

Lavori pubblici: quanto «intangibili» sono le materie enumerate negli Statuti speciali?

di Roberto Bin

(in corso di pubblicazione in "le Regioni", 2010)

1. La sentenza n. 45/2010 riconosce alla Provincia autonoma di Trento la competenza «statutaria» in materia di lavori pubblici. Non ci sarebbe motivo di stupirsene, visto che i «lavori pubblici di interesse provinciale» sono espressamente elencati dallo Statuto del Trentino – Alto Adige tra le materie di competenza legislativa primaria. Però, a seguito della riforma del Titolo V, la giurisprudenza costituzionale ha sottoposto la 'materia' ad un processo di evaporazione che impedisce che essa, pur prevista dal «vecchio» art. 117 tra le materie di competenza concorrente, finisca di fatto, come molte altre dello stesso elenco, tra le competenze regionali 'residuali'. E di questo processo rischiano di restare vittima anche le omonime materie scolpite dagli Statuti speciali.

Sin dalla celebre sent. 303/2003, la Corte aveva tratto dalla mancata inclusione dei lavori pubblici negli elenchi del secondo o del terzo comma dell'art. 117 la conclusione che i lavori pubblici non costituissero più una materia autonoma (seppure attribuita a diversi livelli di governo in ragione della dimensione degli interessi), ma fosse esplosa in tanti segmenti (che la sentenza chiama «ambiti di legislazione») che «si qualificano a seconda dell'oggetto al quale afferiscono», ossia si vengono a saldare con la «materia sostanziale» che di volta in volta entra in questione e rispetto alla quale le opere pubbliche sono strumentali. In effetti, nel passaggio dal vecchio al nuovo Titolo V, le materie originariamente concorrenti hanno subito sorti completamente diverse: alcune sono effettivamente transitate, sia pure con qualche possibile amputazione, nel novero innominato delle competenze residuali (per es. il commercio, l'agricoltura, la formazione professionale, il turismo...); altre sono state sussunte nelle etichette tutt'ora qualificanti la potestà concorrente (l'urbanistica e l'edilizia attratte dal «governo del territorio», l'assistenza sanitaria incorporata dalla «tutele della salute»); altre ancora sono deflagrate perdendo la propria organicità, come appunto i lavori pubblici (oppure il procedimento amministrativo¹).

Ciò significa che le regioni ordinarie possono programmare, finanziarie, realizzare opere pubbliche, in quanto strumenti utili alle politiche pubbliche di loro competenza, ma la loro potestà legislativa non si estende né alla disciplina delle procedure di appalto, né alla regolazione dell'attività negoziale²: la prima è attratta dalla competenza esclusiva dello Stato relativa alla «tutela della concorrenza», la seconda confluisce nell'«ordinamento civile». La scarsa densità della 'materia' lavori pubblici comporta insomma che essa non offra resistenza a qualsiasi intervento legislativo dello Stato che persegua finalità ricollegabili alle sue competenze esclusive (teologicamente interpretate)³.

¹ «Il procedimento amministrativo non è una vera e propria materia, atteso che lo stesso, in relazione agli aspetti di volta in volta disciplinati, può essere ricondotto a più ambiti materiali di competenza statale o regionale (sentenza numero 465 del 1991), entro i quali la disciplina statale regola in modo uniforme i diritti dei cittadini nei confronti delle pubbliche amministrazioni»: sent. 401/2007 (punto 6.7 del *diritto*).

² Cfr. sent. 401/2007 (punto. 6.8 del *diritto*).

³ Così, per es., nella sent. 256/2007 si afferma che la disciplina dei contributi gravanti sui soggetti sottoposti alla vigilanza dell'Autorità per i lavori pubblici costituirebbe «legittimo esercizio della competenza

2. Il problema è se queste argomentazioni perdano parte della loro forza di fronte alla espressa menzione dei lavori pubblici come 'materia' negli elenchi formulati dagli Statuti delle regioni speciali. Solo una lettura inconsapevole dei principi che regolano la successione nel tempo della legge generale (la disciplina *comune* contenuta nel nuovo Titolo V) alla legge speciale (gli Statuti delle regioni ad autonomia *differenziata*) potrebbe infatti accreditare la tesi che i «vecchi» Statuti debbano essere interpretati alla luce del nuovo Titolo V, così da attenuarne la «specialità»⁴. A parte ogni altra considerazione, questa interpretazione dovrebbe fare i conti col significato palese dell'art. 10 della legge cost. 3/2001: esso si preoccupa proprio di assicurare che le regioni speciali non subiscano un processo di svilimento della loro autonomia, garantendo l'adeguamento automatico delle loro attribuzioni alle «forme di autonomia più ampie» eventualmente riconosciute dalla riforma costituzionale alle regioni ad autonomia ordinaria⁵.

È però vero la clausola di adeguamento automatico vuole evitare che le regioni speciali vengano superate dalle regioni ordinarie, non anche che esse mantengano la specificità che il rispettivo Statuto assicura a ciascuna di esse: non basta cioè ad impedire che si rimetta in moto quel processo di appiattimento delle autonomie speciali sull'autonomia ordinaria che aveva operato implacabile prima della riforma costituzionale. Resta anzi tutto da risolvere il complesso problema di definire il rapporto che viene ad instaurarsi tra le materie «etichettate» dallo Statuto come attribuzione esclusiva della regione e le materie che, invece, sono sparite dagli elenchi dell'art. 117 Cost. o perché defluite nelle competenze residuali delle regioni ordinarie o perché totalmente «smaterializzate» (come, appunto, i lavori pubblici). In assenza di un'opera di consolidamento degli argini delle attribuzioni statutarie attraverso la produzione sistematica di norme di attuazione degli Statuti (e nell'assenza totale di una guida legislativa al processo di attuazione della riforma del 2001⁶), ancora una volta questo compito grava per intero sulle spalle della Corte costituzionale, la cui giurisprudenza però non appare ancora sufficientemente consolidata e capace di rispondere a tutti i quesiti⁷. Per esempio, il fatto che l'interpretazione del nuovo art. 117 Cost. porti la Corte a ritenere statale esclusiva in materia di «sistema tributario e contabile dello Stato».

⁴ In questo senso cfr. però R. DE NICTOLIS, *Appalti di lavori pubblici e Corte costituzionale: da uno a sette codici dei lavori pubblici?*, in *Urbanistica e appalti*, 2010, 377 ss.

⁵ Cfr., anche per cenni alla genesi della disposizione, A. Ambrosi, *La competenza legislativa delle Regioni speciali e l'art. 10 della legge cost. n. 3 del 2001*, in questa *Rivista*, 2003, 825 ss.

⁶ Per le ben note vicende politiche che hanno accompagnato e seguito la riforma costituzionale del Titolo V, non si è provveduto ad accompagnarla con la tradizione produzione di decreti di trasferimento delle funzioni, che avrebbero quantomeno concorso a ridefinire le materie e le attribuzioni residuali delle Regioni. L'unico atto legislativo emanato, la legge 131/2003, si è rivelato del tutto inutile, come per altro era stato ampiamente previsto (basta scorrere i commenti analitici contenuti in *Stato, regioni ed enti locali nella legge 5 giugno 2003, n. 131*, a cura di G. Falcon, Bologna 2003). Per cui, com'era inevitabile, il significato delle nuove competenze legislative è stato ricostruito dalla giurisprudenza costituzionale sfruttando soprattutto le indicazioni contenute nei decreti di trasferimento precedenti la riforma, e in particolare i c.d. *decreti Bassanini*: un bell'esempio di *gesetzeskonforme Auslegung* della Costituzione!

⁷ I primi lavori organici che ricostruiscono la giurisprudenza costituzionale sull'applicazione della clausola di maggior favore e sul rapporto tra materie di competenza statutaria delle regioni speciali e riforma del Titolo V sono tracciati nelle ampie relazioni (ancora inedite) di I. RUGGIU, *Regioni speciali, norme di attuazione e clausola di adeguamento (art. 10, l. cost. 3/2001)* e S. PARISI, *Regioni speciali e titolo V: materie residuali e "chiamata in sussidiarietà"*, in *L'impatto del titolo V sulle regioni speciali: profili operativi*, Convegno dell'ISGR, Udine, 3 dicembre 2010.

che la materia 'lavori pubblici' abbia perso la sua consistenza di materia, come si riflette sull'interpretazione degli Statuti speciali, in cui invece è rimasta l'indicazione della materia? E in che termini le materie statali «trasversali», che fanno avvertire così intensa la loro influenza sulle materie (residuali e concorrenti) delle regioni ordinarie, operano anche laddove gli Statuti speciali riconoscono la competenza piena delle regioni ad autonomia differenziata?

Sono problemi assai delicati e di grande rilevanza pratica, perché la «trasversalità» della disciplina statale sugli appalti, dettata dall'esigenza di tutelare i principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazioni di servizi e, sul piano più prettamente interno, il rispetto dei principi di buona amministrazione e di imparzialità nelle procedure di gara, ha connotati particolari: infatti, come sostiene la Corte costituzionale, in relazione ad essa l'«intreccio di competenze» non comporta le consuete prudenze, perché si applica il «criterio di prevalenza». Perciò non trovano applicazione le garanzie che la giurisprudenza della Corte ha, soprattutto all'inizio dell'applicazione del nuovo Titolo V, accordato all'autonomia regionale incisa da norme statali «trasversali» (concorrenza tra fonti statali e fonti regionali secondo la contrapposizione principio-dettaglio, obbligo di rispettare le procedure di leale collaborazione, divieto per lo Stato di emanare regolamenti e di trattenere l'amministrazione di fondi speciali ecc.), perché allo Stato va riconosciuto, dove sia riconosciuta la «prevalenza» della sua attribuzione, il potere di disciplinare interamente la materia, anche attraverso regolamentazione amministrativa⁸, con il solito impalpabile limite del rispetto dei principi di proporzionalità ed adeguatezza, ormai ridotto a formula puramente rituale⁹.

Queste affermazioni la Corte le ha elaborate per difendere la legittimità della legge statale di disciplina (il c.d. *codice degli appalti*: sent. 401/2007), ma le ha ribadite, con ancor maggior accentuazione, in occasione dell'impugnazione sistematica di tutte le successive leggi regionali che si discostavano, anche se per brevi tratti, dalla disciplina statale (sentt. 431/2007, 322/2008, 411/2008, 160/2009): il «criterio della prevalenza» fa sì che l'intera disciplina delle procedure di evidenza pubblica rifluisca nella competenza esclusiva 'tutela della concorrenza' dello Stato, «che ha titolo pertanto a porre in essere una disciplina integrale e dettagliata delle richiamate procedure», disciplina che è inderogabile da parte di norme regionali: le quali possono intervenire solo se hanno effetto pro-concorrenziale e sempreché «tali effetti, connessi alla specificità dei settori disciplinati, siano indiretti e marginali e non si pongano in contrasto con gli obiettivi posti dalle norme statali che tutelano e promuovono la concorrenza». Analogamente, la fase negoziale dei contratti pubblici rientra interamente nella riserva di competenza esclusiva statale per l'«ordinamento civile».

3. Una di queste decisioni ha per oggetto la legge di una regione speciale. Nella sent. 411/2008 la Corte dichiara l'illegittimità della legge sarda sulla base dello stesso schema elaborato nella sent. 401: neppure un cenno per le implicazioni che sono legate alla specialità dello Statuto. Paradossalmente le norme sarde vengono dichiarate illegittime per violazione dell'art. 3, lett. e), dello Statuto (che sancisce la potestà piena della Regione per la materia 'lavori pubblici di esclusivo interesse della Regione'), in quanto stabiliscono «una disciplina difforme da quella nazionale, alla quale avrebbero

⁸ È quanto la Corte ha espresso con chiarezza nella sent. 401/2007, su cui sia concesso rinviare a R. BIN, *Alla ricerca della materia perduta*, in questa *Rivista* 2008, 398 ss.

⁹ Ben altro era il significato assegnato al principio di proporzionalità nella sent. 14/2004, che per prima aveva approfondito l'estensione e la pervasività della *tutela della concorrenza* come materia trasversale.

dovuto adeguarsi alla stregua dell'art. 4, comma 5, del d.lgs. n. 163 del 2006, in materie, quelle della tutela della concorrenza e dell'ordinamento civile, estranee alla competenza legislativa regionale e riservate viceversa allo Stato».

Un dispositivo originale, perché per individuare il parametro costituzionale violato si fa riferimento ad una materia (quella che la Regione nella sua difesa aveva richiamato a fondamento della propria legge) per dire invece che le materie rilevanti sono altre, attribuite alla competenza dello Stato (non indicate però nel ricorso come parametro del giudizio). Nella motivazione, poi, non ci si preoccupa affatto di valutare se e in che misura le singole norme della legge regionale contrastino effettivamente con le finalità della tutela della concorrenza, in modo da salvare da censure di incostituzionalità tutte quelle disposizioni che si limitano ad introdurre soluzioni equivalenti o migliorative nella prospettiva pro-concorrenziale¹⁰. Il criterio della prevalenza è applicato con ogni rigore possibile per «ritagliare» con nettezza le sfere di attribuzione rispettive dello Stato e della Regione: nessuna sovrapposizione è ammessa, la materia statutaria perciò subisce un'amputazione, non la semplice e tradizionale compressione operata dalle *norme fondamentali delle grandi riforme*, come previsto dallo Statuto.

Altrettanto non accade invece nella sentenza in commento, in cui ad essere sindacata è una legge della Provincia di Trento. Già la sent. 401/2007 sembrava aver stralciato la posizione delle Province autonome rispetto a quella delle altre regioni, speciali o ordinarie che siano. La Provincia di Trento aveva impugnato il «codice degli appalti» per una clausola in esso contenuta: «Le regioni a statuto speciale e le province autonome di Trento e Bolzano adeguano la propria legislazione secondo le disposizioni contenute negli statuti e nelle relative norme di attuazione». La ricorrente riteneva infatti che questa norma fosse invasiva della competenza esclusiva che le è riconosciuta dallo Statuto: ma la Corte dichiara inammissibile la questione per carenza d'interesse, perché il meccanismo specifico apprestato dalle norme di attuazione dello Statuto (il ben noto d.P.R. 266/1992) pone a carico delle Province autonome solo un obbligo di adeguamento, non prevedendo anche l'immediata operatività della legge statale. Si poteva dunque trarre da questa decisione la conclusione che la materia statutaria 'lavori pubblici' resti sostanzialmente preservata, non compromessa dall'affacciarsi del nuovo Titolo V e dalla legislazione statale di settore, se non per l'obbligo di adeguarsi alle «norme fondamentali» in essa eventualmente contenute: proprio quello che la Sardegna aveva cercato di sostenere, senza successo.

Di questo argomento si fa forte la difesa della Provincia per un preciso obiettivo tattico: per sostenere che la legge provinciale, impugnata dal Governo per la quasi totalità delle disposizioni, non può essere dichiarata in blocco «fuori competenza», come era avvenuto per la legge della Sardegna, poiché costituisce anzi esecuzione del dovere di adeguamento. La Corte respinge formalmente questa argomentazione, ma nei fatti la fa sua. E ciò al costo di sfiorare una palese contraddizione. Per negare che possa ritenersi formato un vero e proprio giudicato a favore della competenza legislativa provinciale in materia, la Corte obietta che l'impugnazione dello Stato «è rivolta nei confronti di *specifiche disposizioni* della legge stessa, senza però che sia stata dedotta la *negazione della competenza* della Provincia ad adottare una normativa in materia»¹¹. Invece, più in là nella motivazione¹², per spiegare perché la pronuncia attuale si discosti così platealmente

¹⁰ Per queste osservazioni rinvio al mio commento *Prevalenza senza criterio*, in questa *Rivista* 2009, 618 ss.

¹¹ Punto 3 del *diritto* (corsivo aggiunto).

¹² Punto 6 del *diritto* (corsivo aggiunto).

dalla sentenza pronunciata contro la Sardegna, la Corte osserva che in quel caso lo Stato, «pure impugnando numerose disposizioni di tale legge per violazione della competenza statale in materia di tutela della concorrenza e di ordinamento civile, ha formulato *specifiche ed argomentate censure* nei confronti di ciascuna delle disposizioni della legge regionale impugnata», mentre nella fattispecie in esame il ricorso «è, in larghissima parte, apodittico e *carente di motivazioni specifiche nei confronti delle singole norme* della citata legge, dal momento che esso, in generale, si limita a dedurre che varie norme oggetto di gravame sono invasive della competenza esclusiva dello Stato in tema di tutela della concorrenza e di ordinamento civile». Per cui manca «uno specifico riferimento alle ragioni che determinerebbero un insanabile contrasto con la disciplina comunitaria o con quella contenuta nel Codice degli appalti», così che «non è dato comprendere neppure se le norme impugnate vengano censurate *per il solo fatto di invadere la competenza esclusiva dello Stato* in tema di tutela della concorrenza o di ordinamento civile oppure vengano censurate per il *loro asserito contrasto con i parametri interposti* contenuti nella disciplina comunitaria o in quella nazionale di cui al citato Codice». Da qui l'inammissibilità dichiarata per la maggior parte dei motivi dell'impugnazione.

Ecco che emerge così la *ratio distinguendi* che giustifica il *revirement* della Corte. Ma tra questi due argomenti, distanti nella motivazione e contraddittori nelle premesse, la Corte coglie finalmente l'occasione per inserire un chiarimento sulla sua visione (una visione ancora transitoria, probabilmente) dei rapporti tra nuovo Titolo V e vecchi Statuti, ed in particolare sulle modalità con cui opera la clausola di adeguamento automatico.

4. La dottrina della Corte è presto riassunta. Essa fa specifico riferimento ai lavori pubblici e alla disciplina degli appalti, ma non sembra indebito proiettarla su un piano più generale.

«Il riparto di competenze – spiega la Corte - si atteggia in modo diverso a seconda che trovino applicazione il Titolo V della parte II della Costituzione ovvero norme statutarie speciali che prevedano, in via autonoma, la materia dei lavori pubblici, di interesse regionale o, come nel caso qui in esame, di interesse provinciale»¹³. In questo secondo caso, non vale infatti il limite, imposto alle leggi delle regioni ordinarie, di emanare solo norme che producano «effetti pro-concorrenziali», solo «indiretti e marginali» e comunque compatibili con gli obiettivi posti dalle norme statali¹⁴.

La norma statutaria legittima il legislatore locale a disciplinare il settore, ma a condizione che rispetti anche i limiti che lo Statuto speciale pone alla potestà esclusiva. È un'applicazione del «principio di non frammentazione»¹⁵ degli istituti, per cui laddove vi sia sovrapposizione tra le competenze fissate negli Statuti speciali e quelle riconosciute alle regioni ordinarie dal nuovo Titolo V, in applicazione dell'art. 10 della legge cost. 3/2001 si deve valutare (e di conseguenza riconoscere come prevalente nel caso specifico) la norma di maggior favore per l'autonomia regionale, ma applicandola nella sua interezza, ossia con il corollario dei limiti da essa prevista: per cui «laddove la disciplina statutaria dovesse risultare “di maggior favore” per l'autonomia speciale, essa va applicata *in toto*, ossia comprensiva del sistema dei limiti verticali».

Nessun problema sorge per i limiti generali, come il rispetto degli *obblighi comunitari* e la riserva statale per l'*ordinamento civile*, né per quelli tipici della potestà

¹³ Punto 5 del *diritto*.

¹⁴ Punto 4 del *diritto*, che richiama testualmente le sentenze 431/2007 e 160/2009.

¹⁵ Cfr. S. PARISI, *op. cit.*, pag. 5 (del dattiloscritto) e, con specifico riferimento alla sent. in commento, 16 s.; sua è anche la citazione che segue.

esclusiva regionale, a partire dal limite delle *norme fondamentali delle grandi riforme*¹⁶. Il problema si può porre invece per quanto concerne la *tutela della concorrenza*, limite espressamente introdotto dalla riforma dell'art. 117 Cost., e dal limite dell'*interesse nazionale*, residuo degli Statuti speciali non più presente nel Titolo V.

La Corte evita di affrontare il tema. Dell'interesse nazionale – come è noto - si astiene sistematicamente dal menzionarne il nome (optando, se le circostanze lo esigono, per qualche sinonimo); per quanto attiene alla tutela della concorrenza, invece, la sentenza in commento non la erige a limite specifico della competenza provinciale, ma sembra piuttosto volerla spalmare nei limiti codificati dallo Statuto: la disciplina locale non può avere «un contenuto difforme da quella assicurata in ambito europeo e nazionale e, quindi... alterare negativamente il livello di tutela assicurato da quest'ultimo»¹⁷. Come si vede, anche senza utilizzare espressamente strumenti forniti o elaborati dal nuovo Titolo V, la giurisprudenza costituzionale può tranquillamente lasciare che si corroda «l'intangibilità della materia» e che lo Statuto speciale non resista al rischio di smaterializzazione e di eclissi dei suoi presidi¹⁸.

Che singolare (e istruttiva) vicenda, però. La riforma costituzionale, voluta per realizzare un'efficace e stabile trasformazione dello Stato in senso autonomistico, ha creato invece le premesse di un processo di sgretolamento delle attribuzioni regionali che ha iniziato ad intaccare anche le più presidiate delle autonomie, quelle garantite dagli Statuti speciali.

¹⁶ Già fatto valere del resto in materia di appalti, prima dell'emanazione del «codice», a proposito della revisione prezzi, dalla sent. 447/2006, contro una legge della Provincia di Bolzano.

¹⁷ Punto 5 del *diritto*.

¹⁸ La citazione è tratta da S. BARTOLE, *Esiste oggi una dottrina delle autonomie regionali e provinciali speciali?*, in questa *Rivista* 4/2010 (in corso di stampa), che, ragionando della clausola di maggior favore, ritiene invece che proprio l'intangibilità delle materie sia «il primo sintomo di un'autonomia più ampia» delle regioni speciali, negando che esse possano subire l'applicazione «del principio di sussidiarietà e della trasversalità delle competenze ai fini di un ridimensionamento delle attribuzioni regionali».