

ALFONSO CELOTTO

Dibattito IGI sulla sent. n. 401 del 2007 della Corte costituzionale – *abstract*

Da settimane c'era grande attesa per la sentenza della Corte sul codice appalti.

Ben sei regioni avevano impugnato il Codice, sottoponendo al vaglio della Corte quasi ottanta (!) profili di dubbia costituzionalità.

Per quasi diciotto mesi abbiamo atteso questa sentenza. Abbiamo cercato di anticiparne i contenuti, abbiamo cercato di prefigurarne i percorsi logici e le motivazioni.

A prima lettura, la sent. n. 401 risponde appieno alle aspettative, chiarendo e consolidando l'impianto del codice.

Volendo esaminare in sintesi la sentenza n. 401 occorre soffermarsi su quattro punti: a) l'impianto generale del codice; b) l'estensione da riconoscere alla "tutela della concorrenza"; c) quanto possa rientrare nell' "ordinamento civile"; d) la potestà regolamentare.

a) Le Regioni avevano contestato che i lavori e i contratti pubblici debbano rientrare nella competenza esclusiva regionale, rilevando invece come lo Stato, mediante il codice, abbia provveduto ad un riempimento analitico e minuzioso di tali ambiti. In via generale, per la Corte è agevole replicare - in linea con i suoi precedenti - che "le disposizioni contenute nel d.lgs. n. 163 del 2006, per la molteplicità degli interessi perseguiti e degli oggetti implicati, non siano riferibili ad un unico ambito materiale".

Viene rigettata altresì la censura altrettanto generale, secondo cui il legislatore statale non si sarebbe limitato a disciplinare i contratti di interesse generale, ma si sarebbe spinto anche sul piano di quelli regionali e sub-regionali. La perimetrazione delle sfere materiali di competenza non può, infatti, essere determinata avendo riguardo esclusivamente alla natura del soggetto che indice la gara o al quale è riferibile quel determinato bene o servizio, in quanto occorre fare riferimento, invece, al contenuto delle norme censurate al fine di inquadrarlo negli ambiti materiali indicati dall'art. 117 Cost."

Sempre fra le censure di carattere generale, particolarmente interessante era quella relativa alla violazione del principio di leale collaborazione, in particolare sulla base dell'assunto che il parere della conferenza unificata era stato richiesto e reso soltanto sul primo schema di decreto legislativo, poi profondamente modificato prima dell'adozione del Consiglio dei Ministri.

La Corte disattende in maniera significativa questa impostazione osservando che "non sussiste alcuna violazione del principio di leale collaborazione nel caso in cui le modifiche introdotte allo schema di decreto legislativo successivamente alla sua sottoposizione alla Conferenza unificata siano imposte dalla necessità di adeguare il testo alle modifiche suggerite in sede consultiva (vedi la sentenza numero 179 del 2001). In tale caso, non è necessario che il testo modificato torni nuovamente alla Conferenza per un ulteriore parere, anche perché altrimenti si innescherebbe un complesso e non definibile meccanismo di continui passaggi dall'uno all'altro dei soggetti coinvolti". (§ 5.3 cons. diritto)

b) Tutta una serie di questioni di costituzionalità verte sulla ampiezza da riconoscere alla materia "Tutela della concorrenza". In particolare le Regioni contestavano che se pur in taluni ambiti sia effettivamente riscontrabile la sussistenza di un titolo di competenza riconducibile alla materia tutela della concorrenza, nondimeno il legislatore avrebbe violato i canoni della adeguatezza e ragionevolezza mediante «l'assoggettamento indiscriminato alla normativa anche di dettaglio del Codice», nonostante sia ravvisabile invece uno spazio in cui legittimamente può ammettersi un intervento normativo regionale". Ma La Corte ricorda che "la nozione di concorrenza, riflettendo quella operante in ambito comunitario, include in sé sia interventi «di

regolazione e ripristino di un equilibrio perduto», sia interventi mirati a ridurre gli squilibri attraverso la creazione delle condizioni per la instaurazione di assetti concorrenziali (sent. n. 14 del 2004; nn. 29 del 2006 e 272 del 2004). Rientrano, pertanto, nell'ambito materiale in esame le misure di garanzia del mantenimento di mercati già concorrenziali e gli strumenti di liberalizzazione dei mercati stessi". La Corte non ritiene che la riconducibilità alla materia in questione renda aprioristicamente rientrante nella competenza statale ogni oggetto, in quanto va comunque effettuato "uno scrutinio di costituzionalità sui singoli atti legislativi dello Stato, al fine di stabilire se la scelta in concreto adottata sia ragionevole e proporzionata rispetto all'obiettivo prefissato, costituito, nella specie, dalla più ampia apertura del mercato degli appalti alla concorrenza.

La *ratio* di questo controllo risiede proprio nella natura della materia in esame: essa, infatti, non ha un ambito definito, ma si caratterizza per le specifiche finalità perseguite. Nel caso di specie la Corte esclude anche la sussistenza di questo ulteriore vizio, in quanto "una volta che sia stata riconosciuta come riconducibile alla materia in questione la normativa statale, la stessa può avere anche un contenuto analitico.

c) Analoghe considerazioni, *quoad effectum*, sono spese riguardo alla materia "ordinamento civile", la quale "ricomprende l'intera disciplina di esecuzione del rapporto contrattuale. Da tale assunto - in base all'art. 117, secondo comma, lettera l), Cost. - un'altra ampia fetta del Codice degli appalti viene ricondotto alla competenza statale "disciplinando aspetti afferenti a rapporti che presentano prevalentemente natura privatistica, pur essendo parte di essi una pubblica amministrazione".

d) Tutta un'altra serie di questioni verte sulla attribuzione della potestà regolamentare nell'art. 5 del Codice.

In via generale la Corte accoglie - in forza della peculiare competenza esclusiva delle province autonome in materia - la censura della Provincia di Trento relativa al comma 2 dell'art. 5, nella parte in cui fa riferimento, in maniera contraddittoria rispetto alla clausola di salvaguardia contenuta nel comma 3 dell'art. 4, anche alle Province autonome, rendendo applicabile alle stesse, nei settori indicati dal comma 3, le disposizioni regolamentari. Vengono invece rigettate le questioni sollevate dalle Regioni a statuto ordinario rispetto al riparto di competenze sulla potestà regolamentare.

La Corte rammenta che il sesto comma dell'art. 117 Cost. prevede che lo Stato possa esercitare la potestà regolamentare soltanto nelle materie di propria legislazione esclusiva; «in ogni altra materia» la potestà regolamentare spetta alle Regioni. Dunque, "una volta (...) che si ritenga che l'intervento del legislatore statale sia riconducibile alle esigenze della suindicata tutela, allo stesso legislatore spetta il potere di dettare la relativa regolamentazione del settore anche con norme di dettaglio poste da disposizioni regolamentari; ciò sempre che tale complessiva disciplina superi positivamente, in relazione alle specifiche disposizioni che di volta in volta vengono in rilievo, il vaglio di costituzionalità in ordine al rispetto dei criteri di adeguatezza e proporzionalità".

Ugualmente vengono rigettate le questioni di natura procedimentale mosse dalle Regioni al riguardo, sollevate sulla base dell'assunto che, "in presenza di materia di competenza legislativa esclusiva statale di tipo trasversale sarebbe necessario, per l'interferenza con competenze regionali, che la formazione del regolamento statale fosse sottoposta a procedura di intesa con la Conferenza unificata".

La Corte precisa infatti che "non sussiste alcun obbligo di coinvolgimento delle Regioni nella fase di esercizio della potestà regolamentare dello Stato nelle materie riservate alla sua competenza legislativa esclusiva. Ciò vale anche per la tutela della concorrenza, in ragione proprio del peculiare modo di atteggiarsi della sua trasversalità. Il rispetto delle regole collaborative può essere imposto a livello costituzionale nei soli casi in cui si verifichi un forte

intreccio con competenze regionali che richieda l'adozione di modalità concordate o comunque di meccanismi che garantiscano il coinvolgimento dei livelli di governo interessati.

Quest'impianto consente al giudice costituzionale di rigettare la maggior parte delle questioni sollevate.

Nel senso della incostituzionalità vengono risolte soltanto due di esse.

-) quella relativa ai commi 2, 3, 8 e 9 dell'art. 84, che dettano norme sulle funzioni, sulla composizione e sulla modalità di nomina dei componenti della Commissione giudicatrice incaricata di esprimersi nell'ipotesi di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La Corte esclude infatti che tale disciplina possa trovare fondamento nella competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di tutela della concorrenza, in quanto "gli aspetti connessi alla composizione della Commissione giudicatrice e alle modalità di scelta dei suoi componenti attengono, più specificamente, alla organizzazione amministrativa degli organismi cui sia affidato il compito di procedere alla verifica del possesso dei necessari requisiti, da parte delle imprese concorrenti, per aggiudicarsi la gara. Da ciò deriva che non può essere esclusa la competenza legislativa regionale nella disciplina di tali aspetti".

-) quella relativa all'art. 98, ove si stabilisce che l'approvazione dei progetti definitivi da parte del consiglio comunale costituisce variante urbanistica a tutti gli effetti. Per quanto sia sostenibile un collegamento con la materia "tutela dell'ambiente" di competenza esclusiva statale, la Corte ritiene che tale peculiare oggetto vada prevalentemente ricondotto all'ambito materiale del governo del territorio di competenza ripartita Stato-Regioni, per cui lo Stato ha soltanto il potere di fissare i principi fondamentali in tali materie.

Non occorre certo dilungarsi per dimostrare che l'accoglimento di tali tre questioni, di portata marginale, appaia come un contentino per le regioni, più che come una vera affermazione della sussistenza di competenze in materia.

In buona sostanza, il Codice degli appalti esce rafforzato e consolidato dalla pronuncia costituzionale.

Nei giorni che precedevano il deposito della tanto attesa sentenza della Corte sul Codice dei contratti più volte mi è tornata alla mente la "legge di Kirschmann". Nelle sue Lezioni di diritto costituzionale Vezio Crisafulli ci ricorda l'arguta e paradossale osservazione del bibliofilo tedesco, secondo cui "basta il mutamento di una legge per far cadere interi scaffali di una biblioteca".

A me veniva alla mente la possibilità che poche pagine di una sentenza costituzionale potessero porre nel nulla l'impianto di un articolato e complesso sistema normativo come il Codice dei contratti pubblici.

Mi è bastato sfogliare per pochi istanti la decisione, per accorgermi di come la "legge di Kirschmann" non valesse per la sent. n. 401 del 2007.