

La Corte e i “vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario”: obbligo di procedure ad evidenza pubblica

(Corte Costituzionale, sentenza 28 marzo 2006 n. 129)

1.– La Corte Costituzionale torna ad applicare, per la dichiarazione di incostituzionalità di disposizioni di una legge regionale, l’art. 117, primo comma, Cost., relativamente alla parte in cui prevede che la potestà legislativa, statale e regionale, debba essere esercitata nel rispetto dei “vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario” (1).

Con la sentenza n. 129 del 28 marzo 2006 la Corte ha infatti dichiarato l’illegittimità costituzionale, per contrasto con l’art. 117, comma 1 Cost., del combinato disposto dell’art. 9, comma 12, e dell’art. 11, comma 3, della L.R. Lombardia 11 marzo 2005, n. 12 (Legge per il governo del territorio), nella parte in cui non prevede l’obbligo di procedure ad evidenza pubblica per tutti i lavori, da chiunque effettuati, di importo pari o superiore alla soglia comunitaria (2).

La decisione in questione rileva tanto per la fattispecie presa in esame, quanto sotto il profilo di una riflessione che essa può favorire sul piano dell’interpretazione del diritto comunitario.

2.– L’art. 9, comma 12, della legge regionale n. 12 del 2005 ha previsto la possibilità da parte del proprietario di un’area sottoposta a vincoli espropriativi di realizzare direttamente attrezzature e servizi indicati dal “Piano dei servizi”, per la cui attuazione è preordinato il vincolo di espropriazione. L’art. 11, al comma 3, dopo aver stabilito che in via generale “alle aree destinate alla realizzazione di interventi di interesse pubblico o generale, non disciplinate da piani e da atti di programmazione, possono essere attribuiti, a compensazione della loro cessione gratuita al Comune, aree in permuta o diritti edificatori trasferibili su aree edificabili previste dagli atti di PGT anche non soggette a piano attuativo”, ha previsto che “in alternativa a tale

(1) Il precedente è da rinvenirsi in Corte Cost. n. 406 del 2005. Vedi *infra*.

(2) Con la stessa sentenza la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittimo anche l’art. 27, comma 1, lett. e), n. 4, della L.R. n. 12 del 2005, in quanto volto a stabilire un *iter* autorizzatorio comunale, per l’installazione di torri e tralicci per impianti di radio-trasmettenti e di ripetitori per i servizi di telecomunicazione, ulteriore rispetto a quello già previsto dall’art. 87 del D.Lgs. n. 259 del 2003 (*Codice delle comunicazioni elettroniche*). Per la Corte, “la previsione di un ulteriore procedimento finalizzato al rilascio del permesso di costruire, che si sovrappone ai controlli da effettuarsi a cura dello stesso ente locale nell’ambito del procedimento unificato, costituisce un inutile appesantimento dell’*iter* autorizzatorio per l’installazione di torri e tralicci per impianti radio-ricetrasmittenti e di ripetitori per i servizi di telecomunicazione, in contrasto con le esigenze di tempestività e di contenimento dei termini, da ritenersi, con riferimento a questo tipo di costruzioni, *principi fondamentali di governo del territorio*. Da ciò consegue l’illegittimità costituzionale delle norme regionali impugnate per violazione dell’art. 117, terzo comma, Cost.”.

attribuzione di diritti edificatori, sulla base delle indicazioni del piano dei servizi il proprietario può realizzare direttamente gli interventi di interesse pubblico o generale, mediante accreditamento o stipulazione di convenzione con il Comune per la gestione del servizio”.

Il Governo, per mezzo dell'Avvocatura generale dello Stato, ha proposto questione di legittimità costituzionale del combinato disposto delle citate disposizioni rilevando come queste, qualora l'entità dei lavori da realizzare superi la soglia stabilita dalla normativa comunitaria, si pongano in contrasto con quest'ultima e con la normativa statale che disciplina le modalità di affidamento degli appalti pubblici di lavori e servizi. In particolare risulterebbero violati i principi generali del Trattato comunitario in materia di tutela della concorrenza e, nell'ambito specifico degli appalti, le direttive del Consiglio delle Comunità europee 92/50, 93/36, 93/37 e 93/38 (3), e le relative norme statali di attuazione, che prevedono il ricorso a procedure di aggiudicazione ad evidenza pubblica per la realizzazione degli interventi in questione. In proposito la difesa erariale richiama specificamente l'art. 19, comma 1, della legge n. 109 del 1994 (Legge quadro in materia di lavori pubblici), ai sensi del quale i lavori pubblici possono essere realizzati esclusivamente mediante contratto di appalto o di concessione, ricordando come quest'ultimo contratto negli anni sia stato equiparato dalla normativa comunitaria agli appalti pubblici, quanto alla procedura di scelta del contraente, al preciso fine di evitare che potesse risolversi in uno strumento per eludere la disciplina comunitaria in materia.

Il ricorrente osserva quindi che lo “scambio” ipotizzato nelle norme impugnate, tra il proprietario dell'area che realizza direttamente i servizi previsti nel piano, e l'ente pubblico che li acquista, riguarderebbe comunque valori e diritti di stretta pertinenza pubblica, tali da non poter ragionevolmente permettere che il soggetto privato si sottragga all'onere di realizzare tali interventi attraverso procedure di evidenza pubblica che assicurino il miglior uso delle risorse collettive. Al riguardo viene anche richiamata la sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee, sez. VI, del 12 luglio 2001, in causa C-399/98, per la quale, qualora il titolare di una concessione edilizia o di un piano di lottizzazione realizzi direttamente le opere di urbanizzazione, a scomputo totale o parziale dei contributi dovuti per il rilascio della concessione, si è comunque in presenza di un appalto di lavori secondo la normativa comunitaria, con il conseguente ricorso alle procedure di evidenza pubblica allorché il valore dell'opera eguagli o superi la soglia comunitaria (4). E questa conclusione sarebbe confermata dall'art. 2, comma 5, della legge n. 109 del 1994, il quale stabilisce che, “per le singole opere d'importo superiore alla soglia comunitaria, i soggetti privati sono tenuti ad affidare le stesse nel rispetto delle procedure di gara previste dalla direttiva 93/37/CEE”.

(3) Le direttive 92/50, 93/36 e 93/37 coordinano rispettivamente le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, di forniture e di lavori; la direttiva 93/38 coordina le procedure di appalti nei settori esclusi.

(4) Soglia determinata ai sensi dell'art. 6 della direttiva 93/37/CEE.

Da queste argomentazioni deriverebbe l'illegittimità del combinato disposto del comma 12 dell'art. 9 e del comma 3 dell'art. 11, della legge regionale in questione, in quanto non è previsto – e quindi implicitamente escluso – che nell'ipotesi di realizzazione diretta, da parte del proprietario dell'area sottoposta a vincolo di espropriazione, delle attrezzature e dei servizi per la cui attuazione il detto vincolo è preordinato, la scelta del contraente, per appalti che eguagliano o superino la soglia comunitaria, avvenga secondo procedure di evidenza pubblica. Vi sarebbe violazione, oltre che dei principi generali della legislazione nazionale in materia, delle direttive comunitarie sugli appalti, e quindi dell'art. 117, primo comma, della Costituzione.

Le motivazioni addotte dalla Consulta nel ritenere fondata la questione meritano un'attenta considerazione.

La Corte osserva che le direttive in materia di appalti prevedono che in ogni caso, quando si realizzi un'opera o si affidi un servizio o una fornitura per importi uguali o superiori ad un certo valore, il soggetto che procede all'appalto debba adottare procedure di evidenza pubblica per la scelta del contraente. E quest'obbligo, continua la Corte, “sussiste sia che l'attribuzione dell'appalto spetti ad un ente pubblico territoriale o ad altro ‘organismo di diritto pubblico’ (...), sia che lo stesso venga effettuato da un privato il quale in tal caso assume – come chiarito dalla Corte di Giustizia delle Comunità europee – la veste di ‘titolare di un mandato espresso’, conferito dall'ente pubblico che intende realizzare l'opera o il servizio” (sentenza 12 luglio 2001, in causa C-399/98)”. La Corte continua indicando che il principio fissato dalla Corte di Giustizia, come anche ricordato dal ricorrente, è stato riversato nell'ordinamento italiano per mezzo dell'art. 2, comma 5, della legge n. 109 del 1994, nel testo sostituito dall'art. 7, comma 1, della legge n. 166 del 2002 (Disposizioni in materia di infrastrutture e trasporti), il quale in riferimento agli interventi eseguiti direttamente dai privati a scomputo di contributi connessi all'attività edilizia o alla lottizzazione di aree, stabilisce che “per le singole opere d'importo superiore alla soglia comunitaria i soggetti privati sono tenuti ad affidare le stesse nel rispetto delle procedure di gara previste dalla (...) direttiva 93/37/CEE”.

Alla base del suo pronunciamento, la Corte pone quindi la regola interpretativa forgiata dalla Corte di Giustizia: viene chiarito, infatti, come “la fattispecie configurata dalle norme regionali impugnate è assimilabile a quella oggetto delle direttive comunitarie (...), nell'interpretazione datane dalla Corte di Giustizia e riprodotta dal legislatore nazionale italiano”.

3.– Un breve cenno, a questo punto, in merito alla fattispecie oggetto della decisione della Corte di Lussemburgo di cui alla sentenza 12 luglio 2001, in causa C-399/98 (5).

(5) Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi e altri, *Racc.*, p. I-5409. Nella causa pendente tra l'Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi ed altri, contro il Comune di Milano ed altri, il T.A.R. Lombardia aveva posto, a norma dell'art. 234 del Trattato CE (già art. 177), due questioni pregiudiziali relative all'interpretazione della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che appunto coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori.

Nell'occasione, il T.A.R Lombardia, di fronte ad una normativa nazionale che consentiva al titolare di una concessione edilizia, o di un piano di lottizzazione approvato, la realizzazione diretta di opere a scomputo del contributo di urbanizzazione edilizia, poneva la questione se la fattispecie potesse costituire un appalto pubblico di lavori che, ai sensi del diritto comunitario, avrebbe richiesto l'osservanza delle procedure di scelta del contraente ad evidenza pubblica.

La Corte di Giustizia prendeva dunque le mosse dalla definizione di appalto pubblico di lavori contenuta nell'art. 1 della direttiva 93/37, per poi ricondurre a tale tipologia di appalto la fattispecie oggetto del giudizio davanti al tribunale amministrativo (6): con la conseguenza che, nel caso in cui l'importo stimato dell'opera eguagli o superi la soglia comunitaria, la direttiva deve trovare applicazione, in quanto prevalente sulla diversa normativa italiana. Ne deriva in sostanza l'obbligo a carico dell'amministrazione comunale di rispet-

Per la realizzazione del "progetto Scala 2001" articolato in tre diversi interventi, nonché del progetto preliminare di un nuovo teatro da realizzare su un'area compresa in zona Bicocca, l'amministrazione comunale aveva approvato una *convenzione specifica* con la Pirelli, con l'Ente Autonomo Teatro alla Scala e con la Milano Centrale Servizi S.p.A., mandataria dei soggetti promotori del "Progetto Bicocca"; quest'ultima, in qualità di mandataria dei soggetti promotori della lottizzazione, avrebbe avuto il compito di realizzare il nuovo teatro, con l'area di parcheggio annessa, quale opera di urbanizzazione secondaria, nella zona della Bicocca e sul terreno a tal fine necessario, ceduto gratuitamente al comune di Milano dai soggetti promotori. Conformemente alla convenzione, la costruzione del teatro, limitatamente alla "struttura esterna" dell'edificio, si sarebbe effettuata "a scomputo" dei contributi di concessione dovuti in forza della legislazione nazionale e regionale, mentre gli allestimenti interni sarebbero rimasti da realizzare a carico del Comune di Milano, mediante ricorso ad una procedura di appalto pubblico. Secondo il giudice amministrativo, l'individuazione diretta del soggetto chiamato a realizzare opere pubbliche di urbanizzazione in conformità alla normativa nazionale urbanistica, avrebbe potuto astrattamente raccordarsi all'ipotesi di appalto di lavori di cui all'art. 1 della direttiva 93/37 CEE, con la conseguente necessità di accertare in sede comunitaria, quale dovesse essere la legislazione, nazionale o comunitaria, da applicare. Per il quadro della vicenda, e per il commento alla sentenza della Corte di Giustizia, si veda I. NASTI, *Opere di urbanizzazione sopra soglia comunitaria e rispetto delle procedure di evidenza pubblica: il caso Bicocca davanti alla Corte di giustizia*, in *Il Corriere giuridico*, 2002, fasc. 2, p. 185 ss.

(6) I requisiti stabiliti dall'art. 1 della direttiva 93/37, ai fini dell'applicazione della stessa sono sei: 1) la contrattualità; 2) l'onerosità; 3) la forma scritta del contratto; 4) la qualifica soggettiva di amministrazione aggiudicatrice per una parte; 5) la qualificazione soggettiva di imprenditore per l'altra; 6) la natura di opera pubblica dell'oggetto dei lavori. Nel caso in esame, per la Corte di giustizia, il Comune costituisce "amministrazione aggiudicatrice", in quanto ente pubblico territoriale, ai sensi dell'art. 1, lett. a) della direttiva stessa, per la quale "si considerano amministrazioni aggiudicatrici lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli organismi di diritto pubblico e le associazioni costituite da uno o più di tali enti pubblici territoriali o di tali organismi di diritto pubblico (...)"; le opere di urbanizzazione in questione rientrano nelle attività previste dalla direttiva, sussistendo l'elemento relativo all'esecuzione di lavori o alla realizzazione di un'opera ai sensi dell'art. 1 lett. a) della direttiva; la convenzione costituisce pur sempre un contratto di diritto pubblico; il carattere dell'onerosità deriva dalla rinuncia da parte del Comune a pretendere il pagamento dell'importo dovutogli a titolo di contributo di urbanizzazione a fronte del rilascio della concessione; la forma scritta sussiste, essendo stata conclusa la convenzione di lottizzazione, tra il Comune ed il proprietario o i proprietari lottizzanti, per iscritto; confermata è anche la qualità di imprenditore del proprietario lottizzante.

tare le procedure di evidenza pubblica ogni volta che intende attribuire un appalto pubblico di lavori rispondente a tali caratteristiche, onde evitare esclusioni discriminatorie di quegli imprenditori che abbiano interesse a partecipare all'esecuzione dei progetti per la realizzazione di opere pubbliche (7).

Nello scegliere questa soluzione, il giudice comunitario sembra rendersi conto del grave onere che finirebbe con l'imporre alla P.A., andando in sostanza a vanificare quell'obiettivo di velocizzazione e semplificazione che trova chiara espressione proprio nelle convenzioni di lottizzazione (8). E così la Corte di Lussemburgo conclude affermando che "ciò non significa che, per garantire il rispetto della direttiva in caso di realizzazione di un'opera di urbanizzazione, debba necessariamente essere l'amministrazione comunale ad applicare le procedure di aggiudicazione previste dalla direttiva in questione. L'effetto utile di quest'ultima risulterebbe ugualmente garantito qualora la normativa nazionale conferisse all'amministrazione comunale il potere di obbligare il lottizzante titolare della concessione, mediante accordi stipulati con questo, a realizzare le opere pattuite ricorrendo alle procedure previste dalla direttiva, e ciò affinché vengano rispettati gli obblighi incombenenti in proposito all'amministrazione comunale in forza della direttiva medesima. In tal caso, infatti, il lottizzante, alla luce degli accordi conclusi con il Comune che lo esentano dal contributo per gli oneri di urbanizzazione in cambio della realizzazione di un'opera di urbanizzazione pubblica, deve essere considerato come *titolare di un mandato espresso conferito dal Comune ai fini della costruzione di tale opera*". E si è visto come l'obbligo di ricorso alle procedure di evidenza pubblica in situazioni del genere sia stato successivamente inserito nell'ordinamento italiano.

4.— Nel caso in esame, la Corte Costituzionale rileva come la qualifica di titolare di un mandato espresso, conferito dal Comune, possa adattarsi anche al proprietario espropriando, di cui alla legge regionale n. 15 del 2005, che accetta di realizzare l'opera prevista dall'ente pubblico. E l'obbligo di procedere alle prescritte gare di appalto non si porrebbe in contraddizione con le modalità della cosiddetta urbanistica consensuale e perequativa, essendo esso soltanto volto a tutelare i principi di trasparenza e concorrenza, laddove l'importo delle realizzazioni superi un certo limite (9).

(7) Non concorde con questa ricostruzione la tesi dell'Avvocato generale, che aveva proposto una diversa soluzione: "l'art. 1, lett. a) della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, (...), non si oppone ad una normativa nazionale la quale prevede che, allorché l'attuazione di un piano di lottizzazione rende necessari lavori di costruzione di un'attrezzatura collettiva, spetta al titolare della concessione edilizia procedere a questi lavori, a sue spese, in contropartita dell'esenzione dal pagamento del contributo dovuto al comune a titolo della concessione edilizia, a meno che il comune non decida di riscuotere il contributo in sostituzione della realizzazione diretta dei lavori, senza far ricorso all'applicazione delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavoro previsti da tale direttiva".

(8) I. NASTI, *op. cit.*, p. 187.

(9) Si tenga presente come il fondamento normativo del modello consensualistico dell'amministrazione sia costituito dall'art. 11 della legge n. 241 del 1990 sul procedimento amministrativo (nel

È un'operazione di interpretazione analogica, dunque, quella che porta la Corte Costituzionale a ritenere applicabile un principio formulato dalla Corte di Giustizia (10), e a stabilire che le direttive comunitarie che coordinano le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi, debbano essere osservate anche nell'ipotesi che sia conferito ad un privato il compito di realizzare direttamente l'opera necessaria per la successiva prestazione del servizio pubblico, la cui gestione può essere affidata, mediante convenzione, al privato medesimo.

Le direttive in materia di appalti fungono così da norme interposte atte ad integrare il parametro per la valutazione di conformità della normativa regionale all'art. 117, primo comma, Cost. E l'illegittimità costituzionale del combinato disposto delle disposizioni regionali impugnate è determinata dal contrasto di queste con la menzionata norma costituzionale, la quale "collocata nella Parte seconda della Costituzione, si ricollega all'art. 11 Cost. e presuppone il rispetto dei principi fondamentali garantiti dalla Costituzione italiana".

Ora, deve ricordarsi come la Corte, prima della riforma costituzionale del 2001, si fosse dichiarata competente ad esercitare il controllo di costituzionalità per violazione di norme comunitarie nell'ambito del giudizio in via principale (11). Con la costituzionalizzazione del limite del diritto comunitario alla legittimità delle leggi regionali (e statali) di cui al primo comma del novellato art. 117 Cost., il giudice delle leggi si era invece per alcuni anni sorprendentemente sottratto ad una presa di posizione aperta sul parametro in questione: e ciò fino alla sentenza n. 406 del 2005 (12). Prima di questa decisione la Corte aveva infatti evitato di pronunciarsi sul punto, a volte ritenendo la questione

testo modificato dall'art. 7 della legge 11 febbraio 2005, n. 15), in forza del quale l'amministrazione può concludere, senza pregiudizio dei diritti dei terzi, e in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse, accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo.

(10) Sia ricordato qui come alle sentenze interpretative della Corte di Giustizia delle Comunità europee sia riconosciuta diretta applicabilità nell'ordinamento nazionale. Cfr. Corte Cost. n. 113 del 1985.

(11) Cfr. Corte Cost. n. 384 del 1994, in cui il giudice costituzionale, vigente il vecchio art. 127 Cost., aveva considerato legittimamente impugnabile, per violazione del diritto comunitario, una legge regionale da parte dello Stato. Parallelamente la Corte aveva dichiarato la propria competenza a intervenire, pronunciando – se del caso – l'incostituzionalità, anche quando fossero le Regioni ad impugnare in via di azione leggi dello Stato le quali, contravvenendo al diritto comunitario, ledessero o invadessero allo stesso tempo le proprie competenze (Corte Cost. n. 94 del 1995). In riferimento al giudizio in via incidentale, invece, la Corte ha avocato a sé la competenza a pronunciarsi sulle legittimità costituzionale delle norme interne contrastanti con norme comunitarie soltanto nel caso in cui queste non abbiano effetti diretti. La giurisprudenza costituzionale seguita alla nota sentenza Simmenthal della Corte di Giustizia (9 marzo 1978, causa 106/77, *Racc.*, p. 629) ha sempre dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale sollevate in via incidentale su leggi nazionali, sulla base dell'argomentazione secondo cui tali leggi vanno disapplicate e non dichiarate incostituzionali: l'attesa dell'intervento del giudice costituzionale costituirebbe infatti un indebito ostacolo di carattere nazionale alla diretta efficacia delle norme comunitarie nell'ordinamento interno.

(12) A. CELOTTO, *La Corte Costituzionale finalmente applica il primo comma dell'art. 117 Cost. (in margine alla sent. n. 406 del 2005)*, in *www.giustamm.it*, n. 1/2006.

infondata, altre inammissibile, altre ancora dichiarando l'incostituzionalità della norma, in relazione però ad altro parametro costituzionale, assorbendo quello specifico profilo di censura (13). La stranezza di questo atteggiamento della Consulta sarebbe consistita nel fatto che, stando alla lettera dell'art. 117, primo comma, Cost., la incompatibilità comunitaria di una legge interna, ne comporterebbe comunque anche la illegittimità costituzionale: la violazione di norme comunitarie da parte delle leggi regionali (o statali) si configura infatti quale violazione indiretta della Costituzione, secondo il classico schema delle norme interposte (14). Con la sentenza n. 406 del 2005, la Corte ha rotto quindi finalmente ogni indugio (15): caratteristica di questa pronuncia è l'aver voluto "ricercare", con succinta motivazione, l'applicazione dell'art. 117, primo comma, come parametro del giudizio (16).

Nell'occasione la Corte ha rilevato il "palese contrasto" della disciplina impugnata con la direttiva 2000/75/CE, ed è l'assenza di ogni dubbio in ordine all'interpretazione del diritto comunitario che in qualche modo le ha permesso di superare il disagio ricollegato ad un parametro (quello rappresentato dall'art. 117, primo comma, Cost.) che, se interpretato nel suo significato più ampio, potrebbe alterare l'equilibrio nei delicati rapporti con la Corte di Giustizia (17). È infatti indiscutibile che attraverso un meccanismo del genere la Corte Costituzionale viene a svolgere quello che è un compito tipico della Corte di Giustizia nell'ambito delle questioni pregiudiziali di interpretazione: l'operazione effettuata dal giudice costituzionale coinvolge infatti l'interpretazione delle norme comunitarie, ed è stata probabilmente la particolare semplicità ermeneutica a consentire alla Corte, nell'occasione, di non ritenere necessario avvalersi dell'interpretazione del giudice comunitario (18).

E così, a seguito della sentenza n. 406 del 2005, ci si poteva aspettare che la Corte Costituzionale potesse procedere alla risoluzione delle questioni implicanti il rispetto di una fonte comunitaria, attraverso l'interpretazione

(13) Vedi ad esempio Corte Cost. sentt. nn. 2 e 65 del 2005, 6, 7, 8, 166 del 2004.

(14) A. CELOTTO, *op. cit.*

(15) La Corte ha dichiarato in questa occasione l'illegittimità costituzionale degli artt. 1 e 2 della legge della Regione Abruzzo 1° aprile 2004, n. 14 (Disposizioni urgenti in materia di zootecnia), per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione al contrasto con la direttiva n. 2000/75/CE del 20 novembre 2000 (Direttiva del Consiglio che stabilisce disposizioni specifiche relative alle misure di lotta e di eradicazione della febbre catarrale degli ovini), e con i relativi atti attuativi.

(16) C. NAPOLI, *La Corte dinanzi ai "vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario": tra applicazione dell'art. 117, primo comma e rispetto dei poteri interpretativi della Corte di Giustizia*, in www.forumcostituzionale.it, in corso di pubblicazione in *le Regioni*, 2/2006. L'Avvocatura generale dello Stato aveva infatti invocato anche il contrasto delle norme regionali impuginate con la competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di "profilassi internazionale" e di "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema", di cui all'art. 117, secondo comma, lettere q) e s) Cost.

(17) C. NAPOLI, *op. cit.*

(18) In questo senso, R. CALVANO, *La Corte Costituzionale "fa i conti" per la prima volta con il nuovo art. 117 comma 1 Cost.*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, in corso di pubblicazione in *Giurisprudenza costituzionale*, 2005.

stessa del diritto comunitario, nei casi in cui la legge italiana contravvenisse a questa in modo manifesto: viceversa, in situazioni di non palese contrasto tra la fonte interna e quella comunitaria, sarebbe potuto giungere il momento di completare definitivamente il dialogo tra le due Corti, svoltosi sino a questo momento “a distanza”, con l'utilizzazione diretta dell'art. 234 del Trattato anche da parte del giudice costituzionale (19). Nel giudizio in via principale, infatti, è lo stesso giudice costituzionale a definire la causa: la Corte sarebbe, in questa veste, giudice di unica ed ultima istanza, in quanto tale tenuto a richiedere l'intervento del giudice comunitario nelle questioni interpretative in virtù dell'art. 234, terzo comma.

Sopraggiunge dunque all'interno della problematica la sentenza della Corte n. 129 del 2006, che conferma l'utilizzo del parametro dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario, ricollegandolo al principio fondamentale contenuto nell'art. 11 Cost. (20)

La Corte, evidentemente, non ha scelto di rinviare pregiudizialmente la questione alla Corte di Giustizia – persistendo così nel suo consolidato atteggiamento –, ma ha dato bensì vita ad un'operazione ermeneutica nell'ambito del diritto comunitario per la risoluzione della questione di legittimità costituzionale ad essa sottoposta: e ciò attraverso l'applicazione in via analogica al caso in esame di un principio stabilito dal giudice comunitario per altra fattispecie.

Con tale operazione la Corte, per la particolare sede in cui è chiamata a intervenire, ha sì svolto quello che è il compito precipuo della Corte di Giustizia (l'interpretazione del diritto comunitario), ma lo ha fatto in un'ottica di collaborazione – o comunque di non contrapposizione – nei confronti delle prerogative di quest'ultimo, dovendo ad ogni modo considerarsi che, se è vero che alle sentenze interpretative della Corte di Lussemburgo è riconosciuta diretta applicabilità nell'ordinamento nazionale, le eventuali antinomie tra diritto interno e diritto comunitario devono essere risolte dai giudici comuni e dagli altri operatori giuridici in ossequio proprio alla giurisprudenza del giudice comunitario.

Si continuerà a vedere in futuro in che misura la Corte andrà avanti nel ritagliarsi uno spazio nell'ambito dell'interpretazione del diritto comunitario, e se vorrà finalmente avvalersi, in relazione al grado di complessità delle questioni trattate, dell'intervento interpretativo della Corte di Giustizia.

Dott. Giovanni Zampetti

(19) R. CALVANO, *op. cit.* In merito alla “ritrosia” della Corte Costituzionale italiana ad esercitare la facoltà di sollevare anch'essa questione pregiudiziale di interpretazione ai sensi dell'art. 234 Tce, si veda G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2005, p. 312-313, nota 275.

(20) Come è noto, l'art. 11 Cost., nell'interpretazione datane dalla Corte, ha da sempre costituito l'appiglio costituzionale per consacrare l'adesione dell'Italia alla Comunità europea e anche per giustificare la diretta applicabilità della normativa comunitaria nell'ordinamento nazionale: cfr. Corte Cost. n. 183 del 1973 (sentenza Frontini).

Corte Costituzionale, sentenza 28 marzo 2006, n.129 – Pres. A. Marini – Rel. G. Silvestri
– Giudizio di legittimità costituzionale promosso con ricorso del Presidente del Consiglio dei Ministri (Avv. dello Stato G. Fiengo) notificato il 16 maggio 2005 – Regione Lombardia (Avv.ti A. Manzi, N. Zanon).

«*Considerato in diritto* – (Omissis) 5. – (...) rimane da esaminare la censura riguardante il comma 12 del medesimo articolo, in combinato disposto con l'art. 11, comma 3, della stessa legge. Il ricorrente sostiene che tale norma sia costituzionalmente illegittima perché non prevede – e quindi implicitamente esclude – che nell'ipotesi di realizzazione diretta, da parte del proprietario dell'area sottoposta a vincolo espropriativo, delle attrezzature e dei servizi per la cui attuazione è preordinato il detto vincolo, la scelta del contraente, per appalti che eguagliano o superino la soglia comunitaria, avvenga secondo procedure di evidenza pubblica. Vi sarebbe violazione delle direttive del Consiglio delle Comunità europee 92/50 del 18 giugno 1992 (Direttiva del Consiglio che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici dei servizi), 93/36 del 14 giugno 1993 (Direttiva del Consiglio che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture), 93/37 (Direttiva del Consiglio che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori) e 93/38 (Direttiva del Consiglio che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni) e quindi dell'art. 117, primo comma, della Costituzione.

5.1. – La questione è fondata nei limiti di seguito precisati.

5.2. – La normativa comunitaria in materia di appalti pubblici, contenuta in un gruppo di direttive, che hanno ricevuto attuazione mediante atti legislativi nazionali, prevede che in ogni caso, quando si realizzi un'opera o si affidi un servizio o una fornitura per importi uguali o superiori ad un certo valore, il soggetto che procede all'appalto debba adottare procedure di evidenza pubblica per la scelta del contraente. L'obbligo sussiste sia che l'attribuzione dell'appalto spetti ad un ente pubblico territoriale o ad altro «organismo di diritto pubblico» (secondo la dizione delle direttive prima citate), sia che lo stesso venga effettuato da un privato, il quale in tal caso assume – come chiarito dalla Corte di giustizia delle Comunità europee – la veste di «titolare di un mandato espresso», conferito dall'ente pubblico che intende realizzare l'opera o il servizio (sentenza 12 luglio 2001, in causa C-399/98). La citata pronuncia della Corte di giustizia riguarda il caso del titolare di una concessione edilizia o di un piano di lottizzazione, cui è consentita la realizzazione diretta di un'opera di urbanizzazione, a scomputo totale o parziale del contributo dovuto per il rilascio della concessione, quando il valore di tale opera eguagli o superi la soglia comunitaria.

Il principio fissato dalla Corte di giustizia è stato riversato nell'ordinamento italiano per mezzo dell'art. 2, comma 5, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 (Legge quadro in materia di lavori pubblici), nel testo sostituito dall'art. 7, comma 1, della legge 1° agosto 2002, n. 166 (Disposizioni in materia di infrastrutture e trasporti), che, riferendosi agli interventi eseguiti direttamente dai privati a scomputo di contributi connessi all'attività edilizia o alla lottizzazione di aree, stabilisce che «per le singole opere d'importo superiore alla soglia comunitaria i soggetti privati sono tenuti ad affidare le stesse nel rispetto delle procedure di gara previste dalla [...] direttiva 93/37/CEE».

La fattispecie configurata dalle norme regionali impugnate è assimilabile a quella oggetto delle direttive comunitarie sopra citate, nell'interpretazione datane dalla Corte di giustizia e riprodotta dal legislatore nazionale italiano. Si tratta infatti di accordi che i pri-

vati proprietari di aree destinate ad essere espropriate per la realizzazione di attrezzature e servizi pubblici possono stipulare con il Comune competente, in base ai quali «il proprietario può realizzare direttamente gli interventi di interesse pubblico o generale, mediante accreditamento o stipulazione di convenzione con il Comune per la gestione del servizio» (art. 11, comma 3, della legge reg. Lombardia n. 12 del 2005). Si tratta quindi di accordi a titolo oneroso, dai quali derivano per le parti contraenti diritti e obblighi reciproci, che consentono al proprietario espropriando, in particolare, di mantenere la proprietà dell'area e di ottenere la gestione del servizio previsto in cambio della realizzazione diretta degli interventi necessari. Tutta l'operazione prevista dalle norme impugnate è preordinata alla soddisfazione di interessi pubblici, come viene confermato dall'art. 9, comma 12, della legge regionale *de qua*, che fa riferimento a vincoli previsti «per la realizzazione esclusivamente ad opera della pubblica amministrazione, di attrezzature e servizi».

Da quanto sinora detto si deduce come sia applicabile anche al proprietario espropriando che accetta di realizzare l'opera prevista dall'ente pubblico la qualifica di «titolare di un mandato espresso» conferito dal Comune, di cui alla citata sentenza della Corte di giustizia.

Non entrano in discussione, per i profili di costituzionalità evocati nella presente questione, le modalità della cosiddetta urbanistica consensuale e perequativa, ma soltanto l'obbligo di procedere alle prescritte gare di appalto, poste a base della normativa europea citata, a tutela della trasparenza e della concorrenza, qualora l'importo delle realizzazioni superi un certo limite. Il ricorso a procedure di evidenza pubblica per la scelta del contraente non può peraltro essere ritenuto incompatibile con gli accordi tra privati e pubblica amministrazione, giacché la possibilità che tali procedure siano svolte dagli stessi privati risulta già ammessa nell'ordinamento proprio nella fattispecie oggetto della richiamata pronuncia della Corte di giustizia e disciplinata in modo conforme dal citato art. 2, comma 5, della legge n. 109 del 1994, come sostituito dalla legge n. 166 del 2002.

5.3. – Sulla scorta delle precedenti considerazioni, non si può dubitare che le direttive comunitarie prima citate – in materia di procedure ad evidenza pubblica per l'attribuzione di lavori, forniture e servizi – debbano essere osservate anche nell'ipotesi che sia conferito ad un privato il compito di realizzare direttamente l'opera necessaria per la successiva prestazione del servizio pubblico, la cui gestione può essere affidata, mediante convenzione, al privato medesimo. Come questa Corte ha già affermato (sentenze n. 406 del 2005, n. 7 e n. 166 del 2004), le direttive comunitarie fungono da norme interposte atte ad integrare il parametro per la valutazione di conformità della normativa regionale all'art. 117, primo comma, Cost. La norma costituzionale citata, collocata nella Parte seconda della Costituzione, si ricollega al principio fondamentale contenuto nell'art. 11 Cost. e presuppone il rispetto dei diritti e dei principi fondamentali garantiti dalla Costituzione italiana. Pertanto la mancata previsione, nelle norme regionali impugnate, dell'obbligo di adottare procedure ad evidenza pubblica in ogni caso in cui l'appalto sia di importo uguale o superiore alla soglia comunitaria, determina la loro illegittimità costituzionale.

Per questi motivi la Corte Costituzionale (omissis) dichiara l'illegittimità costituzionale del combinato disposto dell'art. 9, comma 12, e dell'art. 11, comma 3, della Regione Lombardia 11 marzo 2005, n. 12 (Legge per il governo del territorio), nella parte in cui non prevede l'obbligo di procedure ad evidenza pubblica per tutti i lavori, da chiunque effettuati, di importo pari o superiore alla soglia comunitaria. (omissis).

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 23 marzo 2006».