

## **Prevalenza senza criterio. Nota alla sent. 411/2008**

Roberto Bin

1. Questa decisione è figlia della sentenza della Corte costituzionale sul Codice degli appalti<sup>1</sup>. Come spesso avviene anche nella riproduzione naturale, alcune particolarità genetiche della (sentenza) “madre”, nella (sentenza) “figlia” si ritrovano accentuate sino a sfiorare la deformazione.

L’asse portante del ragionamento è semplice da esporre: la disciplina degli appalti pubblici include diversi “ambiti di legislazione”, per ciascuno dei quali la competenza si determina in relazione allo specifico oggetto da regolare; laddove l’oggetto ricada nella competenza esclusiva dello Stato, non si realizza una vera e propria “interferenza fra materie”, perché lo Stato sarebbe interamente *dominus* della disciplina. Tutti gli oggetti per i quali lo Stato ha impugnato la legge sarda ricadono o nella “tutela della concorrenza” o nell’“ordinamento civile”, e quindi sono pienamente nella disponibilità del legislatore statale, con esclusione altrettanto piena di qualsiasi interferenza da parte della legge regionale.

Come si vede la restaurazione della competenza “esclusiva” dello Stato è ormai compiuta. “Tutela della concorrenza” e “ordinamento civile”, assieme alla “tutela dell’ambiente” e ad altre materie erano state ricostruite dalla prima giurisprudenza costituzionale del “dopo riforma” come materie “trasversali”: non vere e proprie materie in senso tecnico, ma obiettivi (talvolta collegati a “valori” costituzionali) che consentivano allo Stato di “invadere” ambiti materiali regionali, determinando situazioni di “intreccio di competenze”. In tali situazioni – riconosceva la Corte - sorge per lo Stato l’obbligo di prevedere ed applicare procedure di leale collaborazione nell’emanazione degli atti sub legislativi, mentre sul piano della legislazione sono solo le norme di principio statali a costituire il limite della legislazione regionale, alla quale per altro non sarebbe precluso elevare i livelli di protezione del “valore” perseguito, purché non si incrinino così gli equilibri tra principi costituzionali concorrenti definiti, appunto, dalla norma principio<sup>2</sup>. Tutto ciò sembra ormai dimenticato dalla Corte costituzionale, dopo la svolta degli ultimi anni.

2. La svolta ha come perno il “criterio della prevalenza”. Tale criterio era stato impiegato dalla Corte sin dalla sent. 370/2003, in materia di asili nido. Come precisò la Corte nella sent. 50/2005, il criterio serve a coordinare le competenze esclusive

---

<sup>1</sup> Sent. 401/2007, per la quale rinvio alla mia nota *Alla ricerca della materia perduta*, in questa *Rivista* 2008, 398 ss.

<sup>2</sup> In questi termini mi era sembrato componibile in un quadro la prima giurisprudenza costituzionale, in *I criteri di individuazione delle materie*, in questa *Rivista* 2006, 889 ss. Ma l’evoluzione che il criterio di prevalenza avrebbe subito se applicato alle materie trasversali era già stato percepito da M. BELLETTI, *I criteri seguiti dalla Consulta nella definizione delle competenze di Stato e Regioni ed il superamento del riparto per materie*, ivi, 903 ss., 920 ss.

dello Stato con quelle regionali: in quel caso si trattava dell'*ordinamento civile*, in cui ricade la disciplina del rapporto di lavoro<sup>3</sup>, e della *formazione professionale*, materia "residuale" della Regione. Già allora la Corte aveva spiegato che in casi di concorrenza di competenze due sono i principi che possono guidare l'interprete: il principio di leale collaborazione e quello della prevalenza. Essi sono posti in alternativa: tutto dipende dalla possibilità di collocare in una determinata materia il "*nucleo essenziale*" della disciplina contesa, che va ricostruito sulla base della *ratio* della disciplina, badando ai suoi "aspetti fondamentali", non anche agli "aspetti marginali o effetti riflessi dell'applicazione della norma"<sup>4</sup>. Per cui la *ratio* conduce a identificare la materia "prevalente", ed in essa restano attratte anche le eventuali norme di contorno; la competenza legislativa porta con sé le funzioni amministrative<sup>5</sup>, senza necessità di subordinarle a procedure di leale collaborazione<sup>6</sup>. Il principio di leale collaborazione opera perciò residualmente, soltanto laddove "non possa ravvisarsi la sicura prevalenza di un complesso normativo rispetto ad altri, che renda dominante la relativa competenza legislativa"<sup>7</sup>.

Tutto è chiaro, ma c'è qualcosa che stona. Giustamente è stato osservato che "il recupero di una lettura collaborativa delle competenze esclusive trasversali sembra ormai una prospettiva lontana: è piuttosto consolidata, dunque, l'interpretazione delle competenze «trasversali» come «esclusive» *tout court*"<sup>8</sup>. Il criterio della prevalenza infatti non opera mai a favore delle Regioni. Questo è il dato più significativo. Salvo possibili omissioni, ogni qual volta il criterio sia stato applicato, esso ha premiato la competenza dello Stato<sup>9</sup>; solo quando la Corte riconosca che esso non è applicabile, cioè "non possa ravvisarsi la sicura prevalenza di un complesso normativo rispetto ad altri"<sup>10</sup>, solo in quel caso la Regione ottiene, non già l'annullamento della legge "invasiva", ma solo il riconoscimento consolatorio dell'operatività del principio di leale collaborazione.

3. Il criterio della prevalenza rivela allora il suo vero volto: altro non è che la riedizione post-riforma dell'interesse nazionale<sup>11</sup>. Infatti la "prevalenza" si

---

<sup>3</sup> Cfr. E. GIANFRANCESCO, *La ripartizione di competenze tra Stato e Regioni in materia di tutela e sicurezza del lavoro*, in questa *Rivista* 2005, 513 ss.

<sup>4</sup> Sent. 30/2005.

<sup>5</sup> Sent. 50/2005, punto 12 del "diritto".

<sup>6</sup> Sent. 234/2005.

<sup>7</sup> Sent. 50 e 219/2005, 133/2006.

<sup>8</sup> F. MANGANIello, *Perché la prevalenza è sempre la risposta? Nota a Corte cost. n. 88/2009*, in *Forumcostituzionale.it*.

<sup>9</sup> Cfr. anche E. BUOSO, *Concorso di competenze, clausole di prevalenza e competenze prevalenti*, in *Rivista* 2008, 61 ss., 80 ss.

<sup>10</sup> Sent. 219/2005.

<sup>11</sup> Come aveva già previsto F. BENELLI, *La smaterializzazione delle materie*, Milano 2006, 121 s. Sui diversi volti che l'interesse nazionale sta assumendo nella giurisprudenza costituzionale, cfr. A. GUZZAROTTI, *Diritti fondamentali e Regioni: il nuovo Titolo V alla prova della giurisprudenza costituzionale*, in *Ist. del federalismo* 2008, 599 ss.

determina in base ad un ragionamento teleologico, che assume a riferimento la *ratio*<sup>12</sup>, lo “scopo”<sup>13</sup>, l’ “obiettivo”<sup>14</sup>, le “finalità”<sup>15</sup> o gli “interessi”<sup>16</sup> perseguiti dalla norma. La prima mossa che compie la Corte per affrontare la questione (e non importa che essa abbia ad oggetto una legge statale o una legge regionale) è di valutare se lo scopo della disciplina contesa non giustifichi la sua attrazione verso la competenza statale.

È vero che l’elemento teleologico deve sospingere l’oggetto verso una “materia” dell’art. 117 Cost., si deve cioè invocare uno specifico titolo di competenza esclusiva dello Stato; ma è anche vero che la dottrina della “trasversalità” ha reso queste materie estremamente ampie, anzi sostanzialmente indefinibili: non buche dai contorni precisi, ma vasti avallamenti, l’uno confinante con l’altro, che attraggono inevitabilmente la pallina.

In ciò si rivela il fallimento dell’impianto che ha ispirato la riforma costituzionale del 2001. L’enumerazione delle materie di competenza statale, lasciando la residualità operare a favore delle regioni, avrebbe dovuto arginare la legislazione statale e ampliare enormemente gli spazi a disposizione del legislatore locale. Invece capita l’esatto contrario: le materie enumerate fungono da magneti per il “nucleo essenziale” delle discipline legislative contese; mentre la residualità opera proprio secondo il significato del termine, è affermata nei soli casi in cui la competenza non possa essere attratta dalle materie “enumerate”, ed è comunque sempre circondata da forme di intensa interferenza<sup>17</sup>.

Quando fu emanata la sent. 303/2003 si disse che essa scoprirebbe nel principio di sussidiarietà lo strumento con cui ristabilire la prevalenza dell’interesse nazionale. In realtà quella sentenza, ingiustamente criticata dalla dottrina<sup>18</sup>, era attenta a risolvere un enorme problema lasciato senza risposta dalla riforma del Titolo V; e lo risolveva circondando i poteri riconosciuti allo Stato di forti garanzie procedurali per le Regioni. Ancora oggi, la “chiamata in sussidiarietà” – come successivamente la giurisprudenza costituzionale avrebbe chiamato tali poteri – è uno strumento che non annienta le competenze regionali, e soprattutto il ruolo politico della Regione (la quale almeno in parte ricupera sul piano *concreto* del coinvolgimento procedurale ciò che perde sul piano *astratto* della titolarità della materia). Il forte

---

<sup>12</sup> Sent. 30/2005, 175/2007.

<sup>13</sup> Sent. 326/2008.

<sup>14</sup> Sent. 430/2007.

<sup>15</sup> Sent. 370/2003, 59 e 222/2006, 88/2009.

<sup>16</sup> Sent. 151/2005, 148/2009.

<sup>17</sup> Come dimostra chiaramente l’analisi di S. PARISI, *Potestà residuale e «neutralizzazione» della riforma del Titolo V*, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, III, Napoli 2008, 1597 ss.

<sup>18</sup> Rinvio al mio *Divagazioni sul ruolo del giudice (e della Corte costituzionale)*, a proposito di due sentenze di Carlo Mezzanotte, in questa *Rivista* 2008, 801 ss.

impianto teorico di quella sentenza ne fa ancor oggi un punto di riferimento che resiste all'erosione prodotta da un'evidente svolta neo-centralistica della Corte<sup>19</sup>.

4. Invece l'uso centripeto del criterio di prevalenza, ormai del tutto slacciato dagli obblighi di leale collaborazione, consente alla Corte di affermare la piena competenza dello Stato senza troppo indugiare in argomentazioni o a valutare l'opportunità di predisporre controtutele. Che la legge impugnata dal Governo provenga da una Regione a Statuto speciale, titolare di una competenza *esclusiva* in materia di lavori pubblici di interesse regionale, non crea il minimo imbarazzo argomentativo. A tale materia, si spiega in poche righe, "non appartengono le norme relative alle procedure di gara ed all'esecuzione del rapporto contrattuale: tali settori sono oggetto delle disposizioni del citato Codice, alle quali, pertanto, il legislatore regionale avrebbe dovuto adeguarsi".

Evidentemente ci si è dimenticati di quante cautele introduceva l'altra grande sentenza di Carlo Mezzanotte (anch'essa duramente contestata allora da buona parte dei commentatori), la sent. 14/2004, quella che ha gettato le basi teoriche della tutela della concorrenza e dei suoi diversi "risvolti". Ma sembrano ormai dimenticate anche alcune sentenze, più meditate benché recenti, come la sent. 1/2008 (in materia di concessioni idroelettriche) e la sent. 51/2008 (in materia di tasse aeroportuali): la prima "apre" l'involucro della materia "concorrenza" procedendo ad esaminare in concreto se le norme in questione siano *effettivamente* "uno strumento indispensabile per tutelare e promuovere la concorrenza"; la seconda, che pur riconosce la rilevanza della tutela della concorrenza nella disciplina contestata, non ne deduce affatto che l'intreccio con altre competenze sia per ciò stesso risolto a suo favore e che non vi sia altro interesse da salvaguardare.

Invece, nella sentenza in commento, su tutto ciò si trasvola senza alcuna esitazione. Senza affatto sentire l'esigenza di procedere a quello *strict scrutiny* che la sent. 14/2004 prometteva: "quando venga in considerazione il titolo di competenza funzionale di cui all'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., che non definisce ambiti oggettivamente delimitabili, ma interferisce con molteplici attribuzioni delle Regioni, è la stessa conformità dell'intervento statale al riparto costituzionale delle competenze a dipendere strettamente dalla ragionevolezza della previsione legislativa".

Ma – si dirà – la sentenza di oggi "fa corpo" con la sentenza madre del 2007: in quella decisione si motivava abbondantemente attorno alle "materie" in cui ricadono le diverse articolazioni della disciplina degli appalti pubblici; per cui è solo apparente la vistosa lacuna, nella sentenza di oggi, di una motivazione adeguata sulla individuazione e perimetrazione delle materie coinvolte. Questa obiezione non può affatto convincere. La sent. 401/2007 ribatteva alle censure mosse dalle Regioni

---

<sup>19</sup> "Che il giudice delle leggi propenda per una lettura statocentrica del catalogo delle competenze è, ormai, qualcosa di più che un semplice sospetto" è la conclusione a cui giunge S. PARISI, *op. cit.*, 1609.

alla legge organica varata dallo Stato: le sue argomentazioni erano perciò rivolte a legittimare la potestà legislativa esercitata dallo Stato in una materia tanto delicata. È vero che per quella via si concludeva per l'applicazione "forte" del criterio di prevalenza, tale per cui il "titolo" di competenza statale creava una sorta di campo magnetico verso cui erano attratti tutti i congegni normativi previsti dal "codice". Ma è anche vero che la sentenza in commento non si pone nella stessa prospettiva della sentenza del 2007, ma in quella esattamente opposta: si sta valutando, infatti, una disciplina organica emanata dalla Regione speciale, in attuazione del "codice". Corretto sarebbe stato, allora, valutare *se e in che misura* i singoli congegni normativi contenuti nella legge regionale contrastassero con le *finalità* della tutela della concorrenza così come incarnate nei *principi* della legge statale, in modo da salvare da censure di incostituzionalità tutte quelle disposizioni che apprestassero soluzioni equivalenti o migliorative in termini di tutela del mercato. Questo sarebbe stato il modo di procedere conforme alla giurisprudenza "storica" sul Titolo V, rispetto alla quale l'uso che qui si fa del criterio di prevalenza non può che apparire brutale.

5. La Corte è fatta di uomini, e gli uomini portano con sé esperienze, conoscenze e sensibilità che appartengono alla loro storia personale. Gli uomini attualmente impegnati alla Corte forse non condividono tutti uno sconfinato amore per il diritto regionale e non mostrano sempre molta sensibilità per le ragioni delle autonomie. Motivazioni "leggere", talvolta quasi infastidite, come se le istanze delle regioni fossero di regola pretestuose e tendenzialmente prive di fondamento; sentenze poco attente a sviluppare con linearità i precedenti, e troppo spesso legate piuttosto all'esame specifico di singoli congegni normativi e alla loro imputazione a questa o a quella materia enumerata; soprattutto decisioni che non riconoscono né il debito per l'importante lavoro di impostazione teorica dei rapporti tra Stato e regioni prodotto dalla giurisprudenza costituzionale del dopo-riforma, né il dovere di consolidare quella impostazione, per dare equilibrio e certezza alle relazioni tra livelli di governo. Così la Corte costituzionale rischia di deludere chi si attende dalle sue pronunce un certo grado di prevedibilità di quelle relazioni, ma anche la sua stessa legittima aspettativa di veder finalmente ridotto il contenzioso, che senza prevedibilità resterà insopportabile.