

neldiritto.it

Primo commento a Corte cost. 23 novembre 2007, n. 401 La “legge di Kirschmann” non si applica al codice degli appalti (in margine alla sent. n. 401 del 2007 della Corte costituzionale)

Sviluppato da Aranea Internet Marketing - <http://www.araneamarketing.it>

**La “legge di Kirschmann” non si applica al codice degli appalti
(in margine alla sent. n. 401 del 2007 della Corte costituzionale)
(*)**

di

Alfonso Celotto

1. La riforma del titolo V ha modificato il ruolo dei commentatori delle sentenze della Corte costituzionale.

L'incertezza del nuovo riparto di competenze fissato dall'art. 117 Cost. ha reso sempre più fondamentale la funzione della Corte che da mero giudice di legittimità – isola della ragione nel caos delle opinioni (Modugno) – è divenuta “arbitro” dei conflitti fra Stato e Regione.

La Corte, organo di garanzia e di chiusura, è stata chiamata a supplire alla mancanza di un Senato federale, il quale - in sede politica - potesse stemperare i conflitti di competenza e rendere operativo il nuovo assetto costituzionale. In questo ruolo non poteva che assumere una veste statalista, per recuperare quelle inevitabili istanze di centralismo di cui ha bisogno un federalismo incompleto come quello italiano.

Così la Corte – in funzione para-costituente - ha elaborato tesi talora ardite, che hanno corretto l'assetto competenziale e riportato nell'alveo della competenza statale ambiti materiali apparentemente riconducibili alla competenza residuale delle regioni.

E' quanto accaduto attraverso l'elaborazione delle materie trasversali (o materie non materie), la lettura in chiave funzionale delle principali materie di competenza esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, 2° comma, l'invenzione della sussidiarietà in chiave ascensionale quale clausola di chiusura del sistema, la sempre maggior pervasibilità riconosciuta ai principi fondamentali nelle materie di competenza concorrente.

In pratica la Corte ha sensatamente riveduto e corretto la rivoluzione copernicana contenuta nella riforma costituzionale del 2001.

Lo Stato, forte di questa lettura ampliativa delle competenze, ha continuato ad emanare atti normativi di portata molto ampia assorbendo, se non travolgendo, ambiti di presunta competenza regionale.

In questo quadro il ricorso avverso i principali atti normativi statali è

divenuto una prassi sistematica da parte delle Regioni (basti ricordare l'impugnazione, anno dopo anno, della legge finanziaria). Correlativamente, il giudizio della Corte costituzionale si è venuto a configurare come una sorta di "visto di conformità" sugli atti normativi statali.

Ogni nuovo atto statale resta in una specie di "limbo" in attesa che la Corte si pronunci.

L'accrescersi del numero dei ricorsi in via principale (che per anni hanno rappresentato meno del 10% del carico della Corte e ora si attestano quasi al 50%) ha allungato i tempi di giudizio e così ha dilatato la durata del limbo.

In attesa del giudizio della Corte la dottrina dubita della conformità delle varie leggi all'assetto costituzionale e gli operatori cercano di applicare con tutte le possibili cautele la normativa oggetto di dubbio, così che cresce l'attesa per il giudizio della Corte.

Quando finalmente la Corte si pronuncia, noi commentatori diventiamo una sorta di entomologi, chiamati a vivisezionare punto per punto, parola per parola, le pagine di motivazione per trarne indicazioni più chiare possibili su quale sia il riparto di competenza e trarne elementi su cui indirizzare anche la produzione normativa futura, oltre che l'applicazione delle leggi vigenti.

Quest'opera di vivisezione è spesso lunga e complessa, in quanto le sentenze della Corte sono assai ampie ed articolate, dato che debbono rispondere a una serie spesso assai numerosa di questioni di costituzionalità.

2. Ho ritenuto necessaria questa premessa per far cogliere a pieno

quanto fosse attesa la sentenza sul codice degli contratti pubblici.

I dubbi di conformità al riparto costituzionale delle competenze hanno accompagnato il codice fin dalla sua prima bozza. L'art. 4, che nel codice specifica il riparto, è stato fatto oggetto di un parere fortemente perplesso della Conferenza unificata ed è stato riscritto dopo le equilibrate indicazioni contenute nel parere del Consiglio di Stato.

Ben sei regioni hanno 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.

Il Codice ha riservato gran parte della disciplina dei contratti pubblici allo Stato facendo leva su tre grandi pilastri competenziali: la tutela della concorrenza, l'ordinamento civile, la tutela giurisdizionale, tutte voci della tabella di competenza esclusiva statale, da leggere in maniera funzionale.

Del resto gli appalti pubblici e più in generale i contratti non costituiscono in sé una materia, come avevamo già chiaramente potuto intendere nella sentenza n. 303 del 2003 sulla legge obiettivo. Pertanto la lettura non poteva che essere trasversale e in questa trasversalità andavano verificate i singoli frammenti di competenza statale e regionale.

Basta sfogliare la sentenza, anzi forse leggere il solo dispositivo

per accorgersi di come l'impianto del Codice sia pienamente confermato ed anzi consolidato dalla Corte. Delle quasi ottanta questioni di costituzionalità ne vengono accolte solo tre e su profili certamente marginali. Certo non possiamo ritenere che le quasi 20.000 parole (!) della articolatissima motivazione chiariscano ogni punto, anche perché ben otto dei ventisei capi di dispositivo di pronuncia si orientano nel senso della inammissibilità.

Ad ogni modo, nel complesso, il codice dei contratti ha superato positivamente il vaglio della Corte costituzionale, così che oggi gran parte dei dubbi che ci hanno accompagnato in questi mesi possono essere accantonati e si può finalmente passare alla fase di completamento dell'applicazione del codice stesso, innanzitutto con l'emanazione del regolamento esecutivo e attuativo.

3. 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" (§ 3 Considerato in diritto).

Sia i lavori sia i contratti pubblici “non integrano una vera e propria materia, ma si qualificano a seconda dell’oggetto al quale afferiscono”, per cui non sono ascrivibili in via generale alla competenza dello Stato o delle Regioni, ma debbono essere analizzati accogliabili le censure mosse in via generale a seconda del contenuto precettivo delle singole disposizioni.

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 Corte ritiene infatti che “non è possibile tracciare una netta linea di demarcazione che faccia unicamente perno sul profilo soggettivo, distinguendo le procedure di gara indette da amministrazioni statali da quelle poste in essere da amministrazioni regionali o sub-regionali, per inferirne che solo le prime sarebbero di spettanza statale, mentre le seconde rientrerebbero nell’ambito della potestà legislativa regionale. 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, come già sottolineato, occorre fare riferimento, invece, al contenuto delle norme censurate al fine di inquadrarlo negli ambiti materiali indicati dall’art. 117 Cost.” (§ 3 Cons. diritto)

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..

Le argomentazioni con cui la Corte disattende la censura appaiono particolarmente significative.

Sul punto di osserva che “è bene chiarire, in via generale, come – nella perdurante assenza di una trasformazione delle istituzioni parlamentari e, più in generale, dei procedimenti legislativi, anche solo nei limiti di quanto previsto dall’art. 11 della legge costituzionale n. 3 del 2001 (vedi sentenze numeri 423 e 6 del 2004) – il principale strumento che consente alle Regioni di avere un ruolo nella determinazione del contenuto di taluni atti legislativi statali che incidono su materie di competenza regionale è costituito dal sistema delle Conferenze. Esso – disciplinato dal decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281 (Definizione ed ampliamento delle attribuzioni della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano ed unificazione, per le materie ed i compiti di interesse comune delle regioni, delle province e dei comuni, con la Conferenza Stato-città ed autonomie locali) – realizza una forma di cooperazione di tipo organizzativo e costituisce «una delle sedi più qualificate per l’elaborazione di regole destinate ad integrare il parametro della leale collaborazione» (sentenza numero 31 del 2006).

Chiarito ciò, deve, però, ritenersi, per quanto interessa in questa sede, che, in linea di massima, 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; corsivo aggiunto).

Questo indebolimento della valenza del parere della Conferenza viene ribadito in via generale osservando che “Questa Corte ha, infatti, già avuto modo di affermare che «le procedure di cooperazione e di concertazione» in sede di Conferenza unificata possono «rilevare ai fini dello scrutinio di legittimità degli atti legislativi, solo in quanto l'osservanza delle stesse sia imposta, direttamente o indirettamente, dalla Costituzione» (sentenza numero 437 del 2001). Pertanto, affinché il mancato coinvolgimento di tale Conferenza, pur previsto da un atto legislativo di rango primario, possa comportare un vulnus al principio costituzionale di leale cooperazione, è necessario che ricorrano i presupposti per la operatività del principio stesso e cioè, in relazione ai profili che vengono in rilievo in questa sede, la incidenza su ambiti materiali di pertinenza regionale. Nel caso in esame, la ricorrente non ha neppure indicato quali siano le specifiche disposizioni, introdotte dal Governo ex novo nel comma in esame, idonee ad incidere su competenze regionali” (§ 5.3 Cons. diritto).

4. b) Tutta una serie di questioni di costituzionalità verte sulla ampiezza da riconoscere alla materia “Tutela della concorrenza”. In particolare le Regioni contestavano che, “pur se «per gli ambiti della qualificazione e selezione dei concorrenti, procedure di affidamento, criteri di aggiudicazione, subappalto» 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” (§ 6.7 Cons. diritto).

La Corte per ritenere infondate queste censure ripercorre la propria ricostruzione sulla materia della tutela della concorrenza, di cui all'art. 117, secondo comma, lettera e).

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”.

Nell'ambito dei contratti pubblici, ad avviso della Consulta, viene, però, soprattutto in rilievo l'aspetto della tutela della concorrenza che si concretizza, in primo luogo, nell'esigenza di assicurare la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici del settore in ossequio ai principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi (articoli 3, paragrafo 1, lettere c e g; 4, paragrafo. 1; da 23 a 31; da 39 a 60 del Trattato che istituisce la Comunità europea, del 25 marzo 1957). Ne discende che “si tratta di assicurare l'adozione di uniformi procedure di evidenza pubblica nella scelta del contraente, idonee a garantire, in particolare, il rispetto dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza”.

Sul piano interno, l'osservanza di tali principi costituisce, tra l'altro, attuazione delle stesse regole costituzionali della imparzialità e del buon andamento, che devono guidare l'azione della pubblica

amministrazione ai sensi dell'art. 97 Cost. Deve, anzi, rilevarsi come sia stata proprio l'esigenza di uniformare la normativa interna a quella comunitaria, sul piano della disciplina del procedimento di scelta del contraente, che ha determinato il definitivo superamento della cosiddetta concezione contabilistica, che qualificava tale normativa interna come posta esclusivamente nell'interesse dell'amministrazione, anche ai fini della corretta formazione della sua volontà negoziale.

In sintesi – prosegue la Corte – “la nozione comunitaria di concorrenza, che viene in rilievo in questa sede e che si riflette su quella di cui all'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., è definita come concorrenza “per” il mercato, la quale impone che il contraente venga scelto mediante procedure di garanzia che assicurino il rispetto dei valori comunitari e costituzionali sopra indicati. Ciò ovviamente non significa che nello stesso settore degli appalti, soprattutto relativi ai servizi a rete, non sussistano concomitanti esigenze di assicurare la cosiddetta concorrenza “nel” mercato attraverso la liberalizzazione dei mercati stessi, che si realizza, tra l'altro, mediante l'eliminazione di diritti speciali o esclusivi concessi alle imprese (vedi considerando n. 3 della direttiva 31 marzo 2004, n. 2004/17/CE)”.

In questo quadro, la materia “tutela della concorrenza” non può non avere natura trasversale, non presentando i caratteri di una materia di estensione certa, ma quelli di «una funzione esercitabile sui più diversi oggetti» (sent. n. 14 del 2004; poi sent. nn. 29 del 2006; 336 del 2005 e 272 del 2004). “Nello specifico settore degli appalti deve, però, ritenersi che la interferenza con competenze regionali si atteggia, in modo peculiare, non realizzandosi normalmente un intreccio in senso stretto con ambiti materiali di pertinenza regionale, bensì la prevalenza della disciplina statale su ogni altra

fonte normativa. Ne consegue che la fase della procedura di evidenza pubblica, riconducibile alla tutela della concorrenza, potrà essere interamente disciplinata, nei limiti e secondo le modalità di seguito precisati, dal legislatore statale.”

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. In questa prospettiva, si giustifica un controllo di costituzionalità – guidato dai criteri della proporzionalità e adeguatezza – volto a saggiare «la congruità dello strumento utilizzato rispetto al fine di rendere attivi i fattori determinanti dell’equilibrio economico generale» (citata sentenza numero 14 del 2004)”.

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. La proporzionalità e l’adeguatezza non si misurano, infatti, avendo riguardo esclusivamente al livello di dettaglio che connota quella specifica normativa. Se così fosse si verificherebbe una identificazione non consentita tra materie concorrenti e materie trasversali di competenza esclusiva che, invece, ricevono dalla Costituzione una

differente disciplina”.

In pratica, la Corte ritiene che la nozione di tutela della concorrenza rilevante rispetto al Codice dei contratti sia molto ampia e che essa sia stata correttamente utilizzata dal legislatore statale.

5. c) Analoghe considerazioni, *quoad effectum*, sono spese riguardo alla materia “ordinamento civile”, la quale “ricomprende l'intera disciplina di esecuzione del rapporto contrattuale, incluso l'istituto del collaudo – il quale è, tra l'altro, anche specificamente disciplinato dal codice civile (art. 1665 e seguenti), valendo per esso le argomentazioni già svolte a proposito del subappalto – si connota, pertanto, per la normale mancanza di poteri autoritativi in capo al soggetto pubblico, sostituiti dall'esercizio di autonomie negoziali” (§ 6.8. Cons. diritto).

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”. “Sussiste, infatti, l'esigenza, sottesa al principio costituzionale di eguaglianza, di garantire l'uniformità di trattamento, nell'intero territorio nazionale, della disciplina della fase di conclusione ed esecuzione dei contratti di appalto avente, tra l'altro – per l'attività di unificazione e semplificazione normativa svolta dal legislatore –, valenza sistematica”.

La Corte si sofferma ancora nell'osservare che tale “ambito materiale in esame ricomprende tutti gli aspetti che ineriscono a rapporti di natura privatistica, in relazione ai quali sussistono le esigenze sopra indicate, senza che detti rapporti debbano rinvenire

la loro disciplina necessariamente sul piano codicistico. In altri termini, la sussistenza di aspetti di specialità, rispetto a quanto previsto dal codice civile, nella disciplina della fase di stipulazione e esecuzione dei contratti di appalto, non è di ostacolo al riconoscimento della legittimazione statale di cui all'art. 117, secondo comma, lettera l), Cost.”

6.— 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 (§ 7.1 Cons. diritto).

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.

Su tale base osserva che “Le disposizioni censurate fanno applicazione del riportato principio costituzionale, stabilendo che il regolamento di attuazione ed esecuzione del Codice vincola le Regioni soltanto in presenza di ambiti materiali rientranti nella sfera

di potestà legislativa esclusiva statale ai sensi dell'art. 4, comma 3, dello stesso Codice. Orbene, è evidente la legittimità del rinvio operato dalla norma censurata al comma 3 dell'art. 4 ai fini della perimetrazione della potestà regolamentare dello Stato. In altri termini, tale potestà si esplica unicamente in ambiti materiali che spettano in via esclusiva alla competenza legislativa statale, in conformità a quanto prescritto dal citato sesto comma dell'art. 117 Cost.” (§ 7.2 Cons. diritto).

Questa impostazione è argomentata dalla Corte soprattutto sulla base della materia “tutela della concorrenza”, per la sua natura trasversale. Osserva infatti il giudice costituzionale che “Una volta, infatti, 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” (§ 7.3 Cons. diritto).

La Corte riporta tale questione sul piano più generale dell'assetto delle fonti, per ricordare che “prima della riforma del titolo V della parte seconda della Costituzione, nelle materie di competenza regionale i principi fondamentali della disciplina, vincolanti nei confronti delle Regioni, potevano essere posti esclusivamente da leggi o da atti aventi forza di legge dello Stato, con esclusione degli atti regolamentari (vedi, tra le altre, le sentenze numeri 376 del 2002; 408 del 1998; 482 del 1995). La ragione giustificativa di questa affermazione risiedeva nel principio della separazione delle competenze, che impediva che fosse possibile postulare una

qualunque forma di condizionamento, da parte di un regolamento statale, anche adottato in delegificazione, di fonti primarie regionali.

Tale ragione si è ancora di più rafforzata con la riforma del titolo V (in questo senso si è già espressa la sentenza numero 303 del 2003) che, come si è precisato, ha previsto che lo Stato non possa emanare regolamenti in materie di competenza ripartita, potendo, invece, adottare solo atti regolamentari nelle materie rientranti nella propria competenza legislativa esclusiva. In presenza di materie di tipo trasversale potrebbe soltanto porsi un problema di rapporti tra fonti appartenenti a diversi ambiti di competenza, in quanto dette materie si connotano per il fatto che, non avendo normalmente un oggetto definito di disciplina, possono intersecare altre competenze regionali.

Nella specie, a prescindere da ogni considerazione in ordine all'effettiva sussistenza di una lesione all'autonomia legislativa regionale, deve sottolinearsi che l'evenienza del condizionamento di una fonte secondaria nei confronti di una legge regionale non si verifica in presenza di un titolo di legittimazione statale riconducibile alla tutela della concorrenza, proprio in ragione della sua già descritta peculiare connotazione e del suo modo di operatività nel settore degli appalti.

Non è, pertanto, prospettabile – in relazione alle specifiche questioni di legittimità costituzionale proposte e alla tipologia dei regolamenti previsti – alcun condizionamento di fonti primarie regionali da parte di fonti secondarie statali. Queste ultime, dando attuazione ed esecuzione a disposizioni di legge, detteranno tutte le norme necessarie a perseguire l'obiettivo di realizzare assetti concorrenziali; mentre le prime disciplineranno i profili non afferenti, ancorché contigui, a quelli relativi alla tutela della concorrenza. Le

modalità di operatività della materia in esame garantiscono, dunque, anche quando venga in rilievo l'esercizio di una potestà regolamentare, la separazione tra fonti statali e regionali di rango diverso, evitando così che un atto secondario dello Stato interferisca con la legge regionale". (§ 7.4 Cons. diritto).

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. Nel caso in esame, le altre competenze regionali diventano l'oggetto sui cui incide la funzione espletata dallo Stato attraverso l'esercizio della potestà legislativa in materia di tutela della concorrenza. Si realizza, dunque, una separazione tra competenza statale e competenza regionale che non richiede, salvo le peculiarità di determinate fattispecie, particolari forme di leale collaborazione nella fase di esercizio della potestà regolamentare. Ciò ovviamente non esclude che rientri nella discrezionalità del legislatore

prevedere, come è avvenuto in relazione a specifiche norme contenute nel Codice, forme di cooperazione con i livelli di governo regionali nella fase di adozione di singoli atti regolamentari” (§ 7.5 Cons. diritto).

7. 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 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” (§ 13 Cons. diritto).

Si dispone così che [“alla luce delle considerazioni che precedono, le disposizioni di cui ai commi 2, 3, 8 e 9 dell’art. 84, devono essere dichiarate costituzionalmente illegittime nella parte in cui, per i contratti inerenti a settori di competenza regionale, non prevedono](#)

che esse abbiano carattere suppletivo e cedevole rispetto ad una divergente normativa regionale che abbia già diversamente disposto o che disponga per l'avvenire".

-) 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, spettando alle Regioni il potere di emanare la normativa di dettaglio, secondo quanto stabilito dall'art. 117, terzo comma, ultimo periodo, della Costituzione.

Nel caso di specie, "ne deriva la illegittimità costituzionale della norma in esame, in quanto essa, per il suo contenuto precettivo del tutto puntuale, non lascia alcuno spazio di intervento alle Regioni. L'affermazione, infatti, secondo cui «l'approvazione dei progetti definitivi costituisce variante urbanistica a tutti gli effetti» non è passibile di ulteriore svolgimento da parte del legislatore regionale con conseguente compromissione delle competenze che alle Regioni spettano in materia di urbanistica e quindi di assetto del territorio (vedi sentenza numero 206 del 2001)" (§ 16 Cons. diritto).

8. 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.

(*) Il presente testo costituisce rielaborazione della relazione tenuta al Convegno “Appalti e servizi pubblici: regole, flessibilità e liberalizzazione”; Monopoli, 23 e 24 novembre 2007 – VERSIONE PROVVISORIA