

**La finanza di progetto.  
un test sulla ripartizione delle competenze normative nel nuovo Titolo V.**

di Aljs Vignudelli \*

Il ricorso che la Commissione europea ha recentemente presentato di fronte alla Corte di Giustizia contro la disciplina della finanza di progetto stabilita dagli artt. 37 *bis* e ss. della legge 109 del 1994 (c.d. Merloni e successive modificazioni) chiama in causa una materia a cavaliere tra istanze comunitarie (tutela della concorrenza), istanze unitarie (uniformità di disciplina all'interno dello Stato) ed istanze autonomistiche (sussidiarietà amministrativa). In particolare, la Commissione lamenta che la normativa italiana violerebbe il principio di parità di trattamento in quanto collocherebbe il soggetto che propone l'iniziativa del *project financing* (c.d. promotore) in una duplice posizione di vantaggio: i) *procedurale*, essendo esso automaticamente chiamato a partecipare alla seconda fase della procedura di aggiudicazione (c.d. procedura negoziata) di cui all'art. 37 *quater*, lett. b); ii) *sostanziale*, in quanto l'art. 37 *ter* gli consente di risultare automaticamente aggiudicatario della concessione, modificando la sua offerta nel corso della procedura negoziata, al fine d'adeguare a quella ritenuta più conveniente dall'amministrazione.

Posto ciò, sembra utile svolgere alcune rapide considerazioni per cercare d'individuare quali siano i soggetti (e le fonti) competenti a regolamentare la materia in questione, anche in vista dell'eventualità che le disposizioni della Merloni si dovessero rivelare in contrasto col diritto comunitario e dovessero quindi essere disapplicate nell'ordinamento interno.

Sul punto, si può innanzitutto osservare che la finanza di progetto riguarda il settore dei "lavori pubblici", il quale, mentre in precedenza risultava ascrivito alla competenza concorrente di Stato e Regioni quando si trattasse di lavori di interesse regionale ed a quella esclusiva dello Stato in tutti gli altri casi, non viene più menzionato nel nuovo art. 117 Cost.. Quindi, escluse le materie delle "grandi reti di trasporto e navigazione" (attribuite anche oggi alla competenza concorrente dall'art. 117, comma 3, Cost.), la restante porzione dei lavori pubblici, in via di prima approssimazione, sembrerebbe essersi residualmente collocata in capo alla potestà legislativa regionale stabilita dall'art. 117, comma 4, Cost.

Tuttavia, com'è noto, la Corte Costituzionale ha affermato che "la mancata inclusione dei 'lavori pubblici' nella elencazione dell'art. 117 Cost. (...) non implica che essi siano oggetto di potestà legislativa residuale delle Regioni. Al contrario, si tratta di ambiti di legislazione che non integrano una vera e propria materia, ma si qualificano a seconda dell'oggetto al quale afferiscono e pertanto possono essere ascritti di volta in volta a potestà legislative esclusive dello Stato ovvero a potestà legislative concorrenti" (sentenza 303 del 2003). Discorso, questo, che si collega alla più generale affermazione del principio di sussidiarietà non solo nel campo dell'amministrazione ex art. 118 Cost., ma anche in quello della legislazione sulla base della considerazione che "il principio di legalità, il quale impone che anche le funzioni assunte per sussidiarietà siano organizzate e regolate dalla legge, conduce logicamente ad escludere che le singole Regioni, con discipline differenziate, possano organizzare e regolare funzioni amministrative attratte a livello nazionale e ad affermare che solo la legge statale possa attendere a un compito siffatto".

A parte tale modo di impostare la questione, non del tutto soddisfacente nella misura in cui implica una singolare "inversione del canone della legalità" (in forza della tradizionale concezione del principio di legalità è la legge che deve dirigere l'amministrazione e non il contrario: Gentilini), non può comunque dubitarsi che la *tutela della concorrenza* -anche nei "lavori pubblici"- sia attribuita in via esclusiva alla legge ordinaria dello Stato (dal comma 2, *lett e*, dell'art. 117 Cost.), risultando a sua volta subordinata ai vincoli derivanti (ex comma 1 del medesimo art. 117 Cost.) dal diritto comunitario. Non pare invece condivisibile l'opinione per cui il trasferimento di porzioni della materia "lavori pubblici" alla competenza esclusiva Stato potrebbe avvenire in forza della lettera *l*) del comma 1 dell'art. 117 Cost., col quale s'è riservata allo stesso la disciplina dell'ordinamento civile. Infatti, qualora facesse parte del c.d. ordinamento civile ogni rapporto giuridico strutturato a partire da schemi formalmente privatistici (si pensi alle c.d. concessioni-contratto), niente (o quasi) potrebbe sfuggire alla competenza esclusiva dello Stato. Conseguentemente, ferma restando la concettualizzazione appena esposta, sembra corretto limitare l'incidenza del c.d. ordinamento civile ai soli rapporti intercorrenti tra privati (o tra privato e pubblica amministrazione che agisca *jure privatorum*), non potendo farsi ricorso ad esso qualora una delle parti in causa sia un soggetto pubblico che operi *jure imperii*, quand'anche si serva di schemi propri del diritto privato.

Posto ciò, cosa succede se chi ne ha la competenza non fa le regole, ovvero se le regole esistenti (come potrebbe

avvenire per il caso in discussione) risultino in contrasto col diritto comunitario? Le soluzioni astrattamente ipotizzabili sono tre: a) integrazione/correzione della disciplina legislativa in via normativa; b) integrazione/correzione della disciplina legislativa in via amministrativa; c) integrazione/correzione della disciplina legislativa in via giurisdizionale.

Tralasciando di affrontare in questa sede le ipotesi b) e c), rispetto alle quali ci si limita ad osservare come implicino per il soggetto preposto alla redazione della *lex specialis* del bando ovvero per il giudice un margine di discrezionalità da valutare attentamente anche con riferimento al principio d'imparzialità ex art. 97 Cost., nella prima ipotesi potrebbe immaginarsi tanto un'integrazione *legislativa* (per esempio, una Regione interviene a specificare e/o correggere la legge statale) quanto una *regolamentare* (per esempio, un Comune si dota di uno strumento normativo che si affianchi al dettato legislativo lacunoso e/o incompatibile col diritto comunitario). La soluzione legislativa, tuttavia, tranne le ipotesi dell'art. 117 comma 3 (competenza concorrente), appare impraticabile, a meno di non accettare il principio di sussidiarietà legislativa sostenuto dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 303, mentre più fertile potrebbe rivelarsi la via dell'integrazione *regolamentare* ad opera di un ente locale (*in primis* d'un Comune).

In proposito, rileva il comma 6 dell'art. 117 Cost., ai sensi del quale "i Comuni, le Province e le Città metropolitane hanno potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite". Pertanto, se si riconosce che il *project financing* sia uno degli strumenti attraverso i quali gli enti locali in oggetto possono adempiere alle proprie funzioni (nel campo dei lavori pubblici), sarebbe agevole concludere che gli stessi possano disciplinare, almeno, il relativo procedimento. Ovviamente, ciò non esenta gli enti in questione dall'osservanza del principio di legalità, in forza del quale i regolamenti sono tenuti a rispettare le fonti di grado legislativo, ma li autorizza a procedere con una disciplina autonoma quando quella di grado legislativo (sia statale, sia regionale) risulti carente, traendo legittimazione direttamente dalla norma costituzionale e sempre nel rispetto del diritto comunitario.

E questa soluzione potrà assumere dimensioni più estese qualora s'aderisca all'orientamento che tali regolamenti siano soggetti alle sole fonti legislative di principio (e non alle norme primarie *tout court*) ed addirittura estreme se si opti invece per la ricostruzione dei rapporti *de quibus* esclusivamente in termini di competenza. In una simile prospettiva, il fondamento del potere regolamentare delle autonomie locali viene rinvenuto nel combinato disposto dell'art. 114, comma 2, Cost. e 117, comma 6, Cost., salvo poi porre alternativamente l'accento, ora sul dato letterale dell'art. 7 del Testo Unico sugli enti locali (d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267), che parla del limite dei "principi" legislativi per desumerne l'esistenza di norme primarie (che non siano principi) non vincolanti per la potestà regolamentare (Italia), ora direttamente sul *significato* dell'art. 117, comma 6, interpretato quale vera e propria norma attributiva della competenza normativa e, come tale, analogamente ai regolamenti parlamentari ex art. 64 Cost., immediatamente subordinati alla *sola* Costituzione (Piraino).

Quanto alla prima posizione, si deve però sottolineare come sia oggettivamente molto difficile (se non impossibile) distinguere (se non formalisticamente sulla base delle mere qualificazioni legislative) i principi dalle regole (*rectius*: le leggi di principio dalle altre leggi). Più specificamente, s'introdurrebbe un criterio di soluzione delle antinomie (tra leggi e regolamenti locali) incapace di offrire una soluzione certa (e prevedibile), soprattutto qualora si dovesse aderire all'idea che i principi vadano interpretati (non in astratto, ma) esclusivamente in concreto, con riferimento ai casi di volta in volta oggetto di valutazione. Inoltre, l'idea che i regolamenti degli enti locali siano soggetti soltanto al rispetto dei principi (e non di qualsiasi norma stabilita dalla legge ordinaria sembra incompatibile con l'asserzione -largamente condivisa in dottrina- secondo la quale il sistema legale delle fonti a livello costituzionale ed a livello primario è chiuso e quindi la legge ordinaria non potrebbe validamente istituire -senza esservi costituzionalmente autorizzata, almeno implicitamente- fonti concorrenziali rispetto a sé medesima, cioè dotate della medesima forza. Il che accadrebbe appunto per i regolamenti locali, i quali, in virtù dell'art. 7 del d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267, verrebbero di fatto equiparati alle leggi (statali o regionali) non di dettaglio.

Quanto al secondo orientamento, invece, va innanzitutto rilevato che nel comma 6 dell'art. 117 Cost. la disciplina dei regolamenti posti in essere da Comuni, Province e Città metropolitane viene immediatamente dopo quella dedicata ai regolamenti dello Stato e delle Regioni, la cui subordinazione alla legge -oltre ad essere fuori discussione per considerazioni di ordine generale attinenti alla costruzione del sistema delle fonti nel suo complesso- emerge in modo chiarissimo anche dalla lettera della disposizione in parola, che, distribuendo la potestà regolamentare tra Stato e Regioni con riferimento alla rispettiva competenza legislativa, mostra di considerare la prima (potestà regolamentare) subordinata alla seconda (competenza legislativa). E non si comprende per quale ragione nel medesimo enunciato normativo si sarebbero dovuti adottare due criteri tanto diversi e, per certi versi, così radicalmente discordi.

Sotto un profilo più generale, poi, va osservato che la ricostruzione sopra prospettata renderebbe i regolamenti locali esenti da qualsiasi controllo giurisdizionale, dal momento che, non essendo essi più sottoposti alla legge (o, nella versione moderata, alle leggi di dettaglio), il giudice amministrativo non disporrebbe di alcun parametro sulla base del quale valutarne la legittimità. Il che porrebbe gravi interrogativi pure per quanto concerne la tenuta del principio di legalità (o meglio, del principio di giustiziabilità), tanto più che non sarebbe neppure attivabile (né in via diretta, né in via incidentale) un controllo della Corte Costituzionale (come sarebbe forse coerente con l'eventuale riconoscimento di un grado primario agli atti in questione), non avendo il legislatore costituzionale ritenuto di dover modificare l'art. 136 aggiungendo gli atti in questione all'elenco di quelli sottoposti alla sua verifica. Anzi, l'applicazione del principio di non contraddizione pare condurre -in un'ottica sistematica- a leggere il comma 6 dell'art. 117 Cost. in termini coerenti col silenzio del legislatore della riforma relativamente alla sfera di azione della Consulta, concludendo che l'interpretazione corretta sia quella (sostenuta in questa sede) che non ritiene si sia voluto alterare la gerarchia delle fonti, ma semplicemente riservare agli enti locali una quota di potestà regolamentare (secondaria).

\* Ordinario di Diritto Costituzionale nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.