



**L'AFFERMAZIONE DELL'ART. 117, C. 1, COST. QUALE FONDAMENTO
TENDENZIALMENTE ESCLUSIVO DEI VINCOLI COMUNITARI**

di

Andrea Danesi

*(Dottorando di ricerca nella Scuola Dottorale in Scienze Politiche -sez. Governo e
Istituzioni- Università "Roma Tre")*

6 maggio 2009

La decisione della Corte costituzionale n. 439/2008 si impone all'attenzione per molteplici motivi. Essa si sofferma, innanzitutto, su importanti questioni processuali quali il termine per la notifica del ricorso introduttivo del giudizio e la compatibilità dell'oggetto del ricorso con la delibera del Consiglio dei Ministri autorizzativa dell'impugnazione.

La sentenza in commento costituisce, inoltre, un tassello importante della giurisprudenza costituzionale inerente il "vincolo comunitario" introdotto nell'art. 117, c. 1 Cost.¹ dalla riforma del 2001, attraverso il quale sembra compiersi un ulteriore passo in avanti nell'interpretazione in chiave monista dei rapporti tra ordinamento comunitario e nazionale.

La Corte giunge, infatti, alla declaratoria di incostituzionalità dell'art. 3, c. 3 della legge Prov. Bolzano n. 12 del 2007 utilizzando come parametro esclusivo del giudizio le norme comunitarie, nell'interpretazione di esse fornita dalla Corte di Giustizia CE, quali norme interposte rispetto all'art. 117, c. 1 Cost. e all'art. 4 dello Statuto speciale per il Trentino Alto-Adige².

¹ Sulla riforma dell'art. 117, c. 1, Cost., vedi Caravita B., *La Costituzione dopo la riforma del Titolo V*, Giappichelli, 2002; Serges G., sub *Art. 117, c. 1, Cost.*, in Bifulco R., Celotto A., Olivetti M. (a cura di) *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006.

² La possibilità di utilizzare le norme comunitarie quali parametro, come norme interposte, del giudizio di legittimità costituzionale è ormai riconosciuta per giurisprudenza costante. Vedi, in proposito, Corte cost., sentt. nn. 7 e 166 del 2004, 406/2005, 12/2006 e 129/2006.

La Consulta ha inoltre modo, nel merito, di entrare in quel “campo minato” costituito dall’istituto dell’*in house providing*, inserendo la sua voce in un contesto fino ad oggi dominato dalla giurisprudenza comunitaria³ e contribuendo in maniera costruttiva a quel “dialogo tra Corti” che si configura come elemento indispensabile e connaturato al sistema comunitario.

1. La questione di legittimità costituzionale

La questione di legittimità costituzionale promossa con ricorso del Presidente del Consiglio dei Ministri ha ad oggetto gli articoli n. 3, c. 3 e n. 5, c. 1, della legge della Provincia autonoma di Bolzano 16 novembre 2007, n. 12 (Servizi pubblici locali). La legge in questione disciplina le modalità di affidamento dei servizi pubblici di rilevanza economica prevedendo, tra l’altro, agli articoli n. 3⁴ e n. 5, la possibilità di affidamento a società a capitale interamente pubblico (*in house providing*) e di affidamento diretto a soggetti privati.

L’art. 3 c. 3, oggetto specifico dell’impugnativa statale, stabilisce, in riferimento al requisito della rilevanza dell’attività di cui alla lett. c) del comma 1, che essa sia “*considerata in base al fatturato e alle risorse economiche impiegate*”.

L’art. 5, c. 1, l’altra norma espressamente impugnata dallo Stato, prevede invece la possibilità di affidamento diretto della gestione del servizio a soggetti privati “*purché nei loro confronti uno o più degli enti di cui all’art. 1, comma 2, esercitino influenza dominante*”.

2. Le censure

2.1 Nel ricorso introduttivo del giudizio l’Avvocatura dello Stato, pur riconoscendo che le Province autonome sono titolari della competenza legislativa esclusiva in materia di “assunzione diretta di servizi pubblici e loro gestione” (art. 8 Statuto speciale), sottolinea come queste siano comunque tenute a disciplinare la materia rispettando i vincoli imposti

³ Sottolinea tale aspetto anche Cintioli F., *Norma interposta, società in house e «identità» dell’ordinamento nazionale. Riflessioni alla prima lettura di Corte cost. n. 439 del 2008*, in www.giustamm.it, 22/01/2009, secondo il quale, infatti, la decisione in commento “*fa sentire anche la voce della Corte della Corte costituzionale nella tormentata vicenda dell’in house providing, concorrendo a formare un orientamento complessivo della giurisprudenza comunitaria e nazionale che è volto, dichiaratamente, a scoraggiare l’eccessiva diffusione del fenomeno*”.

⁴ In particolare, l’art. 3, c. 1, dispone che i servizi pubblici di rilevanza economica possono essere affidati a società a capitale interamente pubblico solo se uno o più enti deputati alle gestione del servizio stesso:

- a) detengano per intero il capitale sociale;
- b) esercitino sulla società un controllo analogo a quello da essi esercitato sui propri servizi;
- c) la società realizzi la parte più rilevante della propria attività con uno o più degli enti che la controllano.

dalle normative comunitarie, come previsto dall'art. 4 dello stesso Statuto speciale⁵ e, dopo la riforma del 2001, anche dall'art. 117, c. 1, Cost.⁶.

Le disposizioni censurate avrebbero violato le norme fondamentali del Trattato CE in materia di concorrenza di cui agli articoli n. 43, 49 e 86, nonché il principio di non discriminazione in base alla nazionalità sancito nell'art. 12 del Trattato, come interpretate dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia CE (in particolare nella sentenza 13 ottobre 2005, *Parking Brixen*, in causa C-458/03)⁷, ponendosi perciò in contrasto con l'art. 117, c. 1, Cost. e con l'art. 8 dello Statuto Speciale.

2.2 La Provincia Autonoma di Bolzano si è costituita in giudizio chiedendo, in via pregiudiziale, l'inammissibilità del ricorso violazione dei termini di notificazione e per carenza di motivazione e mancata indicazione dei parametri costituzionali e statutari che si assumono violati. La Provincia sottolinea come il ricorso, che solleva q.l.c. in relazione a tutta la legge, si discosti dalla delibera autorizzativa del Consiglio dei Ministri rivolta, invece, esclusivamente agli articoli n. 3, c. 3 e 5, c. 1 della legge in questione.

Nel merito, le difese della Provincia mirano ad evidenziare la legittimità delle scelte compiute dal legislatore provinciale⁸.

⁵ Ai sensi dell'art. 8 del d.P.R. 31 agosto 19721, n. 670 (Approvazione del testo unico delle leggi costituzionali concernenti lo statuto speciale per il Trentino Alto-Adige) "Le Province hanno la potestà di emanare norme legislative, entro i limiti indicati dall'art. 4, nelle seguenti materie: (...); 19) assunzione diretta di servizi pubblici e loro gestione a mezzo di aziende speciali;(...)". I limiti stabiliti dall'art. 4 dello Statuto sono l'armonia con la Costituzione e i principi dell'ordinamento giuridico dello Stato, il rispetto degli obblighi internazionali e degli interessi nazionali - tra i quali è compreso quello della tutela delle minoranze linguistiche locali - nonché delle norme fondamentali delle riforme economico-sociali della Repubblica.

⁶ Punto 1.1 del *Ritenuto in fatto*.

⁷ Secondo l'Avvocatura dello Stato l'art. 3, c. 3, della legge Prov. Aut. Bolzano n. 12/2007 contrasterebbe, in particolare con i principi affermati dalla Corte di Giustizia CE nella nota sentenza *Carbotermo* (Corte di Giustizia CE, sent. 11 maggio 2006, *Carbotermo*, in causa C-340/04) in relazione al requisito della rilevanza dell'attività svolta dalla società controllata in favore dell'ente controllante. I giudici comunitari ritengono, infatti, che tale requisito vada inteso non solo in senso quantitativo, come lo ha inteso la norma impugnata, ma anche in senso qualitativo, così che il requisito è soddisfatto "se l'attività di detta impresa è principalmente destinata all'ente in questione e ogni altra attività risulta avere solo un carattere marginario". La norma impugnata, prevedendo un limite di natura solo quantitativo per il requisito in esame, e non anche qualitativo, permetterebbe un più esteso ricorso all'affidamento *in house* rispetto a quanto invece permesso dalle norme comunitarie, come interpretate dalla Corte di Strasburgo.

La seconda norma della legge sui servizi pubblici locali della Prov. di Bolzano impugnata è l'art. 5, c. 1, la quale, come detto, consente l'affidamento diretto a privati "*purché nei loro confronti uno o più degli enti di cui all'art. 1, comma 2, esercitino influenza dominante*". Secondo l'Avvocatura dello Stato tale norma sarebbe in contrasto con quanto espressamente affermato dai giudici comunitari nella nota sentenza *Teckal* (Corte di Giustizia CE, sent. 18 novembre 1999, *Teckal*, in causa C-107/98) e nella successiva sentenza *Stadt Halle* (Corte di Giustizia CE, sent. 11 gennaio 2005, *Stadt Halle*, in causa C-26/03), nelle quali si è affermato il principio per cui l'affidamento *in house* è valido al ricorrere di tre requisiti: a) capitale della società interamente pubblico; b) amministrazioni eserciti su società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi; c) il soggetto affidatario svolga la maggior parte dell'attività in favore dell'ente affidante.

⁸ In questo senso viene sottolineato come l'art. 3, c. 3 sia in perfetta linea con la normativa comunitaria e che il fatturato dell'ente affidatario e le risorse economiche da esso impiegate siano le uniche fonti per accertare la vera attività dell'ente stesso, sia dal punto di vista quantitativo che qualitativo. Per quanto riguarda l'art. 5, c. 1, la

La Provincia ha concluso, infine, chiedendo alla Corte, qualora avesse dubbi sulla conformità delle norme censurate ai principi di diritto comunitario, di sospendere il giudizio e sottoporre la questione alla Corte di Giustizia europea.

3. La decisione della Corte

3.1 La Corte costituzionale analizza, in primo luogo le eccezioni di inammissibilità del ricorso avanzate dalla Provincia di Bolzano e le dichiara entrambe non fondate. Per quanto riguarda il supposto ritardo della notifica del ricorso, la Corte ricorda che ai fini della valutazione delle tempestività del ricorso occorre far riferimento, da un lato, alla data di pubblicazione della legge sul bollettino ufficiale della Regione e, dall'altro, al giorno della consegna del ricorso all'ufficio notifiche della Corte di Appello da parte dell'Avvocatura dello Stato, essendo irrilevante ogni attività successiva posta in essere dagli ufficiali notificatori; nel caso in questione, la legge è stata pubblicata sul bollettino della Regione il 27 novembre 2007 e il ricorso è stato consegnato all'ufficio notifiche il 26 gennaio 2008, quindi il 60 giorno utile⁹. A nulla rileva che lo stesso sia stato poi notificato solo il successivo 28 gennaio (Corte cost., sent. nn. 477/2002, 383/2005 e 200/2007). La Corte decide, in questo modo, di dare seguito e confermare la sua più recente giurisprudenza sul tema, basata su una *“scissione tra il momento in cui la notificazione deve intendersi perfezionata nei confronti del notificante, che coincide con il momento della consegna del ricorso all'ufficiale giudiziario, e il momento in cui essa si perfeziona per il destinatario, che coincide con la data di ricezione”*¹⁰; si ritiene, quindi, ormai superato il precedente indirizzo secondo il quale la tardività del ricorso era considerata in base al giorno di ricezione dell'ente destinatario, senza

Provincia ha chiesto che venisse dichiarata cessata la materia del contendere, in quanto la norma è stata integralmente modificata dall'art. 7, c. 2, della legge prov. n. 4/2008 (modifiche di leggi provinciali in vari settori e altre disposizioni) e non ha mai trovato applicazione durante la sua vigenza.

⁹ Vedi art. 127 Cost., art. 31, c. 3, 32, c. 2 e 33, c. 2 della legge n. 87/1953. Il termine è unanimemente considerato perentorio, per cui una sua mancata osservanza comporta l'inammissibilità del ricorso.

¹⁰ Romboli R. (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*, Giappichelli, 2008, p. 194.

L'indirizzo confermato con la decisione in commento si è concretizzato nella giurisprudenza costituzionale solo a partire dalla sent. n. 383/2005. In realtà a prima sentenza che utilizza tale meccanismo di scissione è, in realtà, la sentenza n. 69/1994 in un caso di notificazione all'estero; successivamente la Corte, nella sentenza n. 477/2002, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del combinato disposto dell'art. 149 del codice di procedura civile e dell'art. 4, comma terzo, della legge 20 novembre 1982, n. 890 (Notificazioni di atti a mezzo posta e di comunicazioni a mezzo posta connesse con la notificazione di atti giudiziari), nella parte in cui prevede che la notificazione si perfeziona, per il notificante, alla data di ricezione dell'atto da parte del destinatario anziché a quella, antecedente, di consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario. La sentenza n. 383/2005 è, tuttavia, la prima in cui la Corte applica il meccanismo della scissione per le normali notificazioni eseguite dall'ufficiale giudiziario nel territorio italiano. L'indirizzo riaffermato nella sentenza in commento era stato in precedenza sancito anche nella sentenza n. 200/2007

operare la distinzione tra momento di consegna all'ufficio notificatore e momento di ricezione da parte dell'ente destinatario¹¹.

Chiarito questo punto, la Corte analizza la seconda questione di inammissibilità prospettata dalla difesa provinciale, riguardante la non conformità del ricorso presentato dall'Avvocatura della Stato con la delibera del Consiglio dei ministri che autorizza il ricorso stesso. La delibera da ultimo richiamata autorizza, infatti, l'impugnazione dei soli art. 3, c. 3 e art. 5, c. 1 della legge Prov. Bolzano n. 12/2007, mentre il ricorso è rivolto all'intera legge provinciale, dal che ne deriverebbe l'inammissibilità dello stesso. La Consulta rigetta, tuttavia, anche questa eccezione, dato che "dall'esame congiunto del ricorso e della suindicata deliberazione risulta, con sufficiente chiarezza, che oggetto di gravame sono esclusivamente le disposizioni contenute nei due articoli in questione"¹². La Corte non si discosta, quindi, dall'orientamento ormai consolidato secondo il quale, ai fini dell'ammissibilità del ricorso presentato dal Presidente del Consiglio dei Ministri tramite l'Avvocatura dello Stato, non è necessaria la perfetta corrispondenza dello stesso con la delibera del Consiglio dei Ministri qualora dalla motivazione e dalle conclusioni del ricorso sia possibile riconoscere che le censure sono in realtà rivolte esclusivamente alle disposizioni indicate nella delibera dell'organo politico (o della relazione del Ministro degli Affari regionali)¹³.

Risolte le questioni preliminari, la Corte dichiara cessata la materia del contendere in relazione all'art. 5, c. 1, in quanto la norma, come sostenuto dalla difesa della Provincia, è stata integralmente modificata dall'art. 7, c. 2, della legge Prov. Aut. Bolzano n. 4/2008 e non ha mai trovato applicazione durante la sua vigenza; l'analisi nel merito della questione è pertanto condotta dal Giudice delle leggi unicamente in relazione all'art. 3, c. 3.

3.2 Nel decidere la questione di legittimità costituzionale riguardante l'art. 3, c. 3, la Corte coglie l'occasione per effettuare una ricognizione dei principi dettati dai giudici di Strasburgo in tema di *in house providing*, con particolare riferimento al requisito della rilevanza dell'attività svolta a favore dell'ente concedente¹⁴.

L'*in house providing* è, come noto, quel particolare modello organizzativo che permette alle amministrazioni di affidare, senza previo esperimento di una gara, l'esecuzione

¹¹Per il precedente indirizzo giurisprudenziale che teneva in considerazione, ai fini della tempestività della notifica, il giorno di ricezione del ricorso da parte del destinatario, si veda Corte cost., sent. n. 295/1993.

¹²Punto 3 *Cons. dir.*

¹³Vedi, ad es., Corte cost., sent. n. 95/2005.

¹⁴Osserva Cintioli F., *Norma interposta, società in house e «identità» dell'ordinamento nazionale. Riflessioni alla prima lettura di Corte cost. n. 439 del 2008*, cit., come in questo caso la norma interposta, corrispondendo ad un principio del diritto comunitario piuttosto che ad un concreto precetto, appaia "*lontana ed impalpabile*".

di lavori, servizi e forniture, oppure la gestione di un servizio pubblico, a mezzi e strutture ad esse interni, oppure a soggetti giuridicamente distinti sui quali, però, esercitino un controllo analogo a quello esercitato sulle proprie strutture.

L'istituto dell'*in house* è stato delineato per la prima volta dal giudice comunitario nella nota sentenza *Teckal*¹⁵, vero e proprio *leading case* della materia. In quella pronuncia, i giudici comunitari hanno affermato la legittimità degli affidamenti diretti a condizione: 1) che *“l'ente locale esercit(i) sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi”*; 2) che la società cui si affida l'appalto *“realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano”*. Le due condizioni sono state successivamente oggetto di altri interventi giurisprudenziali che ne hanno ulteriormente chiarito il significato e la portata, con lo scopo di frenare l'utilizzo di un simile modello organizzativo che costituisce una evidente eccezione alle norme che presidiano la concorrenza scolpite nell'art. 86 del Trattato¹⁶.

La Corte costituzionale, dopo aver ricondotto la questione nella giusta cornice, ripercorre lo sviluppo della giurisprudenza comunitaria inerente l'interpretazione dei requisiti idonei a giustificare un affidamento diretto, soffermandosi in particolare sul requisito dell'attività prevalente¹⁷, per riassumere conclusivamente che *“sul piano della verifica del rispetto del requisito in esame, la Corte di Giustizia (...) ha affermato che il giudice competente deve prendere in considerazione tutte le circostanze del caso di specie, sia quantitative che qualitative”*¹⁸; sul piano quantitativo *“occorre considerare che il fatturato determinante è rappresentato da quello che l'impresa realizza in virtù di decisioni di affidamento adottate dall'ente locale controllante”*, mentre per quel che riguarda il piano qualitativo, *“esso incide o può incidere sulla natura dei servizi resi e, quindi, sul criterio per ritenere che una attività di impresa sia svolta in modo preponderante per l'ente pubblico conferente e solo marginalmente per il mercato perché, a prescindere dal dato quantitativo*

¹⁵ Corte di Giustizia CE, 18.11.99, *Teckal*, causa C-107/98.

¹⁶ L'art. 86, c. 2, del Trattato CE costituisce la base normativa europea in tema di servizi pubblici locali sulla quale si sono fondati i più importanti interventi comunitari in materia. Esso così dispone: *“Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale, sono sottoposte alle norme del presente Trattato, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto né di fatto della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi della Comunità”*

¹⁷ Vedi in proposito la giurisprudenza della Corte di Giustizia richiamata in precedenza: sent. *Stadt Halle*, nella quale si legge che *«qualunque investimento di capitale privato in un'impresa obbedisce a considerazioni proprie degli interessi privati»*, rifuggendo da *«considerazioni ed esigenze proprie del perseguimento di obiettivi di interesse pubblico»* che devono caratterizzare *«il rapporto tra un'autorità pubblica (...) ed i suoi servizi»*; sentenza *Carbotermo*, ripresa dalla sentenza *Parking Brixen*, secondo la quale l'affidamento è possibile anche nei confronti di un servizio pubblico locale.

¹⁸ Corte di Giustizia CE, sentenza *Carbotermo*, cit.

*del fatturato, tale profilo può – in astratto – riverberare i suoi effetti sulla rilevanza dell’attività svolta dal soggetto al fine di considerare prevalente o solo marginale l’attività “libera” in una prospettiva di futura espansione della stessa nel mercato o in zone del territorio diverse da quelle di competenza del soggetto pubblico conferente*¹⁹.

La Corte richiama inoltre un proprio precedente²⁰ in materia di appalti, secondo il quale le esigenze di tutela della concorrenza impongono di “tenere distinto lo svolgimento di attività amministrativa posta in essere da una società di capitali per conto di una pubblica amministrazione dal libero svolgimento di attività di impresa”²¹, per evitare “che un soggetto, che svolge attività amministrativa, eserciti allo stesso tempo attività d’impresa, beneficiando dei privilegi dei quali esso può godere in quanto pubblica amministrazione”²².

Ricostruito quindi l’istituto dell’affidamento diretto, i suoi limiti e la portata degli stessi, la Corte giunge alla declaratoria di illegittimità costituzionale dell’art. 3, c. 3, della legge della Prov. Aut. Bolzano n. 12 del 2007, per violazione delle norme comunitarie sulla tutela della concorrenza, come interpretate dalla Corte di giustizia CE, e, dunque, dell’art. 8, comma 1, dello statuto speciale per il Trentino Alto-Adige e dell’art. 117, primo comma, Cost.; la legge provinciale non indica, infatti, alcun elemento di natura qualitativa idoneo “*a fare desumere, ad esempio, la propensione dell’impresa ad effettuare determinati investimenti di risorse economiche in altri mercati – anche non contigui – in vista di una eventuale espansione in settori diversi da quelli rilevanti per l’ente pubblico conferente*”²³, ma si limita ad indicare elementi di sola natura quantitativa (il fatturato). Così facendo pone dei requisiti meno rigidi rispetto a quelli richiesti dalle regole sulla concorrenza poste nel Trattato, come interpretate dai giudici di Strasburgo, violando, quindi, il diritto comunitario direttamente applicabile nel nostro ordinamento.

4. Alcuni rilievi critici

Alcuni rilievi sulla decisione in commento meritano di essere svolti, ampliando quanto già brevemente detto circa il ruolo del “vincolo comunitario” sancito dall’art. 117, c. 1, Cost. nella disciplina dei rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento interno e il rinnovato dialogo tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia CE.

¹⁹ Punto 7 *Cons. dir.*

²⁰ Corte cost., sent. n. 326/2008.

²¹ Punto 7 *Cons. dir.*

²² Corte cost., sent. n. 326/2008, punto 8.3 *Cons. Dir.*

²³ Punto 7.1 *Cons. dir.*

Dopo una iniziale reticenza nel risolvere una questione di legittimità costituzionale utilizzando come parametro esclusivo del giudizio il nuovo art. 117, c. 1 Cost., la Corte, a partire dalla sent. n. 406/2005, ha iniziato ad applicare la norma utilizzandola quale parametro esclusivo in alcune decisioni nelle quali ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma interna per violazione del diritto comunitario.²⁴

All'indomani dell'entrata in vigore della riforma del Titolo V la dottrina si era interrogata circa la reale portata del vincolo comunitario espresso nel comma prima dell'art. 117 Cost.

Una prima tesi riteneva che il nuovo art. 117, c. 1, Cost., nulla avesse aggiunto ai risultati raggiunti dall'interpretazione dell'art. 11 Cost., la norma sulla quale dottrina e giurisprudenza hanno costruito i rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento interno e i rapporti tra le fonti di questi basati, come noto, sul principio di primazia del diritto comunitario che si traduce nella diretta applicabilità delle norme comunitarie all'interno dell'ordinamento nazionale. La norma avrebbe dunque soltanto confermato e costituzionalizzato i risultati derivanti dal "cammino comunitario" compiuto dalla Consulta²⁵.

A questa tesi se ne contrapponeva una seconda, per la quale grazie a questa norma si sarebbe abbandonata la visione dualista del rapporto tra ordinamento interno e comunitario per abbracciare quella monista, secondo la quale diritto comunitario e diritto interno farebbero parte di un unico ordinamento che prevede la primazia del primo sul secondo.²⁶

In questo scenario è intervenuta la Corte costituzionale che, con le sentenze nn. 406/2005, 129/2006 e 269/2007, ha risolto le questioni di legittimità costituzionali sottoposte al suo giudizio dichiarando l'illegittimità costituzionale delle norme interne per violazione del nuovo art. 117, c. 1, Cost., in relazione al vincolo comunitario, "scongelandolo"²⁷ in questo modo la norma stessa e fornendo spunti al dibattito dottrinario dinanzi brevemente tratteggiato. In assenza di indicazioni univoche dal testo costituzionale era chiaro, del resto,

²⁴ La prima sentenza nella quale la Corte giunge ad una declaratoria di illegittimità costituzionale utilizzando come unico parametro il nuovo art. 117, c. 1, Cost. è la sent. n. 406/2005, sulla quale vedi Celotto A., *La Corte costituzionale finalmente applica il primo comma dell'art. 117 Cost. (in margine alla sent. n. 406 del 2005)* in www.giustamm.it; Calvano R., *La Corte costituzionale "fa i conti" per la prima volta con il nuovo art. 117 comma 1 Cost. Una svista o una svolta monista della giurisprudenza costituzionale sulle "questioni comunitarie"?*, in *Giur. Cost.*, 2005, p. 4436 e ss. Ad essa sono seguite, ribadendo e rafforzando l'impostazione seguita nella sent. n. 406/2005, le sentt. nn. 129/2006 e 269/2007 nelle quali la Corte ha annullato alcune disposizioni della legge regionale della Lombardia n. 12/2005 e l'art. 18-*quater*, comma 5, della legge della Provincia di Trento 5 settembre 1991, n. 22, inserito dall'art. 3, comma 1, della legge 11 novembre 2005, n. 16.

²⁵ Cfr. per tutti Caravita B., *La Costituzione dopo la riforma del Titolo V*, cit., p. 116; Sorrentino F., *Il diritto europeo nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Quad. reg.*, 2006, 632.

²⁶ V. Torchia L., *I vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2001, p. 1203; Paterniti F., *La riforma dell'art. 117, comma 1, Cost. e le nuove prospettive nei rapporti tra ordinamento giuridico nazionale e unione europea*, in *Giur. Cost.*, 2004, p. 2101 ss.

²⁷ Celotto A., *La Corte...*, cit.

che l'unico intervento chiarificatore potesse provenire dalla Corte, qualora avesse iniziato ad applicare la norma in questione.²⁸

Queste sentenze hanno fornito importanti indicazioni sul ruolo del nuovo primo comma dell'art. 117 Cost. e, più in generale, sui rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento interno.

La Corte ha avuto, infatti, modo di ricordare che *“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.”*²⁹ specificando però che *“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”*³⁰.

Tale richiamo inequivocabile all'operare congiunto dell'art. 117 e dell'art. 11 Cost. presente nelle sentenze n. 129/2006 e n. 267/2007, rendeva ancora sfumato il reale campo di applicazione del nuovo primo comma dell'art. 117 Cost. posto che esso, dopo essere stato scongelato con la sent. n. 406/2005 sembrava trovare, nella successiva giurisprudenza, un freno al proprio utilizzo autonomo. Il richiamo all'art. 11 Cost. avvalorava, infatti, l'idea che la Corte fosse tornata sui propri passi, negando all'art. 117, primo comma, Cost. quel pieno valore di norma regolatrice dei rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale. La dottrina più attenta non ha del resto tardato a sottolineare come l'impressione fosse comunque quella che l'art. 11 rimanesse *“la norma prevalente nell'assicurare la primauté del diritto comunitario”*³¹.

Tutto ciò era avvalorato anche dalla considerazione per la quale la Corte ha inizialmente legato l'art. 117 Cost. all'art. 11 Cost. senza che ciò fosse in alcun modo suggerito dalle ordinanze di rimessione delle questioni di legittimità costituzionali, le quali non menzionano l'art. 11 Cost. tra le norme parametro. Tale atteggiamento era sintomo della volontà della Corte costituzionale di legare l'operatività del primo comma dell'art. 117 Cost.

²⁸ Vedi Panera C., *I vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario cinque anni dopo: quid novi?*, in *Quad. cost.*, n. 4/2006, p. 796 e ss.

²⁹ Corte cost., sent. n. 129/2006.

³⁰ Corte cost., sent. n. 129/2006, richiamata dalla successive sent. n. 267/2007, nella quale testualmente si legge che *“le direttive comunitarie, infatti, fungono da norme interposte atte ad integrare il parametro per la valutazione di conformità della normativa regionale (nel caso di specie, della normativa della Provincia autonoma di Trento) all'ordinamento comunitario, in base agli artt. 117, primo comma, e 11 Cost., quest'ultimo inteso quale principio fondamentale”*.

³¹ Cfr. Serges G., *I vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost.*, in Castorina E. (a cura di), *Profili attuali e prospettive di diritto costituzionale europeo*, Torino, 2007, p. 418.

ai principi fondamentali dell'ordinamento italiano e, in conseguenza, al sistema dei controlimiti.

Già nelle prime sentenze relative al “vincolo comunitario” introdotto dalla riforma costituzionale del 2001 era dunque possibile scorgere un piccolo passo compiuto dalla Corte verso una ricostruzione tendenzialmente monista dei rapporti tra diritto comunitario e ordinamento interno e un piccolo passo verso un controllo più garantista da parte della Corte sulla rispondenza delle norme interne alle norme comunitarie, con la possibilità, per la Consulta, di poter garantire, grazie al primo comma dell'art. 117 Cost., un controllo più rigido del rispetto del vincolo comunitario, bilanciando quest'ultimo, grazie al richiamo all'art. 11 Cost., con il controllo sul rispetto dei principi fondamentali³².

Con la sentenza in commento sembra, almeno a parere di chi scrive, che la Corte abbia voluto compiere un passo in avanti più deciso. Ed infatti, il mancato richiamo all'operare congiunto del primo comma dell'art. 117 Cost. con l'art. 11 Cost. lascia intendere che la Corte ritenga che le fonti comunitarie e le fonti interne si muovano ormai all'interno di uno stesso ordinamento e il loro rapporto sia disciplinato unicamente dal primo comma dell'art. 117 Cost. il quale impone l'obbligo per le fonti italiane di rispettare il diritto comunitario. Ciò presuppone il superamento della teoria dualista almeno nella sua accezione più rigorosa, e l'approdo ad una costruzione dei rapporti tra fonti comunitarie e fonti interne regolata dal nuovo art. 117, primo comma, Cost.

La Corte non lo dice *expressis verbis*, ma il suo “cammino comunitario” si arricchisce di un nuovo tassello; si legge, infatti, nella giurisprudenza della Corte, una lenta ma costante apertura al diritto comunitario. Se inizialmente la visione della Corte, nella nota sentenza n. 170/1984, era quella per cui i due ordinamenti, comunitario e nazionale, erano tra loro distinti, già nella sentenza n. 389/1989 questo orientamento era mitigato, tanto che i due ordinamenti erano considerati separati, ma “coordinati e comunicanti”³³. Con la sentenza n. 406/2005 e successive, fino ad arrivare a quella oggi in commento, la Corte, applicando finalmente il primo comma dell'art. 117 Cost. riformato ha superato la teoria dualista, ritenendo che le fonti dei due ordinamenti si muovono in uno stesso insieme, costruendo un'interpretazione del sistema per la quale i due ordinamenti sono “indissolubilmente integrati”³⁴.

³² Su tali argomenti vedi Serges G., *I vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario...*, cit., 420 ss.

³³ In dottrina sosteneva la bontà di tale impostazione Paladin L., *Le fonti del diritto*, Il Mulino, 1996, p. 427.

³⁴ V. Pace A., *La sentenza Granital, ventitré anni dopo*, Relazione al seminario su “diritto comunitario e diritto interno” tenuto presso la Corte costituzionale il 20 aprile 2007, p. 2, in www.associazioneitalianadeicostituzionalisti.it.

In tale contesto, l'art. 11 Cost. non smette certamente di operare, ma rimane “sullo sfondo quale principio fondamentale del sistema”³⁵, costituendo al tempo stesso il fondamento di eventuali nuove cessioni di sovranità da parte dell'Italia, certamente non ammissibili ai sensi dell'art. 117 Cost., e la norma attraverso la quale viene comunque garantito il sistema dei “controlimiti”. Sembra questo il motivo per il quale la Corte abbia ommesso qualsiasi riferimento all'art. 11 Cost.; forse sono maturi i tempi per considerare il solo art. 117, c. 1, Cost., come norma disciplinante i rapporti tra fonti comunitarie e nazionali.

Sembra auspicabile dunque, su queste basi, che la Corte risolva anche il problema della mancata applicazione di questa giurisprudenza alle questioni di legittimità costituzionali che giungeranno al suo vaglio tramite il giudizio incidentale. Data l'acquisizione del valore autonomo del “vincolo comunitario” contenuto nel primo comma dell'art. 117 Cost. nei termini sopra descritti, la Corte potrebbe forse applicare questa norma anche alle questioni che le giungano in via incidentale “*in considerazione soprattutto del fatto che quando la questione è comunque arrivata alla Corte non c'è ragione di non annullare la legge nazionale, anche perché in tal modo si contribuisce comunque a quell'opera di depurazione dell'ordinamento dalle antinomie comunitarie, che certo non contribuisce alla certezza del diritto e alla conformità dei rapporti fra ordinamenti*”³⁶.

Da tali premesse deriva la conseguenza per la quale la Corte stessa può assumersi il ruolo di garantire essa stessa il controllo sul rispetto del vincolo comunitario, controllo lasciato fino ad oggi alle pronunce della sola Corte di Giustizia. Si garantirebbe, per questa via, anche un maggiore e sicuramente proficuo dialogo tra la Consulta e i giudici di Strasburgo; dialogo che si configura come elemento indefettibile di un ordinamento *multilevel* quale quello comunitario.

Tutto ciò resta maggiormente avvalorato se si considera che recentemente la Corte ha manifestato in maniera inequivocabile la volontà di superare la propria autoesclusione dal dialogo con i giudici della Corte di Giustizia³⁷; con l'ordinanza n. 103/2008³⁸ è stato, infatti,

³⁵ Calvano R., *La Corte costituzionale fa i conti...*, cit.

³⁶ Celotto A. *La Corte costituzionale finalmente applica*, cit.; accoglie tale posizione anche Serges G., *I vincoli comunitari*, cit., p. 423; parzialmente contrario alla possibilità di dichiarare l'illegittimità costituzionale per violazione del diritto comunitario nel giudizio in via incidentale, preferendo quindi il meccanismo della disapplicazione, Pace A., *La sentenza Granital*, cit., p. 28, il quale sottolinea come “*l'art. 117, comma 1, Cost., non pretenda affatto, in contrasto con le sentenze Simmenthal e Granital, di (ri)trasformare i problemi di compatibilità comunitaria in problemi di costituzionalità anche quando si tratti di norme comunitarie provviste di effetto diretto*”. L'A. ritiene però che l'art. 117, comma 1, Cost. possa esplicitare “*effetti innovativi con riferimento ai problemi che sorgono a seguito della mancata attuazione nei rapporti orizzontali delle direttive self executing*”.

³⁷ Vedi Cartabia M. – Celotto A., *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, in *Giur. Cost.*, 2002, p. 4502; Sorrentino F., *Il diritto europeo nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit. p. 628.

effettuato il primo rinvio pregiudiziale *ex art. 234 TCE* e ciò lascia chiaramente trasparire la volontà della Consulta di modificare il proprio atteggiamento nei confronti del diritto comunitario, al fine di una maggiore integrazione dell'azione delle Corti impegnate a vari livelli.

La volontà della Corte di aprire un dialogo con i giudici di Strasburgo emerge chiaramente anche dalla sentenza in commento, che dunque si inserisce a pieno titolo in questo nuovo orientamento tenuto dai giudici costituzionali interni nei confronti del diritto comunitario e del rapporto con la Corte di Giustizia. La sentenza non si limita, infatti, ad un esame passivo della giurisprudenza comunitaria, ma, al contrario, ne fornisce una lettura dinamica, all'interno della quale vengono richiamate anche precedenti decisioni della Consulta, le quali aiutano a tracciare un quadro completo sia delle finalità che debbono essere perseguite dal legislatore statale nel tracciare la disciplina dei servizi pubblici, sia, nello specifico, dei requisiti idonei a giustificare un affidamento *in house*.

Nel risolvere la q.l.c. sottoposta al suo esame la Consulta prende le mosse da una necessaria *“ricognizione delle norme comunitarie nella specie rilevanti e dei principi affermati in materia dalla Corte di giustizia, dal momento che i limiti alla potestà legislativa anche delle Province autonome derivano dalle singole disposizioni europee come interpretate dalla suddetta Corte”*³⁹. Tale ampia ed esaustiva ricognizione viene inserita in una prospettiva dinamica dei rapporti tra Corti, e corredata di richiami tanto a precedenti sentenze della Consulta stessa quanto a decisioni della giurisprudenza amministrativa interna. Spiccano in tal senso la citazione della sentenza della Corte n. 328/2008⁴⁰ oltre al significativo riferimento alla recente decisione dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato 3 marzo 2008, n. 1⁴¹, supremo organo della giustizia amministrativa italiana, che da ultima aveva fatto il punto della situazione sui vari orientamenti giurisprudenziali comunitari e interni in materia di affidamenti *in house*.

Emerge con chiarezza, quindi, come la Corte costituzionale sia ormai consapevole della necessità di coltivare un dialogo con la Corte di Giustizia, attraverso il quale può, da un lato, attraverso il rinvio pregiudiziale *ex art. 234 TCE*, *“prospettare direttamente alla CGCE il proprio approccio ai valori costituzionali in gioco e soprattutto d'influire sul relativo*

³⁸ Sull'ordinanza n. 103/2008 e, in generale, sui rapporti tra le Corti vedi Pesole L., *La Corte costituzionale ricorre per la prima volta al rinvio pregiudiziale. Spunti di riflessione sull'ordinanza n. 103 del 2008*, in questa rivista, n. 15/2008 (www.federalismi.it); Guarnier T., *La Corte costituzionale: “organo giurisdizionale” dinanzi al suo primo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea. Contraddizione, apertura o “dissociazione”?* in *Giur. It.*, 2009, p. 40 e i riferimenti ivi contenuti;

³⁹ Punto 6 del *Cons. dir.*

⁴⁰ Punto 7 del *Cons. dir.*

⁴¹ Punto 7 del *Cons. dir.*

*bilanciamento*⁴² e, dall'altro lato, contribuire essa stessa alla costruzione di sistema integrato di fonti comunitarie e nazionali.

⁴² Sorrentino F., *Il diritto europeo nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., p. 630.