

## DIFFICOLTÀ INTERPRETATIVE PER L'ART. 9 DELLA SPENDING REVIEW

del Dott. Adriano Marini

*L'art. 9 del d.l. n. 95/2012 è una delle norme di più difficile interpretazione dell'intera disciplina della Spending Review; sarebbe, pertanto, quanto mai auspicabile un intervento chiarificatore da parte del legislatore.*

Article. 9 of Decree n. 95/2012 is one of the rules that are difficult to interpret the whole discipline of the Spending Review, and it would, therefore, highly desirable a clarifying intervention by the legislature.

*Sommario: 1. Premessa. 2. Normativa introdotta dalla Spending Review. 3. Funzioni e servizi. 4. Deroga nel campo dei servizi socio-assistenziali, educativi e culturali. 5. Interpretazioni art. 9, co. 6. 6. Redazione testi normativi.*

### 1. Premessa.

La tendenza manifestata dal legislatore nelle ultimi anni non è certamente favorevole alle partecipazioni societarie esterne degli enti locali: modifiche imposte per il rispetto del principio della concorrenza negli affidamenti dei servizi pubblici locali di rilevanza economica; limitazione numerica delle partecipazioni in relazione all'entità demografica dell'ente (art. 14, co. 32, del d.l. n. 78/2010 e successive modificazioni); affidamento di servizi ad evidenza pubblica che costituisce, dal 2013, elemento di valutazione della virtuosità degli enti (art. 3 *bis*, co. 3, del d.l. n. 138/2011 e successive modificazioni); la riscrittura di una parte della disciplina operata con il d.l. n. 95/2012 (a seguito dell'intervento della Consulta con la pronuncia n. 199 del 20.07.2012 e conseguente abrogazione dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011); ulteriori limitazioni imposte dal più recente d.l. n. 174/2012, convertito con modificazioni nella l. n. 213/2012.

La materia dei servizi pubblici locali è sicuramente tra quelle che hanno subito i maggiori interventi da parte del legislatore, negli ultimi anni (una decina nel solo 2012), senza che ciò abbia, però, condotto ancora ad una scelta chiara ed organica. Si è assistito, infatti, alla produzione di un complesso di norme, molto articolato ed anche di segno contrastante, oggetto di continui adeguamenti ed inter-

venti interpretativi da parte della giurisprudenza e delle autorità di regolazione, in continua evoluzione.

Tale quadro è stato peraltro reso arduo e frastagliato soprattutto a seguito del referendum abrogativo dell'art. 23 *bis* del d.l. n. 112/2008 e della sentenza della C. cost. n. 199 del 20.7.2012, con conseguente abrogazione dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011, che aveva di fatto riprodotte le norme già eliminate a seguito dell'esito del *referendum*.

### 2. Normativa introdotta dalla Spending Review.

Dopo la citata sentenza della Consulta n. 199/2012, l'art. 4 del d.l. 6.7.2012 n. 95 (convertito con modificazioni nella l. n. 135/2012), recante "*Riduzione di spese, messa in liquidazione e privatizzazione di società pubbliche*", ha introdotto nuove misure restrittive in materia di società partecipate dalle amministrazioni pubbliche.

In particolare, il primo comma del succitato articolo prevede che le società controllate, direttamente o indirettamente, dalle pubbliche amministrazioni che nell'anno 2011 hanno conseguito un fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90% , debbano alternativamente:

- essere sciolte entro il 31.12.2013,
- ovvero privatizzate con procedura di evidenza pubblica, entro il 30.6.2013.

Il co. 2 dispone che nel caso di inerzia dell'amministrazione nella liquidazione o cessione delle società, a decorrere dal 1.1.2014, queste ultime non possono comunque ricevere affidamenti diretti di servizi, né possono fruire del rinnovo di affidamenti di cui sono titolari.

Altro articolo di particolare interesse per il mondo delle partecipate è poi l'art. 9, del medesimo d.l. n. 95/2012, concernente "*Razionalizzazione amministrativa, divieto di istituzione e soppressione di enti, agenzie e organismi*", del quale si analizzano i primi sette commi:

Il primo comma introduce un generale obbligo, per regioni, province e comuni, di soppressione, accorpamento o riduzione degli oneri finanziari in misura non inferiore al 20 per cento nei confronti di una serie molto ampia, ma non ben definita, di soggetti partecipati (enti, agenzie e organismi comunque denominati e di qualsiasi natura giuridica), che esercitano, anche in via strumentale, funzioni fondamentali ex art. 117, co.2, lett. p), della Costituzione o funzioni amministrative ex art. 118, della Costituzione.

Il co. 1 *bis* introduce una deroga, all'applicazione del co. 1, per aziende speciali, enti ed istituzioni che gestiscano servizi socio-assistenziali, educativi e culturali.

I coo. 2 e 3 affidano ad un accordo in sede di Conferenza Unificata la completa ricognizione dei citati soggetti; mentre il co. 4 dispone una soppressione automatica dei soggetti medesimi, con relativa nullità di eventuali atti successivamente adottati, nel caso in cui, trascorsi nove mesi, non sia stato dato attuazione a quanto previsto dal co. 1.

Il co. 5 dispone che le regioni provvedano ad un adeguamento ai principi di cui al co. 1, in relazione alle proprie partecipate.

Il co. 6, ampliando la portata della disposizione del co. 1 introduce anche il divieto di istituzione di nuovi soggetti che esercitino una o più funzioni fondamentali e funzioni amministrative ex art. 118, della Costituzione.

Il co. 7, infine, ribadisce la piena vigenza delle disposizioni del d.l. n. 78/2010 che hanno imposto limitazioni quantitative alle partecipazioni dei comuni, in relazione alla loro entità demografica.

In estrema sintesi, l'articolo pone una serie di drastiche limitazioni ad una congerie di soggetti esistenti qualificati in modo estremamente generico, rinviando l'individuazione degli stessi alla Conferenza Unificata, e, nel contempo, introduce un generale divieto di nuova istituzione dei medesimi soggetti.

L'impostazione, sicuramente logica sul piano teorico, trova un limite pressoché insormontabile nella non facile individuazione di tali soggetti.

D'altro canto lo stesso legislatore, forse conscio della complessa opera di delimitazione delle fattispecie soggette al dettato normativo, aveva rinviato ad un successivo provvedimento da definire di concerto con vari soggetti istituzionali, affidando ad un "*accordo sancito in sede di Conferenza unificata*" (coo. 2,3 e 4 del medesimo art. 9) la "*complessiva ricognizione degli enti, delle agenzie e degli organismi comunque denominati e di qualsiasi natura giuridica*" soggetti all'applicazione dell'intero art. 9. Accordo che a tutt'oggi risulta, però, ancora ben lontano dal concretizzarsi.

Il meccanismo congegnato dall'art. è però tale che la misura sanzionatoria della soppressione si applica anche nel caso di mancato intervento della Conferenza Unificata.

Tale meccanismo rende pertanto indispensabile procedere ad una individuazione di quelli che fino ad ora sono stati genericamente indicati come soggetti; ma le poche interpretazioni fino ad ora intervenute sull'argomento non aiutano affatto.

Come rilevato da molti commentatori, infatti, questa norma è una delle più oscure e di non facile interpretazione dell'intera disciplina introdotta dalla *Spending Review*.

### 3. Funzioni e servizi.

Dall'esame della norma, ciò che risulta evidente è che tutti gli "*enti, agenzie ed organismi comunque denominati e di qualsiasi natura giuridica*" sono caratterizzati dall'esercitare "*funzioni fondamentali ex art. 117, co. 2, lett. p), cost. o funzioni amministrative ex art. 118, cost.*"

Il termine utilizzato nell'art. 9, tanto nel co. 1 quanto nel co. 6, è quello di "*funzioni*" e non quello più generico di "*servizi*", normal-

mente riferito alle società.

Al di là dell'uso che se ne possa fare nel linguaggio corrente, ove i termini sono considerati quali sinonimi, è indispensabile far riferimento alla distinzione dottrinale posta fra i concetti di "funzione amministrativa" e di "servizio pubblico" ed in tal senso è possibile far riferimento a pronunciamenti della Corte dei Conti che, non molto tempo fa, ha affrontato problematiche che si fondavano proprio sulla distinzione dei due termini (C. conti, Lazio n. 15/2011/PAR e Sez. Piemonte n. 101/2010/PAR).

Qualora l'attività dell'ente pubblico si esplichi mediante atti amministrativi o comportamenti configuranti espressione del potere autoritativo della pubblica amministrazione, la natura dell'attività posta in essere costituisce una funzione, ovvero la cura concreta di interessi pubblici finalizzata al raggiungimento di uno scopo tipizzato dalla l. I destinatari di tale potere, orientato per l. alla cura degli interessi pubblici, si pongono in una posizione di mera soggezione, o al più, d'interesse legittimo. I caratteri che contraddistinguono la funzione sono pertanto quelli della obbligatorietà dell'attività e della esplicazione di poteri autoritativi.

Si è in presenza di servizi qualora, invece, l'azione della pubblica amministrazione si traduca nella pura erogazione di un servizio alla collettività, con prestazioni rese all'utenza. L'amministrazione, in tal caso, agisce tendenzialmente non secondo atti autoritativi di diritto pubblico, ma in attuazione di diritti soggettivi individuali e collettivi (es. diritto all'assistenza, che connota i servizi socio assistenziali).

Da notare che la distinzione fra funzione amministrativa e servizio pubblico resta valida, quale che sia la teoria che consente l'individuazione della categoria di servizio pubblico (tesi del servizio pubblico in senso soggettivo, tesi del servizio pubblico in senso oggettivo; tesi mista).

L'aver utilizzato soltanto il termine di funzione in tutto l'art. 9 dovrebbe condurre alla conclusione che tra gli "enti, agenzie ed organismi comunque denominati e di qualsiasi natura giuridica" non dovrebbero rientrare tutti quegli organismi che erogano soltanto

servizi, come ad esempio società, aziende speciali, istituzioni.

Ma, rispetto a tale impostazione, resta di difficile comprensione l'inserimento delle disposizioni di cui al co. 1 *bis* (introdotto in sede di conversione) ed al co. 7, che fanno invece espresso riferimento ad organismi che erogano servizi.

Il co. 1 *bis* esclude infatti le aziende speciali, gli enti e le istituzioni che gestiscono servizi socio-assistenziali, educativi e culturali dall'applicazione delle disposizioni restrittive del co. 1. Per quale motivo inserire tale deroga espressa se gli organismi che esercitano funzioni dovrebbero essere già esclusi dall'applicazione del co. 1?

Ed analoga considerazione può anche farsi con riferimento al co. 7, secondo il quale "Resta fermo quanto disposto dall'art. 14, co. 32, del d.l. 31.5.2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla l. 30.7.2010, n. 122, e successive modificazioni." (art. che disciplina le limitazioni delle partecipazioni societarie per gli enti di minore entità demografica).

Che senso può avere tale affermazione se le società, in quanto soggetti gestori di soli servizi, dovrebbero essere comunque al di fuori dell'applicazione dell'art. di cui trattasi?

Tali incongruenze logico-sistematiche non appaiono però sufficienti a condurre ad una interpretazione che possa far rientrare tra le fattispecie di cui all'art. 9 tanto i soggetti che esercitano funzioni, quanto quelli che erogano servizi.

Non si comprenderebbe, infatti, per quali motivi l'articolo parli solo di funzioni, e non di servizi. Da notare, per di più, che l'utilizzo del termine "funzione" nel d.l. n. 95/2012 non è casuale, anzi lo stesso decreto definisce dettagliatamente le funzioni fondamentali dei comuni *ex art.* 117, co. 2, lett. p) della costituzione (l'art. 19 di tale decreto riscrive completamente l'art. 14, co. 27, del d.l. n. 78/2010, convertito con modificazioni nella l. n. 122/2010, ridefinendo integralmente le funzioni fondamentali dei comuni).

Non può trattarsi, quindi, di un uso poco corretto del termine, ma di una scelta precisa del legislatore.

#### 4. Deroga nel campo dei servizi socio-

**assistenziali, educativi e culturali.**

Altro enigma di non facile soluzione è rappresentato dal cercare di comprendere per quale motivo le aziende speciali, gli enti e le istituzioni che gestiscono servizi socio-assistenziali, educativi e culturali siano esclusi espressamente dall'applicazione delle disposizioni restrittive del primo comma (secondo le disposizioni introdotte in sede di conversione), ma una analoga disposizione non sia stata riprodotta a corredo del co. 6.

Dalla lettura del testo si dovrebbe ricavare la contemporanea presenza di una differente disciplina operante per gli organismi esistenti rispetto a quelli da costituire.

Da un lato, le aziende, enti ed istituzioni che gestiscono servizi socio-assistenziali, educativi e culturali, non sono soggetti a restrizioni particolari, dall'altro, non ne potrebbero essere costituiti di nuovi. Come si concilia, però, il regime di particolare favore per questi organismi, che evidentemente si considerano particolarmente idonei a gestire alcuni tipi di servizi (di valenza sociale e culturale e non economica) con il contemporaneo divieto di crearne di nuovi?

Altra possibile lettura, ma meno aderente alla formulazione sistematica dell'art., potrebbe essere quella di considerare il co. inserito in sede di conversione (co. 1 *bis*) quale deroga operante per l'intero art. 9 e non solo per il co. 1 (per tutte le fattispecie di tal genere, tanto esistenti quanto in fieri).

**5. Interpretazioni art. 9, co. 6.**

In merito all'art. 9, co.6, del d.l. n. 95/2012, sono intervenute interpretazioni che sembravano escludere del tutto la possibilità di costituire qualunque nuovo ente o organismo partecipato.

Detto co. ha infatti previsto: *“E' fatto divieto agli enti locali di istituire enti, agenzie e organismi comunque denominati e di qualsiasi natura giuridica, che esercitino una o più funzioni fondamentali e funzioni amministrative loro conferite ai sensi dell'art. 118, della Costituzione”*.

Rispetto ad una disposizione così incerta è intervenuta dapprima un laconico pronunciamento della Sezione Lombardia della C.conti (n. 403/2012/PAR) che, pur non approfondendo

il dettato normativo, si è limitato a ritenere non costituibile una nuova fondazione per la gestione di una casa di riposo, stante *“l'amplissima latitudine operativa della disposizione”* che *“nel quadro dell'opzione legislativa favorevole alla reinternalizzazione dei servizi, non può che comprendere anche le fondazioni ed in genere tutti gli organismi strumentali creati dall'ente locale”*.

Mentre un più recente parere della Sezione Lazio della C.conti (n. 2/2013/PAR del 15.01.2013) si esprime in senso favorevole all'ipotesi di trasformazione di una società in azienda speciale, per la gestione di servizi sociali, educativi e culturali, evidenziando inoltre che *“l'azienda speciale, quale ente strumentale dell'ente locale, di cui all'art. 114 del TUEL, non rientra, per espressa previsione normativa, al pari delle istituzioni, tra gli enti, agenzie e organismi comunque denominati e di qualsiasi natura giuridica che esercitano una o più funzioni fondamentali e funzioni amministrative loro conferite, ai sensi dell'art. 118 della costituzione”*, di cui al richiamato art. 9, co. 6, del d.l. n. 95 del 2012”.

L'interpretazione resa dalla Sezione Lazio, pur partendo dall'esame di una fattispecie nella quale si attua una trasformazione di una società (esistente) in una azienda speciale (di nuova costituzione), offre un ampio spazio di manovra rispetto alla laconica chiusura espressa dalla Sezione Lombardia. Ritiene escluse, cioè, le aziende e le istituzioni dal novero dei soggetti ai quali deve essere applicato il co. 6 dell'art. 9 (divieto di nuova costituzione).

Al di là delle ulteriori possibili interpretazioni o (si auspica) modifiche normative che potranno intervenire, ad oggi, secondo quanto si ricava dal parere della Corte dei Conti del Lazio, sarebbero comunque consentite trasformazioni di società in aziende ed istituzioni, nonché costituzioni di nuove aziende ed istituzioni. Trasformazioni e costituzioni che sarebbero in linea con i principi enucleabili dalle norme in quanto consentirebbero di ricondurre i servizi socio-assistenziali, educativi e culturali in un organismo operativo adeguato alla natura dei servizi da rendere.

Oltre alle ipotesi di nuova costituzione, il

possibile ricorso alla trasformazione, anche solo parziale, di società partecipate può rappresentare una scelta ulteriore a disposizione di vari enti locali, chiamati a dismettere o a ridurre sensibilmente i costi per le partecipate, almeno per il campo dei servizi socio-assistenziali, educativi e culturali. La trasformazione in azienda o istituzione può innanzi tutto consentire una gestione di detti servizi, non a valenza economica, con uno strumento più adatto alle loro esigenze; inoltre il nuovo organismo può essere costruito in modo snello, al fine di assicurare una riduzione di costi e, limitatamente ai servizi socio-assistenziali resi da aziende speciali, un sicuro risparmio stante l'esenzione dall'Iva (risoluzione n. 89 del 12.03.2008 dell'Agenzia delle Entrate).

## 6. Redazione testi normativi.

La chiara compilazione delle norme costituisce oggi una esigenza insopprimibile: più le norme presentano difficoltà interpretative, più si consentono sviamenti rispetto allo scopo che la norma stessa si prefigge, oltre a rendere estremamente difficoltosa l'attività degli operatori.

Pur comprendendo le difficoltà di ordine politico e procedurale, che spesso rendono ardua la scrittura di un testo intellegibile ed organico, sarebbe necessario un maggiore sforzo compilativo, al fine di evitare risultati come la norma in esame (ma non è certamente l'unica) per la quale sarebbe quanto mai auspicabile un intervento chiarificatore da parte del legislatore.

«.....GA.....»