

Considerazioni intorno alle possibili ricadute della misura straordinaria ex art. 32 d.l. 90/2014 (debiti pregressi e rapporti di lavoro)

*Adolfo Mutarelli**
*Matteo Maria Mutarelli***

SOMMARIO: 1. Natura, funzione e contenuto della misura ex art. 32, lett. b), d.l. n. 90/2014 - 2. Gli effetti della gestione straordinaria e i rapporti con quella ordinaria - 3. Il necessario raccordo tra gestione straordinaria e gestione ordinaria - 4. Gestione del personale e responsabilità patrimoniale verso gli addetti ai servizi amministrati.

1. Natura, funzione e contenuto della misura ex art. 32, lett. b), d.l. n. 90/2014.

L'art. 32 del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, conv. con modificazioni dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, contempla distinte ipotesi di intervento straordinario tra loro alternative (1). In particolare: l'ordine di rinnovazione degli organi sociali (comma 1, lett. a); la straordinaria e temporanea gestione dell'impresa, limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto o della concessione (comma 1, lett. b); il sostegno e il monitoraggio dell'impresa (comma 8).

Le misure, applicabili ad appaltatori di opere pubbliche, servizi e forniture, nonché ai concessionari, anche ove destinatari di interdittive antimafia (2) (cfr. comma 10 della richiamata disposizione), hanno in comune il perseguimento degli obiettivi di soddisfacimento dell'interesse pubblico all'esecuzione del contratto, da coniugarsi, in quanto compatibili, con la libertà di impresa (art. 41 Cost.; art. 16 Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea).

Mentre la misura prevista dal primo comma, lett. a), tende, in caso di inottemperanza all'ordine di sostituzione imposto dall'autorità, alla rinnovazione degli organi sociali con estromissione dalla *governance* societaria dei soggetti coinvolti nei fatti illeciti, la misura di cui all'art. 32, co. 1, lett. b), tende a rea-

(*) Già Avvocato dello Stato.

(**) Ricercatore confermato di Diritto del lavoro nell'Università degli Studi di Napoli "Federico II".

(1) L'art. 1, comma 704 della legge 208/2015 (legge stabilità 2016) ha esteso l'applicabilità delle misure straordinarie di cui all'art. 32 l. 90/2014 anche al settore sanitario.

(2) Va in proposito evidenziato che il 1 comma dell'art. 32, d.l. 90/2014, mentre con riferimento all'appalto si riferisce espressamente agli appalti lavori, servizi e forniture, rispetto alla concessione non contiene alcun riferimento al concessionario di servizi pubblici (ma solo al concessionario di lavori pubblici). Tuttavia si è in proposito osservato che la dicitura «appalto di servizi» di cui al comma 1 dell'art. 32 cit. deve intendersi comprensiva di tutti i sistemi contrattuali di affidamento di pubblici servizi, anche laddove si sia utilizzato lo strumento concessorio (in tal senso TAR Campania, Sez. I, 8 febbraio 2016, n. 943). In altri termini, ciò che rileva ai fini dell'applicabilità della normativa in questione è la presenza di un contratto o convenzione per la disciplina di esercizio del servizio pubblico, indipendentemente dal fatto che l'espletamento di tale servizio sia inquadrabile nello schema dell'appalto in senso stretto o della concessione.

lizzare direttamente la gestione straordinaria e temporanea realizzandone il commissariamento *in parte qua*.

Già all'indomani dell'emanazione della legge predetta, l'art. 32, co. 1, lett. b) ha posto non agevoli problemi interpretativi, in particolare con riferimento all'inciso «limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto o della concessione». È, infatti, evidente che ove l'avverbio «limitatamente» venisse esclusivamente riferito alla misura funzionale *ad contractum*, ciò si tradurrebbe nella mera separazione dell'assetto gestionale da quello proprietario dell'impresa. Quindi, i commissari non sarebbero tenuti ad accollarsi l'intera attività sociale ma unicamente ad orientare la propria attività alla continuità dell'appalto (o concessione) su cui è caduta la misura straordinaria. È evidente che in tale prospettiva interpretativa tale misura non sarebbe volta all'estromissione della *governance* dell'impresa e, quindi, la sospensione dei poteri dell'imprenditore e degli organi sociali, prevista dall'art. 32 in esame, andrebbe circoscritta solo ai contratti e alle concessioni oggetto del commissariamento.

Partendo da altro angolo ermeneutico si è osservato come la sospensione dell'esercizio dei poteri di disposizione e gestione dei titolari dell'impresa, *ex* comma 3 dell'art. 32, non è collegata nella predetta disposizione ai singoli contratti oggetto di commissariamento, sicché dovrebbe ritenersi che la misura realizza un commissariamento globale con azzeramento degli organi sociali (3).

Si è dell'avviso che la prima lettura sia quella più coerente con le finalità della legge anche in quanto maggiormente rispettosa dell'impianto complessivo della stessa. Si aggiunga che, seguendo la seconda opzione ermeneutica, si arriverebbe ad una sorta di azzeramento della *governance* aziendale che, oltre a costituire misura del tutto simile a quella di cui alla lettera a), parrebbe suscitare perplessità costituzionali rispetto alla libertà d'impresa, tanto più se si considera che nella ripetuta ipotesi della lett. a), il legislatore dispone l'azzeramento della *governance*, con sostituzione dei soggetti coinvolti, solo a seguito di inottemperanza all'ordine di sostituzione impartito all'impresa.

Deve, pertanto, ritenersi che la corretta interpretazione dell'art. 32, lett. b), contempra una misura idonea a realizzare una mera gestione separata temporanea circoscritta ai contratti oggetto di commissariamento, con sospensione dei poteri dei titolari dell'impresa e dell'assemblea, per l'intera durata della misura. Tale misura non è, perciò, idonea a scalfire la titolarità aziendale; gli organi societari rimangono in carica e con pieni poteri rispetto a tutte le attività che esulano dai contratti oggetto di commissariamento (4). Del resto, in tal senso appare orientata la giurisprudenza amministrativa (5).

(3) In tal senso L. GIAMPAOLINO, *Le misure anticorruzione negli appalti: rimedio adeguato al male?*, in <http://www.igitalia.it/doc/conv1607-14giamp.pdf>.

(4) Per la disamina comparativa delle misure *ex* art. 32 d.l. 90/2014 e quelle di cui al D.Lgs. 231/2001 è agevole il rinvio a R. GAROFOLI, *Il contrasto ai reati di impresa nel d.lgs. n. 231 del 2001 e*

Nella riferita prospettiva appare significativo rammentare come la straordinaria e temporanea gestione sia stata concepita dall'ANAC quale misura *ad contractum* sin dalla prima proposta di commissariamento, intervenuta addirittura prima della conversione in legge del d.l. n. 90/2014 (6).

Le misure di straordinaria e temporanea gestione disciplinate dall'art. 32 costituiscono una sorta di deroga ai provvedimenti da assumersi a seguito di interdittiva antimafia, ai sensi dell'art. 94, comma 2, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (7). In realtà, a fronte della regola generale che imporrebbe la caducazione dei contratti in corso, l'art. 32 (da leggersi in sintonia con il comma 3 dell'art. 94 del d.lgs. n. 159/2011 (8)) si pone come eccezione laddove ricorra la necessità di garantire la continuità di funzioni e servizi indifferibili per la tutela dei diritti fondamentali, nonché per la salvaguardia dei livelli occupazionali e dell'integrità dei bilanci pubblici (9). La differenza tra l'ipotesi eccezionale di cui al comma 3 dell'art. 94, d.lgs. n. 159/2011, e le misure eccezionali previste dall'art. 32 in esame è data dal rilievo che nel primo caso

nel d.l. 90 del 2014: non solo repressione, ma prevenzione e continuità aziendale, in *Diritto penale contemporaneo*, 30 settembre 2015, www.dirittopenalecontemporaneo.it.

(5) Tar Lazio Roma, Sez. I-ter, 3 febbraio 2016, n. 1519, secondo cui tale misura non incide «in modo sproporzionato o irreversibile sulla governance complessiva dell'impresa, in quanto gli amministratori sono tenuti a realizzare una forma di gestione separata e di carattere temporaneo di un segmento dell'impresa (legato alla esecuzione di quello specifico contratto), mentre gli organi sociali restano in carica per lo svolgimento delle attività di gestione».

(6) Cfr. proposta di commissariamento avente ad oggetto la straordinaria e temporanea gestione dell'impresa Maltauro S.p.A., in www.anticorruzione.it, nell'apposita sezione "Misure straordinarie art. 32, d.l. 24 giugno 2014, n. 90".

(7) L'art. 94, comma 2, d.lgs. n. 159/2011 stabilisce: «Qualora il prefetto non rilasci l'informazione interdittiva entro i termini previsti, ovvero nel caso di lavori o forniture di somma urgenza di cui all'articolo 92, comma 3 qualora la sussistenza di una causa di divieto indicata nell'articolo 67 o gli elementi relativi a tentativi di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4, ed all'articolo 91 comma 7, siano accertati successivamente alla stipula del contratto, i soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, salvo quanto previsto al comma 3, revocano le autorizzazioni e le concessioni o recedono dai contratti fatto salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite».

(8) L'art. 94, comma 3, d.lgs. n. 159/2011 stabilisce: «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».

(9) Con sentenza del 28 aprile 2016, n. 1630, il Consiglio di Stato, Sez. III, ha osservato che fino all'adozione della misura in questione - finché il Prefetto non ritenga sussistenti i presupposti dell'art. 32, comma 10, d.l. n. 90/2014 - l'informativa «mantiene inalterati tutti gli effetti interdittivi di cui all'art. 94, commi 1 e 2 d.lgs. n. 159/2011 salva l'eccezionale ipotesi di cui a suo comma III che consente alla stazione appaltante di non procedere a revoche e ai recessi di cui al comma 2 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. Pertanto la stazione appaltante è vincolata a recedere dal contratto quando sia stata emessa l'informativa (e salva l'eccezionale ipotesi di cui all'art. 94, comma 3, d.lgs. n. 159/2011) se e fino a quando non sopraggiunga l'eventuale provvedimento di straordinaria e temporanea gestione adottata dal Prefetto per le eccezionali esigenze contemplate dall'art. 32, comma 10 del d.l. n. 90/2014».

la valutazione se continuare il rapporto è rimessa alla stazione appaltante, nell'ipotesi di cui all'art. 32 è rimessa al Prefetto (10).

Costituendo pertanto l'adozione delle misure straordinarie di cui all'art. 32 un'ipotesi di eccezionale inoperatività di taluni degli effetti propri dell'interdittiva antimafia sui contratti, appare evidente come le stesse siano preordinate a garantire l'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera e alla continuità del servizio, e in tal senso milita dichiaratamente anche il dettato normativo del comma 4 della disposizione qualificando la temporanea e straordinaria gestione dell'impresa come attività «di pubblica utilità ad ogni effetto» (11). Ancora di recente l'ANAC, nella proposta di commissariamento della società Kursal S.r.l., rileva che la misura dell'art. 32 comporta l'attrazione della concessione nell'alveo pubblicistico e «determina la prosecuzione del servizio nell'esclusivo interesse dell'amministrazione concedente e non dell'impresa concessionaria, realizzando un presidio di garanzia» consentendo «in un'ottica di prevenzione e massima anticipazione della soglia di difesa sociale, la gestione delle concessioni in un regime di legalità controllata».

Da quanto precede, emerge che la misura straordinaria di cui all'art. 32, lett. b), in caso di interdittiva può essere assunta solo dopo congrua valutazione che la prosecuzione del rapporto sia idonea a garantire la continuità di funzioni e servizi indifferibili per la tutela dei diritti fondamentali, nonché per la salvaguardia dei livelli occupazionali e dell'integrità dei bilanci pubblici, e che il provvedimento interdittivo determina l'affidamento ai commissari della gestione dei contratti commissariati nello stato di fatto e di diritto in cui si trovano, comprensivi cioè di tutte le situazioni giuridiche attive e passive sino a quel momento realizzatesi, in quanto riferibili ai "contratti commissariati".

2. *Gli effetti della gestione straordinaria e i rapporti con quella ordinaria.*

L'art. 32 non consente, tuttavia, di evincere con ragionevole certezza come debba svolgersi, all'interno dell'azienda, la dialettica tra amministratori straordinari e titolari dell'azienda né, invero, fornisce dei principi cui debba ispirarsi la dialettica aziendale tra organi sociali sospesi in parte *qua* e carenza di potere degli amministratori straordinari rispetto all'attività dell'azienda non oggetto di commissariamento. La norma non chiarisce se tra gestione ordinaria e gestione straordinaria si realizzi una separatezza reale o ideale.

Sembra doversi ritenere che in realtà tra le gestioni si realizzi una separatezza solo ideale, in quanto normativamente sussiste (comma 7, art. 32) il solo obbligo, a carico degli amministratori straordinari, di accantonare in ap-

(10) Cfr. TAR Abruzzo-Pescara, Sez. I, 4 gennaio 2016, n. 1.

(11) Nella relazione annuale ANAC 2015 (pagg. 254-270) in www.anticorruzione.it, si osserva come il commissariamento della CPL Concordia abbia consentito la possibilità di garantire la continuità di circa 1.300 contratti e di contenere gli effetti negativi sul piano occupazionale.

posito fondo l'utile d'impresa, che non può essere né distribuito né formare oggetto di pignoramento, sino all'esito dei giudizi penali ovvero, nei casi di cui al comma 10, all'esito dei giudizi di impugnazione o cautelari riguardanti informative antimafia o interdittive.

La lacunosità della fonte normativa primaria viene in parte supplita dalle linee guida ANAC (12) che, di là da ogni considerazione circa il loro possibile inquadramento (13), costituiscono “di fatto” in *subiecta materia* una sorta di *fast law* interpretativa, cui deve conformarsi sia l'attività amministrativa volta all'adozione delle misure di cui all'art. 32 sia la stessa attività dei commissari straordinari.

La carenza di indicazioni nelle previsioni normative e regolative, l'assenza di giurisprudenza e la novità delle problematiche non consentono di delineare sicuri confini di disciplina in tema di rapporti tra gestione ordinaria e straordinaria e, soprattutto, in che misura il pacifico rilievo pubblicistico del commissariamento determini l'estensione del perimetro delle norme applicabili e, quindi, il grado di recessione delle norme di stampo più tipicamente civilistico. Ne consegue una inevitabile opinabilità e mobilità degli esiti interpretativi relativi alla disciplina applicabile a seconda se, *hinc ed inde*, si dia prevalenza all'aspetto pubblicistico o a quello privatistico.

In proposito, recentemente, è stata autorevolmente sottolineata la difficoltà di «delimitare anche temporalmente, il perimetro delle questioni di competenza dei commissari prefettizi per quanto riguarda le risorse umane e strumentali impiegate [...] sia per quanto concerne, ad esempio, i debiti progressi» (14).

Intervenendo in tale aperto dibattito, può osservarsi che il comma 7 dell'art. 32 circoscrive la possibilità dell'accantonamento in un apposito fondo solo in relazione agli utili d'impresa, prevedendone l'impignorabilità temporanea «nel periodo di applicazione della misura straordinaria» e ciò, eviden-

(12) V. in proposito le *Prime Linee guida per l'avvio di un circuito collaborativo tra Anac-Prefetture-UTG e enti locali per la prevenzione dei fenomeni di corruzione e l'attuazione della trasparenza amministrativa*, siglate il 15 luglio 2014, in G.U. 18 luglio 2014, n. 165; le *Seconde Linee guida per l'applicazione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione anticorruzione e antimafia*, siglate il 27 gennaio 2015; le *Terze Linee guida per la determinazione dell'importo dei compensi da liquidare ai commissari nominati dal prefetto ai sensi dell'art. 32, commi 1 e 10, d.l. n. 90/2014, nell'ambito della prevenzione anticorruzione e antimafia*, siglate il 19 gennaio 2016; le *Quarte Linee guida per l'applicazione dell'articolo 32, commi 2 bis e 10 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, alle imprese che esercitano attività sanitaria per conto del servizio sanitario nazionale in base agli accordi contrattuali di cui all'articolo 8-quinquies del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502*, in G.U. 20 agosto 2016, n. 194.

(13) Con riferimento alla natura e al rilievo ordinamentale delle linee guida ANAC rispetto alla disciplina dei contratti pubblici si rinvia a Cons. St., Commissione speciale, 1 aprile 2016, n. 855 e 2 agosto 2016, n. 1767.

(14) Così, testualmente, R. CANTONE - B. COCCAGNA, *La prevenzione della corruzione e delle infiltrazioni mafiose nei contratti di commissariamento per la costituzione di presidi di legalità nelle imprese*, in I.A. NICOTRA (a cura di), *L'Autorità Nazionale Anticorruzione*, Torino, 2016, pag. 74.

temente, sia in relazione ai debiti contratti nella gestione straordinaria sia, a maggior ragione, in relazione ai debiti pregressi relativi all'attività della società svoltasi in gestione ordinaria.

Sembra opportuno, in proposito, evidenziare che gli utili considerati dal legislatore sono gli utili d'impresa derivanti dai contratti commissariati, senza alcuna espressa differenziazione tra gli esercizi realizzati prima e dopo la misura interdittiva. Ciò depone nel senso che per la definizione di tali utili sia necessario considerare non solo i ricavi e i costi specifici degli esercizi affidati ai commissari, ma anche i ricavi e i costi derivanti da esercizi precedenti che vengano a maturazione nel periodo di applicazione dell'amministrazione commissariale, ossia tutte le sopravvenienze attive e passive derivanti dai contratti commissariati e dalla loro esecuzione venute ad esistenza nel periodo di applicazione della misura straordinaria indipendentemente dalla circostanza che il momento genetico del debito o del credito sia antecedente al provvedimento interdittivo.

Va ancora sottolineato come dal comma 7 dell'art. 32 non sembra potersi desumere l'esistenza di un patrimonio separato rispetto a quello dell'azienda ma una mera gestione con effetti di separatezza normativa unicamente con riferimento agli utili. Sicché non sembra già assunta a livello normativo una scelta di perfetta separazione patrimoniale. In senso favorevole alla prospettata ricostruzione sembrano militare le stesse linee-guida dell'ANAC nella parte in cui precisano, da una parte, che «la straordinaria e temporanea gestione dà vita, dunque, ad una gestione separata», e, dall'altra parte, che l'art. 2447-*bis* «consente di costituire un patrimonio separato destinato alla gestione della commessa pubblica» (15).

L'adozione di misure di separazione patrimoniale è, pertanto, solo una facoltà rimessa al prudente apprezzamento degli amministratori straordinari (con riferimento ai contratti in gestione straordinaria) che potranno costituire, al fine di realizzare una separazione patrimoniale, un patrimonio destinato alla esecuzione della commessa pubblica attraverso gli strumenti consentiti dall'ordinamento, rispetto ai quali le prime e le seconde linee guida dell'ANAC individuano, per le società per azioni, l'ipotesi dell'art. 2447-*bis* c.c. rubricato «Patrimonio destinato ad uno specifico affare». Sino a quel momento non sembra potersi ritenere che la separatezza gestionale comporti l'esistenza di una perfetta separazione patrimoniale per i contratti pubblici "commissariati" rispetto al complesso delle situazioni attive e passive dell'intera azienda.

Del resto appare utile rammentare che nel nostro ordinamento costituisce principio generale quello del carattere universale della responsabilità patrimoniale, desumibile dall'art. 2740 c.c. secondo cui «il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri. Le

(15) Così in Prime Linee Guida ANAC, pag. 8, e Seconda Linee Guida ANAC, pag. 6

limitazioni della responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge». Ciò anche in quanto l'universalità del patrimonio costituisce ulteriore profilo della tutela dell'affidamento (16).

Ciò chiarito, deve anche precisarsi che a una impignorabilità del patrimonio destinato alla realizzazione della commessa pubblica, può pervenirsi attraverso indici normativi diversi dall'art. 32 del d.l. n. 90/2014. Può infatti fondatamente ritenersi che l'atto di adozione della misura straordinaria è idoneo a imprimere ai beni individuati e specificati come destinati a pubblico servizio un vincolo di destinazione al soddisfacimento del servizio pubblico con gli effetti desumibili dal combinato disposto di cui agli artt. 826, 828 e 830 c.c. Costituisce, infatti, giurisprudenza pacifica quella secondo cui non sono assoggettabili ad esecuzione forzata i beni facenti parte del patrimonio indisponibile fra cui vanno annoverati (oltre agli edifici destinati a sede di uffici con i loro arredi) anche gli altri beni «destinati a pubblico servizio, accertandosi tale destinazione in concreto e con riguardo ai singoli beni colpiti dall'esecuzione» (17). Con specifico riferimento al vincolo di opponibilità di destinazione a servizio pubblico dei beni, in giurisprudenza si è rilevato che esso può essere impresso da una norma di legge o da un atto amministrativo che trovi fondamento nella legge (18) e, pertanto può ritenersi che tale vincolo, nella fattispecie in esame, possa trovare la sua fonte costitutiva nel provvedimento amministrativo di adozione della misura straordinaria assunto in virtù della previsione normativa dell'art. 32, lett. b), e più opportunamente previo specifico atto commissariale di destinazione a pubblico servizio.

Da quanto sin qui osservato sembra potersi concludere, sul piano generale, che:

- l'*asset* dei contratti commissariati, salvo gli utili accantonati, risponde delle passività pregresse al commissariamento e dei debiti maturati nel periodo della misura interdittiva se e in quanto si tratti di impegni derivanti dai contratti (poi) commissariati, dalla loro esecuzione o comunque strumentali a quest'ultima.

- Nonostante le rilevate ambiguità del dato normativo, deve escludersi invece che l'*asset* affidato alla gestione commissariale possa rispondere anche di eventuali debiti aziendali pregressi non derivanti dai contratti (poi) commissariati. Dal momento dell'assunzione del provvedimento interdittivo (e limitatamente alla sua durata), infatti, i ricavi maturati e maturandi che derivano dai contratti amministrati possono essere impiegati esclusivamente a copertura dei costi derivanti o derivati da quegli stessi contratti, rispetto ai quali l'even-

(16) Del resto la previsione della trascrivibilità degli atti di destinazione, di cui all'art. 2645-ter c.c., serve proprio a rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione con preclusione dell'esecuzione forzata dei beni oggetto del vincolo, salvo che per i beni contratti per lo scopo di destinazione.

(17) Cass. 10 luglio 1986, n. 4496.

(18) Cass. 15 settembre 1995, n. 9727.

tuale saldo positivo costituisce l'utile che i commissari sono obbligati ad accantonare ai sensi del comma 7 dell'art. 32.

3. *Il necessario raccordo tra gestione straordinaria e gestione ordinaria.*

È di solare evidenza che la coesistenza di una gestione ordinaria e di una straordinaria è fonte di problematiche variegata e complesse, anche sotto il profilo della compatibilità costituzionale della misura straordinaria allorché, ad esempio, il commissariamento riguardi contratti che assorbano tutta l'attività dell'impresa. In questo ipotetico caso il vincolo tendenzialmente "conformativo" (19) si tradurrebbe in concreto in un vincolo con connotazione anche espropriativa.

A prescindere da quanto precede è peraltro evidente che sui commissari grava il delicato compito di individuare il giusto punto di bilanciamento tra interesse pubblico alla prosecuzione dei contratti commissariati e libertà dell'impresa. Dovranno, cioè, i commissari individuare la linea di confine che separa la gestione ordinaria da quella straordinaria, sia sotto il profilo economico e contabile, sia per quanto riguarda le risorse umane e strumentali impiegate. In proposito le linee guida ANAC si limitano, invero, a individuare una "gestione separata" di quella parte dell'azienda che dovrà eseguire il contratto pubblico secondo un modello di *governance* che dovrà essere definito dagli amministratori nominati dal Prefetto (20), senza, tuttavia, fornire indicazioni di modelli che dovranno essere di volta in volta individuati rispetto all'assetto aziendale di riferimento.

In proposito deve osservarsi che per la durata della misura straordinaria gli amministratori riassumono in sé tutti i poteri e le funzioni degli organi di amministrazione dell'impresa, con paralisi dell'esercizio dei poteri di disposizione e gestione dei titolari, con sospensione, per le imprese costituite in forma societaria, anche dei poteri riservati all'assemblea (comma 3, art. 32, d.l. n. 90/2014). Ne consegue che, rispetto alle commesse pubbliche commissariate, i titolari dell'impresa non solo non hanno poteri di alienazione dei beni, ma neanche di poter disporre degli stessi costituendo diritti reali (come l'uso) o di godimento (come la locazione) sui beni funzionali alle commesse commissariate e, più in generale, non possono compiere atti idonei, nemmeno potenzialmente, a ripercuotersi sulla gestione del servizio. In altre parole, rispetto ai poteri di gestione, gli organi ordinari titolari dell'impresa non possono, per la durata della misura straordinaria, assumere iniziative gestionali (relative alle risorse umane e strumentali) che entrino in conflitto reale o virtuale con il perseguimento dell'interesse pubblico che il commissariamento è tenuto a garantire per l'intera durata.

(19) In tal senso si esprimono le linee guida ANAC.

(20) Seconde Linee Guida ANAC, pag. 6.

Da parte loro, gli amministratori straordinari, cui compete la somma dei poteri di amministrazione rispetto ai contratti commissariati, non possono assumere iniziative che, in termini di gestione umane e strumentali, possano costituire minaccia alla redditività dell'azienda. Del resto il rispetto del valore dell'azienda viene confermato dal rilievo contenuto nelle seconde linee guida ANAC, allorché viene evidenziato l'obbligo di restituzione dell'utile all'azienda commissariata laddove il giudizio concernente l'interdittiva sia consacrato in un giudicato favorevole a quest'ultima (21).

Il difficile punto di equilibrio tra interesse pubblico e tutela del valore aziendale va, evidentemente, ricercato e realizzato attraverso una articolata attività dei commissari straordinari, che di volta in volta dovranno individuare i punti di equilibrio tenendo conto e valutando anche le esigenze aziendali rappresentate da parte degli organi di gestione ordinaria. Ciò al fine di evitare crisi o pregiudizi di cui potrebbero rispondere patrimonialmente gli stessi commissari dinanzi alla Corte dei Conti per «eventuali diseconomie dei risultati», nei soli casi di dolo e colpa grave (comma 4, art. 32). Nella riferita prospettiva sembra opportuna misura organizzativa la formalizzazione di momenti di raccordo tra gestione straordinaria e ordinaria per condividere con quest'ultima le scelte gestionali di più significativo rilievo aziendale.

Nell'eventualità in cui sorgano conflitti tra i commissari straordinari prefettizi e i titolari dell'impresa in relazione all'adozione di provvedimenti gestori da assumersi in modo concertato alla luce di quanto sin qui osservato, il compito di risolvere l'*impasse* sembra riservato agli amministratori straordinari, considerato che il provvedimento interdittivo è finalizzato a garantire la prosecuzione del servizio a salvaguardia di interessi di matrice pubblicistica ritenuti prevalenti dal legislatore. In casi del genere, ai commissari straordinari resta affidato il delicato compito di operare in ultima analisi la valutazione, nella concreta situazione, circa l'opportunità dell'assunzione della misura, bilanciando, da una parte, la rilevanza dell'adottando provvedimento sull'esecuzione del servizio considerandone il profilo degli interessi pubblicistici sottesi, e, dall'altra parte, la rilevanza delle ripercussioni organizzative e delle conseguenze economiche che esso è idoneo a produrre sull'azienda complessivamente, assumendo quindi la decisione finale secondo canoni di necessità (della misura) e proporzionalità (del sacrificio imposto agli interessi d'impresa).

4. Gestione del personale e responsabilità patrimoniale verso gli addetti ai servizi amministrati.

È possibile, sulla base di quanto sin qui osservato, esaminare specificamente la problematica della responsabilità della gestione separata rispetto a

(21) Seconde Linee Guida ANAC, pagg. 17 e 18.

obblighi pregressi, anche risarcitori, con particolare riferimento alla gestione delle risorse umane utilizzate nella esecuzione dei contratti commissariati.

Non sembra revocabile in dubbio che la titolarità dei rapporti di lavoro resti in capo alla società (e ai suoi titolari) come qualunque altro contratto o bene aziendale, mobile e immobile, rispetto ai quali il provvedimento interdittivo non modifica l'imputazione soggettiva.

Al pari di quanto accade in relazione a ogni altro rapporto giuridico di natura reale o obbligatoria, agli amministratori compete la gestione (e dunque l'esercizio delle facoltà e dei poteri che vi sono connessi) di tutti i rapporti di lavoro che siano funzionali alla esecuzione di quei contratti di concessione in relazione ai quali il provvedimento prefettizio trova il proprio campo d'applicazione.

Ciò consente, innanzitutto, di configurare in capo agli amministratori straordinari il potere/dovere di porre in essere in autonomia tutti gli atti di gestione relativi allo svolgimento dei rapporti di lavoro (ad esempio organizzazione dei turni di lavoro, assegnazione dei compiti, definizione degli orari di lavoro) del personale addetto in via esclusiva all'esecuzione dei contratti commissariati. In proposito, alla luce di quanto *supra* evidenziato, la gestione autonoma dei commissari straordinari può tuttavia incontrare dei limiti qualora l'adozione dei provvedimenti gestori sia idonea a proiettarsi stabilmente sull'assetto organizzativo dell'azienda ovvero ne possa intaccare la redditività. Laddove, infatti, l'adozione di tali provvedimenti, pur necessitata dagli interessi pubblicistici connessi alla prosecuzione dei contratti, possa comportare effetti duraturi idonei a travalicare il periodo di interdittiva ovvero possa realisticamente risolversi in una diminuzione delle redditività dell'impresa, tali provvedimenti andranno assunti con il coinvolgimento degli organi sociali titolari dell'impresa (si pensi, ad esempio, all'attribuzione di inquadramenti superiori, oppure all'introduzione di trattamenti retributivi più elevati rispetto a quelli previsti dal ccnl applicato o, comunque, in atto al momento del provvedimento di interdizione).

Per quanto riguarda gli atti di gestione del personale "promiscuo", ossia addetto non solo all'esecuzione dei contratti commissariati ma anche ad altre attività aziendali non commissariate, sembra evidente, per quanto già osservato, che tali atti di gestione debbano essere sempre assunti con il coinvolgimento anche dei titolari dell'impresa, considerata la loro idoneità ad incidere immediatamente anche su segmenti di attività che esulano dalle attribuzioni dei commissari.

In relazione, poi, all'eventuale instaurazione o estinzione di rapporti di lavoro di personale da adibire o addetto a funzioni relative, in tutto o in parte, all'espletamento dei contratti commissariati, anche tali atti dovrebbero sempre essere assunti dai commissari straordinari coinvolgendo gli organismi ordinari dell'impresa. Le assunzioni e i licenziamenti, infatti, sono atti intrinsecamente destinati a incidere stabilmente sull'assetto organizzativo e produttivo aziendale, anche in considerazione dell'elemento fiduciario che contraddistingue i rapporti di lavoro.

Poiché, come si è visto *supra*, il provvedimento interdittivo non sembra comportare una perfetta separazione patrimoniale tra le risorse dell'impresa derivanti dai diversi contratti (tra cui quelli amministrati) ma solo l'impignorabilità e la separazione, peraltro temporanea, degli utili relativi ai contratti amministrati (oltre alla separazione meramente gestionale), non sembra possibile segregare, salvo che per gli utili accantonati, i debiti riconducibili ai contratti amministrati a seconda che essi siano sorti prima o dopo il provvedimento interdittivo, e ciò vale anche per i debiti derivanti dallo svolgimento di rapporti di lavoro.

Per quanto attiene, dunque, ai debiti verso lavoratori addetti all'esecuzione dei contratti amministrati, non sembra possibile operare alcuna distinzione temporale circa il momento della loro insorgenza, apparendo decisiva l'intrinseca riconducibilità dei rapporti di lavoro in questione all'esecuzione dei contratti affidati all'amministrazione commissariale. Del resto, in proposito, vale anche la considerazione che il provvedimento interdittivo determina l'affidamento ai commissari della gestione dei contratti di appalto/concessione nello stato in cui si trovano, comprensivi cioè di tutte le situazioni giuridiche attive e passive sino a quel momento realizzatesi. Eventuali debiti insorti in relazione ai rapporti di lavoro del personale addetto all'esecuzione dei contratti commissariati, dunque, potranno legittimamente essere estinti dagli amministratori straordinari con i proventi derivanti dall'esercizio dei servizi oggetto dei contratti amministrati, indipendentemente dal momento (precedente o successivo al provvedimento interdittivo) in cui tali debiti siano sorti.

Su un piano più generale, del resto, può osservarsi che laddove sussista una responsabilità dell'azienda, sia di natura contrattuale che extracontrattuale, direttamente derivante dal contratto di concessione (poi) commissariato o dalla sua esecuzione, indipendentemente dal momento in cui essa sia insorta, non pare revocabile in dubbio che di essa debba rispondere l'azienda anche con il patrimonio e le risorse affidate alla gestione commissariale, dal momento che, come si è visto, dal tenore dell'art. 32, d.l. n. 90/2014, e dalle stesse Linee Guida Anac, non sembra evincersi alcuna separazione patrimoniale e, a maggior ragione, alcuna segregazione dei debiti su base esclusivamente temporale (eccezion fatta, come già rilevato, per l'impignorabilità e l'accantonamento temporanei degli utili eventualmente risultanti dall'attività commissariata e salva l'adozione di misure ai sensi dell'art. 2447-*bis* c.c.).

Né a conclusioni diverse potrebbe giungersi in considerazione dell'obbligo dei commissari di agire nell'interesse pubblico, che si colloca su un diverso piano. Un tale obbligo, infatti, certamente pervade l'attività dei commissari che devono ispirare all'interesse pubblico (come specificato dal comma 10 dell'art. 32) le proprie scelte gestionali e, ancor prima, costituisce il criterio guida dell'amministrazione per l'adozione del provvedimento interdittivo. Esso, tuttavia, se è sicuramente riferibile alla attività commissariale

nel suo complesso, non può costituire di per sé il criterio per distinguere le diverse situazioni debitorie dell'azienda, le quali, laddove derivino dai contratti (poi) commissariati ovvero dal loro esercizio, rientrano tutte nell'ambito della gestione affidata ai commissari (nell'interesse pubblico).

La problematicità delle questioni sollevate e il rilievo che le stesse possono evidentemente assumere nelle variegati ipotesi che la realtà presenta agli operatori, rende auspicabile l'intervento di una regolazione normativa che esplicitamente chiarisca se, in che termini e con quali modalità, la separatezza tra gestione ordinaria e gestione straordinaria debba o possa tradursi - nel rispetto di un equo bilanciamento tra l'evidente rilievo pubblicistico della misura straordinaria, la tutela dell'affidamento (22) e la libertà d'impresa - sul piano della responsabilità della gestione straordinaria per debiti pregressi, contrattuali e non, anteriori al commissariamento.

(22) Com'è noto, il principio del legittimo affidamento trova piena cittadinanza nel diritto europeo grazie all'opera creativa della giurisprudenza comunitaria, la quale ha da tempo affermato che «il principio della tutela dell'affidamento fa parte dell'ordinamento giuridico comunitario» (Corte di giustizia, 3 maggio 1978, C-112/77, *Töpfer c. Commissione*; Corte di Giustizia, 19 settembre 2000, C-177/99 e C-181/99, *Ampafrance and Sanofi*; Corte di Giustizia, 18 gennaio 2001, C-83/99, *Commissione c. Spagna*). Sul punto ALLA L., *Il legittimo affidamento nel diritto europeo e nel diritto interno*, in http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/app/uploads/2012/11/Alla_legittimo-affidamento.pdf.