

Disciplina attuativa del Codice Unico e potestà normativa delle Regioni alla luce del Titolo V della Costituzione(*)

di Paolo Tesaurò

Premessa

Il compito, assegnatomi, di analisi dei profili di costituzionalità del nuovo Codice Appalti, non è sicuramente di facile adempimento.

Siamo, infatti, di fronte ad una "legge" dello Stato (D.lgs n. 163/2006) che interviene a dettare, in recepimento di direttive comunitarie, un'organica riforma dei pubblici appalti, siano essi di lavori, servizi o forniture; il tutto dopo una riforma costituzionale, dalla formulazione infelice, ma vigente, che ha notevolmente "ampliato" la potestà normativa delle Regioni.

In realtà, il fatto stesso che, ancora una volta, ci si interroghi sulla costituzionalità di una legge dello Stato (N.B. dopo la l. cost. n. 3/2001 i ricorsi in via d'azione alla Corte Costituzionale si sono moltiplicati), evidenzia il più forte limite della riforma del 2001: l'essere intervenuta a modificare la sola Parte Seconda della Carta Costituzionale, lasciando impregiudicata la configurazione degli organi del potere centrale, e soprattutto del Parlamento, senza passare (conformemente alle altre realtà in cui vige un'organizzazione di tipo federale: vedi Stati Uniti, Germania) per la necessaria trasformazione di una delle due Camere in una camera rappresentativa delle Regioni (Senato Federale) e senza incidere sul procedimento legislativo nazionale.

Il compito di "correggere" o, quantomeno, di attenuare gli effetti delle appena evidenziate incongruenze della riforma del 2001 è, sostanzialmente, rimesso alla Corte Costituzionale, che, in una giurisprudenza ormai copiosa, anche se non sempre brillante per coerenza, sta cercando di tracciare nuove linee di confine nei rapporti tra legge statale e legge regionale, richiamandosi a quelli che la stessa Corte ha individuato quali "*congegni*" volti alla chiarificazione delle diverse competenze legislative in ambiti complessi "*nei quali coesistono, intrecciate, attribuzioni e funzioni diverse*".

Congegni che si risolvono nella individuazione di quei principi giuridici, immanenti nel nostro ordinamento, che trovano sostegno nella proclamazione di unità e indivisibilità della Repubblica; detti principi sono:

1. **la sussidiarietà** (verticale) = attribuzione della funzione (amministrativa) al livello di governo più vicino al cittadino a meno che la funzione, per esigenze di unitarietà, non possa essere meglio esercitata "dall'alto" (ex art. 118 cost.);
2. **l'adequazione e proporzionalità** = intervenendo trasversalmente, nell'esercizio di una propria competenza legislativa esclusiva, in materie di competenza legislativa esclusiva regionale, lo Stato deve limitarsi a porre "norme-principio", lasciando alla Regioni la disciplina di dettaglio (vedi sentenza n. 272/2004);
3. **la leale collaborazione** = valorizzazione, con riferimento alle ipotesi di interferenza tra disposizioni rientranti in materie di competenza esclusiva dello Stato e delle Regioni, delle attività concertative e di coordinamento orizzontale, owerosia le intese.

Con riferimento al principio di leale collaborazione, una delle "pecche" dell'iter procedimentale seguito dal Governo nell'adozione del Codice Appalti sta proprio nello scarso coinvolgimento delle Regioni, circostanza sottolineata dalla Conferenza Unificata delle Regioni e delle Province Autonome nel parere, obbligatorio, che la stessa era stata chiamata ad esprimere e di fronte alla quale il legislatore del Codice si è giustificato con un richiamo all'urgenza determinata dallo scadere della conferita delega legislativa.

* * * * *

Entrando nel cuore della questione in analisi, punto di partenza obbligato è, ancora una volta, rappresentato dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale la quale, analizzando la legittimità della "Legge Obiettivo", su ricorso di diverse Regioni, ha chiaramente affermato che "*la mancata*

inclusione dei lavori pubblici” ed in questo caso dei pubblici contratti di lavori, servizi e forniture “nella elencazione dell’art. 117 co. 2 Cost. non implica che essi siano oggetto di potestà legislativa (esclusiva) residuale delle Regioni. Al contrario, si tratta di ambiti di legislazione che non integrano una vera e propria materia, ma si qualificano a seconda dell’oggetto al quale afferiscono e pertanto possono essere ascritti di volta in volta a potestà legislative esclusive dello Stato ovvero a potestà legislative concorrenti” (sentenza n. 303/2003; rel. Mezzanotte).

Nell’affrontare, quindi, il tema della costituzionalità del nuovo Codice Appalti si seguirà lo stesso metodo seguito dal Consiglio di Stato nel parere reso sull’allora schema di codice:

1. individuare le parti di tale Codice espressione dell’esercizio di **potestà legislativa esclusiva dello Stato**, sulle quali, quindi, non è possibile che le Regioni legiferino diversamente e che, al tempo stesso, si configurano come materie trasversali che legittimano l’intervento del legislatore centrale in ambiti rimessi alla potestà legislativa esclusiva delle Regioni;
2. quelle che, invece, sono espressione di **potestà legislativa concorrente** ed in ordine alle quali le norme del Codice sono legittime in quanto leggi di principio, necessitanti di norme di dettaglio a livello regionale;
3. infine, quelle che riguardino materie di competenza **esclusiva regionale**, e che, quindi, si configurano come norme statali “cedevoli” rispetto alle future leggi regionali.

Tale distinzione è stata recepita dallo stesso Codice che, all’articolo 4, definisce i rapporti tra legislazione statale e legislazione regionale, con riguardo anche alle Regioni a statuto speciale, diversificando *ex ante*, e su esplicita indicazione del Consiglio di Stato, le disposizioni soggette o sottratte all’intervento normativo regionale.

* * * * *

Cominciando dalle cd. “materie traverse”, come sottolineato anche dal Consiglio di Stato nel parere prima richiamato, nell’elencazione di cui all’art. 117 co. 2 Cost., si rinvencono essenzialmente tre “leve” che legittimano l’intervento normativo statale nel settore in analisi:

1. la tutela della concorrenza;
2. l’ordinamento civile;
3. la giurisdizione e norme processuali, nonché l’ordinamento della giustizia amministrativa.

Per quanto attiene, in particolare, alla tutela della concorrenza, come più volte precisato dalla Corte Costituzionale (sentenze nn. 14/2004 e 272/2004), essa si configura, piuttosto che come una materia in senso stretto, come una competenza che consente al legislatore statale di intervenire trasversalmente in ambiti di competenza esclusiva regionale, non solo in un aspetto statico di garanzia e salvaguardia dei principi *antitrust*, ma anche in quello dinamico che autorizza “*misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali*”. La tutela della concorrenza viene, quindi, vista dalla Consulta come una **competenza “funzionale”**, priva di un oggetto certo e determinato, come tale capace di pervadere ambiti e materie spettanti alla potestà residuale o concorrente delle Regioni.

In relazione, però, alle disposizioni del Codice che siano espressione dell’esercizio di tale competenza funzionale, occorre distinguere tra quelle disposizioni che:

1. attengono alla tutela della concorrenza in senso stretto, e sulle quali, quindi, non è possibile che le Regioni legiferino diversamente;
2. quelle in cui la tutela della concorrenza si configuri come materia “funzione” che interviene trasversalmente in materie di competenza legislativa esclusiva regionale, pervadendole, senza esaurirne tutto l’ambito e lasciando, quindi, un certo margine di intervento alla normativa regionale.

Tra le prime annoveriamo le norme, elencate al co. 3 dell’art. 4, relative

alla qualificazione e selezione dei concorrenti, alle procedure di affidamento (esclusi gli aspetti strettamente organizzativi), ai criteri di aggiudicazione, al subappalto e alla vigilanza sul mercato attribuita all'Autorità per i Lavori Pubblici.

Per quanto attiene, invece, alle seconde, e cioè a quelle disposizioni in cui la tutela della concorrenza si configura come competenza "traversa", nell'esercizio della quale lo Stato interviene in ambiti di competenza legislativa esclusiva delle Regioni, la Corte Costituzionale ha più volte ribadito che, in questi casi, la legge statale è legittima nella misura in cui pone "norme principio", lasciando alla Regioni la normativa di dettaglio (sentenza n. 272/2004. QUARTO GENERE DI POTESTA' LEGISLATIVA REGIONALE??? SI INCONTRANO E SI INTERSECANO DUE COMPETENZE ESCLUSIVE).

[Nella sentenza n. 272/2004, ad esempio, la Corte ha ritenuto che l'art. 35 della finanziaria 2002 fosse legittimo nella parte in cui stabiliva le modalità per l'affidamento dei servizi pubblici locali (gara, gara per il socio e in house); fosse illegittimo nello stabilire i criteri di aggiudicazione delle gare, in quanto tale normativa di dettaglio doveva essere rimessa alla Regioni].

Si tratta delle norme strettamente attinenti ai profili organizzativi, procedurali, economici, sulle quali le Regioni possono legiferare nel rispetto dei principi desumibili dal Codice e posti a tutela della concorrenza.

Sono, poi, individuabili ulteriori disposizioni del Codice espressione della potestà legislativa esclusiva dello Stato sulla giurisdizione e sull'ordinamento civile; tra queste vanno annoverate le norme relative alla **stipula ed all'esecuzione dei contratti; alla giurisdizione esclusiva amministrativa; all'arbitrato; all'accordo bonario.**

Su tali materie le Regioni non possono intervenire, salvo per quegli aspetti di dettaglio, come ad esempio nei profili organizzativi relativi all'esecuzione dei contratti, in ordine ai quali è legittimo che le stesse pongano norme di dettaglio nell'ambito delle "norme-principio" statali, secondo lo schema già prima ricostruito.

* * * * *

Ci sono, poi, disposizioni del Codice che si configurano come materie di potestà legislativa concorrente elencate nel comma 3 dell'art. 117 Cost., quali il governo del territorio, la tutela e la sicurezza del lavoro, la valorizzazione dei beni culturali; porti e aeroporti civili; grandi reti di trasporto, etc...

Espressioni di tali materie sono le norme, elencate nel comma 2 dell'art. 4 del Codice, e relative a: **programmazione dei lavori pubblici, approvazione dei progetti a fini urbanistici ed espropriativi, organizzazione amministrativa, compiti e requisiti del responsabile del procedimento, sicurezza del lavoro.**

In queste materie le Regioni possono legiferare nell'ambito dei principi generali desumibili dal Codice che, in tal senso, si pone come "legge quadro" o "legge cornice".

Rimangono disposizioni rientranti nelle materie di competenza legislativa esclusiva e residuale delle Regioni; rispetto ad esse il Codice si pone come "legge" cedevole nei confronti della futura legislazione regionale, adottata nell'esercizio di un potere sostitutivo statale diretto ad assicurare l'attuazione del diritto comunitario.

* * * * *

Un problema particolare riguarda, infatti, l'entrata in vigore delle norme del Codice nei vari ordinamenti regionali; a questo proposito l'ultimo comma dell'articolo 4, discostandosi in parte dal parere del Consiglio di Stato, distingue tra Regioni a statuto ordinario e Regioni a statuto speciale, cui sono equiparate le Province autonome di Trento e Bolzano. Nelle Regioni a statuto ordinario il Codice entrerà in vigore, nella sua interezza e quindi anche per quelle disposizioni ricadenti in ambiti di legislazione concorrente o esclusiva regionale, a far data dal 1 luglio 2006.

La soluzione prescelta dal legislatore statale si fonda sull'art. 117 co. 5 della Costituzione, secondo il quale, nel caso di inadempienza delle Regioni nel recepimento di norme comunitarie, lo Stato può intervenire in via sostitutiva.

Le normative statale è, però, cedevole rispetto alle future leggi regionali,

ovviamente soltanto in relazione a quelle disposizioni sulle quali le Regioni sono legittimate ad intervenire, nell'esercizio di competenze concorrenti o esclusive proprie.

Tale soluzione, non solo ha avuto l'avallo del Consiglio di Stato (VEDI ANCHE PRECEDENTE PARERE N. 2/2002), ma sembra ispirato a esigenze di certezza del diritto e di completezza dell'ordinamento.

E' necessario, infatti, considerare che per espressa previsione dell'art. 10 della l. n. 62/1953 (cd. Legge Scelba), nel caso di mutamento delle leggi cornice, adottate dallo Stato in materie di competenza concorrente, sono automaticamente abrogate le norme regionali che siano in contrasto con la nuova legislazione statale di principio.

Ciò comporta che, ad esempio, le leggi regionali adottate in attuazione della Merloni (l.n. 109/1994, precedente legge quadro in materia di lavori pubblici) saranno abrogate con l'entrata in vigore del Codice (nuova legge quadro), qualora in contrasto con lo stesso.

L'aver previsto l'immediata applicabilità della nuova normativa statale ha, quindi, evitato il crearsi di vuoti nei vari ordinamenti regionali, fino all'adozione delle rispettive leggi.

Situazione diversa si configura per le Regioni a statuto speciale; per queste ultime, infatti, così come per le Province autonome di Trento e Bolzano, l'ultimo comma dell'art. 4 pone semplicemente un obbligo di adeguamento della propria legislazione, già adottata, in materia.

In questo modo il legislatore del Codice ha esteso a tutte le Regioni a statuto speciale le previsioni dettate dall'art. 2 della l.n. 266/1992 per le Province autonome di Trento e Bolzano e per il Trentino Alto Adige; secondo l'art. 2 *"la legislazione regionale e provinciale deve essere adeguata ai principi e norme costituenti limiti indicati dagli art. 4 e 5 dello statuto speciale e recati da atto legislativo dello Stato entro i sei mesi successivi i sei mesi successivi alla pubblicazione dell'atto medesimo nella Gazzetta Ufficiale o nel più ampio termine da esso stabilito. Restano nel frattempo applicabili le disposizioni legislative regionali e provinciali preesistenti. Decorso il termine di cui al comma 1, le disposizioni legislative regionali e provinciali non adeguate in ottemperanza al comma medesimo possono essere impugnate davanti alla Corte costituzionale ai sensi dell'art. 97 dello statuto speciale per violazione di esso..."*.

L'estensione dell'appena ricordato articolo 2 a tutte le Regioni a statuto speciale non sembra in pieno condivisibile, in quanto non tiene in debita considerazione il fatto che, per espressa previsione dell'art. 10 della l. cost. 3/2001, le Regioni a statuto speciale, fino a quando non saranno dotate dei nuovi statuti, da adottarsi in conformità alla novella costituzionale, sono equiparate alle Regioni a statuto ordinario.

Fatto sta che sulla base dell'ultimo comma dell'art. 4, il Codice non entrerà in vigore negli ordinamenti delle 5 Regioni a statuto speciale, neanche per quelle disposizioni espressione diretta delle competenze esclusive dello Stato, come quelle poste a tutela della concorrenza.

[NON C'E' PREVISIONE DEL TERMINE DI RECEPIMENTO E QUINDI NON C'E' ESTENSIONE DEL MECCANISMO DI RICORSO].

E' appena il caso di ricordare che esistono già esempi di Regioni che hanno dettato proprie norme in materie di appalti pubblici, ancor prima dell'adozione delle nuove direttive comunitarie (n. 17 e n. 18 del 2004); vedi il caso della Sardegna e della legge n. 14/2002, relativa alla qualificazione delle imprese per la partecipazione agli appalti di lavori pubblici che si svolgono nell'ambito territoriale regionale.

La Corte Costituzionale (sentenza n. 65/2005) ha dichiarato inammissibile il ricorso proposto dallo Stato contro tale legge, lamentando l'invasione della competenza esclusiva statale in materia di concorrenza, ritenendo che la difesa erariale si fosse limitata ad affermare che la legge impugnata, per la sua contrarietà alla normativa comunitaria, avrebbe violato *"la norma costituzionale invocata"* art. 117 co. 2 let (e, relativo alla tutela della concorrenza *"senza minimamente argomentare per quale ragione, trattandosi dell'impugnazione di una legge della Regione Sardegna, debba prendersi in considerazione tale parametro in luogo di quello ricavabile dal relativo statuto speciale, il cui art. 3, lettera e), tuttora in vigore, attribuisce alla Regione, entro i limiti ivi stabiliti, una competenza legislativa primaria in materia di lavori pubblici di esclusivo interesse della Regione"*.

E' lecito chiedersi come sia possibile "armonizzare" la pronuncia da ultimo ricordata, con le altre numerosissime sentenze in cui la stessa Consulta ha riconosciuto la tutela della concorrenza come materia

funzione in grado di incidere sulla legislazione esclusiva regionale per consentire condizioni di accesso al mercato unitarie su tutto il territorio nazionale.

Applicando l'orientamento della sentenza n. 65 ci si potrebbe trovare, infatti, ad avere sei diversi ordinamenti in materia di qualificazione, uno per ciascuna Regione a statuto speciale, il sesto per le Regioni a statuto ordinario.

A parere di chi scrive, però, essendo la 65 una pronuncia di rito, non è escluso che la Corte possa rivedere l'orientamento in quella sede espresso.

(*) Relazione al seminario *"Luci ed ombre del Codice Unico Appalti"*.
Roma – 6 e 7 giugno 2006.