

Introduzione

L'analisi del tema della crisi e dell'insolvenza delle società *in house providing*¹, pur nell'ambito dei molteplici problemi interessanti tale tipologia societaria, si impone in questo momento storico per due ordini di motivi: uno di carattere interno, l'altro di matrice europea².

Sul fronte nazionale, dopo le alterne posizioni assunte dalla giurisprudenza sull'esposizione a fallimento di una società *in house*, è intervenuto il legislatore con il Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica (d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, d'ora innanzi TUSPP)³, sancen-

¹ La gestione della crisi e dell'insolvenza delle società partecipate è materia che è diventata tale per necessità (e si è formata) a seguito delle crisi finanziarie e dei tagli della spesa pubblica nelle forme della limitazione dei finanziamenti agli enti e alle società pubbliche (cfr. A. CRISMANI, *Le società partecipate tra crisi e insolvenza*, in *Dir. e soc.*, 2015, II, 322 ss.; F. CAPALBO, *Genesi, emersione e gestione della insolvenza nelle società partecipate dalle amministrazioni pubbliche: profili contabili e finanziari*, in F. FIMMANÒ (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, 2011, 493 ss.).

² La complessità dell'*in house* è legata, dunque, alla genesi, ma soprattutto alla sua evoluzione: da mero strumento destinato ad operare nei rapporti tra P.A. e società partecipata, si estende fino a coinvolgere interessi di altri operatori sul mercato nella fase iniziale (della gara), sia in quella successiva (dell'azione del mercato da parte di società partecipata). Evidenzia E. CODAZZI, *Le società in house. La configurazione giuridica tra autonomia e strumentalità*, Napoli, 2018, 11, che il primo riferimento ufficiale all'*in house* si rinviene nel Libro Bianco COM/1998/143 dell'11 marzo 1993, *Public Procurement in the European Union*, 2.1.3. nota 10: la Commissione, però, «aveva omesso di specificare se tale forma di affidamento potesse legittimare la disapplicazione dei principi comunitari di concorrenza, pubblicità e non discriminazione: la questione è stata dunque rimessa alla Corte di Giustizia».

³ Per alcune riflessioni, anche critiche, sul Testo Unico cfr. M. COSSU, *Le società pubbliche*, in *Trattato delle società*, diretto da V. DONATIVI, Torino, 2022, 691 ss.; C. IBBA, *Introduzione*, in *Le società a partecipazione pubblica*, diretto da C. IBBA e I. DEMURO, Bologna, 2018, 2 ss.

do, all'art. 14, comma 1°⁴, con una scelta di fondo molto netta, l'assoggettività di tutte le società a partecipazione pubblica alle norme sul fallimento, sul concordato preventivo, nonché, ove ne ricorrano i presupposti, a quelle in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza⁵.

Ad una prima impressione, tale previsione normativa sembrerebbe, dunque, chiudere il vivace dibattito al riguardo alimentato dalla notissima pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione del 2013⁶, che aveva negato l'alterità soggettiva tra socio e società *in house* e dequalificato la persona giuridica a semplice patrimonio separato, destinato ad uno specifico affare (la gestione del servizio pubblico)⁷: impostazione quest'ulti-

⁴In argomento, v. G. D'ATTORRE, *La crisi e l'insolvenza delle società pubbliche*, in AA.VV., *Le società di diritto speciale, Trattato* diretto da R. RORDORF, Milano, 2021, 425; L. STANGHELLINI, *Crisi d'impresa di società a partecipazione pubblica*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice delle società a partecipazione pubblica*, Milano, 2018, 333 ss., secondo cui l'art. 14 affronta vari temi connessi alla crisi: a) regola i doveri degli amministratori delle società a controllo pubblico all'insorgere della crisi; b) limita il sostegno a società in perdita effettuato direttamente o indirettamente con denaro pubblico, condizionandolo alla sussistenza di valide e comprovate ragioni; c) individua il sistema di regole che deve disciplinare la crisi quando essa, per la sua gravità, vada ad impattare sulle ragioni dei creditori della società (comma 1°); d) prevede limitazioni alle libere scelte di pubbliche amministrazioni che controllano società *in house* (art. 16 TUSPP) le quali sono state dichiarate fallite (comma 6°); V. CHIONNA, *Le soluzioni concordate della crisi delle società pubbliche*, in *Dir. fall.*, 2017, I, 513, secondo cui il comma 1° dell'art. 14 TUSPP ha il merito di raccordare con perentoria chiarezza e in modo uniforme la tutela di massa dei creditori dell'impresa in crisi previste dalla legge fallimentare (ed ora dal codice della crisi d'impresa) con quelle, parimenti di massa, dei creditori di società a partecipazione pubblica.

⁵Di cui al d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270 e al d.l. 23 dicembre 2003, n. 347, convertito, con modificazioni dalla legge 18 febbraio 2004, n. 39 e, da ultimo al d.l. 5 gennaio 2023, n. 2 (cfr. S. CASSESE, *L'amministrazione straordinaria delle società partecipate in base all'articolo 2 del decreto legge 2 del 2023 che dispone misure urgenti per impianti di interesse strategico nazionale*, in www.ildirittodellacrisi.it).

⁶Cfr. Cass., Sez. Un., 25 novembre 2013, n. 26283, pubblicata con note assai critiche di C. IBBA, *Responsabilità erariale e società in house*, in *Giur. comm.*, 2014, II, 5 ss.; E. CODAZZI, *La giurisdizione delle società cd. in house: spunti per una riflessione sul tema tra anomalia e (in)compatibilità con il diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2015, II, 236 ss.

⁷Deve rilevarsi che la teoria della negazione dell'alterità soggettiva tra ente pubblico controllante e società controllata si pone in evidente contrasto con la norma di cui all'art. 2331 c.c. che enuncia il principio dell'efficacia costitutiva dell'iscrizione delle società di capitali nel registro delle imprese. L'art. 2331 c.c. consegna all'interprete un dato chiaro: per quanto attiene all'acquisto della personalità giuridica, la forma è inscindibile dalla

ma, il cui corollario era, all'evidenza, la negazione della soggezione della figura in esame alle procedure concorsuali⁸.

Sul versante europeo, le novità introdotte con il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 di "Attuazione delle direttive 2014/23/UE e 2014/25/UE"⁹ e, da ultimo, con il d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (d'ora innanzi: "Codice dei contratti pubblici") evidenziano la difficoltà da parte del legislatore di individuare una piattaforma normativa idonea ad armonizzare le conseguenze derivanti da un'applicazione degli istituti propri dell'ordinamento concorsuale, mirante in prevalenza a salvaguardare la tutela dei creditori assicurata dall'attività sinergica svolta da parte degli organi della procedura e dalla necessità di garantire l'inevitabile esigenza della corretta esecuzione del contratto pubblico¹⁰.

sostanza; l'effetto costitutivo è, infatti, inderogabilmente collegato al presupposto formale dell'iscrizione della società di capitali nel registro delle imprese, a prescindere dall'attività effettivamente svolta dalla medesima e dalla organizzazione in concreto stabilita (cfr. C. PECORARO, *Sul controllo analogo nelle società in house providing*, Milano, 2021, 61 ss., che osserva efficacemente come «il riconoscimento della soggettività all'ente personificato dipende da un fatto esterno all'atto costitutivo, sottratto alla disponibilità diretta ed immediata dell'autonomia negoziale»).

⁸ In questo senso vedi, infatti, App. L'Aquila, 3 novembre, 2016, in *Fall.*, 2017, 165 ss., con nota di F. FIMMANÒ, *L'insolvenza delle società pubbliche alla luce del Testo Unico*; Trib. Napoli, 9 gennaio 2014, in *www.ilcaso.it*, secondo cui, se è vero che gli enti pubblici sono sottratti al fallimento, ciò vale anche per le società *in house* integralmente partecipate dagli stessi, le quali costituirebbero un mero patrimonio separato dell'ente pubblico; Trib. Verona, 19 dicembre 2013, in *www.ilcaso.it*, che, ritenendo la struttura delle società *in house* totalmente riconducibile a quella degli enti pubblici, estende loro l'esenzione prevista dall'art. 1 legge fall.

Se le società *in house* fossero una *longa manus* della pubblica amministrazione, se le stesse costituissero un «servizio» proprio dell'ente pubblico e ne acquisissero, quindi, la medesima natura, con attribuzione dello stesso patrimonio della società all'ente pubblico, sia pure come «patrimonio destinato», verrebbero ad aprirsi le porte della procedura di sovraindebitamento per porre rimedio alla crisi delle società *in house* (così, G. D'ATTORRE, *La crisi e l'insolvenza delle società pubbliche*, cit., 445; L. STANGHELLINI, *Crisi d'impresa di società a partecipazione pubblica*, cit., 335).

⁹ Le direttive in materia di appalti pubblici e concessioni hanno recepito per la prima volta in una sede legislativa la figura delle società *in house providing* estendendo le condizioni previste dal diritto europeo per gli affidamenti diretti (sul punto si rinvia a G. VELTRI, *In house e anticipata efficacia delle direttive 2014|24|UE*, in *Urb. e app.*, 2015, 655; F. VESSIA, *Società in house: profili concorrenziali*, in *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 272 ss.).

¹⁰ Il Codice dei contratti pubblici recepisce i principi generali in materia di esclusione dalla procedura competitiva di affidamento di concessioni ed appalti pubblici e prede-

Tanto chiarito, è opportuno prendere le mosse dal significato dell'espressione c.d. *in house providing* con la quale si intende, come noto, un modello societario, *species* del *genus* società di capitali cosiddette pubbliche¹¹, mediante il quale l'amministrazione pubblica, in virtù della particolare relazione con il soggetto affidatario, può procedere all'affidamento diretto di appalti o servizi e, quindi, prescindere dal previo ricorso a procedure ad evidenza pubblica¹²: procedure la cui osservanza il diritto europeo generalmente impone alle Amministrazioni per scegliere la controparte contrattuale di un appalto o di una concessione di un servizio pubblico¹³.

termina, al contempo, le condizioni richieste perché l'amministrazione aggiudicatrice possa legittimamente disporre affidamenti *in house* in favore di società partecipata (cfr. L.R. PERFETTI, *Sul nuovo codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urb. e app.*, 2023, 5 ss.; C. PECORARO, *Le società in house*, in AA.VV., *Società di diritto speciale*, cit., 359 ss., secondo cui il Codice dei contratti pubblici e il TUSPP regolamentano l'*in house* attraverso principi che sono comuni, ancorché il fenomeno sia concepito da prospettive diverse: il primo, in quanto ispirato all'obiettivo di regolamentare l'azione della pubblica amministrazione, considera l'affidamento diretto quale modalità di organizzazione dell'attività dell'ente pubblico; la seconda è invece una legge di riordino della normativa delle società partecipate e l'affidamento *in house* viene coerentemente assunto nella prospettiva soggettivistica dell'identificazione dello statuto normativo della società a partecipazione pubblica destinata ad operare con l'amministrazione aggiudicatrice).

¹¹ Con espressione icastica e quanto mai efficace le società pubbliche, intese in senso ampio quali società finanziate e variamente partecipate dallo Stato o dagli enti locali, sono state definite da un eminente studioso come «una vacca di razza assai speciale che si alimenta dalla mangiatoia dell'erario pubblico e versa il suo latte in un contenitore privato»; tale espressione è attribuita a G. ABBAMONTE da M. M. FRACANZANI, *Le società degli enti pubblici: tra codice civile e servizio ai cittadini*, in www.giustizia-amministrativa.it, che la riferisce letteralmente in questi termini «una strana vacca che mangia nella greppia del pubblico e fa il latte nel secchio privato» e viene in questa sede riportata nella versione coniata da V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Azione ordinaria di responsabilità ed azione di responsabilità amministrativa in materia di società in mano pubblica. L'esigenza di tutela degli interessi pubblici*, in AA.VV., *Responsabilità amministrativa giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, Milano, 2006, 332.

¹² Spunti in tale direzione si rinvengono già in: F. TRIMARCHI BANFI, *Procedure concorsuali e regole di concorrenza nel diritto dell'Unione e della Costituzione (all'indomani della dichiarazione di illegittimità delle norme sulla gestione dei servizi pubblici comunali)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 735 ss.; E. CODAZZI, *Società in house providing*, in *Giur. comm.*, 2016, II, 953 ss. Sulla diffusione del modello *in house*, si veda l'indagine di Corte Conti, sez. autonomie, *Gli organismi partecipati degli enti territoriali, Relazione 2015, deliberazione del 6 giugno 2014, n. 15*, spec. 33, in www.cortedei-conti.it e citata in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 869 ss.

¹³ L'istituto dell'*in house providing* elaborato con l'intento di coniugare il fondamen-

Come è risaputo, i tratti qualificanti della società *in house*¹⁴ sono rappresentati: a) dalla natura esclusivamente pubblica dei soci, b) dallo svolgimento dell'attività sociale diretta in prevalenza a favore dei soci stessi¹⁵ e c) dalla sottoposizione della società medesima ad un controllo cor-

tale principio di concorrenza, con il principio di c.d. autorganizzazione, nasce come figura da contrapporre alle due forme giuridico-contrattuali attraverso cui ha luogo l'operazione che ontologicamente costituisce il contrario dell'*in house*, cioè quella dell'esternalizzazione: il contratto di appalto di pubblici servizi ed il contratto di concessione di servizi pubblici, così da ricavare, in negativo, anche i confini dell'affidamento *in house* (sul tema della distinzione tra appalti e concessioni e sull'applicabilità a quest'ultime delle procedure di evidenza pubblica v. le osservazioni di G. MONTEDORO, *La disciplina delle concessioni nella nuova direttiva quadro in attesa della disciplina compiuta del partenariato pubblico-privato*, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui per le concessioni la normativa che regola l'individuazione del concessionario è più "permissiva", in considerazione dell'investimento pubblico molto limitato, a fronte, invece, di un impegno rilevante da parte del privato).

¹⁴ Sui requisiti della società *in house*, così come cristallizzati dalla giurisprudenza comunitaria, si veda la famosa sentenza c.d. *Teckal*, Corte Giust. CE, Sez. V, 18 novembre 1999, causa C-107/98, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, II, 1461 ss., con nota di G. GRECO, *Gli affidamenti "in house" di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, che per prima tratteggiava i connotati dell'*in house providing*. I tre requisiti che legittimano l'*in house providing* sono stati ripresi e sviluppati dal legislatore europeo (cfr., tra gli altri, V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica. Raccolta sistematica della disciplina, commentata e annotata con la giurisprudenza*, Milano, 2016, 1046 ss.; M. CIAN, *I requisiti qualificatori della società in house*, in *Giur. comm.*, 2019, I, 196 ss. e, per una ricostruzione della giurisprudenza europea, G. MONTEDORO-M. GIORDANO, *Le società nel "Partenariato Pubblico Privato"*, in *Trattato delle società*, cit., 806 ss.).

¹⁵ Con riguardo al requisito della dedizione prevalente l'elaborazione giurisprudenziale europea (Corte Giust., 11 maggio 2006, causa C-340/04; Corte Giust., 19 aprile 2007, causa C-295/05 in www.iusexplorer.it) aveva evidenziato che lo stesso andava inteso in senso qualitativo e non meramente quantitativo e, dunque, mediante un approccio casistico volto a considerare tutte le circostanze rilevanti valutate in base a parametri rigorosi.

La condizione della prevalenza dell'attività svolta in favore dell'ente pubblico controllante è stata più rigidamente quantificata dalle Direttive europee, dovendo corrispondere quantomeno all'80% del fatturato. Nella stessa prospettiva, si pone oggi l'art. 16, comma 3°, TUSPP, il quale, dopo aver precisato che gli statuti delle società *in house* devono prevedere che «oltre l'ottanta per cento del loro fatturato sia effettuato nello svolgimento dei compiti a esse affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci», introduce l'innovativa previsione secondo cui «la produzione ulteriore rispetto al suddetto limite di fatturato sia consentita solo a condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della so-

rispondente a quello esercitato dagli enti pubblici sui relativi uffici (c.d. *controllo analogo*)¹⁶.

I tre requisiti citati devono sussistere contemporaneamente e devono trovare fondamento in precise e non derogabili disposizioni dello statuto sociale: in particolare, lo statuto deve inibire la possibilità di cessione a privati delle partecipazioni e, quanto al controllo analogo, l'ente pubblico partecipante deve dettare le linee strategiche e le scelte operative della società agli organi amministrativi di questa¹⁷.

Senonché, malgrado l'art. 14 TUSPP abbia confermato l'assoggettamento a procedure concorsuali delle società a partecipazione pubblica, il circoscritto contenuto propriamente concorsuale di tale previsione impone all'interprete decisivi interventi di raccordo con le disposizioni del CCII, con ciò rimediando al silenzio serbato dalla disciplina del TUSPP.

A riguardo, le maggiori perplessità si incentrano sull'alveo applicativo della nuova disciplina, facente generico riferimento alle «*società a partecipazione pubblica*». Ad essa si abbinano, infatti, una pluralità di significati e contenuti, che vanno (i) dalla proprietà dell'impresa, (ii) alla genesi di diritto speciale della società, (iii) alla disciplina applicabile¹⁸.

cietà» (v. Corte Conti, 8 marzo 2019, n. 87, in www.iusexplorer.it). Trattasi di disposizione il cui tenore letterale ha dato luogo a diverse interpretazioni, sulle quali non è possibile soffermarsi in questa sede: v. S.C. ZENNA, *Sull'affidamento in house a favore di società a totale partecipazione pubblica nella prospettiva del riparto di giurisdizione tra giudice contabile e giudice ordinario*, in *Giur. comm.*, 2020, II, 1306; C. GARILLI, *Le società in house nel quadro della nozione europea e nazionale di impresa di gruppo*, in *Riv. dir. soc.*, 2020, I, 899-900.

¹⁶ Cfr. Cons. Stato, 18 novembre 2020, n. 7161, in www.iusexplorer.it, ha rimesso alla Corte di Giustizia UE la compatibilità comunitaria dell'affidamento del servizio pubblico all' *in house* che non ha più il requisito del controllo analogo dopo una legittima operazione societaria di aggregazione (sul punto, A. MEALE, *L'affidamento a società "in house" come eccezione all'esame della Corte di giustizia*, in *Giur. it.*, 2020, 1178 ss.).

¹⁷ Cfr. Cass., Sez. Un., 26 marzo 2014, n. 7177, in www.iusexplorer.it, secondo cui la verifica in ordine alla ricorrenza dei requisiti propri del soggetto *in house* deve compiersi in concreto in base alle previsioni contenute nello statuto della società in forza di un'indagine empirica da effettuarsi caso per caso.

¹⁸ Vi sono due elementi sempre presenti nelle società a partecipazione pubblica: il primo è rappresentato dal fatto che un soggetto pubblico diviene titolare di una determinata partecipazione in una società di diritto privato o che, addirittura, costituisce una società privata; il secondo dal fatto che detta partecipazione e/o costituzione, poiché finalizzata a porre in essere una operazione a valenza oggettivamente economica, rientra a

I profili problematici sollevati dal nuovo intervento normativo necessitano, pertanto, di essere chiariti indagando la morfologia e gli elementi costitutivi delle società pubbliche¹⁹, in particolare delle società *in house* che esercitano servizi pubblici essenziali, al fine di poter poi predicare, alla luce di un'interpretazione sistematica, la loro sussumibilità o meno nel perimetro dell'art. 14 TUSPP²⁰.

Sul punto, la disciplina di settore si iscrive in un complesso processo di riforma delle procedure concorsuali culminato nel Codice della crisi e dell'insolvenza (d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, d'ora innanzi: "CCII").

Il CCII è senza dubbio destinato ad interferire con la specifica questione concernente le società pubbliche.

In particolare, l'art. 1 CCII, nel tracciare l'ambito di applicazione della nuova disciplina, stabilisce di assoggettare al procedimento di accertamento dello stato di crisi o di insolvenza ogni categoria di debitore, sia esso consumatore o professionista, ovvero imprenditore che eserciti, anche non a fini di lucro, un'attività commerciale, artigiana o agricola, operando quale persona fisica, persona giuridica o altro ente collettivo, gruppo di imprese o società pubbliche, con esclusione dello Stato e degli enti pubblici²¹.

pieno titolo nella categoria degli interventi pubblici economici, e in quanto tale deve rispettare tutte le relative condizioni, e in particolare quella che li subordina al perseguimento di un interesse pubblico (in questi termini, M. COSSU, *Le società pubbliche*, cit., 681 ss.).

¹⁹ Il TUSPP distingue rispetto all'insieme delle società a partecipazione pubblica, e tiene dunque, fuori dal proprio ambito applicativo, le differenti ipotesi delle «partecipazioni di amministrazioni pubbliche a enti associativi diversi dalle società e a fondazioni» (art. 1, comma 4°, lett. b) così come le c.d. "società legali o "società legificate", la cui costituzione o configurazione è disposta o basata su legge speciale e non su di un contratto di società (cfr., sul punto, C. IBBA, *Le società legali*, Torino, 1992, 340 ss.; G. CAIA, *Le società in house: persone giuridiche private sottoposte a peculiare vigilanza e tutela amministrativa*, in *Giur. comm.*, 2020, I, 459; si veda anche la recente classificazione di G. MARASÀ, *L'imprenditore. Artt. 2082-2083*, in *Comm. Schlesinger-Bunsnelli-Ponzanelli*, Milano, 2021, 277 ss., secondo cui le società legali traggono origine da un impulso legislativo *ad hoc*, di "diritto singolare", che nella concreta casistica può assumere diverso "peso", a seconda che la legge costituisca direttamente la società (c.d. società coattive) oppure obblighi determinati soggetti a costituirle (c.d. società autorizzate).

²⁰ In argomento, v. C. IBBA-I. DEMURO, *La crisi d'impresa*, in *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 318 ss.; L. STANGHELLINI, *Crisi d'impresa di società a partecipazione pubblica*, cit., 402 ss.

²¹ Cfr. G. D'ATTORRE, *La crisi delle società pubbliche tra interesse dei creditori e in-*

Il CCII, dunque, se da un lato fa salvo il requisito negativo di cui all'art. 1 della legge fall. (r.d. 16 marzo 1942, n. 267), dall'altro lato si riferisce eloquentemente ad ogni categoria di debitore, pur indicando di tenere conto delle relative peculiarità soggettive e oggettive²².

Ma è possibile trarre anche ulteriori indicazioni dal CCII.

Il procedimento di accertamento giudiziale della crisi e dell'insolvenza viene descritto come un contenitore processuale uniforme, idoneo a ricomprendere tutte le iniziative di carattere giudiziale fondate sulla prospettazione della crisi o dell'insolvenza, quali che siano la natura, le dimensioni e la struttura dei debitori, tra di essi includendo espressamente «*le società a partecipazione pubblica e le società in house*», fatte salve, in ogni caso, le eventuali disposizioni speciali riguardanti l'una o l'altra di tali situazioni²³.

Emerge, pertanto, il carattere non univoco delle disposizioni di cui all'art. 14 TUSPP che dà luogo ad una disciplina speciale rispetto a quella poi elaborata dal CCII²⁴.

teresse pubblico, in A. JORIO-R. ROSAPEPE (a cura di), *La riforma delle procedure concorsuali. In ricordo di Vincenzo Buonocore*, Milano, 2021, 327 ss., secondo cui le disposizioni contenute nel TUSPP continuano ad essere applicabili anche a seguito dell'emanazione del CCII.

²²I rinvii operati dal TUSPP ad istituti della legge fallimentare devono essere intesi come operati ai corrispondenti istituti del CCII: risultato questo che, peraltro, è espressamente previsto dall'art. 349 CCII il quale dispone che «nelle disposizioni normative vigenti i termini fallimento, procedura fallimentare, fallito, nonché le espressioni dagli stessi termini derivate devono intendersi sostituite, rispettivamente, con le espressioni liquidazione giudiziale, procedura di liquidazione giudiziale e debitore assoggettato a liquidazione giudiziale e loro derivati, con salvezza della continuità della fattispecie».

²³Cfr. gli spunti di G. CAIA, *Le società in house: persone giuridiche private sottoposte a peculiare vigilanza e tutela amministrativa*, cit., 473, secondo cui siffatte disposizioni speciali in materia di crisi di impresa potrebbero innescare mutamenti di configurazione per le società partecipate dalla p.a. che invece dovrebbero rimanere di natura privata e soggette al relativo regime, per coerenza con i principi costituzionali ed europei sulle attività economiche.

²⁴Di conseguenza, l'applicabilità delle procedure concorsuali ai vari modelli di società pubblica può essere utilmente esaminata attraverso la ricostruzione delle diverse *species* di tali società, onde indagare se alcune tra queste presentino – anche in ragione del diritto eurounitario – un legame con l'ente pubblico così intenso da farle transitare nell'ambito del requisito negativo di cui all'art. 1 legge fall. (r.d. 16 marzo 1942, n. 267), principio recepito anche dall'art. 121 CCII.

Viene così esplicitata non solo la necessaria coesistenza tra i due sistemi normativi (TUSPP e CCII) nell'ambito delle società a partecipazione pubblica, ma anche la prevalenza delle disposizioni di carattere speciale contenute nel TUSPP, in caso di eventuale contrasto con quelle del CCII²⁵.

È bene quindi avvertire sin d'ora che, con il presente studio, non si ha pretesa di analizzare l'intero ambito fenomenico, tipologicamente amplissimo, perimetrato dall'espressione «*società a partecipazione pubblica*»²⁶.

Scopo del presente lavoro è l'approfondimento del rapporto tra la società *in house providing* insolventi e le procedure liquidatorie anche attraverso un'analisi comparatistica e, segnatamente, la verifica volta a stabilire se le società *in house* esercenti attività di erogazione e gestione dei servizi pubblici essenziali possano essere qualificate *società* commerciali e, in caso positivo, se le stesse siano effettivamente compatibili con le disposizioni sulle procedure liquidatorie e giudiziali regolate dal nuovo codice della crisi e dell'insolvenza. In tale prospettiva è pregiudiziale l'approfondimento dei termini di compatibilità tra l'istituto del c.d. *in house providing* e la disciplina legale del modello organizzativo espressamente contemplato dal legislatore a tale scopo, ovvero quello della società di capitali, con particolare riferimento ai tratti di specialità che, indubbiamente, connotano le società pubbliche affidatarie dirette di servizi pubblici locali.

Spunti di notevole interesse, nella disamina delle problematiche sollevate dalla crisi delle società *in house*, possono trarsi dal confronto con le nuove realtà imprenditoriali e con le c.d. imprese del terzo settore²⁷. Ciò

²⁵ Va peraltro rilevato che il rischio di contrasto normativo potrebbe essere più teorico che reale, non ravvisandosi – quantomeno ad una prima lettura – incompatibilità fra previsioni del TUSPP e quelle del Codice della Crisi (cfr. M. IRRERA-M.S. CATALANO, *L'insolvenza delle società a partecipazione pubblica (riflessioni a cavallo fra testo unico delle società partecipate e nuovo codice della crisi d'impresa)*, in *Dir. econ. impr.*, 2019, I, 42 ss.).

²⁶ E vedi, per la constatazione dell'inesistenza di una categoria unitaria di società a partecipazione pubblica, M. COSSU, *Le società pubbliche*, cit., 681 ss.; nonché in direzione convergente R. RORDORF, *Le società pubbliche tra inquadramento privatistico e normativa pubblicistica*, in *Le società pubbliche tra inquadramento privatistico e normativa pubblicistica*, Napoli, 2021, 1 ss.

²⁷ Il CCII non prevede disposizioni specifiche sugli enti del terzo settore, fatta eccezione per la precisazione secondo cui il Codice medesimo “disciplina le situazioni di crisi o insolvenza del debitore, sia esso consumatore o professionista, ovvero imprenditore

può risultare utile ad evidenziare che la scelta consacrata nell'art. 14, comma 1°, TUSPP, in ordine alla non applicabilità di procedure diverse da quelle espressamente previste, come la liquidazione coatta amministrativa (d'ora innanzi l.c.a.), in una prospettiva *de iure condito*, si rivela difficilmente giustificabile sul piano sistematico nel caso di insolvenza di società *in house* esercenti servizi pubblici essenziali: ovvero servizi di utilità sociale diretti a realizzare finalità di interesse generale. È noto, infatti, che l'impresa sociale che eroga tali servizi, ove insolvente, è soggetta a l.c.a. (art. 14 d.lgs. 3 luglio 2017, n. 112). In entrambi i casi si impone una riflessione sulla circostanza che i beni e servizi sono di utilità sociale, sicché ad essere tutelato, prima che l'interesse della classe creditoria, dovrebbe essere l'interesse pubblico legato alla natura o all'attività dell'impresa la cui crisi economico-finanziaria potrebbe incidere sull'interesse dello Stato a una sana economia.

Nel riflettere sulle controindicazioni che la previsione dell'art. 14 TUSPP determina in caso di (fallimento, ovvero) liquidazione giudiziale di società *in house* che esercitano servizi pubblici essenziali e sulle disposizioni previste dal TUSPP (artt. 13, 14, comma 3° e 16, comma 4°) in tema di controllo giudiziario che derogano alla norma codicistica *ex art. 2409 c.c.*, traendo spunto anche dai lavori preparatori al TUSPP e dalla disciplina prevista per le società cooperative, lo scopo della presente indagine è altresì evidenziare, in una prospettiva *de lege ferenda*, l'opportunità di prevedere una procedura concorsuale amministrativa anche al fine di sottrarre all'autorità giudiziaria la competenza a presiedere la sistemazione dell'insolvenza e di attribuire la medesima prerogativa (soltanto od anche) ad un'autorità amministrativa appositamente istituita con funzione di vigilanza anche nella fase patologica della vita dell'impresa, al fine di scongiurare utilizzi distorti dello strumento societario ed intervenire in via sostitutiva nell'inerzia del socio pubblico nell'attivare gli strumenti di diritto societario posti a sua disposizione.

che eserciti, *anche non a fini di lucro*, un'attività commerciale, artigiana o agricola, operando quale persona fisica, persona giuridica o altro ente collettivo, gruppo di imprese o società pubblica, con esclusione dello Stato e degli enti pubblici" (art. 1, comma 1°, CCII). Tale precisazione riconduce nell'ambito applicativo del Codice della crisi tutti gli enti del terzo settore, che non siano esclusi in forza di una norma speciale (cfr. L.M. QUATTROCCHIO-B.M. OMEGNA, *L'insolvenza degli enti del Terzo Settore e dell'Impresa Sociale*, in *Dir. ed economia dell'impresa*, 2021, I, 50).

L'indagine proseguirà interrogandosi sull'utilizzabilità delle soluzioni negoziate della crisi di impresa, anche alla luce del nuovo Codice dei contratti pubblici, al fine di appurare quali siano le più idonee ad assicurare, in ipotesi di crisi delle società *in house*, la continuità del servizio stesso in favore specialmente dell'utenza, avendo sempre come obiettivo il necessario bilanciamento con la tutela del ceto creditorio.

Potrebbe apparire bizzarra, e forse anche inopportuna in un'ottica di garanzia della certezza del diritto, un'indagine condotta anche in una prospettiva *de lege ferenda*, su istituti così recentemente regolati dal nostro legislatore, che abbia anche l'ambizione di suggerire al legislatore nuovi interventi di coordinamento tra una pluralità di fonti normative in vigore soltanto da qualche anno.

È però singolare, a giudizio di chi scrive, che neppure il recentissimo schema di decreto legislativo, approvato in prima lettura dal Consiglio dei ministri il 10 giugno 2024, abbia previsto un (doveroso) coordinamento con le pregresse regole in tema di crisi ed insolvenza delle società a partecipazione pubblica recate dal relativo TUSPP (artt. 6 e 14).