento con ordinanza motivata contenente riferimento alla precedente sentenza o alla giurisprudenza pertinente”. Esiste, dunque, una norma che attribuisce un valore giuridico preciso alle sentenze della Corte. Va ricordato, in proposito, che il Regolamento di procedura è previsto espressamente nel Trattato e, una volta approvato da parte del Consiglio (art. 223 TCE), contiene le norme processuali vigenti nel sistema giudiziario comunitario, secondo un principio di autoregolamentazione della procedura da parte dei giudici che ricorda molto da vicino quanto avviene nell'esperienza di *common law* (cd. *rule making power*) (Calzolaio 2009: 41-72).

L'efficacia vincolante delle sentenze della Corte di giustizia è confermata dalla Corte costituzionale italiana, sia per le sentenze interpretative (rese in via pregiudiziale) (Corte cost., 23 aprile 1985 n. 113), sia per quelle rese in sede di giudizio di condanna degli Stati membri per violazione degli obblighi comunitari (Corte cost., 11 luglio 1989 n. 389) e dalla Corte di cassazione (3 ottobre 1997 n. 9653 e 8 marzo 1997 n. 2787).

La Corte costituzionale ha stabilito che “le statuizioni delle sentenze interpretative della Corte di giustizia pronunciate in via pregiudiziale [...] hanno diretta e immediata applicazione nel nostro ordinamento interno e determinano l'effetto della non applicazione della legge nazionale dichiarata incompatibile con l'ordinamento comunitario” (Corte cost., 23 aprile 1985 n. 113).

Ora si tratta di verificare se la funzione di unificazione delle regole svolta dalla Corte di giustizia, ed in particolare l'efficacia *erga omnes* riconosciuta alle sue sentenze, solleciti la rilettura del ruolo che Catelani assegna (indistintamente) alla giurisprudenza, a partire dall'efficacia delle sentenze.

L'Autore, infatti, distingue nettamente l'*efficacia normativa* delle sentenze dei giudici dall'efficacia normativa attribuita alle fonti espressione del potere legislativo. “Manca alle sentenze la vincolatezza normativa che è propria dei precetti generali ed astratti, poiché essa è limitata alla fattispecie decisa, e non può vincolare altri soggetti al di là delle parti” (Catelani 1998: 132). Gli effetti delle sentenze non potrebbero “essere equiparati a quelli dei precetti generali ed astratti, perché l'interpretazione può anche variare, e ciò che è stato deciso per un caso di specie non obbliga in alcun modo l'autorità giudicante a decidere in conformità tutte le volte che si presenti al suo esame altra simile, o anche identica, fattispecie” (Catelani 1998: 132).

Ed ancora: “L'interpretazione della norma e la sua applicazione giurisprudenziale definisce l'assetto sociale vigente in un certo momento, ma non ne può condizionare l'essenza imperativa per la regolamentazione di ulteriori fattispecie, e quindi non può risolvere i problemi interpretativi determinati dallo svolgersi della vita associata, dall'evoluzione della società. L'efficacia normativa della sentenza riguarda il caso di specie ed in quello si esaurisce, per cui gli ulteriori sviluppi sono ad essa sottratti. Ogni sentenza, nei suoi risultati, ha carattere giuridico e vincolatezza unicamente in relazione alla fattispecie concreta alla quale si riferisce, e non ha invece valore normativo nel senso di vincolare il comportamento futuro dei consociati, al di fuori del caso deciso” (Catelani 1998: 134).

L'Autore, dunque, riconosce alla giurisprudenza il ruolo/funzione di dare *attuazione alla struttura dell'ordinamento nella sua concretezza*, ma è fermo nel riconoscere l'assenza di *vincolatezza normativa* delle sentenze, il cui contenuto non rivestendo connotati di precetto generale e astratto, rimane limitato alla singola fattispecie decisa.

Rispetto a questa connotazione il formante giurisprudenziale *comunitario* assume tratti atipici e inediti non solo perché l'efficacia del *decisum* della Corte è esteso *erga omnes*, fino al punto da acquisire valore di precedente vincolante, ma anche perché molte volte l'interpretazione resa dalla Corte definisce principi e regole che vanno oltre la perimetrazione di singoli istituti e nozioni (quindi oltre finalità di tipo funzionale riguardanti questioni specifiche). Sono, infatti, principi e regole che assumono valenza generale ed astratta e risultano applicabili ad un numero indeterminabile di casi.

Di ciò abbiamo dimostrazione ogniqualvolta il legislatore europeo traspone fedelmente il contenuto delle sentenze della Corte nei regolamenti e nelle direttive. Il che si ripete con una

frequenza superiore a quella che si potrebbe pensare. Si consideri, ad esempio, il primo considerando della direttiva 2004/18/CE in tema di appalti pubblici: “La presente direttiva si basa 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 del pubblico interessato, tra l’altro in materia ambientale e sociale, purché tali criteri siano collegati all’oggetto dell’appalto, non conferiscano all’amministrazione aggiudicatrice una libertà incondizionata di scelta, siano espressamente menzionati [...]”. E ancora il secondo considerando della direttiva 2014/24/UE sempre in materia di appalti pubblici: “È inoltre necessario chiarire alcuni concetti e nozioni di base onde assicurare la certezza del diritto e incorporare alcuni aspetti della giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia dell’Unione europea in materia”.

Le esemplificazioni che possono trarsi dal settore degli appalti pubblici sono numerose, riferibili all’intera disciplina del settore, vale a dire: alle parti del contratto, alle modalità negoziali e di selezione dei fornitori, all’esecuzione del contratto, agli strumenti di tutela e alle forme di responsabilità (Cozzio 2017: §4; Caranta 2012: 76).

Si consideri, ad esempio, la nozione di *amministrazione aggiudicatrice* comprensiva dei soggetti - lo Stato e le sue amministrazioni, le autorità regionali e locali, altre persone giuridiche di diritto pubblico - tenuti ad applicare le regole europee e nazionale sugli appalti pubblici. Le regole europee hanno ampliato il novero delle amministrazioni aggiudicatrici con l’introduzione dell’*organismo di diritto pubblico*.

Questa figura ha esteso considerevolmente il campo di applicazione delle regole sui contratti pubblici qualificando *organismi di diritto pubblico* (e quindi amministrazioni aggiudicatrici) tutti quei soggetti che, pur non essendo tali nella forma, esercitano specifiche prerogative pubblicistiche (ad esempio società di capitali, fondazioni, ordini professionali, enti di previdenza).

Principale organo propulsore di tale ampliamento è stata la Corte di giustizia, che ha delineato la nozione di organismo di diritto pubblico sulla base di quanto previsto nell’ordinamento francese (sentenza C-31/87, *Gebroeders Beentjes*). In seguito la nozione è stata formalizzata nelle direttive⁸ e di lì trasposta nell’ordinamento italiano⁹ dove era sconosciuta.

Un altro esempio, riguarda la nozione di *operatore economico* - (“ogni persona fisica o giuridica, in forma singola o associata, che offra sul mercato la realizzazione di opere, la

⁸ La prima volta con la direttiva 89/440/CEE del 18 luglio 1989 sugli appalti pubblici di lavori.

⁹ La prima volta con l’art. 2, co. 1, d.lgs. 19 dicembre 1991 n. 406, *Attuazione della direttiva 89/440/CEE in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici*, pubblicato nella *Gazz. Uff.*, 27 dicembre, n. 302.

fornitura di prodotti o la prestazione di servizi”, art. 2, par. 1, pt 10, Dir. 2014/24/UE) - comprensiva dei fornitori di opere, beni e servizi alle amministrazioni aggiudicatrici. La Corte ha stabilito che la nozione di operatore economico include qualsiasi soggetto che, indipendentemente dalla natura giuridica, offre sul mercato lavori, prodotti o servizi. Essa va interpretata, dunque, nel senso di consentire la partecipazione alle gare anche ai soggetti che *non perseguono un preminente scopo di lucro, che non dispongono della struttura organizzativa di un'impresa, che non assicurano una presenza regolare sul mercato*, purché siano in grado di offrire sul mercato lavori, prodotti o servizi¹⁰.

Tale interpretazione è prevalsa sulle norme e sugli orientamenti dei giudici e delle amministrazioni italiane che negavano la partecipazione alle gare per la stipulazione di appalti pubblici e concessioni a imprese semplici, fondazioni, imprese sociali, organizzazioni *onlus*, associazioni di volontariato, enti pubblici non economici (ad esempio università ed enti di ricerca), perché privi di specifiche caratteristiche o forme giuridiche quali il fine lucrativo, il regime di imputazione degli effetti del contratto, la responsabilità personale e patrimoniale, la capacità di esercitare attività d'impresa. La nozione di *operatore economico* indicata dalla Corte si rivela ampia, espressione del principio europeo di massima apertura del mercato.

Quanto detto non permette di ricondurre il ruolo e l'efficacia della giurisprudenza comunitaria nell'alveo più ristretto tracciato dall'Autore, non solo perché le sentenze della Corte hanno efficacia vincolante oltre la fattispecie decisa ma anche perché le regole da esse definite non hanno (comunque non soltanto) funzione di *integrazione, supplenza, necessario completamento* delle norme giuridiche, piuttosto configurandosi esse stesse come tali.

Osservando i tratti della giurisprudenza comunitaria, dunque, è possibile cogliere alcuni mutamenti del formante giurisprudenziale, non solo con riferimento alla capacità di integrazione delle regole ma anche, assumendo una prospettiva più ampia, con riferimento al ruolo svolto di detonatore del processo di trasformazione del sistema delle fonti giuridiche al quale stiamo assistendo in molti ordinamenti degli Stati membri.

Non è più sufficiente, in altri termini, riconoscere la funzione supplente della giurisprudenza nei confronti del legislatore, laddove se il legislatore tace è la giurisprudenza che determina ascisse e ordinate del percorso giuridico che il legislatore sarà indotto a seguire. Piuttosto va riconosciuta alla vitalità dell'interpretazione giudiziale una forza che impatta e trasforma non solo le regole di condotta ma, più in generale, l'assetto del sistema delle fonti. Fenomeno già sottolineato da autorevoli studiosi osservandone le conseguenze: le fonti si moltiplicano, si de-

¹⁰ *Corte di giustizia*, Grande sez., 12 febbraio 2008, C-2/06, *Kempter*; *Corte di giustizia*, Settima sez., 4 ottobre 2012, C-502/11, *Vivaio dei Molini Azienda Agricola Porro Savoldi*; *Corte di giustizia*, Quarta sez., 23 dicembre 2009, C-305/08, *Co.N.I.S.M.A.*; *Corte di giustizia*, Quarta sez., 18 dicembre 2007, C-357/06, *Frigerio L. & C.*

tipicizzano, risulta difficile la loro classificazione secondo schemi categoriali tradizionali, non trova facili punti fermi la scansione gerarchica (P. Grossi, N. Lipari, F. Palazzo, M. Nigro, V. Italia).

Meno agevole è riportare queste mutazioni di ruolo ed efficacia della giurisprudenza comunitaria a quella nazionale.

Vero è che le modifiche succedutesi dal 2006 hanno introdotto nel nostro ordinamento l'obbligo per i giudici di uniformarsi ai principi di diritto stabiliti dai vertici delle rispettive magistrature, atteso che tali principi potranno essere modificati solo dagli stessi vertici. Ciò vale con riferimento tanto alla Corte di cassazione a seguito delle modifiche degli articoli 363 e 374 c.p.c. introdotti con decreto legislativo 2 febbraio 2006 n. 40¹¹, quanto al Consiglio di Stato con l'articolo 99 c.p.a. oggetto di riordino con decreto legislativo 2 luglio 2010 n. 104¹², quanto, infine, alla Corte dei conti.

Per effetto di tali norme al “precedente” degli organi apicali viene riconosciuta nell'ordinamento nazionale “un'autorità nuova”, oltre l'autorevolezza che sempre ha connotato le pronunce di questi organi. Esso acquista, infatti, forza vincolante verso gli altri giudici e “una più penetrante efficacia anche per tutti i soggetti dell'ordinamento, i quali dovranno conformare i loro comportamenti a quanto previsto dalla regola enucleata dalla giurisprudenza, atteso che, diversamente, la parte sarebbe soccombente in un'eventuale controversia” (Caponigro 2017: 9).

L'innovazione apportata risponde soprattutto alla necessità di assicurare, attraverso l'attività dei vertici delle magistrature, maggiore uniformità alla giurisprudenza e, di conseguenza, maggiore certezza del diritto e uguaglianza di trattamento verso i destinatari delle decisioni. “In un sistema ottimale, l'uniformità delle decisioni giurisprudenziali dovrebbe essere la fisiologia e le decisioni difformi rese su fattispecie simili o identiche dovrebbero costituire la patologia” (Caponigro 2017: 24).

¹¹ D.lgs. 2 febbraio 2006 n. 40, recante “Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica e di arbitrato”, pubblicato nella Gazz. Uff. n. 38 del 15 febbraio 2006. Vedi anche l'articolo 65 (“Attribuzioni della corte suprema di cassazione”) del Regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, a mente del quale: “La corte suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni; regola i conflitti di competenza e di attribuzioni, ed adempie gli altri compiti ad essa conferiti dalla legge”.

¹² D.lgs. 2 luglio 2010 n. 104, recante “Attuazione dell'art. 44 della l. 18 giugno 2009, n. 69, delega al governo per il riordino del processo amministrativo”, pubblicato nella Gazz. Uff. n. 156 del 7 luglio 2010.

Sono finalità condivisibili tenuto conto della *quantità* come pure dell'*ondivaghezza* che spesso caratterizza le pronunce giurisprudenziali.

Il settore degli appalti pubblici è, ancora una volta, esemplificativo. Ogni anno le sentenze dei giudici amministrativi nei due gradi di giudizio (Tribunali Amministrativi Regionali e Consiglio di Stato) sono migliaia, con conseguenti problemi non solo di conoscibilità ma soprattutto di uniformità dei giudicati. Non è infrequente che sullo stesso tema sezioni diverse del Consiglio di Stato si pronuncino in modo contrapposto a distanza di pochi giorni¹³ oppure con giudici della stessa sezione e decisioni pronunciate nella stessa mattinata (ad esempio in materia di requisiti di partecipazione alle gare). Situazione che riecheggia quel “tanto opinare” lamentato dal Muratori a metà del Settecento, col rischio di trovarsi “sottoposti all’ignoranza, alle passioni e al capriccio di chi ha da giudicare”¹⁴ (Solmi 1933: II).

Il riconoscimento della funzione nomofilattica in capo agli organi apicali delle magistrature, da ultimo anche all’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, costituisce fenomeno evidente di avvicinamento a quello che è il ruolo e l’efficacia che abbiamo associato alla giurisprudenza comunitaria. Permangono, tuttavia, differenze ancora profonde che precludono l’equiparazione tra le due giurisdizioni, nazionale ed europea. Diversità che rimandano: *i.* all’efficacia delle sentenze nazionali, *vincolanti* per le parti e i giudici delle sezioni semplici ma “dotate *soltanto* di una più penetrante efficacia per tutti gli altri soggetti dell’ordinamento” (Caponigro 2017: 9, mio il corsivo); *ii.* all’apporto che il giudice nazionale può dare nell’innovazione delle regole, nel senso che “la funzione precipua della giurisprudenza resta quella di applicare le norme giuridiche e, solo nell’esercizio della relativa funzione interpretativa o di supplenza ad un vuoto normativo, può svolgere un compito creativo” (Caponigro 2017: 9).

La conclusione che se ne può trarre si pone in continuità con l’impianto ordinatorio presentato da Catelani. L’evoluzione (del ruolo e dell’efficacia) della giurisprudenza nazionale, infatti, è nel senso del rafforzamento della funzione nomofilattica, motivato da esigenze di maggiore certezza e prevedibilità del diritto. L’interpretazione giurisprudenziale pur occupando spazi sempre maggiori non ha acquistato (per ora) una funzione nomopoietica, tutt’al più si può riconoscere una *‘tensione verso’* questa funzione. Tensione che è accentuata dalla velocizzazione della vita economica e sociale, e dalla crisi manifestata dai processi parlamentari e politici di determinazione di nuove regole su problemi nuovi.

¹³ Si consideri, nel ventaglio sterminato di casi, Consiglio di Stato, sez. V, 27 dicembre 2013 n. 6272 e Consiglio di Stato, sez. III, 14 gennaio 2014 n. 101; la prima nel senso di *non* ammettere la partecipazione delle imprese alle gare qualora prima del termine per il deposito delle offerte fosse stata presentata istanza per l’ammissione al concordato con continuità, la seconda nel senso di ammettere la partecipazione.

¹⁴ L’opera è il volumetto di L. A. Muratori, *Dei difetti della giurisprudenza*, pubblicato nel 1742.

Riferimenti bibliografici

Adam R. e Tizzano A. (2010), *Lineamenti di diritto dell'Unione Europea*, VI ed. (Torino, Giappichelli).

Alpa G. (2013), 'Il dialogo sui principi generali tra legislazione, dottrina e giurisprudenza', 4 *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 65-106.

Benacchio G.A. (2007), "Fonti del diritto (dir. comunit.)", in *Enciclopedia del diritto*, Annali, I, (Milano, Giuffrè), 616-637.

Benacchio G.A. (2012), "Verso le direttive di quarta generazione", in G.A. Benacchio, M. Cozzio (a cura di), *Gli appalti pubblici tra regole europee e nazionali* (Milano, EGEA), 3-28.

Benacchio G.A. (2016), *Diritto privato dell'Unione Europea. Fonti, modelli, regole*, VII ed., (Padova, Cedam).

Calzolaio E. (2009), 'Il valore di precedente delle sentenze della Corte di giustizia', 1 *Rivista critica del diritto privato*, 41-72.

Caponigro R. (2017), 'La giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nel sistema delle fonti', 2 *Federalismi.it* 1-24.

Caranta R. (2012), *I contratti pubblici*, II ed. (Torino, Giappichelli).

Cassese S. (2013), 'Degli usi e abusi della giurisprudenza (e dei suoi limiti) nel diritto pubblico', 4 *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 137-142.

Casucci F. (2012), "L'avvenire s'impiglia nell'origine. L'educazione del giurista plurale", in L. Antonioli, G.A. Benacchio, R. Toniatti (a cura di), *Le nuove frontiere della comparazione* (Trento, Università degli Studi di Trento), 19-51.

Catelani A. (1998), *Il diritto come struttura e come forma* (Torino, Giappichelli).

Chiti M.P. (2001), "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, Giappichelli), 2-15.

Chiti M.P. (2014), "Il diritto dell'Unione europea: il contributo italiano", in *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi* (Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane), 55-68.

Chiti M.P. (2016), 'Il nuovo Codice dei contratti pubblici. Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici', 4 *Giornale di diritto amministrativo*, 436-443.

Cozzio M. (2013), *‘Il contributo della giurisprudenza all’evoluzione delle regole sugli appalti pubblici’*, 1 *Il diritto dell’economia*, 147-180.

Cozzio M. (2017), *“Appalti pubblici e concessioni”*, in G.A. Benacchio, F. Casucci (a cura di), *Il diritto privato dell’Unione europea. Temi e questioni*, in corso di pubblicazione (Napoli, Edizioni scientifiche italiane).

de Pretis D. (2015), *“I principi nel diritto amministrativo dell’Unione europea”*, in D. de Pretis, B. Marchetti, M. Malo (a cura di), *Pensare il diritto pubblico* (Trento, Università degli Studi di Trento), 123-152.

Della Torre G. (coord.) (2016), *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell’economia e contrasto alla corruzione* (Milano, Giuffrè).

Fracchia F. (2016), *‘Legistica, AIR e VIR: tecnica legislativa, effetti invalidanti e diritti dei cittadini’*, 1 *Il diritto dell’economia* 9-40.

Galetta D.-U. (2011), *“Le fonti del diritto amministrativo europeo”*, in M.P. Chiti (a cura di), *Diritto amministrativo europeo* (Milano, Giuffrè), 89-142.

Gambaro A., Sacco R. (1996), *Sistemi giuridici comparati* (Torino, UTET).

Gimeno Feliu J.M. (2016), *“El efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias sobre la contratación pública. Consecuencias prácticas de la falta de transposición de las Directivas por el Estado y Navarra”*, working Papers on *European Law and Regional Integration*, <https://www.ucm.es/data/cont/docs/595-2016-09-28-Binder192.pdf>.

Grossi P. (2015), *Ritorno al diritto* (Roma-Bari, Laterza).

Italia V. (2014), *L’applicazione delle leggi* (Milano, Giuffrè).

Italia V. (2014), *Le categorie delle leggi* (Milano, Giuffrè).

Italia V. (2017), *I sentimenti nelle leggi*, collana *L’anima nelle leggi. Saggi di Teoria generale e di Filosofia del diritto* (Milano, Giuffrè).

Lichere F. and Caranta R. and Treumer S. (eds.) (2014), *Modernising public procurement: the new directive* (Copenhagen, Djøf Forlag).

Massera A. (2011), *Lo Stato che contratta e che si accorda. Vicende della negoziazione con le P.P.AA., tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere* (Pisa, Pisa University Press).

Mastragostino F. e Trenti E. (2014), *“La disciplina dei contratti pubblici fra diritto interno e normativa comunitaria”*, in F. Mastragostino (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici. Assetto*

e dinamiche evolutive alla luce delle nuove direttive europee e del d.l. n. 90 del 2014 (Torino, Giappichelli), 1-32.

Morbidelli G. e Zoppolato M. (2007), “*Appalti pubblici*”, in M.P. Chiti, G. Greco (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, II ed., vol. I parte speciale (Milano, Giuffrè), 423-550.

Moreno Molina J.A. (2013), “*La cuarta generacion de directivas de la Union europea sobre contratos publicos*”, in J.M. Gimeno Feliu (dir.), *Observatorio de contratos públicos 2012* (Cizur Menor, Editorial Aranzadi), 115-164.

Mori P. (2014), “*art. 288*”, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell’Unione europea*, II ed., (Milano, Giuffrè), 2249-2269.

Nigro M. (2002), *Giustizia amministrativa*, nuova edizione (Bologna, il Mulino).

Palazzo F. (2013), ‘*La scienza giuridica di fronte alla giurisprudenza (Diritto penale)*’, 4 *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 143-176.

Pesce G. (2013), ‘*L’adunanza plenaria del Consiglio di Stato diventa giudice di common law?*’, 1 *Ius Publicum Network Review* 1-10.

Picozza E. (2007), “*I contratti con la pubblica amministrazione tra diritto comunitario e diritto nazionale*”, in C. Franchini (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, vol. I (Torino, UTET), 5-52.

Portaluri P.L. (a cura di) (2012), *L’Europa del diritto: i Giudici e gli ordinamenti* (Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane).

Rosa H. (2015), *Accelerazione e alienazione. Per una teoria critica del tempo nella tarda modernità*, Tr. It. (Torino, Einaudi).

Sacco R. (1947), *Il concetto di interpretazione del diritto* (Torino, Giappichelli).

Sacco R. (1988), “*Circolazione e mutazione dei modelli giuridici*”, in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, sez. Civ., II vol., IV ed. (Torino, UTET), 365-370.

Sacco R. (2011), *Introduzione al diritto comparato*, V ed. (Torino, UTET).

Scalera D. (2010), “*Criticità a livello regionale nel recepimento delle nuove direttive appalti*”, in De Caterini P., Scalera D. (a cura di), *Le nuove direttive europee degli appalti pubblici ed i partenariato pubblico – privati*,

<http://amministrazioneincammino.luiss.it/app/uploads/2010/04/Le.pdf>.

Solmi A. (a cura di) (1937), *Ludovico Antonio Muratori. Dei difetti della giurisprudenza* (Roma, Formiggini).

Unione Europea (2015), *Guida pratica comune del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione per la redazione dei testi legislativi dell'Unione europea* (Lussemburgo, Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea).

Watson A. (1984), *Il trapianto di norme giuridiche. Un "approccio" al diritto comparato*, Tr. It. (Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane).