amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 4/2024

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Francesco Cardarelli, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Chiara Cudia, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Bruno Mercurio, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Sveva Bocchini, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Beatrice Coppa, Giuseppe Doria, Manuel Delgado Iribarren, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Giuseppina Lofaro, Federica Lombardi, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Giovanni Pesce, Benedetta Piazza, Marcin Princ, Sara Pugliese, Bianca Nicla Romano, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Stefania Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Brevi osservazioni sulle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese

di Lina De Fusco

(Dottoranda di ricerca in Internazionalizzazione dei sistemi giuridici e diritti fondamentali presso l'Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli)

Sommario

1. Premessa – 2. Le misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio – 2.1. Le misure straordinarie per finalità antimafia – 3. L'accantonamento dell'utile d'impresa e l'intervento della Corte costituzionale – 4. La giurisprudenza amministrativa in tema di misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio – 5. Alcune osservazioni conclusive.

Abstract

Art. 32, Legislative Decree of June 24, 2014, no. 90, regulates the administrative, support and monitoring measures of companies that are part of the prevention of corruption and concern companies that deviate from the norms of legality in the procedures for the award and execution of public contracts. The aim of this brief reflection is to examine whether and to what extent the system of remedies provided for the 'cleaning up' of ongoing public contracts affects the sphere of autonomy of private individuals and entrepreneurial freedom, and therefore whether the satisfaction of the public interest in the conclusion of contracts can be combined with the free exercise of business activity.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*

ISSN 2036-7821

1. Premessa.

Nella costruzione di una resistente 'barriera' posta a salvaguardia della prevenzione della corruzione e delle infiltrazioni criminali nel tessuto economico, il legislatore ha dovuto necessariamente contemperare esigenze contrapposte: quella di efficacia dello strumento di prevenzione e quella di garanzia delle posizioni soggettive incise da tale strumento. Nella zelante ricerca di un punto di equilibrio, la produzione del legislatore ha creato un «composito arsenale di risorse preventivo/sanzionatorie»[1], le quali si propongono, tra l'altro, di «salvaguardare la continuità dell'attività dell'impresa, anche nella *prospettiva terapeutica* di una sua bonifica e successiva riabilitazione»[2].

In questo contesto si inserisce il d.l. 24 giugno 2014, n. 90, recante «Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari», convertito con modificazioni dalla l. 11 agosto 2024, n. 114, che all'art. 32 ha introdotto delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese[3], «per far fronte alle interferenze illecite nel settore degli appalti pubblici, di notoria vulnerabilità»[4]. Invero, queste misure colpiscono quelle imprese che, nel corso delle procedure di aggiudicazione ed esecuzione di commesse pubbliche, si allontanano «dagli standard di legalità»[5].

---

[1] Così N.M. MAIELLO, *Traffico di influenze illecite e misure di commissariamento dell'impresa: le ragioni di una relazione problematica*, in *Cassazione Penale*, 12, 2018, pp. 4424 ss., p. 4426.

[2] Così R. CANTONE, B. COCCAGNA, *Commissariamenti prefettizi e controllo giudiziario delle imprese interdette per mafia: problemi di coordinamento e prospettive evolutive*, in *Dir. pen. cont.*, 10, 2018, pp. 151 ss., p. 151.

[3] Sul tema si v., tra i vari: F. DI CRISTINA, *La nuova vita dell'Anac e gli interventi in materia di appalti pubblici in funzione anticorruzione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 11, 2014, pp. 1023 ss.; A. Longo, *«Un giusto equilibrio». La destinazione degli utili nel commissariamento del contratto*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 3, 2023, pp. 1118B ss.; N.M. MAIELLO, *Le misure di straordinaria e temporanea gestione dell'impresa ex art. 32 d.l. n. 90/2014 nel settore sanitario: l'art. 7 del d.l. "Calabria", 30 aprile 2019, n. 35*, in *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, G. Amarelli, S. Sticchi Damiani (a cura di), Torino, 2019, pp. 323 ss.; A. MALTONI, *Commissariamento di imprese limitatamente a singoli contratti pubblici, tutela della concorrenza nella fase di esecuzione contrattuale e Protocolli di legalità*, in *Il diritto dell'economia*, 2, 2018, pp. 443 ss.; A. MUTARELLI, M.M. MUTARELLI, *Considerazioni introno alle possibili ricadute della misura straordinaria ex art. 32 d.l. 90/2014 (debiti pregressi e rapporti di lavoro)*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, 1, 2017, pp. 253 ss.; F. NUGNES, *Le misure di straordinaria e temporanea gestione d'impresa in caso di corruzione negli appalti pubblici. Principali aspetti critici dell'istituto*, in *Il diritto dell'economia*, 1, 2017, pp. 137 ss.; R. TONELLI, *Sicurezza pubblica, libertà d'impresa e tutela del lavoro: un altro passo verso un più equilibrato bilanciamento nella prevenzione amministrativa antimafia?*, in *Riv. italiana di Diritto del Lavoro*, 3, 2023, pp. 604 ss.

[4] Così R. CANTONE, B. COCCAGNA, *Commissariamenti prefettizi e controllo giudiziario delle imprese interdette per mafia* cit., p. 153. Sul punto si v. anche G.M. RACCA, *Dall'autorità sui contratti pubblici all'autorità nazionale anticorruzione: il cambiamento del sistema*, in *Dir. amm.*, 2-3, pp. 345 ss., p. 348, la quale evidenzia che «Come noto, il fenomeno corruttivo è risultato particolarmente diffuso nel settore dei contratti pubblici e ne ha pervaso ogni fase, dalla definizione dei fabbisogni fino al termine dell'esecuzione».

[5] Si v. F. NUGNES, *Le misure di straordinaria e temporanea gestione d'impresa in caso di corruzione negli appalti pubblici* cit., p. 138. Sul punto si v. anche N.M. MAIELLO, *Le misure di straordinaria e temporanea gestione dell'impresa ex art. 32 d.l. n. 90/2014 nel settore sanitario* cit., p. 333, il quale ritiene che le misure straordinarie di 'commissariamento' dell'impresa ex art. 32, d.l. n. 90/2014 «intervengono su imprese aggiudicatarie di commesse pubbliche tramite sospetti accordi *lato sensu* corruttivi».

ISSN 2036-7821

Al primo alinea la norma contempla due distinte misure: la rinnovazione degli organi sociali, che consente di estromettere dalla *governance* della società i soggetti coinvolti in fatti illeciti; e la straordinaria e temporanea gestione dell'impresa, nominando uno o più amministratori. Infine, il comma 8 dell'art. 32 prevede, nei casi meno gravi, l'adozione della più lieve misura di sostegno e monitoraggio.
Gli strumenti di controllo e prevenzione introdotti dall'art. 32 possono essere adottati per finalità diverse, anticorruzione o antimafia, tuttavia, la *ratio* della norma resta la stessa: proseguire nell'esecuzione del contratto per garantire il soddisfacimento di indifferibili esigenze pubbliche. Dunque, la finalità sarebbe, per un verso, quella di 'disinquinare' la gestione del contratto che ha ad oggetto opere di interesse pubblico; per altro verso, invece, quella di assicurare che l'esigenza di conclusione del contratto non si traduca in un illegittimo vantaggio economico per l'impresa coinvolta in episodi di malaffare[6]. E infatti, il comma 7 dell'art. 32 introduce l'ulteriore misura dell'accantonamento dell'utile d'impresa – derivante dalla conclusione dei contratti 'compromessi'– in un apposito fondo a gestione separata.
Il sistema delineato dall'articolo in parola, dunque, introduce una serie di misure di natura preventivo-cautelare, che, in ragione della loro incidenza (più o meno significativa) sulla *governance* delle imprese, meriterebbero di essere osservate anche in ragione del già precario rapporto tra autorità e diritti individuali, tra esigenze di prevenzione e libertà.
Pertanto, l'obiettivo che la presente breve riflessione si propone è quello di provare a verificare se e in che misura il sistema di rimedi previsto per 'disinquinare' le commesse pubbliche in corso di esecuzione incida sulla sfera di autotomia dei privati e sulla libertà di impresa e, quindi, se il soddisfacimento dell'interesse pubblico alla conclusione del contratto riesca a coniugarsi con il libero esercizio di impresa.

2. *Le misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio.*

Le misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio disciplinate dall'art. 32, d.l. n. 90/2014, sono misure amministrative di carattere preventivo, con l'obiettivo di tutelare l'interesse pubblico alla celere realizzazione dell'opera, laddove nell'ambito dell'esecuzione di una commessa pubblica intervengano vicende legate a fenomeni corruttivi. Nel perseguimento di questo obiettivo, il sistema di misure straordinarie, per un verso, deve ripristinare la legalità per consentire la prosecuzione del rapporto contrattuale 'compromesso'; per altro verso, deve coniugare l'esecuzione del contratto in un regime di «legalità controllata»[7] con il libero esercizio di impresa.

[6] Sul punto si v. F. NUGNES, *Le misure di straordinaria e temporanea gestione d'impresa in caso di corruzione negli appalti pubblici* cit., p. 138; N.M. MAIELLO, *Le misure di straordinaria e temporanea gestione dell'impresa ex art. 32 d.l. n. 90/2014 nel settore sanitario* cit., p. 333.

[7] L'espressione si rinviene in Cons. Stato, sez. III, 27 novembre 2017, n. 5569.

ISSN 2036-7821

La disciplina prevista dall'art. 32 identifica i soggetti titolari del potere di adozione delle misure oggetto della norma, i casi nei quali questi poteri possono essere esercitati e gli effetti giuridici che essi producono.

Il legislatore ha elaborato un sistema di prevenzione e di controllo che vede protagonisti due diversi soggetti pubblici: il Presidente dell'ANAC e il Prefetto «competente in relazione al luogo in cui ha sede la stazione appaltante» (art. 32, co. 1). I procedimenti istruiti dal Presidente dell'ANAC e dal Prefetto sono «distinti ma teologicamente collegati»[8] e, quindi, l'uno è condizione necessaria per l'altro. Infatti, mentre al Presidente dell'ANAC è attribuito un potere di impulso e proposta in ordine allo strumento ritenuto più idoneo a neutralizzare il contratto 'inquinato'; al Prefetto competente, invece, spetta il potere di decidere effettivamente se e quale misura disporre nei confronti dell'impresa.

Le condizioni che legittimano l'adozione delle misure sono previste al comma 1 dell'art. 32 e possono riguardare le imprese aggiudicatarie di un appalto per la realizzazione di opere pubbliche, servizi o forniture nonché un concessionario di lavori pubblici o un contraente generale[9] nelle ipotesi in cui l'autorità giudiziaria proceda per una serie di reati (di matrice corruttiva) individuati dalla norma[10]; ovvero anche in presenza di «rilevate situazioni anomale e comunque sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali» (art. 32, co.1)[11]. La dottrina ha avuto modo di osservare che i presupposti individuati dal legislatore sono, per un verso, di natura indiziaria; e, per altro verso – in particolare nel secondo caso – sono anche ampi e indefiniti, connotati, dunque, da una forte indeterminatezza[12].

---

[8] Così F. DI CRISTINA, *La nuova vita dell'Anac e gli interventi in materia di appalti pubblici* cit., p. 1028.

[9] L'art. 32, co. 1, inoltre, indica tra i soggetti anche le imprese che esercitano attività sanitaria per conto del Servizio sanitario nazionale in base agli accordi contrattuali di cui all'art. 8-*quinques* del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502.

[10] L'art. 32, co. 1, si riferisce ai reati di cui agli articoli 317 c.p., 318 c.p., 319 c.p., 319-bis c.p., 319-ter c.p., 319-quater c.p., 320 c.p., 322, c.p., 322-bis, c.p. 346-bis, c.p., 353 c.p. e 353-bis c.p. Sul punto si v. F. NUGNES, *Le misure di straordinaria e temporanea gestione d'impresa in caso di corruzione negli appalti pubblici* cit., p. 145, la quale chiarisce che «La disposizione sembra configurare come condizione sufficiente la pendenza di un procedimento penale, intesi sin dalla fase delle indagini preliminari, vale a dire dall'iscrizione nel relativo registro della notizia del reato *ex* artt. 355 del codice di procedura penale. Non è prevista, infatti, come necessaria la pendenza di un processo penale, l'esercizio dell'azione penale da cui derivi la qualifica di imputato per il soggetto coinvolto, né tanto meno una sentenza di condanna».

[11] Sul punto si v. N.M. MAIELLO, *Le misure di straordinaria e temporanea gestione dell'impresa ex art. 32 d.l. n. 90/2014 nel settore sanitario* cit., p. 335, il quale rileva che i due presupposti individuati dall'art. 32, co. 1, sono rispettivamente presupposti «qualificati» e «generici».

[12] Si v. F. NUGNES, *Le misure di straordinaria e temporanea gestione d'impresa in caso di corruzione negli appalti pubblici* cit., p. 146, la quale osserva che «la genericità dei concetti espressi dalla norma corrisponde alla scelta del legislatore di attribuire all'autorità amministrativa un ampio margine di interpretazione/integrazione della stessa». Cfr. anche N.M. MAIELLO, *Le misure di straordinaria e temporanea gestione dell'impresa ex art. 32 d.l. n. 90/2014 nel settore sanitario* cit., pp. 337-338, secondo il quale la «condizione applicativa che desta maggiori perplessità è quella prevista nella seconda parte del primo comma, che legittima l'avvio del procedimento "in presenza di rilevate situazioni anomale e comunque sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali attribuibili ad

ISSN 2036-7821

Il Presidente dell'ANAC, una volta rilevati i presupposti appena descritti e averne informato il procuratore della Repubblica, accertata e valutata la gravità dei fatti, propone al Prefetto competente, in maniera alternativa, di «ordinare la rinnovazione degli organi sociali mediante la sostituzione del soggetto coinvolto» e, nel caso in cui l'impresa destinataria della misura non si adegui nel termine di trenta giorni, di «provvedere alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa limitatamente alla completa esecuzione del contratto d'appalto ovvero dell'accordo contrattuale o della concessione» (art. 32, co. 1, lett. a); ovvero di «provvedere direttamente alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa anche limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto ovvero dell'accordo contrattuale o della concessione» (art. 32, co. 1, lett. b). E così, il Prefetto, a seguito dell'accertamento dei presupposti e «valutata la particolare gravità dei fatti oggetto dell'indagine» (art. 32, co. 2), adotta la misura che ritiene più adeguata.

Infine, l'art. 32, co. 8 prevede un'ultima misura, quella di sostegno e monitoraggio, considerata, l'unica tra le altre, in grado di svolgere «una vera funzione terapeutico-riabilitativa nei confronti dell'impresa»[13]. Tale misura si applica nei casi di lieve gravità, ovvero quando «le indagini di cui al comma 1 riguardino componenti di organi societari diversi da quelli di cui al medesimo comma, anche laddove sia stato concluso e interamente eseguito il contratto di appalto»[14] (art. 32, co. 8). In questo caso il Prefetto nomina «uno o più esperti, in numero comunque non superiore a tre» (art. 32, co. 8), che hanno il compito di affiancare la *governance* dell'impresa, sia sotto il profilo organizzativo che gestionale, assicurandone una revisione virtuosa. Nella prassi applicativa dell'ANAC si rinviene altresì che la misura di sostegno e monitoraggio, qualora venga accertata la conclusione o la risoluzione del contratto, è proposta in alternativa a quella di straordinaria e temporanea gestione d'impresa,

---

un'impresa". Non è peregrino osservare che un simile presupposto deroghi agli standard qualitativi che dovrebbe connotare la legge limitativa di un diritto fondamentale, nel caso di specie la libertà di impresa». Inoltre, l'ANAC nelle "Disposizioni per la disciplina del procedimento preordinato alla proposta del Presidente dell'A.N.A.C. di adozione delle misure straordinarie ai sensi dell'articolo 32 del d.l. 90/2014, convertito con modificazioni dalla legge 114/2014, e s.m.i." (16 settembre 2022), specifica che altri presupposti oggettivi per l'esercizio del potere di proposta sono «la riferibilità, anche in via presuntiva, dei fatti illeciti all'operatore economico titolare del contratto o dell'accordo contrattuale» ovvero «l'accertamento dei fatti, inteso come consistenza oggettiva di condotte in grado di incidere, in termini di qualificata probabilità sul corretto svolgimento della procedura di affidamento o di esecuzione del contratto o dell'accordo contrattuale, e la gravità degli stessi».

[13] Così N.M. MAIELLO, *Le misure di straordinaria e temporanea gestione dell'impresa ex art. 32 d.l. n. 90/2014 nel settore sanitario* cit., p. 344.

[14] L'art. 12, co. 1, capo 12-*ter*, d.l. 10 settembre 2021, n. 121 ha modificato il testo dell'art. 32, co. 8 prevedendo l'adozione della misura di sostegno e monitoraggio «anche laddove sia stato concluso e interamente eseguito il contratto di appalto» (art. 32, co. 8), determinando una notevole ingerenza della P.A. nella governance dell'impresa privata che non abbia più alcun rapporto contrattuale in essere con le stazioni appaltanti.

ISSN 2036-7821

ovvero è proposta anche contestualmente a quest'ultima, come se fosse una sorta di misura 'accessoria'[15].

È evidente che il legislatore abbia inteso prevedere strumenti connotati da diversi gradi di severità, per consentire di rispondere ad altrettante esigenze di diversa intensità criminale. Invero, come si è appena avuto modo di osservare, il comma 8 dell'art. 32, disciplina la più '*soft*' tra le misure; mentre la rinnovazione degli organi sociali – laddove si ritenga sufficiente l'allontanamento dei soggetti coinvolti nei fatti illeciti – e la straordinaria e temporanea gestione d'impresa (il cd. commissariamento) sono considerate, in misura diversa, certamente strumenti più afflittivi.

Nell'ipotesi del commissariamento, il Prefetto provvede con proprio decreto alla nomina «di uno o più amministratori, in numero comunque non superiore a tre» (art. 32, co. 2), ai quali, per la durata della misura, «sono attribuiti tutti i poteri e le funzioni degli organi di amministrazione dell'impresa» (art. 32, co. 3). Pertanto, i titolari sono sospesi dall'esercizio dei poteri di disposizione e gestione; mentre, nel caso in cui l'impresa fosse costituita in forma societaria, i poteri dell'assemblea sarebbero sospesi per l'intera durata del commissariamento. Con il predetto decreto il Prefetto stabilisce altresì «la durata della misura in ragione delle esigenze funzionali alla realizzazione dell'opera pubblica, al servizio o alla fornitura oggetto del contratto ovvero dell'accordo contrattuale e comunque non oltre il collaudo» (art. 32, co. 2).

La misura di commissariamento è sicuramente, tra le altre, quella che incide in maniera più significativa sull'autonomia privata e, infatti, è stata finanche definita dalla dottrina come una misura dalla «portata ablatoria», giacché comporta «una restrizione della sfera giuridica personale e patrimoniale»[16]. A tal proposito, il comma 7 dell'art. 32 disciplina un'ulteriore misura 'accessoria' che prevede l'accantonamento dell'utile, derivante dal contratto colpito dalle misure straordinarie, in un apposito fondo a gestione separata (su questo aspetto si tornerà più avanti al par. 3).

Sebbene la misura di commissariamento sia limitata nel tempo, non è chiaro se lo sia anche rispetto all'oggetto e, infatti, a questo riguardo, sono emersi alcuni dubbi interpretativi. Le incertezze hanno riguardato precipuamente il perimetro del commissariamento, che – per la durata della misura – può estendersi alla complessiva gestione dell'impresa, ovvero limitarsi alla gestione del singolo

[15] Cfr. Proposta di applicazione della misura di straordinaria e temporanea gestione, ai sensi dell'art. 32, comma 1, lett. b, o di sostegno e monitoraggio ai sensi dell'art. 32, comma 8, del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito con modificazioni dalla legge n. 114/2014, Fasc. ANAC n. 1175/2021; Proposta di applicazione della misura della straordinaria e temporanea gestione di cui all'art. 32, comma 1, lett. b, del d.l. 90/2014 e s.m.i. nei confronti di Omissis - Procedimento penale Omissis GIP del Tribunale di Omissis, Fasc. UCOM n. 1918/2023.

[16] Così F. NUGNES, *Le misure di straordinaria e temporanea gestione d'impresa in caso di corruzione negli appalti pubblici* cit., p. 155.

ISSN 2036-7821

contratto[17]. A tutt'oggi, pare che i dubbi sull'invasività del commissariamento siano stati chiariti dal legislatore, il quale è intervenuto alla lett. b) del primo comma dell'art. 32, modificando la disposizione e introducendo la locuzione «anche», attribuendo, così, un significato ben più preciso all'ampiezza del commissariamento[18]. Sembrerebbe, quindi, che nelle ipotesi in cui la straordinaria e temporanea gestione d'impresa venga applicata direttamente possa interessare anche l'intera *governance* dell'impresa; nei casi in cui, invece, il commissariamento subentri a seguito della mancata osservanza alle prescrizioni imposte con la più blanda misura della rinnovazione degli organi sociali, debba limitarsi alla gestione del singolo contratto, senza alterare l'intera struttura dell'impresa. Pertanto, agli amministratori prefettizi, nel caso di commissariamento *dell'impresa* si attribuirebbero tutti i poteri e le funzioni degli organi di amministrazione, esautorando completamente i titolari; mentre, nel caso di commissariamento *del contratto* solo quelli necessari all'ultimazione della prestazione contrattuale[19], che comporterebbe ugualmente la sospensione dei poteri e delle funzioni degli organi sociali, ma limitatamente allo specifico appalto o concessione.
Dalla prassi applicativa dell'ANAC, però, si rileva che l'autorità amministrativa è orientata verso una meno invasiva applicazione della misura di commissariamento, dato che circoscrive le proposte di adozione, rivolte al Prefetto competente, solo a specifici contratti o concessioni, dunque, senza includere l'intero spossessamento gestionale dell'impresa.

2.1. *Le misure straordinarie per finalità antimafia.*

[17] Sul punto si v. N.M. MAIELLO, *Le misure di straordinaria e temporanea gestione dell'impresa ex art. 32 d.l. n. 90/2014 nel settore sanitario* cit., p. 342, il quale osserva che la dottrina è stata divisa sul punto. Si v. anche F. NUGNES, *Le misure di straordinaria e temporanea gestione d'impresa in caso di corruzione negli appalti pubblici* cit., p. 185, la quale spiega che a suggerire l'interpretazione secondo cui il commissariamento dovesse riguardare l'intera gestione dell'impresa è il comma 3 dell'art. 32, il quale prevede che «per la durata della straordinaria e temporanea gestione d'impresa, sono attribuiti agli amministratori tutti i poteri e le funzioni degli organi di amministrazione dell'impresa» disponendo la sospensione dell'esercizio dei poteri di disposizione e gestione dei titolari.

[18] A tutt'oggi, la disposizione statuisce che il Presidente dell'ANAC può proporre al Prefetto di «di provvedere direttamente alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa anche limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto ovvero dell'accordo contrattuale o della concessione». Sembra necessario rilevare che le modifiche del legislatore sono frutto di una non ineccepibile tecnica redazionale, dato che la norma, così com'è stata concepita, contiene un ossimoro, accostando gli avverbi 'anche' e 'limitatamente'. Tuttavia, sembra potersi cogliere l'intenzione del legislatore: ampliare il perimetro di applicazione della misura di straordinaria e temporanea gestione d'impresa, almeno nelle ipotesi di diretta applicazione.

[19] Sul punto si v. F. NUGNES, *Le misure di straordinaria e temporanea gestione d'impresa in caso di corruzione negli appalti pubblici* cit., p. 186, la quale esprime i suoi dubbi proprio rispetto all'attività dei commissari ai quali è affidata la sola gestione del contratto, intravedendo una prima difficoltà riguardo «la non univoca corrispondenza tra la gestione del contratto affidata dal Prefetto agli amministratori e un determinato settore dell'impresa; verosimilmente la gestione del contratto comporterà il coinvolgimento trasversale di diverse aeree della stessa».

ISSN 2036-7821

Com'è già stato anticipato, le misure disciplinate dall'art. 32 coinvolgono quei soggetti la cui affidabilità è stata compromessa dal coinvolgimento sia in vicende corruttive che in episodi di contiguità al crimine organizzato e, pertanto, sono previsti presupposti e *iter* procedimentali diversi. Infatti, l'art. 32, co. 10 disciplina le ipotesi in cui le misure si applicano per finalità antimafia. In questi casi il Prefetto le dispone di propria iniziativa – informandone il Presidente dell'ANAC – qualora l'impresa è stata già destinataria di un'informazione antimafia interdittiva e nei casi in cui il completamento dell'esecuzione della commessa pubblica è necessario «al fine di garantire la continuità di funzioni e servizi indifferibili per la tutela di diritti fondamentali, nonché per la salvaguardia dei livelli occupazionali o dell'integrità dei bilanci pubblici, ancorché ricorrano i presupposti di cui all'articolo 94, comma 3, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159» (co. 10).

Nei casi in cui sopraggiunga un'interdittiva antimafia, l'adozione delle misure non è collegata ad un singolo evento corruttivo, bensì, più in generale, alle conseguenze che ha prodotto il fenomeno dell'inquinamento mafioso sull'impresa. Per quanto concerne la misura di commissariamento, ciò comporta una diversa valutazione che incide sul perimetro di azione della misura stessa, il quale non potrà essere «limitato ad un singolo contratto», ma dovrà «riguardare – in base alla valutazione discrezionale del Prefetto – tutti i contratti in essere»[20] dell'impresa con la P.A. Infatti, il commissariamento antimafia prevede un *iter* procedimentale che si arricchisce di una fase ricognitiva, prodromica alla gestione straordinaria, nella quale il Prefetto, in collaborazione con le stazioni appaltanti, l'ANAC e le altre istituzioni coinvolte, definisce l'ambito oggettivo della misura. Al termine di questa fase poi, il Prefetto adotta il provvedimento di commissariamento che includerà una serie di contratti, tutti destinati alla gestione dei commissari prefettizi.

In dottrina c'è chi ritiene che le misure applicate contestualmente ad un'informazione antimafia interdittiva abbiano un effetto terapeutico-riabilitativo per l'impresa, giacché, nonostante gli effetti paralizzanti dell'interdittiva, consentono, in qualche modo, di continuare l'esecuzione dei contratti al fine di garantire esigenze pubblicistiche[21]. Invero, i destinatari del provvedimento antimafia interdittivo sono colpiti da una particolare forma di incapacità, «parziale e tendenzialmente temporanea»[22], rispetto ai rapporti giuridici con la P.A.; pertanto, nelle ipotesi in cui

[20] Così A. MALTONI, *Commissariamento di imprese limitatamente a singoli contratti pubblici* cit., pp. 460-461. Sul punto si v. anche Così R. CANTONE, B. COCCAGNA, *Commissariamenti prefettizi e controllo giudiziario delle imprese interdette per mafia* cit., p. 158.

[21] Sul punto si v. N.M. MAIELLO, *Le misure di straordinaria e temporanea gestione dell'impresa ex art. 32 d.l. n. 90/2014 nel settore sanitario* cit., p. 338.

[22] Così F. FIGORILLI, W. GIULIETTI, *Contributo allo studio della documentazione: aspetti sostanziali, procedurali e di tutela giurisdizionale*, in *federalismi.it*, 2021, fasc. 14, pp. 56 ss., p. 56. Gli AA., infatti, chiariscono che l'interdittiva antimafia è «parziale "in quanto limitata ai rapporti giuridici con la Pubblica Amministrazione, ed anche nei confronti di questa limitatamente a quelli di natura contrattuale, ovvero intercorrenti con esercizio di poteri

ISSN 2036-7821

l'interdittiva sopraggiunga nel corso dell'esecuzione di un contratto, la normativa generalmente ne prevede la risoluzione obbligatoria[23]. Dunque, sembra potersi ritenere che il commissariamento antimafia rappresenti un'eccezionale deroga all'incapacità dell'impresa interdetta a continuare ad intrattenere rapporti contrattuali con la P.A. Tuttavia, altra parte della dottrina[24], ritiene che lo strumento di commissariamento esteso a tutti i contratti in essere con la P.A. – specialmente quando questi rappresentino la maggior parte dell'attività svolta – rischia di essere una misura eccessivamente afflittiva per l'impresa, o almeno più afflittiva di altre, come, ad esempio, l'amministrazione giudiziaria disposta dal Tribunale[25]. Così stando le cose, lo strumento del commissariamento, in tali casi, potrebbe determinare delle inefficienze che «non si ripercuotono, a ben vedere, soltanto sulla gestione dell'impresa, ma più in generale possono mettere a repentaglio il soddisfacimento delle finalità di interesse pubblico»[26].

La misura prefettizia cessa in modo naturale con l'ultimazione della prestazione contrattuale, ma il legislatore ne prevede anche la definizione anticipata al sopravvenire di provvedimenti favorevoli all'impresa costituiti dall'annullamento dell'informazione antimafia interdittiva, dichiarato con sentenza passata in giudicato, ovvero dalla sua sospensione cautelare disposta con ordinanza definitiva e dall'aggiornamento della predetta informazione in senso liberatorio, ex art. 91, co. 5, d.lgs. n. 159/2011, per il venir meno degli elementi che avevano fondato la convinzione dei tentativi di infiltrazione mafiosa[27].

---

provvedimentali, e comunque ai precisi casi espressamente indicati dalla legge (art. 67 d. lgs. n. 159/2011)"; tendenzialmente temporanea, potendo venire meno per il tramite di un successivo provvedimento dell'autorità amministrativa competente (il Prefetto)».

[23] L'art. 94, co. 2, d.lgs. 159/2011, prevede che «qualora la sussistenza di una causa di divieto indicata nell'art. 67 o gli elementi relativi a tentativi di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4, ed all'art. 91, comma 6, siano accertati successivamente alla stipula del contratto, i soggetti di cui all'art. 83, commi 1 e 2, salvo quanto previsto al comma 3, revocano le autorizzazioni e le concessioni o recedono dai contratti». Tuttavia, sono riconosciute delle eccezioni, sia dall'art. 94, co. 3, d.lgs. n. 159/2011, il quale prevede che «I soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, non procedono alle revoche o ai recessi di cui al comma precedente nel caso in cui l'opera sia in corso di ultimazione ovvero, in caso di fornitura di beni e servizi ritenuta essenziale per il perseguimento dell'interesse pubblico, qualora il soggetto che la fornisce non sia sostituibile in tempi rapidi»; sia dall'art. 32, co. 10, d.l. n. 90/2014, che prevede la sottoposizione dell'impresa ad un regime di legalità controllata. L'unica differenza tra l'ipotesi di cui all'art. 94, co. 3, d.lgs. n. 159/2011 e le misure straordinarie in esame si rinviene nel diverso soggetto a cui è affidata la valutazione sulla continuazione del rapporto: nel primo caso è rimessa alla stazione appaltante, nel secondo caso, invece, è rimessa al Prefetto.

[24] Sul punto si v. A. MALTONI, *Commissariamento di imprese limitatamente a singoli contratti pubblici* cit., pp. 461 ss.

[25] Sul tema dell'amministrazione giudiziaria si v. fra gli altri T. ALESCI, *Note introduttive agli artt. 34-34 ter: Amministrazione giudiziaria*, in *Commentario breve al codice antimafia e alle altre procedure di prevenzione*, A. Marandola, G. Spangher, Milano, 2024, pp. 195 ss.

[26] Così A. MALTONI, *Commissariamento di imprese limitatamente a singoli contratti pubblici* cit., p. 461.

[27] L'art. 32, co. 10, d.l. n. 90/2014, invero, statuisce che le misure «sono revocate e cessano comunque di produrre effetti in caso di passaggio in giudicato di sentenza di annullamento dell'informazione antimafia interdittiva, di ordinanza che dispone, in via definitiva, l'accoglimento dell'istanza cautelare eventualmente proposta ovvero di aggiornamento dell'esito della predetta informazione ai sensi dell'articolo 91, comma 5, del decreto legislativo 6

ISSN 2036-7821

3. *L'accantonamento dell'utile d'impresa e l'intervento della Corte costituzionale.*

Come è stato già anticipato, tra gli obiettivi del sistema concepito dall'art. 32, d.l. n. 90/2014 si rinviene quello di evitare che l'esigenza di conclusione del contratto oggetto della misura straordinaria non si traduca in una possibilità per l'impresa di conseguire un ingiusto arricchimento. E infatti, il legislatore al comma 7 dell'art. 32 prevede la 'misura accessoria' dell'accantonamento dell'utile d'impresa, derivante dai contratti 'inquinati', in un apposito fondo, scongiurando, così, il paradossale effetto di far percepire all'impresa – proprio attraverso l'adozione della misura straordinaria[28] – il profitto dell'attività criminosa.

L'utile accantonato nel fondo non può «essere distribuito» ovvero «essere soggetto a pignoramento, sino all'esito dei giudizi in sede penale ovvero, nei casi di cui al comma 10, dei giudizi di impugnazione o cautelari riguardanti l'informazione interdittiva» (art. 32, co. 7). Il comma 7, quindi, introduce un ulteriore strumento con una finalità preventiva e cautelare che, per un verso, svolge la duplice funzione di 'raccogliere' e accantonare le somme per tutta la durata della misura; per altro verso, pone un vincolo di indisponibilità sulle somme accantonate che, invece, segue le sorti dei giudizi in sede penale ovvero i giudizi connessi al provvedimento interdittivo antimafia.

La disposizione di cui al comma 7 tace, però, rispetto alla destinazione delle somme accantonate nel fondo a gestione separata. Mentre nel caso di commissariamento anticorruzione il congelamento delle somme potrebbe essere strumentale a garantire l'attuazione di specifiche misure ablative nelle ipotesi di sentenze di condanna; nel caso, invece, del commissariamento antimafia, non è chiaro dalla lettera della disposizione quale sia la funzione dell'accantonamento, ma, in particolare, a chi sia destinata quella parte di patrimonio d'impresa nei casi di conferma giurisdizionale del provvedimento antimafia interdittivo.

Sul punto si è pronunciata di recente la Corte costituzionale[29], 'ribaltando' l'orientamento espresso dal Consiglio di Stato in sede consultiva (n. 1567 del 2018),

---

settembre 2011, n. 159, e successive modificazioni, anche a seguito dell'adeguamento dell'impresa alle indicazioni degli esperti».

[28] L'accantonamento degli utili nel fondo a gestione separata originariamente era stato previsto unicamente nelle due ipotesi commissariamento del contratto, per finalità anticorruzione e antimafia; a tutt'oggi, il legislatore sembra essere intervenuto per estendere la disciplina di cui al comma 7 anche alle ipotesi di rinnovazione degli organi sociali, introducendo la lett. b-*bis*, al comma 1 dell'art. 32, che, peraltro, statuisce anche il *quantum* delle risorse da accantonare. L'art. 32, co. 1, lett. b-*bis* prevede, dunque, che il Presidente dell'ANAC può al Prefetto competente «di ordinare alla stazione appaltante che i pagamenti all'operatore economico, anche nei casi di cui alla lett. a), siano disposti al netto dell'utile derivante dalla conclusione del contratto, quantificato nel 10 per cento del corrispettivo, da accantonare, ai sensi del comma 7, in un apposito fondo».

[29] Corte costituzionale, 23 maggio 2023, n. 101.

ISSN 2036-7821

recepito dalle quinte Linee Guida ANAC[30]. Invero, il Consiglio di Stato riteneva necessario devolvere in favore dell'amministrazione contraente o del soggetto finanziatore dell'investimento pubblico gli utili contrattuali accantonati dai commissari nel fondo vincolato a seguito del rigetto dell'impugnazione del provvedimento interdittivo, evitando, così, che l'operatore economico interdetto conseguisse un arricchimento patrimoniale in virtù di un suo comportamento antigiuridico[31].

La Corte costituzionale ha ritenuto, invece, che l'accantonamento degli utili in un apposito fondo costituisca «misura già sufficiente a salvaguardare l'economia legale dai tentativi di infiltrazione mafiosa in quanto sottrarrebbe all'impresa interdetta ogni forma di locupletazione durante il periodo di vigenza dell'interdittiva»[32]. In particolare, nei casi in cui l'impresa sia stata 'riabilitata' a seguito di un aggiornamento dell'informazione antimafia in senso liberatorio, l'ulteriore misura della retrocessione degli utili risulterebbe sproporzionata e irragionevole.

Posto che dall'originario corrispettivo va detratto il compenso liquidato ai commissari, secondo la Corte è «nell'art. 94, commi 2 e 3, cod. antimafia che deve essere rinvenuta la regola di rideterminazione del quantum della prestazione resa nel regime di "legalità controllata"»[33]. Dunque, al venir meno del vincolo di indisponibilità del fondo, sembrerebbe doversi riconoscere all'operatore economico – che ha portato a termine la prestazione con propri mezzi, ma nel regime di legalità controllata – «non l'intero guadagno […] accantonato (costituito dalla differenza tra il

[30] A tutt'oggi le Linee Guida ANAC sono state sostituite dalle "Disposizioni per la disciplina del procedimento preordinato alla proposta del Presidente dell'A.N.AC. di adozione delle misure straordinarie ai sensi dell'articolo 32 del d.l. 90/2014, convertito con modificazioni dalla legge 114/2014, e s.m.i.", pubblicate sul sito istituzionale dell'Autorità.

[31] Secondo il parere del Consiglio di Stato, per effetto dell'interdittiva l'originario rapporto contrattuale si scioglie ai sensi dell'art. 94 cod. antimafia e il commissariamento prefettizio obbliga l'impresa appaltatrice interdetta a portare ad esecuzione l'originaria prestazione per specifiche ragioni di pubblica utilità. La fonte dell'obbligazione sarebbe, dunque, novata dal provvedimento. Al venir meno del titolo contrattuale conseguirebbe il venir meno del corrispettivo pattuito e all'impresa spetterebbe solo il rimborso dei costi e delle spese con ablazione del profitto.

[32] Così Corte costituzionale, n. 101/2023. La Corte, inoltre, aggiunge che «non ricorrerebbe alcuna novazione della fonte atteso che l'originario contratto, nel difetto di risoluzione, continuerebbe a essere eseguito dalla società ricorrente con propri mezzi, umani e patrimoniali, con correlativa responsabilità, seppur sotto l'amministrazione dei commissari prefettizi».

[33] Così Corte costituzionale, n. 101/2023. I giudici della Consulta rammentano che i commi 2 e 3 dell'art. 94 regolano «le conseguenze della sopravvenienza dell'interdittiva sui contratti pubblici in corso e all'appaltatore riconoscono espressamente, per il caso della "ordinaria" scelta dell'amministrazione di risolvere il contratto, "il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite" dall'amministrazione». Inoltre, osservano che seppur l'art. 94, co. 3, cod. antimafia non detta a sua volta espressamente la regola del compenso per l'ipotesi in cui l'amministrazione determini la prosecuzione del rapporto, a siffatta fattispecie «può agevolmente estendersi la regola dettata nella disposizione che la precede e a cui è legata: le opere interamente eseguite per volontà dell'amministrazione vanno ugualmente compensate nel loro valore nei limiti dell'utilità ricavata alla controparte».

ISSN 2036-7821

prezzo e i costi già corrisposti), bensì il minor importo dato dal valore della prestazione nei limiti dell'utilità conseguita dall'amministrazione, al netto dei costi già versati»[34].

Il riconoscimento dell'utile accantonato nel fondo e derivante dal rapporto contrattuale commissariato, seppur ridotto, evita di comprimere in maniera irragionevole la libertà di impresa e il diritto di proprietà. Infatti, la Consulta ha avuto modo di osservare che contestualmente alla misura di commissariamento, l'impresa potrebbe dover svolgere attività imprenditoriale nei confronti dei privati e la retrocessione degli utili prodotti a seguito della conclusione del contratto commissariato «andrebbe a comprimere in termini sproporzionati il diritto di proprietà e la libertà di iniziativa economica»[35].

A ben vedere, la giurisprudenza della Corte costituzionale sovente si è pronunciata relativamente alla restrizione della libertà di iniziativa economica, ritenendola giustificata in virtù di un'utilità sociale, ma alla condizione che gli interventi del legislatore non la perseguano mediante «misure palesemente incongrue»[36], dovendo necessariamente sussistere «un giusto equilibrio»[37] tra le esigenze dell'interesse generale della comunità e l'ingerenza nel diritto individuale al godimento dei beni.

4. *La giurisprudenza amministrativa in tema di misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio.*

La giurisprudenza amministrativa, in armonia con la *ratio* della norma, rinviene nell'art. 32, d.l. n. 90/2014 «l'ambizioso obiettivo di contemperare due opposte esigenze: garantire la completa esecuzione degli appalti e neutralizzare il rischio derivante dall'infiltrazione criminale nelle imprese»[38]. Oltretutto, di recente, il Consiglio di Stato ha rilevato, in via generale, che le misure straordinarie *ex* art. 32 «sono adottate in esercizio di un potere conformativo e limitativo della libertà di iniziativa economica nell'intento di salvaguardare interessi pubblici di rango superiore»[39].

Tuttavia, i giudici amministrativi riconoscono che la norma prevede «una gradazione delle misure applicabili in ragione della gravità della situazione riscontrata a carico

[34] Così Corte costituzionale, n. 101/2023.

[35] Cfr. ancora Corte costituzionale, n. 101/2023.

[36] Si v. *ex multis*: Corte costituzionale, 16 giugno 2022, n. 150; Corte costituzionale, 9 maggio 2022, n. 113; Corte costituzionale, 23 novembre 2021, n. 218; Corte costituzionale, 7 maggio 2020, n. 85.

[37] Si v. Corte costituzionale, 11 novembre 2021, n. 213.

[38] Così Cons. Stato, sez. III, 10 gennaio 2018, n. 93. Sul punto si v. anche Cons. Stato, sez. III, 10 luglio 2020, n. 4406; Cons. Stato, sez. III, 27 novembre 2017, n. 5563; Cons. Stato, sez. III, 28 aprile 2016, n. 1630; Cons. Stato, sez. III, 24 luglio 2015, n. 3653.

[39] Così Cons. Stato, sez. III, 4 ottobre 2024, n. 7971.

ISSN 2036-7821

dell'operatore economico»[40] e della corrispondente necessità di ripristinare le condizioni di legalità. Pertanto, la misura di sostegno e monitoraggio è individuata come quella più adeguata nelle ipotesi di «minore compromissione»; invece, sono collocate «su un diverso livello […] le misure previste per i casi più gravi», ossia la rinnovazione degli organi sociali e «nei casi di maggiore gravità o nelle ipotesi di inottemperanza all'ingiunzione a rinnovare gli organi sociali» la gestione straordinaria e temporanea dell'impresa[41].

La giurisprudenza ravvisa nella decisione prefettizia – in ordine all'adozione della misura di commissariamento – una valutazione del tutto discrezionale e definisce altresì l'ampiezza di tale discrezionalità, chiarendo quali devono essere gli interessi oggetto di siffatta valutazione. La decisione sembra dover essere incentrata «sul raggiungimento di obiettivi di interesse pubblico connessi all'esecuzione del contratto che la norma ha avuto cura di individuare con puntualità»[42]. Il Prefetto, nell'adozione della misura straordinaria, dunque, «non dovrà operare alcuna valutazione di interessi di tipo privatistico ed aziendale […] ma limitarsi alla cura del solo interesse pubblico contrattuale specifico»[43]. Dalla ricostruzione della giurisprudenza, sembra intuirsi che la valutazione discrezionale debba avvenire solo tenendo conto dell'interesse pubblico sotteso al contratto oggetto della misura e non degli altri interessi secondari (pubblici o privati) coinvolti nella vicenda. Dunque, pare che il provvedimento prefettizio non sia frutto del contemperamento di tutti gli interessi in gioco, bensì del solo interesse pubblico specifico connesso alla conclusione del contratto[44].

Così stando le cose, la giurisprudenza ha tracciato anche l'ampiezza del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti di adozione delle misure straordinarie: l'accertamento del giudice amministrativo deve contenersi entro ristretti confini, non estendibili «oltre un apprezzamento che riguardi la manifesta irrazionalità, sproporzione o errore di fatto nell'adozione della misura»[45].

---

[40] Così Cons. Stato, sez. III, n. 7971/2024. Sul punto si v. anche Tar Campania, Napoli, sez. I, 13 ottobre 2020, n. 4484. Cfr., altresì, Cons. Stato, sez. III, 3 marzo 2021, n. 1791.

[41] Cfr. Tar Campania, Napoli, sez. I, n. 4484/2020.

[42] Così, ancora, Tar Campania, Napoli, sez. I, n. 4484/2020.

[43] Si v. Tar Campania, Napoli, sez. I, n. 4484/2020.

[44] Sul punto si v. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di diritto amministrativo, per il corso di base*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, pp. 323 ss. Una posizione leggermente diversa è assunta da S. TORRICELLI, *Buona fede e confini dell'imparzialità nel rapporto procedimentale*, in *PA Persona e Amministrazione*, 2, 2022, pp. 29 ss., p. 36, il quale osserva che «per quanto si dica che l'interesse pubblico in concreto sia un interesse che sintetizza gli interessi pubblici e privati rilevanti, in questa opera di sintesi la presenza degli interessi pubblici è inderogabile, mentre la presenza degli interessi privati è auspicabile, ma rinunciabile».

[45] Così Tar Campania, Napoli, sez. I, n. 4484/2020. A tal proposito, è bene chiarire anche che un'eventuale illegittimità dell'atto non comporta automaticamente l'illeceità dello stesso, che consentirebbe di soddisfare le esigenze risarcitorie. Infatti, «è stato rilevato in giurisprudenza, specificamente con riguardo ai provvedimenti di prevenzione dal pericolo della c.d. infiltrazione mafiosa, che l'eventuale statuizione di "*illegittimità non comporta l'automatica illiceità dell'operato dell'Autorità di pubblica sicurezza e non si traduce automaticamente nella responsabilità*

ISSN 2036-7821

Dunque, i giudici, coerentemente con la norma (art. 32, co. 4), rinvengono nella straordinaria e temporanea gestione d'impresa «un'attività considerata ad ogni effetto di pubblica utilità»[46], attribuendole la «funzione di strumento per l'esecuzione del contratto nell'esclusivo interesse della p.a. (in alternativa al recesso) cui si affianca l'ulteriore funzione cautelare e preventiva, di accantonamento degli utili»[47] escludendo, altresì, la natura sanzionatoria dell'istituto.

Per quanto concerne, invece, la misura di sostegno e monitoraggio, questa si posizionerebbe come ultima, tra le altre, relativamente al suo grado di 'invasività' nella *governance* dell'impresa[48]. Invero, la misura di sostegno e monitoraggio è intenta «a promuovere un percorso di revisione virtuosa dell'impresa attraverso l'introduzione di un presidio di esperti che, senza incidere sulla composizione ed i poteri degli organi di amministrazione, sono chiamati a riorientarne in senso lato la *governance* onde ricondurre la gestione complessiva dell'Azienda su binari di legalità e trasparenza con trasversale ricaduta sull'intero assetto organizzativo e gestionale dell'impresa»[49].

Quindi, sebbene per una parte della giurisprudenza l'attività di sostegno e monitoraggio si traduca essenzialmente in indicazioni prescrittive e di controllo, non esautorando del tutto il ruolo e l'attività degli organi societari; per altra parte della giurisprudenza, invece, la misura, in qualche modo, comunque invade o limita il campo di azione, così da interferire nella *governance* dell'impresa e con la sua libertà di iniziativa economica[50]. La misura di sostegno e monitoraggio è «applicabile non solo al caso in cui le vicende giudiziarie abbiano coinvolto soggetti diversi dai componenti degli organi sociali dell'impresa, ma anche quando i fatti corruttivi rivelino un minor grado di compromissione e di rischio per l'operatore economico»[51].

Nella sua precedente formulazione, l'adozione della misura era legata alla durata del contratto cui si correlava, giacché funzionale alla sua corretta gestione ed esecuzione, dovendosi ristabilire le condizioni di piena legalità entro cui deve svilupparsi il rapporto contrattuale[52]. L'attuale formulazione del comma 8 dell'art. 32, invece, consente «espressamente l'adozione della misura di sostegno e monitoraggio nei confronti di un'aggiudicataria di un appalto per la realizzazione di opere pubbliche,

---

risarcitoria dell'Autorità prefettizia che la ha adottata, dovendo sempre essere dimostrata la colpa in concreto". Dunque, tra statuizione sull'illegittimità dell'atto e giudizio sul risarcimento del danno v'è soluzione di continuità. Non v'è alcun automatismo tra l'illegittimità dell'atto e l'illiceità risarcibile» (così Tar Puglia, Bari, sez. II, 16 dicembre 2022, n. 1738. Si v. anche Cons. Stato, sez. II, 18 gennaio 2022, n. 330; Cons. Stato, sez. V, 12 novembre 2019, n. 751).

[46] Cfr. Cons. Stato, sez. III, 25 luglio 2019, n. 5268.

[47] Così altresì Cons. Stato sez. III, n. 93/2018.

[48] Sul punto si v. Cons. Stato, sez. III, n. 1791/2021.

[49] Cfr. Cons. Stato, sez. III, n. 1791/2021.

[50] Sul punto si v. Tar Puglia, sez. II, 10 agosto 2023, n. 1071.

[51] Così Cons. Stato, sez. III, 3 febbraio, 2020, n. 503.

[52] Sul punto si v. Cons. Stato, sez. III, n. 7971/2024 e n. 1791/2021.

ISSN 2036-7821

servizi o forniture anche nell'ipotesi in cui un contratto oggetto dell'appalto – che abbia dato causa all'adozione delle misura – sia stato concluso o interamente eseguito e l'impresa non abbia altri rapporti contrattuali in corso con pubbliche amministrazioni»[53]. Quindi, si creerebbe la circostanza in cui un'impresa, che ha già concluso o interamente eseguito il contratto 'compromesso', veda 'infiltrati' nella propria *governance* gli esperti di nomina prefettizia, pur non avendo ulteriori contratti pubblici in corso di esecuzione. Il Consiglio di Stato ha ritenuto che siffatta circostanza «non sembra essere dirimente ai fini di ritenere la misura ingiustificata e lesiva della libertà economica di impresa, non potendosi non tenere conto che in detta libertà rientra certamente anche la facoltà di partecipare a nuove gare di appalto per aggiudicarsi nuovi contratti pubblici»[54]. Dunque, per il Supremo Consesso l'applicazione della misura sembra doversi giustificare per due ordini di ragioni: per un verso, parrebbe doversi tenere conto che in futuro l'impresa possa decidere di intrattenere nuovi rapporti con la P.A.; per altro verso, la «finalità di salvaguardare interessi pubblici di rango superiore» giustifica l'applicazione «di una così poco invasiva misura», che seppur limitativa della libertà di iniziativa economica, rispetta i «canoni di gradualità e proporzionalità». Infine, i giudici chiariscono che la libertà d'impresa «non rappresenta un diritto assoluto, rimanendo un diritto comunque soggetto ad un vincolo di conformità al quadro normativo dell'Unione e dello Stato di appartenenza»[55].

5. ***Alcune osservazioni conclusive.***

Ultimata l'analisi della disciplina e della giurisprudenza riguardante le misure straordinarie previste dall'art. 32, d.l. n. 90/2014, sembra possibile rendere alcune brevi considerazioni conclusive, facendo ritorno alla premessa, al termine della quale

[53] Cfr. Cons. Stato, sez. III, n. 7971/2024, in cui si chiarisce altresì che «la disposizione normativa, allorquando consente che la misura possa essere disposta *"anche laddove sia stato concluso o interamente eseguito il contratto* di *appalto"*, si riferisce indubitabilmente a un contratto aggiudicato dalla pubblica amministrazione che, sebbene già concluso o interamente eseguito, è risultato essere "inquinato", cioè coinvolto nei fatti oggetto del procedimento penale».

[54] Così Cons. Stato, sez. III, n. 7971/2024. I giudici, inoltre, osservano che «In questa chiave prospettica la novella legislativa non sembra tradire la *ratio* ispiratrice della misura – come ha ritenuto il giudice di prime cure disapplicando la norma nazionale ritenuta in contrasto con l'art. 16 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea – poiché anche nella nuova formulazione la misura trova pur sempre il suo imprescindibile presupposto in un contratto con la pubblica amministrazione che, seppur concluso, è risultato "coinvolto in fatti di rilevanza penale", rimanendo comunque riferita alla finalità di riorientare la *governance* e garantire così legalità dell'intero assetto aziendale».

[55] Cfr. Cons. Stato, sez. III, n. 7971/2024. I giudici, dunque, conclusivamente ritengono che «l'applicazione della novellata misura prevista dall'art. 32, comma 8, D.L. 90/2014, per la sua minima invasività, pur costituendo espressione di un potere conformativo limitativo della libertà di iniziativa economica, non collide con i principi unionali che regolano la materia, essendo la misura di sostegno e monitoraggio rispettosa dei canoni di gradualità e proporzionalità, nonché giustificata dalla finalità di salvaguardare interessi pubblici di rango superiore rispetto ai quali la libertà d'impresa non rappresenta un diritto assoluto».

ISSN 2036-7821

ci si era proposti di verificare se e in che misura il sistema di rimedi congeniato per «sterilizzare»[56] le commesse pubbliche in corso di esecuzione incida sulla sfera di autotomia dei privati e sulla libertà di impresa.

L'obiettivo del legislatore era quello di costruire un sistema di misure di prevenzione che scongiurasse l'arresto di specifiche opere di interesse pubblico a seguito di episodi di malaffare che vedevano coinvolte le imprese aggiudicatrici. Perciò, si tratta di un sistema di misure efficace, rapido e chirurgico, poiché limitato a singoli appalti o concessioni che l'ordinamento intende tutelare[57].

A tal proposito, sembra opportuno porre l'attenzione, in particolare, sulla nitida volontà del legislatore che mira ad ampliare la portata del sistema di prevenzione contemplato all'art. 32. Sono vari, infatti, gli interventi legislativi, susseguitisi nel corso del tempo, che sembrano muovere in questa direzione: la modifica del co. 1, lett. b, che espande l'ambito oggettivo di intervento della misura, potendo riguardare potenzialmente l'intera *governance* dell'impresa e non solo i singoli contratti 'inquinati'; ovvero la facoltà che si rinviene al comma 8 di poter applicare la misura di sostegno e monitoraggio all'impresa che ha già concluso il contratto per il quale è sembrato necessario ricorrere alla misura stessa. Insomma, pare che il legislatore abbia avuto modo di appurare la funzionalità del sistema di misure di prevenzione e che, piano piano, ne intenda estendere l'applicabilità, anche se questo significhi, per un verso, 'tradirne' la *ratio*; per altro verso, ridurre in maniera significativa lo spazio del libero esercizio di impresa degli operatori economici coinvolti, che era stato già 'rosicato' dal sistema nella sua forma originaria[58].

A ben vedere, la coerenza delle misure di prevenzione con il diritto di libertà di impresa dovrebbe rinvenirsi nel bilanciamento che di volta in volta la P.A. è chiamata ad operare[59]. Ed è proprio in questa prospettiva che dall'analisi della giurisprudenza vengono in rilievo altri profili problematici connessi al grado di afflittività del sistema di misure di prevenzione. Infatti, non solo il legislatore sembra essere deciso ad una più diffusa applicazione delle misure, ma si rinviene anche un orientamento della giurisprudenza che, nel riconoscere alla P.A. un'ampia discrezionalità in ordine all'applicazione delle misure stesse, non immagina uno spazio di tutela per gli interessi dei privati.

---

[56] L'espressione si rinviene in Cons. Stato, sez. III, n. 93/2018.

[57] Cfr. F. DI CRISTINA, *La nuova vita dell'Anac e gli interventi in materia di appalti pubblici* cit., p. 1029.

[58] Sul sistema di misure di prevenzione come originariamente formulato si v. R. CANTONE, B. COCCAGNA, *Commissariamenti prefettizi e controllo giudiziario delle imprese interdette per mafia* cit., p. 156, secondo i quali «Si tratta di un intervento tanto invasivo, quanto delimitato sia sotto il profilo applicativo, poiché chirurgicamente circoscritto al singolo appalto "*inquinato*" o pacchetto contrattuale di matrice pubblicistica, sia sotto il profilo temporale, dovendo il decreto prefettizio stabilire la durata della misura in ragione delle esigenze funzionali alla realizzazione dell'opera o all'espletamento del servizio o fornitura».

[59] Sul punto si v. F. NUGNES, *Le misure di straordinaria e temporanea gestione d'impresa in caso di corruzione negli appalti pubblici* cit., p. 159.

ISSN 2036-7821

Nel perseguire l'interesse pubblico, invece, la P.A. è tenuta a valutare, di volta in volta, anche interessi diversi da quelli pubblici, al fine di realizzare una scelta «efficiente»[60], che non solo realizzi l'obiettivo, ma lo faccia anche nel migliore dei modi, contenendo al massimo il pregiudizio degli altri interessi coinvolti nella vicenda procedimentale. Eppure, l'interpretazione della giurisprudenza sembra ispirata «ad un logica conservatrice»[61] secondo cui la P.A. può deliberatamente comprimere la libertà di impresa e di iniziativa economica del privato per consentire la realizzazione di uno specifico interesse pubblico, non venendo, di fatto, operato alcun contemperamento tra gli interessi pubblici e privati in gioco.

Alla luce di queste brevi riflessioni, si può conclusivamente ritenere che il sistema di misure di prevenzione delineato all'art. 32 si muova nella direzione di un progressivo rafforzamento che, in maniera uguale, ma contraria, indebolisce la sfera di autonomia dei privati e il libero esercizio di impresa. Sebbene il Consiglio di Stato si sia pronunciato ravvisando nelle misure straordinarie *ex* art. 32 una limitazione alla libertà di iniziativa economica al fine di tutelare interessi pubblici di rango superiore[62], non può non tenersi conto di interventi che, invece, 'trainano' nella direzione opposta, alla faticosa ricerca di un giusto equilibrio tra l'interesse generale della comunità e i diritti individuali, come la libertà di iniziativa economica, il diritto di proprietà e il libero esercizio di impresa[63]..

[60] Sulla definizione di 'efficienza' della P.A. si v. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di diritto amministrativo* cit., pp. 402 ss.

[61] Si v. F. NUGNES, *Le misure di straordinaria e temporanea gestione d'impresa in caso di corruzione negli appalti pubblici* cit., p. 153.

[62] Cfr. Cons. Stato, sez. III, n. 7971/2024.

[63] Si v. Corte costituzionale, n. 101/2023.

ISSN 2036-7821