

**«Ordine pubblico e sicurezza» nel contrasto all'illegalità negli appalti:
una concorrenza della materia, preclusiva di leggi regionali,
o una concorrenza “alla tedesca”, per legittimare sperimentazioni?**

di Flavio Guella
(24 giugno 2015)

(in corso di pubblicazione in “*le Regioni*”)

Sommario: 1. L'oggetto del giudizio: la norma regionale come anticipazione di misure di contrasto alla criminalità poi assunte dal legislatore nazionale. – 2. Il parametro di giudizio: l'individuazione della prevalenza della materia «ordine pubblico e sicurezza» (di esclusiva competenza statale). – 3. La comparabilità delle legislazioni: analogie e differenze tra normativa regionale e statale, con conseguenti ipotesi di disapplicazione, abrogazione o annullamento. – 4. Il diritto vivente: il coordinamento delle norme statali e regionali ad opera del giudice ordinario, agendo sull'estensione dei campi di applicazione o delle analogie di disciplina. – 5. La decisione di incostituzionalità: la concorrenza di una competenza esclusiva come questione assorbente nell'argomentazione della Corte. – 6. La reale portata prioritaria degli altri vizi, ritenuti invece assorbiti: la possibilità per il legislatore regionale di utilizzare la nullità testuale come sanzione. – 7. Per un'applicazione della concorrenza “alla tedesca” quando a concorrere sono le competenze (e quando la trasversalità delle materie esclusive legittima tutta la Repubblica).

1. L'oggetto del giudizio: la norma regionale come anticipazione di misure di contrasto alla criminalità poi assunte dal legislatore nazionale

La legislazione regionale siciliana di contrasto alla criminalità in materia di appalti pubblici, che aveva anticipato nel 2008 le misure di tracciabilità dei flussi finanziari (conto unico) poi adottate a livello statale nell'ambito del piano straordinario contro le mafie del 2010, è stata dichiarata costituzionalmente illegittima – con la sentenza 33/2015 – per violazione del riparto delle competenze.

La non piena comparabilità della legislazione regionale e di quella statale¹ fa emergere questioni rilevanti in tema di nullità del provvedimento amministrativo e tutela giurisdizionale², ma mantiene in secondo piano un'altra questione centrale nell'ottica del diritto regionale; quella del se possa esistere un ruolo normativo per le Regioni nella disciplina delle materie di interesse comune a tutta la Repubblica (trasversali), come il contrasto alla criminalità organizzata, evitando di impiegare le categorie della radicale incompetenza nelle situazioni di concorrenza di materie in cui (e fino a quanto) lo Stato ha mancato di esercitare la propria competenza esclusiva³.

Quello del contrasto alla criminalità nell'amministrazione (e mediante l'amministrazione) è infatti un ambito di azione particolarmente rilevante, nel quale spesso si è lamentata l'inadeguatezza dell'apparato regionale a porsi come soggetto virtuoso e innovatore⁴. Ambito nel quale anche in casi precedenti a quello qui annotato⁵ – peraltro – le politiche

1 Cfr. *infra* i par. 3 e 4.

2 Cfr. *infra* il par. 6.

3 Cfr. *infra* il par. 7.

innovative apprestate dal legislatore regionale si sono scontrate da un lato con scelte tecnico-normative che nel merito hanno reso difficilmente difendibile la scelta regionale⁶ e, d'altro lato, con una giurisprudenza costituzionale che riconosce alle materie esclusive di competenza statale (concorrenza; ordine pubblico e sicurezza, ambiente, etc.) una capacità espansiva tale da precludere spazi di intervento regionale⁷.

Anche la Regione Sicilia, alla ricerca di misure innovative di contrasto alla diffusa corruzione nei processi decisionali pubblici, con l'art. 2 della legge 15/2008 aveva disposto specifiche misure di contrasto amministrativo all'illegalità nella gestione degli appalti. In particolare, in un primo comma si era introdotto un meccanismo volto a garantire la piena tracciabilità dei pagamenti, disponendo – pena la nullità testuale del bando – che ciascuna stazione appaltante dovesse prevedere l'obbligo per gli aggiudicatari di indicare un unico conto corrente sul quale far confluire tutti i pagamenti relativi all'appalto e di cui avvalersi per tutte le operazioni relative all'appalto stesso⁸, pena l'automatica risoluzione – specificamente – «per inadempimento» del contratto (con conseguente presidio sanzionatorio sia iniziale, mediante una nullità del provvedimento, sia a regime, con un meccanismo automatico di scioglimento del vincolo negoziale).

Inoltre, in un secondo comma si era previsto che i medesimi bandi di gara dovessero prevedere – sempre a pena di nullità – la risoluzione automatica del contratto anche nella diversa ipotesi in cui il legale rappresentante o uno dei dirigenti dell'impresa aggiudicataria fossero stati rinviati a giudizio per favoreggiamento nell'ambito di procedimenti relativi a reati di criminalità organizzata, disponendo così già nella disciplina di gara per l'inserzione di una regola generale sulla risoluzione del rapporto (certamente operante *ipso iure* ma di dubbia qualificazione sia come risoluzione volontaria, posta la tipizzazione nel citato co. 2 e la non chiara riconducibilità a “clausola risolutiva espressa” data la non attinenza a un determinato adempimento, sia come risoluzione legale, posta la necessità di previsione nel bando per garantirne l'efficacia, cercando così di aggirare i problemi di incompetenza regionale connessi ad interventi maggiormente espliciti sull'ordinamento civile).

Le due misure descritte hanno costituito un'esperienza di contrasto della criminalità che, nella sua logica di fondo, si è rivelata certamente efficace e meritevole di generalizzazione. In questo senso, tanto l'idea della tracciabilità dei pagamenti, quanto quella dello scioglimento del rapporto negoziale instaurato con soggetti poi imputati per reati di criminalità organizzata, sono state successivamente fatte proprie dal legislatore statale; legislatore che ha accolto i tratti essenziali di entrambe le soluzioni rispettivamente nell' art. 3 della legge 136/2010 (Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia) e negli artt. 84, co. 4, lett. a), e 94 del d.lgs. 159/2011 (Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove

4 Per una panoramica sul ruolo delle Regioni nel contrasto alla criminalità nell'amministrazione, cfr. F. MERLONI, *Politiche di prevenzione della corruzione e autonomia degli enti territoriali*, in questa *Rivista*, fasc. 5-6, 2014, 969 ss.

5 Cfr. ad esempio Corte cost. 259/2013 (per un intervento di sostegno alle vittime di criminalità organizzata nell'accesso alle procedure ad evidenza pubblica, anziché di sanzione delle infiltrazioni criminose negli appalti pubblici).

6 Nel caso qui annotato, ad esempio, si prospettava come difficilmente difendibile anche l'opzione per la nullità testuale dell'atto, in deroga ad un regime di normale annullabilità.

7 Sul tema, sia consentito rinviare a F. GUELLA, *Allocazione concorrenziale delle risorse regionali e politiche di sostegno alle imprese vittime di criminalità organizzata*, in questa *Rivista*, fasc. 1-2, 2014, 289 ss.

8 Compresi i pagamenti delle retribuzioni al personale, da effettuarsi esclusivamente a mezzo di bonifico bancario, bonifico postale o assegno circolare non trasferibile; ciò secondo una regola comunque applicabile solo agli appalti di importo superiore a 100 mila euro.

disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136).

In questo contesto normativo si registrano quindi i citati problemi di riparto delle competenze, da un lato, e di adeguatezza delle soluzioni normative già apprestate a livello regionale, dall'altro.

2. Il parametro di giudizio: l'individuazione della prevalenza della materia «ordine pubblico e sicurezza» (di esclusiva competenza statale)

Circa l'individuazione del parametro rilevante, la Corte costituzionale ha ribadito che l'attività contrattuale della pubblica amministrazione non può identificarsi in una materia a sé, ma rappresenta attività che inerisce alle singole materie sulle quali essa si esplica, così che i problemi di costituzionalità sollevati in tale ambito devono essere sempre esaminati «in rapporto al contenuto precettivo delle singole disposizioni impugnate, al fine di stabilire quali siano gli ambiti materiali in cui esse trovano collocazione»⁹; e ciò, soprattutto, «alla luce della *ratio* dell'intervento legislativo [...] così da identificare correttamente anche l'interesse tutelato» (secondo un'impostazione finalistica dell'individuazione della materia, dipendente dall'interesse perseguito)¹⁰.

Quello degli appalti pubblici è quindi un settore di competenza non direttamente identificabile, nel quale anche in questo caso si deve individuare "in concreto" la prevalenza di una delle diverse materie che – comunque assieme alle altre – contribuisce a tracciare i contorni della disciplina. Ciò, posto che nemmeno il titolo competenziale più specifico – previsto dallo Statuto speciale per i «lavori pubblici»¹¹ – può sottrarre la questione alla concorrenza di competenze ulteriori, e si deve quindi guardare ai singoli profili della normativa (e alla loro *ratio* concreta) per stabilire se altri profili – complementari al tema dei lavori pubblici – siano maggiormente connotativi dell'intervento di regolazione.

A questo riguardo, nella sentenza annotata si è ritenuto che la prevalenza vada senz'altro ricondotta alla materia, di esclusiva competenza statale, «ordine pubblico e sicurezza»¹²; materia che, per costante giurisprudenza, ha per oggetto le «misure relative alla prevenzione dei reati ed al mantenimento dell'ordine pubblico»¹³. E tale qualificazione è stata peraltro operata in continuità con quanto in passato specificamente deciso dalla stessa Corte costituzionale proprio in merito alla legislazione statale sulla tracciabilità dei flussi finanziari, già ritenuta attinente alla materia «ordine pubblico e sicurezza» (sebbene – a differenza del caso annotato – in riferimento a una norma regionale calabrese successiva allo specifico intervento legislativo statale in materia)¹⁴.

9 Cfr. Corte cost. 401/2007, punto 3. del considerato in diritto.

10 Cfr. Corte cost. 69/2011, punto 4.4. del considerato in diritto (cfr. anche Corte cost. 368/2008, 165/2007, 422/2006 e 81/2006).

11 Cfr. l'art. 14, co. 1, lett. g), dello Statuto. Peraltro, la norma regionale andrebbe interpretata come non riferita indistintamente a tutti gli appalti pubblici – anche a quelli di servizi e forniture – ed a tutte le opere pubbliche, pena l'elusione dei limiti alla competenza legislativa primaria regionale in materia di «lavori pubblici, eccettuate le grandi opere pubbliche di interesse prevalentemente nazionale».

12 Cfr. il punto 5.1. del considerato in diritto.

13 Cfr. Corte cost. 35/2011 e 118/2013.

Inoltre, anche la tracciabilità dei pagamenti persegue «fini riconducibili all'esigenza [...] di evitare comportamenti delle imprese idonei ad alterare le regole concorrenziali»¹⁵, e questa era chiaramente un'ulteriore volontà del legislatore regionale siciliano che – tramite la prima disposizione citata – mirava ad impedire l'utilizzo delle maggiori capacità finanziarie che possono riconnettersi al lavoro nero o al riciclaggio, neutralizzando i vantaggi competitivi per le imprese che partecipino di tali comportamenti criminosi.

L'individuazione della *ratio* perseguita dal legislatore, che finalisticamente ha voluto regolare tracciabilità dei pagamenti e scioglimento del rapporto contrattuale per contrastare fenomeni criminosi legati agli appalti, è così determinante nel fissare la prevalenza della materia «ordine pubblico e sicurezza», anche in connessione con la «tutela della concorrenza». La prevalenza (valutata rispetto ai fini) si conferma quindi come criterio di giudizio principale nei ragionamenti della Corte costituzionale legati alle situazioni di concorso delle materie: il fatto che il legislatore regionale abbia voluto introdurre norme sugli appalti pubblici dirette a contrastare la criminalità per ciò solo determina una riconsiderazione degli interessi sottesi alla normativa, che degrada la rilevanza degli altri titoli competenziali (quali – in particolare – la competenza regionale sulla disciplina dei lavori pubblici).

Quindi, entrambi i commi censurati contrasterebbero con l'art. 117, co. 2, lett. h), Cost. in quanto la disciplina della tracciabilità dei flussi finanziari e sulla risoluzione del contratto in caso di rinvio a giudizio esorbita dalle materie affidate alla responsabilità regionale, ricadendo nella competenza legislativa esclusiva dello Stato poi peraltro (ma solo successivamente) specificamente esercitata con l'adozione del citato art. 3 della legge 136/2010 e – in modo meno direttamente connesso alla precedente esperienza regionale siciliana – con gli artt. 84, co. 4, lett. a), e 94 del d.lgs. 159/2011.

3. La comparabilità delle legislazioni: analogie e differenze tra normativa regionale e statale, con conseguenti ipotesi di disapplicazione, abrogazione o annullamento

Per l'interpretazione seguita dalla Corte costituzionale la Regione Sicilia sarebbe così intervenuta fin dal principio al di fuori della propria competenza, legiferando per finalità che determinano la prevalenza della materia «ordine pubblico e sicurezza» rispetto ad altri possibili ambiti di interesse¹⁶. Va allora però precisato quale natura assuma il contrasto tra legislazione regionale e legislazione statale, posto che proprio l'esperienza della prima ha di fatto rappresentato una “sperimentazione” dello spirito delle soluzioni normative poi adottate dallo Stato.

In particolare, prima della risoluzione della questione mediante la radicale incostituzionalità individuata dalla Corte costituzionale ci si era chiesti – spesso con l'intenzione di far salva

14 Cfr. Corte cost. 35/2012, con dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 2 della legge della Regione Calabria 4/2011, dove si stabiliva che «al fine di garantire la legalità, la trasparenza delle operazioni finanziarie ed amministrative della Regione Calabria e la tracciabilità dei flussi finanziari, tutti i beneficiari pubblici e privati che usufruiscono di finanziamenti regionali, devono utilizzare un conto corrente unico», peraltro riassoggettando a tale onere fattispecie già ricadenti nella disciplina nazionale e dettando regole in parte disomogenee.

15 Cfr. ad esempio Corte cost. 45/2010, punto 4.1. del considerato in diritto.

16 Interessi quali, ad esempio, quello ad una razionalizzazione dei metodi di pagamento connessa al buon andamento dell'amministrazione, piuttosto che al contrasto alla criminalità, che sarebbe stato più direttamente legato alla materia «lavori pubblici» di competenza regionale; in questa prospettiva, va valutata la ragionevolezza di un giudizio di incostituzionalità che – a fronte di una struttura normativa ampiamente analoga (fondata su un conto unico prescritto per ragioni di praticità di gestione anziché di controllo dell'illegalità) – porterebbe a responsi radicalmente diversi, di incostituzionalità connessa alla finalità perseguita più che all'oggettività della regolamentazione.

la normativa regionale – quale fosse il rapporto tra le due discipline, e il grado di comparabilità e di sovrapposizione delle stesse¹⁷. Ciò per vagliare la compatibilità o meno della perdurante vigenza della normativa regionale con la nuova disciplina che lo Stato ha emanato (per finalità analoghe e con soluzioni normative non radicalmente dissimili) e, in definitiva, per stabilire se fosse possibile individuare campi di applicazione complementari, ovvero se la norma regionale dovesse venire meno (e – in caso – se la stessa fosse da fare oggetto di annullamento, abrogazione o disapplicazione).

La comparazione dei due corpi normativi è stata quindi essenziale per verificare se gli stessi siano coordinabili e cumulativamente applicabili o se, viceversa, vi fosse incompatibilità (ipotesi nella quale andavano precisati i limiti dell'annullamento o gli spazi per un'ipotizzabile abrogazione, dai quali dipendeva anche la rilevanza della questione di costituzionalità¹⁸).

Da tale comparazione emerge una chiara comunanza di finalità di contrasto alla criminalità organizzata in sede di regolazione delle procedure ad evidenza pubblica, e idee analoghe di tracciabilità dei passaggi di denaro connessi agli appalti pubblici e di risoluzione del contratto in caso di rinvio a giudizio, che accomunano l'art. 2, co. 1, della legge regionale 15/2008 all'art. 3 della legge statale 136/2010, da un lato¹⁹, e il co. 2 della medesima legge regionale agli artt. 84, co. 4, lett. a), e 94 del d.lgs. 159/2011, dall'altro²⁰.

Posta tale comparabilità sul piano delle politiche (per quel che riguarda gli intenti e le grandi linee di intervento) emergono però consistenti elementi di distinzione sul piano della tecnica di regolazione.

Con riferimento al co. 2 la differenza di regime è particolarmente marcata. La nullità testuale del bando che non preveda meccanismi di risoluzione automatica in caso di rinvio a giudizio per reati di criminalità organizzata non è infatti prevista dalla legislazione statale. A livello nazionale erano però state già in precedenza introdotte alcune cause di esclusione dalla partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica per i soggetti implicati in vicende penali di particolare rilevanza²¹, mentre per i casi in cui tale coinvolgimento criminoso sia emerso solo dopo la stipulazione del contratto la normativa statale ha introdotto possibili rimedi successivamente all'adozione della legge siciliana; ciò, tuttavia, seguendo un modello di intervento del tutto diverso e, in particolare, operando tramite la

17 Per la giurisprudenza che si è interrogata sul punto cfr. *infra* il par. 4.

18 Infatti, la Corte costituzionale può pronunciarsi sul punto solo qualora il diritto vivente formatosi in materia ritenga ancora applicabile la legge regionale, come di fatto avvenuto posto che solo parte minoritaria della giurisprudenza di merito siciliana ha considerato la legge regionale “abrogata” dalla sopravvenuta legislazione statale (il che non escludeva comunque la rilevanza della questione per le fattispecie ricadenti cronologicamente in momenti antecedenti all'entrata in vigore della legge statale).

19 Per un commento alla normativa statale cfr. per il primo istituto G. FAILLA, *Nuovi strumenti di contrasto alle mafie: la tracciabilità dei flussi finanziari alla luce delle nuove determinate dell'Autorità di vigilanza*, in *Appalti e Contratti*, fasc. 5, 2011, 60 ss.; C. LARA, “Pacchetto sicurezza” e tracciabilità dei flussi finanziari, in *Giurisprudenza di merito*, 2011 fasc. 7-8, pp. 1772 ss.; M.B. CAVALLO, *La tracciabilità dei flussi finanziari negli appalti pubblici. La recente normativa alla luce delle determinazioni dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici*, in *Giurisprudenza di merito*, 2011 fasc. 6, pp. 1500 ss.

20 Per quanto riguarda il secondo istituto, cfr. C. CONTESSA, *La mancata revoca dell'affidamento ad impresa colpita da informativa antimafia*, in *Urbanistica e appalti*, fasc. 2, 2015, 204 ss.; F. LUCIANI, *Informazione antimafia e poteri di autotutela dell'amministrazione appaltante*, in *GiustAmm.it*, fasc. 2, 2014; G. D'ANGELO, *Il recesso dal contratto da parte della stazione appaltante a seguito di un'informazione antimafia interdittiva*, in *Urbanistica e appalti*, fasc. 12, 2013, 1302 ss.

21 Cfr. l'art. 38 del d.lgs. 163/2006.

c.d. informazione antimafia interdittiva, la quale comporta non solo l'inibizione alla stipulazione, approvazione o autorizzazione del contratto ma – anche – il potere di recederne²².

Non vi è quindi una radicale diversità di intenti sottesa alle discipline regionale e statale, in quanto anche la normativa nazionale si è posta nel solco delle sperimentazioni operate in Sicilia introducendo meccanismi idonei ad incidere – all'emergere di situazioni di infiltrazione criminale – sui contratti già conclusi. Se finalità e modalità di contrasto amministrativo alla criminalità sono quindi identiche, vi è però in questo caso un'apprezzabile diversità di soluzioni operative.

Gli elementi di distinzione sono poi rilevanti anche nel caso del co. 1 dell'art. 2 della legge regionale 15/2008, relativo alle regole di tracciabilità dei pagamenti cui l'appaltante è soggetto.

Ciò non solo per il fatto (formale, ma con importanti ricadute sostanziali) che la norma regionale ha per destinatari gli aggiudicatari di appalti mentre la legge statale si rivolge agli appaltatori²³, o che la norma regionale opera oltre la soglia dei 100 mila euro, e solo per i lavori di interesse regionale²⁴, mentre quella nazionale si applica agli appalti di qualunque importo, né – ancora – solo per il fatto che la legge regionale è più rigida, non ammettendo pluralità di conti e di metodi di pagamento, anche se comunque fosse assicurata la tracciabilità²⁵. Più radicalmente, invece, la diversità dei regimi va individuata nel fatto che la legge regionale commina quale sanzione la “nullità del bando” (con le conseguenze amministrative della stessa, di rilevanza processuale²⁶) e solo come conseguenza della corretta applicazione della fattispecie amministrativa – in caso di avviata fase di esecuzione – la risoluzione del contratto per inadempimento; il legislatore statale, diversamente, non si occupa del regime di validità del bando di gara ma stabilisce direttamente²⁷ l'obbligo per la stazione appaltante di inserire nei contratti – a pena di nullità assoluta degli stessi (civilistica, non incidente sulle regole del processo amministrativo) – una clausola con cui la controparte assume gli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari²⁸ (ciò mentre di fatto opera un identico regime in caso di già avviata fase esecutiva²⁹, in

22 Cfr. ancora gli artt. 84, co. 4, lett. a), e 94 del d.lgs. 159/2011.

23 Oltre che i subappaltatori e i subcontraenti della filiera delle imprese, nonché i concessionari di finanziamenti pubblici anche europei a qualsiasi titolo interessati ai lavori, ai servizi e alle forniture pubblici.

24 Cfr. l'art. 14, lett. g), dello Statuto siciliano; inoltre, solo la legge statale è testualmente riferita anche agli appalti di forniture e servizi.

25 Ai sensi della legge regionale l'obbligo di indicare un numero di conto corrente unico grava sull'appaltatore/aggiudicatario, che deve effettuare tutti i pagamenti esclusivamente con bonifico bancario o postale, oppure con assegno circolare non trasferibile. La legge statale, diversamente, ammette la tracciabilità per mezzo di una pluralità di conti correnti bancari o postali, anche se dedicati in via non esclusiva al singolo appalto; ciò purché gli strumenti di pagamento garantiscano l'agevole ripercorribilità dei pagamenti, riportando (in relazione a ciascuna transazione effettuata dalla stazione appaltante e dagli altri soggetti onerati) il codice identificativo di gara (CIG) e – se obbligatorio – il codice unico di progetto (CUP).

26 Cfr. art. 31, co. 4, c.p.a.

27 Cfr. co. 8.

28 Quando poi si ricorre al subappalto, il co. 9 impone all'amministrazione di verificare che nei contratti sottoscritti con i subappaltatori e i subcontraenti della filiera delle imprese (a qualsiasi titolo interessate ai lavori, ai servizi e alle forniture di cui al co. 1) sia inserita – a pena di nullità assoluta – un'apposita clausola con la quale ciascuno di essi assume gli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari.

quanto il mancato utilizzo di strumenti idonei a consentire la tracciabilità delle operazioni costituisce causa di risoluzione automatica del contratto).

Si riscontra quindi una parziale diversità nello strumento sanzionatorio, non incidente sul provvedimento nell'opzione seguita dalla disciplina statale. La Regione ha invece previsto una radicale nullità dell'atto amministrativo, anziché del contratto, impiegando così un istituto di carattere eccezionale rispetto all'annullabilità (e della cui disponibilità – sulla base delle competenze regionali – si può dubitare)³⁰.

A fronte di tale parziale, ma non completa, sovrapposibilità dei due regimi normativi va stabilito se sia possibile riscontrare un'ipotesi di abrogazione della disciplina regionale precedente ad opera della disciplina statale sopravvenuta (fisiologicamente da limitarsi al periodo successivo all'emanazione della legge statale, per il concorrere del metodo cronologico e gerarchico di risoluzione delle antinomie³¹), o se entrambe le normative possano continuare ad essere vigenti (applicando la nazionale e disapplicando la regionale nelle ipotesi – non esaustive – in cui competente è lo Stato), ovvero ancora se la legge regionale debba essere annullata per radicale incompetenza (con caducazione anche degli effetti passati, precedenti all'emanazione della legge statale).

4. Il diritto vivente: il coordinamento delle norme statali e regionali ad opera del giudice ordinario, agendo sull'estensione dei campi di applicazione o delle analogie di disciplina

Per il giudice rimettente, tra la norma nazionale e quella regionale non vi è né coincidenza applicativa né incompatibilità assoluta. Emerge così la rilevanza della questione di costituzionalità, la cui ammissibilità sarebbe stata invece esclusa se il giudice *a quo* avesse ritenuto sussistente un effetto abrogativo³² (purché la questione non avesse coinvolto fattispecie concrete intervenute prima dell'emanazione della normativa statale)³³.

La giurisprudenza siciliana ha manifestato peraltro diversi orientamenti, che hanno dato luogo ad un diritto vivente non univoco in materia³⁴. Da un lato alcune sentenze hanno riscontrato appunto un'abrogazione implicita della norma regionale, valevole per il periodo

29 Ma ciò solo dopo le modifiche introdotte dal d.l. 187/2010, con norma analoga a quella siciliana.

30 Cfr. *infra* il par. 6.

31 Il criterio gerarchico (anche quando si manifesta in via mediata come contrasto con una norma superiore che ripartisce le competenze) prevale su quello cronologico, ma nel caso in cui una norma posteriore di grado superiore (o competente) contraddica una norma inferiore precedente – e purché le due norme siano omogenee – nell'applicazione ha priorità il criterio cronologico. Se le norme non sono omogenee invece vi è abrogazione solo nell'ipotesi in cui la norma successiva superiore sia di dettaglio, mentre qualora la norma successiva superiore si pone come norma di principio il giudice deve comunque intervenire con sentenza costitutiva dichiarando l'illegittimità della disposizione precedente, inferiore e di dettaglio.

32 Il TAR Sicilia (nell'ordinanza di rimessione 28/2014) ed il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana (in particolare nell'ordinanza 786/2013, ma cfr. anche 80/2014) escludono espressamente l'effetto abrogativo, così aderendo al prevalente (ma non univoco) orientamento formatosi in seno alla giurisprudenza amministrativa siciliana.

33 Infatti, proprio alla luce del contrasto giurisprudenziale riscontrabile nel diritto vivente, la Corte costituzionale non può che rilevare come «ragioni essenziali di certezza del diritto» impongano di scrutinare le questioni di legittimità costituzionale proposte; esame che sarebbe comunque necessario con riferimento alle questioni sollevate dal TAR Sicilia con l'ordinanza 27/2014, in cui il controverso effetto abrogativo sarebbe comunque irrilevante *ratione temporis*.

34 Per un'analisi puntuale della giurisprudenza si rinvia al contributo di V. NERI, *Potestà legislativa regionale e "nullità regionale" del provvedimento amministrativo*, in *Urbanistica e appalti*, fasc. 2, 2014, 217 ss.

successivo all'emanazione della legge statale, rilevando nella struttura delle due disposizioni un'oggettiva incompatibilità³⁵. Ciò in quanto la disciplina, nonostante sia da considerare ricadente nella materia «ordine pubblico e sicurezza»³⁶, nondimeno rimane assoggettata anche al concorrere cronologico della fonte statale. L'incompetenza non determina altro che la prevalenza della legge statale (interposta al parametro, gerarchicamente sovraordinato, che fissa la competenza); prevalenza che comunque – per le fattispecie sorte dopo l'approvazione della medesima legge statale – opera congiuntamente con la successione temporale delle disposizioni, determinando un effetto di abrogazione³⁷.

Per il periodo di vigenza della sola norma regionale, invece, il diritto vivente che si rifà all'abrogazione non prospetta soluzioni specifiche. La giurisprudenza che ha accolto la tesi della successione cronologica non si spinge pertanto ad ipotizzare un effetto di *preemption*, con cui fare salva – nelle fattispecie concrete occorse nel periodo in cui la normativa statale non era ancora stata emanata – la normativa regionale di contrasto alla criminalità negli appalti³⁸.

L'esigenza di continuare ad applicare la norma di contrasto alla criminalità è invece fatta propria da una soluzione ermeneutica alternativa, che si colloca all'estremo opposto a quello dell'abrogazione della norma regionale.

Talune sentenze di primo grado hanno infatti riconosciuto in ogni caso (antecedente o successivo all'emanazione della normativa statale) la prevalenza della legge siciliana; legge di cui si riconosce la competenza e che rimarrebbe comunque applicabile *ratione materie* – e per la sua specialità – anche dopo l'emanazione della disciplina nazionale, ma solo per gli appalti che riguardano l'amministrazione regionale³⁹ (con la differenza applicativa – rispetto a quanto applicabile agli appalti banditi dallo Stato – che la nullità affliggerebbe il bando e non il contratto⁴⁰, e sarebbe comunque rilevabile d'ufficio⁴¹).

Si faceva così salva anche la fascia temporale precedente all'intervento statale, che per l'ipotesi abrogativa sarebbe invece risultata del tutto scoperta, posto che si doveva considerare l'abrogazione come operante in parallelo ad una chiara incompetenza regionale; incompetenza che sarebbe allora fondante della questione di costituzionalità e, quindi, della necessità di annullamento della legge regionale (che per tale secondo filone interpretativo – invece – era stata esclusa, configurando come irrilevante e manifestamente infondata l'ipotesi di contrasto tra le normative, posta la presenza di campi di applicazione asseritamente non interferenti per piena distinguibilità dei soggetti destinatari, a seconda che si trattasse di amministrazioni regionali o statali).

35 Cfr. TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 19-3-2013, n. 644; TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 28-2-2013, n. 468; TAR Sicilia, Palermo, sez. II, 26-3-2013, n. 725.

36 Cfr. ancora Corte cost. 35/2012.

37 Ciò in quanto la disposizione superiore successiva, pur non essendo pienamente omogenea a quella dettata dal soggetto incompetente, è nondimeno norma che prevede una disciplina di dettaglio.

38 Cfr. *infra* par. 7.

39 Peraltro con una sopravvivenza della legge siciliana di contrasto all'illegalità negli appalti ammessa anche a seguito dell'entrata in vigore della legge regionale 12/2011, che ha recepito in Sicilia il codice dei contratti pubblici. Cfr. TAR Sicilia, Palermo, sez. I, 31-10-2012, n. 2160; TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 31-10-2012, n. 2147.

40 Cfr. T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 21-12-2012, n. 2752.

41 Cfr. T.A.R. Sicilia, Palermo, III, 16-9-2011 n. 1646; TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 25-2-2011, n. 361.

Vanno poi registrati orientamenti intermedi tra la piena competenza regionale (e operatività parallela e senza interferenze, su base soggettiva, dei due regimi), e la piena incompetenza con – ad evitare la rilevanza delle questioni di costituzionalità – l’abrogazione per le fattispecie sorte dopo l’emanazione della legge statale (senza nessuna operatività della legge regionale, direttamente caducata per piena incompatibilità – e quindi abrogazione implicita – dopo l’emanazione della norma statale). Infatti, per talune pronunce la disciplina regionale e la disciplina statale hanno comunque diversa portata, ma non solo soggettiva, potendo di conseguenza essere considerate in parte coesistenti e complementari nelle medesime tipologie di fattispecie (con un regime di convivenza della nullità regionale del bando e della nullità statale del contratto per gli appalti della Regione, a seconda dell’applicazione della legge statale o regionale)⁴².

Anche tali soluzioni ammettono quindi la possibilità di continuare ad applicare il precetto regionale, peraltro talora estendendolo agli appalti pubblici di servizi e forniture⁴³, e a tale indirizzo accede in particolare la posizione maggioritaria – espressa dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana – che ha riconosciuto la nullità del bando e la conseguente rilevanza d’ufficio del vizio⁴⁴.

Il criterio che in questa soluzione interpretativa evita il radicale contrasto delle due normative non sarebbe quindi solo soggettivo, ma vengono individuati titoli competenziali di intervento complementari, in quanto tra la norma statale e quella regionale il criterio distintivo sarebbe costituito ancora anche dalla soglia dei 100 mila euro di importo messo a gara (come già individuata dal legislatore regionale). La competenza sarebbe cioè prioritariamente regionale, operando il criterio della specialità, ma dato che il legislatore regionale ha voluto disciplinare solo gli appalti regionali di importo superiore a tale limite (e il legislatore statale non ha operato tale distinzione) la legge nazionale sarebbe divenuta comunque in parte applicabile – nonostante la specialità del regime regionale – anche per alcuni appalti regionali, sebbene solo per i casi residui (ferma, negli altri casi, la non applicazione della legge statale)⁴⁵.

5. La decisione di incostituzionalità: la concorrenza di una competenza esclusiva come questione assorbente nell’argomentazione della Corte

Investita della questione, la Corte costituzionale ha deciso per la radicale incompetenza, derivante – nella concorrenza delle materie – dalla posizione di prevalenza della competenza esclusiva statale⁴⁶. In questo modo la legge regionale risulta annullata per incostituzionalità, con conseguente effetto retroattivo per tutti i rapporti non esauriti.

42 Cfr. TAR Sicilia, Catania, sez. IV, 20-5-2013, n. 1441; TAR Sicilia, Palermo, sez. II, 11-1-2013, n. 28. Nonostante la diversità della normativa regionale e statale, inoltre, per tali interpretazioni il bando ottempererebbe in concreto ad entrambe le disposizioni ove semplicemente rispettasse la legge nazionale; in tal caso infatti non si porrebbe in contrasto con le prescrizioni regionali, raggiungendone comunque la finalità, e pertanto non si incorrerebbe nella nullità testuale prevista a livello regionale (che colpisce il bando, mentre la legge statale agisce a valle, garantendo il medesimo risultato).

43 Purché di importo superiore alla soglia dei 100 mila euro.

44 Cfr. C.G.A. Sicilia, 27-7-2012, n. 721.

45 Oltre a rimanere applicabile – soggettivamente – per gli appalti dell’amministrazione dello Stato. In questa ricostruzione, quindi, è la legge statale che interviene nel vuoto lasciato dalla Regione, secondo la visione opposta alla soluzione che si propone *infra* al par. 7.

46 Cfr. *supra* al par. 2.

Per quel che riguarda la disciplina della tracciabilità prevista al co. 1 dell'art. 2 della legge siciliana, e i problemi di sua vigenza analizzati in precedenza, dopo l'intervento della Corte costituzionale è quindi certamente applicabile la sola disciplina nazionale; e ciò a partire dalla data di sua entrata in vigore (essendo stato eliminato ogni problema di ipotizzabile concorrenza di discipline), mentre per il periodo di tempo precedente – di vigenza della sola legge regionale – non risulta applicabile nessuna normativa di contrasto all'illegalità negli appalti mediante oneri di tracciabilità dei pagamenti.

Questo genere di intervento appartiene infatti – a giudizio della Corte costituzionale – alla competenza su «ordine pubblico e sicurezza», come già stabilito in precedenza dalla sentenza 35/2012, sebbene in quel caso la Corte si fosse pronunciata rispetto ad un intervento della Regione Calabria successivo all'emanazione della disciplina statale⁴⁷. Come la legislazione calabrese, però, anche la legge siciliana sarebbe da ritenere sostanzialmente incidente sulla materia «ordine pubblico e sicurezza», e ciò – senza che la sentenza prenda in considerazione l'antecedenza dell'intervento regionale rispetto all'esercizio statale della competenza – perché la finalità perseguita dalla disposizione è proprio quella della prevenzione e contrasto della criminalità organizzata, così come emerge dalla struttura della normativa (raffrontata a quella statale) e dai lavori preparatori (l'intenzione del legislatore essendo confluita nella stessa denominazione della legge regionale⁴⁸ e del relativo Titolo I⁴⁹, in cui è compreso l'art. 2).

Sia l'intento declamato dal legislatore, sia la direzione finalistica emergente dalla sistematica normativa, risultano così determinanti per stabilire la competenza, in quanto la Corte costituzionale opta per una ricostruzione funzionale della prevalenza, nel concorso delle materie. E in particolare, più ancora dell'intenzione del legislatore regionale – posto che il titolo della legge (e la sua auto-qualificazione) non possono essere considerati determinanti – è la struttura sistematica della normativa ad assumere una rilevanza centrale nel giudizio sulla direzione teleologica dell'intervento legislativo.

Nello specifico, per giudicare della prevalente funzionalizzazione della disciplina al contrasto della criminalità, piuttosto che a ipotizzabili ragioni alternative (quali – ad esempio – quelle di efficienza amministrativa⁵⁰), rileva in particolare che la norma oggetto di giudizio utilizzi una tecnica corrispondente proprio a quella successivamente impiegata dal legislatore statale⁵¹; soluzione tecnica che è poi stata apprestata nel medesimo settore degli appalti pubblici, e al precipuo scopo di prevenire i «reati che possano originarsi dal maneggio del pubblico denaro, con riferimento soprattutto all'infiltrazione criminale e al riciclaggio». Si riprende quindi ancora una logica – quella della comparabilità dei fini della legge regionale e della legge statale – che era già stata utilizzata nella sentenza sulla legge calabrese⁵²; logica che può costituire un'argomentazione particolarmente forte se

47 Cfr. F. BENELLI, *Recenti tendenze della giurisprudenza costituzionale sul riparto per materie tra Stato e Regioni e sul declino del principio di leale collaborazione*, in questa Rivista, fasc. 3, 2012, 623 ss.

48 «Misure di contrasto alla criminalità organizzata».

49 «Disposizioni per la legalità e il contrasto alla criminalità organizzata».

50 In ipotesi, allegando quale *ratio* dell'introduzione dell'obbligo di utilizzo del conto unico ad esempio mere finalità di razionalizzazione dei pagamenti della PA, concorrenti con i fini di contrasto alla criminalità.

51 Cfr. il punto 5.1. della sentenza annotata, ove si fa specifico riferimento all'identità di tecnica normativa utilizzata dalla legge regionale e dall'art. 3 della legge 136/2010.

52 Cfr. ancora Corte cost. 35/2012, punto 2. del considerato in diritto.

applicata ad una legge regionale successiva alla statale, ma che appare più debole all'invertirsi della successione cronologica degli atti legislativi.

Infatti, applicando questa impostazione teleologica, ricostruita a partire dalla comunanza di *ratio* con una legge statale cronologicamente successiva, è proprio la continuità con la norma statale (i cui precetti sono stati di fatto anticipati dalla Regione) che viene a costituire elemento sintomatico della prevalenza finalistica della tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza; prevalenza idonea a determinare, nonostante la sua ricostruzione *ex post*, l'incostituzionalità della norma regionale intervenuta nell'inerzia statale (mentre in assenza dell'intervento statale successivo – che ha fatto emergere una certa "oggettività" della funzione di contrasto alla criminalità svolta dalla tracciabilità dei flussi finanziari – la Regione avrebbe potuto allegare la compresenza di fini diversi posti alla base della propria scelta normativa, quali una razionalizzazione amministrativa dei pagamenti e una miglior gestione delle procedure, ricadenti all'interno delle competenze regionali e concorrenti con le ragioni di contrasto alla criminalità, non necessariamente prevalenti)⁵³.

Altrettanto problematica in termini di continuità tra norma regionale e norma statale è, inoltre, la dichiarazione di incostituzionalità del co. 2, sebbene minore sia la continuità con la struttura della norma statale⁵⁴. Anche per la risoluzione in caso di rinvio a giudizio, tuttavia, vale lo stesso inquadramento in materia esclusiva, in forza della prevalenza della stessa rispetto agli altri titoli competenziali⁵⁵.

La disposizione, infatti, è collocata nel medesimo contesto normativo e sancisce anch'essa la nullità del bando per mancata previsione – in questo comma – della risoluzione contrattuale (nel caso in cui il rappresentante legale o un dirigente dell'impresa aggiudicataria venga rinviato a giudizio). Il legislatore regionale ha quindi perseguito anche mediante tale disposizione, e in modo prioritario, la finalità di prevenzione e contrasto dell'infiltrazione della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici, con conseguente ridefinizione dell'assetto delle competenze. Ciò, ancora una volta, sarebbe comprovato dall'elemento sintomatico di prevalenza costituito dalla successiva analoga normativa statale di contrasto alla criminalità, ma in questo caso la presenza di un intento legato alla materia «ordine pubblico e sicurezza» sarebbe ancora più marcata in considerazione della presenza – già nel testo della legge regionale – di un riferimento all'istituto processual-penalistico del rinvio a giudizio (per «favoreggiamento nell'ambito di procedimenti relativi a reati di criminalità organizzata»), tipicamente strumentale al contrasto alla criminalità.

Anche qui la Corte costituzionale annulla radicalmente, in modo che la norma regionale non risulterà applicabile neppure per le fattispecie sorte prima dell'introduzione della previsione statale che ha coperto – con un rimedio costruito in forme radicalmente alternative a quelle previste dalla legge regionale – tali evenienze, disponendo la possibile esclusione in caso di rinvio a giudizio dell'appaltatore (per il tramite dell'informazione

53 Si ricostruisce cioè un'oggettività dei fini perseguiti dalla norma che non sussiste nella complessità della realtà, e che non sarebbe dimostrabile sul piano dei meri intenti, appartenenti alla sfera soggettiva del legislatore. La *ratio* obiettiva della legge – nel concorso delle competenze – è infatti non univoca (al contrasto alla criminalità certamente sommandosi anche esigenze di razionalizzazione ed altre ragioni), e il ragionamento della Corte finisce in questo caso per ricostruire una prevalenza della materia «ordine pubblico e sicurezza» sulla base del fatto che lo Stato ha fatto – solo successivamente – propria quella soluzione normativa per perseguire in modo unitario obiettivi di miglioramento della legalità nella gestione degli appalti pubblici.

54 Cfr. *supra* al par. 3.

55 Cfr. sempre il punto 5.1. del considerato in diritto di Corte cost. 33/2015.

antimafia interdittiva, ex artt. 84, comma 4, lett. a), e 94 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, anziché per il tramite della nullità del bando prevista dalla legge siciliana).-

In modo più chiaro per la tracciabilità dei pagamenti (sebbene con differenze di funzionamento), e in modo meno immediato nel regime di permanenza del contratto in caso di sospetta collusione criminosa dell'appaltatore (dove la diversità nella modalità di intervento dello Stato è più marcata), va comunque riconosciuto come di fatto la Regione abbia sperimentato con la propria legislazione soluzioni normative poi ritenute meritorie – perlomeno nel loro spirito di fondo – anche dal legislatore nazionale, che ne ha accolto e generalizzato alcuni tratti.

A fronte di tale situazione, un annullamento per radicale incompetenza presenta dei problemi di opportunità sul piano del funzionamento in concreto della prevalenza nella concorrenza delle materie. Si tratta cioè di verificare la logicità del riconoscimento di un'incompetenza radicale quando la Regione sia intervenuta – in un contesto di concorrenza di materie – presidiando anche un interesse trasversale (e quindi certamente statale, ma rilevante per tutta la Repubblica) che non fosse stato ancora specificamente tutelato dallo Stato con una sua misura legislativa. Ciò, infatti, tende a sopprimere la capacità di sperimentazione a livello regionale e, inoltre, conduce – sul piano pratico – a caducare retroattivamente una norma regionale la quale (nei fatti) può semplicemente avere anticipato quella statale; il tutto rendendo inoperante una tutela dell'interesse generale (sotteso alla materia trasversale) che altrimenti avrebbe potuto agire – nella singola Regione (più sensibile a quell'interesse) – già da prima dell'intervento normativo statale.

6. La reale portata prioritaria degli altri vizi, ritenuti invece assorbiti: la possibilità per il legislatore regionale di utilizzare la nullità testuale come sanzione

A riguardo ci si deve peraltro chiedere se le modalità con cui la Regione Sicilia è intervenuta a contrastare l'illegalità negli appalti pubblici siano pienamente corrette e prive di vizi, al di là del problema della competenza; ciò per verificare se una conservazione degli effetti della normativa regionale – qualora ipotizzabile – sarebbe stata poi prospettabile nel caso concreto. Al riguardo, infatti, sembrano sussistere vizi di incostituzionalità ulteriori rispetto a quello di competenza, legati alle modalità con cui la Regione è intervenuta più che al fatto – in sé considerato – dello scopo di contrasto alla criminalità perseguito mediante tali modalità.

In particolare, la nullità comminata sembra essere stata impiegata a discapito dell'eguaglianza, incidendo sull'assetto del diritto amministrativo generale e della giustizia amministrativa, oltre che sui settori dell'ordinamento civile e penale.

Tali vizi sono risultati assorbiti nella decisione fondata sull'incompetenza, così comprimendo il ruolo della Regione (in quanto la mera presenza della materia esclusiva statale esclude che a livello territoriale si possano legittimamente perseguire interessi generali di contrasto alla criminalità) e – al contempo – mancando di prendere in considerazione le reali esigenze di uniformità di trattamento sul territorio nazionale (connesse al *quomodo* della normazione regionale, più che al suo *an*).

In questa prospettiva, le censure relative alle modalità dell'intervento regionale potevano attenere all'incidenza sull'ordinamento civile⁵⁶, dove però la risoluzione del contratto era stata disciplinata dalla Regione solo in modo indiretto⁵⁷, e all'incidenza sull'ordinamento penale, dove però il nuovo effetto penale del rinvio a giudizio (che si tradurrebbe in una

⁵⁶ Cfr. l'art. 117, co. 2, let. l).

sanzione accessoria introdotta dalla Regione) operava ancora una volta secondo modalità indirette, la legge siciliana avendo utilizzato – come elementi normativi della fattispecie amministrativa – situazioni penali già interamente disciplinate e accertate a livello statale⁵⁸.

La normativa oggetto di giudizio presentava invece un'incidenza più diretta sull'ordinamento amministrativo generale, in quanto la previsione di un vizio di nullità testuale risulta disposta in deroga all'ordinario regime di annullabilità degli atti amministrativi illegittimi. Ciò si riverbererebbe anche sul piano processuale, incidendo sul rimedio azionabile nonché sulle concrete possibilità di difesa dell'amministrazione, con conseguente ingerenza nelle materie «giurisdizione e norme processuali» e «giustizia amministrativa», di cui alla lettera l) dell'art. 117, co. 2, Cost.⁵⁹.

Si trattava quindi anche di stabilire se per il legislatore regionale fosse possibile sanzionare di nullità la violazione delle norme dettate in materia di contrasto alla criminalità nella gestione degli appalti pubblici. La categoria della nullità ha infatti avuto consolidamento positivo solo con l'art. 21 *septies* della legge 241/1990, introdotto dalla legge 15/2005 per disciplinare un istituto che si era tendenzialmente posto come oggetto di ricostruzione – a partire dalle categorie civilistiche del negozio giuridico, ma con una tendenza all'affermarsi di tesi autonomistiche – prevalentemente dottrinale e pretoria (e che solo raramente era stato fatto oggetto di previsioni positive, comunque statali).

L'incidenza sull'eguaglianza dei cittadini di previsioni regionali in materia di regime generale dell'atto deriverebbe infatti dalla riconducibilità di tale regime ai livelli essenziali delle prestazioni⁶⁰, da un lato, e dal fatto – nello specifico – che una previsione di nullità si accompagna a significativi risvolti processuali (un più lungo termine di decadenza, la piena opponibilità da parte del resistente, senza obbligo di dedurre con ricorso incidentale, e la rilevabilità d'ufficio), e proprio tali risvolti orienterebbero a sconsigliare l'impiego dell'istituto nella legislazione regionale, a tutela dell'eguaglianza dei cittadini e della certezza del diritto⁶¹.

La Regione avrebbe quindi potuto più prudentemente (sebbene così forse in modo meno efficace nella pratica) intervenire a sanzionare il bando – che fosse carente delle previsioni di contrasto all'illegalità previste con la norma regionale – solamente mediante l'"ordinaria" annullabilità dell'atto (in quanto la legge regionale potrebbe sì impiegare la nullità, ma

57 Cfr. *supra* al par. 1 circa la difficile qualificabilità del tipo di risoluzione contrattuale prospettato.

58 Sempre sul fronte penale, poi, il solo co. 2 sarebbe stato in contrasto con l'art. 27, co. 2, Cost. (e con l'art. 3, co. 2, Cost., ad avviso del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana) correlando al mero rinvio a giudizio la sanzione automatica e definitiva della risoluzione contrattuale, in violazione della presunzione di non colpevolezza.

59 Risulterebbe altresì violato l'art. 24 Cost. (perché il regime della nullità sarebbe più sfavorevole per l'amministrazione ed i controinteressati rispetto a quello dell'annullabilità) e gli artt. 3, co. 2, e 117, co. 1, Cost. (in quanto il regime previsto dalla Regione Sicilia contrasta anche con il principio di proporzionalità, di derivazione europea).

60 Per la necessità di un'interpretazione però non eccessivamente espansiva della portata della legge 241/1990, come normativa latrice di principi generali vincolanti le Regioni, e per un'interpretazione dell'art. 29 della medesima legge come base per l'individuazione di un numero chiuso di disposizioni sul procedimento da considerare attinenti ai LEP, cfr. in particolare G. MORBIDELLI, *Regioni e principi generali del diritto amministrativo*, in *Diritto e società*, fasc. 1, 2010, 81 ss.

61 Cfr. l'art. 31, co. 4, c.p.a. Inoltre, anche la previsione dell'art. 29 della legge 241/1990 sembra indicare che lo "statuto del provvedimento amministrativo" di cui al capo IV *bis* sia tanto vincolante per le amministrazioni territoriali, quanto riservato alla legislazione statale, mentre una tesi contraria potrebbe essere fondata sul fatto che il riferimento agli "altri casi espressamente previsti dalla legge" contenuto all'art. 21 *septies* sul piano formale potrebbe utilmente riguardare, oltre che la legge statale, anche quella regionale (con nullità testuali regionali).

unicamente nelle ipotesi di non testualità contemplate all'art. 21 *septies*, che la giurisprudenza tende a ritenere tassative⁶²). Anche a fronte di questa censura, tuttavia, permane l'esigenza di valutare l'opportunità di una dichiarazione di assoluta incompetenza a fronte di una normativa regionale la quale – se fosse stata invece ineccepibile anche sotto gli altri profili (quale, appunto, ad esempio l'impiego della nullità) – poteva essere considerata quale anticipazione (in via sperimentale, e intervenendo a fronte di una “lacuna” di tutela nell'ambito della materia esclusiva «ordine pubblico e sicurezza») della disciplina poi generalizzata dallo Stato.

7. Per un'applicazione della concorrenza “alla tedesca” quando a concorrere sono le competenze (e quando la trasversalità delle materie esclusive legittima tutta la Repubblica)

Esclusi gli eventuali vizi di legittimità diversi dall'incompetenza, la Regione Sicilia sarebbe quindi sostanzialmente intervenuta a disciplinare i bandi di gara con una scelta normativa collocabile all'interno di un intreccio di materie nel quale presenta sì profili di competenza (i lavori pubblici⁶³), ma operando una scelta diretta specificamente a regolare anche un profilo (ordine pubblico e sicurezza) di competenza esclusiva statale. Tale profilo si pone peraltro come effettivamente prevalente in un'ottica finalistica⁶⁴, e per la sua trasversalità è tendenzialmente caratterizzato da una certa capacità espansiva della normativa statale a discapito della regionale (perché legato a un interesse certamente unitario); nondimeno, nella fattispecie analizzata la Regione è intervenuta in un momento in cui lo Stato non aveva ancora presidiato l'interesse (al contrasto alla criminalità negli appalti pubblici) con una propria normativa nazionale specifica, e ci si deve quindi interrogare sul se la capacità espansiva connessa alla trasversalità possa operare anche (provvisoriamente) a beneficio della normativa regionale.

In altri termini, in un simile contesto ci si deve chiedere se l'assenza – nell'ordinamento italiano – di meccanismi analoghi alla *preemption* statunitense⁶⁵ o alla competenza concorrente tedesca⁶⁶ costituisca un possibile tratto di inefficienza del sistema complessivo, derivante da una compressione dell'autonomia (e della capacità di sperimentazione) che – in concreto – non è adeguatamente fondata su esigenze unitarie.

Il problema si pone infatti rispetto all'esclusività nelle materie trasversali, che individuano un titolo di competenza con cui lo Stato normalmente può interferire anche nelle materie residuali (per esigenze unitarie), ma che *a contrario* – quando è lo Stato a porsi come

62 Cfr. ad esempio Cons. Stato, sez. VI, 7-8-2013, n. 4167; Cons. Stato, sez. IV, 2-4-2012, n. 1957; Cons. Stato, sez. V, 16-2-2011, n. 792; Cons. Stato, sez. IV, 8-11-2011, n. 5903; Cons. Stato, sez. V, 2-11-2011, n. 5843.

63 Cfr. ancora l'art. 14, co. 1, lett. g), dello Statuto siciliano.

64 Cfr. *supra* il par. 5.

65 Mediante la *federal preemption* si riconosce la generale cedevolezza della legislazione statale a fronte della legislazione federale che – in modo esplicito o implicito – confligga con la prima, e ciò sulla base della logica della *Supremacy Clause* (Article VI, clause 2). Con deliberazione del Congresso la *preemption* opera anche rispetto a settori in cui gli Stati membri legittimamente avevano normato, incidendo sulle relative competenze statali grazie alla *Necessary and Proper Clause* (Article I, section 8, clause 18).

66 Mediante la legislazione concorrente propria del modello tedesco – di tipo “alternativo” e prevista agli artt. 72, 74 e 105, co. 2, del GG – la Federazione può liberamente legiferare qualora ritenga necessaria una disciplina unitaria; tuttavia, fintantoché il *Bund* non interviene, i *Länder* sono legittimati ad adottare proprie leggi, e tali leggi perdono la propria validità solo se viene poi approvata la legge federale (e dal momento in cui questa fornisce una nuova disciplina).

soggetto cedevole (in quanto rimane inerte nell'esercitare la competenza) – potrebbero consigliare anche interventi regionali. Vista l'ontologica estensione a tutta la Repubblica degli interessi sottesi a tali materie trasversali, infatti, si potrebbe ipotizzare – fino ad un successivo intervento statale – la legittimità anche di disposizioni regionali poste in essere nell'ambito di un intreccio di competenze, ma per perseguire un fine prevalente normalmente unitario.

Peraltro, alcune delle materie indicate dall'art. 117, co. 2, sono state qualificate in passato come funzioni rispetto alle quali tutti gli enti dello Stato-comunità sono competenti a svolgere interventi protettivi⁶⁷, salvo il caso in cui già lo Stato abbia fissato l'equilibrio tra interessi, definendo con precisione il livello di tutela (così che le Regioni non potrebbero intervenire neppure fissando standard superiori, pena il rischio di intaccare altri interessi concorrenti nel bilanciamento e di introdurre una disomogeneità nei livelli di regolamentazione)⁶⁸. Anche rispetto al tema qui analizzato, quindi, si tratterebbe di generalizzare l'applicazione della trasversalità delle funzioni anche a beneficio dell'autonomia territoriale, ma l'indirizzo attualmente seguito dalla Corte costituzionale sembra non voler valorizzare le soluzioni interpretative che sottendono intrecci tra l'azione statale e quella regionale, privilegiando invece una semplificazione dei rapporti fondata su un netto dualismo delle sfere di attribuzione (nel quale l'autonomia è destinata a retrocedere al ricorrere di ogni minima interferenza).

In questo senso, un'impostazione alternativa potrebbe invece ammettere che tutte le volte in cui sia riscontrabile un (effettivo) vuoto normativo nell'esercizio delle competenze esclusive statali il legislatore regionale dovrebbe poter intervenire – nell'intreccio con le competenze sue proprie – anche mediante disposizioni specificamente e finalisticamente dirette a interessi che sono, normalmente, di portata unitaria (quali ambiente, concorrenza, ordine pubblico e sicurezza, etc.). A fronte di tale intervento, poi, rimarrebbe comunque salva la possibilità per lo Stato di intervenire successivamente a uniformare i livelli di protezione, ponendo una disciplina propria e unitaria; disciplina statale successiva – con la quale si novellerebbe la regolamentazione del settore – che però dovrebbe allora prevalere per una sorta di *field preemption*⁶⁹, senza che si configuri un'incompetenza assoluta (e l'annullamento, con effetto retroattivo) della disciplina regionale.

Evitare così l'impiego delle categorie di una radicale incompetenza permetterebbe peraltro di valorizzare pienamente la capacità di sperimentazione da parte del legislatore regionale. Ciò, ricordando che il sindacato di costituzionalità in tale approccio (non avvalendosi dell'incompetenza, come strumento assorbente delle altre questioni e di semplificazione dei rapporti Stato-Regioni) si troverebbe però a confrontarsi con esigenze di giudizio molto più complesse, dovendo sindacare se sia possibile riscontrare una vera assenza di normativa statale o, al contrario, se la mancata regolazione del settore individui un voluto bilanciamento con altri interessi, che il legislatore statale aveva presente (e

67 Cfr. in particolare il caso della materia «tutela dell'ambiente», riconosciuta fin da Corte cost. 407/20002 come competenza statale non rigorosamente circoscritta e delimitata, ma intrecciata inestricabilmente con altri interessi e competenze regionali concorrenti, così che è stato ammesso l'intervento della Regione quando questa assicuri un più elevato standard di garanzie per il proprio territorio (salvo lo Stato abbia già fissato un preciso livello, per salvaguardare interessi ulteriori).

68 Cfr. a partire da Corte cost. 307/2003, in materia di elettrosmog.

69 Per *field preemption* si intendono le situazioni nelle quali, anche in assenza di un diretto contrasto tra norma statale e federale, è possibile individuare un'intenzione da parte del regolatore federale di disciplinare l'intera materia ("occupy the field") mediante un intervento normativo sistematico e pervasivo che – anche qualora non determini una diretta antinomia con singole disposizioni statali – preclude in tutto il settore l'applicazione di qualunque disciplina che non sia stata uniformata. Cfr. *Gade v. National Solid Wastes Management Association*, 505 U.S. 88 (1992).

quindi il sindacato di costituzionalità – in tali ipotesi – deve vagliare il *quomodo* dell'intervento regionale, per verificare se si incida sull'autonomia privata o sugli istituti generali dell'amministrazione). In concreto, per ammettere nel caso specifico che la Regione possa fissare standard di tutela anti-criminalità si deve accertare che gli stessi siano effettivamente non solo diversi da quelli statali, ma che – più radicalmente – riempiano lacune effettive dell'ordinamento nazionale (innovando); l'esito di differenziazione della disciplina per aree geografiche che è sotteso all'ammettere legislazione regionale anche in materie di competenza trasversale, infatti, appare logicamente ammissibile solo nell'ipotesi di una disciplina territoriale posta veramente *praeter legem* (statale)⁷⁰.

Il regionalismo italiano si presenta invece, con riguardo a queste prospettive, come particolarmente sensibile alle esigenze di eguaglianza di trattamento (e, quindi, a un crescente dualismo nel riparto delle sfere di competenza, a discapito di qualunque differenziazione una volta che ricorrano profili di interesse apprezzabili unitariamente). Anche nella sentenza annotata la tutela dell'eguaglianza gioca infatti un ruolo fondamentale nell'orientare la Corte costituzionale verso l'impiego di una radicale incompetenza, dato che nella scelta normativa regionale verrebbero «in rilievo misure specifiche di prevenzione e contrasto alla criminalità organizzata, il cui carattere fondamentale consiste proprio nella conformazione uniforme su tutto il territorio dello Stato e nella coerenza sistematica con l'intero impianto della legislazione nazionale, finalizzata a combattere la penetrazione della malavita nelle commesse pubbliche»⁷¹.

La Corte è quindi categorica nel porre l'esclusività della materia e l'eguaglianza come valori prevalenti nella propria argomentazione, mentre non si interroga sull'inopportunità di vanificare la capacità di sperimentazione regionale; ciò annullando retroattivamente una disciplina che (al netto di ulteriori profili di incostituzionalità) è stata poi sostanzialmente recepita dallo Stato, creando così un vuoto normativo – non necessario – nello spazio temporale in cui invece si era applicato un analogo testo normativo regionale⁷².

Ad oggi, quindi, in dottrina e giurisprudenza il principio di cedevolezza delle norme è ipotizzabile per il solo caso opposto a quello qui rilevante, la potestà legislativa esclusiva dello Stato essendo intesa come “riservata” (così che la trasversalità delle materie statali porterebbe le sole competenze regionali a retrocedere)⁷³.

Il contrasto alla criminalità come interesse che è proprio della Repubblica viene però così sminuito da un'applicazione unilaterale di tale logica, senza valorizzare anche il lato “pro

70 Cioè a fronte di una mancanza di regolamentazione che non sia inquadrabile nell'ambito di una scelta voluta di deregolazione del settore, con cui lo Stato abbia voluto tutelare altri interessi concorrenti (ad esempio non disponendo specifiche distanze per gli impianti elettromagnetici, al fine di garantire l'interesse imprenditoriale e nazionale all'infrastrutturazione necessaria per il sistema delle telecomunicazioni). In tale ipotesi, infatti, l'omessa previsione nazionale concorre a fissare un dato equilibrio nel bilanciamento degli interessi affidati alla competenza statale, non modificabile dalla Regione (ad esempio, nel caso di specie si sarebbe dovuto verificare che l'assenza di disposizioni statali sulla tracciabilità dei pagamenti non fosse il frutto di una scelta voluta di flessibilità nelle modalità di gestione degli appalti pubblici, emergente da una normativa complessiva con la quale una diversa opzione regionale sarebbe entrata in contrasto, come era avvenuto nel caso dell'elettrosmog).

71 Cfr. ancora il punto 5.1., ultimo periodo, della sentenza annotata.

72 Sull'opportunità di scandire gli effetti nel tempo delle sentenze, talvolta evitando gli effetti retroattivi dell'annullamento, cfr. Corte cost. 10/2015.

73 Cfr. G. D'ELIA, *Vecchio e nuovo in tema di norme statali cedevoli: riflessioni sulle interferenze legislative qualificate*, in *Forum dei Quad. cost.*, 2008.

autonomista” della trasversalità delle materie⁷⁴: se mediante una competenza trasversale lo Stato può intervenire sulle competenze regionali, dovrebbe – in caso di inerzia statale – ammettersi che nel concorrere di materie regionali e statali sia anche la Regione a potersi fare carico di interessi normalmente unitari (ma momentaneamente non presidiati), sperimentando proprie normative anche rivolte a fini non tipicamente propri (incrementando solo localmente la tutela di ambiente, concorrenza, sicurezza, etc.); ciò fintantoché il legislatore statale non intervenga con una disciplina unitaria, scorporando così dal concorrere delle materie i profili specificamente attinenti alla materia trasversale (ri-disciplinati pertanto in modo uniforme, con conseguente sopraggiunta privazione di efficacia di un intervento regionale che – comunque – potrebbe essere riconosciuto come legittimo, senza l’annullamento della legge regionale antesignana dell’intervento statale).

La stessa trasversalità della materia, che normalmente giustifica la cedevolezza delle competenze regionali nelle numerose situazioni di concorrenza delle materie che si verificano nella concretezza dell’ordinamento, potrebbe quindi trasformarsi in un argomento per ricostruire il sistema in modo maggiormente aperto all’autonomia, ipotizzando – anche relativamente alla competenza/funzione su «ordine pubblico e sicurezza» – che sia ammissibile una concorrenza “alla tedesca” a legittimazione della legislazione regionale sugli appalti che voglia sperimentare meccanismi di tutela contro corruzione e criminalità nell’assenza di una specifica normativa statale sul punto (e fino alla sua eventuale emanazione). Da una concorrenza “delle” materie, preclusiva di leggi regionali, si potrebbe così passare a ragionare di una concorrenza “nelle” materie, reinterprestando anche *a contrario* la logica – consolidatasi a beneficio del solo livello statale di governo – della cedevolezza delle competenze regionali rispetto alla disciplina degli interessi trasversali.

74 Per un’analisi che ha già evidenziato con riferimento alla Corte cost. 35/2012 come vi sia una tendenza in atto a negare la possibilità di interferenze tra disciplina statale e regionale, semplificando i rapporti tra enti a discapito dell’autonomia regionale (anche nel considerare la “promozione della legalità” come modalità di esercizio della funzione pubblica e non come titolo competenziale), cfr. ancora F. BENELLI, *Recenti tendenze della giurisprudenza costituzionale sul riparto per materie tra Stato e Regioni e sul declino del principio di leale collaborazione*, cit., 623 ss.