

Articoli

COMMENTI: SOCIETA' MISTED

Verso la neutralità del modello societario: la società mista

di **Marco Levis**, *dottore commercialista*
e **carlo Manacorda**, *docente di Contabilità pubblica, università degli Studi di Torino*

La società mista è la forma organizzativa prevalente per la gestione dei servizi. Tuttavia la specialità di tale schema societario comporta l'emergere di annose differenze rispetto ai tradizionali modelli civilistici, infatti, esso presenta differenze tali da richiedere una definizione giuridica.

Come è noto, il D. Lgs. n. 6/2003, emanato in attuazione della legge delega n. 366/2001, ha riformato in mani nuove le società di capitali e delle società cooperative. Parallelamente ha trovato spazio autonomo un modello societario regolato soltanto in parte dalle norme civilistiche, mentre segmenti rilevanti della sua organizzazione appartengono al diritto pubblicistico.

Si tratta della società mista che, ancorché non sconosciuta al nostro ordinamento, è stata rivitalizzata dall'art. 1990, n. 142 e dall'art. n. 35 della legge 28 dicembre 2001, n. 448, come ulteriore forma organizzativa per la gestione dei servizi pubblici locali, in aggiunta agli altri modelli dell'economia, della concessione, dell'azienda speciale e dell'istituto dell'azienda pubblica.

Il consolidamento del modello societario misto per la gestione dei servizi pubblici locali, e la sua progressiva adeguata alle esigenze delle amministrazioni pubbliche, richiedono qualche annotazione aggiuntiva sull'argomento, con il fine di maggiormente differenziare il modello societario misto da quello tradizionale di fonte civilistica.

Caratteristiche generali

In estrema sintesi, la società mista presenta le seguenti caratteristiche generali:

- la sua costituzione può avvenire soltanto per iniziativa di un soggetto pubblico;
- la ricerca del socio o dei soci privati deve avvenire seguendo le procedure dell'evidenza pubblica, della gara pubblica previste per la stipulazione di contratti da parte delle amministrazioni pubbliche;
- l'ente pubblico promotore deve avere propri rappresentanti negli organi sociali, poiché la presenza di un soggetto privato nel consiglio di amministrazione non consente di affidare la gestione soltanto ai soggetti privati;
- esiste una particolare situazione di privilegio per cui, di regola, la società mista diviene automaticamente da svolgere per conto dell'amministrazione pubblica che ne ha promosso la costituzione.

Nascita della società mista: la privatizzazione della pubblica amministrazione

La società mista è un'espressione del processo di privatizzazione, o di depubblicizzazione, avviato negli anni scorsi in molti settori della pubblica amministrazione.

Ancorché possa considerarsi un'evoluzione delle aziende municipalizzate, la società mista nasce sulla base di esigenze correlate alla crisi del *Welfare State*.

Si ipotizza che il ricorso alla società mista possa consentire il raggiungimento di un duplice obiettivo: imprimere un freno all'espansione della spesa pubblica e ridurre la spesa pubblica attraverso il concorso del capitale privato.

Inoltre, tale formula societaria coinvolge maggiormente gli amministratori, che non rispondono soltanto per aver partecipato con il proprio voto favorevole, ma risultano responsabili per l'intera gestione non oculata.

società e, in caso di perdite, devono assumere i provvedimenti di carattere straordinario previsti dalla norma interventi di ripiano da parte dell'ente pubblico che partecipa alla società.

La società mista, dunque, dà luogo a un nuovo tipo di società con caratteristiche proprie. Se in precedenza il diritto privato - che gli enti pubblici possiedono accanto a quella di diritto pubblico - consentiva loro di partecipare a società di capitali, ora è lo stesso legislatore che propone il modello societario per l'esercizio dei servizi pubblici dell'ente pubblico per attuarlo in concreto.

Questo avviene, per la prima volta, nell'ambito della già citata legge n. 142/1990 (art. 22) per la gestione dei servizi pubblici. La proposta è fatta anche successivamente per altri settori o attività: per esempio per l'area sanitaria, nell'ambito della legge n. 30/1993 (art. 9-bis, D.Lgs. n. 502/1992) e per la costituzione delle società di trasformazione urbana (S.T.U. n. 127/1997).

Se queste sono le ragioni della nascita della società mista, il primo problema che si pone è la definizione dell'organismo.

La specialità di tale modello societario

La società mista rappresenta un modello societario speciale al cui interno devono convivere lo scopo di lucro privatistico, e il perseguimento dell'interesse pubblico, finalità primaria dell'attività svolta dall'organismo societario. La società mista diventa quindi espressione del c.d. processo di neutralizzazione dello schema societario tipicamente privatistico assume, in questo caso, connotazioni pubblicistiche.

D'altro canto, è lo stesso legislatore che supera l'ipotesi che il modello societario sia soltanto uno schema di legge, autorizza la costituzione di società di capitali per il perseguimento di finalità di interesse della pubblica amministrazione totalmente possedute dallo Stato o da enti pubblici.

La natura giuridica

Considerata la specialità della società mista, occorre ora definirne la natura giuridica.

Dopo alcune pronunce della giurisprudenza civile che hanno sostenuto la natura privatistica della società mista, la giurisprudenza amministrativa che ne ha riconosciuto la natura pubblicistica. Vediamo, in sintesi, questi orientamenti.

Con sentenza 6 maggio 1995, n.4989, la Corte di Cassazione, Sezioni Unite civili, ha affermato che la s.p.a. per la gestione di servizi pubblici locali, pur se a prevalente partecipazione pubblica, costituisce un soggetto di diritto pubblico, e non è sottoposta all'amministrazione pubblica.

Ne consegue che la scelta della controparte non è soggetta alla procedura dell'evidenza pubblica e che rientra nella giurisdizione del giudice ordinario.

Di diverso avviso è sempre stata la giurisprudenza amministrativa la quale, anche sulla scorta della normativa che disciplina i soggetti tenuti ad applicare le procedure dell'evidenza pubblica per l'aggiudicazione di gare di appalto, e sottoposti a controlli pubblici, che perseguono finalità pubblicistiche hanno natura pubblica, ha osservato che dottrina e giurisprudenza, da un lato, e i fautori della tesi privatistica delle s.p.a. a partecipazione pubblica e quelli della tesi pubblicistica, si sono esposti a escludere che la semplice veste formale di s.p.a. sia idonea a trasformare la natura pubblicistica di soggetti di diritto pubblico, continuano ad essere affidatari di rilevanti interessi pubblici.

Questa tesi, oggi prevalente, si riflette direttamente:

- sul metodo da seguire per la ricerca dei soci;
- sui controlli pubblicistici che devono essere esercitati sulla gestione della società;
- sull'individuazione dell'organo giurisdizionale competente in caso di controversie;
- sulla qualificazione degli amministratori (privati amministratori, pubblici ufficiali o incaricati di pubblico ufficio) nel tratto penalistico (reati contro la pubblica amministrazione) o giuscontabilistico (responsabilità amministrativa).

La ricerca dei soci

Si è detto che la società mista può costituirsi soltanto per iniziativa di un'amministrazione pubblica. Il legislatore ha disciplinato la costituzione della società mista con capitale pubblico maggioritario e società mista con capitale pubblico minoritario. Per quest'ultimo caso, l'art. 16 del D.Lgs. n. 533 del 16 settembre 1996 ("Regolamento sulla costituzione delle società miste in materia di servizi pubblici") ha dettato norme puntuali per la ricerca del socio o dei soci privati di maggioranza.

La mancanza di una normativa per la costituzione di una società mista con capitale pubblico maggioritario e la stessa composizione del capitale, la scelta degli altri soci privati potesse avvenire senza procedure concordate ed è di avviso contrario. Essa ha infatti chiarito che la scelta del socio nella formazione delle società miste per la gestione di pubblici servizi deve seguire le procedure ad evidenza pubblica, non soltanto nel caso in cui la capitale sia minoritaria, ma anche quando l'ente partecipi alla società in posizione dominante.

La ragione del chiarimento risiede nel fatto che i principi concorrenziali devono considerarsi immanenti nell'attività in cui si debba effettuare la scelta di un operatore privato che, tra l'altro, deve essere un socio imprenditore per sé e nell'interesse della pubblica amministrazione.

I controlli pubblicistici sulla gestione

L'art. 100, comma 2, Cost. dispone che la Corte dei conti «partecipa, nei casi e nelle forme stabilite dalla legge, alla gestione finanziaria degli enti cui lo Stato contribuisce in via ordinaria», e prevede l'obbligo, per la stessa Corte, di riferire alle Camere sul risultato del riscontro eseguito.

La legge 21 marzo 1958, n. 259 («Partecipazione della Corte dei conti al controllo sulla gestione finanziaria degli enti cui lo Stato contribuisce in via ordinaria»), ha dato attuazione a questo precetto costituzionale, individuando e disciplinando il controllo sul primo riferimento agli enti indicati nella stessa legge cui lo Stato o un'altra amministrazione pubblica conferisce periodicamente da oltre un biennio, o attribuiscono un potere impositivo, e il secondo riguardante gli enti pubblici soggetti «contribuiscono con apporto al patrimonio in capitale, servizi o beni, ovvero mediante concessione di opere». Nell'una e nell'altra ipotesi, la Corte è tenuta a riferire alle Camere i risultati del controllo eseguito. La vigenza della legge è stata confermata dalla legge 14 gennaio 1994, n. 20 («Disposizioni in materia di giurisdizione e controllo»). Tenendo conto della seconda ipotesi configurata dalla legge n. 259/1958, si può concludere che la Corte esercita il proprio controllo anche sulle società miste, secondo le norme del proprio ordinamento.

La giurisdizione per le società miste

Per la sua natura speciale, il tema della giurisdizione sulle controversie nelle quali sia parte una società mista è un triplice punto di vista:

1. avendo riguardo alla società mista nel momento in cui agisce in qualità di pubblica amministrazione, la giurisdizione compete al giudice amministrativo;
2. guardando alla società mista come soggetto disciplinato anche da norme del diritto comune, nel caso di controversie di diritto comune, la giurisdizione compete al giudice ordinario;
3. tenendo conto delle responsabilità pubblicistiche che possono essere addebitate a coloro che operano in un rapporto di servizio, nel qual caso la giurisdizione compete alla Corte dei conti.

La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo

La questione della competenza giurisdizionale quando la società mista agisce in qualità di pubblica amministrazione è disciplinata nell'art. 33 del D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80. Nella stesura sostitutiva introdotta dall'art. 7 della legge n. 481 del 1998 («Disposizioni in materia di giustizia amministrativa»), la norma dispone che «Sono devolute alla giurisdizione amministrativa tutte le controversie in materia di pubblici servizi, ivi compresi quelli afferenti alla vigilanza sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di cui alla legge n. 481 del 1998».

Tali controversie sono, in particolare, quelle:

- a. concernenti l'istituzione, modificazione o estinzione di soggetti gestori di pubblici servizi, ivi compresi gli enti pubblici, le istituzioni o le società di capitali anche di trasformazione urbana;
- b. tra le amministrazioni pubbliche e i gestori comunque denominati di pubblici servizi;

- c. in materia di vigilanza e di controllo nei confronti di gestori di servizi pubblici;
- d. aventi ad oggetto le procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, svolte da all'applicazione delle norme comunitarie o della normativa nazionale o regionale;
- e. riguardanti le attività e le prestazioni di ogni genere, anche di natura patrimoniale, rese nell'espletare comprese quelle rese nell'ambito del Servizio sanitario nazionale e della pubblica istruzione, co individuali di utenza con soggetti privati, delle controversie meramente risarcitorie che riguardano il da e delle controversie in materia di invalidità».

La stessa legge n. 205/2000 stabilisce all'art. 6 che: «Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi o forniture svolte da soggetti comunque contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di dalla normativa statale o regionale». Prima dell'emanazione di queste norme, non era pacifico se le controversie di una società mista dovessero essere devolute al giudice ordinario o amministrativo. Va anzi detto che, sulla sentenza della Corte di Cassazione che ritenevano la società mista soggetto di natura privatistica, prevaleva la tesi del giudice ordinario.

Le evoluzioni interpretative intervenute in ordine alla natura giuridica delle società miste, in special modo la legislazione comunitaria che ha introdotto la figura dell'organismo pubblico, hanno facilitato l'ipotesi poi confermata dal legislatore con la legge n. 80/1998 e nella legge n. 205/2000.

Tenendo conto di quanto stabilito dalle norme citate, i casi di intervento del giudice amministrativo possono essere: la scelta dei soci ai fini della costituzione della società e le procedure di gara poste in essere dalla società mista per la fornitura di servizi, ovvero per l'esecuzione di opere.

Il giudice amministrativo ha, inoltre, competenza esclusiva quando la società sia costituita soltanto tra soggetti pubblici in un caso in cui la controversia riguardi l'atto costitutivo, a differenza di quanto avviene quando alla composizione partecipano soggetti pubblici e privati.

La doppia giurisdizione

Il duplice riferimento normativo della società mista porta, tuttavia, a dover configurare una duplice giurisdizione con il giudice amministrativo come protagonista. Viene qui in causa la distinzione tra interesse legittimo e diritto soggettivo, per cui in presenza di un diritto soggettivo la competenza è del giudice ordinario, mentre per il secondo la competenza è del giudice amministrativo.

Si è, inoltre, affermato che l'art. 33, lett. a), D.Lgs. n. 80/1998 (non modificato sul punto dalla legge n. 205/2000 reintrodotta da tale legge a seguito di pronuncia di incostituzionalità), nel devolvere alla giurisdizione amministrativa le controversie concernenti, tra l'altro, l'istituzione, la modificazione o l'estinzione di soggetti giuridici, comprese le società di capitali, va riferito alle sole procedure pubblicistiche (appunto di istituzione, ma non di modifica) dovendosi escludere ogni interferenza del giudice ordinario in questioni di stretta attinenza di diritto soggettivo. Il riferimento all'ambito del potere cognitivo del giudice amministrativo le controversie privatistiche inerenti alle vicende di gestione delle società miste.

Qualificazione e responsabilità degli operatori della società mista

Un ulteriore problema riguarda la qualificazione dei soggetti che operano nella società mista e le responsabilità funzionali dell'attività svolta.

La prima delle questioni si collega al nuovo modo di concepire l'attività amministrativa pubblica. Il criterio soggettivo dell'attività amministrativa posta in essere da soggetti pubblici, è stato infatti sostituito dal criterio oggettivo, in base al quale l'attività che consiste nello svolgimento di una pubblica funzione o di un pubblico servizio, a prescindere da chi la svolge, può essere indifferentemente pubblica o privata.

Ciò che rileva è la funzionalizzazione dell'attività al soddisfacimento diretto di bisogni di interesse generale. L'attività della società mista è attività pubblica in quanto finalizzata all'esercizio di un servizio pubblico, a prescindere dalle questioni, faccia riferimento a normative di ordine civilistico.

Sul piano normativo, queste considerazioni trovano punti di riferimento inequivocabili nel già richiamato art. 6 della legge n. 205/2000.

come ripreso dalla legge n. 205/2000, laddove si fa riferimento a «gestori comunque denominati di pubblici se

L'introduzione della nozione oggettiva di attività amministrativa reca alcune conseguenze non indifferenti l'acquisizione delle qualifiche di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio e, quindi, per le respo carico a queste due posizioni, sia relativamente al concetto di rapporto di servizio.

Se, come prevede il Codice penale agli artt. 357 e 358, è pubblico ufficiale colui che esercita una pubblica fun di pubblico servizio colui che presta un pubblico servizio, assumono questa qualificazione tutti coloro che agi di un ente (pubblico o privato) che svolga una pubblica funzione o un servizio pubblico. Rientrano, quindi, che operano per una societ à mista.

Per quanto concerne il rapporto di servizio, non è necessario che esista un vero e proprio rapporto di impieg ciò che conta è lo svolgimento di un'attività amministrativa funzionale al conseguimento delle finalità pubblich la quale si opera.

In sintesi, come ha sottolineato la giurisprudenza, per affermare l'esistenza di un rapporto di s un'amministrazione pubblica, è sufficiente che esista un rapporto di obbligo giuridico (che è, quindi, anche il societ à miste).

Se, dunque, coloro che operano, nell'ambito di una società mista, con un rapporto di servizio nei termini app veste di pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio, ne consegue che le loro responsabilità sono le stess queste figure. Giusto, quindi, anche quanto previsto dall'art. 28 Cost., in caso di comportamento non conform nelle responsabilità penale, civile e amministrativa. Essi incorrono inoltre nella responsabilità contabile qualor dipendenti pubblici, avendo maneggio di denaro o di valori, ne facciano un uso non conforme a legge (art. 7 di contabilità generale dello Stato; art. 55, D.Lgs. n. 165/2001 - Testo unico sul pubblico impiego).

L'art. 103 Cost. recita: «La Corte dei conti ha giurisdizione in materia di contabilità pubblica e nelle altre speci

Poiché le responsabilità amministrativa e contabile riguardano fatti afferenti all'area contabile pubblica, : esclusiva della Corte dei conti al riguardo, esperibile nei confronti di tutti coloro che, operando con un rapp prima precisati presso un organismo pubblico, cagionino un danno (art. 52, R.D. n. 1214/1934 - sull'ordinamento della Corte dei conti »).

In altre parole, la giurisdizione del giudice contabile sussiste tutte le volte in cui tra l'autore del danno e pubblico danneggiato sia ravvisabile un rapporto, non solo di impiego in senso proprio e ristretto, ma anche c intendendosi la sussistenza di una relazione funzionale caratterizzata dall'inserimento del soggetto i nell'apparato organico dell'ente, tale da rendere il primo compartecipe dell'attività amministrativa del secondo

Considerazioni conclusive

Quanto esposto in merito ai tratti pubblicistici che si rinvergono nella società mista, è sufficiente a din societario perda le sue caratteristiche tradizionali e assuma, in questi casi, una posizione di neutralità.

Ulteriori elementi rafforzativi in questo senso deriverebbero anche dalla disamina degli atti occorrenti per i della società, per ragioni di spazio qui non consentita.

Non rientra negli scopi dello scritto l'esame degli elementi di natura privatistica rinvenibili nella società mista. Anche da ciò, peraltro, potrebbero derivare ulteriori conferme in merito alla fondatezza dell'assunto di cui si è