

LO SCHEMA DI DECRETO DELEGATO DI RIORDINO DELLA DISCIPLINA DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI DI RILEVANZA ECONOMICA AI SENSI DELL'ART. 8 DELLA LEGGE DELEGA DEL 2 AGOSTO 2022: ILLEGITTIMITÀ DIFFUSE*.

AUDIZIONE 30 NOVEMBRE 2022 – I COMMISSIONE AFFARI COSTITUZIONALI DEL SENATO DELLA REPUBBLICA.

16

di Alberto Lucarelli**

Sommario. 1. Premessa: piano dello studio. – 2. L'irragionevole, sproporzionato ed illegittimo ridimensionamento del ruolo e delle funzioni della Conferenza unificata: dalla «previa intesa» al parere. – 3. L'esclusione del ricorso alla gestione in economia o mediante azienda speciale per i servizi a rete e l'obbligo della motivazione per il mancato ricorso al mercato. – 4. Il ruolo *extra ordinem* dell'Osservatorio per i servizi pubblici locali, in ordine alle deliberazioni di affidamento alle società *in house*. – 5. I limiti temporali agli affidamenti *in house*. – 6. Autonomia e discrezionalità del delegato: orientamenti della giurisprudenza costituzionale. – 7. Il vizio di eccesso di delega nell'orientamento della giurisprudenza costituzionale. – 8. Conclusioni in ordine alla discrezionalità del delegato ed ai rapporti tra legge delega e decreto legislativo.

1. Premessa: piano dello studio.

Dalla lettura dello schema di decreto delegato, relativo all'art. 8 della legge delega sulla concorrenza del 2 agosto 2022, emergono sostanziali differenze e distonie rispetto alla legge delega. Ho ritenuto opportuno e necessario che tali difformità che, come si vedrà nel corso dello studio, assumono aspetti rilevanti e sostanziali, fossero evidenziate nell'*iter* di approvazione, segnatamente nell'audizioni presso la Commissione affari costituzionali del Senato della Repubblica.

Le osservazioni sullo schema di decreto delegato ovviamente hanno uno specifico, immediato e naturale *punto di caduta* che coinvolge il rapporto tra legge delega e decreti delegati, così come voluto e declinato dal combinato disposto degli artt. 76 e 77 Cost. e dalle interpretazioni della Corte costituzionale. In sostanza, dall'esame del testo in oggetto,

* Testo scritto ampliato e revisionato.

** Professore Ordinario di Diritto costituzionale – Università di Napoli Federico II.

al di là di alcuni profili di probabile illegittimità costituzionale, inerenti alla legge delega, che pure si riversano nel decreto delegato (penso al ridimensionamento funzionale della Conferenza unificata) occorre verificare, anche in relazione ai più consolidati orientamenti della giurisprudenza costituzionale, quanto la discrezionalità del governo, nell'esercizio della delega, si possa ricondurre nel perimetro costituzionale, o viceversa, quanto sia al di fuori di esso, con la naturale conseguente illegittimità del decreto delegato. Si tratta dunque di un'analisi complessa che va svolta con la massima puntualità.

Il parere-studio procederà così: *a)* esame di possibili profili di illegittimità costituzionale inerenti alla legge delega, assorbiti dallo schema di decreto delegato; *b)* esame dello schema di decreto delegato, con l'obiettivo di evidenziare le criticità ed i dubbi di legittimità costituzionale, in ordine al rapporto tra legge delega e decreto delegato; *c)* ricostruzione delle interpretazioni più significative della Corte costituzionale in ordine alla discrezionalità del delegato; *d)* ricostruzione delle interpretazioni più significative della Corte costituzionale in ordine ai rapporti tra legge delega e decreto legislativo; *e)* conclusioni.

2. L'irragionevole, sproporzionato ed illegittimo ridimensionamento del ruolo e delle funzioni della Conferenza unificata: dalla «previa intesa» al parere.

L'art. 8, comma, 3, l. n. 118/2022, avente ad oggetto la delega al Governo in materia di servizi pubblici locali, prevede che i decreti legislativi di riordino della materia siano adottati «previa intesa» in sede di Conferenza unificata di cui all'art. 8, d.lgs. n. 281/1997, con riguardo all'esercizio della delega relativamente ai criteri previsti dalle lettere *a), b), c), d), e), l), m), n), o), q), r), s), t), v)* del comma 2.

Il medesimo comma 3 prevede, con riguardo all'esercizio della delega, relativamente ai criteri di cui alle lettere *f)* (razionalizzazione della disciplina concernente le modalità di affidamento e di gestione dei servizi pubblici, nonché la durata dei relativi rapporti contrattuali, nel rispetto dei principi dell'ordinamento UE e dei principi di proporzionalità e ragionevolezza); *g)* (divieto di artificioso frazionamento delle prestazioni; previsione, per gli affidamenti di importo superiore alle soglie di cui all'art. 35 del Codice dei contratti pubblici, di una motivazione qualificata da parte dell'ente locale per la scelta o la conferma

del modello di autoproduzione ai fini di un'efficiente gestione del servizio, che dia conto delle ragioni che, sul piano economico e sociale, con riguardo agli investimenti, alla qualità del servizio, ai costi dei servizi per gli utenti, nonché agli obiettivi di universalità, socialità, tutela ambientale e accessibilità dei servizi, giustificano tale decisione, anche in relazione ai risultati conseguiti nelle pregresse gestioni in autoproduzione; *h*) (previsione di sistemi di monitoraggio dei costi ai fini del mantenimento degli equilibri di finanza pubblica, nonché della qualità, dell'efficienza e dell'efficacia della gestione dei servizi pubblici locali); *i*) (previsione che l'obbligo di procedere alla razionalizzazione periodica prevista dall'art. 20 del testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, di cui al d.lgs. n. 175/2016, tenga conto anche delle ragioni che, sul piano economico e della qualità dei servizi, giustificano il mantenimento dell'autoproduzione anche in relazione ai risultati conseguiti nella gestione); *p*) (coordinamento della disciplina dei servizi pubblici locali con la normativa in materia di contratti pubblici e in materia di società a partecipazione pubblica per gli affidamenti in autoproduzione); *u*) (rafforzamento, attraverso la banca dati nazionale dei contratti pubblici di cui all'art. 29, comma 2, del Codice di cui al d.lgs. n. 50/2016, resa interoperabile con le banche dati nazionali già costituite, e la piattaforma unica della trasparenza, ivi compreso l'Osservatorio di cui all'articolo 1, comma 300, l.n. 244/2007, della trasparenza e della comprensibilità degli atti e dei dati concernenti la scelta del regime di gestione, ivi compreso l'affidamento *in house*, la regolazione negoziale del rapporto tramite contratti di servizio e il concreto andamento della gestione dei servizi pubblici locali dal punto di vista sia economico sia della qualità dei servizi e del rispetto degli obblighi di servizio pubblico); previsione che la Conferenza medesima sia sentita, anche con la richiesta di un parere obbligatorio ma non vincolante).

Come si è detto, va evidenziato che la previsione opera una differenziazione tra le modalità di interpello della Conferenza unificata, della quale molto opache sembrano la ragionevolezza e la motivazione.

Infatti, con riguardo all'esercizio della delega, relativamente ad alcuni criteri è stata ritenuta necessaria la previa intesa, mentre riguardo all'esercizio della delega, relativamente agli altri citati criteri, la Conferenza viene soltanto «sentita». Il riflesso sostanziale è il ridimensionamento irragionevole e ingiustificato di Regioni ed enti locali, segnatamente nei criteri inerenti alle procedure di affidamento *in house*.

In merito, va evidenziato che il d.lgs. n. 281/1997, al capo 2, «Conferenza Stato-Regioni»,

art. 2, regolante i compiti della Conferenza, prevede al punto 1 che: «al fine di garantire la partecipazione delle Regioni e delle Province autonome di Trento e Bolzano, a tutti i processi decisionali di interesse regionale, interregionale ed infraregionale, la Conferenza Stato-Regioni: [...] nel rispetto delle competenze del Comitato Interministeriale per la programmazione economica promuove il coordinamento della programmazione statale e regionale ed il raccordo di quest'ultima con l'attività degli enti o soggetti, anche privati, che gestiscono funzioni o servizi di pubblico interesse, aventi rilevanza nell'ambito territoriale delle Regioni e delle Province autonome di Trento e Bolzano».

Il medesimo articolo, al comma 3, prevede che: «La Conferenza Stato – Regioni è obbligatoriamente sentita in ordine agli schemi di disegni di legge e di decreto legislativo o di regolamento del Governo nelle materie di competenza delle Regioni o delle Province autonome di Trento e di Bolzano, che si pronunzia entro venti giorni [*decorso tale termine, i provvedimenti recanti attuazione di direttive comunitarie sono emanati anche in mancanza di detto parere*]. Resta fermo quanto previsto in ordine alle procedure di approvazione delle norme di attuazione degli statuti delle Regioni a statuto speciale e delle Province autonome di Trento e di Bolzano.

La Conferenza è sentita su ogni oggetto di interesse regionale che il Presidente del Consiglio dei Ministri ritiene opportuno sottoporre al suo esame, anche su richiesta della Conferenza dei Presidenti delle Regioni e delle Province autonome di Trento e di Bolzano». Infine, l'art. 3, avente ad oggetto le intese, prevede che le stesse siano raggiunte in tutti quei procedimenti in cui la legislazione vigente contempri un'intesa nella Conferenza Stato-Regioni.

Dunque, è evidente che nelle materie di cui alle lettere elencate nella seconda parte del comma 3 dell'art. 8 l'esercizio della delega non poteva essere effettuato «sentita la Conferenza medesima» essendo, invece, necessaria la previa intesa con la stessa. In particolare, quando si tratta della determinazione di criteri che hanno un alto impatto sul territorio, dal punto di vista istituzionale, ma anche socio-economico ed ambientale.

La previsione del mero parere della Conferenza unificata sembrerebbe, infatti, inidonea ad assicurare un adeguato contemperamento tra gli interessi delle autonomie locali, volti, secondo interpretazioni costituzionalmente orientate, a regolare, in via autonoma ed esclusiva la materia, e quelli statali, volti, per converso, a perseguire l'esigenza di unitarietà sottesa alla riforma.

Va, peraltro, evidenziato che, in base al previsto meccanismo di esercizio della delega, relativamente alle enucleate materie, ai sensi e per gli effetti del comma 3 dell'art. 2, d.lgs. n. 281/1997, il Governo, può discostarsi dal parere obbligatoriamente espresso dalla Conferenza Stato-Regioni in ordine agli schemi di disegni di legge, in quanto il parere non è vincolante.

È evidente, dunque, che il previsto meccanismo, di cui all'art. 8 comma 3, l. n. 118/2022, viola gli artt. 114, 117, 2, 3 e 4 comma, 118 e 119 Cost. ed il principio di leale collaborazione, di cui agli artt. 5 e 120 Cost. Ovvero tutto quell'impianto di relazioni strutturali e funzionali che, per un miglior perseguimento degli interessi generali *lega* la dimensione stato-centrica con quella plurale delle Regioni e delle autonomie locali.

Il citato art. 8, al comma 2, nelle già individuate lettere, contiene una delega volta, non già alla mera semplificazione, ma alla radicale riorganizzazione della materia inerente ai servizi pubblici locali, intervenendo, incisivamente, su competenze regionali ed amministrative di indirizzo a livello locale.

Pertanto, l'oggetto della delega, secondo una interpretazione costituzionalmente orientata avrebbe dovuto prevedere che l'esercizio della stessa si svolgesse tramite l'adozione dei relativi decreti legislativi delegati, adottati «previa intesa» con la Conferenza unificata, ovvero con una forma di raccordo con le Regioni sufficiente alla salvaguardia delle autonomie di queste ultime.

L'utilizzo dello strumento della «previa intesa», infatti, da un lato costituisce il fondamento della stessa validità dell'intervento riformatore del legislatore statale nella materia dei servizi pubblici locali e, dall'altro, impone, a quest'ultimo, il rispetto del principio di leale collaborazione, nell'unica forma adeguata a garantire il giusto bilanciamento tra la compressione delle competenze regionali e locali e l'intervento statale.

Sul punto, va considerato che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 251/2016, pubblicata in G.U. il 30 novembre 2016, avente ad oggetto la questione di legittimità costituzionale in riferimento agli artt. 3, 81, 97, 117, 2, 3 e 4 comma, 118 e 119 Cost., nonché al principio di leale collaborazione, di cui agli artt. 5 e 120 Cost., della l.n. 124/2015, recante *Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle Amministrazioni Pubbliche*, ha evidenziato la centralità del ruolo della Conferenza unificata, ponendo l'accento su come, nel riordino di alcune materie, sia assolutamente necessaria la «previa intesa» con la Conferenza, atteso il ruolo riconosciuto a quest'ultima

dalla norma istitutiva della stessa (d.lgs. n. 281/1997), rispetto al mero «parere» obbligatorio ma non vincolante, inidoneo a garantire idonee forme di partecipazione all'esercizio della delega. Con l'obiettivo, da una parte di evitare una polverizzazione delle regole, dall'altra di valorizzare il ragionevole e giustificato ruolo di Regioni ed autonomie locali.

In particolare, secondo la Corte costituzionale, sentenza n. 251/2016: «Il parere come strumento di coinvolgimento delle autonomie regionali e locali non può non misurarsi con la giurisprudenza di questa Corte che, nel corso degli anni, ha sempre più valorizzato la leale collaborazione quale principio guida nell'evenienza, rivelatasi molto frequente, di uno stretto intreccio fra materie e competenze e ha ravvisato nell'intesa la soluzione che meglio incarna la collaborazione (Corte cost. nn. 21 e 1 del 2016). Quel principio è tanto più apprezzabile se si considera la «perdurante assenza di una trasformazione delle istituzioni parlamentari e, più in generale, dei procedimenti legislativi» (sentenza n. 278 del 2010) e diviene dirimente nella considerazione di interessi sempre più complessi, di cui gli enti territoriali si fanno portatori.

Un'analoga esigenza di coinvolgere adeguatamente le Regioni e gli enti locali nella forma dell'intesa è stata riconosciuta anche nella diversa ipotesi della attrazione in sussidiarietà della funzione legislativa allo Stato, in vista dell'urgenza di soddisfare esigenze unitarie, economicamente rilevanti, oltre che connesse all'esercizio della funzione amministrativa. In tal caso, l'esercizio unitario che consente di attrarre, insieme alla funzione amministrativa, anche quella legislativa, può aspirare a superare il vaglio di legittimità costituzionale – e giustificare la deroga al riparto di competenze contenuto nel Titolo V – «solo in presenza di una disciplina che prefiguri un *iter* in cui assumano il dovuto risalto le attività concertative e di coordinamento orizzontale, ovverosia le intese, che devono essere condotte in base al principio di lealtà» (sentenza n. 303/2003; sentenza n. 7/2016).

Questa Corte ha individuato nel sistema delle Conferenze «il principale strumento che consente alle Regioni di avere un ruolo nella determinazione del contenuto di taluni atti legislativi statali che incidono su materie di competenza regionale» (sentenza n. 401 del 2007) e «[u]na delle sedi più qualificate per l'elaborazione di regole destinate ad integrare il parametro della leale collaborazione» (sentenza n. 31/2006). In armonia con tali indicazioni, l'evoluzione impressa al sistema delle Conferenze finisce con il rivelare una fisiologica attitudine dello Stato alla consultazione delle Regioni e si coniuga con il

riconoscimento, ripetutamente operato da questa Corte, dell'intesa in sede di Conferenza unificata, quale strumento idoneo a realizzare la leale collaborazione tra lo Stato e le autonomie (*ex plurimis*, sentenze n. 88/2014, n. 297/2012 n. 163/2012), «qualora non siano coinvolti interessi esclusivamente e individualmente imputabili al singolo ente autonomo» (sentenza n. 1/2016).

Inserite in questo quadro evolutivo, le procedure di consultazione devono «prevedere meccanismi per il superamento delle divergenze, basati sulla reiterazione delle trattative o su specifici strumenti di mediazione» (sentenza n. 1/2016; nello stesso senso, sentenza n. 121/2010). Non si prefigura una «drastica previsione, in caso di mancata intesa, della decisività della volontà di una sola delle parti, la quale riduce all'espressione di un parere il ruolo dell'altra» (sentenza n. 24/2007). La reiterazione delle trattative, al fine di raggiungere un esito consensuale (*ex plurimis*, sentenze n. 121/2010, n. 24/2007, n. 339/2005), non comporta in alcun modo che lo Stato abdichi al suo ruolo di decisore, nell'ipotesi in cui le strategie concertative abbiano esito negativo e non conducano a un accordo (sentenze n. 7/2016, n.179/2012, n. 165/2011; in generale, con riferimento al «principio dell'accordo», sentenza n. 19/2015).

È pur vero che la Corte ha più volte affermato che il principio di leale collaborazione non si impone al procedimento legislativo. Laddove, tuttavia, il legislatore delegato si accinge a riformare istituti che incidono su competenze statali e regionali, inestricabilmente connesse, sorge la necessità del ricorso all'intesa. Quest'ultima si impone, dunque, quale cardine della leale collaborazione anche quando l'attuazione delle disposizioni dettate dal legislatore statale è rimessa a decreti legislativi delegati, adottati dal Governo sulla base dell'art. 76 Cost.

Tali decreti, sottoposti a limiti temporali e qualitativi, condizionati quanto alla validità a tutte le indicazioni contenute non solo nella Costituzione, ma anche, per volontà di quest'ultima, nella legge di delegazione, finiscono, infatti, con l'essere attratti nelle procedure di leale collaborazione, in vista del pieno rispetto del riparto costituzionale delle competenze.

Tra l'altro, è proprio lo schema di decreto delegato che richiama nel suo articolato il modello del parere, piuttosto che dell'intesa, in merito alla razionalizzazione della disciplina concernente le modalità di affidamento e di gestione dei servizi pubblici, riproducendo i profili di illegittimità contenuti, come si è visto, nella legge delega.

3. L'esclusione del ricorso alla gestione in economia o mediante azienda speciale per i servizi a rete e l'obbligo della motivazione per il mancato ricorso al mercato.

All'art. 14, comma 2, lett. *d*), lo schema di decreto delegato sembrerebbe discostarsi e contraddire la legge delega, configurando in merito un vero e proprio *eccesso di delega*. In particolare, tale disposizione esclude il ricorso alla gestione in economia o mediante azienda speciale per i servizi a rete, contemplando unicamente l'affidamento a soggetti di natura societaria, tema estraneo alla legge delega e mai entrato nella discussione nell'*iter* legislativo, che si è sviluppata su di essa.

Così la norma che sorprendentemente espunge l'azienda speciale dai soggetti gestori dei servizi a rete e le gestioni in economia: «Tenuto conto del principio di autonomia nell'organizzazione dei servizi e dei principi di cui all'articolo 3, l'ente locale e gli altri enti competenti, nelle ipotesi in cui ritengono che il perseguimento dell'interesse pubblico debba essere assicurato affidando il servizio pubblico a un singolo operatore o a un numero limitato di operatori, provvedono all'organizzazione del servizio mediante una delle seguenti modalità di gestione: *a*) affidamento a terzi mediante procedura a evidenza pubblica, secondo le modalità previste dall'articolo 15, nel rispetto del diritto dell'Unione europea; *b*) affidamento a società mista, secondo le modalità previste dall'articolo 16, nel rispetto del diritto dell'Unione europea; *c*) affidamento a società *in house*, nei limiti fissati dal diritto dell'Unione europea, secondo le modalità previste dall'articolo 17; *d*) limitatamente ai servizi diversi da quelli a rete, gestione in economia o mediante aziende speciali di cui all'articolo 114 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267».

L'esclusione per le aziende speciali di gestire in autoproduzione i servizi a rete non è presente nella legge delega, e tra l'altro pone seri dubbi di legittimità costituzionale in ordine al rispetto dell'art 43 Cost, che contempla un ruolo attivo per i soggetti di diritto pubblico nei settori economici e, in presenza di determinate condizioni, anche in regime di monopolio.

Si tratta, secondo la consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale, riportata nella seconda parte dello studio in maniera dettagliata, di un evidente eccesso di delega, oltre

che di una violazione degli artt. 5, 114, 117 Cost., in ordine al ruolo delle autonomie locali ed al loro potere di autodeterminazione gestionale, e dell'art. 43 Cost., in ordine alla espunzione di imprese pubbliche a livello locale.

Ulteriori profili di eccesso di delega si ravvisano rispetto ai vincoli procedurali posti agli enti locali per la gestione attraverso l'affidamento *in house*. Vincoli che durante il processo legislativo erano stati ritenuti ingiustificati e discriminatori rispetto alle altre modalità di gestione, e per questi motivi espunti nell'ultima versione della legge delega.

Infatti, l'art. 8, l delega n. 118/2022, alla lett. g) prevede «fatto salvo il divieto di artificioso frazionamento delle prestazioni, previsione, per gli affidamenti di importo superiore alle soglie di cui all'articolo 35 del Codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, di una motivazione qualificata, da parte dell'ente locale, per la scelta o la conferma del modello dell'autoproduzione ai fini di un'efficiente gestione del servizio, che dia conto delle ragioni che, sul piano economico e sociale, con riguardo agli investimenti, alla qualità del servizio, ai costi dei servizi per gli utenti, nonché agli obiettivi di universalità, socialità, tutela ambientale e accessibilità dei servizi, giustificano tale decisione, anche in relazione ai risultati conseguiti nelle pregresse gestioni in autoproduzione».

Dunque, illegittimamente, lo schema del decreto legislativo di riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, nell'esercitare la delega, così come conferita, da una parte, in contrasto con il legislatore delegante, sopprime l'azienda speciale, quale soggetto di diritto pubblico di rilevanza costituzionale, al quale affidare la gestione dei servizi in rete ed i modelli in autoproduzione; dall'altra ripropone una formulazione espunta nella legge delega¹, prevedendo, all'art. 17, comma 2, che: «Nel caso di affidamenti *in house* di importo superiore alle soglie di rilevanza europea in materia di contratti pubblici, fatto salvo il divieto di artificioso frazionamento delle prestazioni, gli enti locali e gli altri enti competenti adottano la deliberazione di affidamento del servizio sulla base di una qualificata motivazione che dia espressamente conto delle ragioni del

¹ Il mancato ricorso al mercato, anche a seguito del parere presentato dal sottoscritto del 25 febbraio 2022 alla X Commissione del Senato della Repubblica Industria, commercio turismo, non appare nella formulazione dell'art. 8, lett. g), della legge delega. Esso era stato espunto durante i lavori parlamentari, modificando l'originario scritto art. 6, lett. f) del disegno di legge delega. Il legislatore delegante aveva ritenuto di accogliere le osservazioni che evidenziavano, come siffatta norma, si ponesse al di fuori del perimetro del diritto euro-unitario e dell'ordinamento giuridico interno, oltre che in contrasto con le dominanti interpretazioni giurisprudenziali.

mancato ricorso al mercato ai fini di un'efficiente gestione del servizio, illustrando, anche sulla base degli atti e degli indicatori di cui agli articoli 7, 8 e 9, i benefici per la collettività della forma di gestione prescelta con riguardo agli investimenti, alla qualità del servizio, ai costi dei servizi per gli utenti, all'impatto sulla finanza pubblica, nonché agli obiettivi di universalità, socialità, tutela dell'ambiente e accessibilità dei servizi, anche in relazione ai risultati conseguiti in eventuali pregresse gestioni in house, tenendo conto dei dati e delle informazioni risultanti dalle verifiche periodiche di cui all'articolo 30».

Dal raffronto tra il testo della legge delega ed il decreto delegato, in particolare nella soppressione dell'azienda speciale e nella forte compressione degli affidamenti *in house*, con la richiesta espressa di deliberazione di affidamento del servizio sulla base di una qualificata motivazione che dia espressamente conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato, emerge una sostanziale differenza tra legge delega e decreto delegato, che comporta una visione diversa, ovvero la *centralità del mercato* e la riproposizione del mito del mercato anche nell'ambito dei servizi pubblici locali a rilevanza economica, in luogo della prevalenza della ricerca delle forme più idonee alla tutela dei diritti della collettività e più rispettose del principio autonomistico di cui agli artt. 5, 114 e 118 Cost.

In particolare, come è evidente, mentre la legge delega pone al centro delle scelte dell'ente locale, ai fini dell'erogazione di servizi pubblici locali, «la scelta o la conferma del modello di autoproduzione», il decreto delegato pone a carico dell'ente locale un obbligo di motivazione sulle ragioni del «mancato ricorso al mercato».

Occorre, altresì, rilevare che il decreto delegato (schema di decreto legislativo), nel sovvertire la *ratio* della l delega n. 118/2022, apre il settore dei servizi pubblici locali a prospettive neo-liberiste, dando il massimo rilievo al mercato e all'affermazione della concorrenza che da regola, secondo il dettato euro-unitario, è declinata quale principio dominante.

Va, ancora, rilevato che la *ratio* sottesa al citato art. 17, comma 2, non appare neppure in linea con l'art. 192, comma 2, d.lgs. n. 50/2016 e con l'interpretazione della giurisprudenza nazionale ed euro-unitaria formatasi sullo stesso.

Il Codice dei Contratti Pubblici, infatti, nella parte IV – «partenariato pubblico privato e contraente generale ed altre modalità di affidamento», al titolo II – *in house*, all'art. 192 («Regime speciale degli affidamenti in house»), al comma 2, prevede che: «Ai fini dell'affidamento *in house* di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato

in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti *in house*, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche».

Pertanto, la norma, come risulta evidente, pone l'ente locale nelle condizioni di scegliere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e l'erogazione dei servizi, avvalendosi o delle proprie risorse, con l'affidamento *in house providing*, o in cooperazione con altre amministrazioni, ovvero tramite il conferimento ad operatori economici esterni nel rispetto dei principi eurounitari sulla concorrenza.

Dunque, nell'intento di garantire un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, pari trattamento ed accesso universale dell'utenza nei servizi pubblici essenziali, ai sensi della richiamata norma, la scelta dell'ente locale deve muovere dalla valutazione dell'affidamento *in house*, per poi rivolgersi ad altre forme in grado di garantire elevati livelli di qualità dei servizi.

Del resto, anche la Corte costituzionale, nella sentenza n. 100/2020, «[...] non ha avallato una interpretazione della norma che richieda un confronto concorrenziale preliminare tra i due modelli di gestione del servizio, richiedendo semplicemente che l'amministrazione abbia ben presente la possibilità del ricorso al mercato e, che, dia una motivazione ragionevole e plausibile delle ragioni che, nel caso concreto, l'hanno indotta a scegliere il modello *in house* rispetto alla esternalizzazione».

Pertanto, appare sufficiente al fine dell'adozione del modello *in house* che l'amministrazione indichi le ragioni, che potranno essere successivamente vagliate dal giudice amministrativo, della preferenza del modello scelto rispetto al ricorso al mercato, nonché dei benefici conseguibili dalla collettività attraverso tale modello. Deve comunque rilevarsi come la motivazione, in ordine ad un aspetto, possa risolversi anche nella motivazione dell'altro aspetto tutte le volte che i benefici per la collettività siano di per sé tali da giustificare il mancato ricorso al mercato. La motivazione ben può essere unitaria ogni qual volta le ragioni addotte, da un lato, giustifichino il mancato ricorso al mercato e, dall'altro, integrino i richiesti benefici per la collettività.

Sul punto, la giurisprudenza amministrativa, proprio in considerazione dell'interpretazione della norma di cui all'art. 192, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, offerta dalla Corte costituzionale, ha chiarito come la corretta applicazione della citata disposizione non richieda affatto un confronto concorrenziale preliminare tra i due modelli di gestione, ma ritenga necessaria una motivazione sottesa ad evidenziare la correttezza dell'opzione internalizzante dell'affidamento della gestione del servizio pubblico tale da essere idonea a dare conto, in primo luogo, dei benefici per la collettività con la scelta del modello *in house* e, al contempo, delle ragioni del mancato ricorso al mercato.

Il Consiglio di Stato, con la sentenza, sez. III, n. 2102/2021, nell'esegesi dell'art. 192, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, ha osservato come: «la motivazione 'unitaria' della scelta di ricorrere all'affidamento *in house* non stride con il carattere 'preferenziale' del canale concorrenziale di acquisizione del servizio (quale trova paradigmatica espressione nello svolgimento di una gara), posto in risalto dalla pronuncia citata, costituendo i 'benefici per la collettività' attesi dall'organizzazione *in house* dello stesso e le 'ragioni del mancato ricorso al mercato' le due facce di una medesima realtà, di cui colgono, rispettivamente, gli elementi 'positivi' (inclinanti la valutazione dell'Amministrazione verso l'opzione gestionale di tipo inter-organico) e quelli 'negativi' (*sub specie* di indisponibilità di quei 'benefici' attraverso il ricorso al mercato)».

Invero, dal quadro normativo e dal formante giurisprudenziale emerge come *ex converso*, lo schema di decreto legislativo tenda ad imporre una complessiva motivazione «delle ragioni del mancato ricorso al mercato» violando non solo i limiti fissati dalla legge delega, ma anche i principi enucleati dalla giurisprudenza nazionale costituzionale e di merito, determinando una ulteriore ingiustificata ed immotivata marginalizzazione della possibilità di ricorrere al modello *in house*.

Dall'analisi dell'art. 17, comma 2, dello schema di decreto delegato, risulta, dunque, evidente come l'affidamento *in house* dei servizi pubblici locali sia, di fatto, consentito solo a seguito della dimostrazione, da parte dell'ente locale, dell'impossibilità del ricorso al regime concorrenziale del libero mercato ed in ogni caso senza poter ricorrere all'azienda speciale.

La previsione, oltre ad essere particolarmente gravosa e tale da sfavorire le modalità di gestione in autoproduzione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica, non pare essere neppure in linea con i principi dell'ordinamento euro-unitario.

Va, infatti, evidenziato, come le disposizioni del Trattato riconoscano agli Stati membri la più ampia libertà di organizzare e finanziare i servizi di interesse economico generale, declinati in ambito nazionale servizi pubblici a rilevanza economica.

Come è noto, il Protocollo 26 al Trattato sul Funzionamento dell'UE, prevede che i «valori comuni» dell'Unione europea, di cui all'art. 14 TFUE, riferiti ai SIEG comprendono, in particolare, «il ruolo essenziale e l'ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, commissionare e organizzare servizi di interesse economico generale il più vicini possibile alle esigenze degli utenti». Il medesimo Protocollo 26 chiarisce come, in tema di servizi di interesse economico generale, occorra dare rilevanza al principio di sussidiarietà verticale laddove la diversità tra i vari servizi di interesse economico generale e le differenze delle esigenze e preferenze degli utenti possano discendere da situazioni geografiche, sociali e culturali diverse.

Appare evidente, inoltre, come lo schema di decreto delegato obliteri le finalità di cui all'art. 5 Cost., non prevedendo, nel riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, la valorizzazione degli aspetti decisionali dell'ente locale, inteso come ente chiamato a garantire – attraverso la vicinanza – l'effettività e il godimento dei diritti in un senso di eguaglianza sostanziale dei cittadini.

La promozione delle autonomie locali, attuata nell'erogazione dei servizi, rappresentando il più ampio decentramento amministrativo, dovrebbe tendere alla tutela del cittadino garantendo l'effettività e l'eguaglianza sostanziale dello stesso nella fruizione dei servizi pubblici locali, con il ricorso «al mercato» ai fini dell'efficiente gestione del servizio, solo ove non sia efficace ed economica l'autoproduzione dello stesso.

Tale visione, in linea con la legge delega ma non altrettanto con lo schema di decreto legislativo, trova conferma, altresì, nella Carta Europea della Autonomia Locale (Strasburgo 15 ottobre 1985 e ratificata dallo Stato italiano con la l.n. 439/1989). Detta legge, all'art. 3, prevede che «per autonomia locale si intende il diritto e la capacità effettiva, per le collettività locali di regolamentare ed amministrare, nell'ambito della legge, sotto la loro responsabilità e a favore delle popolazioni, una parte importante degli affari pubblici».

Appare, quindi, evidente che l'inciso «a favore delle popolazioni» stia ad indicare che la regolamentazione degli «affari pubblici» debba avvenire garantendo la centralità del cittadino, l'uguaglianza, in un senso solidaristico certamente lontano dalle logiche del

profitto e del mercato.

Non va infine sottaciuto lo stesso l'art. 106 TFUE laddove dispone chiaramente che «le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei Trattati e, in particolare, alle regole di concorrenza nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata».

4. Il ruolo *extra ordinem* dell'Osservatorio per i servizi pubblici locali, in ordine alle deliberazioni di affidamento alle società *in house*.

L'art. 17, comma 3 dello schema di decreto delegato stabilisce che il contratto di servizio «è stipulato decorsi sessanta giorni dall'avvenuta pubblicazione, ai sensi dell'articolo 31, comma 2, della deliberazione di affidamento alla società *in house* sul sito dell'Osservatorio per i servizi pubblici locali [...]». Anche in questo caso, sarebbe sostanzialmente contraddetto l'art.8 della legge delega, ripristinando la motivazione della scelta dell'*in-house* che torna ad essere *anticipata*, prevedendo altresì una sorta di *supervisione nazionale* sulla scelta dell'Ente locale. Tali previsioni erano contenute nelle prime formulazioni di cui alle lettere *f*) e *g*) dell'art. 6 della legge delega, successivamente espunte nella riformulazione dell'art.8 della legge delega definitiva. Per essere ancora più precisi, va rilevato che, nella stesura originaria dell'art. 6, la relazione dell'Ente locale andava mandata all'Autorità garante della concorrenza e del mercato e non all'Osservatorio dei servizi pubblici locali, ma il senso dell'operazione appare comunque tendenzialmente analogo. Si tratta anche per questa fattispecie di un irragionevole potere di natura statocentrica che comprime la discrezionalità delle amministrazioni locali.

L'anticipata sottoposizione delle determinazioni degli enti locali concernenti gli affidamenti *in house* all'AGCM era stata prevista nell'originaria stesura della legge al dichiarato fine di prevenire e contenere il contenzioso ed evitare la necessità di interventi correttivi.

I poteri conferiti, dall'originaria stesura dell'art. 6, all'AGCM, prevedevano, quindi, una sorta di *supervisione nazionale*, sulla scelta dell'ente, mediante la quale potevano essere esercitati dei correttivi, nell'esercizio delle competenze di cui all'art. 21-*bis*, l.n. 287/1990.

L'originario progetto di legge delega, tuttavia, non precisava quale potesse essere, nello specifico, l'esito della trasmissione all'AGCM della determinazione dell'ente locale in tema di affidamenti *in house*, soprattutto nel caso in cui l'Autorità ravvisasse incongruenze o vizi nella determinazione assunta dall'ente locale.

Tale norma veniva superata in sede di riformulazione e di conseguente previsione dell'art. 8 della legge delega definitiva, che aveva eliminato tali previsioni, non ritenendo più coerente, con i principi e criteri direttivi, affidare all'AGCM un ruolo così penetrante nelle scelte dell'ente locale.

Infatti, la lett. *f*) dell'art. 8, l.n. 118/2022, nel prevedere una razionalizzazione della disciplina concernente le modalità di affidamento dei servizi pubblici, è stata poi attuata, tramite l'esercizio della delega, che ha previsto, al già citato art. 17 dello schema di decreto delegato, che la deliberazione di affidamento del servizio alla società *in house* fosse pubblicata sul sito dell'Osservatorio per i servizi pubblici locali, di cui all'art. 13, comma 25-*bis*, d.l. n. 145/2013, convertito con modificazioni dalla l.n. 9/2014.

Occorre rilevare, tuttavia, che tra i compiti affidati all'Autorità indipendente e quelli di competenza dell'Osservatorio dei servizi pubblici locali, vi è una differenza sostanziale che non consente di affidare all'Osservatorio alcuna attività idonea ad incidere o a modificare le scelte effettuate dall'ente locale in ordine agli affidamenti *in house* dei servizi pubblici locali.

Va, infatti, evidenziato che, ai sensi del decreto ministeriale del Ministero dello Sviluppo Economico dell'8 agosto 2014, all'Osservatorio, ai sensi dell'art. 2, sono affidate delle funzioni di collaborazione e coordinamento con le singole Amministrazioni e le Autorità Indipendenti, provvedendo, tra i vari compiti, ai sensi del citato art. 13, comma 25-*bis*, specificamente alle lettere: *c*) «alla costituzione di una banca dati delle principali variabili economiche, finanziarie e produttive relative ai Servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, sia attraverso l'integrazione delle banche dati esistenti presso le pubbliche Amministrazioni, centrali e territoriali e altri organismi ed enti, sia attraverso eventuali rilevazioni aggiuntive»; *d*) all'elaborazione di «indici di efficienza, efficacia e economicità e programmi di confronto su base territoriale e settoriale anche articolati in gruppi omogenei (su base dimensionale, produttiva e organizzativa)»; *e*) all'elaborazione di «dati concernenti le modalità gestionali e di affidamento e l'organizzazione territoriale dei servizi pubblici locali a rilevanza economica»; *h*) alla segnalazione «[...] esigenze e

criticità rilevate in sede di ricognizione e analisi delle informazioni giuridiche ed economiche prospettando eventuali proposte normative, amministrative e regolatorie».

5. I limiti temporali agli affidamenti *in house*.

L'art. 19 dello schema di decreto legislativo («Durata dell'affidamento e indennizzo»), al comma 1 prevede che: «Fatte salve le discipline di settore, la durata dell'affidamento è fissata dall'ente locale e dagli altri enti competenti in funzione della prestazione richiesta, in misura proporzionata all'entità e alla durata degli investimenti proposti dall'affidatario e comunque in misura non superiore al periodo necessario ad ammortizzare gli investimenti previsti in sede di affidamento e indicati nel contratto di servizio di cui all'articolo 24, in conformità alla disciplina europea e nazionale in materia di contratti pubblici. Nel caso di affidamento a società *in house* di servizi pubblici locali non a rete, la durata dello stesso non può essere superiore a cinque anni, fatta salva la possibilità per l'ente affidante di dare conto, nella deliberazione di affidamento cui all'articolo 17, comma 2, delle ragioni che giustificano una durata superiore al fine di assicurare l'ammortamento degli investimenti, secondo quanto asseverato nel piano economico-finanziario di cui all'articolo 17, comma 4».

Nella seconda parte del citato comma 1, lo schema di decreto prevede che, nel caso di affidamento a società *in house* di servizi pubblici locali non a rete, la durata dello stesso non possa essere superiore a cinque anni, a differenza degli affidamenti degli altri servizi pubblici locali.

Tale previsione appare assolutamente contraria ai principi ispiratori della legge delega di riordino ed opera una inspiegabile, irragionevole ed ingiustificata disparità di trattamento tra le ipotesi di affidamento *in house* dei servizi pubblici locali a rete e gli affidamenti *in house* per i servizi non a rete.

Infatti, la limitazione quinquennale, sia pure con la prevista deroga di una durata superiore dell'affidamento, al fine di assicurare l'ammortamento degli investimenti, secondo quanto previsto nel piano economico finanziario dell'ente locale, non giustificherebbe il diverso trattamento temporale di durata del contratto.

Anche per questa fattispecie, dunque, ci troviamo in presenza di un evidente profilo di

illegittimità costituzionale dettato da un eccesso di delega che realizza una ingiustificata differenziazione e discriminazione nell'ambito degli affidamenti *in house*.

6. Autonomia e discrezionalità del delegato: orientamenti della giurisprudenza costituzionale.

Prima di trarre le conclusioni, sembra opportuno evidenziare gli orientamenti più rilevanti e significativi della Corte costituzionale, in ordine all'autonomia ed alla discrezionalità del delegato, al fine di verificare i possibili profili di illegittimità del decreto delegato in oggetto.

Si è potuto, infatti, dimostrare come un complesso di norme contenute nello schema di decreto delegato determini delle scelte del tutto discrezionali da parte del governo, rispetto a quanto previsto dal legislatore delegante, tali da cambiare lo spirito originario della legge delega che, seppur in un modello basato sulla regola della concorrenza e del mercato, preserva, un modello "pubblicistico" fondato sugli affidamenti *in house* a società pubbliche e sulla possibilità di gestioni dei servizi a rete, anche attraverso aziende speciali e modelli in economia.

In sostanza, un quadro che, seppur fortemente ridimensionato, mira a salvaguardare alcune delle conquiste derivanti dai risultati elettorali del 2011.

Pertanto, al fine di meglio comprendere l'illegittima asimmetria tra legge delegante e decreto delegato, tale da non giustificare la pur possibile autonomia e discrezionalità di quest'ultimo, sembra opportuna una rassegna dei più significativi orientamenti giurisprudenziali.

La sentenza n. 10/2018 dispone che al legislatore delegato spettino margini di discrezionalità nell'attuazione della delega, sempre che ne sia rispettata la *ratio* e che l'attività del delegato si inserisca in modo coerente nel quadro normativo di riferimento. Specialmente ove la delega riguardi interi settori di disciplina o complessi normativi organici, il legislatore delegato ben può introdurre disposizioni che costituiscano un coerente sviluppo e un completamento delle indicazioni fornite dal legislatore delegante, nel quadro della fisiologica attività che lega i due livelli normativi. L'art. 76 Cost. non riduce, infatti, la funzione del legislatore delegato a una mera scansione linguistica delle

previsioni stabilite dal legislatore delegante. Peraltro, l'ambito della discrezionalità del delegato muta a seconda della specificità dei criteri fissati nella legge delega; per quanta ampiezza debba riconoscersi al potere di completamento del delegato, il libero apprezzamento del medesimo non può uscire dai margini di una legislazione vincolata, quale è, per definizione, quella su delega.

La sentenza n. 127/2017 dispone che il contenuto della delega legislativa, e dei suoi principi e criteri direttivi, deve essere identificato accertando il complessivo contesto normativo e le finalità che la ispirano. La delega non esclude ogni discrezionalità del legislatore delegato, che può essere più o meno ampia, in relazione al grado di specificità dei criteri fissati nella legge di delega.

Per parte sua, l'attività del delegato deve inserirsi in modo coerente nel complessivo quadro normativo, rispettando la *ratio* della legge delega. L'eventuale esistenza di oggettive incertezze nella ricostruzione del coerente significato di taluni principi e criteri direttivi accentua la responsabilità del legislatore delegato, il quale deve procedere all'approvazione di norme che si mantengano comunque nell'alveo delle scelte di fondo operate dalla legge delega, senza contrastare con i relativi indirizzi generali. Tale coerenza fra legge delega e decreto legislativo assume peculiare crucialità quando siano in questione scelte di politica criminale compiute dal Parlamento.

In tal caso, il controllo sul rispetto dell'art. 76 Cost., e quindi sulle modalità di esercizio, da parte del Governo, della funzione legislativa delegata, è anche strumento di garanzia del principio della riserva di legge sancito, in materia penale, dall'art. 25, comma 2, Cost., che attribuisce al Parlamento funzione centrale, tanto nella individuazione dei fatti da sottoporre a pena e delle sanzioni loro applicabili, quanto nella selezione delle materie da depenalizzare. Quando vi è la possibilità di scegliere fra più mezzi per realizzare l'obiettivo indicato nella legge di delegazione, la soluzione adottata deve rispettare il canone della ragionevolezza e l'esercizio del potere delegato appare coerente con la delega anche quando persegua lo scopo di prevenire eventuali contrasti o incertezze di giurisprudenza.

La sentenza n. 278/2016 dispone che l'art. 76 Cost. non osta all'emanazione, da parte del legislatore delegato, di norme che rappresentino un coerente sviluppo e un completamento delle scelte espresse dal legislatore delegante, dovendosi escludere che la funzione del primo sia limitata a una mera scansione linguistica di previsioni stabilite dal secondo. Al legislatore delegato va riconosciuta una fisiologica attività normativa di completamento e

sviluppo delle scelte del delegante che deve, però, svolgersi nell'alveo delle scelte di fondo operate dal legislatore della delega, nel pieno rispetto della *ratio* di quest'ultima e in coerenza con il complessivo quadro normativo.

La sentenza n. 250/2016 dispone che al legislatore delegato spettano margini di discrezionalità nell'attuazione della delega, sempre che ne sia rispettata la *ratio* e che l'attività del delegato si inserisca in modo coerente nel complessivo quadro normativo. Sebbene l'art. 76 Cost. non riduca la funzione del legislatore delegato a una mera scansione linguistica delle previsioni stabilite dal legislatore delegante e per quanta ampiezza possa riconoscersi al potere di riempimento del legislatore delegato, il libero apprezzamento del medesimo non può mai assurgere a principio o a criterio direttivo, in quanto agli antipodi di una legislazione vincolata, quale è, per definizione, quella sulla delega. Nel caso di delega per il riordino normativo, al delegato spetta un limitato margine di discrezionalità per l'introduzione di soluzioni innovative, le quali devono attenersi strettamente ai principi e criteri direttivi enunciati dal delegante e, comunque, sono legittime soltanto se siano stabiliti principi e criteri volti a definire l'oggetto della delega e a circoscrivere detta discrezionalità.

Nella sentenza n. 59/2016 si afferma che il legislatore delegato ha margini di discrezionalità nell'attuazione della delega, sempre che ne rispetti la *ratio* e che la sua attività si inserisca in modo coerente nel complessivo quadro normativo. Quando vi è la possibilità di scegliere fra più mezzi per realizzare l'obiettivo indicato nella legge di delegazione, la soluzione adottata deve rispettare il canone della ragionevolezza.

Nella sentenza n. 146/2015, si afferma che l'art. 76 Cost. non riduce la funzione del legislatore delegato a una mera scansione linguistica delle previsioni stabilite dal legislatore delegante, poiché consente l'emanazione di norme che rappresentino un coerente sviluppo e completamento dei contenuti di indirizzo della delega, nel quadro della fisiologica attività di riempimento che lega i due livelli normativi. Nella sentenza n. 98/2015 si afferma che i vincoli derivanti dall'art. 76 Cost., non impediscono al Governo l'emanazione di norme che rappresentino un coerente sviluppo o un completamento delle scelte espresse dal legislatore delegante, dovendosi escludere che la funzione del legislatore delegato sia limitata a una mera scansione linguistica di previsioni stabilite dal primo.

Ove così non fosse, al legislatore delegato verrebbe riservata una funzione di rango quasi regolamentare, priva di autonomia precettiva, in aperto contrasto con il carattere, pur

sempre primario, del provvedimento legislativo delegato. La delega legislativa non esclude qualsiasi discrezionalità del legislatore delegato, destinata a risultare più o meno ampia in relazione al grado di specificità dei criteri fissati dalla legge di delega; la valutazione dell'eccesso, o del difetto, nell'esercizio della delega va compiuta in rapporto alla *ratio* della delega medesima, onde stabilire se la norma delegata sia coerente o compatibile con quella delegante.

Nella sentenza n. 132/2014 la discrezionalità nell'esercizio della delega dipende anche dal grado di specificità dei principi e dei criteri fissati nella legge delega. Nella sentenza n. 50/2014 il sindacato di legittimità costituzionale sulla delega legislativa si esplica attraverso un confronto tra gli esiti di due processi ermeneutici paralleli. Il primo riguarda le disposizioni che determinano l'oggetto, i principi e i criteri direttivi indicati dalla legge di delegazione, tenuto conto del contesto normativo in cui si collocano e si individuano le relative ragioni e finalità. Il secondo riguarda le disposizioni stabilite dal legislatore delegato, da interpretarsi nel significato compatibile con i principi e i criteri direttivi della delega. Agli effetti del sindacato, occorre, da un lato, considerare la *ratio* complessiva della delega, per individuare gli ineludibili punti di riferimento e i limiti indicati al legislatore delegato; dall'altro, tenere in conto la possibilità – intrinseca nello stesso strumento della delega, specie ove riguardi interi settori di disciplina o, comunque, organici complessi normativi – che il legislatore delegato introduca disposizioni che costituiscano un coerente sviluppo e un completamento delle indicazioni fornite dal legislatore delegante, nel rigoroso ambito dei confini stabiliti. Tale opera di completamento deve necessariamente mantenersi nell'alveo delle scelte di fondo operate dal legislatore della delega, senza potersi spingere ad allargarne l'oggetto, fino a ricomprendervi materie che ne erano escluse. Il test di raffronto con la norma delegante, cui soggiace la norma delegata, deve ritenersi avere esito negativo, quando quest'ultima intercetta un campo di interessi così connotato nell'ordinamento, da non poter essere assorbito in ambiti più ampi e generici, e da esigere, invece, di essere autonomamente individuato attraverso la delega. Inoltre, nei casi in cui il Parlamento ha delegato al Governo il compito di procedere al riassetto di determinati settori normativi, l'esercizio, da parte del legislatore delegato, di poteri innovativi della normazione vigente, non strettamente necessari in rapporto alla finalità di ricomposizione sistematica perseguita, deve ritenersi circoscritto entro limiti rigorosi. In linea di principio, l'introduzione di soluzioni innovative rispetto al sistema legislativo previgente può

ritenersi ammissibile soltanto nel caso in cui siano stabiliti principi e criteri direttivi idonei a circoscrivere la discrezionalità del legislatore delegato.

Nella sentenza n. 47/2014 la delega legislativa non esclude ogni discrezionalità del legislatore delegato, la quale può essere più o meno ampia, in relazione al grado di specificità dei criteri fissati nella legge delega: pertanto, nel valutare se il Governo abbia ecceduto da tali margini di discrezionalità, occorre individuare la *ratio* della delega per verificare se la norma delegata sia con questa coerente. L'art. 76 Cost. non impedisce l'emanazione di norme che rappresentino un coerente sviluppo e, se del caso, anche un completamento delle scelte espresse dal legislatore delegante, dovendosi escludere che la funzione del legislatore delegato sia limitata a una mera scansione linguistica delle previsioni stabilite dal primo. Neppure il silenzio del legislatore delegante su uno specifico tema può impedire, a certe condizioni, l'adozione di norme da parte del delegato, trattandosi in tal caso di verificare che le relative scelte non siano in contrasto con gli indirizzi generali della legge delega.

Nella sentenza n. 219/2013 si afferma che il legislatore delegato, nell'attività di sviluppo della delega che trascende la sua mera scansione linguistica, può emanare norme che rappresentino un coerente sviluppo dei principi fissati dal delegante e, se del caso, anche un completamento delle scelte compiute con la delega, ma non può spingersi ad allargarne l'oggetto, fino a ricomprendervi materie che ne erano escluse. Il test di raffronto con la norma delegante, cui soggiace la norma delegata, deve ritenersi avere esito negativo quando quest'ultima intercetta un campo di interessi così connotato nell'ordinamento, da non poter essere assorbito in settori più ampi e generici e da esigere, invece, di essere autonomamente individuato attraverso la delega.

Nell'ordinanza n. 157/2013 in via di principio sono riconosciuti al legislatore delegato margini più o meno ampi di discrezionalità, sicché non gli è preclusa l'adozione di norme che rappresentino un ordinario sviluppo e, se del caso, un completamento delle scelte espresse dal legislatore delegante, come tali rientranti nella fisiologica attività di riempimento che lega i due livelli normativi. Nella sentenza n. 119/2013 la delega legislativa non esclude ogni discrezionalità del legislatore delegato, che può essere più o meno ampia in relazione al grado di specificità dei criteri fissati nella legge delega. Pertanto, nel valutare se il Governo abbia ecceduto tali (più o meno ampi) margini di discrezionalità, occorre considerare la *ratio* della delega per verificare se la norma delegata

sia con questa coerente.

Con l'ordinanza n. 73/2012 in via di principio sono riconosciuti al legislatore delegato margini più o meno ampi di discrezionalità, sicché non gli è preclusa l'adozione di norme che rappresentino un ordinario sviluppo e, se del caso, un completamento delle scelte espresse dal legislatore delegante, come tali rientranti nella fisiologica attività di riempimento che lega i due livelli normativi. La sentenza n. 426/2008 dispone che la delega legislativa non escluda ogni discrezionalità del legislatore delegato. Infatti, la determinazione dei principi e criteri direttivi non osta all'emanazione di norme che rappresentino un coerente sviluppo e, se del caso, anche un completamento delle scelte espresse dal legislatore delegante, essendo escluso che le funzioni del legislatore delegato siano limitate a una mera scansione linguistica delle previsioni contenute nella delega. Ai fini del giudizio di conformità della norma delegata alla norma delegante, detti principi e criteri direttivi devono essere interpretati sia tenendo conto delle finalità ispiratrici della delega, sia verificando, nel silenzio del legislatore delegante sullo specifico tema, che le scelte operate dal legislatore delegato non siano in contrasto con gli indirizzi generali della delega.

La sentenza n. 219/2008 dispone che ove il legislatore delegato non possa realizzare il naturale rapporto di riempimento che lega la norma delegata a quella delegante si avrebbe uno snaturamento del diverso regime prefigurato dalla Costituzione. Se la delega è volta, tra l'altro, ad adeguare la disciplina interna alle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia, da queste ben possono essere tratti principi e criteri direttivi idonei a indirizzare, di volta in volta, la pur presente ma limitata discrezionalità del legislatore delegato.

La sentenza n. 340/2007 dispone che il giudizio di conformità della norma delegata alla norma delegante si esplica attraverso il confronto tra gli esiti di due processi ermeneutici paralleli: l'uno relativo alle norme che determinano l'oggetto, i principi e i criteri direttivi indicati dalla delega, tenendo conto del complessivo contesto in cui si collocano e individuano le ragioni e le finalità poste a fondamento della legge di delegazione; l'altro relativo alle norme poste dal legislatore delegato, da interpretarsi nel significato compatibile con i principi e criteri direttivi della delega. In considerazione della varietà delle materie riguardo alle quali si può ricorrere alla delega legislativa, non è possibile enucleare una nozione rigida valevole per tutte le ipotesi di principi e criteri direttivi: il Parlamento, approvando una legge di delegazione, non è tenuto a rispettare regole

metodologicamente rigorose. Nell'esercizio del potere di riempimento normativo che gli compete, il legislatore delegato non può però assumere il suo libero apprezzamento come principio o criterio direttivo, in quanto agli antipodi di una legislazione vincolata, quale è, per definizione, quella su delega. La considerazione della finalità enunciata dal delegante costituisce un utile criterio d'interpretazione sia della legge di delegazione, sia delle disposizioni delegate, ma non può sostituirsi alla valutazione dei principi e criteri direttivi, così come positivamente determinati.

La sentenza n. 426/2006 afferma che i principi e criteri direttivi enunciati dalla legge di delegazione vanno ricostruiti tenendo conto del complessivo contesto normativo e delle finalità che hanno ispirato il provvedimento. Peraltro, l'art. 76 Cost. non impedisce l'emanazione di norme che rappresentino un coerente sviluppo e, se del caso, anche un completamento delle scelte espresse dal legislatore delegante.

L'ordinanza n. 213/2005 afferma che il giudizio di conformità della norma delegata alla norma delegante si esplica attraverso il confronto tra gli esiti di due processi ermeneutici paralleli, tenendo conto delle finalità che, attraverso i principi e i criteri enunciati, la legge delega si prefigge con il complessivo contesto delle norme da essa poste e tenendo altresì conto che le norme delegate vanno interpretate nel significato compatibile con quei principi e criteri. La delega non fa venir meno ogni discrezionalità del legislatore delegato, che risulta più o meno ampia a seconda del grado di specificità dei principi e criteri direttivi fissati nella legge delega. Nel valutare se il Governo abbia ecceduto tali, più o meno ampi, margini di discrezionalità, occorre individuare la *ratio* della delega per verificare se la norma delegata sia ad essa rispondente. L'art. 76 Cost. non osta all'emanazione di norme che rappresentino un coerente sviluppo e, se del caso, anche un completamento degli indirizzi espressi dal delegante, essendo escluso che le funzioni del delegato siano limitate a una mera scansione linguistica delle previsioni recanti la delega ed essendo consentito al primo di valutare le situazioni giuridiche da regolamentare e di effettuare le conseguenti scelte, nella fisiologica attività di riempimento che lega i due livelli normativi della legge di delegazione e di quella delegata.

La sentenza n. 174/2005 dispone che l'art. 76 Cost. non osta all'emanazione di norme che rappresentino un coerente sviluppo e, se del caso, anche un completamento delle scelte espresse dal legislatore delegante; infatti, le funzioni del legislatore delegato non sono limitate a una mera scansione linguistica delle previsioni dettate dal delegante, essendo

consentito al primo di valutare le situazioni giuridiche da regolamentare e di effettuare le conseguenti scelte, nella fisiologica attività di riempimento che lega i due livelli normativi, rispettivamente, della legge di delegazione e di quella delegata. Non può essere ravvisata una violazione della delega in scelte di merito rimesse alla discrezionalità del legislatore delegato. La sentenza n. 199/2003 dispone che il giudizio di conformità della norma delegata alla norma delegante si esplica attraverso il confronto tra gli esiti di due processi ermeneutici paralleli, tenendo conto delle finalità che, attraverso i principi e i criteri enunciati, la legge delega si prefigge con il complessivo contesto delle norme da essa poste e tenendo altresì conto che le norme delegate vanno interpretate nel significato compatibile con quei principi e criteri. La delega legislativa non fa venir meno ogni discrezionalità del legislatore delegato, che risulta più o meno ampia a seconda del grado di specificità dei principi e criteri fissati nella legge delega. Nel valutare se il Governo abbia ecceduto tali, più o meno ampi, margini di discrezionalità, occorre individuare la ratio della delega per verificare se la norma delegata sia ad essa rispondente. L'art. 76 Cost. non osta all'emanazione di norme che rappresentino un coerente sviluppo e, se del caso, anche un completamento delle scelte del legislatore delegante; infatti, le funzioni del delegato non sono limitate a una mera scansione linguistica delle previsioni dettate dal delegante, essendo consentito al primo di valutare le situazioni giuridiche da regolamentare e di effettuare le conseguenti scelte, nella fisiologica attività di riempimento che lega i due livelli normativi, rispettivamente, della legge di delegazione e di quella delegata.

La sentenza n. 308/2002 dispone che la determinazione dei principi e criteri direttivi, a mente dell'art. 76 Cost., se vale a circoscrivere il campo della delega, si da evitare che venga esercitata in modo divergente dalle finalità che l'hanno ispirata, non osta, invece, all'emanazione di norme che rappresentino un coerente sviluppo e, se del caso, anche un completamento delle scelte espresse dal legislatore. Le funzioni del delegato non sono limitate a una mera scansione linguistica delle previsioni dettate dal delegante, essendo consentito al primo di valutare le situazioni giuridiche da regolamentare e di effettuare le conseguenti scelte, nella fisiologica attività di riempimento che lega i due livelli normativi, rispettivamente, della legge di delegazione e di quella delegata. A questa logica appartiene anche la delega conferita al Governo per il coordinamento di preesistenti disposizioni, quale potere volto alla riconduzione in un quadro di coerenza sistematica di norme legislative contenute in pregressi disparati atti. Non risulta così viziata da eccesso di delega

una norma che, in quanto espressione di un potere di coordinamento non solo formale delle precedenti disposizioni, rimanga pur sempre nei confini delle possibilità applicative desumibili dalla legge di delega.

Nella sentenza n. 163/2000, viene precisato che la delega legislativa non elimina ogni discrezionalità del legislatore delegato, i cui margini risultano più o meno ampi a seconda del grado di specificità dei principi e criteri direttivi fissati dal legislatore delegante. Nel valutare di volta in volta se il Governo abbia ecceduto tali - più o meno ampi - margini di discrezionalità, occorre individuare la *ratio* della delega per verificare se la norma delegata sia ad essa rispondente. La scelta diretta ad attuare un espresso criterio direttivo contenuto nella legge di delega non eccede i margini lasciati al legislatore delegato.

La sentenza n. 126/2000 prevede che in materia di delega legislativa, quanto più i principi e i criteri direttivi impartiti dal legislatore delegante sono analitici e dettagliati, tanto più ridotti risultano i margini di discrezionalità lasciati al legislatore delegato e viceversa. Nel valutare se il Governo abbia ecceduto i più o meno ampi margini di scelta, occorre individuare la *ratio* della delega, cioè le ragioni e le finalità che, nel complesso dei criteri direttivi impartiti, hanno ispirato il legislatore delegante e verificare poi se la norma delegata sia ad esse rispondente. L'uso di espressioni letterali di vasto ambito e la *ratio* ispiratrice della delega possono giustificare un intervento del legislatore delegato notevolmente discrezionale.

Con la sentenza n. 237/2013 si afferma che disposizioni contenute nella legge delega concorrono a formare, quali norme interposte, il parametro di costituzionalità dei decreti delegati. Il contenuto della delega non può essere individuato senza tenere conto del complessivo sistema normativo poiché soltanto l'identificazione della sua *ratio* consente di verificare se la norma delegata sia con essa coerente. Il legislatore delegato possiede margini di discrezionalità nell'attuazione della delega, sempre che ne rispetti la *ratio* e si inserisca in modo coerente nel relativo quadro normativo: pertanto, rientra nei suoi poteri fare delle scelte fra i possibili modi di realizzare l'obiettivo indicato nella legge di delegazione, scelte di cui occorre comunque verificare la ragionevolezza.

7. Il vizio di eccesso di delega nell'orientamento della giurisprudenza costituzionale.

Dopo aver passato in rassegna la giurisprudenza della Corte costituzionale, in ordine alla legittima autonomia e discrezionalità del legislatore delegato, rispetto a quanto determinato dal legislatore delegante, ovvero in merito a quanto l'azione del delegante possa estendersi senza perforare il perimetro costituzionale, si ritiene adesso opportuno passare in rassegna la giurisprudenza della Corte costituzionale, in maniera puntuale, in merito all'eccesso di delega.

Con la sentenza n. 40/1989 si dispone che nell'esercizio della discrezionalità di concreta attuazione spettante al potere delegato, il Governo può esplicitare ciò che era già implicito nella legge di delegazione ma non travalicare l'oggetto definito della delega, inserendo un caso rispondente a tutt'altra *ratio* non considerata dal legislatore delegante. La sentenza n. 230/1991 dispone: «4. Nel silenzio del legislatore delegante su questo aspetto occorre [...] verificare - sempre ai fini dell'accertamento del vizio denunciato di eccesso di delega - se la soluzione adottata dal legislatore delegato [...] risulti o meno in contrasto con altri criteri, espliciti o impliciti, desumibili dagli indirizzi formulati nella legge di delegazione [...]».

Con la sentenza n. 15/1999 si dispone: «2.1. - Nell'esaminare il vizio di eccesso di delega e valutare se la norma emanata dal legislatore delegato ecceda i margini di discrezionalità che i principi ed i criteri direttivi imposti dal legislatore delegante consentono, occorre procedere ad una duplice operazione ermeneutica. Per un verso devono essere interpretate le norme che determinano i principi e criteri direttivi, tenendo conto del complessivo contesto normativo e delle finalità che ispirano la delega (tra le molte, sentenza n. 531 del 1995). Per altro verso devono essere interpretate le disposizioni che sono state emanate dal Governo in attuazione della delega, tenendo presente che i principi stabiliti dal legislatore delegante costituiscono non solo il fondamento ed il limite delle norme delegate, ma anche un criterio interpretativo delle stesse: esse vanno lette, fin tanto che ciò sia possibile, nel significato compatibile con i principi della delega (da ultimo, sentenza n. 418 del 1996). Nell'ambito dei confini stabiliti dalla delega, è da riconoscere al legislatore delegato un potere di scelta fra le alternative ad esso offerte (sentenze n. 456 e n. 198 del 1998; sentenze n. 335 e n. 141 del 1993; sentenza n. 4 del 1992)».

Con la sentenza n. 503 del 2000 si dispone che: «6. - [...] il giudizio di conformità della norma delegata alla norma delegante, condotto alla stregua dell'art. 76 Cost., si esplica attraverso il confronto tra gli esiti di due processi interpretativi paralleli: l'uno, relativo alle norme che determinano l'oggetto, i principi e i criteri direttivi indicati dalla delega, tenendo conto del complessivo contesto normativo in cui si collocano e si individuano le ragioni e le finalità poste a fondamento della legge di delegazione; l'altro, relativo alle norme poste dal legislatore delegato, da interpretarsi, ove possibile, nel significato compatibile con i principi e criteri direttivi della delega (sentenza n. 425 del 2000; v. anche, *ex plurimis*, le sentenze nn. 292, 276, 163 e 126 del 2000; nn. 15 e 7 del 1999; n. 456 del 1998)».

Inoltre, la Corte precisa che nell'oggetto della delega non può essere inclusa una fattispecie oggetto di precedente e specifica delega esercitata in sostanziale contemporaneità rispetto alla presentazione del disegno di legge di delega di iniziativa governativa. Ciò non tanto in ossequio al canone interpretativo secondo cui *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali* – che non ha rango costituzionale né valore assoluto come criterio di risoluzione delle antinomie, né può applicarsi al caso della successione nel tempo di leggi di delegazione, quando la delega antecedente abbia ormai avuto piena e definitiva attuazione – bensì in quanto nell'abilitazione ad adottare provvedimenti di riordino per l'attuazione di una complessiva riforma non può essere compresa anche quella ad assumere provvedimenti di modifica di una normativa specifica e organica di recente approvazione. La sentenza n. 230/2010 dispone: «4.2. — Si deve osservare che, secondo costante giurisprudenza di questa Corte, il controllo della conformità della norma delegata alla norma delegante richiede un confronto tra gli esiti di due processi ermeneutici paralleli: l'uno relativo alla disposizione che determina l'oggetto, i principi e i criteri direttivi della delega; l'altro relativo alla norma delegata da interpretare nel significato compatibile con questi ultimi (tra le più recenti, sentenze n. 98 del 2008; n. 340 e n. 170 del 2007). Relativamente al primo di essi, il contenuto della delega deve essere identificato tenendo conto del complessivo contesto normativo nel quale si inseriscono la legge-delega ed i relativi principi e criteri direttivi, nonché delle finalità che la ispirano, verificando, nel silenzio del legislatore delegante sullo specifico tema, che le scelte del legislatore delegato non siano in contrasto con gli indirizzi generali della medesima (sentenze n. 341 del 2007; n. 426 e n. 285 del 2006). I principi posti dal legislatore delegante costituiscono, poi, non soltanto base e limite delle norme delegate, ma anche strumenti per l'interpretazione della

loro portata; e tali disposizioni devono essere lette, fintanto che sia possibile, nel significato compatibile con detti principi (sentenze n. 98 del 2008, n. 340 e n. 170 del 2007), i quali, a loro volta, vanno interpretati alla luce della *ratio* della legge delega (sentenze n. 413 del 2002, n. 307 del 2002; n. 290 del 2001)».

Infine con la sentenza n. 75/2012 si dispone: «6.3.— In merito ai rapporti fra legge delega e norma attuativa, la giurisprudenza di questa Corte ha affermato che il sindacato di costituzionalità sulla delega legislativa deve essere svolto attraverso «un confronto tra gli esiti di due processi ermeneutici paralleli concernenti, rispettivamente, la norma delegante (al fine di individuarne l'esatto contenuto, nel quadro dei principi e criteri direttivi e del contesto in cui questi si collocano, nonché delle ragioni e finalità della medesima) e la norma delegata, da interpretare nel significato compatibile con i principi ed i criteri direttivi della delega» (tra le più recenti, sentenze n. 293/2010, n. 112/2008, n. 341/2007, n. 340/2007 e n. 170/2007). L'esame del vizio di eccesso di delega impone che l'interpretazione dei principi e dei criteri direttivi sia effettuata in riferimento alla *ratio* della legge delega, tenendo conto del contesto normativo in cui sono inseriti e delle finalità che ispirano complessivamente la delega ed in particolare i principi e i criteri direttivi specifici. In tale processo, in definitiva «i principi posti dal legislatore delegante costituiscono non solo la base e il limite delle norme delegate, ma strumenti per l'interpretazione della portata delle stesse» (sentenza n. 96 del 2001)».

8. Conclusioni in ordine alla discrezionalità del delegato ed ai rapporti tra legge delega e decreto legislativo.

Su entrambi i profili, ovvero: 1) autonomia e discrezionalità del delegato; 2) rapporti tra legge delega e decreto legislativo, come si è potuto evidenziare, la giurisprudenza si è ormai consolidata.

Con riferimento al punto 1) la Corte è ormai ferma nel sostenere che al legislatore delegato spettino autonomia e margini di discrezionalità nell'attuazione della delega, sempre che ne sia rispettata la *ratio*, l'impianto complessivo e che l'attività del delegato si inserisca, in modo coerente, nel quadro normativo di riferimento. L'eccesso di autonomia e discrezionalità, che dà poi luogo al conseguente eccesso di delega, si misura proprio sul

piano della coerenza rispetto all'impianto delegante, limitandone una ampiezza derogante, anche soltanto con l'aggiunta di disposizioni additive disarmoniche.

Anche con riferimento al punto 2) la stessa Corte continua ad affermare che, ai fini della valutazione del vizio di eccesso di delega, le norme della legge di delegazione, che determinano i principi e i criteri direttivi, devono essere interpretate tenendo conto del complessivo contesto normativo e delle finalità ispiratrici della delega.

Ebbene, da tale giurisprudenza, sembra emergere chiaramente una *subordinazione* della scelta governativa a quella parlamentare. In particolare, senza affatto negare una certa discrezionalità in capo all'organo esecutivo quanto all'attuazione della delega, la Corte evidenzia che, in ogni caso, essa è circoscritta entro i limiti dati dal rispetto dovuto alla *ratio* del provvedimento legislativo.

In particolare, sotto tale profilo, a me pare, tra le altre, interessante la sentenza n. 435/1990, laddove afferma che: «La delega può fondare la discrezionalità del legislatore delegato qualora il delegante abbia dettato direttive generiche o abbia omesso di provvedere ma non è sufficiente a legittimare l'alterazione di scelte specifiche positivamente compiute».

Il delegato, dunque, non può compiere scelte (come quelle a proposito dei cc.dd. servizi a rete) che contraddicono le scelte di fondo del legislatore delegato. Secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale, il legislatore delegato non ha titolo di espungere dalla gestione dei servizi pubblici locali a rete le aziende speciali e le gestioni in economia, né di creare un modello discriminatorio nei confronti degli affidamenti *in house*, in maniera del tutto irragionevole, tarando il sistema sul mercato e sulla regola della concorrenza. Il legislatore delegato attraverso la configurazione di tale modello non può violare i principi costituzionali che esprimono il principio autonomistico degli enti locali, incidendo sull'assetto complessivo del riparto delle funzioni amministrative tra centro e periferia.

In relazione alla fattispecie in oggetto: 1) l'irragionevole e sproporzionato ridimensionamento del ruolo e delle funzioni della Conferenza unificata, dettato già dalla legge delega, ma ripreso dallo schema di decreto delegato, che configura un profilo di illegittimità costituzionale derivato, ma non un eccesso di delega; 2) l'esclusione del ricorso alla gestione in economia o mediante azienda speciale per i servizi a rete; 3) l'obbligo per cui la motivazione della scelta dell'affidamento *in house* deve dare «espressamente conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato»; 4) il ruolo *extra ordinem* dell'Osservatorio per i servizi pubblici locali, in ordine alle deliberazioni di affidamento alle società *in house*,

ancorché meno invasivo e pervicace di quello originariamente previsto dall'Antitrust nella legge delega e poi espunto; 5) i limiti temporali e irragionevolmente discriminatori degli affidamenti *in house*, costituiscono, nel loro complesso, sulla base delle considerazioni suesposte e sulla succitata giurisprudenza della Corte costituzionale, un eccesso di delega, che altera, nella sostanza, la visione complessiva offerta dal legislatore delegante, che in ogni caso ha configurato un modello pubblicistico di gestione dei servizi pubblici locali a rete sia attraverso le società *in house* sia attraverso le aziende speciali e le gestioni in economia.

Emerge dalla lettura dello schema di decreto delegato una forte spinta verso la privatizzazione dei servizi pubblici locali, una scelta adottata dal Governo in assenza di puntuali prescrizioni da parte del legislatore, ponendosi così contro la *ratio* delle scelte positivizzate dal Parlamento nel testo della legge di delega, configurando, come si è visto, plurimi eccessi di delega.

Si chiede pertanto, alle autorità competenti, luce delle suddette considerazioni di modificare lo schema di decreto delegato in oggetto, rimuovendo, con puntuali emendamenti, le plurime illegittimità costituzionali, così come argomentate nel parere-studio.