

**IGI**

**14 aprile 2016**

**Convegno :**

**“Il legislatore occulto: i debiti delle Direttive 2014 verso la Corte UE”**

**Vittorio Italia**

**Relazione introduttiva**

1. Premessa

Questa bella raccolta di giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea sui contratti pubblici, come tutte le opere dense di contenuto, fa emergere dei problemi, ed in questa breve relazione introduttiva sottoporro all'attenzione critica dei presenti quei punti che comportano delle ricadute concrete sugli appalti pubblici.

Il titolo del Convegno “Il legislatore occulto” è un titolo felice, perché anche in passato l'intervento della giurisprudenza nella formazione delle nuove regole normative è sempre stato determinante.

Ma il criterio logico che era usato in passato si è ora modificato.

## 2. La giurisprudenza e le leggi del passato.

Nel passato il criterio logico utilizzato dalla giurisprudenza era quello di individuare uno o più casi simili, di unire questi casi in una “regola”, e poi in *più regole* di carattere generale. Due erano gli elementi di base di questo criterio.

Il primo, che non si utilizzava il concetto di “norma”, ma – con maggiore senso pratico – quello di “regola”. La “regola” era la “squadra”, lo strumento geometrico che serviva per misurare le costruzioni edilizie, e che aveva angoli e linee rette. La giurisprudenza stabiliva i punti essenziali, con successive generalizzazioni, della “regola” e su questa “regola” interveniva il legislatore, che la assumeva come regola normativa.

Il secondo, era che tra più regole, secondo il criterio logico della generalità e della specialità, il legislatore indicava la regola generale, che costituiva la legge, e si stabiliva allora che la legge speciale deroga alla legge generale. Se si esamina il Digesto, ad esempio nelle parti sulla responsabilità extracontrattuale ( detta *aquiliana* dal nome del Console Aquilio che la propose ) si vedrà la singolare vitalità di questa regola che è giunta sino a noi, nell’ attuale articolo 2043 del Codice civile.

## 3. La giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’ Unione europea.

Rispetto al passato, vi sono state delle novità. L' intervento della giurisprudenza ha da un lato seguito le linee precedenti, e tra tutte le regole, e le regole generali, ha individuato quella, basilare, unificante, considerata **“principio”**.

Questo era, logicamente, l' inizio, la regola iniziale dal quale dipendevano altre regole. **“Primum a quo aliud sequitur”** e la giurisprudenza, anche quella della Corte di Giustizia dell' Unione europea, ha individuato il nucleo, il principio, o meglio – rispetto ad una determinata materia, i “principi” che la reggono.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia, puntualmente e sagacemente raccolta, ha seguito questi criteri, ed ha quindi predisposto il materiale, utile e necessario, per il successivo passaggio della trasformazione, si potrebbe dire della metamorfosi, di questo materiale giurisprudenziale in materiale legislativo.

#### 4. L' attività del legislatore dal 1800 al nostro tempo.

Ma il legislatore, da quello del 1800 al legislatore del nostro tempo, ha complicato questa attività di individuazione, ed ha utilizzato il concetto e l' espressione del **“principio”** in modo impreciso. Già dal 1800 si era scritto nelle leggi, ed in termini generici, di *“principi “di” diritto “ ( Codice civile*

austriaco del 1811), di “*principi “del” diritto*” e poi dei “*principi generali*” e poi ancora “*dei principi generali dell’ordinamento giuridico dello Stato*”.

Non si tratta di questioni formali o decorative, ma di problemi sostanziali, che dipendono dal “peso” di una parola o di un preposizione. Si verifica nel diritto un fenomeno simile a quello dello spostamento di un “grado” nello strumento nautico della bussola, spostamento porta la nave verso una direzione diversa da quella prevista.

Questa imprecisione del legislatore è proseguita, ed oggi noi abbiamo, **invece di un unico concetto di principio, vari tipi di principi.**

Vi sono i “**Principi generali**” ( art. 12 delle Disposizioni sulla legge in generale, articolo che è identico al testo dell’ articolo 3 delle Disposizioni sull’ interpretazione e l’ applicazione del Codice civile del 1865), i “**Principi fondamentali**”, ( art. 117 Cost.) i “**Principi fissati**” ( art. 6 e 7 del Testo unico degli Enti locali).

##### 5. Il legislatore ed il Codice degli appalti pubblici.

Ma non è tutto.

Infatti, nel Codice degli appalti vi sono altri tipi di “**Principi**”. Vi sono “**Principi generali**”, “**Principi comuni**”, ed anche “**Disposizioni generali**” o “**Disposizioni comuni**”. Queste ultime non sono principi, ma non è chiaro sino

a che punto vi sia il vincolo in questo caso previsto dalle aggettivazioni di “*generali*” e “*comuni*”.

6. Le imprecisioni di queste distinzioni e la necessità di utilizzare, come ha fatto la giurisprudenza, il concetto unitario di principio.

Vi è stato quindi un intervento del legislatore che ha introdotto delle distinzioni che hanno complicato una materia già complessa.

Sarebbe stato necessario mantenere **il concetto unitario di principio**, come regola basilare, rilevante, dalla quale dipendevano altre norme, e avrebbe costituito il perno, il nucleo del settore di una materia o della stessa intera materia.

Le altre distinzioni ( che sono state giustificate *dalle finalità di certi principi, e dalle norme che erano condizionate da questi principi*, quali le *leggi regionali o gli statuti ed i regolamenti* degli enti locali ) hanno resa la materia più complessa ed intricata, e rischiano di vanificare – in parte – l’ attività della giurisprudenza.

Il legislatore sembra avere dimenticato la regola che egli per primo avrebbe dovuto seguire, e cioè che “*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*”

7. Conclusioni.

Quale può essere la soluzione di questo problema, che comporta delle conseguenze, specie in riferimento a quella che è l' inquietante presenza nel mondo del diritto, e cioè *la certezza dei rapporti giuridici* e la certezza delle soluzioni?

La risposta, che è sottoposta al Vostro vaglio, è *che la soluzione può essere data dalla giurisprudenza, specialmente della Corte di Giustizia Europea.*

Ritengo cioè che la giurisprudenza – come ha iniziato con l' individuazione dei principi – *così la stessa giurisprudenza potrà ricondurre queste diverse tipologie ad un concetto unitario, una “reductio ad unum”, che consenta di valorizzare gli elementi essenziali della tavola pitagorica giuridica*, che sono sempre la regola dell' identità, della non contraddizione e della specialità, tavola pitagorica che consente di operare con il criterio del *sillogismo giuridico*.

Questo criterio è quello che viene usato non solo nelle aule dei Tribunali, ma in ogni aula di studio e di discussione, come quella presente, e che costituisce come **un cerchio fatale, da cui non possiamo uscire.**

\* \* \*