

Articoli e note

n. 2-2006 - © copyright

VINCENZO LOPILATO

“Norme sulla competenza” e “norme sussidiarie”: qualche notazione a margine dello schema di decreto sul “Codice degli appalti”

1. E' stato condivisibilmente affermato (A. CELOTTO, *Gli appalti pubblici tra competenze statali e competenze regionali. Primi spunti*, in questa Rivista) che la “codificazione” della materia degli appalti pubblici deve fare i conti con «uno dei profili di maggiore instabilità degli ultimi anni»: la precisa determinazione del riparto di competenze tra Stato e Regioni dopo la riforma del Titolo V. Lo stesso Presidente della Corte costituzionale, nel corso della conferenza stampa del 9 febbraio 2006, ha affermato che «il cambiamento delle regole di riparto della competenza legislativa e della diversa allocazione delle funzioni amministrative ha prodotto inevitabili contrasti interpretativi, che hanno a loro volta determinato un aumento del contenzioso». Questi contrasti è prevedibile che si manifesteranno — considerata la pluralità di materie e interessi che confluiscono nel settore — anche in relazione alle disposizioni contenute nel “Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture” che il Governo si appresta a varare, in attuazione delle direttive comunitarie 2004/17/CE e 2004/18/CE.

In relazione a tale specifico profilo, lo schema di decreto (consultabile in questa Rivista) contiene una norma (art. 4) che — salva la puntuale prescrizione che impone alle Regioni e alle Province autonome di Trento e Bolzano di non prevedere una disciplina della qualificazione e selezione dei concorrenti, nonché di svolgimento della procedura di gara, diversa da quella prevista dal *Codice* stesso — si limita ad una mera proclamazione generale di rispetto dell'assetto delle attribuzioni delineato dall'art. 117 della Costituzione.

A mio avviso, sarebbe stata più opportuna una maggiore articolazione del contenuto della predetta disposizione, attraverso una specificazione, per grandi settori e ambiti di intervento, delle norme che sono da considerarsi rispettivamente espressione di potestà legislativa esclusiva statale ovvero concorrente, nonché delle norme che, potendo inerire ad ambiti materiali di competenza residuale regionale, vincolano esclusivamente le amministrazioni statali. Ciò, soprattutto, per impedire che si inneschi un massiccio contenzioso innanzi alla Corte costituzionale determinato da ricorsi proposti da quelle Regioni che, in ipotesi, ritengano applicabili nei loro confronti disposizioni che, in realtà, potrebbero non esserlo, costringendo il giudice delle leggi a risolvere i prospettati dubbi interpretativi che, invece, sarebbe opportuno eliminare già nella fase di predisposizione del testo.

Detto ciò, mi rendo conto che l'auspicata attività di riempimento della norma non sia delle più agevoli, se si considera che non esiste, tra l'altro, come chiarito dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 303 del 2003, una materia “lavori pubblici” ascrivibile alla competenza statale o regionale, atteso che questi ultimi si «qualificano a seconda dell'oggetto al quale afferiscono».

Occorrerebbe, dunque, effettuare una attenta indagine che guardi al contenuto precettivo delle singole norme inserite nel *Codice*, per stabilire in che termini le stesse possano considerarsi vincolanti per le Regioni. In questa sede mi limiterò, però, a svolgere soltanto qualche notazione di carattere generale, che prescinde da valutazioni inerenti non solo alle specifiche disposizioni predisposte dal Governo, ma anche agli eventuali profili di difformità rispetto ai principi e criteri direttivi recati dalla legge 18 aprile 2005, n. 62.

2. Non dovrebbero sussistere incertezze in ordine alla circostanza che la “materia”, per così dire, prevalente che viene in rilievo è quella relativa alla “tutela della concorrenza”, rientrante nell'ambito

della potestà legislativa statale (art. 117, comma 2, lettera e, Cost.) e che, in tale ambito, si collocano le norme che disciplinano i sistemi di qualificazione, le varie fasi della procedure di gara, i criteri di aggiudicazione.

Sul punto, la Corte costituzionale ha già avuto modo di affermare che la "tutela della concorrenza" costituisce una cosiddetta materia-funzione che, in quanto tale, non ha una estensione rigorosamente circoscritta e determinata bensì "trasversale". Essa, infatti, si intreccia con una pluralità di altri interessi, afferenti a materie di competenza concorrente o residuale delle Regioni, connessi allo sviluppo economico-produttivo del Paese (C. cost. n. 29 del 2006; n. 336 del 2005; nn. 14 e 272 del 2004). Ciò implica che gli interventi del legislatore statale devono essere modulati alla luce dei criteri di proporzionalità e adeguatezza (C. cost. n. 175 del 2005 e n. 272 del 2004), al fine di impedire che gli stessi, per la loro natura eccessivamente "dettagliata" (cfr. C. cost. nn. 345 e 272 del 2004), trasmodino in ambiti riservati alla autonomia regionale.

Guardando alle norme del *Codice* (relative agli aspetti sopra indicati), alla luce delle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza costituzionale, si può ritenere che le stesse — se si escludono talune prescrizioni troppo specifiche e, dunque, esorbitanti rispetto al fine perseguito — rappresentino un "nocciolo duro" posto a presidio delle regole concorrenziali che le Regioni sono tenute ad osservare nella fase di regolamentazione dei settori di propria competenza nell'ambito dei quali si svolgono le gare. E ciò vale sia quando vengono in rilievo contratti "sopra soglia" che contratti "sotto soglia" comunitaria (cfr. sentenza n. 345 del 2004; sul punto, v. anche le considerazioni di P. DE LISE, [Presentazione del nuovo codice degli appalti](#), in questa Rivista).

Ma le Regioni possono andare al di là di questo assetto normativo, introducendo ulteriori regole di disciplina? Per quanto la Corte costituzionale non abbia ancora espressamente affrontato tale questione, ritengo che la risposta debba essere positiva, non fosse altro che per la natura trasversale della "materia" in questione, la quale, come detto, consente, per definizione, possibili interventi da parte di leggi regionali. Si tratta allora di stabilire come tali interventi debbano svolgersi.

Al riguardo, sarebbe, a mio avviso, legittima sia una regolamentazione specificativa e/o integrativa — la quale presuppone ovviamente che le norme statali siano passibili di ulteriori svolgimenti ovvero che le stesse lascino spazi liberi (cfr. C. cost. n. 26 del 2006) — sia una normativa di deroga al sistema delineato dal legislatore statale. Tale deroga sarebbe, però, ammissibile a condizione che si prevedano misure procompetitive, cioè volte a migliorare il regime concorrenziale. Nella consapevolezza che non è affatto semplice stabilire quando una norma produca effetti concretamente più favorevoli per la concorrenza, si potrebbe dire, in via approssimativa, che, ad es., sarebbe legittima una disposizione regionale che — riducendo i casi di ricorso alla trattativa privata — ampli lo spettro di operatività della gara pubblica.

Se si condivide questa prospettiva, non risulterebbe "completamente" conforme al vigente quadro costituzionale, una norma, come quella contenuta nell'attuale formulazione dell'art. 4, che esclude in maniera aprioristica "qualsiasi" intervento da parte del legislatore regionale in relazione alla disciplina della «qualificazione e selezione dei concorrenti, nonché di svolgimento della procedura di gara» prevista dal *Codice*.

3. Un altro titolo di legittimazione statale ad intervenire nel settore in esame potrebbe essere rappresentato dalla materia dell'"ordinamento civile" (art. 117, comma 2, lettera l, Cost.), cui andrebbero ricondotte gran parte delle disposizioni contemplate nello schema di decreto legislativo che attengono alla fase di esecuzione dei contratti ivi disciplinati. Invero, il tema del rapporto tra "ordinamento civile" e "contratti della pubblica amministrazione", sul piano del riparto delle competenze, non è stato, a quanto mi costa, espressamente affrontato dalla Corte costituzionale, neanche prima della riforma del Titolo V (quando operava l'equivalente "limite del diritto privato").

Attenta dottrina (E. LAMARQUE, *Regioni e ordinamento civile*, Padova, 2005, spec. pag. 173 ss.), ha, però, sottolineato che, dall'analisi della casistica giurisprudenziale, emerge come la Corte, per risolvere le questioni alla stessa sottoposte, distingue tra "diritto generale" — applicabile nei confronti di "ogni soggetto" e rientrante nell'ambito della materia "ordinamento civile" — e "diritto speciale" applicabile alle sole fattispecie in cui almeno una parte sia una pubblica amministrazione ed escluso, in quanto tale, dall'ambito di operatività della suddetta materia. Da ciò dovrebbe conseguire che quando la P.A. — ancorché non agisca nell'esercizio di poteri pubblicistici — sia destinataria di un diritto privato "modificato", trovi legittimazione la potestà legislativa regionale.

Non è questa la sede per affrontare la complessa questione. Mi limito soltanto a sottolineare come l'attuale tendenza ordinamentale alla privatizzazione dei rapporti contrattuali della pubblica

amministrazione — resa palese (a prescindere dal suo valore immediatamente precettivo) dall'art. 1-*bis* della legge n. 15 del 2005 — dovrebbe condurre ad offrire una interpretazione più ampia della materia "ordinamento civile", includendovi l'intera fase relativa all'esecuzione di tali rapporti. La diffusione, infatti, del modello di azione negoziale — unitamente alla considerazione della natura privatistica delle norme di disciplina del settore e della conseguente mancanza, secondo l'interpretazione preferibile, di poteri pubblicistici in capo alla P.A. — induce a ritenere inquadrabile, anche per ragioni di uniformità di trattamento sull'intero territorio nazionale, nell'ambito della materia dell' "ordinamento civile" la fase esecutiva dei contratti disciplinati dal *Codice*.

4. Al di là di questi due titoli materiali di natura trasversale ("tutela della concorrenza" e "ordinamento civile") si apre, in particolare, il campo delle materie concorrenti, in relazione alle quali talune norme del *Codice* sono vincolanti per le Regioni se ed in quanto le stesse possano essere qualificate "principi fondamentali". Anche questa attività involge complesse questioni interpretative derivanti dalla stessa inafferrabilità concettuale della nozione di "principi fondamentali", che, comunque, non possono avere carattere «di rigidità ed universalità» (C. cost. n. 50 del 2005) e devono essere calati — ai fini di un loro esatto inquadramento — «nelle specifiche realtà normative cui afferiscono», tenendo conto, in modo particolare, «degli aspetti peculiari con cui tali realtà si presentano» (C. cost. n. 336 del 2005).

Nel nostro settore — sempre al fine di delimitare gli spazi materiali di intervento tra Stato e Regioni — può essere utile richiamare quanto affermato dalla Corte costituzionale, sia pure in ambito diverso, nell'ipotesi in cui le disposizioni statali siano emanate in attuazione di normativa comunitaria: in questi casi, ha chiarito il giudice delle leggi, non si può prescindere dalle stesse finalità, esigenze ed obiettivi posti dalle normative comunitarie che «pur non incidendo sulle modalità di ripartizione delle competenze, possono di fatto richiedere una peculiare articolazione del rapporto norme di principio-norme di dettaglio» (sentenza n. 336 del 2005). Sul piano operativo, ciò significa che la necessità di garantire i "risultati" voluti dal legislatore comunitario può giustificare un livello di puntualità nella formulazione dei principi non altrimenti consentita. E, dunque, le Regioni, nel legiferare in settori di loro pertinenza, dovranno rispettare quelle prescrizioni (di rango legislativo: v. art. 117, comma 6, Cost.) contemplate nel *Codice* che, pur presentando un contenuto "puntuale", possono nondimeno essere ascritte al novero dei "principi fondamentali" se le stesse perseguono finalità unitarie imposte dalla normativa comunitaria.

5. La individuazione del titolo competenziale è, per certi versi, più agevole in relazione al Capo IV dello schema di decreto intitolato "Lavori relativi a infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi", il quale recepisce, con gli opportuni adattamenti, alcune norme contenute nel d.lgs. n. 190 del 2002, così come modificato dal d.lgs. n. 189 del 2005.

Come è noto la Corte costituzionale, con la sentenza n. 303 del 2003, ha già avuto modo di occuparsi della legittimità costituzionale di talune disposizioni previste dal suddetto decreto n. 190 del 2002, nonché dalla relativa legge di delega n. 443 del 2001. E' altrettanto noto che la Corte, pur riconoscendo che l'oggetto al quale afferiscono tali disposizioni rientri in ambiti materiali di competenza concorrente e non si risolva nella mera enunciazione di principi fondamentali, nondimeno ha riconosciuto sussistente la competenza dello Stato attraverso il richiamo al meccanismo della sussidiarietà ed adeguatezza di cui all'art. 118 della Costituzione. In particolare, il giudice delle leggi ha ritenuto che, nei casi in cui siano rinvenibili funzioni amministrative che necessitano di un "esercizio unitario" a livello centrale, lo Stato possa allocare dette funzioni presso propri organi e, in applicazione del principio di legalità, dettare la relativa regolamentazione con legge anche nei casi in cui si verta in settori rientranti nell'ambito di competenza regionale.

La deroga al riparto di attribuzioni così realizzato è, però, possibile a condizione che le "leggi sussidiarie" siano emanate nel rispetto dei criteri sostanziali di proporzionalità e di non irragionevolezza, nonché del criterio formale di procedimentalizzazione dell'intervento statale attraverso il previo «accordo con la Regione interessata».

Sotto quest'ultimo aspetto, la sentenza n. 303 del 2003 è chiara: lo Stato può allocare centralmente funzioni amministrative (inerenti, nella specie, al settore delle grandi opere) e disciplinarle con le leggi, esclusivamente nei casi in cui sia prevista una "intesa" con l'ente regionale.

Dalla lettura della motivazione emerge, a mio avviso, un ulteriore dato e cioè che l' "oggetto" dell'intesa sia rappresentato dalla definizione delle stesse esigenze unificanti che stanno alla base della chiamata in sussidiarietà delle funzioni amministrative. In altri termini, Stato e Regioni debbono

accordarsi in ordine alla sussistenza di quelle ragioni che giustificano un intervento unitario del legislatore statale e rendono "inadeguato", per la natura dei compiti e delle funzioni implicate, il coinvolgimento del livello di governo regionale. Si tratta, a ben vedere, di una forma di collaborazione "necessaria" - perché sempre richiesta - e "paritaria", perché postula un eguale coinvolgimento dello Stato e delle Regioni nella definizione dei presupposti unificanti che legittimano una deroga al sistema delle competenze.

Sul piano generale, questa impostazione si pone in linea con il mutato contesto costituzionale - in cui si collocano, oggi, dopo la riforma del Titolo V, i diversi livelli di governo - che non assegna più allo Stato la posizione di "tutore preventivo" dell'unità delle Repubblica (R. BIN, *L'interesse nazionale dopo la riforma: continuità dei problemi, discontinuità della giurisprudenza costituzionale*, in *Le Regioni*, 2001, 1121).

Applicando questo innovativo costrutto - mosso dalla necessità di rimediare agli "errori" di classificazione di alcune materie contemplate nell' art. 117 Cost., nonché dalla consapevolezza che le esigenze unitarie non possono essere soddisfatte attraverso il ricorso ai soli principi fondamentali e ai titoli di legittimazione statale di tipo trasversale - la Corte ha ritenuto non fondate le questioni che hanno coinvolto talune norme oggi sostanzialmente confluite nello schema di decreto legislativo in esame.

6. Occorre, però, chiedersi se la ricostruzione operata dalla Corte con la sentenza n. 303 del 2003 - che giustifica, sul piano del riparto delle competenze, le "norme sussidiarie" contenute nel *Codice* - sia rimasta ferma anche nella successiva giurisprudenza costituzionale ovvero se la stessa sia stata oggetto di una, almeno parziale rivisitazione, da parte del giudice delle leggi.

Senza potere analizzare nello specifico il contenuto delle successive decisioni della Corte, può soltanto sottolinearsi, per grandi linee, che la Corte stessa, pur richiamando i principi generali affermati dalla sentenza n. 303 del 2003, si stia lentamente allontanando, sotto diversi profili, da quel paradigma, ancorché non sia ancora pervenuta alla definizione di un modello dai contorni stabili e ben definiti.

Innanzitutto, a mio avviso, è cambiato lo stesso "oggetto" dell'intesa, che sembra non identificarsi più con la definizione e individuazione delle esigenze di unitarietà: spetta, infatti, esclusivamente allo Stato - considerata la sua "peculiare" posizione che lo rende unico interprete delle istanze unitarie della comunità nazionale (cfr. sentenza n. 273 del 2004) - stabilire quando il proprio intervento è imposto dalla necessità di salvaguardare determinati interessi che non possono essere adeguatamente assicurati dal livello di governo regionale, che ovviamente potrà contestare, innanzi alla Corte costituzionale, una eventuale valutazione statale ritenuta invasiva delle proprie attribuzioni.

La leale collaborazione deve, invece, essere garantita nella fase di esercizio delle funzioni amministrative attratte in sussidiarietà, mediante un coinvolgimento delle Regioni nei casi in cui vi sia un "interferenza" con funzioni a quest'ultime spettanti. Non è un caso che la Corte, con la sentenza n. 151 del 2005, abbia escluso la necessità che la legge statale impugnata contemplasse momenti collaborativi, in quanto, nel caso di specie, ancorché non è detto espressamente, mancavano profili di sovrapposizione e intreccio con funzioni regionali.

Corollario di questa impostazione è una maggiore flessibilità nella stessa individuazione della concreta misura collaborativa di volta in volta richiesta, che si calibra alla luce del contenuto della norma e dalla intensità della compromissione subita dell'autonomia regionale. Non, dunque, necessariamente, accordo con la Regione interessata, ma anche intesa raggiunta in sede di Conferenza unificata ovvero parere nei casi in cui questo, in considerazione degli interessi implicati, possa considerarsi strumento adeguato a salvaguardare le prerogative regionali (cfr. sentenza n. 285 del 2005).

A questo cambiamento di "oggetto" e alla conseguente maggiore elasticità sul piano del rispetto del requisito procedimentale della leale collaborazione, deve fare da *pendant* un maggiore rigore, nei giudizi della Corte, nella valutazione dell'osservanza, da parte della singola "norma sussidiaria", dei criteri sostanziali di proporzionalità e adeguatezza (cfr. sentenza n. 6 del 2004), secondo i crismi di uno scrutinio effettivamente stretto di costituzionalità.

Tornando all'analisi delle disposizioni contenute nel Capo IV del *Codice*, l'interprete dovrà, dunque, valutare se le stesse - soprattutto quelle non scrutinate dal giudice delle leggi con la sentenza n. 303 del 2003 - rispettino o meno i predetti criteri sostanziali, nonché i criteri formali di leale collaborazione che, come detto, non devono risolversi necessariamente nella previsione della misura dell' "intesa forte", ma ben possono consistere, nei casi in cui il contenuto della specifica norma lo consenta, in strumenti di collaborazione di minore pregnanza.

Per finalità ancora una volta deflative del contenzioso, nonché per agevolare il controllo da parte

della stessa Corte costituzionale, sarebbe opportuno, infine, sul piano della tecnica legislativa, che le "nome sussidiarie" si qualificino come tali, in modo da risultare da subito chiaro se il legislatore statale abbia agito sul presupposto della sussistenza di una propria competenza ovvero in deroga al riparto delle attribuzioni per la tutela di esigenze unitarie.

7. Quanto sin qui detto vale "a regime". Nella fase transitoria "tutte" le norme contenute nel *Codice* saranno comunque vincolanti per le Regioni, anche quando incidono in materie non statali, e ciò fino a quando le Regioni stesse non provvederanno ad emanare la propria normativa di attuazione degli obblighi sanciti a livello comunitario. Sarebbe, pertanto, necessario che il decreto legislativo, in ottemperanza alla specifica previsione sancita dall'art. 1, comma 6, della legge n. 62 del 2005, contenga «l'esplicita indicazione della natura sostitutiva e cedevole delle disposizioni» afferenti ad ambiti materiali di pertinenza regionale.

Si tratta di una ipotesi di "sostituzione normativa", conforme al modello delineato dall'art. 117, quinto comma, della Costituzione, nonché dall'art. 11, comma 8, della legge 4 febbraio 2005, n. 11, recante "Norme generali sulla partecipazione dell'Italia al processo normativo dell'Unione europea e sulle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari" (v. anche Consiglio di Stato, Ad. gen., 25 febbraio 2002, n. 2).

Rimane soltanto il dubbio se, in relazione, in particolare, a tale specifico profilo – considerata la forte incidenza sulla sfera di autonomia delle Regioni – possa considerarsi strumento collaborativo adeguato la previsione (art. 25, comma 2, della legge n. 62 del 2005) del solo parere della Conferenza Stato-Regioni.

(pubblicato il 13.2.2006)

