Numero 01567/2018 e data 18/06/2018 Spedizione

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Consiglio di Stato

Adunanza della Commissione speciale del 11 maggio 2018

NUMERO AFFARE 00706/2018

OGGETTO:

Autorità nazionale anticorruzione

Quinte linee guida per la gestione degli utili derivanti dalla esecuzione dei contratti d'appalto o di concessione sottoposti alla misura di straordinaria gestione ai sensi dell'art. 32 del decreto legge 90/2014;

LA COMMISSIONE SPECIALE del 11 maggio 2018

Vista la nota di trasmissione della relazione prot. n. 29231 in data 04/04/2018 con la quale il Presidente dell'Autorità nazionale anticorruzione ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sull'affare consultivo in oggetto;

Esaminati gli atti e uditi i relatori Giovanni Grasso e Luigi Birritteri;

PREMESSO E CONSIDERATO

Con nota 4 aprile 2018 il Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione ed il Ministro dell'Interno hanno chiesto il parere sulle "*Quinte Linee Guida per la gestione degli utili derivanti dalla esecuzione dei contratti d'appalto o di concessione sottoposti alla misura*

di straordinaria gestione ai sensi dell'art. 32 del decreto legge 90/2014" elaborate congiuntamente.

Le amministrazioni richiedenti precisano che la scelta di sottoporre queste Linee Guida al preventivo vaglio del Consiglio di Stato - in linea con la prassi già instaurata per le precedenti Linee Guida - si rende opportuna "*non solo per la delicatezza dell'argomento dal punto di vista economico, ma anche per l'esigenza di acquisire una posizione di certezza con riferimento ad alcuni profili applicativi dell'impianto normativo in questione, che presentano margini di ambiguità e che interferiscono con attività di competenza di altri organi istituzionali, quali ad esempio l'autorità giudiziaria*".

OSSERVAZIONI SULLE LINEE GUIDA

1. *Osservazioni generali.*

La disciplina che regolamenta la gestione dell'accantonamento degli utili derivanti dall'esecuzione dei contratti di appalto o di concessione sottoposti alla misura straordinaria prevista dall'art. 32 del decreto legge n. 90/2014 è, deve riconoscersi, assai scarna.

Il settimo comma dell'art. 32 cit. si limita a disporre che "*nel periodo di applicazione della misura di straordinaria e temporanea gestione di cui al comma 2, i pagamenti all'impresa sono corrisposti al netto del compenso riconosciuto agli amministratori di cui al comma 2 e l'utile d'impresa derivante dalla conclusione dei contratti d'appalto di cui al comma 1, determinato anche in via presuntiva dagli amministratori, è accantonato in apposito fondo e non può essere distribuito né 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 antimafia interdittiva*".

La norma tace in ordine alle concrete modalità di attuazione dell'accantonamento, alla tipologia di costituzione del "*fondo*" (ad es., in punto di remunerazione del capitale accantonato), nonché alla sorte degli utili accantonati in esito alla cessazione

del commissariamento, ovvero, all'esito definitivo dei procedimenti penali o amministrativi cui la misura straordinaria è collegata.

Si tratta di questioni di peculiare delicatezza che, secondo quanto di recente affermato – *peraltro, con esclusivo riguardo al commissariamento disposto ai sensi del comma 2 dell'art. 32* - dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Cass. S.U. 11.5.2018, n. 11576), riguardano il diritto soggettivo dell'impresa che esegue i lavori "commissariati" alla percezione degli utili che, in dipendenza del provvedimento prefettizio (ritenuto, nel caso del comma 2, a contenuto "*vincolato*"), non degrada ad interesse legittimo e, conseguentemente, rientra nella giurisdizione del giudice ordinario (a differenza di quel che pare plausibile ritenere – secondo quel che si dirà ed a conferma della significativa diversità delle fattispecie – nella distinta ipotesi del commissariamento conseguente alla adozione di interdittiva antimafia, che è atto evidentemente discrezionale, come tale impugnabile dinanzi al giudice amministrativo).

In tale contesto, l'adozione delle Linee Guida sottoposte al presente parere risulta nel complesso finalizzata a garantire la corretta funzionalità della norma mediante alcune integrazioni operative di dettaglio che si muovono in linea con l'interpretazione dell'istituto del commissariamento *ex* art. 32 del d.l. 90/2014 sostenuta dalla più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato.

Giova, al riguardo, ricordare che l'articolo 32 del d.l. cit. si propone – mediante un innovativo meccanismo di commissariamento – l'obiettivo di contemperare l'esigenza di garantire la completa esecuzione delle opere pubbliche di rilevante interesse neutralizzando, al contempo, il rischio derivante dall'infiltrazione criminale nelle gestione delle imprese appaltanti (cfr. Cons. Stato, sez. III, 28 aprile 2016, n. 1630 ed ancor prima Id., 24 luglio 2015, n. 3653).

In tempi recenti, il Consiglio di Stato ha ribadito che attraverso l'intervento di commissariamento disposto dal Prefetto si sterilizza la gestione del contratto dal

pericolo di acquisizione delle utilità illecitamente captate in danno della pubblica amministrazione, laddove dette utilità siano direttamente collegate al processo penale per reati previsti dal primo comma della norma in esame, ovvero riguardino un'impresa colpita da informazione interdittiva antimafia (cfr. Cons. Stato, sez. III, 27.11.2017, n. 5565 Id., 10.1.2018, n. 93) .

Come la dottrina non ha mancato di evidenziare, si tratta di uno strumento di autotutela contrattuale previsto direttamente dalla legge, che riguarda soltanto il *contratto* (e la realizzazione dell'opera pubblica, la erogazione del servizio o l'effettuazione della fornitura) e non la *governance* dell'impresa (in quanto tale ed in ciò si distinguendosi dalle misure di prevenzione patrimoniali disposte ai sensi del d. lgs. n. 159/2011, c.d. codice antimafia).

La *ratio* della norma è quella di consentire il completamento del programma contrattuale nell'esclusivo interesse dell'amministrazione concedente, mediante la gestione del contratto in regime di "*legalità controllata*" e in tale ottica va letto anche il settimo comma dell'art. 32 cit., che impone l'accantonamento degli utili che dal contratto commissariato derivano (al netto delle spese per la realizzazione dell'opera pubblica).

Si tratta di una misura cautelare che si affianca alla gestione controllata del contratto e completa il sistema di tutela dell'interesse pubblico, aggiungendo alla garanzia della realizzazione del programma contrattuale anche la salvaguardia del recupero "patrimoniale" che può conseguire dalla definizione dei procedimenti penali e amministrativi in relazione ai quali il commissariamento stesso è stato imposto.

Ciò al fine di scongiurare il paradossale effetto di far percepire, proprio attraverso il commissariamento che conduce all'esecuzione del contratto, il profitto dell'attività criminosa; in coerenza sia con la disposizione generale che consente nel processo penale di disporre la confisca del profitto del reato (art. 240 c.p.), sia avuto riguardo,

nella fattispecie, alla speciale disposizione di cui all'art. 322 *ter* c.p. (in tal senso si veda anche Cass., sez. III, 26/09/2017, n. 51085).

La natura cautelare dell'accantonamento va letta in collegamento sia all'esito del giudizio penale da cui discende la necessità di assicurare la confisca del profitto dei reati contro la p.a. facenti parte del catalogo indicato dal primo comma dell'art. 32 cit. (se accertati all'esito del procedimento penale), sia all'esito del giudizio amministrativo laddove il commissariamento sia disposto in conseguenza dell'adozione di una interdittiva antimafia.

In tal senso, la disposizione in esame impone l'accantonamento degli utili per entrambe le ipotesi di commissariamento - rispettivamente disciplinate dal primo e dal decimo comma dell'art. 32 del d.l. anticorruzione - senza alcuna distinzione tra le due diverse tipologie. *Le quali devono, nondimeno, essere tenute adeguatamente distinte*, proprio avuto riguardo alla sorte dei disposti accantonamenti, che la norma condiziona rispettivamente agli esiti del giudizio penale e al consolidamento (per mancata o respinta impugnazione) dell'informativa interdittiva antimafia.

In effetti, merita sin d'ora evidenziare che *solo nel primo caso emerge una diretta strumentalità dell'accantonamento rispetto alla misura della (definitiva) confisca assunta in sede penale*; nel secondo caso, la questione si pone in termini alquanto più complessi, trattandosi di *accantonamento in certa misura "fine a se stesso"*, perché riconnesso esclusivamente alla adozione della misura antimafia.

Appare, per tal via, condivisibile la scelta di disciplinare separatamente le due diverse ipotesi di commissariamento - rispettivamente disciplinate dal primo e dal decimo comma dell'art. 32 cit. - nella considerazione della diversa possibile sorte degli utili accantonati.

2. *Osservazioni sulla gestione degli utili nel commissariamento con finalità di anticorruzione*.

Si conviene con le autorità richiedenti in ordine alla stretta "*connessione genetica*" tra la misura prefettizia e il procedimento cui la stessa fa riferimento.

Una connessione che è anche *di tipo funzionale*, essendo questa scelta non tanto legittimata dall'interpretazione giurisprudenziale - come riportato nelle Linee Guida (con enfasi eccessiva, che si suggerisce di eliminare nel testo delle Linee Guida) rispetto al riferimento alla già citata sentenza della sez. III di questo Consiglio n. 93 del 2018 - ma imposta dal chiaro tenore letterale della norma stessa.

Sul punto, per garantire maggiore funzionalità operativa alle Linee Guida in analisi, si ritiene necessaria una più puntuale previsione di specifici canali informativi con l'Autorità Giudiziaria Ordinaria e, segnatamente, con il Pubblico Ministero competente, anche nella sua qualità di organo dell'esecuzione (laddove il procedimento penale sia stato definito con una pronuncia non liberatoria rispetto alle imputazioni ascritte).

Il tal senso, il Consiglio ritiene necessario aggiungere alle Linee Guida "*l'obbligo per il Prefetto che ha adottato il commissariamento, assunte le opportune informazioni dai commissari, di curare il tempestivo coordinamento con il Procuratore della Repubblica competente, in vista delle sua determinazioni sulla confiscabilità degli utili accantonati ovvero sulla loro eventuale restituzione, anche parziale, all'avente diritto*".

Ciò appare necessario proprio per assicurare, con la dovuta tempestività, che all'esito del processo penale, ovvero al termine del commissariamento, l'autorità giudiziaria possa aver contezza dell'entità degli utili accantonati, procedendo a determinare l'*an* e il *quantum* materialmente confiscabile, con conseguente restituzione all'impresa commissariata degli utili residui.

Tale canale informativo, opportunamente strutturato, consentirebbe, altresì, di garantire un equo bilanciamento tra le esigenze dell'autorità giudiziaria di procedere all'acquisizione di tutti gli utili confiscabili e l'interesse dell'impresa (qualificabile, come rammentato, come diritto soggettivo) alla celere restituzione della parte di utili accantonati non sottoposto a confisca.

In effetti, ultimato il commissariamento e completato il programma negoziale, la sorte delle somme accantonate è strettamente correlata alle definitive determinazioni dell'Autorità giudiziaria: il che, per un verso – anche in mancanza di un provvedimento di confisca, e salva la definizione del processo penale con pronunce liberatorie – non autorizza *per ciò solo* e *senz'altro* la restituzione degli utili accantonati all'impresa e, per altro verso, sollecita – a colmare un possibile vuoto informativo tra la sede amministrativa e quella penale e la correlata situazione di incertezza – l'istituzione di appositi circuiti comunicativi, nel senso suggerito.

In tal senso, correttamente le Linee Guida prevedono che "*in presenza di un provvedimento giudiziale definitivo che dispone l'archiviazione del procedimento penale o che esclude qualunque responsabilità del soggetto coinvolto nelle vicende penali poste a motivo dello stesso commissariamento (sentenza di non luogo a procedere adottata per motivi diversi dall'estinzione del reato, sentenza di assoluzione emessa ai sensi dell'art. 530, comma 1, c.p.p.), occorre procedere alla revoca del commissariamento e gli utili accantonati devono essere definitivamente svincolati e restituiti all'operatore economico*".

Fuori da questa evenienza, per contro, nessun automatismo è, per l'appunto, consentito – anche nel caso di esaurimento dello stesso commissariamento – trattandosi di valutazione discrezionale di esclusiva competenza del giudice penale, anche nel caso di sentenza di applicazione della pena *ex* art. 444 c.p.p. (c.d. patteggiamento), stante la natura di provvedimento giudiziario sostanzialmente equivalente ad una pronuncia di condanna (sia pure nei limiti della valutazioni di cui all'art. 129 c.p.p.).

Le Linee Guida richiamano opportunamente quanto sancito nella già citata sentenza n. 93/2018 della sez. III del Consiglio di Stato, laddove si osserva che l'accantonamento degli utili va mantenuto anche "*allorchè i fatti penalmente rilevanti sono già stati accertati con sentenza passata in giudicato, poiché il* quantum *confiscabile va specificamente determinato (nelle competenti sedi giurisdizionali, compreso il giudice dell'esecuzione*

penale) e non è equivalente all'ammontare del solo danno subito dalla p.a. persona offesa ma assume ben più ampio rilievo, attenendo all'intero profitto confiscabile".

Garantito il coordinamento con il Procuratore della Repubblica competente, possono ritenersi corrette le indicazioni fornite dalle Linee Guida in ordine alla gestione degli utili accantonati ove la misura commissariale cessi prima della definizione del collegato procedimento penale.

In questi casi si prevede correttamente la doverosa permanenza del vincolo - in attesa delle determinazioni dell'autorità giudiziaria in ordine all'eventuale adozione di provvedimenti di confisca, ovvero di ulteriori provvedimenti cautelari finalizzati alla confisca stessa – nonché la stipula di apposite convenzioni per la remunerazione dell'utile accantonato.

Quest'ultima previsione appare di peculiare utilità anche per evitare all'amministrazione il rischio di responsabilizzazione per gestione non diligente, per il caso in cui gli utili accantonati debbano, anche solo parzialmente, essere restituiti all'avente diritto.

Analogamente condivisibile appare la previsione di procedere ad accantonamenti separati degli utili delle singole imprese in RTI in relazione alla personalità della responsabilità penale ed alle ricadute sulla responsabilità degli enti dipendente da reato di cui alla legge n. 231/2001 e successive modifiche, che rende possibile decisioni di diverso segno rispetto a ciascun imputato e a ciascuna impresa coinvolta.

Appare, altresì, opportuno integrare le Linee guida con un riferimento alla fattispecie dell'avvalimento. In tal caso, che potrebbe, in effetti, generare perplessità operative, appare corretto muovere dalla premessa che il profitto dell'impresa ausiliaria rappresenta tecnicamente, a carico dell'ausiliata, un (corrispondente) costo. Ne discende – per l'eventualità che l'impresa coinvolta dall'iniziativa penale sia, appunto, l'ausiliaria – che non potrà procedersi all'accantonamento degli utili a carico dell'ausiliata.

3.- *Osservazioni sulla gestione degli utili nel commissariamento conseguente ad informativa interdittiva antimafia.*

Le valutazioni formulate con riferimento al commissariamento per finalità anticorruzione richiedono di essere significativamente integrate e precisate con riguardo alla distinta ipotesi del commissariamento conseguente ad interdittiva antimafia (la cui formalizzazione – come è noto – non postula necessariamente l'attivazione di iniziativa penale, mercé la adozione di misure di prevenzione, ma si legittima, in una delle sue tipiche modalità operative, sulla scorta del mero riscontro di tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società (cfr. art. 84, comma 3, d. lgs. n. 159/2011, prima e seconda parte).

3.1.- Orbene, non appare dubbio, in premessa, che la misura della straordinaria gestione disposta nell'ambito della normativa antimafia si proponga, come evidenziato nelle osservazioni introduttive, l'obiettivo di contemperare una duplice esigenza:

a) garantire - in presenza di significativi interessi pubblici e quale alternativa alla regola generale che impone l'immediata risoluzione dei rapporti contrattuali in essere – il completamento del programma contrattuale e la completa esecuzione del contratto di appalto;

b) impedire – con la sterilizzazione della gestione del contratto dal pericolo di acquisizione di utilità illecitamente captate in danno della pubblica amministrazione committente – che l'infiltrazione criminale di stampo mafioso nelle imprese possa essere fonte di illecite locupletazioni.

Vale, nondimeno, osservare che – avuto segnatamente riguardo alla problematica, oggetto di parere, della sorte degli utili oggetto di accantonamento – la vicenda evidenzia, non meno nei presupposti che negli esiti, una significativa autonomia rispetto alla analoga misura presentiva in funzione anticorruttiva.

Mentre, invero, quest'ultima appare strettamente correlata all'iniziativa penale (di tal che l'accantonamento degli utili appare, in senso proprio e come chiarito, *rigorosamente strumentale alle definitive determinazioni dell'autorità giudiziaria in ordine alla misura reale della confisca*, nella quale è destinata ad essere assorbito), nel caso dell'interdittiva sia la scelta del commissariamento che il pedissequo obbligo di accantonamento traggono *esclusivo fondamento dal provvedimento amministrativo prefettizio* (con il che, in sostanza, il ridetto accantonamento nasce, per dir così, *fine a se stesso*).

3.2.- È questa la ragione per la quale – non essendo certamente revocabile in dubbio, anche sulla scorta della perspicua previsione normativa, che la vittoriosa e definitiva iniziativa giudiziale nei confronti della pregiudizievole interdittiva importi, con l'automatica "*revoca*" del commissariamento e la "*cessazione*" dei relativi effetti (art. 32, comma 10 d.l. cit.), la *restituzione degli utili accantonati all'impresa* – si palesa, per contro, problematica (ed aggravata dal silenzio della norma sullo specifico punto) la sorte degli utili per la duplice ed alternativa eventualità:

a) che la parte non abbia inteso proporre, nei termini di legge, ricorso giurisdizionale (e l'informativa non sia stata, beninteso, comechessia oggetto di determinazione revisionale aggiornata *in bonam partem ex* art. 91, comma 5 d. lgs. n. 159/2011, avente di per sé complessiva e non discussa attitudine "*purgativa*");

b) che il proposto gravame sia stato definitivamente respinto, con sentenza passata in giudicato, dal giudice amministrativo.

3.3.- Su questo punto, oggetto di precipua attenzione, le Linee Guida in esame hanno inteso adeguarsi alle valutazioni già espresse dalla precedenti (Seconde) Linee guida approvate dal Presidente dell'Autorità nazionale anticorruzione e dal Ministro dell'Interno in data 17 gennaio 2015, condividendone le sostanziali conclusioni nel senso che l'utile in questione debba essere riversato alla stazione appaltante.

Il ragionamento che sorregge siffatta conclusione si fonda sul plurimo e concorrente rilievo:

a) che l'attività di (straordinaria e temporanea) gestione dell'impresa (sia pure *ad contractum*) si collochi all'interno di un *paradigma rigorosamente pubblicistico* e legalmente fondato, idoneo a *dequotare, per ragioni di pubblico interesse, l'ordinaria e paritetica pretesa al conseguimento degli utili derivanti dalla esecuzione (controllata) del contratto*;

b) che, per l'effetto, l'operato degli organi commissariali concreti l'*esercizio di un* munus *pubblicistico*, tale da escludere che l'attività gestionale svolta sia riconducibile, giusta gli ordinari canoni civilistici, all'impresa commissariata, anche con riguardo alla percezione degli utili;

c) che, di conserva, l'esecuzione dell'appalto *deve ritenersi "imposta"* (nell'interesse della stazione appaltante, e non dell'impresa appaltatrice);

d) che, correlativamente, gli utili accantonati (*necessariamente* e *definitivamente* sottratti all'impresa) dovrebbero essere riversati, per l'appunto, alla stazione appaltante, in quanto controparte negoziale e beneficiaria della prestazione.

3.3.- È parere della Commissione che le esposte premesse possano essere condivise solo in parte; che, per altra parte, meritino di essere precisate ed integrate; che, soprattutto, la conclusione richieda di essere opportunamente rimodulata.

3.4.- Appare, a tal fine, necessario un più sottile *inquadramento sistematico dell'istituto* in esame.

All'uopo, merita in breve evidenziare:

a) che – a fronte dell'ordinario e doveroso esito solutorio dei rapporti negoziali in essere, correlato alla adozione della misura "*interdittiva*" (cfr. art. 94 d. lgs. n. 159/2011, che ne struttura le modalità operative in termini di automatico "*recesso*" della stazione appaltante) – il commissariamento dell'impresa aggiudicataria, preordinato alla esecuzione controllata del contratto, è il frutto di espressa (ed alternativa) opzione rimessa alla determinazione prefettizia, giustificata dalla

motivata prevalenza di (specifiche e tassative) ragioni di "*pubblica utilità*" (normativamente ed astrattamente correlate alla prospettica "*continuità di funzioni e servizi indifferibili per la tutela di diritti fondamentali*" ovvero alla "*salvaguardia dei livelli occupazionali*" od anche alla "*integrità dei bilanci pubblici*");

b) che, per tal via, la *incidenza autoritativa* sul rapporto negoziale si misura non solo sul piano (*soggettivo*) dell'esautoramento degli ordinari organi amministrativi e gestori, ma anche su quello (*oggettivo*) della scolpita doverosità del "*completamento*" delle prestazioni negoziali divisate (non più semplicemente correlata, *nella superata chiave paritetica*, al generico interesse creditorio attivato e gestito dalla procedura evidenziale, ma ancorata, *in chiave potestativa*, al più specifico e qualificato interesse pubblico posto a fondamento della deroga al regime del recesso);

c) che il vincolo in questione si traduce, per tal via, nell'obbligo, che fa capo, suo malgrado, all'impresa commissariata, di portare "*comunque*" ad esecuzione il programma contrattuale, con esclusivo diritto al rimborso dei costi e delle spese sostenute e con (definitiva) *ablazione del profitto di impresa* (della quale ablazione – che non potrebbe, senza evocare dubbi di costituzionalità, inquadrarsi nella implausibile logica di una "confisca amministrativa", che, in certo senso, doppi o, magari, anticipi, senza adeguata base legale, quella disposta *de jure poenali* – subito di dirà);

d) che si tratta, allora, di prestazione propriamente "*imposta*" (in forza di motivata determinazione provvedimentale, che trova idonea e riservata base legale proprio nella normativa primaria in esame), la quale merita di essere utilmente inquadrata nella logica dell'art. 23 della Costituzione (*arg. ex* art. 32, comma 4, che considera, ai fini in questione, "*di pubblica utilità*" la gestione straordinaria e temporanea dell'impresa): trattandosi, in definitiva, di misura *ordinatoria* fondata sul bilanciamento dei divergenti interessi pubblici messi in gioco della adozione dell'interdittiva in danno dell'impresa (onde qui, come già detto, il commissariamento non è mai atto dovuto, e la sua impugnazione – che profila

questioni di interesse legittimo – coinvolge, la giurisdizione amministrativa, e non quella ordinaria: *contra*, invece, per il commissariamento anticorruzione, Cass. SS.UU. n. 11576/2018, *cit. supra*).

Con ciò, l'impresa attinta da informativa antimafia seguita da commissariamento si trova, in sostanza, normativamente astretta alla prosecuzione (per giunta controllata) del medesimo rapporto: la cui doverosità trae, tuttavia, giuridico fondamento *non più semplicemente dalla (civilistica) vincolatività dell'accordo contrattuale (art. 1372, 1° comma c.c.), ma proprio (e solo) dal provvedimento prefettizio impositivo*.

Ad uno sguardo meno sgranato, non appare, allora, incongruo inquadrare la vicenda, sotto il versante civilistico (al quale occorre far capo per verificare la logica delle misure patrimoniali compensative e/o restitutorie) secondo una *prospettiva quasi-contrattuale*. E ciò nel senso che, in sostanza:

a) l'originario contratto (unitamente alle relative pattuizioni patrimoniali) risulta (comechessia) superato dalla incidenza della misura "interdittiva", che di per sé ne attiva l'indefettibile *automatismo solutorio* (il che si giustifica pianamente nella logica – valorizzata dall'inquadramento proposto dalla Adunanza plenaria n. 3/2018 – della *incapacità giuridica relativa,* sia pure tendenzialmente temporanea, che attinge l'impresa);

b) l'obbligo di effettuare ("*comunque"*)le prestazioni già programmate discende, come chiarito, dal provvedimento prefettizio (*formalmente*, un *ordine*; *funzionalmente,* una misura *lato sensu* di *autotutela amministrativa*);

c) di fatto, il programma negoziale imposto "*mima*" i termini della originaria prestazione, essendo peraltro – nella sua *fonte* – "*novato*"dal provvedimento amministrativo (*arg. ex* art. 1173 c.c., che, come è noto, autorizza a prefigurare il provvedimento amministrativo – adottato "*in conformità all'ordinamento giuridico*" – quale "*atto*" idoneo a "*produrre*" obbligazioni);

L'obbligo di "*portare a compimento*" la gerita vicenda negoziale discende, per tal via, non già (*positivamente*) dal contratto in quanto tale, ma (*negativamente*) dal pregiudizio (vero e proprio *detriment*, posto come tale a motivato fondamento giustificativo del provvedimento prefettizio) riconnesso alla sua non opinata interruzione interdittiva: il che obbedisce, *mutatis mutandis*, alla logica generale (e, appunto, *quasi-contrattuale,* posto che – in difetto del contratto, il programma negoziale imposto ne mima, nei chiariti sensi, i contenuti e ne prospetta, in chiave restitutoria, le conseguenze di ordine patrimoniale alternative al pagamento del corrispettivo originariamente pattuito) della *gestione (in questo caso, imposta) di affari altrui*.

Senza indulgere, sul punto, in approfondimenti che esulerebbero dai limiti imposti al parere, si dovrà, comunque, notare che la recente e matura riflessione, in sede civilistica, sul generale fondamento dei *rimedi restitutori* – operanti nei contesti relazionali nei quali non sia, per vario rispetto, all'opera né la logica del contratto, né quella del fatto illecito – ha indotto a prefigurare (sulla scorta di un progressivo avvicinamento – favorito dalla prospettiva eurocomune e dalla elaborazione di convergenti principi a livello sovranazionale – tra i sistemi di *civil law* e sistemi di *common law*, che hanno tradizionalmente elaborato una comprensiva ed autonoma *law of restitutions,* alternativa alla *law of contracts* e alla *law of torts*) un comune principio ispiratore, in grado, per giunta, di contribuire a far chiarezza anche ai rapporti tra privati e pubblica amministrazione (per solito notoriamente gestiti, postulato l'*utiliter gestum* e il suo ancorché implicito riconoscimento, da una anomalistica ed incerta concorrenza tra una *negotiorum gestio* ed una *actio de in rem verso* a vario titolo *sui generis*).

Vere le esposte premesse, l'impresa che sia astretta, per le più volte evidenziate ragioni e sul fondamento dell'ordine autoritativo, a "portare a compimento" il programma contrattuale anche senza contratto, avrà – ordinariamente – diritto a vedersi "restituito" (non già il corrispettivo divisato, non più sorretto dal relativo

titolo, sibbene) *le spese sostenute per l'attività prestata* (posto che, come è chiaro, *l'Amministrazione beneficiaria non potrebbe conseguire, per parte sua, un ingiustificato arricchimento, trattenendo anche il costo della prestazione destinatale*).

Trova, con ciò, agevole (e coerente) spiegazione sistematica la perdita del profitto: alla identità meramente formale della prestazione si correla, *come d'ordinario*, la pretesa al rimborso delle spese sostenute (*arg. ex* art. 2031 cod. civ., che ne modella il rilevante segmento del disaggregato paradigma restitutorio), accompagnata, tuttavia, dall'obbligo di *riversione del profitto* (già oggetto, per l'appunto, di strumentale accantonamento): *arg.*, ancora, *ex* artt. 2030, 1° comma (e, *quoad effectum*, 1713, 1° comma c.c.).

Insomma: il diritto al *rimborso dei soli costi sostenuti* trova concorrente e convergente fondamento (piuttosto che in una anomala "confisca", disposta senza le garanzie e i formalismi dell'accertamento della sussistenza di reati-contratto o in contratto):

a) nella (ovvia) necessità di precludere all'impresa attinta da interdittiva (oltretutto in quanto tale, giusta la ribadita ricostruzione operata dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato n. 3/2018, deprivata, sia pure a titolo temporaneo e parziale, della propria capacità *ad contractum*) *di conseguire un arricchimento patrimoniale in virtù di un proprio comportamento antigiuridico*;

b) nella *connotazione propriamente restitutoria* (e non *corrispettiva*) del rimborso delle spese sostenute e dei costi sopportati per portare a compimento, nell'interesse pubblico, il programma negoziale;

c) nella logica "*compensativa*" (piuttosto che propriamente "*retributiva*") che caratterizza la prestazione personale imposta da un ordine dell'autorità, sorretto da plausibili, motivate e sindacabili ragioni di speciale e qualificato interesse pubblico (e che – correlandosi alla condizione dell'impresa interdetta – ne giustifica la sterilizzazione ablatoria del profitto di impresa e la conseguente "riversione", all'esito dell'accantonamento).

5.1.- Ciò detto, deve ancora aggiungersi, con riguardo allo specifico oggetto del parere, che l'accantonamento (e, di conserva, la definitiva sottrazione) del profitto di impresa rappresenta, a fronte della esecuzione del contratto (*rectius*, per quel che si è detto: della *prestazione*), un obiettivo "*risparmio di spesa*", la cui devoluzione (sempre nella logica del divieto di arricchimenti ingiustificati e/o antigiuridici) postula l'individuazione, quale destinatario della conseguente e reciproca "riversione" restitutoria, del soggetto concretamente "*depauperato*" dalla corrispondente posta (che non è – o, quanto meno, non è necessariamente – la controparte negoziale: *arg. ex* art. 2041 c.c.).

In effetti, pare senz'altro più coerente (con ciò dovendosi pedissequamente suggerire la corrispondente rimodulazione della diversa regola operativa scandita dalle Seconde Linee guida *in re*) che dello stesso benefici non già la stazione appaltante *in quanto tale* (mera destinataria della prestazione, negoziale od imposta che sia), sibbene il *soggetto finanziatore*, in quanto erogatore della sottesa e stanziata provvista finanziaria (la quale verrà, con ciò, a ricostituirsi *pro parte*,relativamente alle somme destinate a corrispondere gli utili di impresa).

Del resto, a diversamente opinare, la stessa stazione appaltante finirebbe, con esito paradossale e, comunque, abusivo, per conseguire una non giustificata locupletazione patrimoniale (che si sommerebbe al vantaggio del conseguimento della prestazione originariamente divisata) difficilmente giustificabile in forza dei principi generali, che postulano, appunto, un titolo per l'arricchimento (o il risparmio di spesa).

La soluzione appare, altresì, preferibile anche a fronte della distinta alternativa (pur astrattamente prospettabile) che vedesse coinvolto, con il medio formale della determinazione prefettizia, lo Stato-comunità: soluzione che sconterebbe, in realtà, un disagevole parallelismo con l'accantonamento per finalità anticorruttiva, che si fonda su presupposti e meccanismi effettuali diversi, di cui si è diffusamente detto.

Alla luce delle esposte considerazioni, appare opportuno suggerire una rimodulazione, sul punto, delle Linee guida, fermo il resto.

P.Q.M.

Si esprime, con le riserve e i rilievi di cui in premessa, parere positivo sullo schema di Linee guida in esame.

GLI ESTENSORI
Giovanni Grasso, Luigi Birritteri

IL PRESIDENTE
Claudio Zucchelli

IL SEGRETARIO
Cinzia Giglio