



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

Dipartimento di Studi Internazionali, Giuridici e Storico-Politici

CORSO DI DOTTORATO IN
STUDI SULLA CRIMINALITÀ ORGANIZZATA
XXXIV ciclo

Tesi di dottorato di ricerca

**LA DOCUMENTAZIONE INTERDITTIVA ANTIMAFIA:
ORDINAMENTO SINGOLARE E CORTOCIRCUITI DELLA LEGALITÀ**

Lavinia Filieri

Matricola: R12333

Tutor: Dott. Paolo Provenzano

Coordinatore: Chiar.mo Prof. Fabio Basile

Anno accademico 2021/2022

*Al Prof. Nando dalla Chiesa,
per i suoi tenaci insegnamenti e per tutta la fiducia che ha riposto nelle mie capacità.*

INDICE SOMMARIO

INTRODUZIONE: L’OGGETTO DELLA RICERCA, CON UNA PREMessa	7
--	---

CAPITOLO I

CRIMINALITÀ ORGANIZZATA MAFIOSA E IMPRESA: RIFLESSIONI TRA DIRITTO PUBBLICO E DIRITTO PRIVATO

1. INQUADRAMENTO GENERALE DEGLI STRUMENTI AMMINISTRATIVI DI CONTRASTO ALLA CRIMINALITÀ ORGANIZZATA MAFIOSA NELL’ORDINAMENTO	16
2. L’IMPRESA MAFIOSA: CARATTERI DISTINTIVI E FIGURE CONTIGUE	27
3. CRIMINALITÀ ORGANIZZATA MAFIOSA ED ENTI PLURALI: L’ANTAGONISMO ALL’INFILTRAZIONE MEDIANTE MECCANISMI INTEGRATI DI PREVENZIONE E RECUPERO ...45	
3.1. IL CODICE ANTIMAFIA DI MATRICE CONVENZIONALE: L’ESEMPIO DELLA ITALCEMENTI S.P.A.....	67
4. IL CONTRASTO INDIRETTO ALLA CRIMINALITÀ ORGANIZZATA MAFIOSA NEGLI STRUMENTI INFORMATIVO-REPUTAZIONALI: DAI “<i>RATING</i>” ALLE WHITE LIST	71
5. IL SISTEMA PATTIZIO DELLE MISURE ANTIMAFIA: I PROTOCOLLI DI LEGALITÀ	86
5.1. I PROTOCOLLI DI LEGALITÀ NELL’ESPERIENZA DE LE GALLERIE DEGLI UFFIZI	88

CAPITOLO II

IL SISTEMA DELLA DOCUMENTAZIONE ANTIMAFIA

1. BREVE EVOLUZIONE STORICA DELLA NORMATIVA IN MATERIA DOCUMENTAZIONE ANTIMAFIA	104
2. LA DOCUMENTAZIONE ANTIMAFIA: PRESUPPOSTI APPLICATIVI E DISCIPLINA	115
2.1. LA COMUNICAZIONE ANTIMAFIA.....	116
2.2. L’INFORMAZIONE (O INFORMATIVA) ANTIMAFIA.....	121
2.2.1. TRA INFORMATIVA ANTIMAFIA GENERICA E SPECIFICA: L’IPOTESI DI CUI ALL’ART. 91 CO. 6 D. LGS. N. 159/2011.....	126
2.2.2. I “DIVERSI” PROVVEDIMENTI GIURISDIZIONALI RILEVANTI AI FINI DELL’ACCERTAMENTO DEL TENTATIVO DI INFILTRAZIONE MAFIOSA.....	131
2.2.3. L’AMBITO DI APPLICAZIONE OGGETTIVO DELL’INFORMATIVA ANTIMAFIA.....	133
2.2.4. L’INFORMATIVA ANTIMAFIA SUPPLEMENTARE: TRA ATIPICITÀ E DISCREZIONALITÀ..	137
2.3. L’AMBITO DI APPLICAZIONE SOGGETTIVO DELLA DOCUMENTAZIONE ANTIMAFIA.....	142
2.4. L’ARTICOLATA QUESTIONE DEL “TITOLARE EFFETTIVO” E LA VIRTUOSA RISPOSTA DEL COMUNE DI MILANO: SPUNTI <i>DE IURE CONDENDO</i>	147

3. LA DOCUMENTAZIONE INTERDITTIVA ANTIMAFIA NEL SISTEMA DELL'ECONOMIA PRIVATA E L'INTRODUZIONE DELL'ART. 89 BIS NEL D. LGS. N. 159/2011.....	156
3.1. S.C.I.A. E VERIFICHE ANTIMAFIA.....	161
3.2. LE QUESTIONI DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DELL'ART. 89 BIS D. LGS. N. 159/2011.....	165
4. GLI EFFETTI GENETICI E SUCCESSIVI DELLA DOCUMENTAZIONE INTERDITTIVA ANTIMAFIA.....	175
4.1. GLI ARTT. 92 CO. 3 E 94 CO. 2 COD. ANTIMAFIA TRA LIMITI LEGISLATIVI AL DIRITTO DI RITENZIONE E INTERPRETAZIONE DELLA GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA.....	181

CAPITOLO III

LO STATUTO GIURIDICO “IN DEROGA” DELLA DOCUMENTAZIONE ANTIMAFIA: DAL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO ALL'ACCERTAMENTO DELLE CONDIZIONI PER L'ESERCIZIO DEL POTERE

1. INTRODUZIONE AL TEMA.....	195
2. IL PRINCIPIO DEL GIUSTO PROCEDIMENTO NELLA MATERIA DELLE INTERDITTIVE ANTIMAFIA.....	203
3. TERMINI DI RILASCIO E TERMINI DI EFFICACIA DELLA DOCUMENTAZIONE ANTIMAFIA.....	231
4. ATTRIBUZIONI PATRIMONIALI, DIRITTI QUESITI E INFORMATIVA ANTIMAFIA SOPRAVVENUTA.....	243
5. UNO STUDIO DI CASO: LA RISARCIBILITÀ DEL DANNO DA EMISSIONE DI INTERDITTIVA ANTIMAFIA SUCCESSIVAMENTE ANNULLATA.....	257

CAPITOLO IV

LA DOCUMENTAZIONE ANTIMAFIA E I SUOI CONTROVERSI RAPPORTI CON IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ

1. L'ACCERTAMENTO DEI TENTATIVI DI INFILTRAZIONE NELLA RICOSTRUZIONE DELLA GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA.....	268
1.1. BREVI CENNI SUL REATO DI PERICOLO: RELAZIONE, GIUDIZIO E TASSONOMIA.....	272
1.2. LA RILEVANZA DEL PERICOLO NELLA DOCUMENTAZIONE ANTIMAFIA.....	280
1.3. I RAPPORTI DI PARENTELA, LE CONSUETUDINI DI VITA E LE COINTERESSENZE ECONOMICHE.....	283
1.3.1. (FOCUS SU) L'INFORMATIVA “A CASCATA”.....	286
1.4.1. VICENDE ORGANIZZATIVE E GESTORIE DELL'IMPRESA.....	289
1.4.1. (SEGUE) IL RUOLO DEI MODELLI OPERATIVI ANTICORRUZIONE: L'ARCHETIPO DELINEATO DALLA DIREZIONE TECNICA DEL COMUNE DI MILANO.....	291

1.4.2. (SEGUE) L'ISTITUTO DEL SUBAPPALTO: FENOMENOLOGIA E DISCIPLINA NELLA CONTRATTUALISTICA PUBBLICA.	295
1.5. LA SELEZIONE DEL PERSONALE.	301
1.6. LA C.D. "CONDIVISIONE DI UN SISTEMA DI ILLEGALITÀ"	302
2. LA DOCUMENTAZIONE ANTIMAFIA: IL PROBLEMA DELLA NATURA GIURIDICA.	303
2.1. GLI ESTREMI DELLA QUESTIONE CONTROVERSA.	303
2.2. LE MISURE DI PREVENZIONE NELL'APPARATO DELLA PUBBLICA SICUREZZA E DEI POTERI DI POLIZIA: CENNI DI TEORIA GENERALE.	305
2.3. IL SISTEMA DI PREVENZIONE E LA TUTELA MULTILIVELLO DEI DIRITTI: QUALI RIVERBERI PER LA DOCUMENTAZIONE INTERDITTIVA ANTIMAFIA?	315
2.4. NUOVE FORME DI PERICOLOSITÀ QUALIFICATA: LE MISURE DI PREVENZIONE ATIPICHE.....	331
2.5. I PROVVEDIMENTI INTERDITTIVI ANTIMAFIA E LA CATEGORIA DOGMATICA DELLE SANZIONI AMMINISTRATIVE.	338
3. IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ: DECLINAZIONI NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO MODERNO.	361
4.DISCREZIONALITÀ TECNICA "SPECIALE" E LIMITI DEL SINDACATO GIURISDIZIONALE SUI PROVVEDIMENTI INTERDITTIVI ANTIMAFIA.	375
CONCLUSIONI	395
BIBLIOGRAFIA	406

INTRODUZIONE: L'OGGETTO DELLA RICERCA, CON UNA PREMessa.

La presente indagine si propone di affrontare il rapporto che intercorre tra gli strumenti amministrativi di contrasto alla criminalità organizzata e le garanzie procedurali e processuali dei soggetti destinatari, nei potenziali punti di frizione con l'ordinamento sovranazionale. Il riferimento va, precisamente, all'istituto della documentazione antimafia, nelle due forme della comunicazione e della informazione, con specifica attenzione rivolta a quella di tipo interdittivo. Analizzatane la natura giuridica, ci si chiede, tentando di fornire una risposta, se questo strumento sia compatibile con i principi costituzionali, eurounitari e convenzionali, con particolare riferimento al principio di legalità, nel suo statuto integrato e multi-livello. Interrogativo strettamente connesso al primo riguarda, di necessità, la possibilità di estendere all'istituto in esame i risultati interpretativi cui è pervenuta la giurisprudenza in relazione alle sanzioni "sostanzialmente penali", ovvero se sia preferibile pervenire a una soluzione diversa, facendo leva sul legame che avvince gli strumenti di tutela azionabili con i poteri del giudice amministrativo.

Per raggiungere i risultati scientifici attesi, il presente elaborato segue, e propone, un percorso tra aree tematiche di studio poste in successione logico-argomentativa, che parte da un inquadramento generale dei principali strumenti amministrativi di contrasto alla criminalità organizzata, ora nella forma autoritativo-unilaterale tradizionale, ora nelle forme convenzionali di più recente emersione, per giungere ai limiti di sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica nei provvedimenti interdittivi antimafia. Nel mezzo, sta tutto il percorso ricostruttivo del sistema della documentazione antimafia, sia da un punto di vista storico che nel diritto positivo. Sì che, oltre a ripercorrere diacronicamente l'evoluzione normativa degli strumenti prefettizi certificativi e informativi, è compito del Capitolo II inquadrare organicamente presupposti applicativi e disciplina della documentazione antimafia, anche alla luce delle più recenti pronunce intervenute sulla materia, che, come si vedrà in più luoghi del lavoro, concorrono a scolpire il sistema normativo e applicativo dell'istituto.

Il successivo Capitolo III, invece, tende a spingersi oltre e, per l'effetto, a tracciare, come si evince dalla sua intitolazione, lo statuto giuridico "in deroga" della documentazione antimafia. Detto altrimenti, il patrimonio normativo confluito nel Capitolo II viene decodificato alla luce dei più tradizionali istituti di teoria generale del diritto amministrativo,

in guisa da comprendere se, quanto e come il sistema della documentazione antimafia si ponga in rapporto di specialità rispetto al diritto amministrativo comune.

Da ultimo, non per importanza, sta il cuore dell'indagine, che connota il Capitolo IV di una certa articolazione, frutto dell'intreccio di figure e categorie dogmatiche complesse da decodificare già secondo i canoni ermeneutici e sistematici dell'ordinamento nazionale. A questo dato, infatti, la ricerca aggiunge non solo, come abbiamo anticipato in *incipit*, il confronto con la dimensione sovranazionale ma, altresì, un approccio trasversale tra figure del diritto amministrativo che sono pienamente coinvolte, quando non travolte, dall'ordinamento eurounitario e convenzionale. Il riferimento è, principalmente ma non esclusivamente, alle Autorità Amministrative Indipendenti e ai loro poteri, come pure ad altri strumenti prefettizi che storicamente risentono di qualche frizione con i principi generali dell'ordinamento. Ad accompagnarci in questa intricata disamina, le letture e riletture del principio di legalità, nozione che, pur dotata di una spiccatissima compattezza assiologica, risente e ha risentito nel tempo di diverse interpretazioni. La nostra attenzione è evidentemente rivolta al principio di legalità amministrativa, *rectius*, dell'azione amministrativa, che, forse a differenza di quanto accaduto nel diritto penale, assai risente della frammentazione fenomenologica che sempre più assiste i rapporti tra legge e Pubblica Amministrazione. Per questa ragione il Capitolo IV si snoda proponendo, in principio, una disamina sull'accertamento delle situazioni sintomatiche dei tentativi di infiltrazione mafiosa, passando in rassegna le fattispecie maggiormente ricorrenti nelle ricostruzioni prefettizie, come confluite nell'elaborazione giurisprudenziale, operazione essenziale per decodificare, specialmente, la discussa figura dell'informativa interdittiva antimafia generica di cui all'art. 84 co. 4 lett. d) ed e) D. Lgs. n. 159/2011.

La costruzione sì proposta consentirà di spostare l'attenzione sull'istituto, di certo topograficamente attiguo, delle misure di prevenzione, delle quali il lavoro tenta di cogliere quei tratti utili a comprendere se anche a livello funzionale e sistematico vi sia una qualche vicinanza rispetto alla documentazione antimafia. All'uopo, pur ben consapevoli della vastità dell'argomento, il lavoro offre cenni di teoria generale relativi all'inquadramento delle misure di prevenzione nell'apparato della pubblica sicurezza e della legislazione speciale sui poteri di polizia. Il tracciato così disegnato consente di spingersi oltre l'ordinamento nazionale e di inquadrare il sistema della prevenzione nell'ordinamento multilivello dei diritti e libertà, con precipuo riferimento alla dimensione convenzionale, per comprendere i possibili riverberi sulla

conformazione e compatibilità sovranazionale della documentazione antimafia, proponendo un parallelismo rispetto alle misure di prevenzione. Questa disamina, tuttavia, non esaurisce, e non può esaurire, il perimetro dell'indagine, il quale necessariamente deve tenere conto del fervido dibattito dottrinale sul ruolo che i provvedimenti interdittivi assumono all'interno della categoria dogmatica delle sanzioni amministrative. Numerose questioni ivi si annidano, per il sol fatto che già nell'ordinamento nazionale questa categoria soffre della mancanza di una definizione unitaria, problema che si aggrava nel confronto con la dimensione sovranazionale e con il cospicuo filone interpretativo delle "sanzioni sostanzialmente penali". Così si spiega la necessità di studiare sia le plurime accezioni del principio di legalità che le problematiche relative ai limiti di sindacato giurisdizionale sulle sanzioni amministrative nonché, prima e più in generale, sull'esercizio della discrezionalità tecnica da parte della Pubblica Amministrazione. Tracciate così le coordinate essenziali della ricerca, senza anticipare alcunché sui risultati scientifici effettivamente raggiunti, occorre precisare che la conformazione del sistema normativo sulla documentazione antimafia, unitamente alla sua disciplina, consente di adottare un approccio metodologico, pur ristretto ma comunque ampiamente soddisfacente, che è rivolto per lo più al formante (perché in questi termini davvero può definirsi) giurisprudenziale, unica sede naturale in cui si svela il contenuto delle relazioni riservate che accompagnano il rilascio di un provvedimento interdittivo antimafia.

Prima di addentrarci nella nostra analisi, sia consentita una brevissima premessa, che rinforza la necessità sottesa a questa ricerca. L'attualità e, al contempo, le criticità dell'istituto oggetto di studio, infatti, sono costantemente rinvigorite e subiscono spinte centrifughe.

All'uopo, non può non ricordarsi la presentazione di una mozione per la modifica delle disposizioni in materia di informativa antimafia interdittiva in seno al XXXIV Congresso Nazionale Forense, nell'ambito del tema congressuale della "*Salvaguardia del ruolo della giurisdizione per la tutela dei diritti dei cittadini e della collettività*", manifestando alcune necessità *de iure condendo*. In quella sede, precisamente, si è chiesto al Parlamento di intervenire prevedendo l'obbligatorietà del contraddittorio endoprocedimentale tra Autorità prefettizia e impresa interessata, in uno alle altre garanzie partecipative di cui alla Legge 7 agosto 1990, n. 241, l'introduzione di una diffida con valore di intimazione per l'impresa a rimuovere i profili di criticità rilevati dal Prefetto prima dell'emissione dell'interdittiva. Dal punto di vista processuale, invece, la mozione ha rilevato l'opportunità di provvedere alla

giurisdizionalizzazione nell'emissione della misura, accentrata in capo al Tribunale per le misure di prevenzione il quale, peraltro, dovrebbe contestualmente disporre, anche d'ufficio, il controllo giudiziario dell'impresa¹. In questa prospettiva, vedremo come il legislatore effettivamente ha provveduto a modificare alcuni aspetti nella disciplina della documentazione antimafia per mezzo del Decreto Legge 6 novembre 2021, n. 152, recante “*Disposizioni urgenti per l’attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per la prevenzione delle infiltrazioni mafiose*”, convertito, con modificazioni, dalla Legge 29 dicembre 2021, n. 233. A dette fervide critiche, mosse essenzialmente da una cospicua parte di operatori giuridici, si contrappone una diversa coscienza e sensibilità della società civile e degli stessi operatori economici. Questa sopravvenienza ha imposto di invertire la rotta iniziale della ricerca e far sì che dalla prospettiva tipica del giurista al cospetto di potenziali frizioni con il principio di legalità l'analisi si sia spostata sull'efficacia delle verifiche prefettizie antimafia nel contrasto alla criminalità organizzata mafiosa.

In questa direzione, pare utile sin d'ora porre all'attenzione del lettore proprio l'ultima indagine sulla percezione tra la popolazione e gli imprenditori dell'attività svolta dalle Prefetture, promossa dall'Associazione sindacale dei funzionari prefettizi e realizzata dalla SWG S.p.A. nel 2019. Detta indagine mostra come circa il 44% dei cittadini e il 38% delle aziende non conosca la figura dell'interdittiva antimafia². In argomento, il sondaggio si sviluppa su tre parametri distinti, quello dell'utilità, dell'efficacia e della necessità di implementare le funzioni delle Prefetture in tema di prevenzione delle infiltrazioni della criminalità organizzata mafiosa nelle imprese. Per quel che qui interessa, si nota in *fig. 1*, contrariamente a quanto si sarebbe portati a pensare, come meno della metà delle imprese censite che conosce lo strumento delle interdittive antimafia ne riconduca la competenza al Prefetto. Tanto di fatto può comportare, come si avrà modo di coglier in seguito, un certo

¹<http://www.dirittoegiustizia.it>.

² Il Report, del 29 novembre 2019, è stato illustrato nel corso del Convegno “*Prefetture e prevenzione delle infiltrazioni criminali*” tenutosi in Milano, il 14 dicembre 2019. L'indagine in discorso, condotta per interviste somministrate tra il 20 e il 25 novembre 2019, rientra in uno studio più ampio, che ha l'obiettivo di rilevare la percezione tra la popolazione e gli imprenditori dell'attività svolta dalle Prefetture. Per questa ragione sono stati utilizzati due campioni di destinatari distinti, individuati, appunto, nella popolazione (campione di 987 soggetti maggiorenni residenti in Italia censiti con metodo Computer Assisted Web Interview, stratificati per regione e ampiezza del comune di residenza, distribuito per parametri “genere” ed “età”) e nelle imprese (200 imprenditori estratti dalla popolazione presente a livello nazionale censiti in parte attraverso metodo Computer Assisted Web Interview e in parte attraverso metodo Computer Assisted Telephone Interview, stratificato per zone in cui ha sede l'impresa, distribuito per parametri di “dimensione” e “settore di attività”).

svilimento del ruolo del prefetto nella sua qualità di Autorità Provinciale di Pubblica Sicurezza oltre che di raccordo essenziale con le Pubbliche Amministrazioni nello svolgimento delle procedure di affidamento dei contratti pubblici.

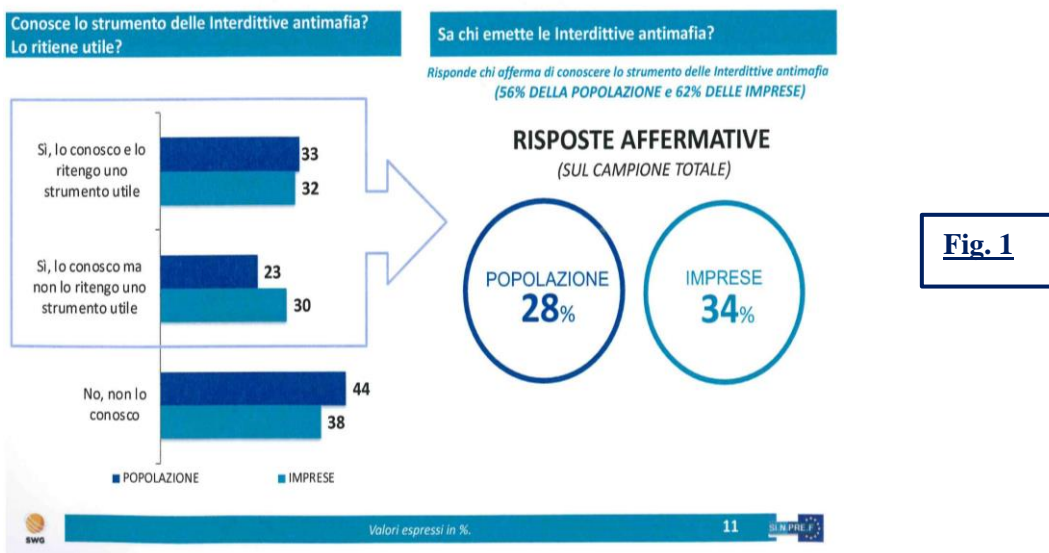


Fig. 1

Per questa ragione si può altrettanto comprendere come non si raggiunga la maggioranza assoluta per ciò che riguarda la percezione, almeno da parte delle imprese, dell'utilità dell'operato della Prefettura all'interno della Provincia di provenienza, a prescindere dalla sua collocazione geografica tra Nord, Centro, Sud e Isole (cfr. fig. 2).

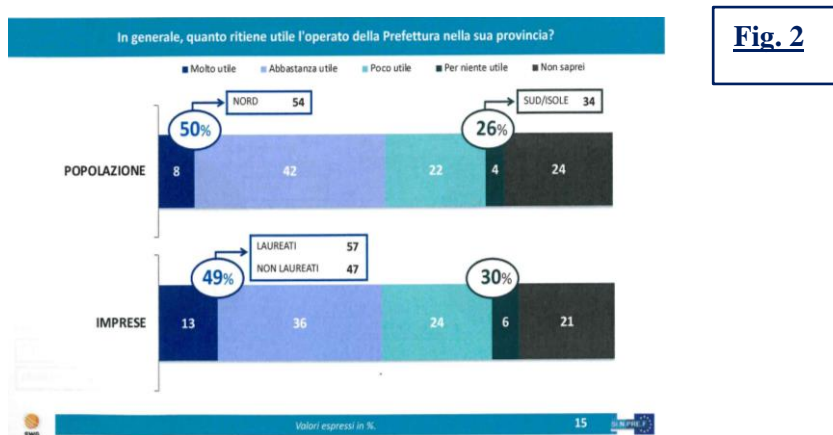
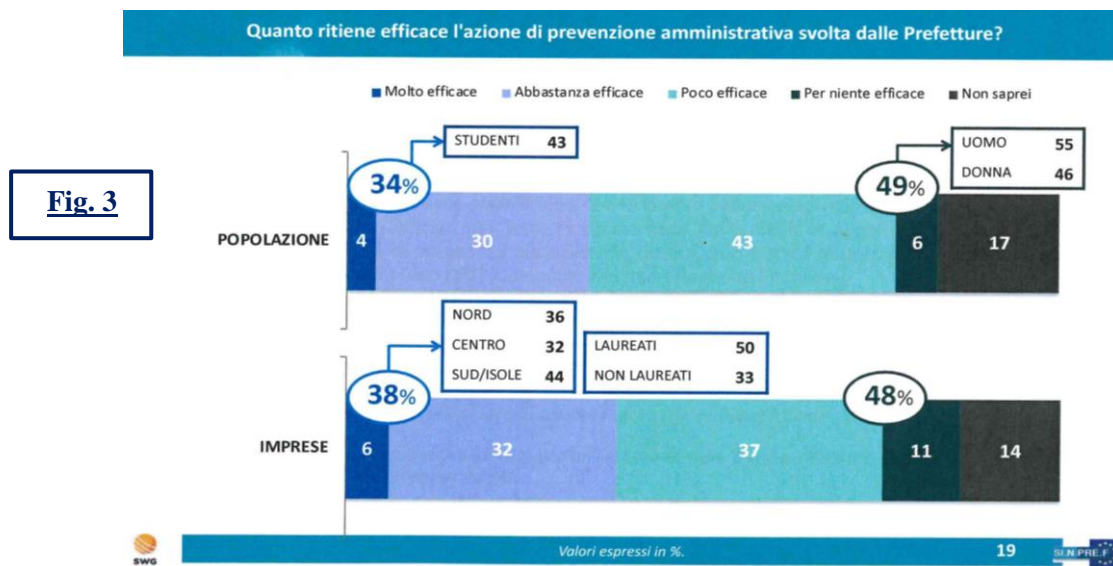


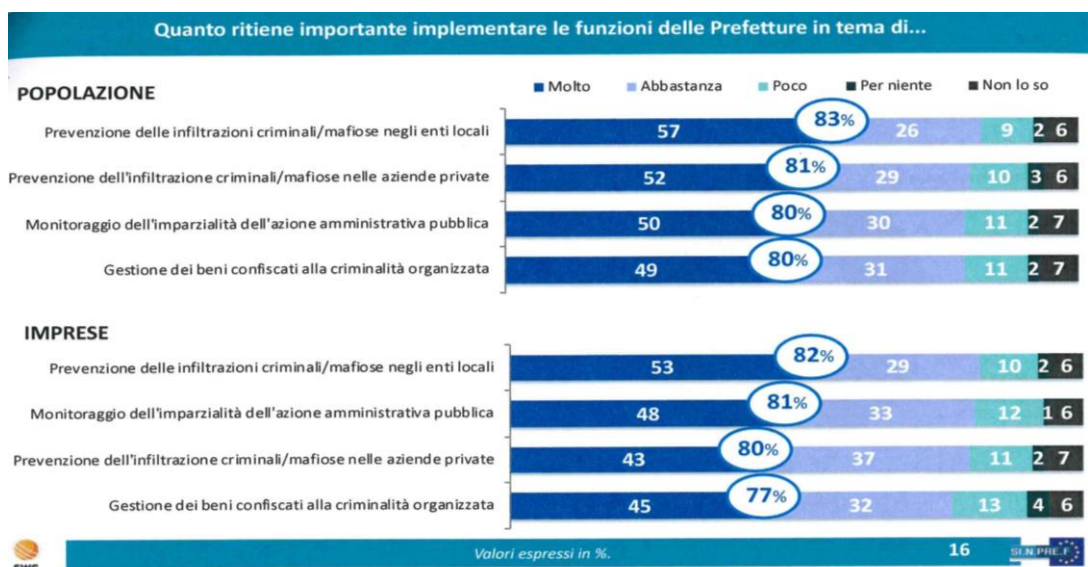
Fig. 2

Al contrario avviene relativamente al parametro dell'efficacia dell'azione di prevenzione amministrativa svolta dalle Prefetture nella materia delle verifiche antimafia, ove pressoché la metà delle imprese si esprime in termini negativi ovvero dubitativi (vd. fig.

3). D'altra parte, si può notare come nel novero delle risposte positive si collochino maggiormente le imprese del sud ovvero delle isole.



Nonostante il contenuto di questi risultati o, forse, più ragionevolmente, proprio per questo, è assolutamente avvertita come prevalente, tanto per le imprese quanto per i singoli individui, la necessità di implementare, tra le altre, le funzioni di prevenzione delle infiltrazioni mafiose nelle aziende in capo alle Prefetture (cfr. fig. 4).



Che questo bisogno non possa essere isolato e a sé stante, del resto, è dimostrato dalla percezione che la comunità ha rispetto al fondamento razionale dell'istituto della documentazione antimafia nel più ampio scenario degli strumenti amministrativi di contrasto alla criminalità organizzata mafiosa.

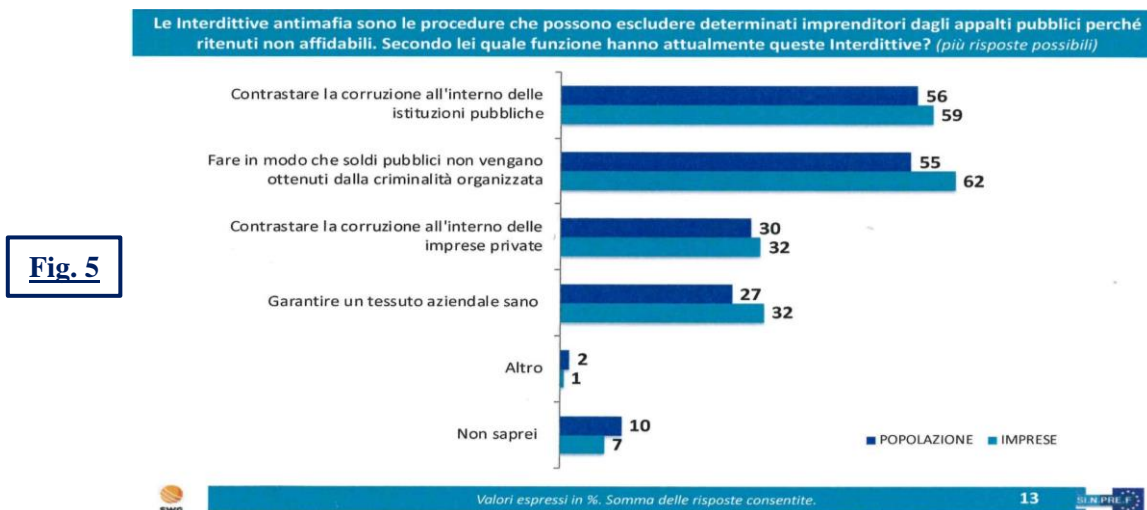


Fig. 5

Come si cercherà di illustrare sia nel capitolo I, all'interno del paragrafo dedicato alla cd. "impresa mafiosa", sia nel capitolo IV, precipuamente dedicato alla controversa natura giuridica dei provvedimenti interdittivi antimafia, con tutta ragione questo strumento pare in grado di perseguire più di una finalità. Accanto a quella, diretta, di epurare l'economia pubblica e privata dalle infiltrazioni e dai condizionamenti della criminalità organizzata mafiosa, vi è la finalità indiretta, *rectius*, mediata, di disincentivare la *maladministration* e promuovere un'azione amministrativa effettivamente rispondente ai canoni che immagina e richiede la Costituzione all'art. 97. Una tensione verso la piena osservanza del principio di "legalità" non soltanto inteso in senso stretto, come rispetto delle norme di relazione e di azione, rispettivamente attributive del potere amministrativo e regolatorie delle modalità del suo svolgersi, ma altresì, come complesso dei principi che regolano l'ordinamento giuridico costituito.

In chiosa, non si può non dare conto di un altro fattore, che in più momenti ha interferito anche con lo sviluppo della presente ricerca, quello dell'emergenza epidemiologica

legata alla diffusione del virus COVID-19³. Nell'ottica di questo lavoro, interessa specificamente la previsione *dell'Organismo permanente di monitoraggio ed analisi sul rischio di infiltrazione nell'economia da parte della criminalità organizzata di tipo mafioso* (anche "*Organismo permanente di monitoraggio ed analisi*"), in seno al Dipartimento della Pubblica Sicurezza, Direzione Centrale della Polizia Criminale, del Ministero dell'Interno. Il Decreto Ministeriale istitutivo, risalente all'8 aprile 2020⁴, prende atto del greve impatto che la crisi sanitaria ha determinato sul contesto socio-economico anche italiano e dei conseguenti rischi di infiltrazione che promanano dall'attività della criminalità organizzata mafiosa⁵. Di qui, la necessità di ricorrere, ancora una volta, a un costante confronto interforze⁶ per realizzare approfondimenti ed elaborare efficaci strategie di prevenzione e contrasto⁷. Come espressamente evidenziato all'interno del primo *report* elaborato dall'Organismo in commento (del 23 aprile 2020), l'emergenza epidemiologica da COVID-19, che per il mondo intero ha rappresentato la più tragica pandemia dell'età contemporanea, per la criminalità organizzata di stampo mafioso ben può tramutarsi nella altrettanto più straordinaria occasione di espansione sia a livello economico che sociale. Quanto al primo aspetto, perché i settori economici che conoscono una maggiore espansione proprio a causa dell'emergenza epidemiologica in atto sono da sempre prediletti dalla mafia (i.e. lo smaltimento dei rifiuti anche, e non soltanto, sanitari). Quanto al secondo aspetto, perché è inverso il rapporto tra

³ L'epidemia da Covid-19 è occasione di approfondimento circa i rapporti tra "salute e sanità" e sulla "doverosità organizzativa" gravante sull'amministrazione pubblica tenuta a garantire l'effettività dei diritti fondamentali per A. PIOGGIA, *La lezione dell'epidemia di Covid-19 sul sistema sanitario e il suo ruolo*, in *Ist. del Fed., Riv. st. giur. e pol.*, 2020, n. speciale, 17-27.

⁴ <https://www.interno.gov.it>.

⁵ È bene precisare sin d'ora che nel corso del presente lavoro ci si avvale indifferentemente dei termini "mafia" e "organizzazione mafiosa" ancorché lo scrivente sia consapevole che non sempre in letteratura i due termini sono usati con valenza sinonimica. Vd., sul punto, R. SCIARRONE, *Mafie vecchie, mafie nuove. Radicamento ed espansione*, Donzelli, 2009, 21.

⁶ La composizione dell'organismo, infatti, vede presenti rappresentanti del Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri, della Guardia di Finanza, del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, della Direzione Centrale Anticrimine della Polizia di Stato e per i Servizi Antidroga, della Direzione Investigativa Antimafia, del Servizio per la Cooperazione Internazionale di Polizia della Direzione Centrale della Polizia Criminale e del Servizio Analisi Criminale della Direzione Centrale della Polizia Criminale. A questi membri di diritto si aggiungono, per volontà del Presidente dell'Organismo, referenti di enti pubblici e privati competenti a fornire un apporto e contributo conoscitivo sui temi ritenuti di interesse.

⁷ Con riferimento alle funzioni, il D.M. in discorso attribuisce all'Organismo un insieme di compiti, che spaziano dalla condivisione delle conoscenze maturate con riferimento alle strategie di azione delle organizzazioni criminali mafiose, all'analisi del patrimonio informativo veicolato all'interno dell'ambiente carcerario, fino a realizzare approfondimenti analitici sui settori merceologici e, più in generale, economici, a maggiore rischio di infiltrazione mafiosa.

crisi di liquidità che affligge, ormai dal 2020, la collettività e disponibilità economica dell'organizzazione mafiosa, pronta a riversarsi sulla prima, tanto da far parlare di “*welfare criminale di prossimità*”⁸.

⁸ L'espressione è espressamente contemplata nel primo report dell'Organismo permanente in commento del 23 aprile 2020 e viene ripresa, tra più, anche nella relazione svolta dalla Direzione Investigativa Antimafia al Parlamento per il periodo Gennaio - Giugno 2020, in <https://www.interno.gov.it>.

CAPITOLO I

CRIMINALITÀ ORGANIZZATA MAFIOSA E IMPRESA: RIFLESSIONI TRA DIRITTO PUBBLICO E DIRITTO PRIVATO

SOMMARIO – **1.** INQUADRAMENTO GENERALE DEGLI STRUMENTI AMMINISTRATIVI DI CONTRASTO ALLA CRIMINALITÀ ORGANIZZATA MAFIOSA NELL'ORDINAMENTO. – **2.** L'IMPRESA MAFIOSA: CARATTERI DISTINTIVI E FIGURE CONTIGUE. – **3.** CRIMINALITÀ ORGANIZZATA MAFIOSA ED ENTI PLURALI: L'ANTAGONISMO ALL'INFILTRAZIONE MEDIANTE MECCANISMI INTEGRATI DI PREVENZIONE E RECUPERO. – **3.1.** IL CODICE ANTIMAFIA DI MATRICE CONVENZIONALE: L'ESEMPIO DELLA ITALCEMENTI S.P.A. – **4.** IL CONTRASTO INDIRETTO ALLA CRIMINALITÀ ORGANIZZATA MAFIOSA NEGLI STRUMENTI INFORMATIVO-REPUTAZIONALI: DAI "RATING" ALLE WHITE LIST. – **5.** IL SISTEMA PATTIZIO DELLE MISURE ANTIMAFIA: I PROTOCOLLI DI LEGALITÀ. – **5.1.** I PROTOCOLLI DI LEGALITÀ NELL'ESPERIENZA DE LE GALLERIE DEGLI UFFIZI.

1. INQUADRAMENTO GENERALE DEGLI STRUMENTI AMMINISTRATIVI DI CONTRASTO ALLA CRIMINALITÀ ORGANIZZATA MAFIOSA NELL'ORDINAMENTO.

Per effetto della legislazione degli ultimi anni, si possono distinguere poteri amministrativi di intervento preventivi e repressivi riconducibili, funzionalmente, da un lato, ai controlli esterni sull'impresa e, dall'altro, ai controlli sulla Pubblica Amministrazione, a loro volta suddivisibili in controlli interni ordinari ed esterni straordinari⁹. A titolo esemplificativo, si iscrivono nell'ultima categoria la funzione governativa di scioglimento dei consigli comunali e provinciali per collegamenti o condizionamenti di tipo mafioso di cui all'art. 143 D. Lgs. 267/2000¹⁰, nonché la congerie di istituti riconducibili alla trasparenza amministrativa e alle trasversali competenze dell'Autorità Nazionale Anticorruzione. Alla prima, invece, si riconducono la gestione straordinaria di cui all'art. 32 d.l. n. 90/2014 e, appunto, l'articolato sistema della documentazione antimafia¹¹.

⁹ M. MAGRI, *Lo scioglimento dei consigli comunali e provinciali per infiltrazioni della criminalità di tipo mafioso: tra vecchi e nuovi dubbi di costituzionalità*, paper per il convegno annuale AIPDA "Decisioni amministrative e interessi pubblici sensibili", Bergamo, 7 ottobre 2017, 2, in <https://aipda.it>.

¹⁰ A. CRISMANI, *L'influenza della criminalità organizzata sul libero esercizio dell'azione amministrativa degli enti locali*, 2 aprile 2014, in *Federalismi.it*.

¹¹ Sul problema delle nuove modalità di azione e infiltrazione della criminalità organizzata nello Stato e nell'economia legale e sugli strumenti idonei a farvi fronte, tra più, vd. G. PIGNATONE, *Mafia e corruzione: tra confische, commissariamenti e interdittive*, relazione sul tema "Legalità corrotta", al convegno "Le ragioni dell'impresa e le ragioni dell'amministrazione della giustizia. I teatri della crisi", Roma, 24 settembre 2015. Per un recente e giovane contributo, che ottimamente coniuga la prospettiva di studio giuridica con quella sociologica, vd. L. NINNI, *Contiguità alla mafia: strumenti normativi di prevenzione e contrasto*, 2020, in corso di pubblicazione, ora in *air.unimi.it*

Seguendo la linea direttrice degli obblighi di prevenzione, che si pone prima e che è indipendente dalla verifica dell'illecito penale, occorre sottolineare che al tradizionale modello di dissociazione postuma dell'ente rispetto al singolo già giudicato, se ne affiancano altri due. Quello della disciplina organizzativa che, alla stregua del "modello 231", impone a un organo responsabile il compito di scongiurare infiltrazioni delinquenti, e quello della dissociazione preventiva da soggetti attinti da misure di prevenzione, di scioglimento dei Consigli (comunali e provinciali) e, appunto, il sistema delle interdittive antimafia.

Secondo una dottrina, il tema dei poteri amministrativi di prevenzione della criminalità organizzata nella Pubblica Amministrazione è ancora oggi oggetto di studio in maniera sporadica e, comunque, poco vagliato dalla manualistica istituzionale, monografica e non¹².

Come si potrà notare anche dalle riflessioni che seguiranno, la categoria viene scolpita per massima parte dalla giurisprudenza, spiegata analiticamente nei corsi formativi per la carriera prefettizia, affrontata in dibattiti e convegni che vedono come relatori, per lo più, magistrati della giustizia amministrativa. Tra gli studiosi, v'è chi, pur condividendo la partizione suggerita in *incipit*, scorge una differenza rilevante tra i poteri amministrativi di prevenzione "*genuinamente difensiva delle organizzazioni illecite*", rispetto agli strumenti di contrasto alla criminalità organizzata di stampo mafioso, per due ordini di ragioni¹³. In primo luogo, la legislazione in argomento sembra portatrice di un sapere sociologico particolarmente qualificato, da cui deriverebbe l'ampia discrezionalità lasciata all'Amministrazione che compensa la mancanza di determinatezza della formulazione normativa. In secondo luogo, questo tipo di azione amministrativa non si risolve in decisioni a contenuto esclusivamente inibitorio-coercitivo, seguendovi, altresì, provvedimenti di tipo tutorio, in chiave riabilitativa

¹² Il riferimento è a M. MAGRI, *Lo scioglimento dei consigli comunali e provinciali per infiltrazioni della criminalità di tipo mafioso: tra vecchi e nuovi dubbi di costituzionalità*, cit., 1. Un tentativo di discussione organica sul tema sembra fornito da F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, F. SAITTA (a cura di), *Diritto amministrativo e criminalità*, Atti del Convegno di Copanello, 28-29 giugno 2013, Giuffrè, 2014. Cfr. anche S. BARATTA, *Prefazione* al volume di S. Moccia, *La perenne emergenza, Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997. R. CANTONE, R. GAROFOLI, N. GRATTERI, *Per una moderna politica antimafia*, in *AREL seminari*, AREL, 2014, 4 ss.

¹³ M. MAGRI, *Lo scioglimento dei consigli comunali e provinciali per infiltrazioni della criminalità di tipo mafioso: tra vecchi e nuovi dubbi di costituzionalità*, cit., 3.

Sul tema, a livello sistematico, si avverte nelle riforme più recenti l'affermazione del ruolo della prevenzione. In termini, tra più, già G.M. FLICK, *Dalla repressione alla prevenzione e viceversa?* in *Dir. Pen. Cont.*, 6 luglio 2014, 1-13.

dei soggetti attinti dagli stessi¹⁴. In questa scia si collocano le c.d. misure di mitigazione di cui il presente lavoro dà conto, rimarcando fin d'ora che anche questi strumenti presentano qualche criticità nel meccanismo operativo¹⁵.

Il punto centrale da cui partire richiede di cogliere come si strutturi il rapporto tra controlli esterni sull'impresa e controlli sulla Pubblica Amministrazione e, in secondo luogo, chiedersi se questi strumenti siano necessari e sufficienti ad approntare effettivo contrasto alla criminalità organizzata di stampo mafioso.

Il terreno della contrattualistica pubblica, almeno ad avviso di chi scrive, è certamente uno dei punti di contatto più essenziali e significativi tra impresa e Pubblica Amministrazione, e tanto è dimostrato per più di una ragione. Come si vedrà anche nel paragrafo seguente, è noto che l'infiltrazione nell'economia costituisce per la criminalità organizzata mafiosa una fonte essenziale di sopravvivenza oltre che, nel più lungo periodo, un potente ricostituente in funzione del controllo del territorio e del perseguimento del profitto. Quale forma organizzativa del resto, meglio dell'impresa, che persegue per natura scopo lucrativo? Ancora, è altrettanto doveroso ricordare che l'avanzata della criminalità organizzata mafiosa richiede necessariamente, come avvertito nei più autorevoli studi sociologici, *“l'intrattenimento di rapporti privilegiati e organici con il potere politico”*¹⁶.

Ora, ancorché il principio di separazione tra funzione di indirizzo politico-amministrativo e funzione di gestione amministrativa costituisca, oggi, pacifico arrivo e fondamento dell'art. 97 Cost., è evidente che l'apparato amministrativo è tenuto a darne

¹⁴ M. MAGRI, *Lo scioglimento dei consigli comunali e provinciali per infiltrazioni della criminalità di tipo mafioso*, cit., 3.

¹⁵ Le misure di mitigazione, come si vedrà, costituiscono uno strumento che, nell'ottica di questa ricerca, potrebbe giustificare e, anzi, recuperare il *deficit* di legalità che affligge i presupposti applicativi delle informative interdittive nonché escludere componenti di afflizione (o punizione) nel meccanismo di cui all'art. 84. All'uopo, occorrerà procedere per gradi e analizzare, in prima battuta, gli effetti dell'informativa interdittiva antimafia sui contratti o su altri rapporti in corso per poi concentrarsi sui rapporti che intercorrono non solo tra l'amministrazione giudiziaria di cui all'art. 34 D. Lgs. 159/2011 e il “nuovo” controllo giudiziario delle aziende di cui all'art. 34 bis D. Lgs. 159 cit. ma, altresì, tra queste due misure di prevenzione patrimoniali e il commissariamento di cui all'art. 32 d.l. 90/2014.

¹⁶ N. DALLA CHIESA, *La sicurezza come variabile dipendente: la lotta alla mafia tra asimmetrie ed emergenze*, in *Studi sulla questione criminale*, Carocci, 2012, 1, 85 ss. In argomento si rammenta, per organicità e completezza, l'opera di G. AMARELLI, *La contiguità politico-mafiosa. Profili politico-criminali, dommatici ed applicativi*, Dike Giuridica Editrice, 2016, con particolare riferimento, per quanto qui di interesse, al Capitolo I dell'opera, dedicato alla “Origine ed evoluzione storica del fenomeno della contiguità politico-mafiosa”, e al Capitolo II, più specificamente dedicato alla contiguità politico-istituzionale.

seguito, come evidente, più che in altre realtà, in quella degli enti locali¹⁷. Di qui si apprezza la volontà comune della legislazione degli ultimi anni, che è tesa ad apprestare un sistema di norme idoneo a combattere la criminalità organizzata mafiosa in termini di prevenzione e repressione. Solo che la repressione, arma risalente nell'ordinamento costituito, non si è mostrata forma di contrasto del tutto appagante al cospetto della fenomenologia dell'associazionismo mafioso che contagia l'economia legale e la Pubblica Amministrazione.

Quanto al nodo mafia-impresa, se i “guanti di legno” della pena e delle misure ablativo reali, come la confisca, si sono dimostrati in tutto efficaci a colpire i fenomeni di accumulazione di capitali illeciti, tipici, e quasi propedeutici, al benessere dell'organizzazione mafiosa, è altrettanto indubitabile che queste misure non si prestano a bilanciare completamente l'insieme degli interessi coinvolti¹⁸. Interessi, privati e pubblici, che risiedono, rispettivamente, nell'esigenza di tutelare gli *stakeholder* che entrano incolpevolmente in contatto con impresa contaminate e in quella di portare a compimento l'esecuzione di opere, lo svolgimento di servizi e la prestazione di forniture pubblici che, proprio perché tali, sono destinati alla collettività. Evidenza di questo si ha ove sorgano legami tra criminalità organizzata e soggetti economici che svolgono attività lecite, pur se alimentati con capitali di provenienza illecita ovvero strumentalizzati per assicurarsi il controllo, ad esempio, delle pubbliche commesse, come si approfondirà meglio nel paragrafo dedicato alla cd. “impresa mafiosa”.

Di qui la necessità, per un verso, di implementare strumenti di “neutralizzazione e recupero” d'impresa e, per altro verso, di apprestare un apparato di istituti utili ad agire sulla Pubblica Amministrazione in funzione di prevenzione dell'illegalità. Il risultato, che svilupperemo nel percorso di questo lavoro, non è però immune da criticità. Come rilevato anche in dottrina, infatti, “*le misure di contrasto alle infiltrazioni della criminalità*”

¹⁷ Ripercorre l'evoluzione del principio Corte Cost., sent. 31 maggio 2013, n. 83, che ricorda come la sua introduzione risalga al D. Lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 “Razionalizzazione dell'organizzazione delle amministrazioni pubbliche e revisione della disciplina in materia di pubblico impiego, a norma dell'art. 2 l. n. 23 ottobre 1992, n. 421”, poi successivamente rafforzato con il D. Lgs. 31 marzo 1998, n. 80 “Nuove disposizioni in materia di organizzazione e di rapporti di lavoro nelle amministrazioni pubbliche, di giurisdizione nelle controversie di lavoro e di giurisdizione amministrativa, emanate in attuazione dell'art. 11 co. 4 l. 15 marzo 1997, n. 59” e, da ultimo, con il D. Lgs. n. 30 marzo 2001, n. 165 “Norme generali sull'ordinamento di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche”.

¹⁸ Si vedano, sul punto, le proposte formulate dalla Commissione Fiandaca, istituita con D.M. Min. Giustizia 10 giugno 2013, in <https://www.giustizia.it>.

*nell'economia lecita, rivolte agli enti collettivi, formano un arcipelago vasto, insidioso e ricco di tradizioni diverse, alcune delle quali del tutto antitetiche*¹⁹. In questo articolato quadro giuridico, antesignano prezioso e sempre attuale è costituito, come anticipato in principio, dal Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231, recante “*Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300*”.

L'approfondimento del tema, oggetto di studi e bibliografia quasi sconfinata, certamente esula dall'oggetto di questa ricerca, dovendoci piuttosto soffermare a coglierne i punti maggiormente rivolti al contrasto della criminalità organizzata mafiosa. Nell'ottica del lavoro, la necessaria premessa da cui partire, a dimostrazione del “contatto” tra controlli esterni sull'impresa e sulla Pubblica Amministrazione, riposa nel fatto che l'originario impianto del D. Lgs. n. 231/2001 *cit.* “*era interamente rivolto a colpire fatti di danno alle casse pubbliche*” e che soltanto successivamente, proprio per le sue “*potenziali capacità di deterrenza nei confronti di altri fenomeni criminosi*”, si è progressivamente ampliato il catalogo dei reati presupposto²⁰. L'introduzione di un sistema di responsabilità “amministrativa” degli enti sorge con la consapevolezza che individuare i soggetti responsabili all'interno dell'attività di impresa significa riuscire a delimitare chi ha il potere di decidere ed esercitare un controllo sulle “fonti di pericolo” che, a qualsiasi titolo, possano interessare la realtà aziendale. Il riferimento alle intraprese individuali, difatti, oggi è pressoché del tutto superato dal ricorso a meccanismi più articolati e complessi di gestione dell'attività economico-produttiva, per cui molto più numerosi sono gli enti a struttura associativa e le imprese organizzate in forma societaria, in considerazione dell'incessante e crescente «impersonalità» che caratterizza le moderne realtà produttive.

Per questo, storicamente dibattuto è il problema di come un ente plurale possa essere destinatario del precetto penale, giusto il principio di personalità scolpito nell'art. 27 Cost. Invero, la forma di responsabilità introdotta dal D. Lgs. 231 del 2001 è, come noto, diversa e

¹⁹ In termini, T. GUERINI, *L'ente collettivo nell'arcipelago delle misure di contrasto*, in G. AMARELLI, S. STICCHI DAMIANI (a cura di) *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Giappichelli, 2019, 205.

²⁰ Così rileva, anche ripercorrendo che gli atti normativi sovranazionali fonti dell'intervento legislativo in argomento, C. MANACORDA, *Decreto 231 e legge 190: l'anticorruzione allinea privato e pubblico*, in <https://www.rivista231.it>.

aggiuntiva rispetto alla responsabilità penale personale, che necessariamente interessa sempre e soltanto una persona fisica. Tanto che la dottrina ha parlato della responsabilità degli enti come di una responsabilità penale sotto le mentite spoglie di una responsabilità amministrativa, una «frode delle etichette» per cercare di superare il principio sociologico per cui «*societas delinquere non potest*»²¹. L'impossibilità di trasporre le consuete categorie penalistiche di imputazione soggettiva dell'illecito di cui all'art. 43 c.p. (dolo, colpa ovvero preterintenzione) valevoli per l'individuo come persona fisica ha portato il legislatore a strutturare la responsabilità dell'ente in termini di "interesse" o "vantaggio" vantato ovvero conseguito dalla commissione dei reati presupposti da parte di soggetti persone fisiche che rivestano determinate qualità, formali e sostanziali, all'interno dell'impresa²². Dal punto di vista della materialità dell'illecito, il crinale battuto dal D. Lgs. n. 231/2001 è quello della responsabilità per mancata adozione di misure organizzative, precisamente, modelli di organizzazione, gestione e controllo (art. 6 co. 1 lett. a) D. Lgs. *cit.*), idonei a impedire la commissione di una serie di reati, definiti "presupposto", tassativamente elencati agli artt. 24 ss. D. Lgs. *cit.*

Come nota la dottrina, questo paradigma, oltre a essere fonte ispiratrice per il legislatore della l. n. 190/2012 (la c.d. Legge anticorruzione), in maniera originale per l'ordinamento interno ha affiancato alla "punizione con finalità preventive" un "sistema di prevenzione con eventuali conseguenze punitive", mirato a consentire lo svolgimento dell'attività imprenditoriale per soddisfare esigenze pubblicistiche, ovvero per salvaguardare

²¹ Fondamentale il riferimento a F. BRICOLA, *Il costo del principio "societas delinquere non potest" nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, 1010.

²² Precisamente, riporta l'art. 5 *cit.* che "1. L'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio: a) da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso; b) da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a).

2. L'ente non risponde se le persone indicate nel comma 1 hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi". Per la ricostruzione dottrinale in argomento, tra più, vd. G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2008, 279; S. DOVERE, *Osservazioni in tema di attribuzione all'ente collettivo dei reati previsti dall'art. 25 septies del D. Lgs. n. 231/2001*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2008, 322 ss.; C.E. PALIERO, *La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri di imputazione*, in *Il nuovo diritto penale delle società*, Ipsoa, 2002, 49 ss.; D. PULITANÒ, *La responsabilità 'da reato' degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 425. In giurisprudenza, si vd. la recentissima pronuncia di Cass. pen., sez. VI, 8 giugno 2021, n. 22256.

determinati livelli occupazionali²³. A comprova di questa conclusione si può citare il commissariamento giudiziale di cui all'art. 15 D. Lgs. *cit.*, che sarà oggetto di analisi successivamente, insieme alle altre tipologie di "commissariamento" che convivono nell'ordinamento attuale in funzione di contrasto alla criminalità organizzata mafiosa.

Venendo alla responsabilità degli enti plurali per i delitti di criminalità organizzata, occorre porre mente all'art. 24 *ter* D. Lgs. n. 231/2001. Per quel che qui interessa, la disposizione, introdotta nel 2009²⁴, appresta sanzioni pecuniarie e/o interdittive in relazione alla commissione dei delitti di associazione di tipo mafioso, scambio elettorale politico-mafioso, di ogni (altro) delitto commesso avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416 *bis* c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività dell'associazione mafiosa²⁵. Sennonché, la responsabilità degli enti plurali per i delitti di criminalità organizzata ha generato alcuni profili problematici che, come rilevato in dottrina, ruotano per lo più intorno alla rimproverabilità all'ente della commissione dei reati scopo dell'associazione, nonché alla insoluta "*possibilità di introdurre modelli organizzativi idonei a prevenire la verifica dei delitti elencati all'art. 24 ter*"²⁶.

Non sono mancate, infatti, pronunce giurisprudenziali che hanno esteso la responsabilità dell'ente dal reato associativo anche a reati-fine rientranti nel programma criminoso dell'associazione ma non previsti nel catalogo dei reati-presupposto del D. Lgs. n. 231/2001²⁷.

²³ In argomento, vd. R. GAROFOLI, *Il contrasto ai reati di impresa nel D. Lgs. 231/2001 e nel d.l. 90/2014: non solo repressione, ma prevenzione e continuità aziendale*, relazione al convegno "Le ragioni dell'impresa e le ragioni dell'amministrazione della giustizia" tenutosi a Roma presso il Consiglio Superiore della Magistratura il 24 settembre 2015, in *Dir. Pen. Cont.*, 30 settembre 2015, 1-15.

²⁴ Il riferimento è all'art. 2 co. 29 l. 15 luglio 2009, n. 94, recante "*Disposizioni in materia di sicurezza pubblica*".

²⁵ Per chiarezza, si riporta il testo dell'art. 24 *ter* D. Lgs. n. 231/2001: "1. In relazione alla commissione di taluno dei delitti di cui articoli 416, sesto comma, 416-bis, 416-ter e 630 del codice penale, ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché ai delitti previsti dall'articolo 74 del testo unico di cui al d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, si applica la sanzione pecuniaria da quattrocento a mille quote.

2. In relazione alla commissione di taluno dei delitti di cui all'articolo 416 del codice penale, ad esclusione del sesto comma, ovvero di cui all'articolo 407, comma 2, lettera a), numero 5), del codice di procedura penale, si applica la sanzione pecuniaria da trecento a ottocento quote.

3. Nei casi di condanna per uno dei delitti indicati nei commi 1 e 2, si applicano le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, per una durata non inferiore ad un anno.

4. Se l'ente o una sua unità organizzativa viene stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione dei reati indicati nei commi 1 e 2, si applica la sanzione dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività ai sensi dell'articolo 16, comma 3".

²⁶ T. GUERINI, *L'ente collettivo nell'arcipelago delle misure di contrasto*, in G. AMARELLI, S. STICCHI DAMIANI (a cura di) *Le interdittive antimafia*, *op. cit.*, 192.

²⁷ Ricostruisce la più significativa giurisprudenza sul punto, T. GUERINI, *op. cit.*, 193.

A livello fenomenologico, invero, come si vedrà meglio nel corso del prossimo paragrafo, lo scenario con cui l'ordinamento deve fare i conti è composito, specie perché la rilevanza giuridica dell'infiltrazione mafiosa nell'economia è variegata e poco frequente, almeno ad oggi, la presenza di enti societari "intrinsecamente illeciti", ovvero che hanno per esclusivo fine la commissione di reati²⁸. Assai più ricorrente, infatti, in generale, è l'ipotesi in cui la commissione di reati sia parcellizzata rispetto al maggioritario compimento di attività legali²⁹.

Ultimo profilo che rimane da trattare riguarda l'ambito di applicazione soggettivo del D. Lgs. n. 231/2001 che, all'art. 1 co. 2, rammenta gli enti forniti di personalità giuridica, le società e le associazioni, anche prive di personalità giuridica, confermando un impianto normativo che, effettivamente, sembra pienamente calibrato su modelli societari privatistici. Viceversa, esclude la sua applicazione "*allo Stato, agli enti pubblici territoriali, agli altri enti pubblici non economici nonché agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale*" (vd. art. 1 co. 3 D. Lgs. *cit.*). Sennonché, l'evoluzione delle forme di intervento dello Stato nell'economia e dei modelli gestori dei pubblici servizi ha richiesto l'emancipazione dalla tradizionale visione della Pubblica Amministrazione. Evidenza di ciò è indubbiamente costituita dal fenomeno delle c.d. società pubbliche, *rectius*, società a partecipazione pubblica³⁰.

Di qui, la necessità di comprendere se a prevalere sia la natura pubblicistica dell'ente ovvero la forma, privatistica, societaria, per determinare l'applicazione del D. Lgs. n. 231/2001. Sul punto, l'interpretazione prevalente assume che la natura pubblicistica dell'ente non sia condizione sufficiente per escludere l'applicazione del decreto in discorso, purché l'ente medesimo svolga attività economica³¹. La questione che si pone riguarda, tuttavia, la concreta operatività del D. Lgs. n. 231/2001 per questa tipologia di enti, per almeno due ordini di ragioni. In primo luogo perché, come sottolinea la dottrina pubblicistica, l'ente pubblico ha

²⁸ In argomento, L.D. CERQUA, *L'ente intrinsecamente illecito nel sistema delineato dal D. Lgs. n. 231/2001*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2012, 2, 8 ss.

²⁹ Affronta il tema nella prospettiva della responsabilità ex D. Lgs. 231/2001, F.C. BEVILACQUA, *Reati associativi e responsabilità degli enti: spunti a margine di una ricerca*, in *Rivista di Studi e Ricerche sulla Criminalità Organizzata*, 2016, 4, 2, 116-154.

³⁰ Sul punto, si rinvia al contributo di C. MANACORDA, *Le nuove frontiere del decreto 231: l'attività economica pubblica*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2011, 3, 37 ss. A livello normativo, è d'uopo ricordare il tentativo di disciplina organica compiuto con il D. Lgs. 19 agosto 2016, n. 175 "*Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*".

³¹ Vd., tra più, Cass. pen., sez. II, 9 luglio 2010, n. 28699. Sulla decodificazione del concetto di svolgimento di "attività economica" da parte di enti pubblici, vd. Corte Cost., 12 gennaio 2011, n. 26.

forme organizzative, gestionali e di controllo precipue, che rendono problematica l'adozione di quel modello di organizzazione, gestione e controllo che, nell'ottica del legislatore del D. Lgs. 231 *cit.*, è elemento imprescindibile per escluderne la responsabilità³². In secondo luogo, ad avviso di chi scrive, perché questi enti sono destinatari, alla stregua delle pubbliche amministrazioni in senso stretto, dei precetti di cui alla l. n. 190/2012 tra cui figurano, ineludibilmente, gli adempimenti previsti in materia di anticorruzione, con aggravamento dell'azione amministrativa e potenziale pregiudizio al principio del suo buon andamento, comunque presidiato dall'art. 97 Cost³³. Questa conclusione consente allo scrivente di chiudere il tracciato delineato in *incipit* al presente paragrafo, dedicando qualche breve e funzionale considerazione sulla materia dei controlli sulla Pubblica Amministrazione.

Lo studio dei rapporti tra criminalità organizzata e Pubblica Amministrazione è storico, come risalente è, del resto, il suo manifestarsi, e stratificato l'insieme delle riflessioni, giuridiche e sociologiche, che sul tema si sono avvicendate. La sua trattazione, per l'effetto, esula dal presente oggetto di ricerca, se non nella misura in cui l'argomento sia utile per comprendere come i controlli sulla Pubblica Amministrazione costituiscano buona forma di contrasto alla criminalità organizzata mafiosa. In merito, una svolta decisiva è stata certamente apportata dalla già citata l. 6 novembre 2012, n. 190 "*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*", che di fatto accompagnerà in più momenti questo elaborato, in uno al pacchetto normativo di sua attuazione, la cui promulgazione si è diacronicamente diluita nel tempo. Plurimi i suoi piani di analisi ma certamente, nell'ottica della presente ricerca, è imprescindibile partire da un elemento fenomenologico, che fa da raccordo al nodo dei rapporti patologici tra mafia, impresa e Stato: il settore della contrattualistica pubblica rappresenta una delle principali occasioni di corruzione³⁴.

³² C. MANACORDA, *Decreto 231 e legge 190: l'anticorruzione allinea privato e pubblico, cit.*, 97.

³³ In merito, è utile citare la Circolare della Corte dei Conti del 12 febbraio 2014, n. 7 che, nell'affermare l'applicazione della normativa anticorruzione alla R.A.I. Radio Televisione Italiana, ha osservato che "Gli enti pubblici economici e gli enti di diritto privato in controllo pubblico (...), sono tenuti a introdurre e implementare adeguate misure organizzative e gestionali (...) per soddisfare l'esigenza di un adeguamento del Modello previsto dalla stessa normativa (D. Lgs. n. 231/2001) alle previsioni contenute nella l. n. 190/2012 ed al Piano Nazionale Anticorruzione".

³⁴ Per un approfondimento sulle ragioni della concentrazione della corruzione nel settore dei contratti pubblici si veda G. FIDONE, *Lotta alla corruzione e perseguimento dell'efficienza*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 2016, 3. Più di recente, V. BRIGANTE, *Contributo allo studio della corruzione nei contratti pubblici: precisazioni*

Certamente, i pubblici affidamenti costituiscono un prezioso momento di guadagno per gli operatori economici, tanto che, proprio per questo, l'Unione europea e il legislatore interno impongono il rispetto di procedure ad evidenza pubblica e l'implementazione di misure che favoriscano la concorrenza per il mercato. Altrettanto certamente, essenziale grimaldello per accedere alla procedura a evidenza devianone l'andamento a proprio vantaggio è proprio costituito dalla corruzione. Questo dato, in sé, integra predicato condivisibile anche per la criminalità "comune". Quel che caratterizza e, per l'effetto, distingue, la criminalità organizzata mafiosa, invece, è la tendenza a tessere relazioni seriali con l'apparato politico-amministrativo, essenziali per perseguire al meglio i fini che le sono propri, quali il controllo del territorio e il perseguimento del profitto³⁵. Per questo negli ultimi anni l'ordinamento, interno e sovranazionale, ha reagito nel diritto positivo edotto del fatto che corruzione e contrasto alla criminalità organizzata mafiosa sono endemicamente tra loro intrecciati.

Evidenza di questo percorso di crescente consapevolezza è data dalla progressiva estensione degli strumenti antimafia in funzione anticorruzione, come testimonia la legge n. 161/2017, su cui pure ci si soffermerà, che, nell'estendere l'applicazione delle misure di prevenzione del Codice Antimafia ai sospettati di reati di corruzione ha di fatto assimilato il disvalore giuridico della criminalità politico-amministrativa a quello della criminalità organizzata³⁶. In quest'ottica, allora, se guardiamo all'ordinamento con la lente dello studioso del diritto amministrativo, ci si avvede di come la struttura della corruzione, intesa nell'accezione penalistica di delitto singolare, che punisce l'intesa illecita tra pubblico agente e privato per l'esercizio della funzione ovvero per il compimento di un atto contrario ai doveri

terminologiche e valutative, tra esigenze di uniformità nazionale e opportunità di declinazione locale, in Istituzioni del federalismo, 2019, 2, 485-523.

³⁵ Questa consapevolezza, che oggi costituisce pacifica acquisizione gnoseologica, storicamente trova evidenza nelle relazioni delle varie commissioni parlamentari di inchiesta sul fenomeno mafioso che si sono succedute. In argomento, si può citare la relazione su mafia e politica del 6 aprile 1993, in <http://www.senato.it>. Sull'evoluzione della corruzione in Italia e sul ruolo assunto dalla criminalità organizzata, doveroso il rinvio ad A. VANNUCCI, *L'evoluzione della corruzione in Italia: evidenza empirica, fattori facilitanti, politiche di contrasto*, in ASTRID, *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, a cura di F. Merloni e L. Vandelli, Passigli, 2010 (open source in <http://www.astrid-online.it>); più risalente, D. DELLA PORTA, A. VANNUCCI, *Corruzione politica e amministrazione pubblica, risorse, meccanismi, attori*, Il Mulino, 1994. Vd., sul punto, anche il Rapporto di Libera e Gruppo Abele, *Corruzione sistematica e organizzata. Viaggio nel sistema corruttivo del Paese*, Roma, 7 dicembre 2017, in <https://www.libera.it>.

³⁶ In argomento, V. MONGILLO, *Crimine organizzato e corruzione: dall'attrazione elettiva alle convergenze repressive*, in *Dir. pen. con., Riv. Trim.*, 2019, 1, 158 ss.

d'ufficio, non è in grado di abbracciare tutte le forme di intermediazione illecita tra pubblico e privato³⁷.

Ragionevolmente in ciò riposa una delle ragioni alla base della complessiva riforma legislativa del 2012, tesa non più soltanto a ricorrere al diritto penale in funzione repressiva quanto a procedere nel senso della “*prevenzione amministrativa*” in senso stretto, anche sul quotidiano operare dell'attività amministrativa³⁸. Come riconosciuto dalla stessa Autorità Nazionale Anticorruzione³⁹, la definizione del fenomeno rilevante esula dallo specifico delitto di corruzione e dal complesso dei reati contro la pubblica amministrazione, coincidendo, piuttosto, con il più ampio concetto di “*maladministration*”, intesa come assunzione di decisioni (di assetto di interessi a conclusione di procedimenti, di determinazioni di fasi interne a singoli procedimenti, di gestione di risorse pubbliche,...) devianti dalla cura dell'interesse generale a causa del condizionamento improprio da parte di interessi particolari⁴⁰. Come rileva la dottrina, per il tramite dell'implementazione di obblighi di trasparenza, pubblicità e diffusione di informazioni in capo alle PP.AA., la riforma “*ha inteso estirpare alla radice la piaga delle condotte corruttive, non per il tramite di nuove incriminazioni, bensì prescrivendo parametri di doverosità nell'esercizio delle pubbliche funzioni*”⁴¹. Ancora, nel quadro della pericolosa triangolazione tra mafia, impresa e Pubblica Amministrazione nel campo degli affidamenti pubblici, cui sopra si è fatto cenno, si colloca la profonda riforma del Codice dei Contratti Pubblici (D. Lgs. n. 50/2016) che, per quel che qui rileva, implementa i poteri di controllo dell'amministrazione aggiudicatrice/ente aggiudicatore, rafforzandone gli obblighi, e, a catena, implementa il controllo su PP.AA. e operatori economici, attribuendone i relativi compiti, sulle prime, ad A.N.A.C. e sui secondi, alla Prefettura.

Quello che si cercherà di sviluppare nei prossimi paragrafi fa tesoro di quanto finora riportato per completare il quadro degli strumenti amministrativi di contrasto alla criminalità organizzata mafiosa e addentrarci gradualmente nel cuore della nostra indagine, che pertiene

³⁷ Tra più, si vd. P. DAVIGO, *Il sistema della corruzione*, Laterza, 2017.

³⁸ G.B. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2013, 2, 123 ss.

³⁹ Det. del 28 ottobre 2015.

⁴⁰ Sull'introduzione di questo concetto, già S. CASSESE, “*Maladministration*” e rimedi, in *Foro italiano*, 1992, V, 243.

⁴¹ N.M. MAIELLO, *Le misure di straordinaria e temporanea gestione dell'impresa*, in *Le interdittive antimafia*, op. cit., 330.

la documentazione amministrativa antimafia. Prima di procedere in tal senso, però, proprio guardando ai rapporti tra mafia, impresa e Pubblica Amministrazione, occorre dedicarsi all'articolato tema delle forme con cui la criminalità organizzata si innesta nell'economia, pubblica e privata. In questa direzione, ci si avvede, e in parte, sopra, ci si è già avveduti, di come il diritto positivo non sia sempre in grado di coglierne le diverse manifestazioni. Per questo è necessario attingere al bacino delle conoscenze sociologiche per comprendere se le categorie dogmatiche di cui è portatore la scienza giuridica effettivamente riescano a promuovere politiche di prevenzione in grado di distinguere tra “*attività criminale d'impresa*” e “*attività dell'impresa criminale*”⁴².

2. L'IMPRESA MAFIOSA: CARATTERI DISTINTIVI E FIGURE CONTIGUE.

Dal punto di vista fenomenologico, come rileva da tempo, invero, autorevole dottrina, la criminalità organizzata mafiosa denota una capacità spiccata di infiltrarsi nel tessuto istituzionale, imprenditoriale e sociale, tanto da poter essere identificata come un'entità “impresa-Stato”, come si specificherà meglio a breve, che si pone come fini perseguendi sia la conquista del potere che la generazione di profitti crescenti⁴³. Occorre dare conto sin d'ora del fatto che nell'ambito delle ricerche sociali sulla mafia l'argomento occupa dagli ultimi anni un posto di assoluta centralità⁴⁴. Premesso questo, nel corso del presente paragrafo si cercherà di seguire un percorso in grado di illustrarne sinteticamente i caratteri principali secondo un approccio che più coniughi la dimensione sociologica con quella giuridica. Una definizione certamente efficace del fenomeno, seppur del medesimo non completamente esaustiva, ritrae

⁴² La preziosa distinzione è di F. MUCCIARELLI, *Sanzioni e attività d'impresa: qualche nota*, in C.E. PALIERO, F. VIGANÒ, F. BASILE, G.L. GATTA (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2018, II, 1150.

⁴³ N. DALLA CHIESA, *L'impresa mafiosa. Tra capitalismo violento e controllo sociale*, Milano, 2012, 42 ss. L'Autore dà conto del percorso degli studi sociali in argomento, ben tenendo presente la diversità di angolazioni e, per l'effetto, di conclusioni attraverso cui è possibile studiare l'impresa mafiosa. Usando l'efficacissima nozione di “dorsale”, infatti, l'Autore traccia un quadro diacronico della letteratura scientifica intervenuta sul tema, che qui si riassume, cronologicamente, per completezza d'indagine. Si tratta, precisamente, di sette fonti bibliografiche, a cui, almeno in parte, anche il presente lavoro fa riferimento in più momenti: P. ARLACCHI, *La mafia imprenditrice. L'etica mafiosa e lo spirito del capitalismo*, Il Mulino, 1983; R. CATANZARO, *Il delitto come impresa. Storia sociale della mafia*, Liviana, 1988; U. SANTINO, G. LA FIURA, *L'impresa mafiosa. Dall'Italia agli Stati Uniti*, Franco Angeli, 1990; D. GAMBETTA, *La mafia siciliana. Un'industria della protezione privata*, Torino, 1992; R. SCIARRONE, *Mafie vecchie e mafie nuove, op. cit.*; A. LA SPINA (a cura di), *I costi dell'illegalità. Mafia ed estorsioni in Sicilia*, Il Mulino, 2008.

⁴⁴ Espone esaustivamente le ragioni dell'assunto N. DALLA CHIESA, *L'impresa mafiosa, op. cit.*, 15.

l'impresa mafiosa come “*l'unità economica che trae origine (e viene in parte alimentata) da un capitale, frutto, in tutto o in parte, di attività di natura criminale, che ha lo scopo di produrre e/o scambiare servizi e beni leciti, che opera nei mercati ufficiali con modalità formalmente legali o anche apertamente illegali, ma la cui forza competitiva essenziale è in ogni caso costituita dalla forza di intimidazione dell'associazione a cui appartiene il proprietario reale di tale unità economica, comunque e da chiunque essa sia formalmente diretta e gestita*”⁴⁵.

Invero, ancorché non oggetto della presente indagine, accanto all'impresa formalmente legale che agisce in un particolare segmento del mercato come emanazione diretta della consorte criminale da cui germina, può esservi impresa in sé illegale che, in quanto tale, esercita attività economiche vietate dall'ordinamento ovvero produce beni e servizi illegali, magari proprio per mezzo di una struttura organizzata che risponde alle note tipologiche delineate all'art. 416 *bis* c.p.

Tralasciano quest'ultima categoria, nell'ambito dello studio del (primo tipo di) impresa mafiosa, recente dottrina raccoglie le caratteristiche distintive del pluralismo imprenditoriale mafioso, seguendo una suddivisione quadripartita che si sviluppa secondo i seguenti binomi: “*impresa criminale-illegale*”, “*impresa illegale-legale*”, “*impresa legale-illegale*” e “*impresa paravento-impresa cartiera*”⁴⁶. Sintetizzando assai schematicamente come segue, può definirsi:

1. *Impresa criminale-legale*: è legale nell'attività e nella forma giuridica ma criminale nella proprietà, dal momento che i titolari sono affiliati all'organizzazione, ricorrono all'uso della violenza, il capitale sociale è frutto di attività criminale ma i beni prodotti ovvero i servizi resi sono leciti;
2. *Impresa illegale-legale*: è legale nell'attività e nella forma giuridica ma il titolare formale è un prestanome mentre è il titolare sostanziale a essere affiliato all'organizzazione. Il capitale sociale ha origine criminale ma la gestione dell'impresa normalmente si svolge con metodi legali e secondo le logiche del mercato, ricorrendo, seppur secondariamente, all'uso della violenza;

⁴⁵ E. FANTÒ, *L'impresa a partecipazione mafiosa. Economia legale ed economia criminale*, Edizioni Dedalo, 1999, 39.

⁴⁶ La suddivisione è coltivata da S. PELLEGRINI, *L'impresa grigia. Le infiltrazioni mafiose nell'economia legale*, Ediesse, 2018, 73.

3. *Impresa legale-illegale*: non è espressione dell'organizzazione, nascendo, piuttosto, come impresa lecita che successivamente diviene servente e strumentale agli interessi mafiosi. Il capitale sociale è misto, proprio perché vede fondersi sia capitali provenienti dall'imprenditore originario che da quello mafioso e il ricorso all'uso della violenza del tutto raro.

A questo punto, tuttavia, merita ricordare, per completezza, l'ultima diade che completa l'indagine sociologica relativa alle forme di manifestazione della mafia nell'economia. Si fa riferimento, precisamente, alla partizione che distingue il “*mafioso imprenditore*” dallo “*imprenditore mafioso*”, fenomeni che si attagliano, rispettivamente, alla nozione di impresa criminale-legale ovvero illegale-legale e di impresa legale-illegale. L'imprenditore mafioso, infatti, non partecipa necessariamente alle attività illecite ma ne sfrutta le utilità, traendone contestualmente vantaggi sia per la propria attività economica che per l'associazione. Diversamente, il mafioso imprenditore è un associato che svolge, tuttavia, come si è poc'anzi anticipato, anche attività economica legale, con il precipuo scopo di reinvestire capitali provenienti dal processo di accumulazione⁴⁷.

Sì che, spostando l'attenzione dal profilo individuale a quello collettivo, può intendersi per mafia-impresa l'insieme delle attività controllate e gestite da soggetti mafiosi ovvero i profitti derivanti da attività in cui si fa uso di violenza mentre l'impresa mafiosa costituisce l'insieme delle attività imprenditoriali prevalentemente a oggetto lecito avviate con capitali di provenienza illecita.

Ma vi è di più. Le note finora delineate, infatti, non tengono conto esplicitamente di un carattere essenziale e distintivo dell'impresa mafiosa da ogni altra impresa che reinveste capitali frutto di accumulazione illecita. Come anticipato in *incipit* al presente paragrafo, la definizione che meglio intercetta le coordinate del diritto e della sociologia è la nozione di “impresa-stato”. Intuizione fenomenologica di valore inestimabile quella di Pio La Torre, che riuscì in poche righe, quelle dell'art. 416 *bis* c.p., a concentrare il meccanismo funzionale sotteso all'organizzazione mafiosa, cogliendone la crescente propensione al perseguimento di profitti e la propensione al perseguimento di crescenti profitti.

⁴⁷ P. ARLACCHI, *La mafia imprenditrice*, op. cit., 127.

Come noto, l'art. 416 bis c.p. rappresenta l'associazione come mafiosa “*quando coloro che ne fanno parte si avvalgono della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere delitti, per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche (...) o per realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri*”. Dietro all'elemento soggettivo del dolo intenzionale, proteso alla commissione di delitti, in ciò comune all'associazione a delinquere “semplice”, di cui all'art. 416 c.p., l'associazione mafiosa se ne distingue nettamente, per più di una ragione. In primo luogo perché la commissione di delitti non esaurisce l'attività dell'organizzazione, rappresentando, piuttosto, una finalità intermedia, tuttavia necessaria per raggiungerne di ulteriori, quali la percezione di vantaggi, patrimoniali ovvero non patrimoniali e il “controllo”, che non viene operato, invero, solo sulle attività economiche, per quanto genericamente intese, ma, altresì, sul territorio. Controllo sul territorio che costituisce, come nota la dottrina, la *storia* della mafia e ci consente, perciò, di comprendere quale sia la vera essenza dell'impresa mafiosa⁴⁸.

Anche a prescindere dalle infiltrazioni nell'economia legale, la mafia rimane “*un'impresa del delitto*”⁴⁹, nella sua qualità di entità che contende allo Stato sue essenziali prerogative, come la sovranità e il monopolio nell'esercizio della forza. Questa finalità essenziale cui tende la mafia giustifica la qualificazione che si è prediletto in *incipit* al presente paragrafo, secondo cui l'impresa mafiosa non si limita a perseguire fini illeciti ovvero a servirsi di mezzi illecitamente accumulati, ma opera come un'impresa-stato. Sì che, l'impresa mafiosa altro non è che il braccio operativo, la *longa manus* dell'organizzazione, in quanto tale, tende a operare come agente di trasformazione sociale, servendosi di metodi predatori che ne contraddistinguono l'*agere* comportamentale. Del resto, si annovera tra i principi fondamentali del diritto pubblico e costituzionale la decodificazione dei caratteri, necessari e sufficienti, per avere uno Stato⁵⁰.

⁴⁸ N. DALLA CHIESA, *L'impresa mafiosa*, op. cit., 40.

⁴⁹ La definizione è di R. CATANZARO, *Il delitto come impresa. Storia sociale della mafia*, Liviana, 1988. Invero, l'Autore critica la teoria di Arlacchi e, nel ripercorrere il ruolo storico e le funzioni economiche della mafia, ritiene errata la ricostruzione dell'impresa mafiosa come forma evolutiva dell'associazione. Secondo Catanzaro, infatti, nella storia della mafia non si sarebbe mai realizzata un'effettiva separazione tra beni e mezzi dell'impresa e quelli dell'affiliato. A esistere, sono, al più, le imprese strumentalizzate dai mafiosi per realizzare le loro strategie criminali.

⁵⁰ La bibliografia in argomento è sconfinata. All'uopo, si rinvia a R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, 2020, 11-34.

È “Stato”, precisamente, l’organizzazione di un popolo su un determinato territorio e sotto una sovranità. Il popolo, elemento personalistico essenziale, come insieme di individui legati da una comune cittadinanza e tradizione storica, linguistica, culturale. Il territorio, come porzione di suolo, delimitata da precisi confini territoriali, ove lo Stato esercita la sua autorità e, appunto, la sovranità, assoluta e relazionale, come, rispettivamente, capacità, in qualità di ordinamento costituito, di servirsi della forza per imporne il rispetto e suo reciproco riconoscimento come tale anche da parte degli altri Stati della comunità internazionale. Ecco che la mafia mira, nel suo farsi, a inverare tali requisiti, agendo, prima di tutto, sul territorio, per acquisirne il controllo, e come agente di trasformazione sociale, sul popolo. È chiaramente il suo riconoscimento come (anti)-stato sovrano a mancare, nonostante la convivenza forzosa e allo stesso tempo parallela nonché parassitaria che l’organizzazione ha con l’ordinamento costituito e, questo sì, sovrano, oltre alla perenne tensione al perseguimento del potere che, accanto al profitto, inverte la duplicità dei fini connaturata e tipica dell’associazione mafiosa. Accanto a potere e profitto, nella loro qualità di fini naturali ed essenziali, si stagliano finalità che l’organizzazione può essere in concreto portata a perseguire, anche solo per necessità, come, a titolo esemplificativo, l’acquisizione di prestigio e consenso ovvero l’impunità giudiziaria⁵¹. Anzi, ben può capitare che i fini dell’organizzazione siano momentaneamente in contrasto tra di loro e quindi se ne sacrifichi uno per raggiungere quello che è più importante nel lungo periodo, come accade, ad esempio, per la rinuncia alla primazia militare per ottenere il favore della politica locale in vista di futuri vantaggi economici derivanti da affidamenti pubblici.

Il ruolo di principale articolazione economica dell’associazione criminale assolto dall’impresa mafiosa fa sì, tuttavia, che la stessa non si limiti soltanto a perseguire fini illeciti attraverso mezzi illeciti quanto, piuttosto, a identificarsi culturalmente con la stessa associazione. Sì che l’impresa subisce la principale caratteristica dell’associazione mafiosa, ovvero quella di porsi come alternativa allo Stato sul territorio e, per l’effetto, diviene uno dei principali strumenti di accumulazione e reinvestimento di capitali illeciti, per mezzo dei quali contribuisce a mantenere il controllo sul territorio⁵². Del pari, a differenza di un’impresa

⁵¹ N. DALLA CHIESA, *L’impresa mafiosa*, *op. cit.*, 46, riassume le molteplici, ora concorrenti, ora reciprocamente escludenti, caratteristiche dei fini dell’organizzazione in termini di molteplicità, interrelazione, gerarchia, conflittualità, flessibilità, legittimità e tendenza alla particolarizzazione.

⁵² La ricostruzione è offerta da C. MARESCA, *Manuale di legislazione antimafia*, Rogiosi Editore, 2019, 302.

classica, quella mafiosa non mira soltanto al profitto ma anche, se non soprattutto, come anticipato, al potere, dovendo la sua esistenza al controllo capillare del territorio⁵³. Ecco che la tensione verso il raggiungimento di questa finalità fa sì che l'impresa mafiosa cessi l'accumulazione violenta e selvaggia una volta divenuta concorrenziale sul mercato ma, anche una volta entrata nell'economia legale, l'impresa criminale di tipo mafioso non lascia mai le attività illegali.

Dalle brevi coordinate appena tracciate scaturisce la centralità del ruolo assunto dall'impresa mafiosa, che viene a rappresentare soltanto una (ragionevolmente, la più redditizia e "sicura") delle forme organizzative attraverso cui l'universo mafioso si manifesta. Disponendo di strutture imprenditoriali dotate di esperienza e rispettabilità, l'organizzazione criminale mafiosa può meglio concorrere e compenetrarsi nell'economia legale.

Dal punto di vista del controllo, quale obiettivo finale e non meramente strumentale dell'associazione mafiosa, il farsi impresa consente di detenere il comando di un'attività economica anche senza, o comunque, con minori oneri gestori, con funzioni regolatorie del mercato, oltre che un più solido controllo politico del territorio. Proprio perché tale, l'impresa mafiosa si presta bene a essere analizzata secondo i canonici livelli di analisi dell'organizzazione quali, appunto, i fini, finora analizzati, i mezzi ovvero le risorse, la distribuzione dell'autorità, la divisione del lavoro e l'ideologia, che concorrono a completare un quadro di "specialità" dell'organizzazione mafiosa e, per l'effetto, dell'impresa che ne costituisce perfetta gemmazione.

Quanto ai fini, si è già detto. Circa i mezzi, ovvero le risorse, volendone classificare macroscopicamente le tipologie, è possibile distinguere risorse primarie da risorse secondarie. Le risorse primarie sono gli strumenti tipici di cui dispone l'associazione mafiosa: la violenza, l'assoggettamento e l'omertà costituiscono senza dubbio risorse primarie, trattandosi di strumenti tipici di cui dispone l'organizzazione mafiosa. A queste si aggiungono il prestigio, funzionale a concludere affari più facilmente, il denaro, per lo più utilizzato per corrompere, il potere ottenuto dalle relazioni di dipendenze personali e l'informazione ottenuta da

⁵³ C. MARESCA, *Manuale di legislazione antimafia*, cit., 303. Non sempre, tuttavia, l'arricchimento dei mafiosi comporta un arricchimento del territorio in cui vivono. Nel 1848, lo studioso John Stuart Mill, filosofo ed economista britannico, noto per essere uno dei massimi esponenti del liberalismo e dell'utilitarismo, all'interno dell'Opera "*Principi dell'economia politica*" ha scritto che "*la criminalità non dà luogo a produzione, perché essa distrugge e non crea ricchezza*".

quest'ultime. L'impunità, invece, presenta natura ancipite, dal momento che, come prima menzionato, costituisce un fine dell'organizzazione e dell'impresa mafiosa, non soltanto una risorsa.

Vi sono poi risorse secondarie, riconducibili a quelle su cui fa generalmente affidamento l'impresa legale, ovvero materie prime e tecnologie. Procedendo oltre, invertendo l'ordine logico di disamina, quanto all'ideologia del mafioso imprenditore, la stessa può dirsi essere fortemente caratterizzata da una propensione al rischio bifida, pur certamente diversa rispetto al rischio di impresa che immagina il legislatore all'art. 2082 c.c., perché lieve relativamente all'investimento di capitali e, al tempo stesso, elevata per quanto riguarda l'applicazione di misure personali e/o patrimoniali, amministrative, di prevenzione, ovvero penali, fino ad arrivare all'eliminazione fisica, nell'ambito di faide tra famiglie.

Sempre in qualità di principale articolazione economica dell'associazione mafiosa, l'impresa mafiosa conduce i suoi affari in totale dipendenza dalle scelte, dalle alleanze e dagli interessi del clan a cui fa riferimento, che ne detiene il controllo e la gestione degli indirizzi, a prescindere dalla titolarità di pacchetti azionari ovvero dalla investitura in ruoli formali all'interno della compagine societaria. Di qui l'assoluta peculiarità della divisione del lavoro dell'impresa mafiosa, sia essa legale o illegale, che intercetta pienamente il piano della delle scelte strategico-imprenditoriali. Ivi si possono distinguere più livelli, suddivisi in principali e secondari, interni ed esterni.

Quanto ai primi, si rileva che la funzione imprenditoriale in senso stretto è generalmente affidata a un membro "presentabile" del *clan*. Vi è poi la funzione c.d. militare, normalmente svolta da uno "specialista della violenza", non necessariamente dello stesso *clan*, a cui viene affidato il compito di fare un uso efficace e parsimonioso della risorsa mafiosa per eccellenza, la violenza e l'intimidazione, appunto. Affiancate alle due funzioni principali, ci sono quelle logistiche, necessarie per reperire finanziamenti illegali, individuare siti adatti per l'impresa e, in generale, per supportarne lo sviluppo e quelle tecniche, che servono a munire l'impresa delle necessarie dotazioni tecnico-strumentali necessarie per il suo avviamento. Se tutte queste funzioni sono generalmente interne all'impresa mafiosa, occorre ricordare che vi sono anche altre essenziali funzioni che, altrettanto generalmente, vengono esternalizzate, cioè a dire svolte da figure esterne all'impresa e, spesso, perfino estranee all'associazione mafiosa.

Si intende fare riferimento, precisamente, alle relazioni/informative, intendendo per tali l'insieme delle attività suscettibili di confluire, giuridicamente, nell'alveo del concorso esterno in associazione mafiosa di cui al combinato disposto degli artt. 110 e 416 *bis* c.p., e, a livello sociologico, nella cd. *area grigia*⁵⁴, espressione che ricorre in più luoghi del presente elaborato ma che non deve essere confusa con quella di cd. *impresa grigia*⁵⁵. Le prestazioni professionali consistono in prestazioni di alto livello che, senza pretesa di esaustività, possono essere di natura finanziaria, commerciale, fiscale, legale, architettonica, sanitaria. Le funzioni relazionali/informative, invece, procurano i necessari contatti professionali, politici, istituzionali, giudiziari e persino diplomatici, garantendo l'accesso a figure e/o informazioni fondamentali per un'impresa che si muove contro l'ordinamento statale e che punta al controllo del territorio⁵⁶. Il breve tracciato delineato già consente di svolgere un confronto, doveroso, speculare, rispetto all'impresa formalmente e sostanziale lecita ovvero legale.

Seguendo una determinata impostazione dottrinale, l'impresa mafiosa presenterebbe tre peculiari e distintivi caratteri sul piano operativo e gestionale, che potremmo definire in termini di altrettanti vantaggi competitivi, quali lo scoraggiamento della concorrenza, la compressione salariale e la totale flessibilità della manodopera, unitamente a un'ingente disponibilità di risorse finanziarie, fisiologica perché frutto di un processo, più o meno lungo, di accumulazione di capitali provenienti da attività illegali, come prima ricordato⁵⁷. Per arrivare a meglio comprendere i termini di tale raffronto, tuttavia, è d'uopo procedere per gradi e, per l'effetto, interrogarsi preliminarmente sulle ragioni per cui la mafia investe sui circuiti legali invece che nell'economia illegale, sebbene in quest'ultima profitti e rendite siano indubbiamente più elevati. Ebbene, vi è più di un fattore che scioglie detto interrogativo.

⁵⁴ Diffusa già nella letteratura degli anni Ottanta, l'espressione è stata proposta nel dibattito sul fenomeno mafioso in P. ARLACCHI, N. DALLA CHIESA, *La palude e la città*, Mondadori, 1987, per significare l'insieme delle competenze tecniche fondamentali offerte alla mafia da diverse figure professionali, poste a servizio della criminalità organizzata. Del pari, essa rappresenta, ad avviso di chi scrive, uno dei massimi punti di tangenza tra diritto e sociologia, dal momento che, come riconosce il suo stesso ideatore, ebbe un ruolo essenziale nella elaborazione pretoria del concorso esterno da parte del giudice Giovanni Falcone. Cfr. G. FALCONE (con Marcelle Padovani), *Cose di Cosa Nostra*, Rizzoli, 1991, 138.

⁵⁵ Prima monografia sul punto, fonte essenziale di studio e insegnamento anche per lo scrivente, è quella, appunto, di S. PELLEGRINI, *L'impresa grigia*, *op. cit.* L'opera è del tutto innovativa per riuscire a combinare organicamente sociologia e diritto e studia la pletora di connessioni di servizio che possono sorgere tra impresa dell'organizzazione e imprese dell'economia legale. Le prime elaborazioni in argomento risalgono a U. SANTINO, G. LA FIURA, *L'impresa mafiosa*, *op. cit.*

⁵⁶ Sulle funzioni strategiche dell'impresa mafiosa, vd. N. DALLA CHIESA, *L'impresa mafiosa*, *op. cit.*, 50 ss.

⁵⁷ La ricostruzione dei vantaggi competitivi è compiuta da P. ARLACCHI, *Mafia imprenditrice*, Il Mulino, 1983.

In primo luogo, nei mercati illegali è ricorrente il fenomeno della saturazione dovuta all'attività di prevenzione e contrasto delle forze dell'ordine. In secondo luogo, il mercato illegale è fisiologicamente conteso con gli interessi di altre organizzazioni criminali e questa situazione di conflitto permanente è ostativa rispetto al fine di profitto. Ancora, l'impresa a partecipazione mafiosa consente di veicolare in modo occulto il riciclaggio e il reinvestimento dei capitali di origine criminale, garantendo una certa diversificazione degli investimenti.

La prospettiva storica, del resto, dà conto di ciò, oltre a consentire di apprezzarne evoluzione e dinamismi. In chiave diacronica, si ritiene che gli anni Settanta abbiano rappresentato un momento di evoluzione e di significativa trasformazione per l'impresa mafiosa nel nostro Paese, da spettatore subalterno ai margini dell'economia legale a soggetto propriamente attivo nel mercato. Sarebbe, tuttavia, fuorviante e anacronistico, come riteneva Giovanni Falcone, pensare che alla mafia "tradizionale" si sia sostituita una nuova mafia, di tipo imprenditrice. È corretto invece pensare che la medesima abbia progressivamente riscoperto una nuova modalità operativa, quella della competizione sul mercato per la ricchezza, per implementare la conquista del potere e dell'onore.

Certamente, però, occorre dire che la crescente accumulazione di capitali proveniente dall'economia illegale, in modo particolare dal commercio di eroina, ha consentito alla mafia di insediarsi nell'economia legale con un vantaggio competitivo assai significativo rispetto alle imprese concorrenti⁵⁸.

Se il commercio di eroina può essere ritenuto, diacronicamente, la fonte quantomeno primordiale di capitale illecito poi reinvestito nell'economia legale, oggi e nei tempi più recenti comunque la mafia gode di una disponibilità finanziaria e di una liquidità economica incomparabilmente maggiore rispetto a ogni altro operatore economico del mercato, derivante dalla commissione di reati anche diversi dal traffico di stupefacenti. La sequenza fenomenologica dell'estorsione-usura-reimpiego ne è certamente un esempio. Sempre dagli anni Settanta, difatti, v'è chi ritiene che la mafia sfrutti alcuni meccanismi facilitativi dell'accumulazione di risorse⁵⁹. All'uopo, si può distinguere un'accumulazione di tipo

⁵⁸ P. ARLACCHI, *Mafia imprenditrice*, op. cit., 1983.

⁵⁹ M. CENTORRINO, *L'altra economia in economia e potere mafioso in Sicilia*, Giuffrè, 1984. Come noto, il processo di accumulazione mafiosa, pur nella sua unitarietà e compattezza assiologica, si articola in tre momenti, quali, diacronicamente, l'estrazione e la formazione di risorse finanziarie e reali, attraverso il compimento di attività

violento, in quanto tale proveniente da condotte estorsive e dai sequestri di persona, per mezzo della quale l'organizzazione autofinanzia la sua espansione e mantiene gli affiliati al suo interno.

In secondo luogo, la mafia si avvale del sistema bancario, funzionale a riciclare denaro sporco e, per l'effetto, nascondere la provenienza illegale. Il terzo meccanismo propulsivo consiste nell'inserimento all'interno del settore edile, da cui sarebbe agevolato l'accesso al mercato delle commesse pubbliche. Notorio testimone su tutti di questo processo è il c.d. "sacco di Palermo"⁶⁰. Nell'esempio di Cosa Nostra, si è assistito alla nascita di un ciclo di produzione integrato tale per cui "se il mafioso fa il costruttore, amplierà il suo raggio d'azione fino a comprendervi le cave di pietra, i depositi di calcestruzzo, i magazzini di materiale sanitario, le forniture e anche gli operai. Gli altri proprietari verranno a poco a poco inglobati in una rete monopolistica sulla quale egli eserciterà il controllo"⁶¹. Il quarto e ultimo meccanismo attiene all'accaparramento di risorse e fondi pubblici, nazionali ed eurounitari, destinati a incentivare il settore agricolo per inserirsi nella gestione del credito all'agricoltura attraverso società per azioni e, soprattutto, per mezzo della creazione di cooperative.

L'accumulazione di capitali illeciti, tuttavia, come prima sinteticamente anticipato, non integra l'unico vantaggio competitivo di cui gode l'impresa mafiosa. Ne costituiscono di ulteriori anche la compressione salariale e la possibilità di poter usufruire di manodopera in maniera più fluida. L'impresa mafiosa, infatti, è in grado di imporre condizioni lavorative maggiormente sfavorevoli rispetto a qualunque altro "datore di lavoro", con ripercussioni notevoli in termini di precarietà dei lavoratori, violazione dei diritti sindacali evasione dei contributi previdenziali e lavorativi, condizioni di lavoro non sicure nonché, infine, un accrescimento della produttività dell'impresa favorito proprio dalla pressione creata su questi

criminali, il reinvestimento di una parte di tali risorse nella struttura associativa e il riciclaggio dei capitali restanti, il reinvestimento del denaro pulito nei normali circuiti finanziari.

⁶⁰ Con tale espressione si indica il boom edilizio che si ebbe nel capoluogo siciliano tra la fine degli anni '50 e l'inizio degli anni '60 del Novecento, che comportò un deciso stravolgimento architettonico della città, eliminando copiose aree verdi della città oltre a numerosissime ville in stile liberty. L'espressione ha acquisito ormai valenza storica e istituzionale, come ne dimostra l'esperto ricorso anche all'interno dei Documenti della Camera dei Deputati della XIV Legislatura, in <https://www.camera.it>.

⁶¹ C. MARESCA, *Manuale di legislazione antimafia*, cit., 305 riporta quanto affermato da G. FALCONE, *Cose di cosa nostra*, Fabbri editore, 1991.

ultimi⁶². Non a caso, peraltro, i settori economici prediletti dai mafiosi sono, senza pretesa di esaustività, l'edilizia, il ciclo dei rifiuti, il settore terziario, l'approvvigionamento alimentare, l'accaparramento di aziende agricole, la distribuzione di oli e benzine. Si tratta, in generale, di settori caratterizzati da un basso livello di tecnologia e alta intensità di lavoro, nei quali è elevato l'apporto di capitale e bassa la capacità gestionale e di innovazione⁶³.

Il fatto che la mafia abbia inizialmente privilegiato le attività edilizie e quelle della redistribuzione, inoltre, è frutto di una ponderata strategia dovuta alle opportunità provenienti dal tessuto economico, sociale e istituzionale delle realtà in cui la mafia era storicamente più saldamente insediata e non certamente a una incapacità del mafioso di essere presente in altri settori produttivi. Stupisce, allora, che la mafia non sia presente nel settore industriale, almeno, al di fuori degli ambiti rivolti all'economia del falso, quali il settore tessile e alimentare. Ciò si ritiene dovuto a mere ragioni opportunistiche, più che a vere e proprie ideologie anti-industriali. Nel settore industriale, infatti, i guadagni sono più incerti e, comunque, mediamente più bassi che nei settori condizionabili da relazioni politiche e sociali, dall'uso della violenza e della minaccia, maggiormente confacenti alla mentalità mafiosa, speculativa, nel cercare il massimo profitto con il minor rischio.

Ultimo vantaggio competitivo di cui gode l'impresa mafiosa è la capacità intimidatoria, che costituisce un forte deterrente per i *competitors* a operare nello stesso mercato di riferimento. In merito, occorre altresì rilevare che, come noto, sovente non sono necessari interventi a carattere violento. Anzi, la riduzione progressiva delle componenti violente e militari del metodo mafioso ha ceduto il passo alla promozione di relazioni di scambio e collusione nei mercati illegali ma, soprattutto, legali⁶⁴. Se nelle attività di reinvestimento dei proventi illeciti nell'economia pubblica la mafia predilige il ricorso sistematico alla corruzione per facilitare l'infiltrazione negli affidamenti pubblici, in ogni altro ambito si nota una sempre più spiccata connotazione imprenditoriale della mafia, che la avvicina a una qualificazione

⁶² P. ARLACCHI, *Mafia imprenditrice*, cit., che declina così le tre cifre caratterizzanti l'impresa mafiosa, individuandole nello scoraggiamento della concorrenza, nella compressione salariale e flessibilità totale della manodopera, nella disponibilità ingente di risorse finanziarie.

⁶³ C. MARESCA, *Manuale di legislazione antimafia*, cit., 306.

⁶⁴ Tanto rileva, di recente, tra più, L. DELLI PRISCOLI, Consigliere della Corte di Cassazione, nel saggio *Imprese mafiose e alterazioni concorrenziali del mercato*, pubblicato il 2 aprile 2020 in <https://www.magistraturaindipendente.it>.

imprenditoriale di tipo politico-criminale, distante dalla tradizionale matrice mafiosa⁶⁵. Si è visto precedentemente che soltanto in via residuale e oggi sempre più raramente l'organizzazione mafiosa costituita in forma di impresa fa uso della violenza, prediligendo l'utilizzo di denaro e relazioni, imprenditoriali, politiche e amministrative come strumento di affermazione sul mercato⁶⁶. Già in fase di formazione, infatti, è assai più profittevole e funzionale per l'organizzazione far leva sui vantaggi che l'imprenditore comune estraneo alla consorceria può ricavare da una compartecipazione del mafioso all'impresa. Lo studio delle relazioni intercorrenti tra impresa legale e impresa mafiosa, tuttavia, non si esaurisce sempre e soltanto in un rapporto di "*compartecipazione*", che comunque necessita di una più puntuale *actio finium regundorum*.

Ne esistono, infatti, di numerosi e diversi tra loro che possono essere in questi termini sinteticamente descritti. Nell'immaginario collettivo tradizionale, il rapporto storicamente più risalente, ma anche il principale canale attraverso il quale la mafia penetra nelle aziende, è quello fondato sul binomio protezione/estorsione, dove le imprese subiscono le pressioni estorsive e usurarie del *clan* che controlla il territorio, originariamente percepito come benevola "agenzia di servizi", dando luogo a un meccanismo di protezione di tipo passivo, ove l'imprenditore diviene, più che protetto, assoggettato all'organizzazione⁶⁷. Invero, come ritiene la dottrina più recentemente intervenuta sul punto, ferme le ontologiche diversità sostanziali intercorrenti tra le due fattispecie di reato, l'estorsione normalmente aggredisce imprenditori in crescita mentre l'usura tende a attingere soggetti più deboli⁶⁸. Ancora, come noto, la pratica dell'estorsione, che forse più di ogni altro delitto partecipa delle medesime caratteristiche distintive dell'organizzazione disegnata all'art. 416 *bis* c.p., integra imprescindibile componente della fenomenologia mafiosa⁶⁹. Tanto a differenza dell'usura, reato non tipicamente mafioso e, anzi, come rilevano gli studiosi, in origine ritenuto

⁶⁵ S. PELLEGRINI, *L'impresa grigia. Le infiltrazioni mafiose nell'economia legale*, Ediesse, 2018, 55.

⁶⁶ Il tema è ripercorso, anche diacronicamente, con inedita attenzione al fenomeno della "violenza a bassa intensità", in *La violenza delle mafie*, Forum con Nando dalla Chiesa, Alessandra Dino, Gabriella Gribaudo, Marcella Marmo, Marco Santoro e Rocco Sciarrone, con coordinamento di Monica Massari, in *Meridiana*, Rivista di storia e scienze sociali, n. 90/2017, 255-292. Preziosa analisi sul tema è svolta anche da O. INGRASCI, *La violenza delle mafie. Pratiche, significati e conseguenze*, in *Rivista di Studi e Ricerche sulla criminalità organizzata*, 2018, 4, 90-98.

⁶⁷ S. PELLEGRINI, *L'impresa grigia*, *op. cit.*, 138.

⁶⁸ S. PELLEGRINI, *L'impresa grigia*, *op. cit.*, 141. Parla di "mafia dal volto amico che ti presta soldi, quando davanti c'è il baratro", E. VENAFRO, *L'impresa del crimine. Il crimine dell'impresa*, Giappichelli, 2012, 130.

⁶⁹ In argomento, T. GRASSO, A. VARANO, *U'pizzu. L'Italia del racket e dell'usura*, Baldini e Castoldi, 2002, 71.

disonorevole dai codici comportamentali dell'associazione, in piena aderenza, del resto, con l'impostazione cristiana e filosofica aristotelica⁷⁰.

È indubbio, però, che gli effetti finali che le condotte estorsive e quelle usuarie generano sull'impresa bersaglio possano coincidere, dal momento che, in entrambi i casi, si giunge a un sostanziale esproprio dell'attività aziendale. Come rileva la dottrina, “*la presenza del mafioso nell'impresa non potrà mai rappresentare una semplice compartecipazione aziendale rapportata alle quote societarie, ma implicherà lo spostamento dell'attività commerciale dal sistema dell'economia legale all'orbita del sistema mafioso*”⁷¹. È altrettanto verificato che gli effetti strumentali delle condotte estorsive siano dissimili dalle dinamiche usuarie, dal momento che sovente, in cambio della protezione ricevuta dalla consorteria mafiosa, gli imprenditori decidono di offrire controprestazioni delle più disparate tipologie⁷². Invero, le ragioni per cui le imprese lambite dall'attività dell'organizzazione mafiosa, decidono, secondo gradienti crescenti, di “avvicinarsi”. In contesti più o meno imbevuti di dinamiche mafiose, un aiuto fondamentale è dato all'interprete dall'impostazione weberiana, che fornisce due modelli motivazionali, a matrice, rispettivamente, personale e culturale⁷³.

Altra dottrina, invece, descrive il meccanismo di incontro tra “*impresa bianca*” e “*impresa nera*” in termini di “*attrazione fatale*”, declinando quattro “*principi causali*”, anche detti “*principi attivi*”⁷⁴ quali, paura, bisogno/necessità, calcolo/convenienza e, da ultimo, la “*forza di gravità*”⁷⁵. Volendo individuare i punti di contatto tra le due impostazioni appena riportate,

⁷⁰ Nel cristianesimo del Basso Medioevo, l'usura era qualsiasi pagamento dovuto per un prestito di denaro, considerato proibito in base a un passo del Vangelo di Luca (Lc 6,34). Si legge nel Deuteronomio 23,19-20, «Non farai al tuo prossimo prestiti ad interesse». Il prestito a interessi era categoria morale negativa anche per Aristotele che, nell'Etica Nicomachea, spiegava come solo dal lavoro umano o dal suo intelletto potesse nascere la ricchezza, mentre quella prodotta dal denaro era dannosa. Nota è l'espressione usata dal peripatetico, secondo cui “nummus nummum parere non potest” (il denaro non può generare denaro). Nella nota enciclica “Rerum Novarum” di papa Leone XIII del 1891, dedicata alle condizioni dei lavoratori e alle disuguaglianze formali e sostanziali presenti nella società, la pratica dell'usura viene condannata esplicitamente.

⁷¹ S. PELLEGRINI, *L'impresa grigia*, op. cit., 142.

⁷² G. FIANDACA, *La contiguità mafiosa degli imprenditori tra rilevanza penale e stereotipo criminale*, in *Foro It.*, 1991, II, 472, ne offre un'elencazione, qui riportata: pagamento di somme di denaro, assunzione di lavoratori o guardiani presso i cantieri, stipula di contratti di assunzione a titolo di copertura per affiliati impegnati in attività criminali, scelta di fornitori contigui ai clan, utilizzo dei mezzi di azienda per lo svolgimento di attività illecite, come il trasporto di sostanze stupefacenti, di armi, ovvero l'uso dei locali aziendali per finalità organizzative.

⁷³ Si vd. sul punto, in generale, M. WEBER, *Economia e società. Teoria delle categorie sociologiche*, Edizioni di Comunità, 1995. La distinzione è coltivata da S. PELLEGRINI, *L'impresa grigia*, op. cit., 153.

⁷⁴ In termini, N. DALLA CHIESA, *L'impresa mafiosa*, op. cit., 71.

⁷⁵ L'elaborazione è contenuta in N. DALLA CHIESA, M. PANZARASA, *Buccinasco. La 'ndrangheta al Nord*, Einaudi, 2012; N. DALLA CHIESA, *Le mafie al nord. La fine dei luoghi comuni*, Narcomafie, 2011.

i quattro “*principi attivi*” descrittivi del meccanismo di attrazione fatale appena riportato sembrano esaurire quelli che, nella prima teoria esposta, confluiscono nel novero delle motivazioni personali. Invero, ad avviso di chi scrive, anche le motivazioni culturali, che, a loro volta, risentono, e dipendono, inevitabilmente, dal contesto sociale ed economico entro cui l’organizzazione mafiosa si muove, ben possono influire nella sfera delle motivazioni personali, agendone da presupposto. Il tema delle motivazioni culturali tessesse una rete articolata, che esula dalla trattazione nella presente ricerca. Per questo ci si limita, in questa sede, a fornire soltanto qualche spunto, nella misura in cui possa giovare allo studio dei rapporti dell’infiltrazione della criminalità organizzata nell’economia legale.

Il metodo mafioso, come congegnato dal legislatore all’art. 416 *bis* c.p., raccoglie una fenomenologia che, inevitabilmente, si arresta al 1982. Successivamente, tuttavia, alla stregua di quanto accaduto per la cd. concussione ambientale⁷⁶, si è assistito a un’evoluzione delle sue forme di manifestazione, sia a livello spaziale che temporale⁷⁷. È noto, infatti, che l’avvalersi della “*forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva*” non deborda necessariamente in esercizio esplicito, mediante il ricorso all’uso della violenza (sul concetto di “*violenza a bassa intensità*”, si rimanda a quanto sopra, *sub* nota n. 57)⁷⁸.

⁷⁶ Per concussione ambientale, si intende quella peculiare fattispecie di concussione, di elaborazione pretoria, nella quale il pubblico agente non pone in essere una condotta direttamente costrittiva nei confronti del privato, quanto, piuttosto, manifesta comportamenti suggestivi, ammissioni o silenzi, volti a rafforzare la convinzione di dover effettuare l’illecita dazione o promessa, sulla scorta di una prassi consolidata nell’ambiente di riferimento. In giur., vd. Cass. pen., sez. VI, sent. 24 maggio 2006, n. 234150; Id., sent. 21 novembre 2002, n. 36551. In dottrina, tra più, cfr. R. GALLI, *Nuovo corso di diritto penale*, Cedam, 2017, 361 ss.

⁷⁷ In argomento, F. BASILE, *Riflessioni sparse sul delitto di associazione mafiosa*, in *Dir. Pen. Cont.*, 26 aprile 2016; G. DE VERO, *Tutela dell’ordine pubblico*, Giuffrè Lefebvre, 1988; G.M. FLICK, *L’associazione a delinquere di tipo mafioso. Interrogativi e riflessioni sui problemi proposti dall’art. 416-bis c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 855 ss. A. LA SPINA, *Riconoscere le organizzazioni mafiose oggi: neo-formazione, trasformazione, espansione e repressione in prospettiva comparata*, in M. SANTORO, (a cura di), *Riconoscere le mafie*, Il Mulino, 2015, 95 ss.

⁷⁸ L’intimidazione, precisamente, potrebbe presentarsi in tre distinte forme. La prima è indubbiamente rappresentata dall’avvertimento mafioso esplicito e mirato. La seconda forma di manifestazione è rappresentata da quei messaggi intimidatori larvati e indiretti che, pur tali, comunque riescono a orientare il soggetto passivo a tenere un determinato comportamento rivolto a soddisfare gli interessi dell’associazione. Terza e ultima forma di manifestazione dell’intimidazione risiede nella totale assenza di avvertimento mafioso, comunque idonea a suscitare l’adozione di una determinata condotta da parte del destinatario, data la forza intimidatrice raggiunta dalla consorzeria criminale. In giurisprudenza, si segnalano, Cass. Pen., sez. VI, 18 marzo 2019, sent. n. 39363; Cass. Pen., sez. VI, 28 dicembre 2017 (ud. 26 ottobre 2017), sent. n. 57986; Cass. Pen., sez. II, 10 ottobre 2017, sent. n. 50949; Cass. Pen., sez. VI, 12 maggio 2016, sent. n. 44667; Cass. Pen., sez. II, 23 febbraio 2015, n. 15412. Sulle tipologie di assoggettamento che l’organizzazione mafiosa è in grado di generare, vd. G. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2015, 124 ss.; Cass. pen., Sez. VI, 10 aprile 2015, n. 24535.

Ebbene, nonostante l'incessante attualità della formulazione dell'art. 416 *bis* c.p., nell'individuazione degli elementi componenti il metodo mafioso a lungo si sono riscontrate incertezze applicative. Uno degli interrogativi sorti attiene proprio alla verifica della condotta idonea a esercitare una coartazione psicologica sulle persone, munita dei caratteri propri dell'intimidazione derivante dall'organizzazione criminale. A tal fine, un'interpretazione rispettosa dei principi di materialità e offensività, corollari dell'art. 25 Cost., richiede la sussistenza di "indicatori oggettivi", esteriorizzati o comunque verificabili, non potendosi dare unico o principale rilievo alla percezione dell'offeso⁷⁹. Ecco così profilarsi la peculiarità categoriale della cd. "*mafia silente*", che negli ultimi anni ha molto impegnato la giurisprudenza in riferimento alle mafie storiche agenti in territori non tradizionali secondo analoghi rituali di affiliazione e con una struttura organizzativa articolata e gerarchica gemmata dalla casa madre⁸⁰. Sul punto, la questione interpretativa che si è posta in giurisprudenza ha riguardato la necessità, o meno, che il metodo intimidatorio si esteriorizzi e si manifesti obbiettivamente, con riguardo a una articolazione periferica (cd. "locale") di un sodalizio mafioso, qualora emerga la derivazione e il collegamento della nuova struttura territoriale con l'organizzazione e con i rituali del sodalizio di riferimento, anche in difetto della esteriorizzazione, nel differente territorio di insediamento, della forza intimidatrice e della relativa condizione di assoggettamento e di omertà⁸¹.

⁷⁹ Tali indicatori possono attenersi, evidentemente, allo stesso contenuto della minaccia ma, per quel che a questi fini interessa, l'attenzione deve essere posta sulle modalità della condotta dell'agente e sulle peculiarità del contesto in cui vengono poste in essere. In questo senso, allora, è necessario valorizzare più elementi eterogenei, come le qualità soggettive dell'autore della minaccia, la percezione o conoscenza della vittima circa la vicinanza dell'agente a organizzazioni di tipo mafioso, nonché il contesto ambientale in cui l'intimidazione si consuma. Nella teoria generale, pertinente il richiamo agli scritti di M. DONINI e M. Papa, (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2007; M. DONINI, Il diritto penale di fronte al "nemico", in *Cass. pen.*, 2006, 735 ss.; F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Quest. giust.*, 2006, 4, 674 ss.

⁸⁰ Per recenti contributi in argomento, cfr. I. MERENDA, C. VISCONTI, *Metodo mafioso e partecipazione associativa nell'art. 416bis tra teoria e diritto vivente*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2019. Una delle prime ricostruzioni alla luce della giurisprudenza intervenuta sul punto è offerta da R.M. SPARAGNA, *Metodo mafioso e c.d. mafia silente nei più recenti approdi giurisprudenziali*, Relazione svolta presso la Scuola Superiore della Magistratura, nell'ambito del corso "*Indagini e giudizio nei reati di criminalità organizzata*", Scandicci, 5-7 ottobre 2015, in <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/>; C. VISCONTI, *Mafie straniere e 'ndrangheta al Nord. Una sfida alla tenuta dell'art. 416 bis?*, in *Dir. Pen. Cont., Riv. trim.*, 2015, 1; A. BALSAMO, S. RECCHIONI, *Mafie al nord. L'interpretazione dell'art. 416 bis c.p. e l'efficacia degli strumenti di contrasto*, in *Dir. Pen. Cont.*, 18 ottobre 2013, 19 ss.; G. BORRELLI, *Il metodo mafioso, tra parametri normativi e tendenze evolutive*, in *Cass. pen.*, 2007, 2781 ss.

⁸¹ La formulazione del quesito, rimesso alle Sezioni Unite, pare rappresentare una soluzione di compromesso che sposta il baricentro della prova dell'organizzazione su collegamento esistente con l'organizzazione di base, la cd. casa madre, la cui "mafiosità", a sua volta, appartenga al notorio ovvero sia stata precedentemente dimostrata in

Le brevi coordinate finora delineate offrono un canovaccio prezioso per completare il nostro quadro di ricerca, spostando l'attenzione sulle differenti attitudini con cui l'imprenditore si rapporta con l'organizzazione mafiosa che, una volta qualificate, si traducono in autonome figure rilevanti per l'ordinamento giuridico. Sul punto, tassonomia e ricostruzioni sono differenti. Nota e primigenia è la partizione, prettamente sociologica, tra imprenditori subordinati, imprenditori collusi e imprenditori mafiosi⁸². Vi è poi chi suddivide internamente anche l'alveo degli imprenditori subordinati, distinguendo gli imprenditori oppressi da quelli dipendenti⁸³.

Altra impostazione, più vicina all'analisi logica del reato e alla decodificazione penalistica dei comportamenti materiali, differenzia l'imprenditore vittima, quello acquiescente e quello colluso⁸⁴. L'imprenditore vittima, similmente a quello subordinato, subisce passivamente l'organizzazione mafiosa, normalmente perché in condizioni di fragilità, disegnando una relazione incube-succube significativa di una condizione definita dalla giurisprudenza di legittimità come di "*ineluttabile coartazione*"⁸⁵. La percezione, *rectius*, la consapevolezza di essere schiacciato dalla minaccia di pericolo attuale di un danno grave alla persona distingue l'imprenditore vittima da quello acquiescente, a parità di non punibilità⁸⁶.

sede giudiziaria. Sì che, solo se la struttura si presenta come autonoma ed emancipata dalla corrispondente consoteria del territorio a tradizionale vocazione mafiosa è imprescindibile il riscontro degli elementi costitutivi di cui all'art. 416 bis c.p. Invero, la questione è stata rimessa alle Sezioni Unite per ben due volte ma in entrambi i casi il Presidente ha escluso l'esistenza di un contrasto tale da giustificare la rimessione, restituendo gli atti alla sezione remittente ex art. 172 disp. att. cod. proc. pen. (vd. Cass. pen., Sez. II, ord. 28 aprile 2015, nn. 15807 e 15808, con nota di C. VISCONTI, *I giudici di legittimità ancora alle prese con la "mafia silente" al Nord: dicono di pensarla allo stesso modo, ma non è così*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2015, e Cass. pen., Sez. I, ord. 17 aprile 2019, n. 15768, con nota di L. NINNI, *Alle Sezioni Unite la questione della configurabilità del delitto di associazione di tipo mafioso con riguardo ad articolazioni periferiche di un sodalizio mafioso in aree "non tradizionali"*, in *Dir. Pen. Cont., Riv. trim.*, 2019, 6, 23 ss.).

⁸² R. SCIARRONE, *Mafie vecchie. Mafie nuove*, op. cit., 68 ss.

⁸³ Gli imprenditori oppressi sono quelli con cui la mafia intrattiene un rapporto di puro dominio, pagando la protezione mafiosa ricevendo niente altro che la provvisoria garanzia di poter continuare a svolgere la propria attività. Gli imprenditori dipendenti, invece, non solo devono pagare la protezione all'organizzazione ma, altresì, devono ottenere la loro autorizzazione per poter svolgere la propria attività. La partizione, interna alla categoria degli imprenditori subordinati, tra imprenditori oppressi e dipendenti, è piuttosto coltivata dagli operatori del diritto, nell'esercizio delle loro funzioni di contrasto alle infiltrazioni criminali dell'economia, come dimostra, tra più, il contributo di G. FURCINITI, *L'impresa mafiosa, Lezioni del Corso di Economia della Criminalità tenuto da N. Gratteri presso la Facoltà di Giurisprudenza di Reggio Calabria*, 08 aprile 2013, in <https://www.unirc.it>.

⁸⁴ Ci si riferisce alla ricostruzione di S. PELLEGRINI, *L'impresa grigia*, op. cit., 145, recettiva delle sollecitazioni della dottrina penalistica intervenuta in argomento, come C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Giappichelli, 2003, 364.

⁸⁵ Il riferimento è alla nota pronuncia di Cass. Pen., sez. I, sent. 5 gennaio 1999, n. 84.

⁸⁶ C.F. GROSSO, *Le contiguità alla mafia tra partecipazione, concorso in associazione mafiosa ed irrilevanza penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1993, 4, 1200.

L'imprenditore acquiescente è espressione della cd. contiguità soggiacente, tale per cui l'imprenditore che subisce i primi segnali di intimidazione, "*riconoscendo la potenzialità violenta dell'estortore, ne asseconda le richieste e si assoggetta al ricatto, valutando ogni forma di resistenza più costosa rispetto a un comportamento arrendevole*"⁸⁷. Come si nota, in entrambe le forme imprenditoriali rappresentate si assiste a un rapporto di condizionamento, giusta la passiva interferenza data dalla presenza di interessi mafiosi. L'irrilevanza penale dell'inerzia della vittima acquisisce, specularmente, rilievo in qualità di dovere di denunciare all'interno di altri settori dell'ordinamento o, forse, potremmo dire, sia dello Stato-apparato che dello Stato-comunità. Il diritto amministrativo, per esempio, come si vedrà, interviene per il tramite delle Prefetture, tanto che tale comportamento è rilevante a livello istruttorio per l'adozione di un provvedimento interdittivo antimafia. Ancora, sempre nel novero degli istituti pubblicistici, il Codice dei Contratti Pubblici, commina l'esclusione automatica dalla procedura di gara per l'operatore economico vittima dei reati di cui agli articoli 317 e 629 c.p., aggravati ai sensi dell'art. 416 *bis* 1 c.p. (già art. 7 d.l. 13 maggio 1991, n. 152) che non denunci i fatti all'autorità giudiziaria (cfr. art. 80 co. 5 lett. l) D. Lgs. n. 50/2016). Ancora, il dovere di denunciare è rilevante per il diritto della concorrenza nella misura in cui l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato attribuisce incrementi di punteggio per il *rating* di legalità, come si vedrà nello studio dei prossimi paragrafi. Vi è poi la tutela compensatorio-riparativa riconosciuta dall'ordinamento alle cd. vittime del dovere con la legge 23 febbraio 1999, n. 44, recante "*Disposizioni concernenti il Fondo di solidarietà per le vittime delle richieste estorsive e dell'usura*". Parimenti, occorre ricordare la delibera adottata dalle associazioni territoriali del Mezzogiorno afferenti a Confindustria nel 2010, che obbliga gli imprenditori vessati a sporgere denuncia, pena la sospensione o espulsione dall'associazione. Da ultimo, di evidente importanza è il ruolo assunto dalla denuncia nei movimenti antimafia, come dimostra, tra più, l'esperienza del Comitato Addiopizzo, movimento antimafia italiano, nato e sviluppatosi in Sicilia, impegnato principalmente sul fronte della lotta al racket delle estorsioni mafiose, nato a Palermo nel 2004, a completamento di un quadro ordinamentale, giuridico e sociale, che attribuisce crescente centralità al "dovere di denunciare".

⁸⁷ La definizione è fornita da M. CENTORRINO, A. LA SPINA, G. SIGNORINO, *Il nodo gordiano. Criminalità mafiosa e sviluppo nel Mezzogiorno*, Laterza, 1999, 47.

Terminata questa essenziale digressione, resta da esaminare la categoria dell'impresa collusa, assiologicamente compatta perché unitaria espressione di contiguità compiacente ma, al contempo, composita perché a sua volta scissa nelle forme, di disvalore ascendente, del concorso esterno e della partecipazione. In generale, possiamo dire che gli imprenditori collusi si legano alla mafia mediante incentivi, materiali ovvero simbolici, che alimentano interazioni reciprocamente vantaggiose, fino a consentire di negoziare i termini di una protezione, che diviene attiva, oltre che a strutturare una vera e propria relazione clientelare, giuridicamente rilevante come autentica partecipazione all'associazione. Difatti, se vi è *affectio societatis*, stabile compenetrazione nell'organizzazione mafiosa e condivisione dei fini dell'associazione, il titolo di responsabilità imputabile al partecipe altro non è che quello dell'associato, dunque *ex art. 416 bis c.p.* Unico elemento che probabilmente distingue l'imprenditore partecipe dall'associato "tradizionale" è la presenza, o meglio, la mancanza, almeno normalmente, di riti di affiliazione che ne segnino il sacramentale ingresso all'interno della consorterìa⁸⁸. La gamma di prestazioni suscettibili di essere rese è variegata e dipende sia dal tipo di attività che svolge l'imprenditore partecipe, sia dalle opportunità che può offrire all'organizzazione. Di talché, si spazia dalla mera offerta di informazioni, fino ad arrivare alla costituzione di enti con personalità giuridica autonoma per agevolare la partecipazione alle procedure a evidenza pubblica. Tra l'imprenditore acquiescente e il colluso partecipe si colloca, da ultimo, l'imprenditore colluso concorrente (esterno), anche definito strumentale, normalmente identificabile in imprese esterne, operanti specialmente nel campo dei lavori pubblici o della grande distribuzione organizzata, forti sul mercato proprio perché in possesso di risorse e di forze radicate all'esterno. Le differenze rispetto agli imprenditori-clienti sono evidenti, quantomeno in astratto, sia dal punto di vista sociologico che giuridico. L'imprenditore concorrente esterno, infatti, cerca con l'organizzazione accordi puntuali ed episodici, a seconda delle esigenze contingenti. Tanto fa il paio con l'integrazione della fattispecie del concorso *ex art. 110 c.p.* nel reato di cui all'*art. 416 bis c.p.*, dal momento che il soggetto attivo agisce "*al fine di realizzare interessi propri*", operando "*con la consapevolezza di fornire all'associazione criminale prestazioni utili al mantenimento o, addirittura, al rafforzamento*"

⁸⁸ G. SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, Cedam, 1990, 130.

della struttura, organizzazione od attività”⁸⁹. Tali elementi fanno sì che i rapporti tra mafiosi e imprenditori strumentali coinvolgano soltanto le prestazioni eseguite e non anche i soggetti che debbono decidere di eseguirle ovvero portarle a compimento⁹⁰. Per l'imprenditore strumentale, infatti, la presenza mafiosa viene sentita come un necessario dato dell'ambiente e, per l'effetto, dal punto di vista squisitamente aziendalistico, stimato come un costo aggiuntivo preventivato sin dal principio⁹¹.

3. CRIMINALITÀ ORGANIZZATA MAFIOSA ED ENTI PLURALI: L'ANTAGONISMO ALL'INFILTRAZIONE MEDIANTE MECCANISMI INTEGRATI DI PREVENZIONE E RECUPERO.

Come si è già anticipato, oggi l'ordinamento distingue poteri di controllo sia sulle imprese che sulla Pubblica Amministrazione. Seguendo la linea direttrice degli obblighi di prevenzione, perciò, al tradizionale modello di dissociazione postuma dell'ente rispetto al singolo già giudicato, se ne affiancano altri due. Quello della disciplina organizzatoria che, alla stregua del “modello 231”, impone a un organo responsabile il compito di scongiurare infiltrazioni delinquenziali, e quello della dissociazione preventiva da soggetti attenti da misure di prevenzione o interdittive antimafia⁹². Il complesso degli interventi normativi in discorso denota, a ben vedere, una rinnovata impostazione impressa dal legislatore, cui è sottesa l'inadeguatezza di un sistema di contrasto di tipo esclusivamente repressivo⁹³. Di qui, guardando agli enti collettivi non riconducibili alla Pubblica Amministrazione, ci si avvede della promozione di linee di intervento tese, da un lato, al coinvolgimento dell'imprenditoria nell'approntare modelli organizzativi idonei a prevenire il verificarsi di illeciti (cd. MOG) e, dall'altro, al mantenimento della continuità aziendale, grazie all'introduzione delle cd. misure di mitigazione⁹⁴. Una precisazione è adesso doverosa. Il termine “mitigazione” è,

⁸⁹ C.F. GROSSO, *Le contiguità alla mafia tra partecipazione, concorso in associazione mafiosa ed irrilevanza penale*, cit., 1201-1202.

⁹⁰ L'assunto è descritto in G. FURCINITI, *L'impresa mafiosa*, cit., 23.

⁹¹ G. FURCINITI, *L'impresa mafiosa*, cit., 24.

⁹² Il parallelismo è coltivato anche nella dottrina prettamente penalistica, come dimostra il contributo di C. VISCONTI, *Criminalità economica e criminalità organizzata. Strategie di contrasto dell'inquinamento criminale dell'economia: il nodo dei rapporti tra mafie e imprese*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2014, 2, 705 ss.

⁹³ Tanto è rilevato anche da M. CLARICH, B.G. MATTARELLA, *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, in B.G. Mattarella, M. Pellissero, (a cura di), Giappichelli, 2013, 60.

⁹⁴ Sull'argomento, in generale, vd. V. SALAMONE, *Le misure di mitigazione degli effetti delle interdittive antimafia*, relazione tenuta nel corso del Seminario di Studi svoltosi presso la Prefettura di Palermo sul tema “*La prevenzione delle attività mafiose nell'economia legale, le interdittive del Prefetto e le sue fonti di conoscenza*”, 3 dicembre 2018, in *Giustizia Amministrativa.it-dottrina*. Per i profili problematici e la casistica giurisprudenziale applicativa si veda R. CANTONE, B. COCCAGNA, *Commissariamenti prefettizi e controllo giudiziario delle imprese interdette per*

semanticamente, relazionale, ed effettivamente la qualificazione formale di questa categoria è quella di mitigazione degli effetti delle interdittive antimafia. Per misure di mitigazione, si fa riferimento, precisamente, a tre istituti: il commissariamento delle imprese ex art. 32 d.l. 24 giugno 2014, n. 90 recante “*Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l’efficienza degli uffici giudiziari*”, conv. con mod. in l. 11 agosto 2014, n. 114⁹⁵, l’amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche e delle aziende e il controllo giudiziario delle aziende, di cui, rispettivamente agli artt. 34 e 34 *bis* D. Lgs. n. 159/2011.

Del primo, occorre ricordarne la genesi, in parte suggerita dalla tipologia di fonte normativa attraverso cui è stato introdotto nell’ordinamento, appunto, la decretazione d’urgenza. Il commissariamento di imprese, infatti, nasce per consentire realizzazione e completamento nei tempi programmati della manifestazione universale EXPO Milano 2015, in seguito a indagini per fatti di corruzione in senso alle procedure di affidamento dei relativi lavori. Il motivo per cui il fenomeno corruttivo intercetta lo studio degli strumenti amministrativi di contrasto alla criminalità organizzata mafiosa è presto detto. Anche nelle fonti di diritto internazionale, da cui, peraltro, è nata la normativa nazionale in esame, la corruzione è configurata come una minaccia per la stabilità e la sicurezza della società. E, appunto, la stessa Convenzione dell’Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione del 2003 (la c.d. Convenzione di Merida) evidenzia i nessi esistenti tra la corruzione ed altre forme di criminalità, come, in particolare, la criminalità economica e, appunto, quella organizzata.

mafia: problemi di coordinamenti e prospettive evolutive, in *Riv. Dir. Pen. Cont.*, 10/2018, 151- 170. Sul rapporto di gradualità intercorrente tra le misure, L. PERONACI, *Dalla confisca al controllo giudiziario delle aziende: il nuovo volto delle politiche antimafia. I primi provvedimenti applicativi dell’art. 34 bis D. Lgs. 158/2011*, in *Giur. Pen. Web*, 9/2018, 1-24. Per alcune applicazioni nella giurisprudenza recente, tra più, cfr. Tar Calabria (Reggio Calabria), sent. n. 643/2018 sul rapporto tra controllo giudiziario ex art. 34 *bis* cit. e procedure di appalto; sul coordinamento tra impugnativa giurisdizionale dell’interdittiva antimafia e procedimento ex art. 34 *bis* cit., vd. Tar Napoli, sez. I, sent. n. 6423/2018 e Tar Calabria (Catanzaro), sez. I, ord. n. 658/2019.

⁹⁵ L’espressione “commissariamento delle imprese” è certamente quella più diffusa ma occorre ricordare che nella dottrina ricorre anche l’espressione “amministrazione prefettizia” o “commissariamento ai fini anticorruzione, rispettivamente utilizzate da F. SGUBBI, T. GUERINI, *L’art. 32 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90. Un primo commento*, in *Dir. Pen. Cont.*, 24 settembre 2014, 7-18 e M. GIUSTINIANI, *Autorità Nazionale Anticorruzione, nuove forme di controllo sui contratti pubblici e altre novità in materia di gare pubbliche*, in F. Caringella, M. Giustiniani, O. Toriello (a cura di), *La riforma Renzi della Pubblica Amministrazione*, Dike Giuridica Editrice, 2014, 147. In argomento, vd. anche D. CAPOTORTO, *Le misure di prevenzione dell’Anac e il loro impatto sulla contrattualistica pubblica*, in *Riv. Trim. App.* 2021, 1, 61 ss.; L. GIAMPAOLINO, *Le misure anticorruzione negli appalti, rimedio adeguato al male?*, in *www.giustamm.it*, n. 7/2014.

Nonostante il Codice dei contratti pubblici del 2016 prevedesse forme alternative di esecuzione delle opere come, ad esempio, lo scorrimento delle graduatorie, le medesime si presentavano come del tutto incompatibili con l'urgenza di provvedere. Per questa ragione, il Governo ha introdotto un modello organizzativo singolare e ancipite perché *“da un lato consentiva la prosecuzione delle opere da parte delle imprese e, dall'altro, sottoponeva le predette imprese ad amministrazione straordinaria”*⁹⁶. Accanto all'unitarietà di effetti scaturenti dall'emissione della misura, si colloca una diversità di situazioni presupponenti da cui scaturisce l'avvio del procedimento. Il primo comma dell'art. 32 *cit.*, infatti, parla di *“ipotesi in cui l'autorità giudiziaria proceda per i delitti 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., ovvero, in presenza di rilevate situazioni anomale e comunque sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali attribuibili ad un'impresa aggiudicataria di un appalto per la realizzazione di opere pubbliche, servizi o forniture, ovvero ad un concessionario di lavori pubblici o ad un contraente generale”*. Come si nota, la previsione è disancorata dalla certezza probatoria tipica del processo penale, perché è sufficiente anche la semplice iscrizione nel registro delle notizie di reato con avvio delle indagini preliminari. Il riferimento al *“procedere dell'autorità giudiziaria”*, proprio perché impreciso dal punto di vista processual-penalistico, è idoneo ad abbracciare sia l'attività del pubblico ministero che quella dell'organo giudicante e, del pari, prescinde dall'esercizio dell'azione penale *ex art. 405 c.p.p.* Inoltre, laschi sono i contorni normativi *“delle situazioni anomale e sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali”*, la cui decodificazione tipizzante è inevitabilmente allocata sulla motivazione del provvedimento finale⁹⁷.

Il decimo comma dell'art. 32 *cit.*, invece, si riferisce *“ai casi in cui sia stata emessa dal Prefetto un'informazione antimafia interdittiva e sussista l'urgente necessità di assicurare il completamento dell'esecuzione del contratto, ovvero la sua prosecuzione al fine di garantire*

⁹⁶ V. SALAMONE, *Le misure di mitigazione degli effetti delle interdittive antimafia*, *cit.*, 15.

⁹⁷ La dottrina individua alcuni esempi, in generale riconducibili *“a fattispecie distorsive della regolarità e della trasparenza delle procedure di aggiudicazione”*, come *“la rilevata sussistenza di accordi di desistenza artatamente orientati a favorire l'aggiudicazione nei confronti di un'impresa”*, ovvero condotte contigue, pur se penalmente irrilevanti, ai delitti elencati dalla disposizione in commento. In termini, V. SALAMONE, *Le misure di mitigazione degli effetti delle interdittive antimafia*, *cit.*, 18. Ritorna, ancora, il riferimento alla *“sintomaticità”*, predicato utilizzato anche in materia di documentazione antimafia, cuore della discrezionalità amministrativa, su cui, pertanto, ci si soffermerà nel corso del II e IV capitolo.

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", anche 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 (cfr. art. 94 co. 3 D. Lgs. n. 159/2011 *cit.*). Come precisato nelle *"Seconde linee guida A.N.A.C. per l'applicazione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione anticorruzione e antimafia"*, in questa ipotesi, a differenza della prima, è espressamente contenuto il riferimento alla salvaguardia di plurime prerogative pubblicistiche che, anche singolarmente, debbono concorrere rispetto al semplice rilascio del provvedimento interdittivo antimafia che, di per sé, mira a scongiurare il tentativo di infiltrazione all'interno dell'impresa aggiudicataria. Di qui, ben si nota come esula dalle finalità della disposizione la tutela dell'interesse dell'impresa a vedersi applicata una delle misure straordinarie in discorso⁹⁸.

Dal punto di vista soggettivo attivo, ancora, l'ipotesi del primo comma dell'art. 32 in discorso attribuisce il relativo potere di iniziativa al Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, che informa il procuratore della Repubblica e, *"in presenza di fatti gravi e accertati"*, propone al Prefetto territorialmente competente, avendo riguardo all'amministrazione aggiudicataria/ente aggiudicatore, di procedere ai sensi delle lett. a) o b) dell'art. 32 co. 1 (su cui ci soffermeremo tra poco). Diversamente il comma 10 disegna un procedimento pressoché invertito, dal momento che è il Prefetto a disporre le misure, soltanto informandone il Presidente di A.N.A.C. In entrambi i casi, comunque, il ruolo svolto dal prefetto nel procedimento è di assoluta centralità, essendo lo stesso tenuto ad accertare personalmente i presupposti previsti dalla norma. Si rileva, precisamente, che il Prefetto, *"attraverso ulteriori approfondimenti, valuta la gravità dei fatti sintomatici dell'illecito, gradua la misura da applicare in relazione alla gravità riscontrata e determina la durata della misura in ragione delle esigenze funzionali legate alla prestazione o all'oggetto del*

⁹⁸ Delibera A.N.A.C., 27 gennaio 2015, rubricata *"Seconde linee guida A.N.A.C. per l'applicazione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione anticorruzione e antimafia"*, 3, in *anticorruzione.it*.

*contratto*⁹⁹. Anche là dove ad A.N.A.C. sia riservato il potere di organo propulsore, il procedimento da questa istruito permane formalmente distinto rispetto a quello istruito dall'autorità prefettizia, ancorché i medesimi siano “teleologicamente collegati”, fondendosi relativamente alla valutazione sull'esistenza dei medesimi presupposti”, in rapporto di reciproca condizionalità necessaria¹⁰⁰. Merita cenno, all'uopo, la locuzione “*fatti accertati e gravi*”, piuttosto approssimativa dal punto di vista tecnico-giuridico ma idonea a essere interpretata come sussistenza, rispettivamente, di “*riscontri oggettivi*” che abbiano raggiunto un livello di probabilità cruciale di positiva responsabilità rispetto al compimento di condotte illecite o criminali¹⁰¹.

Venendo alla tipologia di strumenti amministrativi adottabili, indistinti per entrambi i procedimenti appena descritti, l'art. 32 *cit.* ne delinea tre forme alternative, ordinate per gradienti di intensità crescenti¹⁰². La prima appresta un'attività di sostegno e monitoraggio dell'impresa finalizzata a riportarne la gestione entro parametri di legalità, per l'ipotesi in cui siano coinvolti componenti di organi societari diversi da quelli indicati al co. 1, attraverso la nomina di esperti che forniscano prescrizioni operative elaborate secondo riconosciuti indicatori e modelli di trasparenza (art. 32 co. 8). La seconda consiste nell'ordinare “*la rinnovazione degli organi sociali mediante la sostituzione del soggetto coinvolto e, ove l'impresa non si adegui nei termini stabiliti*”, “*procedere alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa*” mediante la nomina di “*commissari*” (art. 32 co. 1 lett. a) *cit.*). La terza, invece, consente di “*provvedere direttamente alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa*”, realizzando una “*forma di gestione separata e temporalmente circoscritta*”

⁹⁹ Così, A. PETRONELLI, *Il potere del prefetto ai sensi dell'art. 32 del d.l. 90/2014: prosecuzione del rapporto contrattuale con l'impresa interessata da fenomeni criminosi*, V corso di formazione per l'accesso alla qualifica iniziale della carriera prefettizia, 2017, 17, in <http://culturaprofessionale.interno.gov.it>.

¹⁰⁰ A. PETRONELLI, *Il potere del prefetto ai sensi dell'art. 32 del d.l. 90/2014: prosecuzione del rapporto contrattuale con l'impresa interessata da fenomeni criminosi, cit.*, 18.

¹⁰¹ V. SALAMONE, *Le misure di mitigazione degli effetti delle interdittive antimafia, cit.*, 19. Conf., F. DI CRISTINA, *La nuova vita dell'Anac e gli interventi in materia di appalti pubblici in funzione anticorruzione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 11, 1028, secondo cui “*il fumus richiesto dalla norma, da un lato, si avvicina a quello dei gravi indizi di colpevolezza di cui agli artt. 273 ss. c.p.p. e, dall'altro, non abbandona quello – meno garantista – della “qualificata probabilità” di illecito, che invece costituisce il presupposto per l'adozione delle informative prefettizie antimafia, basate sulla nozione giurisprudenziale di pericolo*”.

¹⁰² Per recente giurisprudenza sul punto, si vd. Cons. Stato, sez. III, sent. 10 luglio 2020, n. 4406. Si deve rammentare sul punto, altresì, il Parere del Consiglio di Stato- Sez. normativa, n. 706/2018, in cui “i commissariamenti” ex art. 32 d.l. n. 90/2014 vengono unitariamente assimilati allo schema civilistico della *negotiorum gestio* ex art. 2028 c.c

all'esecuzione dell'affidamento" (art. 32 co. 1 lett. b) *cit.*)¹⁰³. Sempre per ciò che riguarda le tipologie di misure adottabili, occorre, tuttavia, rilevare una distonia tra la formulazione letterale della disposizione in commento e l'interpretazione che ne è stata data. Difatti, ancorché il rinvio contenuto nell'art. 32 co. 10 *cit.* sembra attribuire al Prefetto il potere di applicare qualsiasi tra le misure di "commissariamento" contenute nella disposizione in commento, viene ritenuta applicabile soltanto la straordinaria e temporanea gestione dell'impresa, "*poiché solo questa è idonea a sospendere gli effetti dell'interdittiva antimafia con riferimento ai contratti commissariati, consentendone l'esecuzione*"¹⁰⁴.

Tracciate così le coordinate essenziali di riferimento dell'istituto, per quel che maggiormente qui interessa, dal punto di vista sistematico è utile aggiungere una considerazione. Il fatto che le misure previste dall'art. 32 d.l. 90/2014 siano a presidio di "specifici" contratti, precisamente, induce a ritenere che le stesse non abbiano finalità terapeutica dell'impresa quanto, piuttosto, quella di salvaguardare la realizzazione di interessi di ordine pubblico economico, attraverso una conformazione della sua attività. Tale conclusione, apparentemente dogmatica, incontra un crocevia di questioni anche nell'applicazione pratica.

Uno degli interrogativi che si è posto è certamente quello dell'interferenza tra le misure di cui all'art. 32 e le informative interdittive antimafia. Rispetto a questo, l'impostazione maggioritaria conclude per la prevalenza applicativa delle prime, volta la necessità di tutelare superiori esigenze pubblicistiche¹⁰⁵, come prima rappresentate, cui si può aggiungere il fatto che è lo stesso art. 92 co. 2 *bis* D. Lgs. n. 159/2011 a onerare il prefetto della verifica sulla sussistenza dei presupposti per l'applicazione dell'art. 32 *cit.*¹⁰⁶ La giurisprudenza amministrativa intervenuta sull'argomento ha peraltro escluso l'illegittimità per il provvedimento interdittivo antimafia poi seguito dall'adozione delle misure sostitutive *ex art.*

¹⁰³ V. SALAMONE, *Le misure di mitigazione degli effetti delle interdittive antimafia, cit.*, 31.

¹⁰⁴ R. CANTONE, B. COCCAGNA, *Commissariamenti prefettizi e controllo giudiziario delle imprese interdette per mafia: problemi di coordinamenti e prospettive evolutive*, in *Rivista di Diritto Penale Contemporaneo*, 10/2018, 155. Detta conclusione, che rappresenta l'orientamento formulato da A.N.A.C. sul punto, è definita dagli Autori "come condivisa dal Gabinetto del ministro dell'Interno con la circolare n. 15006/2 (41) del 10 maggio 2016, con la quale si richiama l'attenzione delle prefetture in ordine al fatto che la norma attribuisce esclusivamente alla straordinaria e temporanea gestione il potere di neutralizzare, limitatamente alla commessa pubblica commissariata, gli effetti inibitori derivanti dall'adozione dell'informazione antimafia interdittiva".

¹⁰⁵ In argomento, vd. R. GAROFOLI, *Il contrasto ai reati di impresa nel D. Lgs. 231/2001 e nel d.l. 90/2014, cit.*, 13.

¹⁰⁶ R. CANTONE, B. COCCAGNA, *Commissariamenti prefettizi e controllo giudiziario delle imprese interdette per mafia, cit.*, 165.

32 *cit*¹⁰⁷. Una seconda questione interpretativa riguarda i rapporti tra il commissariamento disposto ai sensi dell'art. 15 D. Lgs. n. 231/2001 e quello disposto ai sensi dell'art. 32 *cit.*, specie considerando che le due figure hanno (almeno un) fondamento razionale comune, coincidente con l'esigenza, strumentale, di garantire la continuità dell'attività di impresa e con quella, finale, di reinserirla, depurata, nel circuito economico. Come noto, l'art. 15 D. Lgs. n. 231/2001 prescrive al giudice di disporre la misura del commissariamento in luogo della sanzione interdittiva¹⁰⁸ che determina l'interruzione dell'attività ove ricorrano determinati presupposti. Specificamente, ove l'ente svolga un pubblico servizio o un servizio di pubblica necessità e dalla sua interruzione possano derivare, anche alternativamente, “*un grave pregiudizio alla collettività*” ovvero “*rilevanti ripercussioni sull'occupazione*”, il giudice può disporre la prosecuzione dell'attività “*sostituendo la sanzione inibitoria con la nomina di un commissario giudiziale per un periodo corrispondente alla durata della sanzione stessa*”¹⁰⁹. A ulteriore bilanciamento tra interessi costituzionalmente tutelati contrapposti, tuttavia, il legislatore appresta due ulteriore parametri, ossequiosi del principio di proporzionalità e adeguatezza della sanzione, quello della residualità della sanzione interdittiva pura e quello della frazionabilità. Il co. 4 dell'art. 14 D. Lgs. n. 231/2001, infatti, prevede che “*l'interdizione dall'esercizio dell'attività si applica soltanto quando l'irrogazione di altre sanzioni interdittive risulta inadeguata*”. Ancora, il co. 1 della medesima disposizione stabilisce che “*le sanzioni interdittive hanno a oggetto la specifica attività alla quale si riferisce l'illecito dell'ente*” (...) “*tenendo conto dell'idoneità delle singole sanzioni a prevenire illeciti del tipo di quello commesso*”¹¹⁰. Inoltre, laddove l'impresa sia affidataria di pubbliche commesse, la sanzione

¹⁰⁷ Il caso è presentato in Cons. Stato, sez. IV, 20 gennaio 2015, n. 143, ove viene altresì espressamente precisato che “la soluzione legislativa adottata con la normativa in questione – piaccia o no – ha qualificato come recessivo l'interesse delle imprese partecipanti alla gara a subentrare nel contratto, rispetto al primario interesse pubblico all'esecuzione di opere considerate urgenti”.

¹⁰⁸ Per completezza, si riporta il contenuto dell'art. 9 D. Lgs. n. 231/2001, dedicato alle sanzioni “amministrative” per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato, che sono, nell'ordine impostato dal legislatore, la sanzione pecuniaria, le sanzioni interdittive, la confisca e la pubblicazione della sentenza. Quanto alle sanzioni interdittive, il co. 2 dell'art. 9 *cit.* contempla l'interdizione dall'esercizio dell'attività, la sospensione o la revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito, il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio, l'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi, il divieto di pubblicizzare beni o servizi.

¹⁰⁹ Riporta in termini R. GAROFOLI, *Il contrasto ai reati di impresa nel D. Lgs. 231/2001 e nel d.l. 90/2014, cit.*, 11.

¹¹⁰ I principi sottesi alla disposizione in commento hanno fatto sì che l'elaborazione pretoria ne acconsenta l'applicazione anche in fase cautelare. Vd., tra più, Cass. Pen., sez. VI, 28 settembre 2011, n. 43108; Id., 31 maggio 2010, n. 20560.

interdittiva del divieto di contrattare con la pubblica amministrazione “*può anche essere limitato a determinati tipi di contratto o a determinate amministrazioni*”. Riassunta in termini essenziali la normativa pertinente, buon gioco trova la soluzione dell’interrogativo sopra rappresentato. Come concorda la dottrina intervenuta sull’argomento, la paternità giurisdizionale del commissariamento *ex art. 15 D. Lgs. n. 231/2001* dovrebbe prevalere sul commissariamento, amministrativo, *ex art. 32 d.l. n. 90/2014*, come sembra del resto suggerire lo stesso tenore letterale dell’art. 32 *cit.* co. 5, nella parte in cui dispone la revoca ovvero la cessazione dei suoi effetti “*in caso di provvedimento che dispone la confisca, il sequestro o l’amministrazione giudiziaria dell’impresa nell’ambito di procedimenti penali o per l’applicazione delle misure di prevenzione*”¹¹¹.

Il richiamo contenuto nell’art. 32 co. 5 *cit.* al provvedimento di amministrazione giudiziaria ci consente di spostare l’attenzione sulle previsioni contenute agli artt. 34 e 34 *bis* D. Lgs. n. 159/2011, appunto dedicati all’amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche e delle aziende e al controllo giudiziario delle aziende. Questi strumenti presentano un meccanismo funzionale comune rispetto all’art. 32 *cit.*, nel consentire la prosecuzione dell’attività aziendale, ma se ne distinguono, a parer dello scrivente, per fondamento razionale, ciò che li avvicina maggiormente all’oggetto del presente lavoro di ricerca e per essere misure giurisdizionali. Si tratta, infatti, di strumenti precipuamente rivolti al contrasto della criminalità organizzata mafiosa nel tessuto economico e sociale, più che ai fenomeni di corruzione che, comunque, ben possono integrare, e sovente integrano, delitti scopo dell’associazione. Così, è al legislatore del 2017¹¹² che si deve l’introduzione di misure che legittimano l’intervento statale su realtà economico-imprenditoriali a rischio di contaminazione mafiosa diverse dagli strumenti ablatori reali già conosciuti all’ordinamento, come la confisca, “*sul presupposto di un’attitudine di pari grado nel neutralizzare i condizionamenti criminali sulle realtà economiche*”¹¹³. Si tratta di due disposizioni che, come

¹¹¹ Concordi sulla conclusione, R. GAROFOLI, *Il contrasto ai reati di impresa nel D. Lgs. 231/2001 e nel d.l. 90/2014*, *cit.*, 15; V. SALAMONE, *Le misure di mitigazione degli effetti delle interdittive antimafia*, *cit.*, 39.

¹¹² Il riferimento è alla l. 17 ottobre 2017, n. 161 recante “*Modifiche al codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, al codice penale e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale e altre disposizioni. Delega al Governo per la tutela del lavoro nelle aziende sequestrate e confiscate*”. Precisamente, si rammenta che la legge in discorso ha modificato l’art. 34 e introdotto *ex novo* l’art. 34 *bis* D. Lgs. n. 159/2011.

¹¹³ In termini, G. PIGNATONE, *Mafia e corruzione tra confische, commissariamenti ed interdittive*, *cit.*

si vedrà, in piena linea con la legislazione speciale degli ultimi anni, presentano un forte tasso di analiticità. Nonostante questo, permangono alcune lacune e profili esegetici problematici, di cui si cercherà di dare compiuto conto.

Il ricorso alle misure di mitigazione in discorso consentirebbe, per un verso, di salvare realtà imprenditoriali prive di sufficienti risorse per difendersi dall'infiltrazione mafiosa e di presidiarne la continuità operativa, nonché, per altro verso, di ripristinare la legalità violata. Come rileva la dottrina, specificamente, si è al cospetto di strumenti protesi alla “*bonifica di aziende che, pur presentando forme di infiltrazione e condizionamento mafioso, non ne sono pregiudicate nella loro sostanziale integrità e siano anche intenzionate a rimuovere i presupposti di quel pericolo di infiltrazione e condizionamento*”¹¹⁴. E anzi, ancor prima, si ritiene che “*un tempestivo intervento giudiziario indirizzato al risanamento dell'azienda potrebbe quindi scongiurare la degenerazione di fenomeni di contiguità tra imprese e mafie in un momento embrionale dell'infiltrazione*”¹¹⁵.

Ora, i due istituti sono meritevoli di trattazione a sé stante ma il loro approfondimento esula dall'oggetto di questa ricerca. Per tale ragione, alla stregua di quanto fatto per l'art. 32 *cit.*, giusta la loro natura di strumenti di contrasto alla criminalità organizzata mafiosa, si ritiene doveroso tracciarne le coordinate essenziali da un punto di vista di teoria generale e attenzionarne i rapporti che intercorrono con la documentazione interdittiva antimafia.

Quanto all'amministrazione giudiziaria, l'art. 34 D. Lgs. n. 159/2011 ne devolve l'applicazione al tribunale competente per l'applicazione delle misure di prevenzione in presenza di due presupposti speculari e cumulativi¹¹⁶. Si richiede, precisamente, l'insussistenza di condizioni per l'applicazione di una misura di prevenzione patrimoniale e la presenza di “*sufficienti indizi*” per ritenere che il libero esercizio di determinate attività economiche, comprese quelle di carattere imprenditoriale, sia direttamente o indirettamente sottoposto alle condizioni di intimidazione o di assoggettamento previste dall'articolo 416-*bis* del codice

¹¹⁴ Così, S. PELLEGRINI, *L'impresa mafiosa, op. cit.*, 270; G. PIGNATONE, *Mafia e corruzione tra confische, commissariamenti ed interdittive, cit.*

¹¹⁵ Così, S. PELLEGRINI, *L'impresa mafiosa, op. cit.*, 270.

¹¹⁶ Nell'originaria formulazione dell'art. 34 D. Lgs. n. 159/2011 confluiva il contenuto degli artt. 3 quater e 3 quinquies l. n. 575/1965, e prevedeva la “sospensione temporanea” dell'attività di amministrazione. La dottrina maggioritaria, al tempo dell'introduzione del Codice Antimafia, aveva ritenuto che le due previsioni fossero del tutto coincidenti e in rapporto di piena continuità normativa. Vd. sul punto C. SANTORIELLO, *Le misure di prevenzione patrimoniali diverse dalla confisca*, in (AA.VV.) A. Gaito, B. Romano, M. Ronco, G. Spangher, *Le misure di prevenzione*, UTET, 2013, 517.

penale o possa comunque agevolare l'attività di persone nei confronti delle quali è stata proposta o applicata una misura di prevenzione, personale e/o patrimoniale, ovvero di persone sottoposte a procedimento penale per determinati delitti (e.g. estorsione, usura, riciclaggio e altre fattispecie tipicamente "spia" dell'attività associativa mafiosa). Il riscontro di detti presupposti consente al tribunale di nominare un amministratore giudiziario che esercita tutte le facoltà spettanti ai titolari dei diritti sui beni e sulle aziende oggetto della misura, realizzandone, per l'effetto, lo spossessamento. La misura in commento è, inevitabilmente, temporanea (un anno, salvo proroga di sei mesi e comunque per un periodo complessivo non superiore a due anni, ove serva a completare il programma di sostegno e di aiuto all'impresa amministrata) e allo spirare del suo termine il tribunale potrà disporre la rinnovazione della misura, ovvero la sua revoca, anche contestualmente all'applicazione del controllo giudiziario *ex art. 34 bis cit.*, oltre che procedere alla definitiva ablazione dei beni se si ha motivo di ritenere che siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego¹¹⁷.

Delineato brevemente l'istituto, si può ora svolgere qualche considerazione che va oltre la formulazione della disposizione. Un profilo certamente significativo nell'ottica di questo lavoro concerne la decodificazione del concetto di "agevolazione", che ancora divide gli interpreti. Tutti certamente convergono nel riferire che occorre dimostrare "il carattere oggettivo dell'apporto ausiliario degli imprenditori rispetto agli interessi mafiosi"¹¹⁸. Divergenze, invece, sorgono relativamente alla titolarità delle attività di agevolazione. L'impostazione prevalente sul punto, comunque richiede che una realtà imprenditoriale, per essere sottoponibile alla misura dell'amministrazione giudiziaria, debba essere necessariamente terza rispetto alla consorteria criminale, pena la diretta applicazione del sequestro di prevenzione¹¹⁹. Sempre secondo questa impostazione, allora, "l'oggetto su cui è

¹¹⁷ Si rammenta per completezza che il co. 7 dell'art. 34 cit. consente di procedere al sequestro dei beni laddove vi sia concreto pericolo che essi vengano dispersi, sottratti o alienati ovvero se può fondatamente ritenersi che costituiscano il frutto, o l'impiego, di attività illecite in pendenza del periodo di amministrazione giudiziaria. Si rammenta, altresì, che sia la giurisprudenza di legittimità che la Consulta in passato hanno qualificato l'istituto in discorso come misura di prevenzione funzionale alla successiva confisca dei beni e delle utilità economiche (cfr. Corte Cost., sent. n. 487/1985 e Cass. Pen., sez. VII, 16 febbraio 2006, n. 3446). Ne ricostruiscono interpretazione ed evoluzione G. SPANGHER, A. MARANDOLA, *Commentario breve al Codice Antimafia e alle altre procedure di prevenzione*, Cedam, 2019, 173 ss.

¹¹⁸ F. LICATA, *Le misure di prevenzione patrimoniali*, Catania, 20 febbraio 2015, in <http://www.dsps.unict.it>.

¹¹⁹ La tesi è sostenuta da S. PELLEGRINI, *L'impresa mafiosa, op. cit.*, 271. Sembra ritenere, invece, che coloro i quali risultano titolari delle attività di agevolazione non possono essere qualificati come terzi rispetto alla realizzazione degli interessi dell'associazione, M. PILIERO, *Prevenire il fenomeno mafioso con interventi graduali e collegati: i*

*destinata ad incidere la misura è rappresentato non da beni che si trovano nella diretta disponibilità del soggetto intraneo al sodalizio mafioso e beneficiario dell'agevolazione, bensì "beni-mezzo", che si inseriscano in peculiari rapporti con le finalità proprie dell'associazione mafiosa"*¹²⁰. Viene poi da chiedersi, nel silenzio dell'art. 34 *cit.*, quali siano i rapporti che intercorrono con il rilascio del provvedimento interdittivo antimafia, considerato che la disposizione in discorso rinvia, questo sì, espressamente, agli accertamenti e alle verifiche antimafia prefettizie di cui all'art. 92 D. Lgs. n. 159/2011. Tanto vieppiù considerando che la legittimazione alla proposizione dell'istanza di applicazione della misura, secondo l'impostazione maggioritaria¹²¹, sarebbe gemmata dall'art. 17 D. Lgs. n. 159/2011 e, per l'effetto, esclude ogni titolarità in capo all'autorità prefettizia. Sul punto, la dottrina prevalente ritiene che l'identica qualità di organi del Ministero dell'Interno che accomuna Questore e Prefetto fa sì che la richiesta del provvedimento di amministrazione giudiziaria possa essere avanzata dal primo *"anche in alternativa all'adozione di un'interdittiva antimafia, qualora non sussistessero i presupposti previsti per la relativa adozione"*¹²².

Così opinando, sembra allora che le due misure possano convivere, stante, specialmente, come si vedrà meglio nel prossimo capitolo, il fatto che la disciplina della documentazione antimafia è indistintamente idonea a colpire sia le forme di contiguità soggiacente che quelle espressive di contiguità compiacente. In questo senso, anzi, si consentirebbe alle prime di salvare la continuità aziendale nonostante il rilascio del provvedimento prefettizio interdittivo. Ed effettivamente, pur con un certo difetto di coordinamento, il co. 7 dell'art. 34 *bis* D. Lgs. n. 159/2011 prevede che anche il provvedimento che dispone l'amministrazione giudiziaria sospenda gli effetti di cui al successivo art. 94 (ovvero, quelli del provvedimento interdittivo antimafia). Unico problema che si pone sul punto, almeno ad avviso di chi scrive, riguarda l'effettiva operatività di quest'ultima disposizione, dal momento che le imprese destinatarie di informazione antimafia interdittiva

nuovi strumenti dell'amministrazione giudiziaria e del controllo giudiziario, in <https://www.ildirittoamministrativo.it>.

¹²⁰ V. SALAMONE, *Le misure di mitigazione*, *op. cit.*, 50.

¹²¹ L'iniziativa, pertanto, alla stregua di quanto accade per le misure di prevenzione, spetterebbe al Procuratore della repubblica presso il Tribunale del capoluogo del distretto ove dimora la persona, al Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo, al Questore o al Direttore della Direzione investigativa antimafia. Tanto profila anche G. SPANGHER, A. MARANDOLA, *Commentario breve al Codice Antimafia*, *op. cit.*, 176.

¹²² V. SALAMONE, *Le misure di mitigazione*, *op. cit.*, 47.

possono richiedere al tribunale competente per le misure di prevenzione la sola applicazione del controllo giudiziario di cui all'art. 34 *bis* co. 2 lett. b) D. Lgs. n. 159/2011, e ottenerla solo ove sussistano più condizioni concorrenti, come si vedrà meglio a breve. Tale conclusione porterebbe, allora, ulteriore sostegno alla tesi di chi ritiene che, sebbene l'art. 34 *cit.* miri a elidere forme di sostegno da parte di soggetti che forniscono ausilio alla consorte criminale, pur non essendone affiliati, permane un “*profilo di debolezza*”, “*legato alla possibilità di applicare l'istituto a carico delle vittime del fenomeno mafioso*”¹²³. Da un punto di vista ancor più sistematico, vi è chi coltiva un efficace parallelismo, speculare, con la disciplina di cui al D. Lgs. n. 231/2001, affermando che accanto alla “*finalità specialpreventiva di bonifica e pedagogica*” starebbe un “*effetto collaterale fortemente sanzionatorio*”, perché ogni limitazione nella gestione e amministrazione dell'impresa “*non potrebbe che costituire il massimo sacrificio per la società*”¹²⁴.

Esaurita così la disamina della figura dell'amministrazione giudiziaria di cui all'art. 34 *cit.*, possiamo passare all'analisi della contigua figura del controllo giudiziario di cui al successivo art. 34 *bis* D. Lgs. n. 159/2011¹²⁵. Come prima anticipato, l'istituto è stato introdotto nell'ordinamento soltanto nel 2017 ma già dall'*incipit* della sua formulazione ci si avvede della portata ancillare e sostituta rispetto al precedente art. 34 D. Lgs. n. 159/2011, al di là della medesimezza di *ratio*¹²⁶. La misura, altrettanto giurisdizionale e temporanea (non può essere disposta per un periodo non inferiore a un anno e superiore a tre anni), presuppone l'occasionalità dell'agevolazione mafiosa prevista per l'applicazione dell'amministrazione giudiziaria, unitamente all'accertamento di circostanze di fatto che attestino la sussistenza del pericolo concreto di condizionamento dell'attività di impresa, consentendo al Tribunale di

¹²³ C. SANTORIELLO, *Le misure di prevenzione patrimoniali diverse dalla confisca*, *op. cit.*, 519.

¹²⁴ Offre una prospettiva di studio trasversale e innovativa sull'istituto, R. RUSSO, *Le misure patrimoniali antimafia applicabili agli enti*, in *Arch. Pen.*, 2012, 3, 17.

¹²⁵ Studia l'istituto in termini di “contaminazione” rispetto al commissariamento giudiziale di cui all'art. 15 d.lgs. n. 231/2001, F. PIEMONTESE, *Le sanzioni interdittive tra codice antimafia e responsabilità degli enti da reato*, in *Federalismi.it*, 2 giugno 2021.

¹²⁶ La dottrina rileva, invero, come questo strumento fosse già previsto, seppur in forma non eguale, all'art. 34 co. 8 D. Lgs. n. 159/2011 che, nella sua precedente formulazione, consentiva al tribunale la facoltà di disporre il controllo giudiziario, seppur soltanto in sede di revoca dell'amministrazione giudiziaria. Il controllo consisteva “nell'obbligo dei destinatari della misura di comunicare, per un periodo non inferiore a tre anni, al questore e al nucleo di polizia tributaria, gli atti di disposizione, di acquisto o di pagamento, gli incarichi professionali, di amministrazione o di gestione fiduciaria e gli altri atti indicati dal tribunale, entro dieci giorni dal compimento degli stessi”. Riporta questa considerazione, si veda R. CANTONE, B. COCCAGNA, *Commissariamenti prefettizi e controllo giudiziario delle imprese interdette per mafia*, *cit.*, 160.

disporre, anche d'ufficio, il controllo giudiziario delle attività economiche e delle aziende¹²⁷. L'attività di controllo conosce due declinazioni tra loro alternative, qui riassunte per ordine di incisività ascendente. La prima consiste in semplici obblighi di comunicazione periodica di una serie di atti di disposizione patrimoniale, elencati solo in via esemplificativa dal legislatore (cfr. art. 34 *bis* co. 2 lett. a) D. Lgs. n. 159/2011). Con la seconda, invece, il Tribunale nomina un giudice delegato e un amministratore giudiziario, con compiti di vigilanza e controllo sull'operato dell'impresa interessata. Non solo, in questo caso, è in facoltà del tribunale disporre a carico di quest'ultima una serie di prescrizioni e divieti, elencati (ancora una volta, senza pretesa di esaustività), all'art. 34 *bis* co. 3 D. Lgs. n. 159/2011 che, se violati, consentono il "ritorno" all'applicazione del provvedimento di amministrazione giudiziaria¹²⁸. Nell'ottica della presente ricerca, è d'uopo elaborare qualche considerazione trasversale, che consenta di cogliere se e in che misura l'istituto intreccia o strumento amministrativo di contrasto alla criminalità organizzata mafiosa per eccellenza, cioè a dire il provvedimento interdittivo antimafia, oltre che, più in generale, le competenze prefettizie.

Relativamente a quest'ultimo profilo, la dottrina rileva un minimo comune denominatore tra il controllo giudiziario e la misura del sostegno e monitoraggio prefettizio *ex art. 32 d.l. n. 90/2014 cit.* Entrambe le figure, infatti, avrebbero "*natura di tutorship terapeutica di carattere pubblicistico che non incide sulla gestione aziendale ma dà vita a una forma di vigilanza molto incisiva e penetrante a carico delle imprese chiamate a farsi carico di una serie di obblighi informativi e di compliance imposti dall'autorità giudiziaria*"¹²⁹. A questa identità funzionale, tuttavia, corrisponde un difetto di coordinamento normativo che suscita

¹²⁷ Sull'attributo dell'occasionalità dell'agevolazione, vd. R. DELFINO, M. GERACI, S. RINALDO, E. SQUILLACI, *Art. 34 bis D. Lgs. n. 159/2011. Il controllo giudiziario delle aziende, Dossier Centro di ricerca sulle misure di prevenzione e sull'economia della criminalità*, febbraio 2018, in <http://www.cerpec.unirc.it>.

¹²⁸ In termini riporta gli obblighi il co. 3 dell'art. 34 *bis cit.*:

- a) non cambiare la sede, la denominazione e la ragione sociale, l'oggetto sociale e la composizione degli organi di amministrazione, direzione e vigilanza e di non compiere fusioni o altre trasformazioni, senza l'autorizzazione da parte del giudice delegato;
- b) adempiere ai doveri informativi di cui alla lettera a) del comma 2 nei confronti dell'amministratore giudiziario;
- c) informare preventivamente l'amministratore giudiziario circa eventuali forme di finanziamento della società da parte dei soci o di terzi;
- d) adottare ed efficacemente attuare misure organizzative, anche ai sensi degli articoli 6, 7 e 24-ter del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, e successive modificazioni;
- e) assumere qualsiasi altra iniziativa finalizzata a prevenire specificamente il rischio di tentativi di infiltrazione o condizionamento mafiosi.

¹²⁹ D. FONDAROLI, *La prevenzione patrimoniale: dall'applicazione in ambito penale tributario all'amministrazione giudiziaria dei beni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1 giugno 2017, 2, 600.

non poche incertezze operative. Se l'art. 92 co. 2 *bis* Cod. Antimafia richiede al prefetto di verificare, all'atto di adozione di un provvedimento interdittivo antimafia, l'applicabilità della straordinaria e temporanea gestione *ex art.* 32 d.l. n. 90/2014, a mancare è la descrizione del nesso intercorrente tra quest'ultima e la (successiva) applicazione del controllo giudiziario. Ora, secondo un'impostazione, il provvedimento di controllo giudiziario, sospendendo l'efficacia dell'interdittiva antimafia, secondo quanto previsto all'art. 34 *bis* co. 7 *cit.*, farebbe inevitabilmente venire meno il commissariamento prefettizio¹³⁰. Tanto, del resto, sarebbe confermato, per analogia *iuris*, dal disposto di cui all'art. 32 co. 5 d.l. n. 90/2014, che scanda l'inefficacia dei commissariamenti ove sia disposta la confisca, il sequestro ovvero, appunto, l'amministrazione giudiziaria dell'impresa. Secondo un'altra impostazione, invece, la finalità riabilitativa sottesa al complesso delle misure di mitigazione "*suggerisce di escludere un effetto caducatorio automatico del commissariamento prefettizio*" e preferire, piuttosto, la semplice sospensione del commissariamento prefettizio¹³¹.

Se è vero, allora, come è vero, che anche il commissariamento prefettizio può preservare la prosecuzione dell'attività di impresa, ci si chiede se le conclusioni appena riportate possano mutare laddove anche le esigenze pubblicistiche del completamento dell'opera ovvero della prosecuzione del servizio siano (già) esaudite dal commissariamento. In questo caso, evidentemente, ricade sul Tribunale disponente il controllo giudiziario postumo un onere motivazionale greve, per almeno per ordini di ragioni. In primo luogo, perché, per un principio di leale collaborazione tra pubbliche autorità, l'organo giurisdizionale dovrebbe tener conto dei risultati della gestione commissariale e della flessibilità operativa di cui, in più occasioni, ha dato prova il commissariamento prefettizio¹³². In secondo luogo, perché il commissariamento prefettizio *ex art.* 32 d.l. n. 90/2014 *cit.* è presidiato dall'obbligatorio accantonamento degli utili percepiti dall'impresa aggiudicataria della

¹³⁰ M. MAZZAMUTO, *Misure giurisdizionali di salvataggio delle imprese versus misure amministrative di completamento dell'appalto: brevi note sulle modifiche in itinere del Codice Antimafia*, 20 aprile 2016, in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>.

¹³¹ A sostenere questa impostazione è R. CANTONE, B. COCCAGNA, *Commissariamenti prefettizi e controllo giudiziario delle imprese interdette per mafia*, *cit.*, 166.

¹³² Sulla flessibilità operativa in concreto dei poteri prefettizi nell'ambito del relativo commissariamento, è l'Autorità Nazionale Anticorruzione a raccogliere la casistica più significativa. Senza pretesa di esaustività, ci si limita a riportare il minuto esempio, contenuto in R. CANTONE, B. COCCAGNA, *Commissariamenti prefettizi e controllo giudiziario delle imprese interdette per mafia*, *cit.*, 167, dell'impresa che, a una prima fase di parziale spossessamento dei poteri gestori ha visto seguire un'attività di tutoraggio in chiave di consolidamento e riorganizzazione, anche attraverso il ricorso a misure disciplinate dal D. Lgs. n. 231/2001.

procedura¹³³ che, evidentemente, verrebbe meno ove venisse disposto il controllo giudiziario, a meno che il Tribunale non disponga il controllo giudiziario nella forma di cui all'art. 34 *bis* co. 2 lett. b) cit., confermando gli amministratori prefettizi per la gestione del costituito fondo destinato¹³⁴.

Da quanto finora esposto già si nota chiaramente come l'istituto in commento sia legato a doppio filo, più di altri, al rilascio del provvedimento interdittivo antimafia e, altresì, che la riforma del 2017 abbia lasciato insoluti diversi aspetti che si sono posti all'attenzione degli operatori del diritto. Un punto di contatto esplicito, invero, si riscontra nel sesto comma dell'art. 34 *bis* cit., secondo cui “*Le imprese destinatarie di informazione antimafia interdittiva (...) che abbiano proposto l'impugnazione del relativo provvedimento del prefetto, possono richiedere al tribunale competente per le misure di prevenzione l'applicazione del controllo giudiziario di cui alla lett. b) 2 del presente articolo*”¹³⁵. L'accoglimento della richiesta è subordinato, invero non soltanto all'impugnazione del provvedimento prefettizio, che ne costituisce condizione di ammissibilità, ma, altresì, alla verifica dell'organo giurisdizionale sulla “*sussistenza dei presupposti*” per concedere la misura ex art. 34 *bis* co. 2 lett. b) cit. e, per l'effetto, sospendere l'efficacia del provvedimento prefettizio interdittiva¹³⁶. La disposizione è al centro di un crocevia di questioni interpretative che abbracciano sia aspetti sostanziali che processuali. Quanto ai primi, il principale interrogativo che si pone riguarda l'oggetto della cognizione del giudice della prevenzione e la valutazione al medesimo rimessa per l'applicazione o meno della misura. Sul punto, a parere dello scrivente, il tribunale è tenuto

¹³³ L'art. 32 co. 7 cit. dispone, precisamente, 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”. L'istituto è stato oggetto di più contrasti giurisprudenziali che, in punto di riparto di giurisdizione, hanno portato all'intervento di Cass. Civ., sez. un., ord. 11 maggio 2018, n. 11576.

¹³⁴ La soluzione, non priva di criticità, è proposta da R. CANTONE, B. COCCAGNA, *Commissariamenti prefettizi e controllo giudiziario delle imprese interdette per mafia*, cit., 169.

¹³⁵ Il comma prosegue prescrivendo che “Il tribunale, sentiti il procuratore distrettuale competente e gli altri soggetti interessati, nelle forme di cui all'articolo 127 del codice di procedura penale, accoglie la richiesta, ove ne ricorrano i presupposti”. Il rinvio al procedimento in camera di consiglio ha suscitato contrasti in giurisprudenza, relativamente alla ricorribilità del provvedimento per Cassazione, tanto da meritare la rimessione del quesito alle Sezioni Unite. In argomento, G. FRANCOLINI, *Questioni processuali in tema di applicazione del controllo giudiziario delle aziende ex art. 34 bis co. 6 D. Lgs. n. 159/2011*, in G. AMARELLI, S. STICCHI DAMIANI (a cura di) *Le interdittive antimafia*, op. cit., 255 ss.

¹³⁶ Conf. Cass. Pen., sez. V, sent. 2 luglio 2018, n. 34526.

ad accertare il ricorrere dell'occasionalità agevolatrice di cui al primo comma dell'art. 34 *bis cit.* ma certamente non può spingersi a sindacare i presupposti che hanno legittimato l'adozione del provvedimento interdittivo da parte della prefettura competente, pena la violazione del criterio di riparto della giurisdizione tra ordinaria e amministrativa di cui agli artt. 103 Cost. e 7 c.p.a. I limiti della cognizione del giudice della prevenzione, invero, non sono pacificamente condivisi in dottrina. Difatti, accanto a un'impostazione che richiede unicamente la verifica del requisito sostanziale dell'occasionalità dell'agevolazione¹³⁷, vi è dottrina penalistica che conclude in senso completamente diverso, prediligendo argomenti di tipo teleologico e sistematico. Secondo questa tesi, precisamente, la verifica del giudice della prevenzione consiste nel valutare “*se la misura del controllo giudiziario è suscettibile o meno di perseguire l'obiettivo di bonificare l'azienda nel caso di specie*”¹³⁸. Diversamente opinando, si oblitererebbe il fondamento razionale dell'intera misura del controllo giudiziario “volontario” o, più precisamente, a istanza di parte. Nella sua qualità di misura di prevenzione, infatti, all'organo giurisdizionale è richiesto di prevenire la commissione di reati, perciò guardando, in maniera prognostica e programmatica, alla capacità dell'impresa, grazie all'applicazione della misura in discorso, di scongiurare, per il futuro, nuovi tentativi di infiltrazione mafiosa, come (già) stigmatizzati dalla prefettura nell'adottare il provvedimento interdittivo antimafia¹³⁹.

¹³⁷ Si legge, perciò, che “*sul versante del presupposto sostanziale, in concreto, il requisito dell'occasionalità dell'agevolazione non è riferito al rapporto personale intercorrente tra i soggetti che svolgono l'attività imprenditoriale e le particolari categorie di soggetti indicati dalla norma; il requisito, infatti, è chiaramente riferito all'attività di impresa nel suo complesso*”. Così, N. PISANIELLO, *Gli effetti del controllo giudiziario sul giudizio amministrativo*, in G. AMARELLI, S. STICCHI DAMIANI (a cura di) *Le interdittive antimafia, op. cit.*, 276.

¹³⁸ C. VISCONTI, *Il controllo giudiziario “volontario”: una moderna “messa alla prova” aziendale per una tutela recuperatoria contro le infiltrazioni mafiose*, in G. AMARELLI, S. STICCHI DAMIANI (a cura di) *Le interdittive antimafia, op. cit.*, 239. Di poco successiva è la pronuncia di Cass., pen., sez. un., sent. 26 settembre 2019 (dep. 19 novembre 2019), n. 46898 che, pur intervenuta su altra questione interpretativa, aderisce a questa soluzione.

¹³⁹ Distingue tra modello “retrospettivo-stigmatizzante” e modello “prospettico-cooperativo”, C. VISCONTI, *Il controllo giudiziario volontario*, in G. AMARELLI, S. STICCHI DAMIANI (a cura di) *Le interdittive antimafia, op. cit.*, 240. In questo senso, secondo l'Autore, è possibile che anche laddove venga rilevata una forma di agevolazione stabile e non semplicemente occasionale, sia possibile per l'impresa accedere alla misura ove si mostri potenzialmente in grado di liberarsi dalla commistione con gli interessi dell'associazione mafiosa. In prospettiva sistematica, questa dottrina coltiva altresì un parallelismo - *rectius* - una familiarità dell'istituto con il D. Lgs. n. 231/2001 dal momento che, non a caso, tra gli obblighi che il giudice può imporre all'impresa nel concedere la misura del controllo giudiziario figura anche l'adozione di misure organizzative anche ai sensi del D. Lgs. n. 231/2001. In giurisprudenza, particolarmente significativa è la pronuncia di Cass. Pen., sez. II, 28 gennaio 2021 (dep. 5 marzo 2021), n. 9122, con nota di G. AMARELLI, *La Cassazione riduce i presupposti applicativi del controllo giudiziario volontario ed i poteri cognitivi del giudice ordinario*, in *sistemapenale.it*, 10 marzo 2021.

A differenza del versante sostanziale, quello processuale interessa la misura in commento in modo più articolato. Come prima anticipato, per l'accesso al controllo giudiziario, il co. 6 dell'art. 34 *bis cit.* richiede la (previa) impugnativa del provvedimento prefettizio antimafia rilasciato. Ecco che, in assenza di riferimenti all'esito dell'impugnazione innanzi al giudice amministrativo, verrebbe da concludere nel senso che quest'ultimo prescinda dall'epilogo del giudizio di prevenzione, e viceversa. Senonché, predicare l'assoluta autonomia tra i due procedimenti, se del tutto preferibile dal punto di vista della rispettiva cognizione degli organi giurisdizionali, come si vedrà a breve, mal si confà con la formulazione della disposizione.

Il fatto che il legislatore richieda come presupposto di ammissibilità dell'istanza di controllo giudiziario l'impugnazione del provvedimento interdittivo prefettizio, non può che denotare, già di per sé, una qualche forma di reciproca influenza procedimentale¹⁴⁰. Certamente, come afferma la giurisprudenza, il giudicato amministrativo di rigetto sul provvedimento interdittivo già formatosi al momento della proposizione dell'istanza di controllo giudiziario la rende inammissibile, proprio perché il legislatore ne immagina la contestuale litispendenza¹⁴¹. Parimenti, non sembra porsi in termini problematici una sentenza di accoglimento del giudice amministrativo, anche se non passata in giudicato, perché in questo caso si determinerebbe, inevitabilmente, la cessazione della misura del controllo giudiziario, ove già disposta, ovvero la sua inammissibilità. Laddove, invece, la sentenza di rigetto del giudice amministrativo intervenga dopo che il giudice della prevenzione abbia disposto il controllo giudiziario, le soluzioni prospettabili sono diverse e dipendono essenzialmente dalla latitudine di *ratio* che si vuole attribuire all'istituto del controllo giudiziario. Se gli si attribuisce l'unica finalità di consentire la prosecuzione dell'attività di impresa, per evitarne la decozione derivante dagli effetti dell'informativa interdittiva antimafia, il mancato annullamento di quest'ultima ne comporta la cessazione. Se, come pure prospetta la dottrina, lo scopo del controllo giudiziario è quello, più ampio, di sostenere l'operatore economico per sciogliersi dall'interferenza con la criminalità organizzata

¹⁴⁰ Del resto, la giurisprudenza amministrativa dispone l'improcedibilità del ricorso cautelare per la sospensione del provvedimento prefettizio interdittivo per sopravvenuta carenza di interesse laddove l'operatore abbia ottenuto la misura del controllo giudiziario, in virtù di quanto disposto dal co. 7 dell'art. 34 bis D. Lgs. n. 159/2011. Vd., tra più, Cons. Stato, sez. III, ord. n. 6162/2018.

¹⁴¹ Vd. Cass. Pen., sez. II, sent. n. 16105/2019 e T.A.R. Toscana, sez. II, ord. n. 585/2018.

e reinserirsi a pieno regime nell'economia, allora la misura dovrebbe proseguire fino al decorso del termine stabilito dal giudice della prevenzione¹⁴². Seguendo questa impostazione, ad avviso di chi scrive, si potrebbe pure fornire soluzione al problema del mancato allineamento tra termine massimo di durata del controllo giudiziario e termine del processo amministrativo. Può ben darsi il caso, infatti, che il giudizio amministrativo sull'interdittiva antimafia prefettizia perduri oltre il termine massimo previsto dalla legge per il controllo giudiziario (pari a tre anni, secondo quanto dispone l'art. 34 *bis* co. 2 *cit.*). Sul punto, un correttivo si può rinvenire in quell'orientamento della giurisprudenza amministrativa per cui la sospensione del provvedimento interdittivo antimafia automaticamente conseguente al provvedimento dispositivo del controllo giudiziario (*ex art. 34 bis* co. 7 *cit.*) comporterebbe anche la sospensione del giudizio amministrativo impugnatorio¹⁴³.

Per ciò che riguarda, invece, la decodificazione tecnico-giuridica della sospensione dell'informativa interdittiva antimafia, la giurisprudenza amministrativa assolutamente prevalente ne esclude il carattere retroattivo, facendo, pertanto, salvo l'insieme degli atti emanati dalla P.A. in conseguenza del suo rilascio. Ma vi è di più. Il congelamento degli effetti dell'interdittiva antimafia, oltre a valere soltanto *pro futuro*, lascia altresì intatto il giudizio sulla sussistenza dei tentativi di infiltrazione operato dal prefetto, consentendo soltanto all'impresa di esercitare la sua attività in un regime di "*operatività controllata*"¹⁴⁴. Questa conclusione contrasta, secondo chi scrive, con l'orientamento espresso dal Ministero dell'Interno nella circolare del 22 marzo 2018 (n. 11001/119/20) secondo cui dalla disposizione del controllo giudiziario deriva la doverosa iscrizione in *white list*¹⁴⁵ dell'impresa interessata da parte della Prefettura, dal momento che il rifiuto dell'iscrizione, quantomeno per le attività soggette a iscrizione obbligatoria, vanificherebbe la sospensione degli effetti del provvedimento interdittivo espressamente comminata dal legislatore all'art. 34 *bis* co. 7 *cit.*

Il quadro appena tracciato si arricchisce di ulteriori elementi dovuti all'introduzione del decreto legge 6 novembre 2021, n. 152, ricordato in *incipit*, recante "*Disposizioni urgenti per*

¹⁴² Così sostiene anche N. PISANIELLO, *Gli effetti del controllo giudiziario sul giudizio amministrativo, cit.*, 274.

¹⁴³ Così conclude, di recente, Cons. Stato, sez. III, ord. n. 5482/2019; conf. Id., ord. n. 4719/2018. Propende per lo strumento del rinvio del giudizio, giusta la mancanza di un rapporto di pregiudizialità logico-giuridica tra i due istituti, N. PISANIELLO, *Gli effetti del controllo giudiziario sul giudizio amministrativo, cit.*, 280.

¹⁴⁴ Il riferimento è alla nota sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 31 maggio 2018, n. 3268.

¹⁴⁵ Sull'istituto della *white list* ci si soffermerà debitamente nel corso del prossimo paragrafo.

l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per la prevenzione delle infiltrazioni mafiose", convertito, con modificazioni, in Legge 29 dicembre 2021, n. 233. Il cd. "decreto Recovery", nato dagli effetti micro e macro economici dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, dedica un apposito Titolo IV alle misure funzionali agli investimenti e al rafforzamento del sistema di prevenzione antimafia, introducendo una serie di significative novità nel sistema della documentazione antimafia. Per quel che interessa questo "luogo" dell'elaborato, il riferimento è duplice e, precisamente, agli artt. 47 e 49 d.l. in commento. Il Governo, infatti, per un verso, disegna una serie di nuove misure ispirate alla logica della cd. prevenzione collaborativa (art. 49 *cit.*). Per altro verso, quasi di necessità, si introducono delle modifiche al controllo giudiziario delle aziende di cui all'art. 34 *bis cit.* Per maggior efficacia descrittiva, è utile procedere per gradi e soffermarsi primariamente sulle figure di prevenzione collaborativa. Si tratta, precisamente, di provvedimenti amministrativi e non giurisdizionali, di paternità prefettizia, applicabili laddove venga accertato "che i tentativi di infiltrazione mafiosa sono riconducibili a situazioni di agevolazione occasionale". Al ricorrere di questa ipotesi, il nuovo art. 94-*bis* D. Lgs. n. 159/201, appunto intitolato "Prevenzione collaborativa", impone al prefetto di prescrivere all'operatore economico interessato l'osservanza di una o più delle seguenti misure, per un periodo di tempo non inferiore a sei mesi e non superiore a dodici mesi:

- a. *"adottare ed efficacemente attuare misure organizzative, anche ai sensi degli artt. 6, 7 e 24-ter, D. Lgs. n. 231/2001, atte a rimuovere e prevenire le cause di agevolazione occasionale;*
- b. *comunicare al gruppo interforze istituito presso la prefettura competente per il luogo di sede legale o di residenza, entro quindici giorni dal loro compimento, gli atti di disposizione, di acquisto o di pagamento effettuati, gli atti di pagamento ricevuti, gli incarichi professionali conferiti, di amministrazione o di gestione fiduciaria ricevuti, di valore non inferiore a 7.000 euro o di valore superiore stabilito dal prefetto, sentito il predetto gruppo interforze, in relazione al reddito della persona o del patrimonio e del volume di affari dell'impresa;*
- c. *per le società di capitali o di persone, comunicare al gruppo interforze eventuali forme di finanziamento da parte dei soci o di terzi;*
- d. *comunicare al gruppo interforze i contratti di associazione in partecipazione stipulati;*

e. *utilizzare un conto corrente dedicato, anche in via non esclusiva, per gli atti di pagamento e riscossione di cui alla lettera b), nonché per i finanziamenti di cui alla lettera c), osservando, per i pagamenti previsti dall'art. 3, comma 2, l. n. 136/2010, le modalità indicate nella stessa norma*¹⁴⁶.

Facoltativa rimane per il prefetto la possibilità di aggiungere a tali misure quella della nomina di non più di tre esperti individuati nell'albo degli amministratori giudiziari di cui all'art. 35, comma 2-*bis*, D. Lgs. n. 159/2011, *“con il compito di svolgere funzioni di supporto nell'attuazione delle misure di prevenzione collaborativa sopra richiamate e i cui relativi oneri sono posti a carico dei soggetti destinatari delle misure medesime”* (vd. art. 49 co. 2 *cit.*). Le misure di prevenzione collaborativa appena menzionate consentono, pertanto, all'operatore economico interessato di proseguire lo svolgimento della propria attività economica, anche avvalendosi del supporto degli esperti nominati dal prefetto, e, altresì, di intraprendere un percorso di “risanamento e bonifica” proprio grazie alle misure irrogate dal prefetto. A quest'ultimo spetta, evidentemente, il compito di scegliere, nell'esercizio della discrezionalità tecnica, quale tra quelle analiticamente contemplate dalla norma sia più confacente all'inveramento dei due interessi che le misure di prevenzione amministrativa collaborativa in discorso si propongono di perseguire. Quello, pubblicistico, alla tutela dell'ordine pubblico economico e alla concorrenza e quello, privatistico, legato all'esercizio della libertà di iniziativa economica. Tanto che il legislatore inserisce il meccanismo della prevenzione collaborativa nel solco del procedimento istruttorio che, prima della novella in commento, avrebbe avuto come epilogo naturale l'adozione di un provvedimento interdittivo antimafia. Le misure in esame, infatti, ne precedono sia dal punto di vista temporale che dal punto di vista funzionale il rilascio. Per espressa previsione normativa, alla scadenza del termine di applicazione delle misure di prevenzione collaborativa disposte, qualora il prefetto accerti, *“sulla base delle analisi formulate dal gruppo interforze, il venir meno dell'agevolazione occasionale e l'assenza di altri tentativi di infiltrazione mafiosa, rilascia un'informazione antimafia liberatoria ed effettua le conseguenti iscrizioni nella banca dati nazionale unica della documentazione antimafia”* (art. 49 co. 4 *cit.*).

¹⁴⁶ Dal punto di vista del diritto transitorio, l'art. 48 d.l. n. 152/2021 stabilisce la sua applicazione anche ai procedimenti amministrativi per i quali, alla data di entrata in vigore del decreto, sia stato effettuato l'accesso alla banca dati nazionale unica della documentazione antimafia ma non sia stata ancora rilasciata l'informazione antimafia.

Ancorché il fondamento razionale della disposizione in discorso sia assimilabile a quello del controllo giudiziario di cui all'art. 34-*bis cit.*, tanto da mimarne il presupposto fondativo della misura quale, precisamente, “*l’occasionalità dell’agevolazione*” rispetto al rischio di infiltrazione mafiosa, le due figure divergono dal punto di vista competenziale. Come prima descritto, infatti, il controllo giudiziario è misura giurisdizionale e non amministrativa. Un’ulteriore differenza risiede nel fatto che mentre la misura di prevenzione collaborativa di cui all’art. 94 *bis* Codice Antimafia prescinde sempre dall’adozione del provvedimento prefettizio antimafia, perché temporalmente precedente, il controllo giudiziario *ex art. 34 bis cit.* può essere richiesto anche dalle imprese già destinatarie di un’informativa interdittiva, come espressamente previsto dall’art. 34 *bis* co. 6 D. Lgs. n. 159/2011. Ebbene, con la novella in commento, il tribunale, per poter disporre la misura del controllo giudiziario nei confronti di un operatore economico già destinatario di informativa interdittiva, è tenuto a sentire anche il prefetto che l’ha adottata. D’altra parte, a seguito della riforma, il provvedimento con cui viene disposto il controllo giudiziario, come pure quello con cui viene disposta l’amministrazione giudiziaria *ex art. 34 cit.*, non solo sospende gli effetti di cui all’art. 94 *cit.* ma, altresì, il termine di conclusione del procedimento per la verifica antimafia prefettizia di cui all’art. 92 co. 2 D. Lgs. n. 159/2011 (cfr. art. 34 *bis* co. 7 *cit.*).

Proseguendo nell’illustrazione delle principali novità introdotte dal decreto *Recovery*, si nota come, quasi in maniera circolare, l’applicazione della misura del controllo giudiziario diviene elemento rilevante *pro futuro*, dal momento che, per i successivi cinque anni, il prefetto può tenerne conto a fini dell’applicazione delle misure *ex art. 94 bis cit.* La nuova formulazione dell’art. 34 *bis* co. 7 *cit.* è neutra relativamente all’*an* della rilevanza che l’applicazione del controllo giudiziario può assumere rispetto a quella, successiva, delle misure di prevenzione collaborativa. Ci si chiede, specificamente, se la medesima possa acquisire un valore in negativo, cioè pregiudicante, rispetto alla disposizione delle misure prefettizie di cui all’art. 94 *bis cit.*

Ancorché la novità della norma non consenta, allo stato, di giovare di studi empirici sul punto, ad avviso dello scrivente, laddove l’accertamento prefettizio denoti una nuova e successiva “contaminazione” della criminalità organizzata mafiosa, a difettare sarebbe proprio il requisito della “occasionalità”, parimenti richiesto, come si è visto, per l’adozione delle misure di prevenzione collaborativa. La recidiva agevolatrice rispetto all’infiltrazione mafiosa,

in altre parte, denoterebbe il “fallimento” dell’esperienza di risanamento operata con la pregressa misura del controllo giudiziario. Sì che, sebbene non formalmente precluso dalla normativa in commento, il riscontro di un nuovo tentativo di infiltrazione mafiosa, ancorché nella forma, astrattamente meno grave, “*dell’agevolazione occasionale*”, non lascerebbe alla prefettura altra soluzione se non l’adozione di un provvedimento interdittivo antimafia. Proprio in ragione della potenziale interferenza tra procedimento amministrativo e giurisdizionale, la novella del 2021 introduce a tal fine alcune prescrizioni, curandosi, in particolare, di coordinarne gli esiti¹⁴⁷. Secondo quanto dispone il primo comma dell’art. 34 *bis cit.*, laddove risultino applicate ed efficaci le misure previste dall’art. 94 *bis cit.*, il tribunale “*valuta se adottare in loro sostituzione il provvedimento di cui al comma 2, lettera b)*”, procedendo, così, alla nomina di un giudice delegato e di un amministratore giudiziario che eserciti la cd. vigilanza prescrittiva, riferendo, almeno bimestralmente, circa gli esiti dell’attività di controllo al giudice delegato e al pubblico ministero.

Resta ora da affrontare, in chiosa, a mezza via tra il versante sostanziale e quello processuale, il problema dell’autonomia di sindacato tra giudice amministrativo e giudice della prevenzione, problema che si è posto nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato relativamente a possibili “influenze” valutative sulla sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa nell’azienda¹⁴⁸. Il principio acquisito da cui partire, come riconosce la dottrina, è certamente quello dell’autonomia delle giurisdizioni, da cui deriva una diversa efficacia del giudicato¹⁴⁹. Relativamente al rapporto tra giudicato penale e giudicato amministrativo nella materia delle interdittive antimafia, poi, la giurisprudenza chiaramente ritiene che “*la valutazione del giudice della prevenzione penale si fonda su parametri non sovrapponibili alla ricognizione probabilistica del rischio di infiltrazione, che costituisce invece presupposto del provvedimento prefettizio*”¹⁵⁰. Ancorché la cognizione tra giudice penale e autorità prefettizia, prima, ovvero giudice amministrativo, poi, abbia a oggetto le medesime

¹⁴⁷ All’uopo, l’art. 94 bis co. 5 Codice Antimafia prevede che le misure ivi previste sono annotate in un’apposita sezione della banca dati di cui all’art. 96, a cui è precluso l’accesso ai soggetti privati sottoscrittori di accordi conclusi ai sensi dell’articolo 83-*bis*, e sono comunicate dal prefetto alla cancelleria del tribunale competente per l’applicazione delle misure di prevenzione.

¹⁴⁸ Consiglio di Stato, sez. III, 4 febbraio 2021, n. 1049.

¹⁴⁹ R. ROLLI, M. MAGGIOLINI, *Interdittiva antimafia e giudicato penale*, nota a Consiglio di Stato, sez. III, 4 febbraio 2021, n. 1049, in <https://www.giustiziainsieme.it>.

¹⁵⁰ Già prima dell’introduzione del D. Lgs. n. 159/2011, in termini Cass. Civ., sez. III, 10 agosto 2014, n. 15477.

circostanze di fatto, a mutare è la regola probatoria che consente di affermare la sussistenza, o meno, dei tentativi di infiltrazione nell'impresa interessata¹⁵¹. Regola che, come si vedrà approfonditamente nel corso dell'ultimo capitolo, soltanto per l'autorità amministrativa (e per il giudice amministrativo) si struttura secondo il criterio della probabilità cruciale, tale per cui il rilascio del provvedimento interdittivo antimafia si ha ogni qualvolta il prefetto ritenga la sussistenza del tentativo di infiltrazione mafiosa "più probabile che non"¹⁵². Di qui, ben può darsi il caso, come effettivamente si è dato, in cui, a parità di quadro circostanziale in fatto, il prefetto abbia ritenuto sussistenti i requisiti per il rilascio del provvedimento interdittivo mentre il tribunale, richiesto dell'applicazione del controllo giudiziario, ne abbia escluso la sussistenza, con ciò precludendo l'adozione nella misura¹⁵³. In ciò sta, evidentemente, uno dei possibili effetti "controproducenti" del principio dell'autonomia di sindacato tra distinte pubbliche autorità perché in questa ipotesi l'impresa, pur ritenuta non contaminata dal giudice della prevenzione, permane destinataria della congerie di effetti decadenziali e preclusivi legati all'adozione di un'informativa antimafia interdittiva.

3.1. IL CODICE ANTIMAFIA DI MATRICE CONVENZIONALE: L'ESEMPIO DELLA ITALCEMENTI S.P.A.

Se è vero, come è, che l'ordinamento impone l'adozione di misure in funzione di contrasto alla criminalità organizzata mafiosa e lascia, ora al "braccio armato" del diritto penale, ora al potere autoritativo unilaterale della P.A. il compito, rispettivamente, di punire e di prevenire l'infiltrazione della mafia nell'economia, non può escludersi che l'operatore

¹⁵¹ In argomento, tra più, F. FRANCIOSI, *L'accertamento del fatto illecito nel giudizio amministrativo e nel giudizio penale: problemi ed interferenze*, in *Pubblica amministrazione, diritto penale e criminalità organizzata* (Atti del convegno), Milano, 2008, 93 ss.

¹⁵² Si anticipa sul punto soltanto il contributo di F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Il giudice amministrativo e l'inferenza logica: "più probabile che non" e "oltre", "rilevante probabilità" e "oltre ogni ragionevole dubbio". Paradigmi argomentativi e rilevanza dell'interesse pubblico*, in *Il dir. dell'econ.*, 2018, 3, 1125-1164.

¹⁵³ La fattispecie è proprio quella conosciuta da Cons. Stato, sez. III, 4 febbraio 2021, n. 1049, *cit.* In questo è altrettanto fuori gioco il disposto di cui all'art. 654 c.p.p., dal momento che soltanto la sentenza di condanna ovvero di assoluzione, pronunciata in seguito a dibattimento, ha efficacia di giudicato nel giudizio civile o amministrativo, quando in questo si controverte intorno a un diritto o a un interesse legittimo il cui riconoscimento dipende dall'accertamento degli stessi fatti materiali che furono oggetto del giudizio penale, perché tale non può essere considerata la pronuncia resa dal tribunale di prevenzione sull'istanza di controllo giudiziario ex art. 34 bis D. Lgs. n. 159/2011.

economico scelga autonomamente e a prescindere da incidenti procedurali o processuali, di dotarsi e assoggettarsi al rispetto di determinati *standard* di legalità. Evidenza di ciò è fornita da una delle società *leader* in Italia nel settore dei materiali per le costruzioni, la Italcementi S.p.A.¹⁵⁴, che adotta un sistema articolato di *corporate governance*, all'interno del quale figura proprio un “*Codice Antimafia per la governance aziendale*”¹⁵⁵. Alla redazione del medesimo, non per caso, hanno contribuito autorevoli operatori del diritto come il Dott. Pier Luigi Vigna (già magistrato e Procuratore Nazionale Antimafia), Giovanni Fiandaca (professore ordinario di Diritto penale presso l'Università degli Studi di Palermo) e il Professore ordinario di Economia Politica, titolare della cattedra di Economia della Regolamentazione Finanziaria presso l'Università Commerciale “Luigi Bocconi” di Milano, Donato Masciandaro.

Italcementi ha avviato la predisposizione del documento nel dicembre del 2007, “*a supporto della complessa attività di rielaborazione e consolidamento delle regole di governo aziendale, ma anche per ribadire senza riserve una linea di rifiuto di qualsivoglia compiacenza con fenomeni di criminalità organizzata*”. Per questa ragione, il Codice Antimafia in commento, che potremmo definire a matrice convenzionale, si preoccupa di fornire una serie di precetti e indicazioni per la prevenzione dei rischi di infiltrazione della criminalità organizzata in aziende operanti in zone del Paese ad alto rischio di criminalità.

Il Codice in discorso è strutturato per sezioni successive, dedicate, seguendo l'ordine proposto, ai “*Doveri di informazione e strumenti di conoscenza del rischio criminale*”, ai criteri di selezione del personale, dei fornitori e dei clienti, alla disciplina sui pagamenti e alle “*Misure di sicurezza, obblighi di segnalazione, forme di collaborazione con polizia e magistratura*”. Come espressamente contenuto nelle premesse, il Codice Antimafia ha funzione complementare ad altri codici e modelli che già compongono la cd. *Corporate Governance* della società (come, tra più, i modelli ex D. Lgs. n. 231/2001), proprio perché ci

¹⁵⁴ La Italcementi nasce come “*Società Bergamasca per la fabbricazione del cemento e della calce idraulica*” nella seconda metà del XIX secolo a Scanzo (BG). L'invenzione del cemento idraulico, dalle proprietà straordinarie, ha grande fortuna, tanto da essere utilizzato per la realizzazione di grandi infrastrutture come il ponte sul fiume Adda di Rivolta e il Canale di Suez in Egitto. Negli anni '20 del Novecento, la società assume l'attuale denominazione di Italcementi S.p.A., divenendo presto leader del settore in Italia. È del 1956 il Grattacielo Pirelli a Milano, costruito su progetto di Giò Ponti con la consulenza strutturale di Pierluigi Nervi, ancora oggi fra i più alti edifici del mondo in cemento armato. La capacità innovativa della Italcementi S.p.A., con lo sviluppo del cemento biodinamico, le ha permesso di realizzare il Palazzo Italia del padiglione italiano di Expo Milano 2015, simbolicamente chiudendo un cerchio con quella vittoria della medaglia d'argento proprio all'Esposizione Universale di Parigi nel 1867.

¹⁵⁵ Il Codice Antimafia per le imprese è pubblicato in <https://www.italcementi.it/it/codice-antimafia>.

si è accorti che le peculiarità che contraddistinguono la criminalità organizzata richiedono l'apprestamento di misure specificamente ritagliate sulla conformazione del fenomeno.

L'opportunità di predisporre apposite misure dirette a prevenire rischio di infiltrazione criminale risiede in due diversi ordini di ragioni. Il primo, di matrice privatistica, consiste nella protezione e incremento dell'integrità aziendale. Il secondo, di vocazione pubblicistica, mira a fornire un "*contributo alla tutela dell'ordine pubblico economico ed alla difesa della legalità, favorendo la creazione di valore sociale per la comunità nel suo complesso*". Per fare questo, il Codice è ben cosciente della necessità che venga presupposta una ricognizione del rischio di infiltrazione della criminalità organizzata nell'ambito dell'attività d'impresa. A tal fine, è ritenuto doveroso svolgere "*un'analisi preventiva e continua del territorio o del contesto, rivolta ad individuare e valutare il pericolo che le organizzazioni criminali, localmente insediate, possano condizionare l'attività d'impresa, strumentalizzandola per il conseguimento di vantaggi illeciti*". L'originalità del Codice di Italcementi S.p.A. riposa nella esplicita elevazione degli studi sociologici a fonte privilegiata per svolgere l'analisi preventiva del territorio.

Altro profilo innovativo consiste, secondo chi scrive, nella consapevolezza circa l'importanza di garantire costante e tempestiva interlocuzione con soggetti, pubblici e privati, localmente competenti, come, appunto, prefetti, sindaci ma, altresì formazioni sociali, per creare un circuito virtuoso di reciproci scambi informativi.

L'importanza della territorialità rileva pure per la creazione di una rete, favorita dalla "*partecipazione a protocolli d'intesa (o patti similari) tra soggetti pubblici, imprese, associazioni di categoria ed organizzazioni sindacali, volti a prevenire le infiltrazioni criminali ed a promuovere sviluppo e legalità nell'ambito di aree territoriali, specificamente definite, dove l'impresa si trovi ad operare con altre imprese o gruppi*".

Tutti i dati comunque acquisiti in relazione alla presenza e all'attività della criminalità organizzata mafiosa divengono, così, piattaforma conoscitiva utile, si legge espressamente, sia per la fase di selezione di dipendenti, collaboratori, professionisti e fornitori, sia per la (continua) formazione del personale.

Sì che, alla stregua di quanto accade nelle gare pubbliche, ogni soggetto che, a vario titolo, opera nell'impresa e per l'impresa è oggetto di *screening* preventivo, teso ad accertare, tra gli altri requisiti, l'affidabilità rispetto al rischio di infiltrazione criminale. Inoltre, con

specifico riferimento alla selezione dei fornitori, le procedure di loro individuazione, suscettibili di confluire all'interno di apposite "liste di fiducia di fornitori qualificati" (*cd. vendor list*), debbono essere improntate a principi di trasparenza, pari opportunità ed economicità, sebbene quest'ultimo, come si legge espressamente, non possa mai prevalere sugli altri criteri. Il Codice Antimafia di Italcementi S.p.A. proietta la sua efficacia all'esterno dell'organizzazione imprenditoriale anche per la selezione dei clienti, cui si applicano, in quanto compatibili, le stesse previsioni che valgono per i fornitori. Precisamente, viene prescritta, accanto alla raccolta di informazioni sia preliminarmente che in costanza di rapporto negoziale, l'immediata sospensione delle forniture qualora emergano "*concreti elementi di rischio di infiltrazione criminale*", oppure al "*verificarsi, in assenza di giustificazioni economiche o imprenditoriali, di mutamenti repentini o reiterati nella compagine sociale o negli organi sociali, di mutamenti significativi del settore di attività e di mutamenti repentini riguardo alle dimensioni dell'attività, al patrimonio, alle richieste di forniture*".

Si nota, dunque, come il meccanismo funzionale sotteso al Codice Antimafia Italcementi mimi in più luoghi il Codice Antimafia di cui al D. Lgs. n. 159/2011, specialmente per quel che pertiene proprio il sistema della documentazione antimafia e le sue annesse verifiche. Di qui, sorge un primo spunto esegetico, che sarà ripreso anche più tardi, quando affronteremo l'ambito di applicazione soggettivo degli artt. 84 ss. D. Lgs. n. 159/2011. Esso concerne l'opportunità di estendere ai *cd. "grandi privati"* le misure di prevenzione amministrativa della criminalità organizzata mafiosa previste per le Pubbliche Amministrazioni, quesito rispetto al quale l'esempio di Italcementi S.p.A. offre evidenza di assoluta fattibilità e bontà. Non solo. Giova all'assunto registrare che la società in commento ha una *corporate governance* pluriarticolata, rispetto alla quale il Codice Antimafia costituisce soltanto uno, seppur il più innovativo, dei tasselli che la compongono. Accanto a quest'ultimo, difatti, figurano la *policy antitrust*, il programma anticorruzione, il procedimento di segnalazione di comportamenti illeciti, il codice di comportamento aziendale e, in ottemperanza al D. Lgs. n. 231/2001 *cit.*, il modello organizzativo di gestione e controllo.

Una siffatta *compliance* aziendale assicura che la società si conformi non soltanto alle norme vigenti ma, come si è visto, ne introduca di ulteriori, "a base volontaristica". Al di là della finalità di riduzione del rischio di incorrere in sanzioni amministrative o penali, danni

reputazionali e inefficienze organizzative (cd. “*rischio di non compliance*”), l’articolato apparato di codici, modelli e procedure predisposto da Italcementi S.p.A. è in grado di raggiungere anche ulteriori obiettivi, come la promozione della legalità e un’efficace prevenzione dell’infiltrazione mafiosa anche al di fuori del circuito P.A. – privato. Anche le attività economiche svolte dai “grandi privati” forniscono preziose occasioni di guadagno alla criminalità organizzata mafiosa, sovente pure meno rischiose rispetto alle commesse pubbliche, avvinte in procedure di controllo sulla sussistenza di requisiti di affidabilità in capo agli operatori economici, tra le quali spicca, per efficacia, proprio il sistema preposto alle verifiche prefettizie antimafia, come si vedrà nel Capitolo II.

Sì che, a parere di chi scrive, l’auspicio è quello di estendere il modello di Italcementi S.p.A., confidando, nelle more di interventi normativi precipui, all’instaurazione di un circolo virtuoso di conoscenza e conoscibilità del medesimo tra operatori economici, che fuoriesca da definiti ambiti territoriali, in funzione di prevenzione e contrasto della criminalità organizzata mafiosa. Un primo passo in tale direzione, a ben vedere, potrebbe essere compiuto proprio da Italcementi S.p.A., giusta la sua qualità di componente del gruppo tedesco HeidelbergCement, nel promuovere anche in Germania un codice antimafia, considerando che, come notoriamente affermato, già nel 2012, dal presidente della polizia federale tedesca Jörg Zierck, la ‘ndrangheta è la maggior organizzazione criminale presente sul suolo tedesco e la metà dei gruppi criminali che operano sin dagli anni '80 in Germania sono riconducibili alla 'ndrangheta.

4. IL CONTRASTO INDIRETTO ALLA CRIMINALITÀ ORGANIZZATA MAFIOSA NEGLI STRUMENTI INFORMATIVO-REPUTAZIONALI: DAI “*RATING*” ALLE WHITE LIST.

È altresì da notare che, oltre alla documentazione antimafia, che si affronterà approfonditamente nel capitolo II, e alle misure mitigatrici dei relativi effetti, a corredo della legislazione volta a contrastare le infiltrazioni mafiose nella disciplina dei contratti pubblici esistono strumenti volti ad affiancare all’azione inibitorio-repressivo una di tipo squisitamente preventiva (questa certamente), che va dal livello informativo-reputazionale a quello propriamente negoziale. Quanto al secondo, si fa riferimento al c.d. sistema pattizio delle

misure antimafia, che raccoglie le figure dei protocolli di legalità, oggetto di disamina nel paragrafo seguente. Il sistema informativo-reputazionale, invece, si compone delle figure del *rating* di legalità, del *rating* aziendale e delle cd. *white list*.

Come noto, il *rating* di legalità e il *rating* di impresa sono stati introdotti, rispettivamente, dal d.l. n. 1/2012 c.d. “decreto liberalizzazioni”¹⁵⁶, e dall’art. 83 co. 10 D. Lgs. 50/2016.

Entrambi gli istituti si risolvono in una stima delle condotte degli operatori economici che operano, o mirano a operare, nel settore delle commesse pubbliche ma vi è chi ne registra l’ontologica diversità.

Precisamente, secondo questa impostazione, il *rating* di legalità è funzionale a evidenziare il valore etico dell’impresa, mentre il *rating* di impresa tara la reputazione in base al monitoraggio delle prestazioni pregresse, erogate nell’ambito della contrattualistica pubblica¹⁵⁷. Da tale sommaria descrizione sembra evincersi che il meccanismo dei *rating* sia squisitamente funzionale a premiare l’impresa. Invero, la sua costruzione garantisce altresì il perseguimento di finalità pubblicistiche, come l’aumento dell’efficienza del mercato e, per quel che qui maggiormente interessa, una diversa allocazione dei costi della prevenzione della cattiva amministrazione. È noto, infatti, che l’articolato apparato di misure preventive volute dall’ordinamento per contrastare la corruzione nella Pubblica Amministrazione, specie con l’avvento della l. n. 190/2012, ha comportato un greve incremento di oneri in capo a quest’ultima. Per questo, il ricorso ai meccanismi di *rating* ne consentirebbe un diverso riparto, spostandone il carico, almeno in parte, sulle imprese¹⁵⁸. Criticamente altra dottrina rileva che il ricorso al metodo delle liste soddisfa soltanto parzialmente le esigenze di semplificazione amministrativa e di virtuosismo dell’attività imprenditoriale. Quasi come un’eterogenesi dei fini, si è progressivamente assistito a un proliferare di liste di merito che, pur avendo obbiettivi diversi, nel loro insieme hanno comportato una stratificazione

¹⁵⁶ Decreto-legge, 24 gennaio 2012, n. 1 “*Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*”, conv. con mod. dalla L. 24 marzo 2012, n. 27.

¹⁵⁷ R. BERLOCO, *Gli istituti di premialità nelle gare d’appalto: uno sguardo al rating d’impresa e al rating di legalità*, in *lavoripubblici.it.*, 3 luglio 2018.

¹⁵⁸ In argomento, M. FRONTONI, *Contratto e antimafia: il percorso dai Patti di integrità al rating di legalità*, Giappichelli, 2015, 136 ss. Parla di misure che concorrono a “fare sistema” I.A. NICOTRA, *L’Autorità nazionale Anticorruzione e la soft regulation nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici*, in I.A. NICOTRA (a cura di), *L’Autorità Nazionale Anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*, Giappichelli, 2016, 34.

burocratica in tema di qualificazione e controllo delle imprese che operano con la Pubblica Amministrazione, oltre a un'implementazione degli oneri amministrativi gravanti sulle imprese che avrebbero generato una fuga e sfiducia da parte degli stessi operatori economici privati¹⁵⁹.

Tornando alla disamina delle due forme di *rating* istituite dal legislatore statale, si deve aggiungere che, come colto in dottrina, entrambe le sopra citate tipologie hanno un “*duplice carattere: discriminante, in quanto differenziano i vari operatori economici durante la fase di aggiudicazione della gara, e premiale, poiché concedono taluni premi alle imprese virtuose che per tutta la durata dell'esecuzione rispettano i requisiti presentano ai fini dell'ottenimento del rating*”¹⁶⁰. Il valore premiale dei meccanismi di *rating* trova riscontro nel meccanismo operativo, dal momento che l'ordinamento predispone una serie di vantaggi volti a spingere le imprese a sottoporsi volontariamente alla valutazione. A questa identità di fondamento razionale corrispondono, come anticipato, alcune differenziazioni. Il *rating* di impresa, infatti, si pone come indicatore del valore etico dell'impresa che ne valorizza la reputazione, ed è di competenza dell'Autorità Nazionale Anticorruzione¹⁶¹. D'altra parte, il *rating* di legalità limita la valutazione del comportamento degli operatori economici relativamente al campo dei contratti pubblici, ed è di competenza dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Occorre adesso soffermarsi partitamente su entrambi.

¹⁵⁹ G. MARCHIANÒ, *White list, elenchi di merito e rating di legalità: semplificazione amministrativa?*, in *Munus. Rivista giuridica dei servizi pubblici*, Editoriale Scientifica, 2013, 2. L'Autrice fa riferimento, precisamente, all'esperienza degli elenchi di merito inaugurata dalla l.r. Emilia Romagna 26 novembre 2010, n. 11, che prevede l'istituzione di un elenco di merito degli operatori economici che svolgono attività nel settore edile. L'ambiziosa attività di controllo che Regione Emilia Romagna si propone di svolgere è tale perché coinvolgente non soltanto l'edilizia pubblica ma, altresì, quella privata, proprio per garantire che tutte le imprese facenti parte della filiera siano affidabili sotto il profilo economico e antimafia nonché dimostrino di aver operato in maniera soddisfacente nei confronti della Pubblica Amministrazione. Sul punto, si richiama la Deliberazione del Ministero dell'Interno – Comitato di coordinamento per l'alta sorveglianza sulle grandi opere, del 15 ottobre 2012. L'Autrice rileva criticamente che la bontà dell'istituzione di questi strumenti di prevenzione genera una certa frizione dal punto di vita pratica, dal momento che il loro concorso applicativo suscita un'accentuazione di oneri in capo agli operatori economici privati e alle PP.AA. piuttosto che realizzare semplificazione ed effettiva tutela della legalità.

¹⁶⁰ M. CARDONE, *Il rating di impresa: disciplina, criticità e prospettive di un istituto mai applicato*, in *Federalismi.it*, 30 dicembre 2020, 6.

¹⁶¹ L'art. 83 co. 10 D. Lgs. n. 50/2016 sancisce che “E' istituito presso l'ANAC, che ne cura la gestione, il sistema del rating di impresa e delle relative premialità, per il quale l'Autorità rilascia apposita certificazione agli operatori economici, su richiesta. Il suddetto sistema è connesso a requisiti reputazionali valutati sulla base di indici qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili, nonché sulla base di accertamenti definitivi che esprimono l'affidabilità dell'impresa”.

Il *rating* di legalità è stato adottato attraverso un procedimento che, sul modello, allora davvero innovativo per l'ordinamento italiano, del *débat public*, ha acquisito preventivamente osservazioni da parte dei diversi portatori di interesse coinvolti¹⁶². Sì che, con l'art. 5-ter d.l. n. 1/2012, , così come modificato dall'art. 1, comma 1-quinquies, del decreto-legge 24 marzo 2012, n. 29, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 maggio 2012, n. 62, il legislatore ha delegato al potere regolamentare dell'Autorità Antitrust il compito di “*procedere, in raccordo con i Ministeri della giustizia e dell'interno, alla elaborazione ed all'attribuzione, su istanza di parte, di un rating di legalità per le imprese operanti nel territorio nazionale che raggiungano un fatturato minimo di due milioni di euro, riferito alla singola impresa o al gruppo di appartenenza*”. L'impronta conferita alla conformazione del *rating* di legalità da parte del d.l. n. 1/2012 s.m.i. *cit.* vuole che del “*rating attribuito si tenga conto in sede di concessione di finanziamenti da parte delle pubbliche amministrazioni, nonché in sede di accesso al credito bancario secondo le modalità stabilite con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze e del Ministro dello sviluppo economico*”¹⁶³. Con Delibera del 12 novembre 2012, n. 13779, come da ultimo modificata con delibera n. 28361 del 28 luglio 2020, l'AGCM ha così provveduto a emanare il relativo regolamento attuativo. Brevemente, possiamo dire che il *rating* di legalità è un indicatore sintetico del rispetto di elevati standard di legalità da parte delle imprese che ne abbiano fatto richiesta. Possono richiedere l'attribuzione del *rating* qualunque impresa, a prescindere dalla forma giuridica e dall'attività svolta, che soddisfi cumulativamente alcuni requisiti, come la presenza di una sede operativa (e non soltanto, perciò, legale) in Italia, un fatturato minimo di due milioni di euro nell'esercizio chiuso nell'anno precedente a quello della domanda, l'iscrizione nel registro delle imprese da almeno due anni alla data della domanda, oltre al rispetto di una serie di requisiti sostanziali richiesti

¹⁶² Come noto, la consultazione pubblica è uno strumento utilizzato per consentire la partecipazione attiva al processo decisionale e sollecitare un confronto aperto e costruttivo con tutti i soggetti interessati ad approfondire le proposte legislative ed amministrative. Lo strumento, recepito nell'ordinamento italiano con D.P.C.M. 10 maggio 2018, n. 76 “Regolamento recante modalità di svolgimento, tipologie e soglie dimensionali delle opere sottoposte a dibattito pubblico”, è mutuato dall'esperienza francese, che lo applica sin dal 1995 (legge Barnier), e risponde alla finalità di orientare la positivizzazione normativa all'esigenze del contesto ambientale, sociale ed economico in cui è destinato a produrre effetti.

¹⁶³ Il riferimento è al Decreto interministeriale MEF-MISE 20 febbraio 2014, n. 57 “Regolamento concernente l'individuazione delle modalità in base alle quali si tiene conto del *rating* di legalità attribuito alle imprese ai fini della concessione di finanziamenti da parte delle pubbliche amministrazioni e di accesso al credito bancario, ai sensi dell'articolo 5-ter, comma 1, del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27”.

dal regolamento appena citato, come si vedrà tra poco. Il riconoscimento del *rating* si ha con l'attribuzione di un punteggio compreso tra un minimo di una e un massimo di tre "stellette". Il punteggio base è ottenuto qualora l'impresa rispetti tutti i requisiti di cui all'art. 2 del regolamento attuativo *cit.*, con incrementi unitari per ogni requisito aggiuntivo posseduto, secondo quanto previsto al successivo art. 3. Il *rating* di legalità è attribuito gratuitamente, ha durata di due anni dal suo rilascio ed è rinnovabile a richiesta. Al fine dell'attribuzione del *rating*, l'Autorità può richiedere informazioni a tutte le pubbliche amministrazioni, come precisato, invero, nello stesso art. 5-*ter* d.l. n. 1/2012 *cit.* Per quel che ai nostri fini rileva, occorre ricordare che l'impresa richiedente deve dichiarare, similmente a quanto accade nella contrattualistica pubblica, l'insussistenza di una serie di condizioni, altrimenti ostative al rilascio del *rating*. Tra queste figurano, inevitabilmente, la mancata adozione di "*misure di prevenzione personale e/o patrimoniale e misure cautelari personali e/o patrimoniali e non è stata pronunciata sentenza di condanna, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale*" per numerosi reati, alcuni dei quali ritroveremo nel novero dei cd. reati-spia ovvero fattispecie strumentali all'attività dell'associazione mafiosa nel corso dei prossimi capitoli, come, ad esempio, i delitti di estorsione (art. 629 c.p.) e usura (art. 644 c.p.). In dette ipotesi, il *rating* può essere comunque rilasciato ove "*l'impresa dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione dalla condotta posta in essere rispetto ai reati ostativi al rilascio del rating, tenuta dai soggetti di cui al comma 2, lettere a) e b), cessati dalle cariche nell'anno precedente la richiesta del rating*".

Più anticipatoria è la condizione per cui il *rating* non può essere rilasciato laddove siano state adottate misure cautelari, misure di prevenzione ovvero sia anche solo "*iniziata l'azione penale ai sensi dell'articolo 405 c.p.p. per delitti aggravati ai sensi dell'articolo 416 bis.1 c.p.*". Sul punto, è necessario evidenziare che il regolamento in commento non contempla il delitto di associazione mafiosa *ex art. 416 bis c.p.*, riferendosi esclusivamente alla "*aggravante dell'agevolazione*" che si attaglia a ogni delitto punibile con pena diversa dall'ergastolo commesso "*avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo*" ¹⁶⁴. Ora, a

¹⁶⁴ Più precisamente, la norma contempla due distinte circostanze aggravanti a effetto speciale: quella del "metodo mafioso" (avvalersi delle condizioni di cui all'art. 416-bis) e quella della "agevolazione mafiosa" (aver agito al fine

prescindere dalla latitudine applicativa che si voglia – o meglio, si possa – attribuire alla disposizione in discorso, sembra doversi ritenere che l'aggravante non si può applicare alla fattispecie base del reato associativo punito dall'art. 416 bis c.p., pena la violazione del *ne bis in idem*, dal momento che l'agente verrebbe punito per uno stesso fatto “due volte”, perché la stessa condotta rileverebbe sia ai fini del reato-base che ai fini dell'elemento circostanziale. In disparte da queste argomentazioni, necessarie per il sistema assiologico penalistico costituzionale, è la stessa formulazione letterale dell'art. 416 bis 1 c.p. a suggerire l'inapplicabilità dell'aggravante all'associato, nel ripetere elementi della condotta già ricompresi nella formulazione dell'art. 416 bis c.p. È bensì vero che il delitto di cui all'art. 416 bis c.p. rileva, indirettamente, nella dichiarazione sull'insussistenza di sentenze di condanna, di applicazione della pena su richiesta ex art. 444 c.p.p. ovvero di misure cautelari per gli illeciti amministrativi dipendenti dai reati di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, giusto l'inserimento della fattispecie nel novero dei cd. delitti presupposto, all'art. 24 ter D. Lgs. in discorso ma, come detto nel paragrafo dedicato, a parità di titolo di imputazione, un conto è la responsabilità dell'ente per il reato associativo, altro è quella della persona fisica.

Proseguendo della disamina del regolamento in discorso, l'art. 2, al co. 3 espressamente esclude il rilascio del *rating* di legalità per le imprese destinatarie di comunicazioni o informazioni antimafia interdittive, salvo che ne sia sospesa la relativa efficacia, in via di autotutela o di intervenuta misura cautelare giurisdizionale, come pure per l'ipotesi in cui sia stato disposto “*il commissariamento di cui all'art. 32, comma 1, ovvero di cui all'art. 32, comma 10, del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, limitatamente al periodo di efficacia del relativo provvedimento*”. In deroga a quanto previsto dal co. 2 dell'art. 2 cit., tuttavia, il *rating* può essere ugualmente attribuito laddove l'impresa sottoposta a misura di prevenzione

di agevolare l'attività delle associazioni previste dall'art. 416-bis). Tali elementi circostanziali, già previsti nel (più) noto art. 7 d.l. n. 152/199, sono stati inseriti nel codice penale all'art. 416 bis 1 c.p. in virtù del principio ispiratore della cd. riserva di codice di cui al D. Lgs. 1 marzo 2018, n. 21 “Disposizioni di attuazione del principio di delega della riserva di codice nella materia penale a norma dell'articolo 1, comma 85, lettera q), della legge 23 giugno 2017, n. 103”. Per un contributo in argomento, sintetico della prevalente impostazione giurisprudenziale, vd. L. NINNI, *Aggravante del metodo mafioso: la Suprema Corte propone una sintesi degli elementi probatori rilevanti per l'integrazione della circostanza di cui all'art. 7 d.l. 152/1991. Nota a Cass., Sez. VI, sent. 1 marzo 2017 (dep. 23 marzo 2017), n. 14249, Pres. Ippolito, Rel. Bassi, Imp. Barbieri, in Dir. Pen. Cont., Riv. trim., 2017, 9, 165-168 e relativa bibliografia ivi contenuta.*

patrimoniale del sequestro o della confisca ai sensi del D. Lgs. n. 159/2011, a sequestro o a confisca “*allargata*” ex art. 240 *bis* c.p. (già art. 12 *sexies* d.l. 8 giugno 1992, n. 306, conv., con mod., in l. 7 agosto 1992, n. 356), sia stata affidata ad un custode, a un amministratore giudiziario o finanziario per finalità di continuazione o ripresa dell’attività produttiva, consentendo, pertanto, di attribuire ulteriore e positiva rilevanza alle misure di prevenzione “*mite*”.

Il regolamento in commento prosegue con la declinazione dell’attività valutativa dei requisiti per l’attribuzione del *rating*. Precisamente, il suo art. 3, per quel che rileva ai fini di questa ricerca, definisce incrementi unitari del punteggio base in caso di sottoscrizione dei protocolli legalità finalizzati a prevenire e contrastare le infiltrazioni della criminalità organizzata nell’economia legale, sottoscritti dal Ministero dell’Interno o dalle Prefetture-UTG con associazioni imprenditoriali e di categoria (su cui ci dedicheremo approfonditamente nel corso del prossimo paragrafo). Non solo, a ulteriore sostegno dell’organicità e interconnessione dei meccanismi informativo-reputazionali in funzione di prevenzione e contrasto alla criminalità organizzata mafiosa, è altresì previsto punteggio aggiuntivo per le imprese iscritte in uno degli elenchi di fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativi di infiltrazione mafiosa istituiti ai sensi delle vigenti disposizioni di legge (sull’istituto delle *white list*, invece, ci soffermeremo in coda al presente paragrafo). Da ultimo, l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato procede a incrementare il punteggio base laddove l’impresa “*dimostri di aver denunciato all’autorità giudiziaria o alle forze di polizia taluno dei reati previsti dal presente Regolamento, commessi a danno dell’imprenditore o dei propri familiari e collaboratori*” e vi sia effettivo esercizio dell’azione penale per i fatti di reato denunciati, portando a sistema quel “*dovere di denunciare*” che costituisce ingrediente essenziale per un’efficace azione di contrasto alla criminalità organizzata mafiosa, come si specifica più approfonditamente nel paragrafo dedicato all’impresa mafiosa e, appunto, alle figure a questa contigue.

Riassunti così i termini essenziali di questo primo meccanismo informativo-reputazionale, possiamo procedere oltre e soffermare l’attenzione sulla forma, per certi versi contigua, del rating di impresa. Essa, infatti, germoglia dal terreno fertile del *rating* di legalità, ma ha ambizioni che appaiono, almeno ad avviso di chi scrive, ben maggiori. Tanto perché il primo mira a cogliere, in prospettiva dinamica, l’affidabilità dell’operatore economico, al di là

della sussistenza dei requisiti “statici” richiesti dalla legge per la partecipazione alle procedure a evidenza pubblica¹⁶⁵. Nel tentativo di risolvere il problema diffuso dell’inefficienza del *public procurement*, il meccanismo di incentivo sotteso alla valutazione delle performance pregresse sta nell’offrire all’impresa una serie di premialità, così sinteticamente riassumibili: *“punteggi premianti nella valutazione dell’offerta; incremento premiante ai fini dell’attestazione SOA; sconto sulle garanzie richieste in gara; utilizzo del punteggio del rating ai fini del calcolo dell’offerta economicamente più vantaggiosa”*¹⁶⁶.

Se tant’è circa le conseguenze favorevoli che derivano, “a valle”, dall’attribuzione del *rating*, sui requisiti reputazionali che concorrono alla relativa attribuzione è la formulazione dell’art. 83 co. 10 *cit.* a provvedere analiticamente, prevedendo che i medesimi tengono contro *“in particolare, dei precedenti comportamenti dell’impresa, con riferimento al mancato utilizzo del soccorso istruttorio, all’applicazione delle disposizioni sulla denuncia obbligatoria di richieste estorsive e corruttive, nonché al rispetto dei tempi e dei costi nell’esecuzione dei contratti e dell’incidenza e degli esiti del contenzioso sia in sede di partecipazione alle procedure di gara sia in fase di esecuzione del contratto. Per il calcolo del rating di impresa si tiene conto del comportamento degli operatori economici tenuto nelle procedure di affidamento avviate dopo l’entrata in vigore della presente disposizione”*. L’elevato contenuto tecnico-specialistico dell’istituto ha reso tuttavia necessario demandare all’Autorità Nazionale Anticorruzione il completamento della disciplina per il tramite di specifiche linee guida, a oggi non ancora emanate giuste le modifiche intervenute, da ultimo, con il d.l. 26 ottobre 2019, n. 124, conv. con mod. in l. 19 dicembre 2019, n. 157¹⁶⁷. Sul punto, invero, la dottrina

¹⁶⁵ La rappresentazione in termini del rating di impresa, nella sua qualità di elemento di evoluzione normativa per il sistema dei contratti pubblici è svolta dal Consiglio di Stato, parere n. 855 del 1 aprile 2016. In dottrina, vd. L. GALLI, M. RAMAJOLI, *Il ruolo della reputazione nel mercato dei contratti pubblici: il rating di impresa*, in *Riv. Reg. merc.*, 2017, 1, 84 ss.; già, N. DONI, *L’affidamento mediante gara di contratti pubblici: l’importanza della reputazione*, in *Pol. Econ.*, 2005, 2, 310. Al di là del possesso dei requisiti di qualificazione, la riuscita dell’affidamento si misura in termini di perfetta esecuzione, sia a livello qualitativo che di tempistiche ottemperate dall’aggiudicatario. Sul punto, vd., altresì, A.N.A.C., Atto di segnalazione recante la “Proposta di modifica degli artt. 83 co. 10, 84 co. 4 e 95 co. 13 D. Lgs. n. 50/2016”, in *anticorruzione.it*, 2017, 2.

¹⁶⁶ M. CARDONE, *Il rating di impresa, cit.*, 9. C’è da dire che l’evoluzione della normativa è piuttosto travagliata. Con il primo correttivo al Codice dei Contratti Pubblici, di cui al D. Lgs. n. 56/2017, il rating di impresa è divenuto facoltativo, e non più obbligatorio, come nella primigenia versione del Codice. Coerentemente, la disciplina è stata modificata eliminando l’attribuzione di penalità in caso di mancato possesso del rating medesimo. Questo assetto è stato favorevolmente licenziato dal Consiglio di Stato in sede consultiva (parere n. 782 del 30 marzo 2017). Ripercorre puntualmente l’evoluzione normativa dell’istituto, M. CARDONE, *Il rating di impresa, cit.*, 7.

¹⁶⁷ In termini riporta l’art. 83 co. 10 *cit.*: “L’ANAC definisce i requisiti reputazionali e i criteri di valutazione degli stessi e i criteri relativi alla valutazione dell’impatto generato di cui all’articolo 1, comma 382, lettera b), della legge

ha registrato una sorte di impasse istituzionale, tra A.N.A.C. e Governo, che vede la complessa operatività dell'istituto lambire il noto divieto di *gold plating*, su cui ci si soffermerà compiutamente nel corso del prossimo paragrafo¹⁶⁸.

Resta sul punto da riportare, per completare le coordinate della figura appena esaminata, qualche cenno sulla qualificazione giuridica delle linee guida emanate dell'Autorità Nazionale Anticorruzione. Come noto, la funzione principale di questa Autorità è rappresentata dalla prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione italiana, anche mediante l'attività di vigilanza nell'ambito dei contratti pubblici, degli incarichi, nonché in ogni altro settore pubblicistico che possa potenzialmente sviluppare fenomeni corruttivi. Con l'entrata in vigore del D. Lgs. 50/2016, le funzioni e il ruolo dell'ANAC sono diventati ancora più rilevanti, come dimostra, appunto, la competenza a emanare linee guida, strumenti di regolazione flessibili (cd. *fast law*) che, a seconda delle esigenze espresse dal legislatore, possono essere vincolanti, non vincolanti ovvero destinate a essere recepite da regolamenti ministeriali ex art. 17 l. 400/1988. Se queste ultime non pongono problemi di inquadramento nella gerarchia delle fonti, diversamente occorre opinare per le altre due tipologie, avuto riguardo, specialmente, al regime di impugnazione giurisdizionale. Le linee guida non vincolanti, infatti, sono considerati atti di *soft law*, assimilabili, come categoria di diritto interno, alle circolari o ai provvedimenti interpretativi. In quanto tali, da un lato, costituiscono atti amministrativi dai quali è possibile discostarsi, previa adeguata motivazione, dall'altro, risultando privi di contenuto lesivo diretto nei confronti dei potenziali destinatari, sono suscettibili di impugnazione avanti al giudice amministrativo solo unitamente all'atto specifico incidente sulla posizione giuridica del destinatario. La tipologia dalla natura giuridica più controversa, tuttavia, è rappresentata dalle linee guida vincolanti che sembrano aver proprio capacità innovativa dell'ordinamento giuridico, come dimostrato, peraltro, dal loro ruolo di sostituzione del d.P.R. 207/2010. Ebbene, nonostante vi siano indici nel senso della natura sostanzialmente normativa delle linee guida vincolanti, i pareri del Consiglio di Stato

28 dicembre 2015, n. 208, anche qualora l'offerente sia un soggetto diverso dalle società benefit, nonché le modalità di rilascio della relativa certificazione, mediante linee guida adottate entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente disposizione". Seguendo il modello del dibattito pubblico, A.N.A.C. ha proceduto a emanare, fino a oggi, due documenti di consultazione: il primo, del 10 giugno 2016, recante "Linee Guida attuative del nuovo Codice degli Appalti. Criteri reputazionali per la qualificazione delle imprese", e il secondo, dell'11 maggio 2018 intitolato "Linee Guida per l'istituzione del rating di impresa e delle relative premialità".

¹⁶⁸ Vd. quanto contenuto in M. CARDONE, *Il rating di impresa*, cit., 12.

resi in sede consultiva sul punto ne hanno affermato la natura di atti amministrativi generali, almeno per un paio di considerazioni¹⁶⁹. In primo luogo, guardando alla riformulazione dell'art. 213 D. Lgs. 50/2016, che, in origine, qualificava espressamente le linee guida in termini di atti di indirizzo. In secondo luogo, proponendo un parallelismo funzionale rispetto agli atti di regolazione delle altre Autorità amministrative indipendenti, nonostante la disciplina degli appalti sia tecnico-giuridica e non tecnico-specialistica e, parimenti, sia trasversale e non a presidio di un interesse sensibile, come è, ad esempio, la concorrenza rispetto all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. L'incerta qualificazione giuridica delle Linee Guida A.N.A.C., con tutti i connessi risvolti in punto di rispetto del principio di legalità dell'azione amministrativa e di tutela giurisdizionale ha concorso, probabilmente, al superamento di questa peculiare tipologia di fonti in favore di un ritorno al Regolamento Unico, alla stregua di quanto accadeva nel previgente Codice degli Appalti (D. Lgs. n. 163/2006 e relativo d.P.R. di attuazione n. 207/2010), per mezzo del d.l. 18 aprile 2019, n. 32, recante “Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici”, conv. con mod. in legge 14 giugno 2019, n. 55.

Esaurito, così, il “quadro dei *rating*”, si può passare all'analisi degli elenchi di fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativi di infiltrazione mafiosa. La cd. *white list* – o forse le cd. *white list* –, istituita dall'art. 1 co. 52 l. n. 190/2012, modificata dall'art. 29 d.l. 24 giugno 2014, n. 90 “*Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari*” e disciplinata dal d.P.C.M. 18 aprile 2013 sulle “*Modalità per l'istituzione e l'aggiornamento degli elenchi dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa, di cui all'articolo 1, comma 52, della legge 6 novembre 2012, n. 190*”, altro non è che, appunto, l'insieme degli esecutori di commesse pubbliche (censiti) non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa, istituito presso ogni Prefettura¹⁷⁰. L'iscrizione nell'elenco “*tiene luogo della comunicazione e*

¹⁶⁹ Cons. St., Ad. della Commissione speciale del 21 marzo 2016, 1 aprile 2016, n. 855, *cit.*

¹⁷⁰ V. SALAMONE, *La documentazione antimafia nella normativa e nella giurisprudenza*, Il Grifone, 2019, 24, rammenta Consiglio di Stato, sez. III, 9 febbraio 2017, n. 565 che, nel ricordare l'istituzione delle *white list* da parte della L. n. 190/2012 cita come recente esempio quanto previsto per il terremoto che ha colpito le province di Bologna, Modena, Ferrara, Mantova, Reggio Emilia e Rovigo nel 2012 dall'art. 5 bis co. 4 D.L. n. 74/2012, inserito in sede di conversione dalla L. n. 122 del 1 agosto 2012, ove è stato disposto che i controlli antimafia, relativi alle imprese iscritte in tali elenchi, si estendono “sugli interventi di ricostruzione affidati da soggetti privati e finanziati

dell'informazione antimafia liberatoria anche ai fini della stipula, approvazione o autorizzazione di contratti o subcontratti relativi ad attività diverse da quelle per le quali essa è stata disposta". Le attività imprenditoriali iscrivibili nell'elenco prefettizio sono quelle espressamente individuate nell'art. 1 co. 53 l. n. 190/2012 e ricomprendono, allo stato, anche in seguito alle modifiche disposte dall'art. 4-*bis*, co. 2 legge 5 giugno 2020, n. 40 su "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23, recante misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali":

- a) estrazione, fornitura e trasporto di terra e materiali inerti;
- b) confezionamento, fornitura e trasporto di calcestruzzo e di bitume;
- c) noli a freddo di macchinari;
- d) fornitura di ferro lavorato;
- e) noli a caldo;
- f) autotrasporto per conto di terzi;
- g) guardiania dei cantieri;
- h) servizi funerari e cimiteriali;
- i) ristorazione, gestione delle mense e catering;
- j) servizi ambientali, comprese le attività di raccolta, di trasporto nazionale e transfrontaliero, anche per conto di terzi, di trattamento e di smaltimento dei rifiuti, nonché le attività di risanamento e di bonifica e gli altri servizi connessi alla gestione dei rifiuti¹⁷¹.

con le erogazioni e le concessioni di provvidenza pubbliche". Sì che, prosegue la pronuncia, "la distinzione tra economia pubblica e privata, in taluni settori come l'edilizia, lo smaltimento dei rifiuti, il trasporto dei materiali in discarica, i noli a freddo, gli autotrasporti per conto terzi, la fornitura di ferro lavorato, il trasporto terra, ecc. è del tutto inidonea e inefficace a descrivere, e a circoscrivere, la vastità e pervasività del pericolo mafioso in esame".
¹⁷¹ Occorre ricordare che l'elencazione delle attività contemplata all'art. 1 co. 53 della L. n. 190/2012 è suscettibile di modifica, in aumento ovvero in diminuzione, nei limiti descritti dal co. 54 del medesimo co. 1 cit. e, precisamente, "L'indicazione delle attività di cui al comma 53 può essere aggiornata, entro il 31 dicembre di ogni anno, con apposito decreto del Ministro dell'interno, adottato di concerto con i Ministri della giustizia, delle infrastrutture e dei trasporti e dell'economia e delle finanze, previo parere delle Commissioni parlamentari competenti, da rendere entro trenta giorni dalla data di trasmissione del relativo schema alle Camere. Qualora le Commissioni non si pronuncino entro il termine, il decreto può essere comunque adottato".

Per queste tipologie di attività imprenditoriali, proprio perché ritenute sensibili e maggiormente esposte a tentativi di infiltrazione mafiosa, l'art. 1 co. 52 cit. sancisce un meccanismo che potremmo definire di “triplice obbligatorietà”.

La prima deriva dalla circostanza per cui in queste ipotesi la comunicazione e l'informazione antimafia liberatoria viene acquisita indipendentemente dalle soglie di valore stabilite dal D. Lgs. n. 159/2011.

La seconda risiede nel canale di acquisizione della documentazione antimafia, dal momento che i soggetti di cui all'art. 83, co. 1 e 2 Cod. Antimafia sono obbligati ad acquisirla proprio e unicamente attraverso la consultazione della stessa *white list*. Per completezza, si ricorda che l'iscrizione è disposta dalla prefettura della provincia in cui il soggetto richiedente ha la propria sede, sì che ogni prefettura ha un proprio elenco.

La terza deriva, seppur indirettamente, dal fatto che, ancorché l'adesione al meccanismo delle *white list* da parte degli operatori economici privati sia volontaria, la mancata iscrizione produce, di fatto, una serie di preclusioni. Tra queste si annovera, prima di tutto, l'impossibilità di aggiudicarsi ed eseguire affidamenti delle attività di cui all'art. 1 co. 53 l. n. 190/2012 cit., nonché di attribuzione di punteggi aggiuntivi per il *rating* di impresa rilasciato dalla AGCM. Per ciò che concerne il funzionamento delle *white list*, si è detto poc'anzi che lo stesso trova disciplina in una fonte regolamentare, il d.P.C.M. 18 aprile 2013, sebbene non manchino antinomie con l'art. 1 co. 52 l. n. 190/2012 cit. Precisamente, mentre in quest'ultima è previsto che “*la Prefettura effettua verifiche periodiche circa la perdurante insussistenza dei tentativi di infiltrazione mafiosa e, in caso di esito negativo, dispone la cancellazione dell'impresa dall'elenco*”, l'art. 2 co. 3 del d.P.C.M. in discorso pare disporre in senso diverso o, meglio, integrativo. Pur facendo salvi gli effetti delle verifiche periodiche, in questa disposizione è previsto che l'iscrizione nell'elenco conservi efficacia per un periodo di dodici mesi dalla data in cui viene disposta. La questione che, ad avviso di chi scrive, si pone, riguarda i rapporti tra fonti normative di rango diverso, dal momento che la fonte regolamentare, in quanto subordinata, può derogare a una fonte primaria solo se delegata o comunque da quest'ultima espressamente autorizzata a tal fine. Ebbene, nel testo del citato art. 1, al comma 56, la legge demanda alla fonte secondaria la sola definizione delle modalità per l'istituzione, l'aggiornamento e la successiva attività di verifica sulla *white list*. Pare pertanto esulare dal perimetro “delegato” la previsione di termini di efficacia dell'iscrizione nella *white list*, in

disparte dal fatto che una durata annuale della medesima rende quasi superflua la previsione, questa sì contenuta nella legge, di verifiche periodiche a opera della prefettura, nonché di verifiche “a campione” delle condizioni richieste per la permanenza nell’elenco (cfr. art. 5 co. 3 d.P.C.M. 18 aprile 2013). Ci si avvede, dunque, che i presupposti per il diniego di iscrizione alla white list coincidono con quelli che comportano l’adozione di un provvedimento autoritativo unilaterale interdittivo antimafia puro, sebbene il primo scaturisca da un procedimento a iniziativa di parte e il secondo da un procedimento avviato d’ufficio.

Uno dei principali interrogativi che si è posto nella dimensione applicativa pratica dell’istituto riguarda proprio i rapporti che intercorrono tra diniego di iscrizione alla white list e informativa interdittiva antimafia, se di consequenzialità necessaria o meno, nonché l’ipotesi in cui il soggetto richieda l’iscrizione in più white list¹⁷². Il problema sorge perché non necessariamente i provvedimenti vengono a essere rilasciati dalla stessa Prefettura¹⁷³. Sul punto, l’ordinamento non prevede forme o criteri di unificazione dei procedimenti i quali, tuttavia, pur restando formalmente distinti, possono essere resi comunicanti dalle stesse Prefetture coinvolte. Ancorché le verifiche necessarie circa la sussistenza di situazioni ostative ai sensi della normativa antimafia vengano condotte dalla Prefettura ove ha sede l’impresa interessata all’iscrizione alla *white list*, può accadere che la *white list* per cui l’impresa fa richiesta di iscrizione sia istituita presso una diversa Prefettura. In questo caso, resta competente per le verifiche la Prefettura ove ha sede l’impresa interessata all’iscrizione secondo quanto disposto dall’art. 3 co. 2 d.P.C.M. 18 ottobre 2011 ma, ai sensi del successivo art. 4 co. 3 e 4, occorre un efficace e tempestivo collegamento tra entrambe le Autorità Amministrative.

¹⁷² Nella Gazzetta Ufficiale n. 99 del 29 aprile 2013 è stato pubblicato un comunicato del Ministero dell’Interno con cui sono definiti i rapporti tra informativa prefettizia interdittiva e domanda di iscrizione alla white list (vd. art. 5 bis D.L. n. 74/2012, come modificato dal D.L. n. 174/2012). In giur., vd. Cons. Stato, sez. VI, 26 settembre 2018, n. 5547 ove si legge che “il diniego di iscrizione nella white list, basato sull’informazione interdittiva antimafia a carico della società, assume carattere del tutto vincolato, sicché, ai sensi dell’art. 21 octies l. n. 241/1990, al giudice è attribuito il potere di non procedere all’annullamento del provvedimento negativo, seppur adottato in violazione di norme sul procedimento”. Nella giur. di merito, cfr. TAR Piemonte, Torino, sez. I, 28 aprile 2016, n. 574 per cui “il diniego di iscrizione alla white list, basato sull’informazione interdittiva antimafia a carico dell’impresa, assume carattere del tutto vincolato, sicché, ai sensi dell’art. 21 octies l. n. 241/90, al giudice è attribuito il potere di non procedere all’annullamento del provvedimento di diniego, seppur adottato in violazione di norme sul procedimento”.

¹⁷³ La questione è ben evidenziata in V. SALAMONE, *La documentazione antimafia nella normativa e nella giurisprudenza*, cit., 25 ss.

Invero, non finiscono qui le questioni interpretative e applicative sollevate dall'istituto in commento.

In primo luogo, occorre evidenziare che l'obbligo di iscrizione alla *white list* di cui alla L. n. 190/2012 riguarda soltanto alcune attività e, altrettanto, di alcune di queste soltanto una parte, ancorché la verifica compiuta giovi anche ai fini della stipula, approvazione o autorizzazione di contratti relativi “*ad attività diverse da quelle per le quali essa è stata disposta*” (cfr. art. 1 co. 52 *bis* l. n. 190/2012), come accade, ad esempio, per l'edilizia, dal momento che l'attività di costruzione in senso stretto è esclusa dall'elenco di cui al co. 53.

In secondo luogo, si rileva che alcune tipologie di attività censite all'interno dell'elencazione di cui all'art. 1 co. 53 cit. rischiano di soffrire difficoltà operative, sia dal punto di vista di applicazione della disciplina *ratione temporis*, sia dal punto di vista dell'oggetto stesso di attività.

Si fa riferimento, a titolo esemplificativo, al settore della ristorazione, gestione delle mense e catering di cui alla lett. *i-ter*) del co. 53 cit. Con particolare riferimento alla ristorazione, il principale interrogativo che si pone riguarda il censimento delle attività ivi ricomprese. La questione, come si comprenderà con maggior completezza a seguito della disamina sulla disciplina della documentazione antimafia (su cui, *infra, sub* Capitolo II), si pone perché, da un confronto dei relativi elenchi nei portali di diverse Prefetture del territorio italiano, poche imprese di ristorazione risultano iscritte rispetto all'effettivo numero presente sul territorio. Tanto, altresì, considerando che l'elenco è unico per ristorazione, gestione delle mense e catering. Ora, è ben vero che l'obbligo di iscrizione in *white list* per questa categoria risale “soltanto” al 2020¹⁷⁴, tanto che la maggiorparte delle richieste di iscrizione risultano essere state avanzate nel corso del 2021. L'esiguo numero di imprese richiedenti, tuttavia, impone di interrogarsi sull'ambito applicativo della disposizione, anche, ma non soltanto, dal punto di vista intertemporale. Ci si chiede, in prima battuta, se la richiesta di iscrizione sia stata avanzata soltanto da imprese nate successivamente all'entrata in vigore dell'obbligo in discorso. A ben vedere, secondo chi scrive, il sopravvenuto inserimento di attività oggetto di obbligatoria iscrizione in *white list* vincola anche imprese nate precedentemente, esplicando, di fatto, un'efficacia ultrattiva. Questa conclusione, in disparte da considerazioni sulla

¹⁷⁴ L. 5 giugno 2020, n. 40 Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23.

coessenziale inefficacia di esegesi diverse, ancorate alla stretta interpretazione dell'art. 11 Disp. prel. al codice civile, si deduce dallo stesso art. 1 co. 52 cit., nella parte in cui prescrive alla Prefettura il compimento di “*verifiche periodiche circa la perdurante insussistenza dei tentativi di infiltrazione mafiosa*”. Procedendo oltre, secondo questa linea argomentativa, ci si chiede se le attività di ristorazione, gestione delle mense e catering soggette a obbligo di iscrizione in *white list* siano soltanto quelle potenzialmente affidatarie di servizi pubblici o meno. Sul punto, la formulazione del co. 52 dell'art. 1 cit. nulla dispone in senso preclusivo. La disposizione in discorso, infatti, si limita ad alcuni elementi, quali “*le attività imprenditoriali di cui al comma 53*”, l'obbligo di acquisire la comunicazione e l'informazione antimafia liberatoria “*indipendentemente dalle soglie stabilite dal codice di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159*” da parte dei “*soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159*” e il riferimento, appunto, “*a un elenco di fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori*”. Sì che, ad avviso di chi scrive, da una lettura complessiva della disposizione non sembra che l'obbligo di iscrizione in *white list* sia limitato a imprese affidatarie di commesse pubbliche, potendo lo stesso estendersi anche a quelle che operano nel settore privato, sfruttando il combinato disposto di cui agli artt. 89 e 89 *bis* D. Lgs. n. 159/2011. Attraverso questo, per quanto meglio si dirà nel corso nel Capitolo II, anche le attività soggette a S.C.I.A. sono suscettibili di verifica antimafia e, per l'effetto, nelle attività imprenditoriali maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa, tramite l'interpretazione appena proposta si giungerebbe a ricomprendere nell'obbligo di iscrizione in *white list* anche imprese che “entrano in contatto” con la Pubblica Amministrazione in via mediata e diversa rispetto al più tradizionale affidamento di commesse pubbliche.

Gli esempi si possono spingere oltre la fattispecie del deposito di S.C.I.A. per attività edilizia e/o commerciale, ovvero del controllo in sede successiva per l'aggiornamento dell'iscrizione in *white list* se si pone mente all'ipotesi dei ristoranti convenzionati per l'utilizzo dei buoni pasto dei dipendenti della Pubblica Amministrazione. Il meccanismo che lo presidia, infatti, almeno per quanto registrato dallo scrivente, si struttura secondo un primo contratto di appalto del servizio sostitutivo di mensa tramite buoni pasto tra Pubblica Amministrazione e la società di emissione di buoni pasto aggiudicataria della procedura. Normalmente, peraltro, le Pubbliche Amministrazioni aderiscono attraverso un ordine diretto di acquisto sulla piattaforma del Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione

(MePA) a convenzioni Consip S.p.A. che, in qualità di soggetto aggregatore, indice la procedura a evidenza pubblica per l'individuazione dell'operatore economico aggiudicatario della fornitura dei buoni pasto.

È quest'ultimo, poi, a sua volta, a stipulare accordi con i titolari degli esercizi commerciali che somministrano cibi e bevande, regolati ed etero-integrati da un decreto ministeriale che, tuttavia, non risulta prevedere alcuna verifica antimafia prefettizia¹⁷⁵.

D'altra parte, passando ad altro settore per cui opera obbligatoriamente l'iscrizione nelle *white list* prefettizie, quello dei "servizi ambientali, l'ampia e pressoché omnicomprensiva di cui alla lett. j) *cit.* consente di abbracciare anche incerte fattispecie come il c.d. deposito temporaneo, che opera in deroga al principio in base al quale tutte le attività di gestione, compreso il deposito di rifiuti, devono essere autorizzate, secondo le previsioni di cui al d.lgs. Decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 (cd. Testo Unico Ambiente)¹⁷⁶.

5. IL SISTEMA PATTIZIO DELLE MISURE ANTIMAFIA: I PROTOCOLLI DI LEGALITÀ.

Ancora, occorre ricordare i protocolli di legalità, forma di prevenzione convenzionale, consistenti in accordi stipulati tra soggetto aggiudicatore e imprese, per mezzo dei quali il primo si obbliga a inserire nel bando di gara, quale condizione di partecipazione, l'accettazione da parte degli operatori economici di clausole dirette a prevenire il rischio di infiltrazioni mafiose¹⁷⁷. La redazione dei protocolli di legalità, invero, ha avuto origine negli

¹⁷⁵ Il riferimento è al Decreto del Ministero dello Sviluppo Economico 7 giugno 2017, n. 122, recante "Regolamento recante disposizioni in materia di servizi sostitutivi di mensa".

¹⁷⁶ Specificamente, l'art. 183 co. 1 lett. n) TUA definisce "gestione dei rifiuti": la raccolta, il trasporto, il recupero, compresa la cernita, e lo smaltimento dei rifiuti, compresi la supervisione di tali operazioni e gli interventi successivi alla chiusura dei siti di smaltimento, nonché le operazioni effettuate in qualità di commerciante o intermediari. Ancora, l'art. 208 co. 17 TUA, esclude dall'autorizzazione unica per i nuovi impianti di smaltimento e di recupero dei rifiuti "Fatti salvi l'obbligo di tenuta dei registri di carico e scarico da parte dei soggetti di cui all'articolo 190 ed il divieto di miscelazione di cui all'articolo 187", il "deposito temporaneo effettuato nel rispetto delle condizioni stabilite dall'art. 183 co. 1 lett. m) d.lgs. n. 152/2006". Sì che, secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente, "Esula dall'attività di gestione dei rifiuti, costituendo un'operazione preliminare o preparatoria alla gestione, il "deposito temporaneo" inteso quale raggruppamento dei rifiuti effettuato prima della raccolta, nel luogo in cui sono prodotti, e nel rispetto delle condizioni fissate dall'art. 183, lett.m) del Dlgs 152/2006 e s.m.i.". In termini, Cass. pen. Sez. III, sent. 4 luglio 2008, n. 27073; conf. Id., 31 agosto 2018, n. 39336; Id., 6 novembre 2018, n. 50009.

¹⁷⁷ Su questa figura, vd. M. FRONTONI, *Contratto e antimafia. Il percorso dai "Patti di legalità" al rating di legalità*, Giappichelli, 2015, 9 ss. Per un confronto tra normativa attuale e pregressa, cfr. F. SAIITA, *Informativa antimafia e protocolli di legalità, tra vecchio e nuovo*, in *Riv. trim. app.*, 2/2014, 425 ss. In argomento, vd. già M. NAPOLI, *Imprese vittime della criminalità organizzata ed esclusione dalle pubbliche gare*, in *Urb. e app.*, 12/2009, 1413 ss.

anni '90, assumendo la dizione di “patti di integrità”, come strumento voluto da *Transparency International Italia*¹⁷⁸ per consentire di contrastare il fenomeno della corruzione negli appalti pubblici nonché compensare meccanismi normativi incompleti e forme di controllo rivelatesi inefficaci¹⁷⁹. A quel tempo, i medesimi contenevano un nutrito elenco di prescrizioni, oggetto di puntuale rispetto ai fini della partecipazione alle pubbliche gare da parte degli operatori economici interessati, mirati a contrastare, specialmente, episodi di corruzione, espressione del più generale principio di corresponsabilizzazione¹⁸⁰.

Nell'ordinamento giuridico italiano i protocolli di legalità erano già operativi, tuttavia, prima della loro esplicita positivizzazione. Le stazioni appaltanti, infatti, erano solite inserire nei bandi di gara delle cd. grandi opere, ove la rilevanza economica degli affidamenti avrebbe senz'altro potuto esporre la procedura a forti rischi di infiltrazione mafiosa l'accettazione preventiva da parte degli operatori economici di determinate clausole con finalità di prevenzione, controllo e contrasto dei tentativi di infiltrazioni della criminalità organizzata quale condizione per la partecipazione¹⁸¹. Tale prassi ha trovato conforto nella giurisprudenza

che illustra i principali problemi applicativi, probatori e sistematici, anche rispetto al diritto comunitario e al dettato costituzionale.

¹⁷⁸ Come noto, Transparency International Italia è un'associazione di promozione sociale, sezione autonoma italiana di Transparency International (TI), che ha per scopo la prevenzione e il contrasto della corruzione. Precisamente, l'art. 2 del par. I dello Statuto, nella versione aggiornata all'entrata in vigore del Decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117 recante “Codice del Terzo settore, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106”, individua tutta una serie di attività di interesse generale dell'Associazione che raccolgono, a titolo esemplificativo, l'analisi e lo studio dei fenomeni di corruzione, le loro cause ed effetti, la promozione della formazione culturale degli studenti, del personale scolastico e parascolastico onde rendere ciascuno consapevole, nella propria professione, dei valori fondamentali del vivere civile in una società che rifiuta la corruzione in ogni sua forma.

¹⁷⁹ Oggi, in verità, appare maggiormente nitida la distinzione tra protocolli di legalità e patti di integrità, dal momento che questi ultimi si sostanziano in accordi tra le stazioni appaltanti e gli operatori economici in base ai quali le parti sottoscrittrici si impegnano a tenere un comportamento lecito e corretto per munire di maggior valore e credibilità alla contrattazione pubblica contrastando fenomeni di corruzione. Sul punto, si veda G.M. RACCA, *La prevenzione e il contrasto della corruzione nei contratti pubblici (art. 1, commi 14-25, 32 e 52-58)*, in B.G. MATTARELLA (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, G. Giappichelli Editore, 2013. Altro autore parla dei patti di integrità in termini di “*selezione delle clausole inserite nei protocolli di legalità per dare maggiore efficacia e forza al rapporto di collaborazione basato sulla legalità che si viene a instaurare tra stazioni appaltanti e privati partecipanti*”, così S.M. SISTO, *I protocolli di legalità e la lotta alla mafia e alla corruzione negli appalti pubblici, progetto di ricerca per l'università LUISS Guido Carli – Centro di ricerca sulle Amministrazioni pubbliche “Vittorio Bachelet” e dall'Associazione “Avviso Pubblico. Enti locali e Regioni per la formazione civile contro le mafie”*, in *Amm. in cammino*, 28 giugno 2019, 8.

¹⁸⁰ Fondamentale per una ricostruzione organica dell'istituto è il contributo di S.M. SISTO, *I protocolli di legalità e la lotta alla mafia e alla corruzione negli appalti pubblici*, 2.

¹⁸¹ Determinazione Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici, n. 4 del 10/10/2012 e, in dottrina, tra gli altri, V. MONTARULI, *Le novità normative e giurisprudenziali su documentazione antimafia, white list e protocolli di legalità*, in *Riv. di Polizia*, 6/2015, Aracne, 495 ss.

amministrativa, riconoscente della portata obbligatoria dei medesimi¹⁸². Soltanto con l'art. 176 co. 3 lett. e) del Decreto legislativo del 12 aprile 2006, n. 163 "*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*" viene esplicitamente introdotta, seppur limitatamente alla disciplina degli affidamenti a contraente generale, l'obbligo in capo al soggetto aggiudicatore relativo alla "*stipulazione di appositi accordi con gli organi competenti in materia di sicurezza nonché di prevenzione e repressione della criminalità*"¹⁸³. La disposizione appena citata ha consentito al Consiglio di Stato di escluderne la natura giuridica di atto politico, pur da una parte della giurisprudenza proposta, riaffermandone il carattere obbligatorio e vincolante a pena di esclusione dalla procedura di affidamento. L'orientamento giurisprudenziale favorevole alla qualificazione dell'istituto in termini di atto politico, invece, riteneva i protocolli di legalità espressione di attività libera nel fine, non vincolante per le Amministrazioni nell'esercizio dell'attività amministrativa avente carattere meramente programmatico¹⁸⁴. Non manca, da ultimo, chi rinviene la fonte normativa dei protocolli di legalità negli accordi di cui agli artt. 11 e 15 della legge 7 agosto 1990, n. 24 "*Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*", dedicati, rispettivamente, agli accordi

¹⁸² Tra più, Cons. Stato, sez. V, 6 marzo 2006, n. 1053.

¹⁸³ Questa la formulazione dell'art. 176 co. 3 lett. e) D. Lgs. n. 163/2006: "Il soggetto aggiudicatore provvede (...) alla stipulazione di appositi accordi con gli organi competenti in materia di sicurezza nonché di prevenzione e repressione della criminalità, finalizzati alla verifica preventiva del programma di esecuzione dei lavori in vista del successivo monitoraggio di tutte le fasi di esecuzione delle opere e dei soggetti che le realizzano. I contenuti di tali accordi sono definiti dal CIPE sulla base delle linee guida indicate dal Comitato di coordinamento per l'alta sorveglianza delle grandi opere, istituito ai sensi dell'articolo 180 del codice e del decreto dell'interno in data 14 marzo 2003, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 54 del 5 marzo 2004, in ogni caso prevedendo l'adozione di protocolli di legalità che comportino clausole specifiche di impegno, da parte dell'impresa aggiudicataria, a denunciare eventuali tentativi di estorsione, con la possibilità di valutare il comportamento dell'aggiudicatario ai fini della successiva ammissione a procedure ristrette della medesima stazione appaltante in caso di mancata osservanza di tali prescrizioni. Le prescrizioni del CIPE a cui si uniformano gli accordi di sicurezza sono vincolanti per i soggetti aggiudicatori e per l'impresa aggiudicataria, che è tenuta a trasferire i relativi obblighi a carico delle imprese interessate a qualunque titolo alla realizzazione dei lavori. Le misure di monitoraggio per la prevenzione e repressione di tentativi di infiltrazione mafiosa comprendono il controllo dei flussi finanziari connessi alla realizzazione dell'opera, inclusi quelli concernenti risorse totalmente o parzialmente a carico dei promotori ai sensi dell'articolo 175 e quelli derivanti dalla attuazione di ogni altra modalità di finanza di progetto. Il CIPE definisce, altresì, lo schema di articolazione del monitoraggio finanziario, indicando i soggetti sottoposti a tale forma di controllo, le modalità attraverso le quali esercitare il monitoraggio, nonché le soglie di valore delle transazioni finanziarie oggetto del monitoraggio stesso, potendo anche indicare, a tal fine, limiti inferiori a quello previsto ai sensi dell'articolo 1, comma 1, del decreto-legge 3 maggio 1991, n. 143, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 luglio 1991, n. 197. Gli oneri connessi al monitoraggio finanziario sono ricompresi nell'aliquota forfettaria di cui al comma 20".

¹⁸⁴ Consiglio di Giustizia per la Regione Siciliana, 19 dicembre 2018, n. 110.

integrativi o sostitutivi del provvedimento) e a quelli tra Pubbliche Amministrazioni¹⁸⁵. Tuttavia, ad avviso di chi scrive, tale qualificazione non risulta precisa, dal momento che gli accordi ex art. 11 l. n. 241/90 cit. sono sì stipulati con i privati interessati ma mirano a integrare ovvero sostituire il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo. Gli accordi di cui all'art. 15 l. n. 241/90 cit., invece, intercorrono tra Pubbliche Amministrazioni per lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune; in quanto tali, non prevedono il coinvolgimento dei privati nella relativa sottoscrizione e tanto meno può parlarsi di accettazione da parte di questi ultimi.

Con l'introduzione dell'art. 1 co. 17 legge 6 novembre 2012, n. 190 recante "*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*" viene espressamente sancito che "*le stazioni appaltanti possono prevedere negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito che il mancato rispetto delle clausole contenute nei protocolli di legalità o nei patti di integrità costituisca clausola di esclusione dalla gara*"¹⁸⁶. In questo modo, viene positivizzato, seppur a livello di facoltà, il ricorso a tali strumenti in ogni tipologia di affidamento, a prescindere dalla tipologia, dal valore e dall'importo posto a base della procedura a evidenza pubblica, recependo, con maggior latitudine applicativa, la soluzione prediletta a livello di prassi amministrativa da parte delle stazioni appaltanti¹⁸⁷. Il problema che si pone anche oggi in giurisprudenza sull'istituto in discorso riguarda, da un punto di vista generale e sistematico, la compatibilità dei protocolli di legalità con il cd. divieto del *gold plating*, rispetto al quale la Corte di Giustizia ha precisato

¹⁸⁵ Tra più, vd. T.A.R. Campania, sez. Napoli, sent. n. 5058 del 24 settembre 2009 e n. 7849 del 21 giugno 2006.

¹⁸⁶ Alla facoltà di inserzione prevista in generale dalla cd. legge anticorruzione pare corrispondere, invece, l'obbligo nelle procedure di affidamento a contraente generale, giusta la formulazione dell'art. 194 co. 3 lett. d) D. Lgs. 50/2016. Relativamente agli ulteriori strumenti introdotti dal nuovo Codice dei Contratti Pubblici per fronteggiare la corruzione, la collusione e i conflitti di interesse, utile il contributo di A. FIORITTO, *Nuove forme e discipline del partenariato pubblico-privato*, G. Giappichelli Editore, 2017, 9 ss.

¹⁸⁷ M. FRONTONI, *Contratto e antimafia, il percorso dai patti di legalità al rating di legalità*, G. Giappichelli Editore, 2016, 10. Indirettamente lambisce la tematica l'asserita illegittimità dei bandi e delle determine a contrarre ove le PP.AA. richiedono la regolarità della documentazione antimafia anche per i contratti di importo inferiore alla soglia prevista dalla legge, in un primo momento sostenuta dalla giurisprudenza amministrativa. Sul punto, vd. T.A.R. Calabria, sent. 7 maggio 2013, n. 21, ove si legge che "l'indebita estensione degli accertamenti preventivi di tipo interdittivo al di sotto della soglia di valore del contratto (...) comporta altresì per l'Amministrazione pubblica chiamata a contrastare la criminalità organizzata un dispendio di energie e di risorse umane che incide negativamente sulla qualità ed efficacia della stessa azione preventiva, impedendo, da un lato di concentrare la prevenzione sulle fattispecie contrattuali di maggiore rilevanza economica (come viceversa richiede il Legislatore) e concorrendo, dall'altro, ad abbassare gli standard qualitativi delle stesse informazioni rese dalle Forze dell'Ordine, coinvolte in un controllo generalizzato di tipo amministrativo, che diventa sostanzialmente inutile, perché qualitativamente poco accurato, in dipendenza del numero degli affari da trattare".

che “*le misure antimafia restano soggette al principio di proporzionalità, sicché gli obblighi contenuti nei protocolli non possono oltrepassare i limiti di ciò che è necessario al fine di salvaguardare i principi di concorrenza, parità di trattamento e di non discriminazione, nonché l’obbligo di trasparenza che ne deriva*”¹⁸⁸.

Relativamente alla nozione di *gold plating*, è utile in questa sede ricordare che l’art. 1, comma 1, lett. a) Legge 28 gennaio 2016, n. 11 sulle “*Deleghe al Governo per l’attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*” individua, tra i criteri e i principi direttivi per il legislatore delegato, il “*divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive*”, come definiti dall’art. 14, comma 24-ter, lett. b), l. 28 novembre 2005, n. 246, ai sensi del quale “*costituiscono livelli di regolazione superiori a quelli*

¹⁸⁸ In termini, CGUE, sez. X, 22 ottobre 2015, C-425/14. Nella pronuncia in parola si legge che “La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull’interpretazione dell’articolo 45 della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU L 134, pag. 114), come modificata dal regolamento (UE) n. 1251/2011 della Commissione, del 30 novembre 2011 (GU L 319, pag. 43; in prosieguo: la «direttiva 2004/18»). Tale domanda è stata proposta nell’ambito di una controversia tra, da un lato, l’Impresa Edilux Srl (in prosieguo: la «Edilux»), in qualità di mandataria dell’associazione temporanea di imprese costituita tra la stessa e la Società Italiana Costruzioni e Forniture Srl (SICEF), e quest’ultima e, dall’altro, l’Assessorato Beni Culturali e Identità Siciliana – Servizio Soprintendenza Provincia di Trapani, l’Assessorato ai Beni Culturali e dell’Identità Siciliana, l’UREGA – Sezione provinciale di Trapani e l’Assessorato delle Infrastrutture e della Mobilità della Regione Siciliana (in prosieguo, congiuntamente: l’«amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi nel procedimento principale») in merito all’esclusione, da parte di quest’ultima, della Edilux e della SICEF dalla partecipazione a una procedura di affidamento di appalti pubblici per non aver depositato, unitamente alla loro offerta, una dichiarazione di accettazione delle clausole contenute in un protocollo di legalità. (...) Per questi motivi, la Corte (Decima Sezione) dichiara: Le norme fondamentali e i principi generali del Trattato FUE, segnatamente i principi di parità di trattamento e di non discriminazione nonché l’obbligo di trasparenza che ne deriva, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una disposizione di diritto nazionale in forza della quale un’amministrazione aggiudicatrice possa prevedere che un candidato o un offerente sia escluso automaticamente da una procedura di gara relativa a un appalto pubblico per non aver depositato, unitamente alla sua offerta, un’accettazione scritta degli impegni e delle dichiarazioni contenuti in un protocollo di legalità, come quello di cui trattasi nel procedimento principale, finalizzato a contrastare le infiltrazioni della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici. Tuttavia, nei limiti in cui tale protocollo preveda dichiarazioni secondo le quali il candidato o l’offerente non si trovi in situazioni di controllo o di collegamento con altri candidati o offerenti, non si sia accordato e non si accorderà con altri partecipanti alla gara e non subappalterà lavorazioni di alcun tipo ad altre imprese partecipanti alla medesima procedura, l’assenza di siffatte dichiarazioni non può comportare l’esclusione automatica del candidato o dell’offerente da detta procedura”. Cfr. sul punto note di C. CRAVERO, *Protocolli di legalità o Patti di integrità: la compatibilità con il diritto UE della sanzione di esclusione automatica dell’operatore economico inadempiente*, in *Giur. It.*, 6/2016, 1459 ss. e S. VINTI, *I protocolli di legalità e il diritto europeo*, in *Giorn. dir. amm.*, 3/2016, 318 ss.

minimi richiesti dalle direttive comunitarie:[...]l'estensione dell'ambito soggettivo o oggettivo di applicazione delle regole rispetto a quanto previsto dalle direttive, ove comporti maggiori oneri amministrativi per i destinatari". In sede di recepimento delle Direttive Comunitarie menzionate, pertanto, si fa riferimento al *gold plating* come a «*quella tecnica che va al di là di quanto richiesto dalla normativa europea pur mantenendosi entro la legalità. Gli Stati membri hanno ampia discrezionalità in sede di attuazione delle direttive comunitarie. Essi possono aumentare gli obblighi di comunicazione, aggiungere i requisiti procedurali, o applicare regimi sanzionatori più rigorosi. Se non è illegale, il gold plating è di solito presentata come una cattiva pratica, perché impone costi che avrebbero potuto essere evitati*»¹⁸⁹. Una pratica che in Italia è abbastanza diffusa, nonostante in molti criteri di delega si faccia espresso richiamo di non introdurre e a non mantenere livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive europee¹⁹⁰.

Ebbene, la legge delega in discorso, pur ponendo come obiettivo verso sé medesima e nei confronti del legislatore delegato il complessivo recepimento degli istituti di flessibilità previsti dalle direttive, allo stesso tempo contiene criteri di maggior rigore. Ciò trova copertura costituzionale ed eurounitaria nell'esigenza di temperamento a tutela di interessi ritenuti dall'ordinamento interno del tutto prevalenti, quali la prevenzione della corruzione, della criminalità organizzata di stampo mafioso, la trasparenza, la concorrenza e la salvaguardia di valori ambientali e sociali. Per quel che a questi fini rileva, è evidente che il perseguimento del contrasto alla criminalità organizzata di matrice mafiosa passa per il disposto di cui all'art. 36 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (cd. TFUE), nella parte in cui consente agli Stati membri di derogare o, quantomeno, limitare libertà, diritti e prerogative riconosciute all'individuo in ottemperanza, tra gli altri, a motivi di ordine e sicurezza pubblica¹⁹¹. Tanto è espressamente confermato dal Consiglio di Stato che, nel

¹⁸⁹ Tale definizione è contenuta in R. Rolli, D. Sammarro, *Il parere del Consiglio di Stato sul nuovo codice dei contratti pubblici e la creazione di Adamo*, in <http://www.judicium.it>, 2017, 11, 8.

¹⁹⁰ Sul tema, G. BRUZZONE, M. CASELLA, R. MARZULLI, *Portata del divieto di gold plating*, in A. Pajno, L. Torchia (a cura di), *La nuova disciplina dei contratti pubblici: le regole, i controlli, il processo*, pp. 19 ss.

¹⁹¹ Si riporta per completezza l'intero testo dell'art. 36 TFUE: «*Le disposizioni degli articoli 34 e 35 lasciano impregiudicati i divieti o restrizioni all'importazione, all'esportazione e al transito giustificati da motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione dei vegetali, di protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale, o di tutela della proprietà industriale e commerciale. Tuttavia, tali divieti o restrizioni non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri*».

parere reso sullo schema di Codice dei contratti pubblici (adottato con Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50 “Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture”), ha evidenziato che il su citato divieto di *gold plating* “va riferito agli oneri burocratici finì a sé stessi, non alle prescrizioni poste a tutela di valori costituzionali ritenuti più pregnanti del valore competitività, quali la tutela del lavoro, della salute, dell'ambiente, la trasparenza e prevenzione della corruzione e delle infiltrazioni criminali”

192.

Volendo tradurre, in termini pratici, la portata del cd. *gold plating* sull'istituto in esame, ci si può soffermare sui variegati meccanismi applicativi che assistono i protocolli di legalità.

Una prima tipologia, piuttosto recettiva di quanto contenuto all'art. 1 co. 17 l. n. 190/2012, sancisce l'esclusione dalla procedura a evidenza pubblica non solo in caso di mancato rispetto ovvero violazione dei contenuti del protocollo ma, altresì, per loro mancata accettazione. Su questo punto, sembra indubbio che, almeno dall'avvento della l. n. 190/2012, ove le stazioni appaltanti, nell'esercizio della propria discrezionalità, decidano di dotarsi di protocolli di legalità, ne imporranno altresì l'adesione da parte degli operatori economici

Occorre in questa sede ricordare che il Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea è stato pubblicato in Gazzetta ufficiale UE n. C-326 del 26/10/2012. I Trattati attualmente vigenti sono il punto di arrivo di un percorso complesso. L'Unione europea si fonda su un accordo sottoscritto dagli Stati membri e ratificato da parte di ciascuno di essi secondo le procedure stabilite dalle rispettive Costituzioni. L'attuale assetto dell'Unione Europea è stabilito dal Trattato firmato dai Governi di 27 Stati a Lisbona il 13 dicembre 2007 ed entrato in vigore il 1° dicembre 2009, dopo la ratifica da parte di tutti gli Stati contraenti. Il Trattato di Lisbona ha riformato i Trattati allora esistenti, ovvero il Trattato sull'Unione europea e il Trattato istitutivo della Comunità europea, con una tecnica di tipo emendativo. Mentre il Trattato sull'Unione europea viene modificato, il Trattato che istituisce la Comunità europea viene ridenominato “Trattato sul funzionamento dell'Unione europea”. L'Unione sostituisce e succede alla Comunità europea. Scompare, così, la distinzione tra “Comunità europea” e “Unione europea”. “*Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona è giunto a compimento un percorso di riforma dei Trattati avviato nel dicembre 2001 dal Consiglio europeo di Laeken, in occasione del quale fu deliberato di dare nuovo impulso al processo di integrazione europea*”, in termini la relazione del Senato pubblicata in <https://www.senato.it>. Si riporta per completezza l'intero testo dell'art. 36 TFUE: “*Le disposizioni degli articoli 34 e 35 lasciano impregiudicati i divieti o restrizioni all'importazione, all'esportazione e al transito giustificati da motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione dei vegetali, di protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale, o di tutela della proprietà industriale e commerciale. Tuttavia, tali divieti o restrizioni non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri*”.

¹⁹² Cons. St., Comm. Spec., 1 aprile 2016, n. 855, in www.giustizia-amministrativa.it.

partecipanti alla procedura a pena di esclusione. Diversamente opinando, del resto, si assisterebbe alla sostanziale vanificazione della stessa adozione del protocollo di legalità in relazione all'applicazione nelle singole procedura evidenza pubblica. Questo profilo è stato attenzionato dalla giurisprudenza amministrativa che, secondo l'orientamento oggi prevalente, attribuisce all'accettazione e sottoscrizione del protocollo di legalità valore di elemento essenziale per la partecipazione alla procedura di affidamento dell'operatore economico¹⁹³. Tale interpretazione, del resto, consente alla disposizione contenuta all'art. 1 co. 17 *cit.* di spiegare reale efficacia nell'ordinamento, superando il suo tenore letterale, dal momento che, fisiologicamente, le stazioni appaltanti sono in grado di verificare la mancata violazione delle clausole contenute nei protocolli di legalità soltanto in una fase successiva all'aggiudicazione, se non, addirittura, in fase di esecuzione delle prestazioni affidate¹⁹⁴. Impropria, risulta, pertanto, la formulazione testuale della disposizione in commento, almeno per tutte le volte in cui la stazione appaltante deve accertare comportamenti realizzabili soltanto in fase di esecuzione contrattuale, con ciò vanificando la "sanzione" dell'esclusione dalla procedura. Problema affine ma non sovrapponibile ha riguardato la clausola con cui la stazione appaltante ancora la risoluzione automatica del contratto stipulato in caso di violazione di quanto contenuto nel protocollo di legalità, ritenuta da un orientamento illegittima perché necessitante preventiva attività di valutazione da parte della P.A.¹⁹⁵

Altra tipologia di clausola in uso nei protocolli di legalità è quella che prevede il rilascio dell'informativa antimafia anche per i contratti al di sotto della soglia prevista per

¹⁹³ T.A.R. Campania, sent. 1° luglio 2015, n. 3467. Relativamente al rapporto tra mancata sottoscrizione del protocollo di legalità e principio di tassatività delle cause di esclusione ex art. 46, co. 1 bis D. Lgs. n. 163/2006, cfr. ANAC, determinazione n. 1 dell'08 gennaio 2015, par. 2.3, n. 4. Con l'entrata in vigore del D. Lgs. n. 50/2016, ancorché manchi un riferimento espresso al ruolo dei protocolli di legalità, lo stesso può ricavarsi dal combinato disposto di cui agli artt. 32 e 80, dedicati alle "Fasi delle procedure di affidamento" e ai "Motivi di esclusione". L'art. 32, infatti, nel prevedere che "le stazioni appaltanti, in conformità ai propri ordinamenti, decretano o determinano di contrarre, individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte" consente di includere nel novero dei criteri di selezione la sottoscrizione dei protocolli di legalità. Di talché, la mancata adesione comporta l'esclusione dalla procedura ai sensi dell'art. 80 co. 2, secondo cui "Costituisce altresì motivo di esclusione la sussistenza, con riferimento ai soggetti indicati al comma 3, di cause di decadenza, di sospensione o di divieto previste dall'articolo 67 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4, del medesimo decreto. Resta fermo quanto previsto dagli articoli 88, comma 4-bis, e 92, commi 2 e 3, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, con riferimento rispettivamente alle comunicazioni antimafia e alle informazioni antimafia. Resta fermo altresì quanto previsto dall'articolo 34-bis, commi 6 e 7, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159".

¹⁹⁴ S. VINTI, *I protocolli di legalità, cit.*, 3.

¹⁹⁵ G. FERRARI, *Il cd. protocollo di legalità nell'affidamento degli appalti pubblici*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2011, 1, 86.

legge, rispetto alla quale i giudici amministrativi, in un primo momento, ne avevano sancito l'illegittimità¹⁹⁶.

Quanto, invece, alle clausole dei protocolli che comminano l'esclusione automatica dalla procedura giusto il rilascio di un'informativa antimafia atipica, in disparte dal problema della loro perdurante vigenza, che si affronterà in seguito, la giurisprudenza ne ha concluso per l'illegittimità perché il rilascio di questa tipologia provvedimento richiederebbe una preventiva valutazione discrezionale sulla potenziale esclusione del concorrente¹⁹⁷.

Si discute oggi in dottrina sulla legittimità di protocolli di legalità che comportino clausole specifiche di impegno a denunciare eventuali tentativi di estorsione, con la possibilità di valutare il comportamento dell'aggiudicatario ai fini della successiva ammissione a procedure ristrette della medesima stazione appaltante in caso di mancata osservanza di tali prescrizioni. Questo profilo, infatti, intercetta un problema più ampio, relativo alla possibilità di evincere la sussistenza del tentativo di infiltrazione mafiosa dal fatto che l'impresa sia stata vittima di delitti da parte di un'organizzazione criminale, subendone la pressione estorsiva fino al punto di risultare fortemente compromessa, se non addirittura persa, nella capacità di autodeterminazione negoziale. Ebbene, nonostante questa fattispecie, sintomatica della "contiguità soggiacente", sia ontologicamente distinguibile, e meno grave, rispetto alla volontaria sottomissione, indicata come "contiguità compiacente", parimenti la fattispecie può valere per l'adozione di un'informativa interdittiva¹⁹⁸. Ciò, del resto, trova oggi conferma esplicita sia nell'art. 84 co. 4 lett. c) D. Lgs. 159/2011, nella parte in cui è consentito desumere i tentativi di infiltrazione dall'omessa denuncia all'autorità giudiziaria dei reati di concussione

¹⁹⁶ Significativo sul punto T.A.R. Calabria, sent. n. 21 del 7 maggio 2013. Nella parte motiva della sentenza, infatti, si legge che "l'indebita estensione degli accertamenti preventivi di tipo interdittivo al di sotto della soglia di valore del contratto (...) comporta altresì per l'Amministrazione pubblica chiamata a contrastare la criminalità organizzata un dispendio di energie e di risorse umane che incide negativamente sulla qualità ed efficacia della stessa azione preventiva, impedendo, da un lato, di concentrare la prevenzione sulle fattispecie contrattuali di maggiore rilevanza economica (come viceversa richiede il Legislatore) e concorrendo, dall'altro, ad abbassare gli standard qualitativi delle stesse informazioni rese dalle Forze dell'Ordine, coinvolte in un controllo generalizzato di tipo amministrativo, che diventa sostanzialmente inutile, perché qualitativamente poco accurato, in dipendenza del numero degli affari da trattare".

¹⁹⁷ Si vd., sul punto, la pronuncia del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, sent. n. 456 dell'8 maggio 2013, nella parte in cui specifica che "l'informativa supplementare o atipica non ha carattere interdittivo ma consente l'attivazione degli ordinari strumenti dell'idoneità morale dei partecipanti alla gara di assumere la posizione di contraente con la pubblica amministrazione. Sicché l'efficacia interdittiva delle cosiddette informative prefettizie atipiche scaturisce da una valutazione autonoma e discrezionale dell'amministrazione destinataria, in quanto essi rappresentano una sensibile anticipazione della soglia dell'autotutela amministrativa".

¹⁹⁸ Così, Cons. Stato, sez. VI, sent. n. 7619/2005.

o estorsione aggravati dalla finalità mafiosa, che nell'art. 80 co. 5 lett. l) D. Lgs. 50/2016, per cui è comminata l'esclusione automatica dalle gare dell'operatore economico che, essendo stato vittima di particolari reati, non risulti aver denunciato i fatti all'autorità giudiziaria.

Non va taciuto come, ad avviso di alcuni Autori, la tipizzazione di questa ipotesi faccia discutere, “*per il rischio di penalizzare due volte la vittima di un reato*”¹⁹⁹. Specificamente, come sottolinea la dottrina, il micro-sistema dei contratti pubblici disegna un tracciato di rimedi che l'ordinamento appresta nel tentativo di incoraggiare le imprese a porre in essere comportamenti virtuosi arginando così fenomeni corruttivi e infiltrazioni mafiosi, rilevando, tuttavia, il rischio che alcuni imprenditori paghino due volte la difficoltà di operare in aree economiche a forte condizionamento criminale²⁰⁰. I contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, tuttavia, sono una voce assai significativa della spesa pubblica, con la duplice implicazione di costituire, per un verso, una leva importante della politica economica e sociale di un Paese ma, per altro verso, di essere particolarmente sensibili a pratiche corruttive e fenomeni di inquinamento del mercato da parte della criminalità organizzata. Questo dato, unito alla natura trasversale della materia dei contratti pubblici, implica, di necessità, che l'ordinamento coniughi la valorizzazione della concorrenza, flessibilità e semplificazione burocratica con la tutela dei valori di trasparenza e lotta alla corruzione e criminalità organizzata. Del resto, anche prima dell'emanazione del D. Lgs. n. 159/2011, l'art. 247 D. Lgs. n. 163/2006 precisava la salvezza delle disposizioni in materia di prevenzione della delinquenza di stampo mafioso e di comunicazioni e informazioni antimafia anche nella materia delle procedure a evidenza pubblica²⁰¹.

Ecco che, allora, l'avvento della triade normativa costituita dalle tre nuove direttive comunitarie (nn. 23, 24 e 25 del 2014) sopra citate, se visto dall'angolo visuale dell'ordinamento interno, ha costituito un'occasione preziosa per l'uniformità di tutti quegli

¹⁹⁹ G. ARMAO, *Brevi considerazioni su informativa antimafia e rating di legalità ed aziendale nella prevenzione delle infiltrazioni criminali nei contratti pubblici*, in *Giustamm.*, 3/2017, 1-13.

²⁰⁰ Sul tema, in generale, vd. anche S. CANEPPELE, *Le mafie dentro gli appalti: casi di studio e modelli preventivi* (a cura di), in AA. Vv., *Le mafie dentro gli appalti: casi di studio e modelli preventivi*, Angeli, 2014, 27 ss. e P. CARBONE, *Normativa antimafia e contratti pubblici*, in *Riv. trim. app.*, 2/2012, 137-183.

²⁰¹ L'art. 247 D. Lgs. n. 163/2006, intitolato “Normativa antimafia” recita: “Restano ferme le vigenti disposizioni in materia di prevenzione della delinquenza di stampo mafioso e di comunicazioni e informazioni antimafia. Per gli interventi e gli insediamenti strategici di cui all'articolo 253, comma 27, lettera f), le misure di monitoraggio per la prevenzione e repressione di tentativi di infiltrazione mafiosa sono definite dal CIPE con le stesse modalità e gli stessi effetti previsti dall'articolo 176, comma 3, lettera e). Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui all'articolo 176, comma 20”.

istituti giuridici che, direttamente o indirettamente, sono coinvolti dalla materia dei contratti pubblici. Fino all'adozione del D. Lgs. n. 50/2016, infatti, in Italia i contratti pubblici (*rectius*, degli appalti pubblici) relativi a lavori servizi e forniture erano regolati dal sopra citato Decreto legislativo del 12 aprile 2006, n. 163 “*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*” e dal Decreto del Presidente della Repubblica del 05 ottobre 2010, n. 207 (*Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante «Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE»*), oltre a una serie di altri atti normativi, primari o secondari, per specifici settori. L'ipertrofia, nonché la stratificazione normativa e regolamentare che ne è derivata ha reso quanto mai vantaggioso il recepimento delle nuove direttive comunitarie, facendo sì che l'emanazione del D. Lgs. n. 50/2016 cit. sia stata avvertita dai più come una novella riapertura della “*stagione di codici*” nel diritto amministrativo, necessari in funzione di semplificazione e chiarezza del quadro regolatorio²⁰².

Sì che, per il tema qui di interesse, nonostante l'abrogazione del D. Lgs. n. 163/2006, il D. Lgs. n. 50/2016 eleva direttamente a causa di esclusione dalla partecipazione alla procedura la sussistenza di cause di decadenza, sospensione, divieto di cui all'art. 67 D. Lgs. n. 159/2011 ovvero di un tentativo di infiltrazione mafiosa rilevante ai sensi dell'art. 84 co. 4 Codice Antimafia.²⁰³

È da ricordare che il legislatore, proprio nell'intento di sopire dibattiti interpretativi circa i limiti di applicabilità dei protocolli di legalità, ha conferito all'istituto espresso riconoscimento normativo con l'art. 3 co. 7 della recente legge 11 settembre 2020, n. 120 “*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, recante «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitali»* (cd. Decreto Semplificazioni). L'art. 83 *bis* D. Lgs. n. 159/2011, in termini rubricato, consente infatti al Ministero dell'interno

²⁰² Cons. St., comm. spec., *cit.*

²⁰³ Il comma 2 dell'art. 80, dedicato ai “Motivi di esclusione” dispone che “Costituisce altresì motivo di esclusione la sussistenza, con riferimento ai soggetti indicati al comma 3, di cause di decadenza, di sospensione o di divieto previste dall'articolo 67 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4, del medesimo decreto. Resta fermo quanto previsto dagli articoli 88, comma 4-bis, e 92, commi 2 e 3, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, con riferimento rispettivamente alle comunicazioni antimafia e alle informazioni antimafia. Resta fermo altresì quanto previsto dall'articolo 34-bis, commi 6 e 7, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159”.

di sottoscrivere “*protocolli, o altre intese comunque denominate, per la prevenzione e il contrasto dei fenomeni di criminalità organizzata, anche allo scopo di estendere convenzionalmente il ricorso alla documentazione antimafia di cui all’articolo 84*”.

Non solo. In maniera del tutto nuova per l’ordinamento nazionale, come si avrà modo di apprezzare in seguito nella disamina dei soggetti legittimati a richiedere la documentazione antimafia, i protocolli, oltre a poter essere sottoscritti anche con enti privati, quali imprese di rilevanza strategica per l’economia nazionale, associazioni maggiormente rappresentative a livello nazionale di categorie produttive, economiche o imprenditoriali e organizzazioni sindacali, possono prevedere modalità per il rilascio della documentazione antimafia su richiesta di soggetti privati, nonché determinare le soglie di valore al di sopra delle quali è prevista l’attivazione degli obblighi previsti dai protocolli medesimi. Da ultimo, circa la latitudine oggettiva degli stessi, possono prevedere l’applicabilità delle previsioni del Codice Antimafia anche nei rapporti tra contraenti, pubblici o privati, e terzi, nonché tra aderenti alle associazioni contraenti e terzi. Da ultimo, viene espressamente consentito, o meglio, prescritto, in difformità rispetto alla mera facoltà di dell’art. 1 co. 17 l. n. 190/2012 cit., comunque a oggi ancora in vigore, che “*Le stazioni appaltanti prevedono negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito che il mancato rispetto dei protocolli di legalità costituisce causa di esclusione dalla gara o di risoluzione del contratto*”. Al di là delle figure delle *white list* e dei protocolli di legalità, le brevissime coordinate appena tracciate sul micro sistema dei contratti pubblici interessano in modo significativo il presente lavoro, dal momento che il fondamento logico-giuridico della documentazione antimafia riposa proprio nell’esigenza di contrastare il fenomeno dell’inquinamento mafioso nello svolgimento delle attività economiche. In disparte da quanto si dirà in seguito, è evidente che il mercato delle commesse pubbliche, oggi specialmente, ne integra uno spicchio relevantissimo. Ecco perché l’azione di contrasto alla criminalità organizzata mafiosa trova una delle sue più efficaci espressioni nell’esclusione dalla contrattazione pubblica delle imprese che abbiano compromesso la fiducia sulla serietà e moralità dell’imprenditore²⁰⁴.

²⁰⁴ Come chiaramente espresso dal Consiglio di Stato, sez. III, sent. n. 4963 del 15/09/2014, “La ragione del provvedimento restrittivo dev’essere, quindi, rinvenuta nella più efficace tutela dell’interesse pubblico alla limitazione del novero delle imprese ammesse alla contrattazione con le pubbliche amministrazioni a quelle (sole) che meritano la (imprescindibile) fiducia sulla liceità dell’oggetto e dello scopo dell’attività imprenditoriale”.

5.1. I PROTOCOLLI DI LEGALITÀ NELL'ESPERIENZA DE LE GALLERIE DEGLI UFFIZI.

Il 13 ottobre 2020 Le Gallerie degli Uffizi²⁰⁵, nella persona del loro Direttore, Dr. Eike D. Schmidt, hanno condiviso e sottoscritto con la Prefettura di Firenze il protocollo di legalità ai fini della prevenzione dei tentavi di infiltrazione mafiosa e dei fenomeni corruttivi nell'ambito degli appalti affidati da Le Gallerie degli Uffizi²⁰⁶. Tale atto, oltre a sancire un rapporto di collaborazione tra i due istituti più profondo rispetto a quanto disciplinato nella normativa primaria, certamente costituisce uno strumento di proficuo studio, oltre che, e prima di tutto, un esempio per i Musei e gli istituti autonomi articolazione del Ministero della cultura (già Ministero per i Beni e le attività culturali e per il Turismo).

Ebbene, la finalità che tale protocollo intende perseguire è duplice, dal momento che lo stesso si prefigge di contrastare non soltanto le infiltrazioni mafiose nelle procedure a evidenza pubblica ma, altresì, i fenomeni di corruzione. Ancorché Le Gallerie degli Uffizi siano dotate di autonomia speciale di livello dirigenziale generale, il protocollo in discorso costituisce atto ricettivo di protocolli d'intesa sottoscritti dal Ministero della cultura, il Ministero dell'Interno e l'ANAC. La significatività di queste fonti appena richiamate risiede nella necessità di recepire un modello di protocollo di legalità di "nuova generazione" accanto alle "tradizionali clausole antimafia". Occorre, infatti, riconoscere alle stazioni appaltanti la possibilità di azionare la clausola risolutiva espressa, ai sensi dell'art. 1456 c.c., previa valutazione dell'ANAC, *"in tutti i casi in cui, da evidenza giudiziarie consolidate in una misura cautelare o in un provvedimento di rinvio a giudizio, si palesino accordi corruttivi tra il*

²⁰⁵ Le Gallerie degli Uffizi, polo culturale tra i più importanti e visitati al mondo, dal 2014 riuniscono tre straordinari complessi museali che, nell'insieme, raccolgono le collezioni d'arte delle famiglie Medici, Asburgo Lorena e Savoia. A seguito del regolamento di organizzazione del Ministero della Cultura (già Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo), adottato con D.P.C.M. n. 171 del 29 agosto 2014 e del Decreto Ministeriale attuativo del 23 dicembre 2014 su "Organizzazione e funzionamento dei Musei Statali", Le Gallerie degli Uffizi costituiscono una sineddoche perché, invero, raccolgono al loro interno anche i complessi museali di Palazzo Pitti e del Giardino di Boboli. Con il successivo D.P.C.M. 169 del 2 dicembre 2019, recante *"Regolamento di organizzazione del Ministero per i beni e le attività culturali e per il turismo, degli uffici di diretta collaborazione del Ministro e dell'organismo indipendente di valutazione della performance"*, Le Gallerie degli Uffizi sono un istituto museale dotato di autonomia speciale qualificato come ufficio dirigenziale di livello generale.

²⁰⁶ Pubblicato in <http://www.prefettura.it/firenze>.

soggetto aggiudicatore e l'impresa aggiudicataria"²⁰⁷. Ebbene, giusta l'adozione del Programma triennale delle opere pubbliche e del Programma biennale degli acquisti di forniture e servizi da parte de Le Gallerie degli Uffizi, nei "*considerando*" in premessa al protocollo di legalità in discorso emerge una piena convergenza di intenti tra il prestigioso Museo fiorentino e la Prefettura cittadina. È nella comune volontà dei paciscenti, infatti, "*assicurare la realizzazione del preminente interesse pubblico alla legalità e alla trasparenza nel settore degli appalti pubblici, esercitando appieno, ciascuno per la parte di rispettiva competenza, i poteri di monitoraggio e vigilanza attribuiti dalle leggi vigenti, nonché adottare misure di prevenzione e di contrasto alle eventuali ingerenze e ai tentativi di infiltrazione delle organizzazioni criminali e dei rischi di fenomeni corruttivi che siano più stringenti di quelle previste dalla normativa vigente*".

Il protocollo in commento agisce su due fronti. Da un lato, sono previste misure di rafforzamento delle verifiche antimafia; dall'altro, vengono rafforzati i presidi a tutela della trasparenza in funzione anticorruzione. Per quel che a questi fini rileva, il protocollo si applica:

- a) agli appalti di lavori d'importo pari o superiore a 3 milioni di euro;
- b) agli appalti di servizi forniture di importo pari e superiore alla soglia di rilevanza comunitaria;
- c) ai subappalti, subcontratti e sub affidamenti di cui alle lettere a) e b) di importo pari è superiore a € 40.000;
- d) agli appalti, di qualunque importo, aventi per oggetto "*attività sensibili*"²⁰⁸, relativi agli affidamenti di cui alle precedenti lettere a) - c).

Dal punto di vista della prevenzione delle interferenze illecite a scopo antimafia, il protocollo impone l'osservanza dei suoi contenuti sia in fase di predisposizione della documentazione di gara e contrattuale, che in fase prettamente esecutiva. Quanto al primo

²⁰⁷ In termini recita il Protocollo d'Intesa del 15 luglio 2014, sottoscritto dal Ministero dell'Interno e dall'Autorità Nazionale Anticorruzione su "*Prime linee guida per l'avvio di un circuito collaborativo tra A.N.A.C. e Prefetture U.T.G. e Enti locali per la prevenzione dei fenomeni di corruzione e l'attuazione della trasparenza amministrativa*".

²⁰⁸ Le attività sensibili sono quelle che comportano l'iscrizione nelle white list, ai sensi dell'art. 1 co. 53 l. n. 190/2012 *cit.* Relativamente a queste attività, l'appaltatore è obbligato a comprovare l'avvenuta o richiesta iscrizione negli elenchi di cui all'articolo 1 co. 52 legge 190 del 2012 già all'atto della partecipazione alla procedura di scelta del contraente. Lo stesso obbligo viene assunto contrattualmente dall'appaltatore nei confronti dei propri subappaltatori/sub-contraenti, nonché da questi ultimi, tramite inserimento di analoga disciplina nei contratti, di qualunque importo, della filiera delle imprese.

aspetto, le Gallerie degli Uffici si impegnano a inserire nella documentazione di gara e in quella contrattuale precipue clausole “*di legalità*”, la cui violazione è sanzionata con clausola risolutiva espressa ai sensi dell’art. 1456 c.c. Non solo. L’affidatario del contratto, a sua volta, è tenuto a far rispettare il protocollo da parte dei propri subappaltatori/subcontraenti, tramite l’inserimento di tali clausole, contestualmente provvedendo, a catena, a far recepire analoga disciplina nei contratti da questi ultimi stipulati con i sub-affidatari all’interno della filiera delle imprese a qualunque titolo coinvolte nell’affidamento. Laddove sia prevista la cessione del credito, l’appaltatore è altresì tenuto a inserire nei propri subappalti/sub-contratti una clausola che subordini sospensivamente l’efficacia della cessione del credito alla preventiva acquisizione dell’informazione antimafia di cui all’articolo 91 del Codice Antimafia nei confronti del cessionario da parte delle Gallerie degli Uffici. Uno dei concetti probabilmente più innovativi contemplati nel protocollo è quello di “*filiera delle imprese*”, espressione che ricomprende “*il complesso dei subappaltatori/sub-contraenti/sub-affidatari i cui rapporti (Subappalto/Sub-contratto/Sub-affidamento) sono legati da un nesso di dipendenza funzionale tra la prestazione oggetto del rapporto stesso e quella oggetto del Contratto d’Appalto, pur riguardanti prestazioni eventualmente collaterali*”.

Venendo al loro contenuto, le clausole, precisamente, prevedono che l’impresa dichiari di non trovarsi in situazioni di controllo o di collegamento (formale e/o sostanziale) con altri concorrenti e che né si è accordata o si accorderà con altri partecipanti alla gara. A tal fine, le Gallerie degli Uffici riconoscono quali sospetti casi di anomalia e, quindi, soggetti a verifica, quei casi in cui ricorrano, insieme o da sole, le seguenti circostanze sintomatiche:

- I. utilizzazione delle medesime utenze fax e/o telefoniche o dei medesimi locali da parte delle imprese partecipanti;
- II. utilizzazione anche in parte dello stesso personale;
- III. rapporto di coniugio o vincoli di parentela tra coloro che ricoprono cariche sociali o direttive nelle imprese partecipanti;
- IV. coincidenza della residenza e/o del domicilio delle imprese partecipanti;
- V. intrecci negli assetti societari di partecipanti alla gara.

L’impresa, poi, nell’obbligarsi all’integrale rispetto di tutto quanto previsto nel protocollo sottoscrivendo, si impegna a denunciare all’Autorità giudiziaria o agli organi di Polizia giudiziaria ogni tentativo di estorsione, ogni illecita richiesta di denaro, di prestazioni o di

altra utilità (quali pressioni per assumere personale o affidare lavorazioni, forniture o servizi), ogni atto intimidatorio e ogni altra forma di condizionamento criminale che si manifesti nei confronti dell'imprenditore, dei componenti la compagine sociale, dei dipendenti e dei loro familiari, sia nella fase dell'aggiudicazione sia in quella dell'esecuzione. Della denuncia deve essere tempestivamente informato in forma riservata il Prefetto il quale, sentita l'Autorità giudiziaria e sulla base delle indicazioni da questa fornite, valuta se informare le Gallerie degli Uffici. A tal fine, sia il Museo che l'appaltatore si impegnano ad assumere ogni opportuna misura organizzativa, anche attraverso ordini di servizio al proprio personale, per l'immediata segnalazione dei tentativi di estorsione, intimidazione o condizionamento di natura criminale, in qualunque forma essi vengano posti in essere. Lo stesso obbligo viene contrattualmente assunto dai soggetti della filiera. Restano in ogni caso applicabili le cause di esclusione dagli appalti pubblici degli imprenditori non in possesso dei requisiti di ordine generale di cui all'articolo 80 del Codice Appalti e, in particolare, di coloro che non denuncino di essere stati vittime di concussione o di estorsione aggravata, secondo il disposto dell'articolo 80 co. 5 lett. l) D. Lgs. n. 50/2016. Il Museo si impegna anche a prevedere nei contratti di appalto l'obbligo per l'appaltatore e per tutti i soggetti della filiera di assumere a proprio carico gli eventuali oneri derivanti dal rispetto degli accordi/protocolli promossi e stipulati in materia di sicurezza, nonché di repressione della criminalità.

Quanto alla fase esecutiva delle prestazioni, limitatamente agli appalti di lavori, occorre che nei contratti di appalto sia inserito l'obbligo per l'appaltatore di nominare un referente di cantiere, con la responsabilità di tenere costantemente aggiornato e disponibile un rapporto di cantiere, da trasmettere al responsabile unico del procedimento (R.U.P.), al fine di consentire le necessarie verifiche antimafia da espletarsi anche attraverso il ricorso al potere di accesso di cui all'art. 93 Codice Antimafia. Il rapporto di cantiere, precisamente, deve contenere ogni utile e dettagliata indicazione relativa alle opere da realizzare con l'indicazione dell'operatore economico incaricato, delle targhe (o telai) dei mezzi giornalmente presenti in cantiere, dell'impresa e/o di eventuali altri soggetti che operano in regime di subappalto, sub-contratto o sub-affidamento, nel mese di riferimento, e degli ulteriori veicoli che comunque avranno accesso al cantiere, nel quale debbono pure essere indicati i nominativi di tutti dipendenti impegnati nelle lavorazioni all'interno del cantiere, nonché delle persone autorizzate all'accesso per altro motivo. Analoghe prescrizioni sul

conferimento di dati per gli appalti di lavori è dettata all'art. 8 del protocollo in commento, dal momento che sia gli affidatari che i sub-affidatari si impegnano a mettere a disposizione de Le Gallerie degli Uffizi una moltitudine di dati identificativi relativi a soggetti che a vario titolo sono coinvolti nell'affidamento, impegnandosi, altresì, a notificarne ogni modifica sopravvenuta.

Esaurita la disamina delle misure apprestate dal punto di vista preventivo, occorre adesso dare conto di quelle previste in funzione repressiva. Il protocollo, infatti, appresta un consistente e deterrente apparato sanzionatorio, strutturato secondo un meccanismo crescente, che va delle penali, in aumento a seconda del numero di accertamenti disposti dal Museo per il singolo operatore economico interessato dalla procedura, fino ad arrivare alla risoluzione contrattuale, salvo quanto previsto dall'art. 94, co. 3 Cod. Antimafia e dall'art. 32 co. 10 d.l. n. 90/2014, conv. in l. 11 agosto 2014, n. 114. Dal punto di vista sanzionatorio, pertanto, si distinguono varie ipotesi, qui riassunte per ordine di gravità discendente. In caso di esito interdittive delle informazioni antimafia successivo alla stipula di contratti di appalto o dei contratti della filiera, si applica la risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 1456 c.c. e la revoca dell'autorizzazione al subappalto non che l'applicazione una penale nella misura del 5% dell'importo del contratto di appalto/subappalto/sub-contratto/sub-affidamento. Alla stessa stregua è sanzionato il mancato inserimento nei contratti stipulati a valle dell'affidamento delle clausole del protocollo in discorso, come pure le recidive, semplici o reiterate, relative alla violazione degli obblighi di cui agli artt. 6, 7 e 8 del medesimo protocollo, pertinenti, rispettivamente, la mancata adozione di idonee misure organizzative e istruzioni del personale ai fini della segnalazione di tentativi di estorsione, intimidazione o condizionamento di natura criminale, le misure di prevenzione contro i tentativi di condizionamento criminale nei cantieri e gli altri obblighi di comunicazione. Le sanzioni economiche, invece, sono determinate e applicate nei confronti dell'appaltatore e, per suo tramite, nei confronti dei soggetti della filiera mediante automatica detrazione del relativo importo dalle somme dovute all'impresa in relazione alla prima erogazione utile e, in ogni caso, nei limiti degli importi contrattualmente dovuti (esclusi quelli trattenuti a titolo di garanzia sulla buona esecuzione dell'opera). Gli importi derivanti dall'applicazione delle penali sono posti a disposizione de Le Gallerie degli Uffizi e da queste accantonate nel quadro economico dello specifico intervento.

Per l'effetto, Le Gallerie potranno disporre per sostenere le spese conseguenti alle violazioni cui si riferiscono le medesime sanzioni, ovvero per l'incremento delle misure per la sicurezza antimafia/ anticorruzione. La destinazione delle eventuali somme residue, al termine della realizzazione dell'intervento, viene effettuata contestualmente al collaudo dell'opera. Dell'applicazione di ogni tipologia di sanzione il Museo deve dare tempestivamente informazioni alla prefettura, unitamente a quanto accade per l'attività di vigilanza complessivamente intesa, giacché, con cadenza semestrale, l'Ente è tenuto a trasmettere alla medesima prefettura un proprio rapporto sull'applicazione del protocollo sottoscritto.

CAPITOLO II

IL SISTEMA DELLA DOCUMENTAZIONE ANTIMAFIA

SOMMARIO – **1.** BREVE EVOLUZIONE STORICA DELLA NORMATIVA IN MATERIA DI DOCUMENTAZIONE ANTIMAFIA. – **2.** LA DOCUMENTAZIONE ANTIMAFIA: PRESUPPOSTI APPLICATIVI E DISCIPLINA. – **2.1.** LA COMUNICAZIONE ANTIMAFIA. – **2.2.** L'INFORMAZIONE (O INFORMATIVA) ANTIMAFIA. – **2.2.1.** TRA INFORMATIVA ANTIMAFIA GENERICA E SPECIFICA: L'IPOTESI DI CUI ALL'ART. 91 CO. 6 D. LGS. N. 159/2011. – **2.2.2.** I “DIVERSI” PROVVEDIMENTI GIURISDIZIONALI RILEVANTI AI FINI DELL'ACCERTAMENTO DEL TENTATIVO DI INFILTRAZIONE MAFIOSA. – **2.2.3.** L'AMBITO DI APPLICAZIONE OGGETTIVO DELL'INFORMATIVA ANTIMAFIA. – **2.2.4.** L'INFORMATIVA ANTIMAFIA SUPPLEMENTARE: TRA ATIPICITÀ E DISCREZIONALITÀ. – **2.3.** L'AMBITO DI APPLICAZIONE SOGGETTIVO DELLA DOCUMENTAZIONE ANTIMAFIA. – **2.4.** L'ARTICOLATA QUESTIONE DEL “TITOLARE EFFETTIVO” E LA VIRTUOSA RISPOSTA DEL COMUNE DI MILANO: SPUNTI *DE IURE CONDENDO*. – **3.** LA DOCUMENTAZIONE INTERDITTIVA ANTIMAFIA NEL SISTEMA DELL'ECONOMIA PRIVATA E L'INTRODUZIONE DELL'ART. 89 *BIS* NEL D. LGS. N. 159/2011. – **3.1.** S.C.I.A. E VERIFICHE ANTIMAFIA. – **3.2.** LE QUESTIONI DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DELL'ART. 89 *BIS* D. LGS. N. 159/2011. – **4.** GLI EFFETTI GENETICI E SUCCESSIVI DELLA DOCUMENTAZIONE INTERDITTIVA ANTIMAFIA. – **4.1.** GLI ARTT. 92 CO. 3 E 94 CO. 2 COD. ANTIMAFIA TRA LIMITI LEGISLATIVI AL DIRITTO DI RITENZIONE E INTERPRETAZIONE DELLA GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA.

1. BREVE EVOLUZIONE STORICA DELLA NORMATIVA IN MATERIA DOCUMENTAZIONE ANTIMAFIA.

L'attuale quadro normativo relativo al sistema della documentazione antimafia è il frutto di una serie di interventi che si sono susseguiti nel tempo e che hanno visto lo Stato sempre più impegnato nella lotta alla criminalità organizzata mafiosa, specialmente sotto lo specifico profilo della “impresa mafiosa”²⁰⁹.

Nell'ottica della presente ricerca, si precisa che col termine “criminalità organizzata mafiosa” s'intende far riferimento a tutti i fenomeni e organizzazioni criminali suscettibili di inclusione all'interno della fattispecie di cui all'art. 416 *bis* c.p., dal momento che esula dalla

²⁰⁹ I contributi che analizzano l'evoluzione storica della normativa in maniera organica ed esaustiva non sono numerosi. Si rinvia qui, senza pretesa di esaustività, a C. PALUMBO, *La vis espansiva delle interdittive antimafia alla luce dei recenti interventi legislativi e giurisprudenziali* e A. LEVATO, *Potestà discrezionale del prefetto e regime di impugnazione delle interdittive antimafia. Criticità e prospettive di risoluzione*, entrambe in <https://culturaprofessionale.interno.gov.it>.; V. SALAMONE, *Il sistema della documentazione antimafia. Normativa e giurisprudenza*, Atti del seminario tenuto presso la Scuola di Perfezionamento per le Forze di Polizia a Roma, 5 dicembre 2018, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>. Più in generale, P. TRONCONE, *Origine ed evoluzione delle misure preventive antimafia*, in G. Amarelli, S. Sticchi Damiani (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Giappichelli, 2019, 1-30; si vd. anche quanto contenuto in *La legislazione antimafia-cenni storici*, in www.avvisopubblico.it.

presente indagine lo studio della struttura interna delle singole organizzazioni, come pure le cifre caratterizzanti di ciascuna di esse²¹⁰.

Con la legge n. 575 del 1965, recante “*Disposizioni contro le organizzazioni criminali di tipo mafioso, anche straniere*”, venne previsto per la prima volta il divieto di conseguire alcune licenze, concessioni e iscrizioni in albi per i soggetti colpiti da misure di prevenzione. Era prevista, difatti, la certificazione dell’assenza delle cause di decadenza, sospensione o divieto previste dall’art. 10 della L. n. 575/1966 cit., delineando un potere a carattere vincolato, appunto, certificativo, in capo all’autorità amministrativa. È nel 1982 che si cerca di introdurre uno strumento più incisivo di lotta alle ingerenze della criminalità organizzata nel sistema dei contratti pubblici. Precisamente, venne imposto alle Pubbliche

²¹⁰ Per tali ragioni, all’interno dell’elaborato potrà ricorrere anche l’utilizzo di espressioni più generiche ma non meno significanti, quali i termini “*Cosca/Cosche*” e “*Mafia/Mafie*”. Per opportunità di indagine si riporta il testo dell’art. 416 *bis* c.p., rubricato “*Associazioni di tipo mafioso anche straniere*”, delitto elevato a fattispecie autonoma rispetto al reato di associazione a delinquere semplice di cui all’art. 416 c.p. con la Legge 13 settembre 1982, n. 646 (Legge Rognoni-La Torre, dal nome dei suoi proponenti), promulgata in seguito all’omicidio del segretario del Partito comunista italiano Pio La Torre, avvenuto il 30 aprile 1982, e di quello del prefetto di Palermo, il Generale Carlo Alberto Dalla Chiesa, avvenuto il 3 settembre nella strage di via Carini. Come noto, infatti, fino al 1982 per contrastare il fenomeno della mafia in Italia si faceva ricorso all’art. 416 c.p. ma tale fattispecie risultò ben presto inefficace di fronte ai molti volti e dimensioni del fenomeno mafioso. Ragionevolmente, il più significativo limite applicativo dell’art. 416 c.p. era costituito dalle finalità in concreto perseguite dai soggetti uniti dal vincolo associativo, che ne ricomprendevano anche di lecite, a differenza del modello disegnato dal legislatore nell’art. 416 c.p., ove è punito il dolo intenzionale alla commissione di soli delitti. Collocato all’interno del titolo V della seconda parte del codice stesso, dedicata ai delitti contro l’ordine pubblico, l’art. 416 *bis* c.p. così recita:

“Chiunque fa parte di un’associazione di tipo mafioso formata da tre o più persone, è punito con la reclusione da dieci a quindici anni.

Coloro che promuovono, dirigono o organizzano l’associazione sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da dodici a diciotto anni.

L’associazione è di tipo mafioso quando coloro che ne fanno parte si avvalgono della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere delitti, per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici o per realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri, ovvero al fine di impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali.

Se l’associazione è armata si applica la pena della reclusione da dodici a venti anni nei casi previsti dal primo comma e da quindici a ventisei anni nei casi previsti dal secondo comma.

L’associazione si considera armata quando i partecipanti hanno la disponibilità, per il conseguimento della finalità dell’associazione, di armi o materie esplosive, anche se occultate o tenute in luogo di deposito.

Se le attività economiche di cui gli associati intendono assumere o mantenere il controllo sono finanziate in tutto o in parte con il prezzo, il prodotto o il profitto di delitti, le pene stabilite nei commi precedenti sono aumentate da un terzo alla metà.

Nei confronti del condannato è sempre obbligatoria la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono il prezzo, il prodotto, il profitto o che ne costituiscono l’impiego.

Le disposizioni del presente articolo si applicano anche alla camorra, alla ‘ndrangheta e alle altre associazioni, comunque localmente denominate, anche straniere, che valendosi della forza intimidatrice del vincolo associativo perseguono scopi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso”.

Amministrazioni, ove in procinto di adottare licenze ovvero autorizzazioni nonché di stipulare contratti, di richiedere al Prefetto una specifica documentazione: la c.d. “certificazione antimafia”.

Com'è noto, il 1982 è l'anno della legge Rognoni-La Torre (Legge del 13 settembre 1982, n. 646²¹¹), che introdusse nel codice penale italiano il reato di cui all'articolo 416 *bis* c.p., nonché l'anno in cui viene istituito l'Alto Commissario per il Coordinamento della lotta contro la delinquenza mafiosa (di cui al Decreto Legge del 6 settembre 1982, n. 629 sulle “Misure urgenti per il coordinamento della lotta contro la delinquenza mafiosa”, convertito nella Legge del 12 ottobre 1982, n. 726 “Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 6 settembre 1982, n. 629, recante misure urgenti per il coordinamento della lotta contro la delinquenza mafiosa”).

Tale figura ha rappresentato una delle risposte alla strage di via Carini, nella quale fu ucciso il Generale Carlo Alberto dalla Chiesa. Per quel che ai nostri fini rileva, l'Alto Commissario godeva di numerosi poteri, tra cui spiccano i poteri di accesso, successivamente trasferiti al Ministro dell'interno, con facoltà di delega ai Prefetti. Tali deleghe divennero poi permanenti, ovvero fisse, con il D.M. del 23 dicembre 1992, che riconobbe appunto ai prefetti poteri di accesso presso le imprese, le società e istituti bancari.

La legge 19 marzo 1990, n. 55, titolata “Nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale”, nell'apportare modifiche delle Leggi 10 febbraio 1962, n. 57, 31 maggio 1965 n. 575, 26 luglio 1975, n. 354 e 13 settembre 1982, n. 646, riconobbe per la prima volta la possibilità per il privato di richiedere la certificazione antimafia e di presentare, in alcune ipotesi, un'autocertificazione.

Successivamente, con la legge 12 luglio 1991 n. 203 sulla “Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 13 maggio 1991 n. 152, recante provvedimenti urgenti in tema alla lotta sulla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa”, il legislatore manifesta un primo cenno di riforma nell'ordinamento, sistematizzando i precedenti interventi contenuti nella l. n. 55/1990 cit. Soltanto nel 1992,

²¹¹ “Disposizioni in materia di misure di prevenzione di carattere patrimoniale ed integrazioni alle leggi 27 dicembre 1956, n. 1423, 10 febbraio 1962, n. 57 e 31 maggio 1965, n. 575. Istituzione di una commissione parlamentare sul fenomeno della mafia”.

tuttavia, si assiste per la prima volta a una significativa estensione dell'ambito applicativo della certificazione antimafia a tutti i nuovi delitti contemplati al comma 3 bis dell'art. 51 c.p.p.

Con il Decreto Legislativo dell'8 agosto 1994, n. 490 "*Disposizioni attuative della legge 17 gennaio 1994, n. 47, in materia di comunicazioni e certificazioni previste dalla normativa antimafia nonché disposizioni concernenti i poteri del prefetto in materia di contrasto alla criminalità organizzata*", il legislatore interviene distinguendo i contratti in fasce di valore, individuando quelli esenti dall'obbligo di certificazione, quelli rientranti nella fascia intermedia sottoposti al rilascio della certificazione antimafia nella forma dell'autocertificazione (art. 3) e quelli della fascia superiore oggetto della c.d. informazione (art. 4). Quest'ultimo tipo di documentazione, oltre a coprire l'ambito della comunicazione si spinge anche alla valutazione della sussistenza del c.d. "*tentativo di infiltrazione mafiosa*" (art. 4, comma 4). La lettura del Decreto Legislativo dell'8 agosto 1994, n. 490 fa comprendere la volontà del legislatore delegante di estendere l'ampiezza dei poteri del Prefetto, tanto da sostituire la nozione di "certificazione" con quella di "informazioni". Tanto, ragionevolmente, perché il prefetto è tenuto a trasmettere alle amministrazioni richiedenti non solo le semplici informazioni concernenti la sussistenza o meno delle cause di divieto o di sospensione dei procedimenti, nonché le informazioni relative a eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate. Non solo, la primordiale connotazione dell'istituto certificativo antimafia, che contemplava la possibilità di rilascio del certificato su istanza del diretto interessato, viene profondamente modificata.

Con il D. Lgs. in commento, infatti l'istituto della certificazione è sostituito dal sistema delle cosiddette "*cautele antimafia*", caratterizzato dall'eliminazione del certificato antimafia su richiesta del privato²¹².

Il Decreto Legge n. 629/1982 citato è, invece, significativo perché con esso vennero introdotte le c.d. informative antimafia atipiche o supplementari, definite tali perché basate sull'accertamento di elementi che, pur denotando il pericolo di collegamenti tra l'impresa e la criminalità organizzata, non raggiungevano la soglia di gravità prevista dall'art. 4 D. Lgs. n. 490/1994.

²¹² F. CARINGELLA, *L'assetto delegificato della normativa antimafia e la nuova disciplina del subappalto*, in *lexitalia.it*, 3.

Successivamente venne emanato il decreto del Presidente della Repubblica del giugno 1998, n. 252 “*Regolamento recante norme per la semplificazione dei procedimenti relativi al rilascio delle comunicazioni e delle informazioni antimafia*”, funzionale a sistematizzare la compagine di disposizioni dettate in materia di documentazione antimafia, pur convivendo con il precedente D. Lgs. n. 490 cit. Ebbene, nonostante tale fosse la dichiarata finalità del legislatore del tempo, il risultato interpretativo derivante dalla sincronica efficacia dei due atti normativi ha portato, invece, il Ministero dell’Interno a intervenire dopo pochi mesi con la circolare del 18 dicembre 1998, n. 559 “*Istruzioni applicative concernenti il d.P.R. 3 giugno 1998, n. 252*”, sul quale tra poco ci soffermeremo. Il d.P.R. n. 252/1998, infatti, introduce un sistema di documentazione tripartito, suddiviso tra, comunicazione (art. 3), in funzione sostitutiva della certificazione, autocertificazione (art. 5) e informazione (art. 10).

Procedendo con ordine, può dirsi che la nozione di “comunicazione” si riferisce alla modalità con cui l’autorità prefettizia interloquisce con la P.A. richiedente la documentazione circa la sussistenza di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all’articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575. Anzi, in maniera innovativa per l’epoca, il d.P.R. in commento instaurò un prezioso raccordo tra enti pubblici, nel prevedere che le certificazioni o attestazioni delle camere di commercio, industria e artigianato, recanti la c.d. dicitura antimafia sono equiparate alle comunicazioni delle prefetture che attestano l’insussistenza delle cause di decadenza, divieto o sospensione di cui all’articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575.

L’ambito di operatività dell’autocertificazione, invece, si ricava per sottrazione e tassativamente rispetto a quanto previsto dall’art. 10 (vd. *infra*) e dall’art. 3 cit. Precisamente, soltanto in caso di affidamenti disposti in via di urgenza, di provvedimenti di rinnovo, di attività sottoposte a regime autorizzatorio, suscettibili di essere intraprese su denuncia di inizio da parte del privato e di attività sottoposte alla disciplina del silenzio-assenso, è l’interessato a fornire una dichiarazione autenticata, con valore, appunto, autocertificativo, in cui è attestata l’insussistenza delle cause di divieto, decadenza o sospensione di cui all’articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575.

Tra le “informazioni”, invece, si distinguono quelle ricognitive di cause di divieto di per sé interdittive e quelle frutto di una valutazione discrezionale.

Le prime, come individuate già dal co. 4 dell'art. 4 D. Lgs. n. 490/1994, nel sistema del d.P.R. n. 252/1998 sono identificate con le “*situazioni relative ai tentativi di infiltrazioni mafiosa*” desumibili dagli atti indicati nelle lett. a) e b) dell'art. 10 co. 7 del medesimo d.P.R.

Le seconde, invece, sono le informazioni frutto di una discrezionale valutazione del prefetto, riferite a eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa desunti dagli accertamenti disposti ai sensi della lett. c) dell'art. 10, co. 7 d.P.R. n. 252/1998.

La congerie di ipotesi appena elencate convive con il rinvio contenuto al co. 9 dello stesso art. 10 cit., nella parte in cui apre alla perdurante efficacia delle cd. informative antimafia atipiche o supplementari previste originariamente all'art. 1 *septies* d.l. n. 629/1882. Tale tipologia di provvedimento, neutra quanto a contenuto dispositivo, si basa sull'accertamento di elementi che, pur denotando il pericolo di collegamenti tra l'impresa e la criminalità organizzata, non raggiungono la soglia di gravità prima prevista dall'art. 4 D. Lgs. n. 490/1994 e successivamente confluita nell'art. 10 cit. Pertanto, l'efficacia inibitoria derivante dall'adozione di tale atto nei confronti del privato non è immediata, bensì scaturente da una valutazione autonoma e discrezionale dell'Amministrazione destinataria dell'informativa stessa. Sull'istituto dell'informativa atipica e non vincolante, tuttavia, il presente elaborato si soffermerà puntualmente in seguito.

Ebbene, come poc'anzi precisato, il difficile coordinamento tra autorità competenti, la sincronica efficacia di più atti normativi incidenti sulla materia, unitamente alle sovrapposizioni, dogmatiche e applicative, tra “informazioni” e “comunicazioni” antimafia, portò ben presto il Ministero dell'Interno a intervenire con una circolare (18 dicembre 1998, n. 559) di “*Istruzioni applicative concernenti il d.P.R. 3 giugno 1998, n. 252*”.

La circolare in discorso, giusto, altresì, il suo carattere marcatamente discorsivo, ha portata indubbiamente chiarificatrice su plurimi profili. Senza pretesa di esaustività, si segnala la partizione relativa alla platea di soggetti tenuti a richiedere ovvero semplicemente legittimati a richiedere la documentazione antimafia (artt. 1 e 2), la precisazione sulla utilizzabilità temporale della medesima (sei mesi dalla data del rilascio, art. 6). Per quel che interessa maggiormente il presente lavoro di ricerca, tuttavia, meritano puntuale osservazione l'art. 4, sulle tipologie di documentazione antimafia, l'art. 7, relativo all'ambito oggettivo di applicazione della normativa rilevante, nonché il combinato disposto di cui agli artt. 9 e 10 della circolare n. 559/1998 *cit.*

Procedendo con ordine, l'art. 4 enumera e riassume le caratteristiche degli atti idonei ad attestare la sussistenza, come pure l'insussistenza, dei presupposti generatori l'effetto interdittivo previsto dalla legislazione antimafia, i quali, vengono, per l'effetto, così suddivisi in certificati camerali, autocertificazioni, comunicazioni e informazioni scritte del prefetto.

L'art. 7 *cit.*, invece, precisa l'insussistenza dell'obbligo di acquisire tale documentazione, salvo esplicita previsione normativa di segno contrario, per tutte *“quelle determinazioni amministrative che solo indirettamente sono suscettibili di produrre effetti sull'attività imprenditoriale, quali, ad esempio, i nulla osta, le licenze e le iscrizioni nel registro delle ditte e in quello delle imprese artigiane che hanno un valore di mera denuncia, ovvero le autorizzazioni, comunque denominate, che, pur necessarie per lo svolgimento di un'attività economicamente apprezzabile, non hanno attinenza all'esercizio di un'impresa”*. Parimenti escluse dalla medesima disposizione sono *“le erogazioni e le altre agevolazioni economiche che non attengono allo svolgimento di attività imprenditoriali, ma ad esigenze economico-sociali personali o al perseguimento di interessi patrimoniali non imprenditoriali”*.

L'art. 9 *cit.* interessa particolarmente il presente elaborato nella parte in cui precisa chiaramente il carattere tassativo delle fonti da cui possono essere tratte le indicazioni di infiltrazione mafiosa, *“al duplice fine di conferire all'attività informativa il massimo possibile di certezza del diritto, compatibile con la finalità preventiva dell'istituto, facendo riferimento ad accertamenti che abbiano comunque superato il vaglio accurato dell'Autorità giudiziaria o amministrativa e il massimo possibile di semplificazione amministrativa”*. Accanto al perseguimento della tutela della certezza delle situazioni giuridiche soggettive, il Ministero dell'interno aggiunge una *“valvola di sicurezza”*, esortando le Autorità prefettizie, pur spirato il termine di quarantacinque giorni per il rilascio del provvedimento finale ovvero per le ipotesi di informazione liberatoria, a stimolare ogni attività di indagine e di prevenzione per i provvedimenti giudiziari conseguenti, anche per darne successiva comunicazione alle Amministrazioni interessate, valevole ai fini dell'esercizio dei poteri di revoca e di recesso per gli affidamenti già perfezionati. Nonostante il tentativo esegetico proposto dalla circolare del Ministero dell'Interno relativamente alla sistematizzazione della documentazione antimafia, negli anni successivi si è fatta sempre più pressante la necessità di fornire organica collocazione all'intero quadro normativo relativo alla legislazione di contrasto alla criminalità organizzata mafiosa.

Di ciò dà atto chiaramente la Legge 13 agosto 2010, n. 136, intitolata “*Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia*”, che combina profili ricognitivi sulla normativa penale, processuale e amministrativa vigente a contenuti innovativi per il perseguimento di un più efficace contrasto alla criminalità organizzata. Tanto ha comportato, infatti, l’adozione di un unico Codice ove far confluire la complessiva legislazione speciale succedutasi nel tempo in materia, mediante il Decreto Legislativo 6 settembre 2011, n. 159 intitolato “*Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136*”.

Tuttavia, per quel che interessa il presente lavoro, l’adozione del Codice non ha apportato, di per sé, un contributo sistematico e interpretativo così rilevante sull’istituto della documentazione antimafia, lasciando sostanzialmente immutata la pregressa partizione²¹³. Certamente rilevante è stata, invece, l’istituzione della Banca Dati Nazionale Unica per la documentazione antimafia (BDNA) di cui all’art 96 D. Lgs. n. 159/2011 *cit.* presso il Ministero dell’interno - Dipartimento per le politiche del personale dell’amministrazione civile e per le risorse strumentali e finanziarie, La medesima, come oggi ai più noto, si propone di rendere maggiormente efficiente l’azione dello Stato contro la criminalità organizzata accelerando il rilascio delle comunicazioni e informazioni antimafia liberatorie in modalità automatica ai soggetti titolati alla richiesta.

Soltanto con il Decreto Legislativo 15 novembre 2012, n. 218, dedicato alle “*Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, recante codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2, della legge 13 agosto 2010, n. 136*” si vede l’introduzione di molteplici disposizioni correttive sull’argomento. Le linee direttrici di questo intervento normativo riguardano, in primo luogo, l’ampliamento dei soggetti richiedenti e sottoponendi alle verifiche antimafia. Si segnala, specificamente, l’estensione dell’accertamento sull’infiltrazione mafiosa anche al coniuge non legalmente separato dell’imprenditore. In secondo luogo, come di consueto nella legislazione di contrasto

²¹³ In termini critici si pone il contributo di G. FIANDACA, C. VISCONTI, *Codice delle leggi antimafia: risultati, omissioni e prospettive*, in *Leg. Penale*, 2012, 2, 181-184; nella stessa Rivista, V. CUSUMANO, A. PORRACCILO, *La documentazione antimafia (D. Lgs. 6.9.2011 n. 159: artt. 82-101)*, 283-310.

alla criminalità organizzata mafiosa, si estende il novero delle situazioni sintomatiche dei tentativi di infiltrazione mafiosa a ulteriori fattispecie, come l'omessa denuncia dei reati di usura ed estorsione, i subappalti non autorizzati, il traffico illecito di rifiuti e la turbata libertà degli incanti, oltre alle violazioni degli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari. In terzo luogo, mutano, anche se in modo non omogeneo, i termini di efficacia della documentazione antimafia. Precisamente, la comunicazione ha una validità di sei mesi dalla data dell'acquisizione mentre l'informazione ha una validità di dodici mesi dalla data dell'acquisizione.

Importanti novità sono state poi introdotte con il d.l.gs. 13 ottobre 2014, n. 153 su *“Ulteriori disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, recante Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136”*. Oltre al coniuge non legalmente separato, proprio dal 2014 l'accertamento sull'infiltrazione mafiosa viene esteso anche a tutti i familiari conviventi di maggiore età dell'imprenditore risiedenti nel territorio dello Stato. La principale innovazione voluta dal legislatore del 2014 riguarda l'ambito di efficacia della documentazione antimafia interdittiva. Tanto, su due linee d'azione. La prima pertiene l'introduzione dell'art. 89 *bis* D. Lgs. n. 159/2011, sul quale ci soffermeremo approfonditamente in seguito. La seconda attiene all'introduzione dell'art. 86 co. 2 bis D. Lgs. n. 159/2011 a opera dell'art. 1 D. Lgs. n. 153/2014. Precisamente, si prevede che fino all'attivazione della banca dati nazionale unica, divenuta peraltro concretamente operativa soltanto dal 7 gennaio 2016, la documentazione antimafia diviene utilizzabile e produttiva di effetti *“anche in altri procedimenti, diversi da quello per il quale è stata acquisita, riguardanti i medesimi soggetti”*²¹⁴. L'occasione di questo mutamento,

²¹⁴ A parere di chi scrive, tale modifica normativa ha completato la scelta legislativa iniziata nel 2012 ove il legislatore ha introdotto nel corpo dell'art. 91 Cod. Antimafia il comma 7 bis, estendendo la platea dei soggetti cui deve essere comunicata l'emissione di un'informativa interdittiva antimafia. Come sostenuto dalla nota ordinanza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 31 luglio 2014, n. 17 (conf. Id., ord. 7 novembre 2014, n. 29), tale modifica ha comportato che l'informativa prefettizia spieghi i propri effetti su tutto il territorio nazionale e non più limitatamente al territorio ove ha sede la Prefettura che l'ha rilasciata. A differenza di quanto affermato nella precedente pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 24 settembre 2012, n. 33, discende che, avendo ora l'informativa effetti ultraregionali, competente a conoscere dell'impugnazione della stessa sia il T.A.R. del luogo ove ha sede la prefettura che ha adottato l'atto, secondo la regola di cui all'art. 13 co. 3 D. Lgs. n. 104/2010. Detto T.A.R. rimane parimenti competente anche nel caso di contestuale impugnazione dell'informativa e degli atti applicativi adottati dalla stazione appaltante. Essendo l'atto prefettizio atto autonomamente lesivo e, per l'effetto, immediatamente impugnabile, non può qui trovare applicazione il co. 4 bis dell'art. 13 c.p.a. secondo cui "la competenza territoriale relativa al provvedimento da cui deriva l'interesse a ricorrere attrae a sé anche quella

invero, pare nascere da una disfunzione del sistema stesso, dal momento che, allo stato, era ancora sospesa la Banca Dati Nazionale Unica della Documentazione Antimafia, istituita presso il Ministero dell'Interno con il D. Lgs. n. 159/2011 *cit.* Collegata telematicamente con il Centro elaborazione dati, la banca dati verifica in tempo reale la sussistenza di una delle cause di decadenza, di sospensione, di divieto o il tentativo di infiltrazione mafiosa. Si prevede che le Amministrazioni pubbliche, gli Enti pubblici e le Aziende vigilate dallo Stato debbano acquisire idonea documentazione informativa prima di stipulare, approvare od autorizzare i contratti e subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture pubblici, ovvero prima di rilasciare o consentire i provvedimenti di cui all'articolo 67 *cit.* circa la sussistenza di una delle cause di decadenza o sospensione di cui allo stesso art. 67 o dei tentativi di infiltrazione mafiosa di cui all'art. 84, comma 4 e art. 91 del Codice. I soggetti richiedenti debbono essere previamente accreditati in Banca dati tramite apposite credenziali rilasciate dalle Sezioni provinciali, appositamente costituite presso le Prefetture-UTG competenti, avendo come criterio di riferimento quello della sede dell'operatore economico per il quale viene chiesta la certificazione antimafia. Invero, il concreto funzionamento della BDNA è stato disciplinato dal D.P.C.M. 30/10/2014, n. 193 sulle modalità di funzionamento, accesso, consultazione e collegamento della BDNA con altre Banche dati, tra le quali il Centro elaborazione dati di cui all'art. 8 della legge 1° aprile 1981, n.121, il sistema informatico presso la DIA ed i sistemi informativi presso le Camere di Commercio.

relativa agli atti presupposti dallo stesso provvedimento, tranne che si tratti di atti normativi o generali" (conf. Ad. Plen Cons. Stato, 20 novembre 2013, n. 29). Pertanto, in caso di impugnazione contestuale di tale atto e dei susseguenti atti applicativi adottati dalla stazione appaltante, resta comunque competente il Tribunale ove ha sede l'autorità prefettizia che adotta l'atto. In dottrina, cfr. M. COLAPINTO, *L'Adunanza Plenaria sulla competenza territoriale in materia di informativa antimafia*, in *ItaliAppalti.it*; A. MANNINO, *Determinazione della competenza dei T.A.R. nel caso di ricorso diretto all'annullamento di una informativa antimafia emessa dalla Prefettura, nota a Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, ordinanza 4 febbraio 2013, n. 4*, in *italiAppalti.it*; O. TORIELLO, *L'Adunanza Plenaria fa il punto sui criteri di individuazione della competenza territoriale del T.A.R.: il criterio dell'efficacia territoriale dell'atto è prevalente qualora essa si esaurisca nella circoscrizione territoriale di un Tribunale periferico, nota a Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, ordinanza 4 febbraio 2013, n. 4*, in *italiAppalti.it*; F. BULFONI, *Il "criterio dell'efficacia" quale canone interpretativo della competenza territoriale dei Tribunali Amministrativi Regionali*, in *Il Nuovo Diritto Amministrativo*, Dike Giuridica, 2013, 3, 165 ss.; ID., *La competenza territoriale dei Tribunali Amministrativi Regionali*, in *Il Nuovo Diritto Amministrativo*, Dike Giuridica, 2013, 4, 172 ss. Sulla relazione tra presupposizione e tutela giurisprudenziale, si vedano i recenti contributi di S. IACHELLI, *Il rapporto di presupposizione tra atti amministrativi: la recente sentenza del Consiglio di stato*, in *Riv. Cammino Diritto*, 2021, 2; V. VISONE, *Il Consiglio di Stato sulla nozione di atto presupposto*, in *Riv. Cammino Diritto*, 2021, 1 unitamente alla bibliografia di teoria generale in entrambi citati.

Nel 2017 si assiste a un profondo innovamento della materia a opera della l. 17 ottobre 2017, n. 161, interamente dedicata alle “*Modifiche al codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, al codice penale e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale e altre disposizioni. Delega al Governo per la tutela del lavoro nelle aziende sequestrate e confiscate*”²¹⁵. L'intervento normativo in discorso comporta una serie di modifiche all'intera disciplina delle misure di contrasto alla criminalità organizzata mafiosa contenuta non soltanto nel D. Lgs. n. 159/2011 ma, altresì, nel codice penale, nel D. Lgs. n. 231/2001, nonché, senza pretesa di esaustività, nel d.l. n. 306/1992, conv. con mod. in l. n. 356/1992, prevedendo un maggior contemperamento con le esigenze di continuità aziendale degli operatori economici coinvolti. Anche se non oggetto della presente indagine, è utile ricordare, a titolo esemplificativo, l'ampliamento del catalogo dei destinatari delle misure di prevenzione personali e patrimoniali tramite l'implementazione delle fattispecie di reato rilevanti, insieme al mutamento del relativo procedimento applicativo. Una novità significativa della riforma in discorso riguarda le cd. misure di mitigazione, già oggetto di disamina nel presente lavoro, tramite la riscrittura dell'istituto della amministrazione giudiziaria di attività economiche e aziende di cui all'art. 34 D. Lgs. n. 159/2011 e l'introduzione dello strumento del controllo giudiziario di cui all'art. 34 *bis* Cod. Antimafia. Soltanto le successive disposizioni della l. n. 161/2017 sono dedicate propriamente alla disciplina della documentazione antimafia. Precisamente, l'art. 25 l. n. 161/2017 interviene sull'art. 83 Cod. Antimafia relativo all'ambito di applicazione della documentazione antimafia. Con la riformulazione del primo comma dell'art. 83 *cit.* viene imposto l'obbligo di acquisire detta documentazione da parte dei concessionari di lavori o di servizi pubblici prima di stipulare, autorizzare o approvare contratti o subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture pubblici. D'altra parte, al successivo art. 85 è precisato che la documentazione antimafia per le società di capitali anche consortili deve riferirsi, in ogni caso, a ciascuno dei consorziati, eliminando dalla disposizione previgente i riferimenti ai limiti numerici di partecipazione al consorzio. Viene poi introdotto l'obbligo di acquisire la documentazione antimafia per le concessioni di terreni agricoli e

²¹⁵ Un organico studio della riforma, con speciale riguardo all'amministrazione pubblica dei beni confiscati, oltre che, più in generale, sulle trasformazioni del diritto amministrativo di fronte alle sfide delle nuove emergenze criminali è offerto da N. GULLO, *Emergenza criminale e diritto amministrativo*, Editoriale Scientifica, 2017.

zootecnici demaniali di qualunque valore che ricadano nell'ambito dei regimi di sostegno previsti dalla politica agricola comune nonché su tutti i terreni agricoli che usufruiscano di fondi europei. Da ultimo, è rappresentativa l'attribuzione di valore significativa una situazione di pericolo di infiltrazione mafiosa ai sensi dell'art. 84 Cod. Antimafia al coinvolgimento in procedimenti penali per il reato di caporalato, di cui all'art. 603-*bis* c.p.

2. LA DOCUMENTAZIONE ANTIMAFIA: PRESUPPOSTI APPLICATIVI E DISCIPLINA.

Secondo l'efficace definizione del Prefetto Umberto Cimmino, per documentazione antimafia si intende il complesso dei “*provvedimenti amministrativi attraverso i quali viene fatto conoscere preliminarmente alla pubblica amministrazione l'esistenza o meno di impedimenti e situazioni indici di mafiosità a carico dei soggetti che si pongono in relazione con essa*”²¹⁶. Come noto, la disciplina della documentazione antimafia, nella forma della certificazione/comunicazione ovvero informativa/informazione, oggi confluisce nel D. Lgs. 159/2011²¹⁷.

Il c.d. Codice Antimafia costituisce epilogo di interventi normativi pregressi, con l'intento di ridurre a unità una legislazione stratificata, non soltanto in senso compilativo-quantitativo, alla stregua di un Testo Unico, ma, altresì, in senso innovativo-qualitativo²¹⁸. Per quel che rileva ai fini della nostra indagine, in effetti, nel Testo unico si rinviene un ampliamento delle situazioni dalle quali il Prefetto può desumere la sussistenza di quei tentativi di infiltrazione mafiosa che danno luogo all'adozione della documentazione interdittiva, sia essa una comunicazione o un'informativa, come si cercherà di spiegare approfonditamente *infra*.

Nel tessuto del decreto legislativo in parola si distinguono la “comunicazione”, prevista per i casi di provvedimenti *lato sensu* autorizzatori, e l'informativa ovvero

²¹⁶ U. CIMMINO, *La nuova certificazione e le altre cautele antimafia*, Palermo, 1995, 4.

²¹⁷ M. FEROCI, *Brevi considerazioni sul D. Lgs. 6 settembre 2011, n. 159, con particolare riguardo all'informazione antimafia degli appalti pubblici*, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2014, 4, 44-98.

²¹⁸ Per l'evoluzione storica dell'istituto, è utile guardare al manuale *Ordinamento e attività istituzionali del Ministero dell'Interno*, a cura di M.T. SEMPREVIVA, Dike Giuridica, 2017, 231-283. Per un quadro dell'istituto prima del Codice Antimafia, vd. anche R. RAPALIA, *Notazioni in tema di efficacia delle informative antimafia*, in *Foro Amm., C.d.S.*, 2011, 321 ss.

informazione, per i contratti pubblici e per l'assegnazione di contributi ed elargizioni diverse²¹⁹.

Ancorché il *genus* della documentazione antimafia ricomprenda l'insieme dei “*provvedimenti amministrativi attraverso i quali viene fatto conoscere preliminarmente alla pubblica amministrazione l'esistenza o meno di impedimenti e situazioni indici di mafiosità a carico dei soggetti che si pongono in relazione con essa*”, documentazione e informazione antimafia rappresentano, già dogmaticamente, *species* ben differenti²²⁰. Come usa distinguere la dottrina, la partizione tassonomica tra comunicazioni e informazioni antimafia riposa, a livello sistematico, proprio nel fatto che, almeno storicamente, le informative antimafia, monitorando le prestazioni rivolte dai privati nei confronti della Pubblica Amministrazione, sono misure a presidio della “*economia pubblica*”. Diversamente, le comunicazioni riguarderebbero i rapporti economici del privato tra i privati, perciò a salvaguardia della legalità nella “*economia privata*”²²¹.

2.1. LA COMUNICAZIONE ANTIMAFIA.

Le comunicazioni presentano un contenuto vincolato (o se si vuole on/off), poiché il presupposto della loro emissione consiste nel riscontrare la sussistenza di misure di prevenzione personali definitive in capo al destinatario.

Precisamente, l'art. 84 co. 2 D. Lgs. n. 159/2011 afferma che “*la comunicazione antimafia consiste nell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67*”²²². Dalla lettura dell'art. 67 cit., secondo

²¹⁹ A. MEZZOTERO, *Le informative prefettizie antimafia: natura, tipologie ed effetti interdittivi*, in *Giur. mer.*, 2009, 4, 1073 ss; S. GAMBACURTA, *La documentazione antimafia: tipologia e contenuto*, in AA.VV., A. Cisterna, M.V. De Simone, B. Frattasi, S. Gambacurta, *Codice Antimafia*, Maggioli Editore, 2013, 169 ss.

²²⁰ La definizione è, ancora una volta, di U. CIMMINO, *La nuova certificazione e le altre cautele antimafia*, in *Nuove Autonomie*, 1995, 4.

²²¹ Tra più, vd. V. SALAMONE, *La documentazione antimafia nella normativa e nella giurisprudenza*, *Il Grifone*, 2019, 23; A. LEVATO, *Ratio e requisiti delle informative antimafia*, in G. AMARELLI, S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Giappichelli, 2019, 32.

²²² Per maggiore completezza, si riporta il testo dell'art. 67 rubricato “Effetti delle misure di prevenzione”, secondo cui “Le persone alle quali sia stata applicata con provvedimento definitivo una delle misure di prevenzione previste dal libro I, titolo I, capo II non possono ottenere:

a) licenze o autorizzazioni di polizia e di commercio;
b) concessioni di acque pubbliche e diritti ad esse inerenti nonché concessioni di beni demaniali allorché siano richieste per l'esercizio di attività imprenditoriali;

quanto contenuto ai co. 1 e 8, si deduce che le cause ostative al rilascio della comunicazione antimafia liberatoria (*ex art. 67 co. 1 e 8 D. Lgs. n. 159/2011*) sono, anche non cumulativamente:

- i provvedimenti definitivi di applicazione delle misure di prevenzione personali applicate dall'autorità giudiziaria di cui all'art. 6 Codice Antimafia, giusto il riferimento contenuto all'art. 67 alle misure di prevenzione previste dal libro I, titolo I, capo II D. Lgs. n. 159/2011²²³;
- le condanne con sentenza definitiva o confermata in appello per taluno dei delitti consumati o tentati elencati all'art. 51 co. 3 *bis* c.p.p.²²⁴

c) concessioni di costruzione e gestione di opere riguardanti la pubblica amministrazione e concessioni di servizi pubblici;

d) iscrizioni negli elenchi di appaltatori o di fornitori di opere, beni e servizi riguardanti la pubblica amministrazione, nei registri della camera di commercio per l'esercizio del commercio all'ingrosso e nei registri di commissionari astatori presso i mercati anonari all'ingrosso;

e) attestazioni di qualificazione per eseguire lavori pubblici;

f) altre iscrizioni o provvedimenti a contenuto autorizzatorio, concessorio o abilitativo per lo svolgimento di attività imprenditoriali, comunque denominati;

g) contributi, finanziamenti o mutui agevolati ed altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati da parte dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità europee, per lo svolgimento di attività imprenditoriali;

h) licenze per detenzione e porto d'armi, fabbricazione, deposito, vendita e trasporto di materie esplosive”.

²²³ Per opportunità d'indagine, si riporta il testo dell'art. 6 D. Lgs. n. 159/2011, relativo alle tipologie di misure di prevenzione personali applicabili dall'autorità giudiziaria e loro presupposti: “Alle persone indicate nell'articolo 4, quando siano pericolose per la sicurezza pubblica, può essere applicata, nei modi stabiliti negli articoli seguenti, la misura di prevenzione della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza.

Salvi i casi di cui all'articolo 4, comma 1, lettere a) e b), alla sorveglianza speciale può essere aggiunto, ove le circostanze del caso lo richiedano, il divieto di soggiorno in uno o più comuni, diversi da quelli di residenza o di dimora abituale, o in una o più regioni.

Nei casi in cui le altre misure di prevenzione non sono ritenute idonee alla tutela della sicurezza pubblica può essere imposto l'obbligo di soggiorno nel comune di residenza o di dimora abituale.

Ai fini della tutela della sicurezza pubblica, gli obblighi e le prescrizioni inerenti alla sorveglianza speciale possono essere disposti, con il consenso dell'interessato ed accertata la disponibilità dei relativi dispositivi, anche con le modalità di controllo previste all'articolo 275-bis del codice di procedura penale”.

²²⁴ L'art. 51 c.p.p., pur dedicato agli “Uffici del pubblico ministero - Attribuzioni del procuratore della Repubblica distrettuale”, al co. 3 bis contiene un elenco di fattispecie che assumono nell'ordinamento valore sostanziale per la gravità dei fatti puniti. Specificamente, il comma contempla “i procedimenti per i delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 416, sesto e settimo comma, 416, realizzato allo scopo di commettere taluno dei delitti di cui all'articolo 12, commi 3 e 3-ter, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, 416, realizzato allo scopo di commettere delitti previsti dagli articoli 473 e 474, 600, 601, 602, 416-bis, 416-ter, 452-quaterdecies e 630 codice penale, per i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché per i delitti previsti dall'articolo 74 del Testo Unico approvato con d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, dall'articolo 291-quater del testo unico approvato con d.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43”, delitti rispetto ai quali, appunto, le funzioni indicate nel comma 1 lettera a) sono attribuite all'ufficio del pubblico ministero presso il tribunale del capoluogo del distretto nel cui ambito ha sede il giudice competente.

Altrettanta precisione non è presente, tuttavia, nella definizione del campo di applicazione oggettivo della comunicazione antimafia, dal momento che il D. Lgs. n. 159/2011, a differenza di quanto accade per le informative non ne precisa i confini (sul punto torneremo *infra*), costringendo l'interprete a individuarne l'estensione per differenza.

Ecco che, da una lettura *a contrariis* rispetto al combinato disposto di cui agli artt. 67, 83 co. 3, 89 e 91 co. 1 e 1 *bis* D. Lgs. n. 159/2011, la comunicazione antimafia va richiesta, precisamente, per ottenere:

a) licenze, autorizzazioni di polizia di competenza del Comune e autorizzazioni al commercio;

b) concessioni di acque pubbliche e diritti ad esse inerenti nonché concessioni di beni demaniali allorché siano richieste per l'esercizio di attività imprenditoriali;

c) concessioni di costruzione e gestione di opere riguardanti la pubblica amministrazione e concessioni di servizi pubblici di valore superiore a 150.000,00 € e inferiore alla soglia comunitaria;

d) iscrizioni in albi di appaltatori, fornitori di opere, beni e servizi riguardanti la pubblica amministrazione, nei registri della Camera di commercio per l'esercizio del commercio all'ingrosso e nei registri dei commissionari astatori presso i mercati annonari all'ingrosso;

e) attestazioni di qualificazione per eseguire lavori pubblici;

f) altre iscrizioni o provvedimenti a contenuto autorizzatorio, concessorio o abilitativo per lo svolgimento di attività imprenditoriali, comunque denominati;

g) contributi, finanziamenti o mutui agevolati ed altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominati, concessi o erogati da parte dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità europee, per lo svolgimento di attività imprenditoriali;

h) licenze per detenzione o porti d'armi, fabbricazione, deposito, vendita e trasporto di materie esplosive.

Occorre poi precisare che lo stesso art. 83 D. Lgs. n. 159/2011 al co. 3 non prevede il rilascio della documentazione antimafia nelle seguenti ipotesi:

a) per i rapporti fra i soggetti pubblici di cui al comma 1;

b) per i rapporti fra i soggetti pubblici di cui alla lettera a) ed altri soggetti, anche privati, i cui organi rappresentativi e quelli aventi funzioni di amministrazione e di controllo

sono sottoposti, per disposizione di legge o di regolamento, alla verifica di particolari requisiti di onorabilità tali da escludere la sussistenza di una delle cause di sospensione, di decadenza o di divieto di cui all'articolo 67;

c) per il rilascio o rinnovo delle autorizzazioni o licenze di polizia di competenza delle autorità nazionali e provinciali di pubblica sicurezza;

d) per la stipulazione o approvazione di contratti e per la concessione di erogazioni a favore di chi esercita attività agricole o professionali, non organizzate in forma di impresa, nonché a favore di chi esercita attività artigiana in forma di impresa individuale e attività di lavoro autonomo anche intellettuale in forma individuale;

e) per i provvedimenti, gli atti ed i contratti il cui valore complessivo non sia superiore a 150.000 euro.

Vi sono poi una serie di circostanze per cui opera il mitigato regime amministrativo dell'autocertificazione, dal momento che l'art. 89 Codice Antimafia espressamente prevede che *“Fuori dei casi in cui è richiesta l'informazione antimafia e salvo quanto previsto dall'articolo 88, comma 4-bis, i contratti e subcontratti relativi a lavori, servizi o forniture dichiarati urgenti ed i provvedimenti di rinnovo conseguenti a provvedimenti già disposti, sono stipulati, autorizzati o adottati previa acquisizione di apposita dichiarazione con la quale l'interessato attesti che nei propri confronti non sussistono le cause di divieto, di decadenza o di sospensione di cui all'articolo 67. La dichiarazione deve essere sottoscritta con le modalità di cui all'articolo 38 del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445”*. Invero, uno di recenti provvedimenti normativi emanati in conseguenza all'emergenza epidemiologica da COVID-19 suggerisce, seppur temporaneamente, una diversa, e ben più propagata, latitudine applicativa del meccanismo autocertificativo, al dichiarato fine di garantire la massima semplificazione, l'accelerazione dei procedimenti amministrativi e la rimozione di ogni ostacolo burocratico nella vita dei cittadini e delle imprese in relazione all'emergenza COVID-19.

Il riferimento è all'art. 264 Decreto Legge 19 maggio 2020, n. 34, recante *“Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19”*, convertito con modificazioni dalla Legge 17 luglio 2020, n. 77, appunto dedicato alla *“Liberalizzazione e semplificazione dei procedimenti amministrativi in relazione all'emergenza epidemiologica da COVID-19”*. Ivi è

previsto che in tutti i procedimenti a iniziativa di parte relativi all'erogazione di benefici economici, indennità, prestazioni previdenziali e assistenziali, erogazioni, contributi, sovvenzioni, finanziamenti, prestiti, agevolazioni e sospensioni, da parte di pubbliche amministrazioni, le dichiarazioni di cui agli artt. 46 e 47 d.P.R. n. 445/2000 *“sostituiscono ogni tipo di documentazione comprovante tutti i requisiti soggettivi e oggettivi richiesti dalla normativa di riferimento, anche in deroga ai limiti previsti dagli stessi o dalla normativa di settore, fatto comunque salvo il rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159”*. Sul punto, si deve rilevare che, a oggi, mancano valutazioni sull'impatto della novella e, perciò, non è ancora consentito apprezzarne in modo significativo conseguenze e benefici dal punto di vista operativo né, allo stesso modo, valutarne i riverberi negativi relativamente al “tradizionale” procedimento di verifica antimafia. Ancorché la disposizione in discorso, originariamente applicabile, *ratione temporis*, alle richieste avanzate fino al 30 dicembre 2020, sia oggi, invece, efficace *“per il periodo di vigenza del Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19”*, per completezza d'indagine è opportuno darne conto in seno al presente lavoro, dal momento che il principio del *tempus regit actum*, governa, tra gli altri, anche il procedimento amministrativo. Dal punto di vista della teoria generale, allora, si deve ricordare che il meccanismo funzionale sotteso alle dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà di cui agli artt. 46 e 47 d.P.R. 445/2000 prevede una forma di controllo in capo all'Amministrazione *“anche a campione in misura proporzionale al rischio e all'entità del beneficio, e nei casi di ragionevole dubbio, sulla veridicità delle dichiarazioni di cui agli artt. 46 e 47, anche successivamente all'erogazione dei benefici, comunque denominati, per i quali sono rese le dichiarazioni”* (cfr. art. 71 d.P.R. n. 445/2000 *cit.*). Ora, l'utilizzo dell'inciso *“anche”* denota soltanto che le Pubbliche Amministrazioni possono non effettuare i controlli su tutte le dichiarazioni ma non significa certamente che l'adempimento del controllo sia divenuto, *ex se*, una facoltà. Del pari, la metodologia di svolgimento del riscontro *“a campione”*, ovvero di tipo statistico, non esclude che vi siano alcune tipologie procedurali che, per natura o per regime giuridico escludono *in nuce* la possibilità di ricorrervi.

Un esempio lampante in merito è fornito, come noto, dalla comprova dei requisiti di moralità, di idoneità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa delle imprese affidatarie

di contratti pubblici. Ebbene, nella materia dei contratti pubblici l'obbligo di procedere al controllo su tutte le autodichiarazioni rilasciate ai sensi degli artt. 46 e 47 *cit.* integra applicazione di principi proconcorrenziali, di *par condicio* tra concorrenti, oltre che, dal lato della Pubblica Amministrazione procedente, del rispetto del principio di legalità di cui all'art. 97 Cost. e di tassatività delle cause di esclusione dalle procedure a evidenza pubblica.

Seguendo la stessa linea argomentativa, non si vede come per la documentazione antimafia possa valere una conclusione di diverso tenore, specie considerando che gli strumenti normativi di contrasto alla criminalità organizzata mafiosa mirano a tutelare principi fondamentali dell'ordinamento costituito, quali l'ordine e la sicurezza pubblici. Pertanto, l'Amministrazione procedente sarà sempre tenuta a investire la Prefettura competente per svolgere il controllo di veridicità per ogni dichiarazione resa dal privato sull'insussistenza delle cause di divieto, decadenza o sospensione di cui all'art. 67 D. Lgs. n. 159/2011.

2.2. L'INFORMAZIONE (O INFORMATIVA) ANTIMAFIA.

Esaurita questa breve digressione e delineate, così, per linee generali, le coordinate normative di riferimento per la comunicazione antimafia, si può ora affrontare la disciplina delle informative ovvero informazioni antimafia. Ivi, a differenza di quanto accade nell'istituto appena analizzato, il Prefetto è titolare di un potere a contenuto discrezionale, data l'autonomia valutativa circa il rischio di permeabilità mafiosa dell'impresa.

Prima disposizione normativa di interesse è, evidentemente, il co. 3 dell'art. 84 D. Lgs. 159/2011, secondo cui "*l'informazione antimafia consiste nell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67, nonché, (...) nell'attestazione della sussistenza o meno di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate*".

A seguire, il combinato disposto di cui agli artt. 84 co. 4 e 91 co. 6 D. Lgs. n. 159/2011 elenca analiticamente le situazioni sintomatiche del pericolo di infiltrazione mafiosa. Ebbene, l'articolata composizione degli elementi contenuti al co. 4 dell'art. 84 *cit.* ha suggerito la

partizione dottrinale tra informativa antimafia specifica e informativa antimafia generica²²⁵. Nell'alveo della prima si collocano le lettere a), b), c) e f) dell'art. 84 co. 4 *cit.*, che descrivono precise situazioni da cui il prefetto può desumere la sussistenza del tentativo di infiltrazione mafiosa sull'operatore economico oggetto della verifica antimafia.

Precisamente, la lettera a) contempla “*i provvedimenti che dispongono una misura cautelare o il giudizio, ovvero che recano una condanna anche non definitiva per taluni dei delitti di cui agli articoli 353, 353-bis, 603-bis, 629, 640-bis, 644, 648-bis, 648-ter del codice penale, dei delitti di cui all'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale e di cui all'articolo 12-quinquies del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306 convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356*”²²⁶. La lettera b), invece, guarda all'intervenuta proposta ovvero al provvedimento di applicazione di “*taluna delle misure di prevenzione*”. A una prima lettura, si sarebbe portati a ritenere che le fattispecie delittuose appena menzionate coincidano i reati-fine dell'associazione, intendendo per tali, come noto, l'insieme di condotte poste in essere come obbiettivo dell'associazione.

Tale conclusione, tuttavia, non risulta esaustiva e soddisfacente. E ciò essenzialmente per per due ordini di ragioni.

²²⁵ G. AMARELLI, *L'onda lunga della sentenza De Tommaso: ore contate per l'interdittiva antimafia “generica” ex art. 84, co. 4, lett. d) ed e) D. Lgs. 159/2011?*, in *Dir. Pen. Contemp.*, 2017, 4, 294.

²²⁶ Si tratta, rispettivamente, dei delitti di turbata libertà degli incanti (art. 353 c.p.), turbata libertà del procedimento di scelta del contraente (art. 353 bis c.p.), intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro (art. 603 bis c.p.), estorsione (art. 629 c.p.), truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (art. 640 bis c.p.), usura (art. 644 c.p.), riciclaggio (art. 648 bis c.p.), impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita (art. 648 ter c.p.). Per quanto riguarda il riferimento all'art. 51 co. 3 bis c.p.p., dedicato agli “Uffici del pubblico ministero. Attribuzioni del procuratore della Repubblica distrettuale”, è nota la sua natura di norma processuale al cui contenuto sostanziale, tuttavia, l'ordinamento rinvia in più luoghi. Le fattispecie criminose ivi richiamate sono, precisamente, i delitti di associazione a delinquere semplice finalizzata al compimento dei reati di cui all'art. 416 co. 6 e 7 c.p., di cui all'art. 12 co. 1, 3 e 3 ter D. Lgs. n. 286/1998, ovvero di cui agli artt. 473 e 474 c.p. (cioè a dire “Contraffazione, alterazione o uso di marchi o segni distintivi ovvero di brevetti, modelli e disegni” e “Introduzione nello Stato e commercio di prodotti con segni falsi”). Ancora, l'art. 51 co. 3 bis c.p.p. contempla i delitti di attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti (art. 452 quaterdecies c.p.), di riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù (art. 600 c.p.), di tratta di persone (art. 601 c.p.), di acquisto e alienazione di schiavi (art. 602 c.p.), di sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630 c.p.), il delitto di associazione a delinquere di stampo mafioso, unitamente a ogni altro commesso avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416 bis c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività dell'associazione, di scambio elettorale politico-mafioso, i reati di cui all'art. 74 d.P.R. 9 ottobre, n. 390, nonché il delitto di associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri di cui al d.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43. Da ultimo, l'art. 84 co. 4 lett. a) in discorso eleva a fattispecie sintomatica del tentativo di infiltrazione mafiosa i provvedimenti i provvedimenti che dispongono una misura cautelare o il giudizio, ovvero che recano una condanna anche non definitiva per il delitto di trasferimento fraudolento di valori che, pur introdotto all'art. 12 quinquies della l. 7.8.1992, n. 306, recante “Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa”, è stato trasfuso senza modifiche dal D. Lgs. 1/3/2018, n. 21 «Disposizioni di attuazione del principio di delega della riserva di codice nella materia penale», all'art. 512 *bis* c.p., tra i delitti contro l'economia, mantenendo la medesima rubrica.

La prima deriva da una lettura *a contrariis* dell'art. 84 co. 4 lett. a) *cit.*, dal momento che ivi non è stato ricompreso uno dei reati-fine più comuni, almeno storicamente, quale il danneggiamento di cui all'art. 635 c.p., che costituisce tradizionalmente lo strumento principe per perseguire il controllo del territorio²²⁷. La seconda ragione deriva da considerazioni di tipo empirico e sociologico, strettamente collegate allo studio del fenomeno delle infiltrazioni della criminalità organizzata mafiosa nelle attività economico-impresariali. Come sottolinea recente dottrina studiosa del fenomeno, “*i classici reati-fine, tradizionalmente posti in essere come scopo, oggetto od obbiettivo dell'associazione, ora rappresentano, nella grande maggioranza dei casi, solo strumenti utilizzati nella fase embrionale della infiltrazione, soprattutto per lanciare un messaggio di presenza sul territorio*”²²⁸.

Le brevissime riflessioni sin qui svolte consentono di affermare che l'insieme delle fattispecie di delitto contenute all'art. 84 co. 4. lett. a) *cit.* individua i c.d. reati-spia, ovverosia “*condotte che riflettono in sé il pericolo di infiltrazione mafiosa, in quanto si tratta di fattispecie che destano maggiore allarme sociale, intorno alle quali con maggiore regolarità statistica gravita il mondo della criminalità organizzata di stampo mafioso*”²²⁹.

Sì che, ben si nota la convergenza tra il diritto penale e la materia che ci occupa. Anche nel disciplinare l'istituto delle interdittive antimafia, infatti, il legislatore richiama almeno quattro categorie di condotte, così individuate dalla dottrina chiamata a studiare come il diritto definisca l'impresa mafiosa²³⁰.

In primo luogo, la sanzione penale punisce tutti quei casi in cui “*il soggetto agisce senza esserne autorizzato*”, ad esempio smaltendo illecitamente rifiuti, vendendo armi o esercitando il gioco d'azzardo.

In secondo luogo, il diritto penale vieta *in toto* l'esercizio di una determinata attività di produzione di beni o servizi, perciò ritenuta illecita, come nel caso del traffico di stupefacenti, della contraffazione o delle frodi in commercio.

²²⁷ In argomento, tra più, A. CENTONZE, *Le fattispecie associative e i reati-fine: riunione e separazione processuale di fronte alla regola di giudizio dell'oltre ogni ragionevole dubbio*, in G. TINEBRA, R. ALFONSO, A. CENTONZE (a cura di), *Fenomenologia del maxiprocesso: venti anni di esperienze*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2011, 117.

²²⁸ In termini S. PELLEGRINI, *L'impresa grigia. Le infiltrazioni mafiose nell'economia legale. Un'analisi sociologico-giuridica*, Ediesse, 2019, 23.

²²⁹ Così riporta, proprio nella materia delle interdittive antimafia, Cons. Stato, sez. III, sent. 6707/2018. In dottrina, copre in parte il complesso dei reati richiamati all'art. 84 co. lett. a) D. Lgs. n. 159/2011 l'espressione di “delitti collegati all'associazione” contenuta in C. MARESCA, *Manuale di legislazione antimafia*, cit. 63 s.s.

²³⁰ Si veda, su quest'ultimo punto, la ricostruzione offerta da S. PELLEGRINI, *L'impresa grigia, op. cit.*, 74 ss.

In terzo luogo, l'ordinamento penale sanziona il metodo, a prescindere dall'oggetto dell'attività imprenditoriale o dal soggetto che la esercita, individuando nel modello disegnato dall'art. 416 *bis* c.p. la condotta fenomenologicamente più rilevante e caratterizzata da maggior disvalore.

In quarto luogo, il legislatore penale colpisce lo svolgimento di attività economiche funzionali a immettere sul mercato legale capitali provenienti da attività penalmente rilevanti, come accade, a titolo solo esemplificativo, nell'ipotesi delle condotte di riciclaggio di cui all'art. 648 *bis* c.p. Ora, a prescindere dalla latitudine del rinvio che l'art. 84 co. 4 lett. a) *cit.* rivolge a fattispecie penalmente rilevanti, c'è da dire che i delitti di cui si è appena dato conto costituiscono un insieme tipizzato e tassativo, rispetto al quale solo la legge statale può disporre modifiche e integrazioni. Altro, ancorché contiguo, interrogativo che si eleva sul punto riguarda la corretta decodificazione del concetto di “*reato strumentale all'attività delle organizzazioni criminali*” contenuta nel successivo art. 91 co. 6 Codice delle Leggi Antimafia, su cui ci si soffermerà nei termini che di qui a poco seguiranno.

Proseguendo nella disamina delle “*situazioni relative ai tentativi di infiltrazione mafiosa*” suscettibili di dar luogo al rilascio di informativa antimafia interdittiva specifica, ulteriore elemento sintomatico è costituito dall'omessa denuncia all'autorità giudiziaria del delitto di concussione o di estorsione di cui agli artt. 317 e 629 c.p. aggravati *ex art.* 7 d.l. 13 maggio 1991, n. 152 (conv. con mod. dalla l. 12 luglio 1991, n. 203) da parte dei soggetti indicati all'art. 80 co. 3 D. Lgs. n. 50/2016 (già art. 38 D. Lgs. n. 163/2006), anche in assenza di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione o di una causa ostativa ivi previste nei loro confronti, salvo che non ricorrano le cause di esclusione della responsabilità di cui all'art. 4 l. 24 novembre 1981, n. 689 (art. 84 co. 4 lett. c) *cit.*).

A onor del vero, la prova dell'omessa denuncia, in qualità di fatto negativo, passa per la dimostrazione di un fatto positivo contrario, in virtù dei principi di vicinanza della prova e, soprattutto, del brocardo per cui “*negativa non sunt probanda*”²³¹. All'uopo, il legislatore ha precisato espressamente che “*la circostanza di cui al comma 4, lettera c) deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato e deve essere comunicata, unitamente alle generalità del soggetto che ha omesso la predetta*

²³¹ Il principio, di derivazione e origine civilistica, è espresso nella nota pronuncia della Cass. Civ., Sez. Unite, sent. 30 ottobre 2001, n. 13533; più di recente, tra più, Cass. Civ., 3 maggio 2019, n. 11748.

denuncia, dal procuratore della Repubblica procedente alla prefettura della provincia in cui i soggetti richiedenti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, hanno sede ovvero in cui hanno residenza o sede le persone fisiche, le imprese, le associazioni, le società o i consorzi interessati ai contratti e subcontratti di cui all'articolo 91, comma 1, lettere a) e c) o che siano destinatari degli atti di concessione o erogazione di cui alla lettera b) dello stesso comma 1” (in termini recita l’art. 84 co. 4 *bis* D. Lgs. n. 159/2011).

Ultima situazione legislativamente tassativizzata è quella contenuta alla lett. c) dell’art. 84 co. 4 *cit.*, che ravvisa la sintomaticità del tentativo di infiltrazione mafiosa nelle sostituzioni “*negli organi sociali, nella rappresentanza legale della società nonché nella titolarità delle imprese individuali ovvero delle quote societarie, effettuate da chiunque conviva stabilmente con i soggetti destinatari dei provvedimenti di cui alle lettere a) e b), con modalità che, per i tempi in cui vengono realizzati, il valore economico delle transazioni, il reddito dei soggetti coinvolti nonché le qualità professionali dei subentranti, denotino l'intento di eludere la normativa sulla documentazione antimafia*”. A fondamento dell’interdittiva antimafia generica invece, concorre il contenuto di cui alle lett. d) ed e) dell’art. 84 co. 4 *cit.* ove, a ben vedere, è contemplato un peculiare potere istruttorio in capo all’Autorità Prefettizia, quello degli accertamenti. Il riferimento è, rispettivamente, agli “*accertamenti disposti dal prefetto anche avvalendosi dei poteri di accesso e di accertamento delegati dal Ministro dell'interno ai sensi del decreto-legge 6 settembre 1982, n. 629, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 ottobre 1982, n. 726, ovvero di quelli di cui all'articolo 93 del presente decreto*” e agli “*accertamenti da effettuarsi in altra provincia a cura dei prefetti competenti su richiesta del prefetto procedente ai sensi della lettera d)*”.

Evidentemente, l’accertamento, in quanto tale, per sua natura non può costituire elemento sintomatico del tentativo di infiltrazione mafiosa, quanto, piuttosto, un mezzo ovvero strumento di accertamento istruttorio. Sarà, invece, l’insieme delle evidenze e riscontri che il Prefetto trae proprio dallo svolgersi dell’accertamento a costituire elemento sintomatico del pericolo di infiltrazione mafiosa a carico dell’operatore economico oggetto della verifica antimafia.

Come si avrà modo di spiegare approfonditamente in seguito, è proprio l’informativa interdittiva generica a sollevare i principali dubbi di compatibilità con il principio di legalità,

quantomeno nell'accezione che lo stesso reca nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

2.2.1. TRA INFORMATIVA ANTIMAFIA GENERICA E SPECIFICA: L'IPOTESI DI CUI ALL'ART. 91 CO. 6 D. LGS. N. 159/2011.

A mezza via tra l'informativa antimafia generica e quella specifica si colloca l'ipotesi di cui all'art. 91 co. 6 *cit.*, ove l'ordinamento consente al Prefetto di desumere il tentativo di infiltrazione mafiosa “*da provvedimenti di condanna anche non definitiva per reati strumentali all'attività delle organizzazioni criminali unitamente a concreti elementi da cui risulti che l'attività d'impresa possa, anche in modo indiretto, agevolare le attività criminose o esserne in qualche modo condizionata, nonché dall'accertamento delle violazioni degli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari di cui all'articolo 3 della legge 13 agosto 2010, n. 136, commesse con la condizione della reiterazione prevista dall'articolo 8-bis della legge 24 novembre 1981, n. 689*”.

Come si nota *ictu oculi* detta ultima disposizione contiene un riferimento, tra gli altri, ai provvedimenti di condanna anche non passati in giudicato per “*reati strumentali all'attività delle organizzazioni criminali*”. Ancorché tali provvedimenti non siano da soli sufficienti a fondare il pericolo di infiltrazione mafiosa, l'interrogativo che si pone, almeno a parere di chi scrive, riguarda la corretta decodificazione del concetto di “*reato strumentale*” all'attività dell'organizzazione.

Viene da chiedersi, in altre parole, se tale espressione sia assimilabile alle fattispecie di reato citate agli artt. 67 co. 8 e 84 co. 4 lett. a) Cod. Antimafia e, per l'effetto, se le esaurisca o meno. È noto che i delitti contemplati nelle due disposizioni appena richiamate costituiscono l'approdo normativo di un sapere sociologico che deduce dall'accertamento di determinate condotte la presenza dell'organizzazione criminale mafiosa. Per questo tali fattispecie, come prima detto, vengono generalmente definite come “reati-spia” ovvero, secondo altra impostazione, come delitti collegati all'associazione mafiosa²³². Del resto, l'esperienza empirica dimostra come l'esistenza dell'organizzazione emerge normalmente

²³² Parla di delitti collegati all'associazione nel descrivere il diritto penale sostanziale antimafia, C. MARESCA, *Manuale di legislazione antimafia, cit.*, 63.

proprio dall'accertata commissione dei c.d. delitti scopo. Questo a prescindere dalla formulazione dell'art. 416 *bis* c.p., ove l'attività dell'organizzazione, a differenza di quanto accade nel delitto di associazione a delinquere di cui all'art. 416 c.p., non è preordinata unicamente alla commissione di delitti. Certamente per i c.d. reati spia il legislatore ne ha prediletto un'individuazione precisa tramite un'elencazione tassativa delle fattispecie di reato rilevanti ai sensi e dell'art. 67 co. 8 e dell'art. 84 co. 4 lett. a) *cit.*

Altrettanto indiscutibile pare, almeno secondo chi scrive, che tutti i reati contemplati nelle disposizioni appena richiamate sono considerati dal legislatore, almeno astrattamente, strumentali all'attività dell'organizzazione. Non è bensì vero il contrario, dal momento che può ben darsi la commissione di reati strumentali all'attività dell'organizzazione non solo in astratto ma anche in concreto che, tuttavia, non sono ricompresi nelle fattispecie contenute agli artt. 67 co. 8 e 84 co. 4 lett. a) *cit.* In tale evenienza, evidentemente, soccorre proprio la formulazione dell'art. 91 co. 6 *cit.*, che consente all'autorità prefettizia di ritenere tali condotte sintomatiche del pericolo di infiltrazione mafiosa e, dunque, sufficienti per rilasciare un provvedimento informativo interdittivo. Ora, l'importanza di prediligere l'accertamento in concreto del legame tra una condotta penalmente rilevante e l'integrazione dei requisiti richiesti per il rilascio di documentazione interdittiva antimafia si avverte sensibilmente là dove il reato contestato non sia riconducibile alla criminalità organizzata mafiosa né in astratto né in concreto. L'inverarsi di tale ipotesi non pare affatto peregrina, dal momento che proprio di recente se ne è registrata l'applicazione da parte della giurisprudenza amministrativa di merito.

Il giudice amministrativo, precisamente, rileva che con l'emanazione del c.d. decreto sicurezza del 2018²³³ il legislatore ha modificato l'art. 67 co. 8 D. Lgs. n. 159/2011. Pertanto, ai fini della determinazione dei divieti e delle decadenze di cui all'art. 67, oggi confluiscono non soltanto le ipotesi di applicazione delle misure di prevenzione antimafia e la condanna per i reati di cui all'art. 51 co. 3-*bis* c.p.p. ma anche la condanna per i reati di truffa aggravata a danno dello Stato o di un altro ente pubblico o col pretesto di far esonerare taluno dal

²³³ Il d.l., convertito con modificazioni, dalla legge 1 dicembre 2018, n. 132, reca “*Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'Interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia Nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata*” (decreto legge 4 ottobre 2018, n. 113).

servizio militare (art. 640 co. 2 num. 1) c.p.) e di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (art. 640 *bis* c.p.).

Ed è proprio in virtù di questa assimilazione che il T.A.R. Friuli Venezia Giulia ha dubitato della legittimità costituzionale dell'art. 67 co. 8 Cod. Antimafia per violazione dei principi di ragionevolezza, proporzionalità di cui agli artt. 3, 25, 27, 38 3 e 41 Cost., anche in relazione al parametro interposto²³⁴ di cui agli artt. 6 e 7 CEDU, tanto da rimettere la questione alla Consulta²³⁵. È messa in dubbio, specificamente, la ragionevolezza della disposizione nella parte in cui, ai fini della determinazione degli automatici effetti interdittivi antimafia *ex art. 67 cit.*, si parificano l'adozione di una misura di prevenzione tipica e la condanna per gravissimi reati a struttura associativa alla diversa ipotesi della condanna per il reato di cui all'art. 640 *bis* c.p.²³⁶

Il delitto di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche, come noto, punisce con la reclusione da due a sette anni “speciali” fatti di truffa che hanno per oggetto

²³⁴ L'ingresso della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nel novero dello scrutinio di costituzionalità, in qualità di parametro interposto rispetto alla violazione dell'art. 117, I co. Cost., come noto, risale alle famose sentenze “gemelle” Corte Cost., 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349.

²³⁵ Il riferimento è a T.A.R. Friuli Venezia Giulia, sez. I, ord. 26 maggio 2020, n. 160. In argomento, I. PICARDI, *Il T.A.R. per il Friuli Venezia Giulia dubita della legittimità costituzionale dell'art. 67, comma 8, D. Lgs. 159 del 2011 nella parte in cui fa automaticamente derivare dalla abusiva captazione di finanziamenti pubblici (artt. 640, secondo comma, n. 1 e 640 bis c.p.) i divieti, le sospensioni e le decadenze previste dalla medesima norma*, 5 giugno 2020, in <https://appaltiecontratti.it>; M. FATTORE, *Il rumore sordo e prolungato della battaglia - (riflessioni a partire dalla 9ordinanza di rimessione della questione di legittimità costituzionale dell'art. 67, co. 8, codice antimafia, sollevata da T.A.R. friuli-venezias giulia con ordinanza n. 160 del 26.5.2020)*, in *Diritto di difesa. La rivista dell'unione delle camere penali italiane*, 6 maggio 2021, in <https://dirittodidifesa.eu>.

²³⁶ La controversia da cui scaturisce l'ordinanza di rimessione risulta centrale per comprenderne l'apparato argomentativo a sostegno. Ivi, precisamente, il ricorrente chiede l'annullamento del provvedimento interdittivo adottato dalla Prefettura di Udine ai sensi degli artt. 67 e 92 D. Lgs. n. 159/2011 in seguito a una sentenza di condanna irrevocabile *ex art. 444 c.p.p.* per il reato di cui all'art. 640 *bis* c.p. La condotta punita consisteva nell'aver posto in essere artifici e raggiri per conseguire fondi europei, facendo risultare lavori di ristrutturazione di un immobile per finalità di commercializzazione di acquacoltura regionale in luogo della reale natura degli interventi, funzionali alla ristrutturazione di un immobile a uso abitativo. In sede cautelare, il T.A.R., con ordinanza n. 74/2019, ha rigettato le doglianze del ricorrente sul presupposto che “l'art. 640 *bis* c.p., introdotto dal legislatore come causa ostativa al rilascio della liberatoria antimafia, è una disposizione quanto mai opportuna, considerato il carattere pervasivo e la capacità di espansione geografica delle attività imprenditoriali da parte delle associazioni mafiose, il che vale di per sé, non solo a giustificare l'estensione dell'applicazione dei commi 1, 2, 3 e 4 dell'art. 67 Cod. Antimafia a reati non tipicamente mafiosi, ma anche e soprattutto a precludere, al contempo, a questo giudice una valutazione di non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale prospettata dal ricorrente”. Tale decisione, tuttavia, è stata riformata in sede di appello cautelare, ove la terza sezione del Consiglio di Stato, con ord. n. 5921 del 2019, ha ritenuto necessario approfondire in sede di merito “la portata retroattiva della nuova previsione di cui all'art. 67 co. 8, ultimo periodo” (profilo su cui ci soffermeremo nel corso dell'ultimo capitolo del presente lavoro) e “l'intrinseca ragionevolezza della disposizione, anche in relazione ai profili di non manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale prospettate dalla parte ricorrente e comunque rilevabili d'ufficio”.

materiale la percezione di “*contributi, finanziamenti, mutui agevolati ovvero altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati da parte dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità europee*”. Si tratta di una fattispecie di reato naturalmente, ma non necessariamente, monosoggettiva, punita con sanzioni inferiori rispetto ai delitti di associazione di cui agli artt. 416 e 416 *bis* c.p. e, secondo il percorso argomentativo del giudice remittente, altrettanto “*non necessariamente correlata ad attività di tipo mafioso*”. Ebbene, negli atti preparatori al d.l. n. 113/2018 viene dato atto della opportunità di inserire tale fattispecie, insieme al delitto di cui all’art. 640 co. 2 num. 1) c.p., tra le ipotesi rilevanti ai fini del diniego al rilascio della documentazione antimafia liberatoria, proprio perché tali condotte risultano nella prassi le attività delittuose poste in essere più frequentemente per ottenere il controllo illecito degli appalti. La volontà del legislatore non viene ritenuta dal giudice amministrativo sufficiente a scalfire i dubbi di legittimità costituzionale dell’art. 67 co. 8 *cit.*, per due ordini di ragioni.

In primo luogo, la condanna per il reato di cui all’art. 640 *bis* c.p. era già considerata all’art. 84 co. 4 lett. a) Cod. Antimafia come “delitto-spia” da cui inferire, non in via automatica, la sussistenza di un rischio concreto di infiltrazione mafiosa.

In secondo luogo, risulta irragionevole far conseguire effetti interdittivi in via automatica in caso di condanna per il delitto di cui in discorso alla stregua di quanto accade per gli altri gravissimi delitti contemplati all’art. 67 c. 8, caratterizzati da un diverso grado di disvalore giuridico e di offensività.

Anche volendo ammettere che la truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche sia delitto posto in essere dalla associazione mafiosa per ottenere il controllo delle commesse pubbliche, viene da aggiungere allo scrivente che la naturale reazione dell’ordinamento si giustifica già con l’inserimento della fattispecie nel corpo dell’art. 84 co. 4 lett. a) e non altrettanto nell’art. 67 co. 8 *cit.* Il rischio correlato all’automatismo interdittivo ivi disposto, infatti, se ben si concilia con l’intervenuta condanna per i delitti di cui all’art. 51 co. 3 *bis* c.p.p., può comportare una conseguenza meno proporzionata rispetto ai delitti di truffa, almeno ogni qualvolta l’accertamento in concreto del fatto commesso denoti un’assoluta estraneità rispetto alla struttura associativa e alle attività della criminalità organizzata mafiosa. Tanto risulta evidente nel caso controverso sottoposto alla cognizione del T.A.R. Friuli Venezia Giulia, ove la condotta penalmente rilevante rimproverata al

ricorrente nulla aveva a che vedere con l'infiltrazione della criminalità organizzata nell'attività imprenditoriale del soggetto sottoposto alla verifica antimafia.

Ecco che, allora, i riportati dubbi sulla ragionevolezza e compatibilità costituzionale dell'art. 67 co. 8 *cit.* consentono di ritenere quanto mai attuale il dibattito contiguo relativo alla corretta *actio finium regundorum* dei delitti a vario titolo collegati alla criminalità organizzata mafiosa, rispetto al quale, ancora una volta, la sociologia della criminalità organizzata non va di pari passo con la scienza giuridica.

La questione, del resto, è stata risolta assai di recente dalla Corte Costituzionale, che, con la sentenza n. 178 del 30 luglio 2021, pur dichiarando la manifesta inammissibilità della questione di legittimità sollevata con riferimento all'asserita violazione dell'art. 38 Cost., ha effettivamente riscontrato quella degli artt. 3 e 41 Cost. Secondo la Consulta, infatti, all'omogeneità delle fattispecie di reato contemplate all'art. 51 co. 3 *bis* c.p.p., tale da meritare l'attrazione competenziale alla procura distrettuale antimafia, non corrisponde quella del delitto di cui all'art. 640 *bis* c.p. che, fisiologicamente, "*non ha natura associativa e non richiede neppure la presenza di un'organizzazione volta alla commissione del reato (...), senza che vi siano tantomeno deroghe al regime processuale ordinario*".

Parimenti, il delitto in discorso già assume rilievo sia come indice di infiltrazione mafiosa ai sensi dell'art. 84 co. 4 lett. a) Codice Antimafia che come pena accessoria *ex art.* 32 *ter* e *quater* c.p. Con ciò, la previsione di un automatismo "sanzionatorio", come voluto dall'art. 24 co. 1 lett. d) d.l. n. 113/2018, scaturente dall'applicazione di una misura di prevenzione ovvero da una condanna non necessariamente definitiva risulta irragionevole e comunque eccessivamente compressiva della libertà di iniziativa economica privata. Ed effettivamente la presunzione di pericolosità sottesa alla disposizione censurata non è fondata su una fenomenologia sociale tale da poter dire, secondo *l'id quod plerum accidit*, che la fattispecie di cui all'art. 640 *bis* c.p. sia indice di appartenenza a un'organizzazione criminale.

In chiosa, è interessante notare come nella pronuncia in discorso la Consulta propaghi l'illegittimità costituzionale dell'art. 24 co. 1 lett. d) d.l. n. 113/2018 *cit.* per contrasto agli artt. 3 e 41 Cost. anche per la parte in cui inserisce all'art. 67 co. 8 Codice Antimafia il reato di truffa aggravata di cui all'art. 640 secondo comma, num. 1) c.p., sfruttando il disposto di cui all'art. 27 l. 11 marzo 1953, n. 87. L'inclusione, *quoad effectum*, del delitto di truffa commesso a danno dello Stato o di un altro ente pubblico (o dell'Unione Europea) nel novero delle

fattispecie di cui all'art. 51 co. 3 *bis* c.p.p. risulta ancora più sproporzionata rispetto al delitto di cui all'art. 640 *bis* c.p., proprio perché il primo è punito meno gravemente.

2.2.2. I “DIVERSI” PROVVEDIMENTI GIURISDIZIONALI RILEVANTI AI FINI DELL’ACCERTAMENTO DEL TENTATIVO DI INFILTRAZIONE MAFIOSA.

Esaurita la digressione sulla nozione *in fieri* di reato strumentale all'attività associativa, idoneo a rilevare ai fini del giudizio di pericolo sul condizionamento mafioso dell'impresa anche se accertato nella forma della condanna non definitiva²³⁷, possiamo passare a completare la disamina sui provvedimenti giurisdizionali comunque funzionali rispetto a detto accertamento.

Al riguardo, giova in via preliminare rammentare che l'insieme dei provvedimenti “sfavorevoli” giurisdizionali contemplati agli artt. 84 co. 4 lett. a) e b) 91 co. 6 *cit.*, difatti, non esaurisce il novero della rilevanza al fine di ritenere sussistente il tentativo di infiltrazione mafiosa. Come affermato dal maggioritario orientamento della giurisprudenza amministrativa, anche i provvedimenti di archiviazione, le sentenze di proscioglimento e, finanche, quelle di assoluzione possono giovare la verifica prefettizia sulla sussistenza dei tentativi di infiltrazione mafiosa per il rilascio di un provvedimento interdittivo²³⁸. Ben può accadere, effettivamente, che, in disparte dall'esito favorevole in sede penale o di procedimento di prevenzione, dalla parte motiva del provvedimento giurisdizionale emerga “una qualche forma di contiguità, collegamento e/o connessione con la criminalità organizzata”²³⁹. Tale evenienza si apprezza e giustifica in modo diverso a seconda della tipologia di provvedimento giurisdizionale. In tal senso, pare allo scrivente significativo inserire qualche brevissimo riferimento alla distinzione tra provvedimenti pronunciati dal giudice in sede penale per comprendere meglio le ragioni del diverso atteggiarsi di queste sentenze rispetto alla verifica antimafia prefettizia.

Secondo la tassonomia di teoria generale processual-penalistica, precisamente, accanto alle sentenze di condanna vi sono le sentenze di proscioglimento. Tra queste ultime

²³⁷ In giurisprudenza, vd. anche Cons. Stato, sez. III, 10 aprile 2017, n. 1657; Id., 22 marzo 2017, n. 1312; Id., 13 marzo 2017, n. 1156.

²³⁸ Riporta in termini, S. STICCHI DAMIANI, *Le interdittive tra lacune normative e discrezionalità amministrativa*, in G. AMARELLI, S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Giappichelli, 2019, 98.

²³⁹ Di recente, sul punto, Cons. Stato, sez. III, 27 marzo 2018, n. 1901.

è possibile distinguere tra le sentenze “di non doversi procedere” e le sentenze di “assoluzione”. Ora, la sentenza di non doversi procedere si limita a statuire su aspetti processuali che precludono un accertamento nel merito della vicenda storica. Si che, viene pronunciato il “non doversi procedere” quando l’azione penale non doveva essere iniziata o non deve essere proseguita (a es., carenza della condizione di procedibilità prevista dalla legge per quella determinata fattispecie incriminatrice o mancanza, insufficienza o contraddittorietà della relativa prova), per estinzione del reato (morte del reo, prescrizione, amnistia ecc.), anche quando la prova dell’esistenza di una condizione di procedibilità è insufficiente o contraddittoria. La sentenza di assoluzione, invece, contiene un vero e proprio accertamento nel merito della vicenda, tale da essere, perciò, idonea a fondare l’efficacia del giudicato nei processi civili, amministrativi e disciplinari in base agli art. 652-654 c.p.p. Sotto il profilo formale, le relative formule terminative, precisate dal giudice nel dispositivo, sono tassativamente previste dalla legge, agli artt. 529-31 c.p.p.²⁴⁰ Unico punto di contatto possibile, nel caso concreto, tra sentenza di assoluzione e di non doversi procedere si ha nell’ipotesi della cd. “prevalenza nel merito” delineata dal combinato disposto di cui agli artt. 129 e 531 c.p.p. Precisamente, secondo l’art. 129 co. 2 c.p.p., “*quando ricorre una causa di estinzione del reato ma dagli atti risulta evidente che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato, il giudice pronuncia sentenza di assoluzione o di non luogo a procedere con la formula prescritta*”.

In disparte da quanto si è già chiarito sopra (cfr. Cap. I) relativamente al problema dell’efficacia esterna del giudicato penale, dal punto di vista sostanziale si rileva che il contenuto motivazionale di una sentenza di proscioglimento, specialmente se di non doversi procedere, ben può contenere l’accertamento su fatti viceversa rilevanti in sede di

²⁴⁰ Secondo l’art 529 c.p.p., per le sentenze di non doversi procedere, il giudice indica nel dispositivo la causa per cui l’azione penale non doveva essere iniziata o proseguita.

Secondo quanto disposto all’art. 530 c.p.p., le formule terminative della sentenza di assoluzione seguono, invece, una progressiva decrescente, da quelle più favorevoli all’imputato a quelle meno favorevoli: a) assoluzione perché il fatto non sussiste, ossia per mancanza dell’elemento oggettivo (la condotta, l’evento e il nesso di causalità); b) assoluzione perché l’imputato non ha commesso il fatto, per cui il fatto sussiste sotto il profilo oggettivo, ma è stato commesso da persona diversa dall’imputato; c) assoluzione perché il fatto non costituisce reato: il fatto sussiste nei suoi elementi oggettivi ed è stato commesso dall’imputato, tuttavia non integra un illecito penale per mancanza dell’elemento soggettivo, o per la sussistenza di una causa di giustificazione; d) assoluzione perché il fatto non è previsto dalla legge come reato: la vicenda storica non rientra in alcuna fattispecie incriminatrice né sotto il profilo oggettivo, né sotto quello soggettivo; e) assoluzione perché il reato è stato commesso da una persona non imputabile o non punibile per un’altra ragione: il fatto è stato commesso ed è penalmente rilevante, ma l’imputato non è punibile in concreto (per es., perché minore degli anni 14, per infermità, per immunità ecc.).

procedimento amministrativo. Ancora una volta, all'uopo giova richiamare il disposto di cui all'art. 533 c.p.p. secondo cui "*Il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio*". La regola probatoria del "*beyond any reasonable doubt*", infatti individua un standard accertativo che caratterizza unicamente, almeno in termini espressi, il processo penale. Pertanto, la residuale applicazione della cd. probabilità cruciale, ben rappresentata dalla locuzione "*more likely than not*", fa sì che, al di fuori del processo penale, operi una differente, e più lieve, regola probatoria, suscettibile, come nel caso del provvedimento interdittivo antimafia, di operare "*in pejus*" nei confronti del privato. Ora, una disamina più compiuta del criterio del "*più probabile che non*" verrà offerta nel corso del capitolo IV. In questo momento dell'indagine premeva, tuttavia, allo scrivente, creare un legame di insieme sulle ragioni per cui provvedimenti penalmente "favorevoli" possono "divenire", viceversa, sfavorevoli in sede di verifica prefettizia antimafia. Per completezza, in chiosa all'argomento, è bene ricordare che oltre i provvedimenti del giudice penale o della prevenzione, altrettanto può rilevare qualunque pronuncia del giudice civile, amministrativo, contabile o tributario, quale che sia il loro dispositivo, purché dalla motivazione emergano elementi di condizionamento, in qualsiasi forma, dell'attività di impresa o, per converso, l'agevolazione, l'aiuto, il supporto, anche solo logistico, che questa abbia fornito, pur indirettamente, agli interessi e agli affari di tali associazioni²⁴¹.

2.2.3. L'AMBITO DI APPLICAZIONE OGGETTIVO DELL'INFORMATIVA ANTIMAFIA.

Esaurito questo approfondimento e tornando a considerazioni di ordine tassonomico più generale, dal tracciato normativo sopra riportato, si nota come l'informativa/informazione antimafia può presentare lo stesso contenuto di accertamento vincolato delle comunicazioni antimafia, nell'individuare la sussistenza di un provvedimento definitivo applicativo di misure di prevenzione personali o di una sentenza definitiva ovvero, ancorché non definitiva, confermata in grado di appello, per i reati di cui all'art. 67 co. 8 Codice Antimafia. D'altra parte, il provvedimento informativo spicca per discrezionalità tecnica ove il prefetto accerti, anche alternativamente, la sussistenza di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa

²⁴¹ In giur., tra più, Cons. Stato, sez. III, 16 giugno 2016, n. 2683.

nell'attività di impresa, desumibili dai provvedimenti o dagli elementi tipizzati agli artt. 84 co. 4 e 91 co. 6 *cit.* Ora, prima di approfondire i profili pertinenti i presupposti istruttori oggetto di valutazione da parte dell'Autorità prefettizia (cui sarà dedicata apposito studio in seguito), occorre concentrare l'attenzione sulle tipologie di provvedimenti rispetto ai quali interviene il rilascio dell'informativa stessa. Secondo quanto previsto dall'art. 91 Cod. Antimafia, la medesima, precisamente, viene richiesta *“prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti, ovvero prima di rilasciare o consentire i provvedimenti indicati nell'articolo 67, il cui valore sia”*:

a) pari o superiore a quello determinato dalla legge in attuazione delle direttive comunitarie in materia di opere e lavori pubblici, servizi pubblici e pubbliche forniture, indipendentemente dai casi di esclusione ivi indicati;

b) superiore a 150.000 euro per le concessioni di acque pubbliche o di beni demaniali per lo svolgimento di attività imprenditoriali, ovvero per la concessione di contributi, finanziamenti e agevolazioni su mutuo o altre erogazioni dello stesso tipo per lo svolgimento di attività imprenditoriali;

c) superiore a 150.000 euro per l'autorizzazione di subcontratti, cessioni, cottimi, concernenti la realizzazione di opere o lavori pubblici o la prestazione di servizi o forniture pubbliche. A seguito dell'avvento del nuovo codice dei contratti pubblici, si deve precisare che si amplia l'ambito delle verifiche antimafia per i contratti di fornitura di beni e servizi, dal momento che la soglia di rilevanza comunitaria, allo stato, secondo quanto previsto all'art. 35 D. Lgs. n. 50/2016, è fissata a un importo inferiore a € 150.000,00 € (IVA esclusa). D'altra parte, contratti d'appalto di opere e lavori pubblici di importo superiore a € 150.000,00 ma inferiore alla soglia comunitaria € (IVA esclusa), è richiedibile, ma non obbligatoria, unicamente la verifica antimafia nella forma della comunicazione, in mancanza di una espressa previsione in tal senso contenuto nel Codice Antimafia.

Meritevole di disamina specifica per il valore significativo e sociale che la materia ha assunto è la previsione contenuta al co. 3-*bis* dell'art. 83 *cit.* Tale disposizione, infatti, recepisce una determinata fenomenologia della criminalità organizzata suscitando, così, un'espressa deroga all'intero sistema della documentazione antimafia. A seguito dell'inserzione voluta dall'art. 19-*terdecies* della L. n. 172 del 2017 *“Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 16 ottobre 2017, n. 148, recante disposizioni urgenti in*

materia finanziaria e per esigenze indifferibili. Modifica alla disciplina dell'estinzione del reato per condotte riparatorie”, infatti, è statuito che “La documentazione di cui al comma 1 è sempre prevista nelle ipotesi di concessione di terreni agricoli e zootecnici demaniali che ricadono nell’ambito dei regimi di sostegno previsti dalla politica agricola comune, a prescindere dal loro valore complessivo, nonché su tutti i terreni agricoli, a qualunque titolo acquisiti, che usufruiscono di fondi europei per un importo superiore a 5.000 euro”.

Invero, la formulazione dell’art. 83 co. 3 *bis cit.* recepisce lo schema del protocollo di legalità del Parco dei Nebrodi e i suoi principi, dapprima estesi a tutto il territorio siciliano e, poi, appunto, all’intero territorio nazionale.

Da qui, l’inserimento all’interno del Codice Antimafia dell’obbligo di richiedere l’informazione antimafia per la concessione di qualsiasi tipologia di terreni agricoli demaniali in qualsiasi modo acquisiti, sottoposti a regimi di sostegno e, quindi, a finanziamenti per l’impresa agricola, divenendo pressoché irrilevante l’importo del finanziamento ricevuto²⁴². Il protocollo di legalità del Parco dei Nebrodi, noto anche come “*Protocollo Antoci*”, sottoscritto a Messina il 18 marzo 2015 tra la prefettura, la Regione Siciliana, Ente Parco dei Nebrodi, Ente sviluppo agricolo e vari Comuni, costituisce un ottimo esempio di prassi amministrativa e prende il nome del Presidente che ha combattuto, tanto da essere vittima di un attentato, un intero sistema mafioso di sfruttamento e indebita percezione di fondi europei destinati all’agricoltura²⁴³. Il fenomeno sociale che il protocollo Antoci contrasta è, principalmente, la cd. “mafia dei pascoli”²⁴⁴. Sul punto, una dottrina rileva come la centralità e l’attrazione nutrita

²⁴² S. M. SISTO, *I protocolli di legalità e la lotta alla mafia*, cit.

²⁴³ G. MINÌ, *La mafia sui Nebrodi e le frodi europee nel settore agro-zootecnico. L’attività di contrasto alla luce dei recenti interventi legislativi*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021. Vd. sul punto anche il resoconto stenografico dell’audizione del Dott. Giuseppe Antoci resa alla Commissione Parlamentare d’inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali, anche straniere, n. 90 del 29 luglio 2020, in <http://www.senato.it>.

²⁴⁴ Il fenomeno delle agromafie caratterizza le infiltrazioni della criminalità organizzata mafiosa nel settore agroalimentare, tanto da meritare l’appellativo ora di “mafia dei pascoli”, ora di “Cupola del bestiame, ora di “mafia caporale” se si pone mente alla materia dello sfruttamento del lavoro dipendente nel settore dell’agricoltura. In dottrina si ritiene che la “fortuna” di questo fenomeno debba essere attribuita a una pluralità di fattori concomitanti quali la sicurezza di entrare di denaro, importazioni ed esportazioni, possibilità di dare occupazione lavorativa, in termini S.M. SISTO, *I protocolli di legalità*, cit. Nella relazione proposta agli Stati generali della lotta alle mafie del 2017 è contenuta una compiuta analisi del fenomeno, da cui scaturisce l’esplicitata necessità che di un rafforzamento dei controlli amministrativi, non delegabile alla semplice meccanismo autocertificativo, quanto, piuttosto, da attuare mediante “un’analisi dei vari indicatori di anomalie”. Ivi, precisamente, si rappresenta che all’interno di questo settore si registra un mutamento nell’atteggiamento delle organizzazioni mafiose che, invece di ricorrere al tipizzato comportamento intimidatorio, partecipano “attivamente alla vita economica e sociale senza assumere atteggiamenti prevaricatori, ma piuttosto, educati, in apparenza, per poter agire in modo indisturbato”; in termini, *Stati generali lotta alle mafie*, 23-24 novembre 2017, Milano, *Attività di ricognizione ed analisi dei più*

dalle organizzazioni criminali verso il Parco dei Nebrodi fosse dovuta alla natura dei terreni, qualificati come riserve naturali, in quanto tali non soggetti a tassazione e suscettibili di essere destinatari di contributi pubblici per la riqualificazione e corretta manutenzione con margini di rischio e investimenti molto bassi²⁴⁵. Non solo. Come riscontrato dalla prefettura di Enna, già considerando unicamente il territorio del Comune di Troina, all'affitto dei terreni si perveniva senza alcuna forma di evidenza pubblica ovvero controllo sui soggetti affidatari²⁴⁶.

Per quel che qui interessa, si rammenta che il Protocollo Antoci consta di quattro articoli e, guardando alle sue principali clausole, sono già le premesse ad assumere una certa significatività. Ivi, infatti, viene evidenziato che *“una corretta ed efficace politica di prevenzione dei tentativi di infiltrazione della criminalità organizzata deve comprendere necessariamente misure finalizzate ad assicurare la rimozione degli ostacoli che si frappongono al libero esercizio dell’attività imprenditoriale (...) e della concorrenza”*. L’art. 3 del protocollo, invece, suggella, di fatto, quanto poi confluirà nell’art. 83 co. 3 *bis cit.*, nell’imporre ai firmatari di richiedere al prefetto la verifica della sussistenza delle cause di decadenza e dei tentativi di infiltrazione mafiosa *ex artt. 67 e 91 D. Lgs. n. 159/2011* per ogni concessione di beni e terreni, a prescindere dal valore dell’affidamento. Del pari, sussiste in capo ai concessionari il divieto di *“concedere a terzi la titolarità o l’utilizzo parziale dei beni e l’obbligo di denunciare immediatamente alle Autorità competenti le richieste di denaro o altra utilità ovvero offerta di protezione o estorsione di qualsiasi natura che venga avanzata nei*

gravi fenomeni criminosi, in *Raccolta dei lavori dei tavoli tematici*, Tavolo 16, *Agromafie, corruzione e pubbliche amministrazioni*, coord. Giancarlo Caselli, p. 362. Per un approfondimento sulla tipologia criminale delle agromafie si vd. S. MASINI, *“Agromafie”: tipologia criminale e connotazione normativa dell’associazione per delinquere*, in *Diritto Agroalimentare*, Giuffrè, 2018, 3, 593-620 e la ricca bibliografia ivi contenuta; L. ARMELI IAPICHINO, *I vicerè delle agromafie. Storia di sbirri, bovini, malarazza, antimafia e mascariamenti*, Armenio, 2020.

²⁴⁵ F. ALASCIA, *Legalità e lotta alle agromafie, cosa prevede il “Protocollo Antoci”*, in *www.nebrodnew.it*, 29 settembre 2017. Nella relazione redatta in esito agli Stati generali della lotta alle mafie del 2017, appena citata, viene evidenziato come una prassi diffusa consista nella indebita percezione di contributi comunitari FEAGA attraverso l’occultamento della proprietà dei terreni, sebbene sia stata accertata anche la commissione di macellazioni clandestine, vendita e commercio di carni infette, abigeato, animali privi di contrassegno, controllo su pascoli e terreni, imposizione della cd. guardiania. Così *Stati generali lotta alle mafie*, 23-24 novembre 2017, cit., p. 364. A tutti è nota la vicenda delle tre sorelle Napoli a Mezzojuso, racchiusa in sintesi in M. GILETTI, *Le Dannate. Storia Delle Sorelle Napoli Che Non Si Arrendono Alla Mafia*, Mondadori, 2019.

²⁴⁶ G. PIPITONE, *Giuseppe Antoci, dietro l’agguato la mafia dei pascoli che dal furto di bestiame ora vuole mettere le mani sui fondi europei*, in *www.ilfattoquotidiano.it*, 18 maggio 2016.

propri confronti o di familiari”, pena la mancata concessione del provvedimento o la revoca dello stesso²⁴⁷.

Alla luce di quanto finora esposto si comprende come il rapporto delineato nei vari strumenti componenti la documentazione antimafia fosse concepito, almeno in principio, in termini di alternatività, nel senso che l’informativa antimafia non doveva essere acquisita quando necessaria la comunicazione antimafia e viceversa. Ciò nondimeno, come riconosce lo stesso Consiglio di Stato, *“l’informativa antimafia è astrattamente in grado d’assorbire la comunicazione attestando, oltre a quanto già previsto per la comunicazione antimafia, anche la sussistenza o meno di eventuali tentativi d’infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle imprese interessate”*²⁴⁸.

Con la novella del 2014, di cui al D. Lgs. 13 ottobre 2014, n. 153 *“Ulteriori disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, recante codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136”*, tale impianto sistematico ha subito una profonda modifica a opera dell’introduzione dell’art. 89 *bis* all’interno del D. Lgs. n. 159/2011, facendo perdere l’impermeabilità degli ambiti applicativi delle due forme di documentazione, data la sopravvenuta inidoneità a distinguere pregiudizi all’economia pubblica e privata, finora presidiati, rispettivamente, dalle informative ovvero dalle comunicazioni.

2.2.4. L’INFORMATIVA ANTIMAFIA SUPPLEMENTARE: TRA ATIPICITÀ E DISCREZIONALITÀ.

Se è vero che con l’avvento dell’art. 89 *bis cit.* la diversità dei presupposti tra informazione e comunicazione si è molto relativizzata, è altrettanto da ricordare, andando a ritroso, che nella disciplina previgente vi era una terza figura, la c.d. informativa “atipica”, altrimenti nota come supplementare o discrezionale. Per mezzo di questo strumento, alle Pubbliche Amministrazioni era demandata la scelta sul valore finale interdittivo o liberatorio

²⁴⁷ S. M. SISTO, *I protocolli di legalità e la lotta alla mafia*, cit. Questa breve digressione sul protocollo di legalità del Parco dei Nebrodi è dedicata a Gabriele Mini, collega del Dottorato in Studi sulla criminalità organizzata del XXXIII ciclo, appassionato alle vicende che lo hanno interessato tanto da dedicarvi interamente il suo percorso di ricerca, con la profusione che si addice a chi, laureatosi in Giurisprudenza, coltiva con costanza e impegno gli studi giuridici per diventare magistrato nella sua Sicilia.

²⁴⁸ Cons. St., sez. I, Ad. Sez. del 14 ottobre 2015, parere n. 3088/2015.

della verifica antimafia, per mezzo di valutazioni discrezionali che coinvolgevano gli elementi stessi offerti dalla prefettura²⁴⁹. Per questo, almeno ad avviso di chi scrive, l'informativa atipica è priva e neutra di predicati che ne connotino gli effetti conseguenti. Sì che, pare improprio parlare di informativa atipica interdittiva ovvero liberatoria.

Sulla sua presenza nel tessuto normativo previgente si è già detto in precedenza. In questo momento dell'indagine occorre soffermarsi sui rapporti con le altre due *species* di documentazione e sulla sua "sopravvivenza" nel sistema attuale, considerato che la natura di questa tipologia provvedimento consentirebbe alla Pubblica Amministrazione di valutare, appunto discrezionalmente, se avviare o interrompere i rapporti con il privato destinatario della verifica antimafia non liberatoria. Il suo fondamento normativo riposa(va) nel combinato disposto dell'art. 10 co. 7 lett. c) e 9 d.P.R. n. 252/1998 e dell'art. 1-*septies* d.l. n. 629/1982, conv. in l. n. 726/1982. A differenza della comunicazione e della informativa, l'informativa atipica si distingueva per presupposti, effetti e disciplina processuale. Nei presupposti perché fondata su semplici indizi ovvero su elementi inferiori alla soglia stabilita dal legislatore per emettere un provvedimento interdittivo puro. Negli effetti perché, data la consistenza dei presupposti, il provvedimento prefettizio non era ritenuto pienamente vincolante per l'Amministrazione destinataria e, pertanto, l'effetto interdittivo conseguente non operava in via automatica, dovendo l'Amministrazione motivare la propria scelta. Da ultimo, si distingueva nella disciplina processuale, poiché l'informativa si atteggiava a meno atto infraprocedimentale, in quanto tale non autonomamente lesivo e, per l'effetto, non immediatamente impugnabile²⁵⁰.

²⁴⁹ In giurisprudenza è stato riscontrato che l'informativa atipica "non costituisce una mera comunicazione di elementi potenzialmente significativi, ma produce un effetto giuridico parzialmente vincolante per la stazione appaltante che è tendenzialmente vincolata a dare prevalenza alle esigenze di tutela antimafia; in tal senso è orientamento costante che nella logica di un suo ordinario sviluppo, l'azione amministrativa imporrebbe l'adozione della misura inibitoria, e solo in caso di scostamento dalla indicazione prefettizia, si richiede all'uopo una puntuale motivazione dell'Amministrazione appaltante a supporto di una scelta siffatta che, andando in direzione opposta ad esigenze che il legislatore ha voluto tutelare nella massima forma di anticipazione compatibile con i valori costituzionali di riferimento, si caratterizza per la sua natura eccezionale". Così TAR Campania, sede di Napoli, sez. I, 23 gennaio 2014, n. 493.

²⁵⁰ Sul rapporto tra impugnabilità e natura endoprocedimentale dell'atto amministrativo è noto che i primi sono privi di autonomia giuridico-funzionale perché non idonei a determinare una lesione concreta e attuale di una situazione giuridica soggettiva tutelabile dall'ordinamento. Soltanto al momento dell'adozione del provvedimento finale, infatti, tale lesione diventa differenziata nonché attuale e, per l'effetto, azionabile in giudizio. Come viene rilevato, tale conclusione conosce una diversa declinazione soltanto "*allorché l'atto endoprocedimentale sia in grado di incidere in modo immediato nella sfera giuridica del destinatario, in ragione del suo carattere vincolante e alla luce della sua capacità di determinare inderogabilmente il contenuto del provvedimento conclusivo del*

La trama legislativa degli interventi che si sono succeduti nel tempo ha tuttavia portato l'orientamento giurisprudenziale prevalente a ritenere abrogata la costruzione pretoria dell'informativa atipica. Non senza qualche difficoltà a ricostruirne gli estremi, la disposizione cui si deve avere riguardo, in primo luogo, è l'art. 116 co. 4 del D. Lgs. n. 159/2011, ove veniva disposto che “*i richiami agli artt. 1-septies del decreto-legge 6 settembre 1982, n. 629, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 ottobre 1982, n. 726, e 4 e 5-bis del decreto legislativo 8 agosto 1994, n. 490 nonché quelli alle disposizioni contenute nel decreto del Presidente della Repubblica 3 giugno 1998, n. 252 e nel decreto del Presidente della Repubblica 2 agosto 2010, n. 150, ovunque presenti, si intendono riferiti alle corrispondenti disposizioni contenute nel presente decreto*”. Senonché, con l'art. 9 co. 1 lett. b) D. Lgs. 15 novembre 2012, n. 218 è stato modificato l'art. 120 co. 2 lett. b) D. Lgs. n. 159/2011, disponendo espressamente la (sola) abrogazione del d.P.R. n. 252/1998. Ora che l'art. 1 *septies cit.* fa riferimento soltanto alla generale funzione collaborativa dell'autorità antimafia con le altre Pubbliche Amministrazioni, la sua reviviscenza ha determinato una situazione d'incertezza negli interpreti²⁵¹. Secondo alcuni, precisamente, non sarebbe più ammissibile

procedimento”, senza lasciare in essere frammenti di discrezionalità in capo all'Amministrazione precedente. In termini, vd. V. VISIONE, *Il Consiglio di Stato sulla nozione di atto presupposto*, cit., 10, unitamente alla giurisprudenza richiamata in argomento.

²⁵¹ Per maggior comprensione, si riporta il testo dell'art. 1 septies d.l. n. 629/1982, conv. in l. n. 726/1982, secondo cui “L'Alto commissario può comunicare alle autorità competenti al rilascio di licenze, autorizzazioni, concessioni in materia di armi ed esplosivi e per lo svolgimento di attività economiche, nonché di titoli abilitativi alla conduzione di mezzi ed al trasporto di persone o cose, elementi di fatto ed altre indicazioni utili alla valutazione, nell'ambito della discrezionalità ammessa dalla legge, dei requisiti soggettivi richiesti per il rilascio, il rinnovo, la sospensione o la revoca delle licenze, autorizzazioni, concessioni e degli altri titoli menzionati”. In dottrina, si vedano i contributi di S. GAMBACURTA, *La documentazione antimafia: tipologia e contenuto*, in A. CISTERNA (a cura di), *Codice Antimafia*, Santarcangelo, 2013, 206, ad avviso del quale “che il procedimento dell'informativa si concluda con un provvedimento interdittivo o liberatorio non toglie tuttavia che il Prefetto, ai sensi dell'art. 1 septies cit., possa informare le amministrazioni interessate, azionando il potere di collaborazione istituzionale previsto da quest'ultima disposizione”. F.G. COCCA, *Razionalità e costituzionalità della documentazione antimafia in materia di appalti pubblici*, in *Giustamm.*, 2013, 6, 14 parla di “presumibile eliminazione dell'interdittiva atipica” nonostante ritenga poi che “le disposizioni sulle informative atipiche siano ancora in vigore”. Ancora, non disconosce l'esistenza di notevoli incertezze interpretative in merito G. D'ANGELO, *La documentazione antimafia: profili critici*, in *Urb. e app.*, 2017, 3, 256-267. Certamente favorevole alla tesi dell'intervenuta abrogazione sono N. DURANTE, *Ambiti di discrezionalità amministrativa in materia di documentazione antimafia per le imprese*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2013 e A. DE PASCALIS, in G. AMARELLI e S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Giappichelli, 2019, 152. Viceversa, altrettanto esplicitamente, contrario è B. MACRILLÒ, *La sopravvivenza dell'informativa antimafia dopo il “correttivo” al Codice Antimafia*, in *www.giustamm.it*, 2014, ad avviso del quale non sembra più sostenibile l'elisione dell'istituto dell'informativa antimafia atipica a seguito delle ultime modifiche legislative intervenute.

adottare un'informativa atipica al posto dell'informativa "automaticamente" interdittiva ma soltanto un'informativa atipica al fianco di un provvedimento antimafia liberatorio²⁵².

L'impostazione pretoria, e non solo²⁵³, intervenuta sull'argomento risulta prevalentemente orientata a escludere l'applicabilità dell'istituto, con argomentazioni di tenore diverso e non sempre direttamente affermative dell'assunto²⁵⁴. La fattispecie più frequentemente fronteggiata in concreto dalla giustizia amministrativa sembra aver riguardato il rilascio di informativa antimafia tipica meramente ripetitiva degli elementi e delle valutazioni di una precedente informativa atipica²⁵⁵, la qualificazione provvedimento tra informativa tipica e atipica²⁵⁶ ovvero l'applicabilità *ratione temporis* della disciplina di cui all'art. 21 *septies cit*²⁵⁷. A ben vedere, anche prescindendo da argomentazioni letterali

²⁵² In argomento, M. MAZZAMUTO, *Lo scettro alla prefettocrazia: l'indefinita pervasività del sottosistema antimafia delle grandi opere e il caso emblematico della 'filiera'*, in *Dir. dell'Econ.*, 2013, 3, 619-635; R. CANTONE, *La riforma della documentazione antimafia: davvero solo un restyling?*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2013, 899.

²⁵³ Vd. anche quanto ritenuto dal Comitato di Coordinamento per la Sorveglianza delle Grandi Opere (CCSGO) che nelle Linee Guida concernenti la comunicazione alla stazione appaltante degli accertamenti effettuati ai sensi dell'art. 1-septies D.L. 6 settembre 1982, n. 629, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 ottobre 1982, n. 726. Comunicato del 19 dicembre 2012, pubblicato in GURI, 21 gennaio 2013, n. 17, specie ove si afferma che "l'evenienze dubbie, per le quali cioè non è possibile esprimere un giudizio prognostico sfavorevole, non potranno dare adito all'adozione di un'informazione atipica. Piuttosto, la sequenza corretta sarà quella di avviare una fase di approfondimento ulteriore che potrà confluire nell'adozione di un'informazione interdittiva.

²⁵⁴ A sostenere la tesi dell'abrogazione di questa peculiare figura è lo stesso Consiglio di Stato in sede consultiva, intervenuto a rendere parere sul regolamento in fieri della BDNA: *Cons. Stato*, sez. cons. atti norm., 26 marzo 2014, n. 1023 che conclude per la tesi dell'abrogazione giusta il venir meno dell'art. 10 co. 9 d.P.R. n. 252/1998.

²⁵⁵ Sul punto, vd. Tar Campania, sede di Salerno, sez. I, 8 luglio 2013, sent. n. 1496, secondo cui non può condividersi la tesi per cui l'espunzione dall'ordinamento dell'art. 10 co. 9 d.P.R. n. 252/1998 avrebbe determinato in via automatica l'espansione della fattispecie dell'informativa interdittiva tipica, ricomprendendovi all'interno anche le ipotesi in origine riconducibili all'informativa interdittiva atipica. Conf. TAR Veneto, sez. I, 14 ottobre 2013, n. 1166; Tar Lazio, sede di Roma, sez. II ter, 31 gennaio 2014, n. 1228; Tar Piemonte, sede di Torino, sez. I, 21 marzo 2014, n. 495. Analogamente conclude, poco più recentemente, il Tar Lombardia, sede di Milano, sez. I. ord. 13 febbraio 2014, n. 247 ad avviso del quale "Ritenuto, in via generale, che per effetto dell'eliminazione della cd. informativa atipica, indotta dall'entrata in vigore del D. Lgs. n. 159/2011, non pare potersi profilare un'automatica traslazione, nella categoria delle informative interdittive, delle ipotesi precedentemente riconducibili all'eliminata tipologia".

²⁵⁶ *Cons. Giust. Amm. reg. sic.*, 29 febbraio 2012, n. 227. In argomento è d'uopo segnalare un precedente piuttosto isolato del Consiglio di Stato ove viene precisato che "sarebbe comunque dirimente la considerazione che l'art. 1 septies del d.l. n. 629/1982, convertito in l. n. 726/1982, non solo era in vigore alla data di rilascio dell'informativa in questione ma lo è ancora oggi, a seguito della modifica da parte del D. Lgs. n. 218/2012 (vd. art. 9 co. 1 lett. b) dell'art. 120 Codice antimafia che, nell'indicare le disposizioni abrogate, non menziona più l'art. 1 septies del d.l. n. 629/1982 (con la precisazione che l'abrogazione in origine prevista era stata posticipata nel tempo sicché, al di là dell'effetto annunciato, non ha mai concretamente prodotto conseguenze)", in termini *Cons. Stato*, sez. III, 7 giugno 2013, n. 3713. Conformi nell'affermare la reviviscenza dell'informativa atipica nell'ordinamento *Cons. Stato*, sez. III, 14 agosto 2014, n. 4263; *Id.*, 1° settembre 2014, n. 4447.

²⁵⁷ Sui profili di diritto intertemporale sono intervenute pronunce di diverso tenore. Da un lato, si ricordano *Cons. Stato*, sez. III, 22 gennaio 2014, n. 287, per cui "Tale sopravvenienza normativa è inapplicabile ai processi instaurati prima della sua entrata in vigore in forza del generale principio di irretroattività cristallizzato dall'art. 11 co. 1 delle disposizioni del codice civile sulla legge in generale". Altre pronunce che applicano il principio del *tempus regit actum*, per cui al provvedimento interdittivo prefettizio si deve applicare unicamente la normativa vigente al

inferenti per l'intervenuta abrogazione della figura dell'interdittiva antimafia atipica, orientano per tale soluzione argomenti di tipo sistematico. Si dice, infatti, che il proposito riformatore del 2011 e del 2012 fosse quello di estendere la latitudine applicativa della documentazione antimafia interdittiva nonché “*di informare il settore normativo de quo al principio di tipicità, eliminandone le fattispecie (come quelle concernenti l'informativa atipica) dai contorni applicativi più sfumati ed indefiniti*”²⁵⁸. Due ragioni, come si nota, diametralmente opposte che, tuttavia, portano in modo convergente a ritenere che oggi il potere della Pubblica Amministrazione di adottare atti consequenziali all'interdittiva è ritenuto vincolato, escludendosi così ogni margine di sindacato sull'accertamento e valutazione svolta dalla Prefettura relativamente al pericolo di condizionamento dell'impresa da parte della criminalità organizzata mafiosa²⁵⁹.

Ed effettivamente, come è stato rilevato, consentire alla Pubblica Amministrazione richiedente la verifica antimafia di valutare discrezionalmente quali effetti far conseguire dall'intervenuta informativa interdittiva atipica da un lato avrebbe deresponsabilizzato l'autorità prefettizia, dall'altro avrebbe presupposto prerogative istruttorie di cui le amministrazioni destinatarie sono del tutto prive²⁶⁰. La formale vigenza dell'art. 1-*septies cit.*, tuttavia, impone una riflessione sulle conseguenze relative alla comunicazione da parte della Prefettura di “*elementi di fatto ed altre indicazioni utili alla valutazione, nell'ambito della discrezionalità ammessa dalla legge, dei requisiti soggettivi richiesti per il rilascio, il rinnovo, la sospensione o la revoca delle licenze, autorizzazioni, concessioni e degli altri titoli menzionati*”. La dottrina intervenuta in argomento si chiede “*se l'amministrazione destinataria debba tenerne conto, certo non nel senso di un vincolo, ma quantomeno di un obbligo di motivazione, e se tali informazioni possano avere un'autonoma e/o concorrente*

momento della sua adozione, sono Cons. Stato, sez. VI, ord. 26 febbraio 2014, n. 840; Tar Sicilia, sede di Palermo, sez. I, 14 febbraio 2014, n. 456. In senso opposto, vd. Tar Lazio, sede di Roma, sez. I, 8 gennaio 2014, n. 191.

²⁵⁸ In termini parla TAR Campania, sede di Salerno, sez. I, 8 luglio 2013, n. 1496.

²⁵⁹ In giurisprudenza ribadiscono espressamente tale conclusione Cons. St., sez. III, sent. 22 dicembre 2017, n. 6045.; *Id.*, sent. 28 settembre 2015, n. 4539; *Id.*, sent. 12 marzo 2015, n. 1292.

²⁶⁰ Sul punto, vd. R. CANTONE, *La riforma della documentazione antimafia*, cit., 891, secondo il quale l'adozione dell'informativa antimafia atipica era una prassi che finiva per deresponsabilizzare gli organi periferici del Ministero dell'Interno, (...) scaricando sulle stazioni appaltanti le maggiori responsabilità. Sulla legittimità della motivazione per relationem all'informativa atipica, cfr. T.A.R. Sicilia, sede di Palermo, sez. I, 14 febbraio 2014, n. 471.

*valenza causale di provvedimenti interdittivi della p.a.*²⁶¹. Ecco che ad avviso della medesima dottrina, la soluzione dell'interrogativo potrebbe ricercarsi attribuendo a tale attività di collaborazione un carattere "confidenziale", "non idoneo in sé ad avviare meccanismi interdittivi, bensì volto soltanto ad attivare con maggiore attenzione i generici poteri di controllo "propri" dell'amministrazione destinataria", ad esempio invitando l'amministrazione "ad effettuare con particolare rigore tutti i controlli di propria competenza nei confronti dell'impresa x"²⁶². In chiosa, tuttavia, questa stessa impostazione condivide criticamente che la formulazione dell'art. 1-*septies* cit., più che la sua sopravvivenza nell'ordinamento in sé, risulta anacronistica e, dunque, inadeguata, alla luce dell'attuale quadro normativo in materia di documentazione antimafia, che tesse rapporti tra operatori economici, prefettura e amministrazioni richiedenti le verifiche in termini di "elevata formalizzazione"²⁶³.

2.3. L'AMBITO DI APPLICAZIONE SOGGETTIVO DELLA DOCUMENTAZIONE ANTIMAFIA.

Delimitato così l'ambito di applicazione oggettivo dell'istituto in esame, occorre passare all'esame dell'ambito applicativo soggettivo, attivo e passivo, della documentazione antimafia. Relativamente al versante soggettivo attivo, l'art. 83 Codice Antimafia obbliga all'acquisizione della documentazione antimafia "prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture pubblici, ovvero prima di rilasciare o consentire i provvedimenti indicati nell'articolo 67" indistintamente "le pubbliche amministrazioni e gli enti pubblici, anche costituiti in stazioni uniche appaltanti, gli enti e le aziende vigilati dallo Stato o da altro ente pubblico e le società o imprese comunque controllate dallo Stato o da altro ente pubblico nonché i concessionari di lavori o di servizi pubblici". In buona discontinuità rispetto a quanto previsto in altra normativa speciale, dove la platea degli enti pubblici è maggiormente circoscritta o, comunque, analiticamente tipizzata, perciò, il Codice Antimafia, predilige una nozione ampia e omnicomprensiva di

²⁶¹ M. MAZZAMUTO, *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, in *Giustamm.it, Rivista di diritto pubblico*, 2016, 3, 19.

²⁶² M. MAZZAMUTO, *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, cit., 19.

²⁶³ M. MAZZAMUTO, *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, cit., 19.

“soggetto pubblico”²⁶⁴. Tanto che nel novero dei soggetti tenuti a richiedere la documentazione antimafia vi sono anche i c.d. contraenti generali di cui all'art. 176 D. Lgs. n. 163/2006 (ora, art. 194 D. Lgs. n. 50/2016)²⁶⁵.

È interessante notare come l'ambito applicativo e di legittimazione soggettiva al rilascio della documentazione antimafia sia argomento su cui ancora oggi, dal 2012, la giurisprudenza spesso si sofferma, come dimostrato dalla recente sentenza del Consiglio di Stato interrogato sull'ambito²⁶⁶. La controversia trae origine dal fatto che l'art. 4, primo co., lett. a) del D. Lgs. n. 218/2012, nell'abrogare l'ultimo periodo del primo comma dell'art. 87 D. Lgs. n. 159/2011, ha escluso la possibilità per il privato di richiedere la comunicazione antimafia. Ebbene il Consiglio di Stato conferma che i soggetti legittimati ad acquisire la documentazione antimafia sono soltanto le amministrazioni pubbliche, gli enti pubblici, gli enti e le società controllate dallo Stato, i concessionari di lavori o servizi pubblici e i contraenti generali previsti dal D. Lgs. n. 50/2016. Tale platea, ad avviso dei giudici di Palazzo Spada, deve ritenersi tassativa, in quanto tale, insuscettibile di essere estesa ai soggetti privati. L'attuale conformazione dell'istituto, pertanto, non consente al privato di richiedere la documentazione antimafia per verificare l'affidabilità di contraenti privati (salvo quanto

²⁶⁴ Si veda, a titolo solo esemplificativo, quanto disposto dall'art. 1 co. 2 del D. Lgs. 30 marzo 2001, n. 165 “*Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*”, secondo cui “Per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300. Fino alla revisione organica della disciplina di settore, le disposizioni di cui al presente decreto continuano ad applicarsi anche al CONI”.

²⁶⁵ Con la dizione contraente generale o *general contractor* si definisce, nel lessico tecnico-giuridico, quello strumento che consente l'affidamento ad un soggetto di una pluralità di prestazioni volte a consentire la realizzazione di un'opera pubblica di particolare complessità, dalla sua progettazione alla fase esecutiva. Per qualche approfondimento sull'istituto e sulla sua evoluzione nell'ordinamento italiano, cfr. il contributo di G. MOSA, *Dalla “legge obiettivo” al “nuovo codice degli appalti”: la rivisitazione dell'istituto del contraente generale*, 25 giugno 2016 in *Italiappalti.it*.

²⁶⁶ Cons. Stato, sez. III, 20 gennaio 2020, sent. n. 452. Il caso origina dall'impugnazione dell'informativa emessa dalla Prefettura di Brescia richiesta da Confindustria Venezia nell'ambito di un Protocollo di legalità sottoscritto tra Confindustria e il Ministero dell'interno in data 10 maggio 2010. Tale richiesta era scaturita dall'istanza di una impresa privata che, ai fini della stipula di un contratto privato estraneo a qualsiasi procedimento o provvedimento pubblico, aveva proposto domanda di attivazione del Protocollo chiedendo le verifiche antimafia sui propri fornitori, anche se non avevano aderito a detto Protocollo.

abbiamo sopra approfondito relativamente ai nuovi protocolli di legalità di cui all'art. 83 *bis* D. Lgs. n. 159/2011).

È evidente che il risultato interpretativo cui perviene il Consiglio di Stato, in rigorosa ottemperanza al principio di legalità, lascia prevalere la libertà di iniziativa economica privata di cui all'art. 41 Cost. sui principi di ordine e sicurezza pubblica cui è, invece, ispirata, tutta la legislazione antimafia. Invero, se tali sono gli interessi pubblici perseguiti dall'introduzione degli strumenti di contrasto alla criminalità organizzata, giusta l'impossibilità di obliterare il principio di legalità, profonda è lacuna normativa sul punto.

In prospettiva storica e sociologica, peraltro, emerge che nella contrattazione privata la peculiare forza di intimidazione dell'organizzazione come descritta e voluta dall'art. 416 *bis* c.p. risulta essere quasi più consistente che in quella pubblica. Ebbene, se è vero, come pare, che l'interesse pubblico è tale proprio perché di tutti, le esigenze di salvaguardia dell'ordine pubblico, della concorrenza e della libertà di impresa, minate dalle infiltrazioni mafiose e, perciò, reprimende nel corso delle procedure a evidenza pubblica sono le medesime esigenze da tutelare nel settore privato. Solo così è possibile, ad avviso di chi scrive, munire di efficacia totalizzante l'intero apparato della legislazione antimafia, isolando le imprese influenzate dalla criminalità organizzata anche quando si muovono nella contrattazione privata. Certamente lo scrivente è consapevole delle difficoltà organizzative e operative che possono incontrare le piccole e medie imprese nell'avvicinarsi al procedimento che conduce al rilascio della documentazione antimafia. È altrettanto indiscutibile, tuttavia, la possibilità di estendere l'ambito di applicazione soggettivo degli artt. 84 ss. del Codice Antimafia quantomeno ai “*grandi privati*”.

Venendo all'individuazione dei soggetti sottoposti alle verifiche antimafia, l'art. 85 D. Lgs. n. 159/2011, invece, si sofferma in maniera maggiormente dettagliata, prevedendo, precisamente, che, in caso di imprese individuali, la documentazione antimafia deve riferirsi al titolare ed al direttore tecnico, ove previsto (art. 85 co. 1 cit.). Negli altri casi, ovvero per le formazioni “collettive”, quali associazioni, imprese, società, consorzi e raggruppamenti temporanei di imprese, la stessa deve riferirsi, oltre che al direttore tecnico, ove previsto:

- a) per le associazioni, a chi ne ha la legale rappresentanza;
- b) per le società di capitali, anche consortili ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile, per le società cooperative, per i consorzi di cooperative, per i consorzi di cui al libro quinto, titolo

X, capo II, sezione II, del codice civile, al legale rappresentante e agli eventuali altri componenti l'organo di amministrazione nonché a ciascuno dei consorziati che nei consorzi e nelle società consortili detenga, anche indirettamente, una partecipazione pari almeno al 5 per cento;

c) per le società di capitali, anche al socio di maggioranza in caso di società con un numero di soci pari o inferiore a quattro, ovvero al socio in caso di società con socio unico;

d) per i consorzi di cui all'articolo 2602 del codice civile e per i gruppi europei di interesse economico, a chi ne ha la rappresentanza e agli imprenditori o società consorziate;

e) per le società semplice e in nome collettivo, a tutti i soci;

f) per le società in accomandita semplice, ai soci accomandatari;

g) per le società di cui all'articolo 2508 del codice civile, a coloro che le rappresentano stabilmente nel territorio dello Stato;

h) per i raggruppamenti temporanei di imprese, alle imprese costituenti il raggruppamento anche se aventi sede all'estero, secondo le modalità indicate nelle lettere precedenti;

i) per le società personali ai soci persone fisiche delle società personali o di capitali che ne siano socie (art. 85 co. 2 cit.).

Oltre a tali soggetti, il D. Lgs. n. 218/2012 prima citato ha varato un'estensione del rilascio della documentazione antimafia così articolata. Per le associazioni e società di qualunque tipo, anche prive di personalità giuridica, la medesima deve essere richiesta anche per i soggetti membri del collegio sindacale o, nei casi contemplati dall'articolo 2477 del codice civile, per il sindaco, nonché per i soggetti che svolgono i compiti di vigilanza di cui all'articolo 6, comma 1, lettera b) del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 (art. 85 co. 2 *bis* cit.). Per le società costituite all'estero, *“prive di una sede secondaria con rappresentanza stabile nel territorio dello Stato”*, invece, *“la documentazione antimafia deve riferirsi a coloro che esercitano poteri di amministrazione, di rappresentanza o di direzione dell'impresa”* (art. 85 co. 2 *ter* cit.). Si nota come, rispetto alle altre fattispecie, la formulazione legislativa è piuttosto generica rispetto alla terminologia in uso al diritto commerciale e che tanto risponde alla volontà del legislatore di abbracciare *“la variabilità del diritto societario straniero e consentire il controllo sui reali soggetti con compiti di gestione”*²⁶⁷. Ragionevolmente, tuttavia, come

²⁶⁷ R. CANTONE, *La riforma della documentazione antimafia: davvero solo un restyling?*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 8-9/2013, 894.

ritiene la dottrina, in questa ipotesi non si tratta di controlli di facile esperimento né, del pari, risulta del tutto chiaro quali siano i soggetti nei cui confronti deve essere richiesta la documentazione antimafia²⁶⁸. Più ampie, invece, sono le verifiche antimafia “*per le società di capitali di cui alle lettere b) e c) del comma 2, concessionarie nel settore dei giochi pubblici, oltre a quanto previsto nelle medesime lettere*”, ove “*la documentazione antimafia deve riferirsi anche ai soci persone fisiche che detengono, anche indirettamente, una partecipazione al capitale o al patrimonio superiore al 2 per cento, nonché ai direttori generali e ai soggetti responsabili delle sedi secondarie o delle stabili organizzazioni in Italia di soggetti non residenti. Nell'ipotesi in cui i soci persone fisiche detengono la partecipazione superiore alla predetta soglia mediante altre società di capitali, la documentazione deve riferirsi anche al legale rappresentante e agli eventuali componenti dell'organo di amministrazione della società socia, alle persone fisiche che, direttamente o indirettamente, controllano tale società, nonché ai direttori generali e ai soggetti responsabili delle sedi secondarie o delle stabili organizzazioni in Italia di soggetti non residenti. La documentazione di cui al periodo precedente deve riferirsi anche al coniuge non separato*” (art. 85 co. 2 quater cit.).

Da ultimo, a ulteriore impatto sull'alveo applicativo soggettivo passivo della documentazione antimafia, figura il D. Lgs. 13 ottobre 2014, n. 153, prima citato, che obbliga lo svolgimento delle verifiche antimafia anche sui “*familiari conviventi di maggiore età dei soggetti di cui ai commi 1, 2, 2-bis, 2-ter e 2-quater*” dell'art. 85 (in termini, l'art. 85 co. 3 cit.).

Guardando in prospettiva più ampia, come nota acutamente una dottrina, c'è da dire che l'elenco dei soggetti di cui all'art. 85 D. Lgs. n. 159/2011 disegna l'ambito nel quale i soggetti di cui all'art. 83 cit. sono tenuti a richiedere il compimento della verifica antimafia. È ben possibile, però, che la prefettura, d'ufficio, estenda i medesimi accertamenti istruttori anche nei confronti di soggetti ulteriori e diversi, quali coloro che “*risultano poter determinare in qualsiasi modo le scelte e gli indirizzi dell'impresa*”, secondo quanto previsto al successivo art. 91 co. 5 D. Lgs. n. 159/2011, tracciando così due “*insiemi asimmetrici*” di individui sottoposti, necessariamente ovvero in via eventuale (*rectius*, discrezionale), alla verifica antimafia²⁶⁹. All'interno del novero dei soggetti sottoposti alla verifica antimafia, poi,

²⁶⁸ M. MAZZAMUTO, *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, in *Giustamm.*, 2016, 3, 19 ss.

²⁶⁹ L'espressione degli insiemi asimmetrici è di M. MAZZAMUTO, *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, cit., 21.

se ne distinguono alcuni per “trasversalità”, cioè a dire sottoposti alla verifica antimafia in linea “tendenzialmente generale”, come i direttori tecnici e i familiari conviventi, e altri per “specie”, ovvero in relazione “*alla diversità delle figure di volta in volta considerate*”, come i soci, sottoposti a controllo antimafia soltanto in alcune formazioni collettive e in alcune tipologie societarie²⁷⁰.

La dichiarata estensione della platea dei soggetti sottoposti a verifica antimafia, tuttavia, pone dei dubbi sulla effettiva e materiale esigibilità del controllo oltre i confini nazionali. Del pari, risultano formalmente pretermessi dal controllo i soggetti che stipulano il cd. contratto di rete, ai sensi dell’art. 3 co. 4 ter d.l. n. 5/2009 (conv. con mod. dalla l. n. 33/2009) sia quelli legati dal contratto di avvalimento, come noto disciplinato dall’art. 89 D. Lgs. n. 50/2016. Ebbene, proprio il codice dei contratti pubblici fornisce un importante aiuto nella direzione di estendere i controlli anche a tali formazioni collettive. Possiamo infatti ritenere i soggetti aderenti al contratto di rete pienamente assimilabili a quelli che compongono il raggruppamento temporaneo di imprese, il consorzio ovvero il gruppo europeo di interesse economico. Quanto all’avvalimento, invece, è l’art. 80 D. Lgs. n. 50/2016 a imporre il controllo dei requisiti di moralità, tra cui figura pure la verifica antimafia, anche sull’impresa ausiliaria e non soltanto su quella avvalente.

Da ultimo, il Codice dei Contratti Pubblici giova a estendere l’ambito applicativo delle verifiche in discorso anche temporalmente, imponendo il controllo *ex art. 80 cit.* anche sui soggetti cessati dalla gara nell’anno antecedente la data della pubblicazione del bando, ciò che non è previsto nel D. Lgs. n. 159/2011, ma che consente comunque un ampliamento delle verifiche antimafia se non altro all’interno del settore delle commesse pubbliche.

2.4. L’ARTICOLATA QUESTIONE DEL “TITOLARE EFFETTIVO” E LA VIRTUOSA RISPOSTA DEL COMUNE DI MILANO: SPUNTI *DE IURE CONDENDO*.

Vi è, da ultimo, un dato, assolutamente meritevole di essere approfondito, anche alla luce della mancanza di contributi dottrinali intervenuti in materia. Il riferimento è alla

²⁷⁰ Le espressioni riportate in virgolettato sono originali di M. MAZZAMUTO, *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, cit., 22.

questione, ben nota alle cronache milanesi, del titolare effettivo e alla articolata vicenda che caratterizza la sua rilevanza giuridica nell'orbita dei controlli antimafia, non solo prefettizi.

Negli ultimi anni, la città di Milano e i suoi dintorni sono state, e tuttora sono, aggredite da investimenti effettuati da società, per lo più nella forma di società di gestione del risparmio (c.d. SGR) con capitali provenienti anche, ma non esclusivamente, da catene *off shore* estere. Questo elemento ha imposto un'attenzione assai elevata nei confronti del problema del titolare effettivo di questi cospicui flussi di capitale.

Possiamo perciò indicare con l'espressione "titolare effettivo", la persona fisica per conto della quale è realizzata un'operazione o un'attività e, nel caso di formazioni collettive, essenzialmente dotate di personalità giuridica, la persona o le persone fisiche cui è attribuibile la proprietà diretta o indiretta dell'ente, il relativo controllo, ovvero la titolarità "finale" del vantaggio economico conseguendo o conseguito.

Sul punto, soccorre il D. Lgs. 21 novembre 2007, n. 231²⁷¹ che, all'art. 1 co. 2 lett. pp), definisce espressamente il titolare effettivo come "*la persona fisica o le persone fisiche, diverse dal cliente, nell'interesse della quale o delle quali, in ultima istanza, il rapporto continuativo è istaurato, la prestazione professionale è resa o l'operazione è eseguita*", specificando sinteticamente, al successivo I co. dell'art. 20, che "*Il titolare effettivo di clienti diversi dalle persone fisiche coincide con la persona fisica o le persone fisiche cui, in ultima istanza, è attribuibile la proprietà diretta o indiretta dell'ente ovvero il relativo controllo*".

Il medesimo art. 20 D. Lgs. cit., come suggerito dalla sua rubrica, fornisce una serie di criteri per la determinazione della titolarità effettiva di clienti diversi dalle persone fisiche. Precisamente:

"2. Nel caso in cui il cliente sia una società di capitali: a) costituisce indicazione di proprietà diretta la titolarità di una partecipazione superiore al 25 per cento del capitale del cliente, detenuta da una persona fisica; b) costituisce indicazione di proprietà indiretta la titolarità di una percentuale di partecipazioni superiore al 25 per cento del capitale del cliente, posseduto per il tramite di società controllate, società fiduciarie o per interposta persona.

²⁷¹ Recante "Attuazione della direttiva 2005/60/CE concernente la prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo nonché della direttiva 2006/70/CE che ne reca misure di esecuzione".

3. *Nelle ipotesi in cui l'esame dell'assetto proprietario non consenta di individuare in maniera univoca la persona fisica o le persone fisiche cui è attribuibile la proprietà diretta o indiretta dell'ente, il titolare effettivo coincide con la persona fisica o le persone fisiche cui, in ultima istanza, è attribuibile il controllo del medesimo in forza: a) del controllo della maggioranza dei voti esercitabili in assemblea ordinaria; b) del controllo di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante in assemblea ordinaria; c) dell'esistenza di particolari vincoli contrattuali che consentano di esercitare un'influenza dominante.*

4. *Nel caso in cui il cliente sia una persona giuridica privata, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 10 febbraio 2000, n. 361, sono cumulativamente individuati, come titolari effettivi: a) i fondatori, ove in vita; b) i beneficiari, quando individuati o facilmente individuabili; c) i titolari di poteri di rappresentanza legale, direzione e amministrazione*".

Vi è, poi, al co. 5 dell'art. 20 cit. una previsione residuale, operante per l'ipotesi in cui l'applicazione dei criteri di cui ai co. 2, 3 e 4 "*non consenta di individuare univocamente uno o più titolari effettivi*". In questo caso, il titolare effettivo è ritenuto coincidere "*con la persona fisica o le persone fisiche titolari, conformemente ai rispettivi assetti organizzativi o statutari, di poteri di rappresentanza legale, amministrazione o direzione della società o del cliente comunque diverso dalla persona fisica*".

Il sistema "censitario" delineato dal D. Lgs. n. 231/2007 cit. risponde a una precisa finalità, di prevenzione e contrasto dell'uso del sistema economico e finanziario a scopo di riciclaggio e finanziamento del terrorismo, anche in coordinamento con le attività di repressione dei reati di riciclaggio, di quelli ad esso presupposti e dei reati di finanziamento del terrorismo (cfr. art. 2 D. Lgs. n. 231/2007 cit.). All'uopo, viene prescritto un insieme di misure volte a "*tutelare l'integrità del sistema economico e finanziario e la correttezza dei comportamenti degli operatori tenuti alla loro osservanza*" (cfr. art. 2 cit).

In questo quadro, avvicinandoci sempre di più al tema qui di interesse, la Pubblica Amministrazione svolge indubbiamente un ruolo attivo, garantendo un flusso continuo e

circolare di dati e informazioni con l'Unità di Formazione Finanziaria per l'Italia (c.d. UIF)²⁷², secondo quanto previsto all'art. 10 D. Lgs. n. 231/2007²⁷³, per:

“a) procedimenti finalizzati all'adozione di provvedimenti di autorizzazione o concessione;

b) procedure di scelta del contraente per l'affidamento di lavori, forniture e servizi secondo le disposizioni di cui al codice dei contratti pubblici;

c) procedimenti di concessione ed erogazione di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari, nonché attribuzioni di vantaggi economici di qualunque genere a persone fisiche ed enti pubblici e privati”.

Tanto si rende necessario specialmente a fronte dei nuovi rischi derivanti dall'impatto sul tessuto economico dell'emergenza epidemiologica da COVID-19. Ed effettivamente, con la comunicazione del 16 aprile 2020, rivolte anche alle PP.AA., l'UIF ha stigmatizzato una situazione di particolare vulnerabilità, con elevazione del rischio di commissione dei seguenti illeciti:

- truffe nella commercializzazione di dispositivi di protezione individuale inadeguati, o manovre speculative sui prezzi dei dispositivi medesimi;
- reati corruttivi o para-corruttivi finalizzati all'ottenimento di affidamenti pubblici, in specie concernenti l'approvvigionamento di forniture mediche;

²⁷² L'Unità di Informazione Finanziaria per l'Italia (UIF) è stata istituita presso la Banca d'Italia dal D. Lgs. n. 231/2007, in conformità di regole e criteri internazionali che prevedono la presenza in ciascuno Stato di una *Financial Intelligence Unit* (FIU), dotata di piena autonomia operativa e gestionale, con funzioni di contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo. La UIF, nel sistema di prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo, è l'autorità incaricata di acquisire i flussi finanziari e le informazioni riguardanti ipotesi di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo principalmente attraverso le segnalazioni di operazioni sospette trasmesse da intermediari finanziari, professionisti e altri operatori; di dette informazioni effettua l'analisi finanziaria, utilizzando l'insieme delle fonti e dei poteri di cui dispone, e valuta la rilevanza ai fini della trasmissione agli organi investigativi e della collaborazione con l'autorità giudiziaria, per l'eventuale sviluppo dell'azione di repressione. La normativa stabilisce, a vantaggio della UIF, obblighi di informazione in capo alle autorità di vigilanza, alle amministrazioni e agli ordini professionali. L'Unità e gli organi investigativi e giudiziari collaborano ai fini dell'individuazione e dell'analisi di operazioni finanziarie anomale. L'Unità partecipa alla rete mondiale delle FIU per scambi informativi essenziali a fronteggiare la dimensione transnazionale del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo. Per un riferimento a questo Organismo, si rinvia alla descrizione, qui ripresa, ampiamente contenuta in *uif.bancaditalia.it*.

²⁷³ Il co. 4 dell'art. 10 *cit.* prevede che “Al fine di consentire lo svolgimento di analisi finanziarie mirate a far emergere fenomeni di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo, le Pubbliche amministrazioni comunicano alla UIF dati e informazioni concernenti le operazioni sospette di cui vengano a conoscenza nell'esercizio della propria attività istituzionale. La UIF, in apposite istruzioni, adottate sentito il Comitato di sicurezza finanziaria, individua i dati e le informazioni da trasmettere, le modalità e i termini della relativa comunicazione nonché gli indicatori per agevolare la rilevazione delle operazioni sospette”.

- acquisizione di imprese in crisi mediante immissione di capitali illeciti, anche in dipendenza dell'impossibilità di rientro da prestiti usurari;
- abusi nell'ottenimento di finanziamenti pubblici o garantiti dallo Stato²⁷⁴.

Il ruolo delle Pubbliche Amministrazioni nel sistema delineato non si esaurisce nella comunicazione a UIF di cui all'art. 10 cit., costituendo quest'ultima l'adempimento finale di una precedente e articolata istruttoria, oltre a essere le stesse tenute ad adottare "*misure idonee ad assicurare il riconoscimento, da parte dei propri dipendenti delle fattispecie meritevoli di essere comunicate ai sensi del presente articolo*" (cfr. art. 10 co. 5 cit.).

L'esempio del Comune di Milano costituisce, in quest'ottica, testimonianza centrale.

Nell'Aggiornamento al Piano Triennale per la Prevenzione della Corruzione e per la Trasparenza 2021-2023 (su cui si soffermerà attentamente nel corso del Capitolo IV, par. 1), all'art. 14 *bis* è previsto che venga richiesta al privato, persona fisica o ente plurale, la dichiarazione sul cd. titolare effettivo, e sulle successive variazioni di titolarità, per i seguenti procedimenti:

- appalti di opere, forniture di beni e servizi, superiori alla soglia comunitaria;
- concessioni di servizi e partenariati pubblico/privati superiori alla soglia comunitaria;
- concessioni amministrative di beni patrimoniali indisponibili e beni demaniali;
- concessioni d'uso di beni immobili;
- erogazione di finanziamento, di un contributo, o di vantaggi economici di qualunque genere ad enti ed imprese;
- autorizzazioni commerciali per medie e grandi strutture di vendita;
- convenzioni urbanistiche e permessi convenzionati²⁷⁵.

Nel caso in cui questa dichiarazione non venga resa, "*sulla scorta di parametri giuridici previsti dalla normativa di settore*", le singole Direzioni comunali sono tenute a compilare specifiche "*check-list contenenti un elenco di possibili anomalie le cui risultanze saranno inviate all'Unità antiriciclaggio del Comune per la conseguente istruttoria*". La funzione della check-list è quella di riuscire a identificare un'operazione come sospetta (o meno), sebbene, laddove

²⁷⁴ Il testo completo della Comunicazione UIF è disponibile in uif.bancaditalia.it.

²⁷⁵ Il PTPCT è pubblicato e disponibile in comune.milano.it. L'art. 14 bis, rubricato "*Titolare Effettivo: adempimenti da attuare anche al fine di prevenire l'insorgere di conflitti di interesse*", è contenuto alle pp. da 27 a 41.

risulti impossibile “ricondere operazioni o comportamenti a uno o più degli indicatori”, occorra valutare ogni ulteriore comportamento e caratteristica dell’operazione che, pur non descritta negli indicatori, possa comunque ritenersi sintomatica “*di profili di sospetto*”²⁷⁶.

Il meccanismo delineato dal PTPCT del Comune di Milano prevede due check-list diverse e successive. La prima contiene modalità pratiche per identificare il titolare effettivo che, se non conducono all’univoca individuazione del/dei titolare/i effettivi, comportano il passaggio alla seconda check-list, deputata a distinguere “*le anomalie del soggetto da quelle dell’operazione*”, anche sulla scorta di indicatori suggeriti e identificati dalla Banca d’Italia.

Per quel che in questa sede interessa, il principale problema che tuttora si pone relativamente al titolare effettivo, più che riguardare la sua individuazione, concerne le conseguenze dell’omessa dichiarazione del titolare effettivo da parte del privato.

La questione si è posta, in termini giuridicamente distinti, per i procedimenti di concessione d’uso di beni immobili, di procedimenti che comportino la stipula di una convenzione urbanistica, di procedimenti finalizzati al riconoscimento di un finanziamento, ovvero in quelli afferenti l’attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere e per le procedure disciplinate dal D. Lgs. n. 50/2016.

Tutto ha inizio il 1° ottobre 2018, quando il Consiglio del Comune di Milano approva una mozione con cui impegna il Sindaco a inserire nel PTPCT una specifica disposizione che imponga al privato di dichiarare il proprio “titolare effettivo” per i procedimenti riassunti nel capoverso precedente. Di qui, il 19 novembre 2018, la richiesta di parere all’Autorità Nazionale Anticorruzione circa la possibilità di escludere, *ex art. 80 D. Lgs. n. 50/2016*, l’operatore economico che ometta la dichiarazione del titolare effettivo ovvero che abbia un titolare effettivo (dichiarato) rispetto al quale si accerta la sussistenza delle cause di esclusione del predetto art. 80, nonché l’indicazione delle conseguenze della mancata dichiarazione del titolare effettivo per gli altri procedimenti di cui all’art. 10 D. Lgs. n. 231/2007.

Ebbene, secondo A.N.A.C., quanto a questi ultimi, “*non si ravvisa una norma che imponga la comunicazione del cd. titolare effettivo alle pubbliche amministrazioni nei procedimenti indicati all’art. 10 cit.*”, poiché sembra emergere la volontà del legislatore di mantenere distinte” le disposizioni di cui agli artt. 10 e 20 D. Lgs. n. 231/2007 rispetto agli

²⁷⁶ Conf., Istruzioni sulle comunicazioni delle pubbliche amministrazioni, a cura dell’Unità di Informazione Finanziaria (UIF) del 23/04/2018, in *uif.bancaditalia.it*.

“altri obblighi di conservazione delle informazioni, di comunicazione e segnalazione delle operazioni sospette all’UIF destinati ai soggetti obbligati contenute nel titolo II”, rispetto ai quali operano le sanzioni penali e amministrative del successivo titolo V²⁷⁷. Di qui, l’impossibilità di “sanzionare” l’assenza della dichiarazione.

Parimenti, quanto all’applicabilità delle cause di esclusione di cui all’art. 80 D. Lgs. n. 50/2016, A.N.A.C. ricorda l’operatività del relativo principio di tassatività, confermente a quanto espressamente previsto all’art. 83 Codice Contratti Pubblici e in continuità normativa con la previsione di cui all’art. 46 co. 1 *bis* D. Lgs. n. 163/2006, per precludere l’omessa dichiarazione del titolare effettivo come causa di esclusione e la possibilità di estendere a questo soggetto le verifiche di cui all’art. 80 cit.

Sì che, come effettivamente previsto dall’art. 14 *bis* PTPCT del Comune di Milano, a oggi, e dal 26 marzo 2021, la mancata dichiarazione del titolare effettivo dà luogo all’avvio di *“verifiche presso la competente Direzione comunale che si occupa di antiriciclaggio, ai fini della predisposizione di segnalazioni alle competenti Autorità in materia di contrasto al riciclaggio, basate sulle attività di analisi svolte dagli uffici comunali”*, considerando, altresì, che la dichiarazione sul titolare effettivo consente all’Amministrazione di accedere alla verifica sull’eventuale sussistenza di situazioni di conflitti di interesse, attuale o potenziale, dei dipendenti dell’Ente misura coesistente alla “efficacia totale” del Piano per la prevenzione della corruzione e per la trasparenza nella Pubblica Amministrazione.

La formulazione dell’art. 14 *bis* cit., non costituisce, tuttavia, la soluzione definitiva della questione, specialmente per quanto riguarda le conseguenze all’inadempimento dell’obbligo dichiarativo ai sensi e per gli effetti del D. Lgs. n. 50/2016. Secondo il parere reso dal Comitato Antimafia del Comune di Milano il 27 dicembre 2020, come successivamente integrato in data 14 dicembre 2020 giusta la pronuncia dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 28 agosto 2020, n. 16²⁷⁸, l’omessa dichiarazione del titolare effettivo integra *“una carenza essenziale della domanda di partecipazione”* alla procedura.

²⁷⁷ Il riferimento è al Parere A.N.A.C. del 15 marzo 2019, n. 21891.

²⁷⁸ Con l’ordinanza ex art. 99, comma 1, cod. proc. amm. del 9 aprile 2020, n. 2332, la V Sezione del Consiglio di Stato ha deferito all’Adunanza plenaria la questione relativa *“alla portata, alla consistenza, alla perimetrazione ed agli effetti degli obblighi dichiarativi gravanti sugli operatori economici in sede di partecipazione alla procedura evidenziale, con particolare riguardo ai presupposti per l’imputazione della falsità dichiarativa, ai sensi di cui alle lettere c) e f-bis del comma 5 dell’art. 80 del d. lgs. n. 50/2016”*.

L’Adunanza Plenaria concorda affermando i seguenti principi di diritto:

Di qui deriva, per un verso, la possibilità per l'operatore di regolarizzazione la domanda di partecipazione in sede di soccorso istruttorio, nei termini scanditi dall'art. 83 co. 9 D. Lgs. n. 50/2016. Per altro verso, secondo quanto disposto all'art. 80 co. 5 lett. *c-bis* D. Lgs. n. 50/2016, l'omessa dichiarazione può comportare l'integrazione di un "*grave illecito professionale*" rilevante ai fini dell'esclusione nella misura in cui l'omessa dichiarazione sia valutata e adeguatamente motivata dall'Amministrazione come idonea a inficiare il giudizio di affidabilità e moralità dell'operatore economico²⁷⁹.

Sì che, il richiamo alla Adunanza Plenaria n. 16/2020 cit. è funzionale, secondo la condivisibile ricostruzione del Comitato Antimafia, a legittimare l'introduzione di obblighi dichiarativi all'interno della *lex specialis* (i.e. il bando) di gara, ulteriori rispetto a quelli previsti dalla legge, per i quali l'esclusione può essere applicata secondo il meccanismo poc'anzi descritto.

Nonostante l'impianto argomentativo seguito dal Comitato Antimafia, il successivo parere di A.N.A.C., richiesto sul punto dal Comune di Milano con nota del 26 marzo 2021, e valutato anche alla luce delle modifiche normative operate dal D. Lgs. 4 ottobre 2019, n. 125, conferma gli esiti del precedente parere del 2019.

L'unica aggiunta, che aggancia fortemente il tema che ci occupa, riguarda l'opportunità, possibile per l'Amministrazione, di rendere vincolante la dichiarazione del titolare effettivo mediante l'introduzione di un protocollo di legalità, idoneo, perciò, ad estendere, in via convenzionale e non unilaterale, la sottoposizione dell'operatore economico ad adempimenti diversi, o meglio, ulteriori, rispetto a quelli previsti dalla legge, dal cui mancato ottemperamento deriva l'esclusione dalla procedura.

"- la falsità di informazioni rese dall'operatore economico partecipante a procedure di affidamento di contratti pubblici e finalizzata all'adozione dei provvedimenti di competenza della stazione appaltante concernenti l'ammissione alla gara, la selezione delle offerte e l'aggiudicazione, è riconducibile all'ipotesi prevista dalla lettera c) [ora c-bis]) dell'art. 80, comma 5, del codice dei contratti di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50; in conseguenza di ciò la stazione appaltante è tenuta a svolgere la valutazione di integrità e affidabilità del concorrente, ai sensi della medesima disposizione, senza alcun automatismo espulsivo; - alle conseguenze ora esposte conduce anche l'omissione di informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione, nell'ambito della quale rilevano, oltre ai casi oggetto di obblighi dichiarativi predeterminati dalla legge o dalla normativa di gara, solo quelle evidentemente incidenti sull'integrità ed affidabilità dell'operatore economico; - la lettera f-bis) dell'art. 80, comma 5, del codice dei contratti pubblici ha carattere residuale e si applica in tutte le ipotesi di falso non rientranti in quelle previste dalla lettera c) [ora c-bis]) della medesima disposizione".

²⁷⁹ Gli estremi del parere sono reperibili sul sito del Comune di Milano in *comune.milano.it*.

Dal quadro in fatto e in diritto finora delineato, bene si comprende l'assoluta urgenza con cui il legislatore è chiamato a intervenire, provvedendo a tal fine a integrare quantomeno la disciplina del Codice dei Contratti Pubblici, estendendo la verifica dei requisiti di moralità ex art. 80 D. Lgs. n. 50/2016 anche al titolare effettivo e prevedendo l'esclusione per l'omissione dichiarativa del predetto. Tanto risulta essenziale per superare un *vulnus* normativo a oggi recuperabile soltanto ricorrendo ai protocolli di legalità, strumento sì essenziale per prevenire l'infiltrazione di capitali di dubbia provenienza nell'economia legale ma che non può sopperire per sempre alla necessità di interventi di diritto positivo.

La conclusione cui si è pervenuti spiega riverberi evidenti anche nella materia della documentazione antimafia, rispetto alla quale l'estensione dell'alveo dei soggetti sottoposti alla verifica antimafia, coltivando il parallelismo con quelli censiti ai sensi dell'art. 80 D. Lgs. n. 50/2016, consentirebbe di contrastare la "titolarità effettiva" di imprese legate alla criminalità organizzata mafiosa.

Tanto anche, e specialmente, alla luce del Regolamento (UE) 2021 del 12 febbraio 2021, n. 241²⁸⁰, in quanto tale dotato di efficacia diretta, che impone agli Stati membri di adottare tutte le opportune misure per tutelare gli interessi finanziari dell'Unione e *"garantire che l'utilizzo dei fondi in relazione alle misure sostenute dal dispositivo sia conforme al diritto dell'Unione e nazionale applicabile, in particolare per quanto riguarda la prevenzione, l'individuazione e la rettifica delle frodi, dei casi di corruzione e dei conflitti di interessi"*. Sì che, secondo l'art. 22 co. 2 lett. d) par. i) e iii) *"ai fini dell'audit e del controllo e al fine di fornire dati comparabili sull'utilizzo dei fondi in relazione a misure per l'attuazione di riforme e progetti di investimento nell'ambito del piano per la ripresa e la resilienza"* si rende necessario individuare, tra gli altri, *"il nome del destinatario finale dei fondi"* e *"il/ino/i, il/cognome/i e la data di nascita del/dei titolare/i effettivo/i del destinatario dei fondi o appaltatore"*²⁸¹.

²⁸⁰ Il Regolamento istituisce "il dispositivo per la ripresa e la resilienza" in conseguenza dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 e dei suoi riverberi sul tessuto economico e sociale dell'Unione Europea e dei suoi Stati membri.

²⁸¹ La disposizione rinvia alla definizione di "titolare effettivo" contenuta all'articolo 3, punto 6, della direttiva (UE) 2015/849 del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo, che modifica il regolamento (UE) n. 648/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 2005/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e la direttiva 2006/70/CE della Commissione.

3. LA DOCUMENTAZIONE INTERDITTIVA ANTIMAFIA NEL SISTEMA DELL'ECONOMIA PRIVATA E L'INTRODUZIONE DELL'ART. 89 *BIS* NEL D. LGS. N. 159/2011.

Come appena anticipato, con l'introduzione dell'art. 89 *bis* all'interno del D. Lgs. n. 159/2011 si perde l'originaria impermeabilità di ambito applicativo intercorrente tra le informazioni e le comunicazioni antimafia, data la sopravvenuta inidoneità a distinguere pregiudizi all'economia pubblica e privata, rispettivamente presidiati dalle informative ovvero dalle comunicazioni. L'avvento di questa novella, assai significativa per l'intero sistema delle misure di contrasto alla criminalità organizzata mafiosa è dovuto all'art. 2 co. 1, lett. d) del D. Lgs. 13 ottobre 2014, n. 153, già in precedenza menzionato. Rubricato "*Accertamento di tentativi di infiltrazione mafiosa in esito alla richiesta di comunicazione antimafia*", l'art. 89 *bis* cit. prevede che "*Quando in esito alle verifiche di cui all'articolo 88, comma 2, venga accertata la sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa, il prefetto adotta comunque un'informazione antimafia interdittiva e ne dà comunicazione ai soggetti richiedenti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, senza emettere la comunicazione antimafia*". Segue poi il comma 2, nel prevedere che "*L'informazione antimafia adottata ai sensi del comma 1 tiene luogo della comunicazione antimafia richiesta*". Sull'interpretazione di quest'ultima disposizione a lungo si è dibattuto in dottrina e giurisprudenza, tanto da richiedere l'intervento della Corte Costituzionale, come si vedrà a breve.

Il Ministero dell'Interno ha investito formalmente la sezione consultiva del Consiglio di Stato in merito alla questione dell'applicabilità dell'art. 89-*bis* del D. Lgs. n. 159/2011 ai provvedimenti di natura meramente autorizzatoria delle pubbliche amministrazioni che, in quanto tali, non presuppongono rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione né danno luogo all'erogazione di contributi pubblici²⁸². In quella occasione, i giudici di Palazzo Spada hanno fornito risposta positiva, giusta l'interpretazione del dato letterale dell'art. 89 *bis* cit., anche in combinato disposto con altre con altre disposizione del medesimo Codice Antimafia.

Procedendo con ordine, viene citato, in primo luogo, l'art. 83 co. 1 D. Lgs. n. 159/2011 che delinea l'ambito di applicazione della documentazione antimafia in termini che pongono sullo stesso piano contratti pubblici, concessioni che gli atti legittimanti l'esercizio di attività

²⁸² *Cons. St., parere n. 3088/2015 cit.*

imprenditoriali. Del pari, il successivo art. 85 (dal co. 1 al co. 2-*quater*) individua i soggetti sottoponendi alle verifiche antimafia in termini identici per tutte le tipologie di rapporti per cui si rende necessario acquisire la documentazione antimafia. La finalità dell'art. 89 *bis* cit., sottolinea sempre il Consiglio di Stato, “*sarebbe non tanto quella di estendere ad altre fattispecie tutti gli effetti interdittivi espressamente disciplinati dall'art. 67 D. Lgs. n. 159/2011 come conseguenza dell'irrogazione di una misura di prevenzione quanto, piuttosto, impedire ad imprese infiltrate o colluse d'ingerirsi nel flusso di denaro pubblico, operando deliberatamente sotto soglia per sfuggire ai controlli più rigorosi delle informative*”. Così opinando, il parere reso rigetta la tesi che limita l'applicazione della normativa ai soli casi in cui tra privato e pubblica amministrazione sussista un rapporto che dia accesso all'erogazione di risorse pubbliche. Tale orientamento interpretativo, precisamente, argomenta dal disposto di cui all'art. 94 D.Lg. n. 159/2011 il quale, nel disciplinare gli effetti dell'informazione antimafia interdittiva per i contratti, le concessioni ed erogazioni pubbliche, non prevede nulla con riguardo alle licenze e autorizzazioni.

A conferma della latitudine applicativa dello strumento soccorre cospicua casistica giurisprudenziale. La giurisprudenza amministrativa, infatti, già prima dell'introduzione dell'art. 89 *bis* D. Lgs. n. 159/2011 si era espressa nel senso dell'applicabilità della disciplina sulla documentazione antimafia anche alle ipotesi di sospensione dell'accreditamento al servizio sanitario nazionale disposto da una Asl²⁸³. Parimenti, si riscontrano precedenti relativi alla revoca sopravvenuta della licenza sanitaria d'uso, provvedimento necessario per lo svolgimento di alcune attività economiche, a distanza di numerosi anni dal rilascio²⁸⁴.

Da questa pronuncia possono trarsi significativi spunti dal punto di vista sistematico. Tanto perché l'applicabilità delle disposizioni del codice antimafia viene ribadita “*ogni qual volta l'impresa sospettata abbia un contatto con la pubblica amministrazione necessario per lo svolgimento della propria attività, salvo che la legge non disponga diversamente*”²⁸⁵. Da qui, si coglie nitidamente l'interferenza con un principio cardine del procedimento amministrativo, quello del *tempus regit actum*, che rende del tutto recessiva la rigida preclusione all'applicazione retroattiva proprie delle misure sanzionatorie, anche amministrative. Sempre

²⁸³ Tar Campania, sez. I, sent. n. 2589 del 30 maggio 2012.

²⁸⁴ Tar Campania, sez. I, sent. n. 103 del 12 gennaio 2016.

²⁸⁵ Tar Campania, sent. n. 103/2016 *cit.* Si precisa che la casistica giurisprudenziale è riportata anche in www.avvisopubblico.it.

guardando all'estensione dell'ambito applicativo oggettivo della comunicazione interdittiva antimafia, si segnala altra e più recente pronuncia che ha ritenuto legittimo il provvedimento di cancellazione dall'Albo delle persone fisiche e giuridiche esercenti attività di autotrasporto di cose per conto terzi operato sulla base di un'informativa antimafia²⁸⁶. Il principio giuridico sotteso alla pronuncia si trova ripetuto in altre sentenze della giurisprudenza amministrativa e risponde a un preciso fondamento. Precisamente, l'interdittiva antimafia emessa nei confronti di un'impresa reca come conseguenza naturale *“la perdita del requisito di onorabilità della “persona” che esercita la direzione dell'attività d'impresa stessa”*²⁸⁷.

Indirettamente lambisce questa tematica l'asserita illegittimità dei bandi e delle determine a contrarre laddove le PP.AA. richiedano la regolarità della documentazione antimafia come requisito per l'affidamento, nel vigore del precedente D. Lgs. n. 163/2006. Specificamente, si fa riferimento, a titolo esemplificativo, al caso dell'operatore economico affidatario della gestione di campi da tennis comunali destinatario di un provvedimento di revoca sopravvenuto da parte dell'Amministrazione a seguito dell'accertamento da parte della Prefettura di un pericolo di infiltrazione mafiosa²⁸⁸. Peculiare declinazione applicativa dell'art. 89 *bis* D. Lgs. n. 159/2011 è data dal combinato disposto di tale disposizione con l'art. 100 del D. Lgs. n. 159/2011 cit. rubricato *“Obbligo di acquisizione della documentazione antimafia nel quinquennio successivo allo scioglimento ai sensi dell'articolo 143 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267”*. Nello specifico questa norma prevede che *“L'ente locale, sciolto ai sensi dell'articolo 143 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 e successive modificazioni, deve acquisire, nei cinque anni successivi allo scioglimento, l'informazione antimafia precedentemente alla stipulazione, all'approvazione o all'autorizzazione di qualsiasi contratto*

²⁸⁶ Tar Campania, sez. I, sent. n. 4861 del 24 ottobre 2016.

²⁸⁷ Tar Veneto, sez. III, sent. n. 1336 del 6 dicembre 2016.

²⁸⁸ Tar Puglia, sede di Lecce, sent. n. 1005 del 2016. Vicenda non dissimile è quella che ha interessato la procedura indetta da Roma capitale per l'affidamento in concessione o in uso di un immobile di proprietà comunale per lo svolgimento di progetti finalizzati allo sviluppo di attività culturali, sociali e di imprenditoria rivolte ai giovani, di cui alla D.G. n. 219 del 23 luglio 2014. Come osservato dal Tar Lazio (sent. n. 11925 del 2016), pur non rientrando tale fattispecie nell'ambito applicativo del codice dei contratti pubblici, l'Amministrazione ha legittimamente subordinato l'aggiudicazione definitiva al rilascio da parte della prefettura della certificazione antimafia del soggetto primo classificato. Rimanendo nell'ambito della cerchia dei destinatari di provvedimenti interdittivi antimafia, giova ricordare che la giurisprudenza amministrativa pacificamente concorda nella legittimità della revoca delle concessioni in uso e gestione di campi sportivi comunali a carico di enti sportivi colpiti da interdittive antimafia, ancorché si tratti di organizzazioni no profit, poiché bersaglio delle organizzazioni criminali per “ottenere consenso sociale ovvero in ragione delle importanti quantità di denaro per scommesse, compravendite di atleti e altro che ad esse fanno capo”. In termini, Cons. St., sent. n. 1560/2017.

o subcontratto, ovvero precedentemente al rilascio di qualsiasi concessione o erogazione indicati nell'articolo 67 indipendentemente dal valore economico degli stessi”.

A ben vedere, nella giurisprudenza di merito si riscontra che anche prima dell'avvento del provvedimento di scioglimento disposto ai sensi dell'art. 143 TUEL, giusti i poteri conferiti alla commissione di accesso nominata ai sensi del co. 2 della medesima disposizione, l'ente locale poteva esercitare il suo potere di autotutela nei confronti di disposte autorizzazioni, motivando *per relationem* proprio dalle conclusioni fornite dalla commissione di indagine neo costituita²⁸⁹. Parimenti, anche successivamente al disposto scioglimento degli organi comunali, giusto il disposto dell'art. 100 sopra citato, numerosi sono i casi di revoca di titoli abilitativi.

Sul punto, è utile soffermarsi su un precedente che, oltre a fornire pieno riscontro applicativo della disposizione in commento, consente di inscrivere nell'alveo dei destinatari dei provvedimenti interdittivi antimafia un'ulteriore tipologia, quella delle imprese individuali²⁹⁰. Ad avviso di tale pronuncia, precisamente, non esistono attività “*intrinsecamente insuscettibili di permeabilità e/o assoggettamento*” a infiltrazioni di tipo mafioso” e, per l'effetto, il Codice antimafia deve applicarsi anche alle imprese individuali, dal momento che la finalità della norma è proprio quella di “*precludere a soggetti rivelanti evidenze di infiltrazione e/o ingerenza mafiosa l'acquisizione di risorse veicolata dal rilascio di provvedimenti (autorizzatori o concessori) da parte dell'Amministrazione Pubblica*”, anche “*aldilà dell'esistenza di vincoli e/o rapporti aventi rapporto di strumentalità con l'esercizio dell'attività in questione*”²⁹¹. D'altra parte, non può escludersi che sia proprio il pregresso rilascio di provvedimenti autorizzatori in favore di soggetti contigui alla criminalità organizzata a determinare non soltanto le relative revoche quanto, altresì, lo scioglimento dell'intero ente locale ai sensi dell'art. 143 TUEL²⁹².

²⁸⁹ Vd. Tar Campania, sent. n. 2232/2017.

²⁹⁰ Il riferimento è a Cons. St., sent. n. 831/2018, in materia di revoca della licenza taxi assentita da un ente locale comunale. Conf., Cons. St., sent. n. 1638/2017 e T.A.R. Lombardia, sent. n. 888/2017. Contra, Cons. St., sent. n. 1065/2016.

²⁹¹ Cons. St., sent. n. 831/2018 cit.

²⁹² Sulla fattispecie, cfr. Cons. St., sent. n. 5509/2016, che conferma la pronuncia di merito sulla legittimità della revoca della licenza di pascolo disposta nei confronti di un'impresa individuale da parte di un Comune poi sciolto ex art. 143 TUEL cit.

Relativamente all'atto presupposto da cui scaturisce il rilascio dell'informativa interdittiva in luogo della semplice comunicazione ex art. 89 bis D. Lgs. n. 159/2011 cit., poi, la giurisprudenza ha affrontato il caso del precedente diniego di iscrizione alla *White List* opposto dalla Prefettura. Nella pronuncia in discorso, invero, il Consiglio di Stato, interrogato sulla legittimità del mancato rilascio dell'Autorizzazione Unica Ambientale Provinciale (AUA) di cui al d.P.R. n. 59 del 2013, relativa allo scarico di acque reflue industriali, alle emissioni in atmosfera e alla valutazione di impatto acustico nei confronti di un'impresa operante nel settore del commercio all'ingrosso di materiale da costruzione, materiali inerti, prodotti da cava, granulati e marmi, deduce affermazioni di indubbia portata sistematica. La stessa, infatti, rileva che il tradizionale riparto interno alla documentazione antimafia si è rilevato inadeguato a fronte della constatazione empirica che la mafia tende ad infiltrarsi in tutte le attività economiche. Secondo i giudici di Palazzo Spada, *“l'esperienza ha mostrato, infatti, che in molti di tali settori, strategici per l'economia nazionale (l'edilizia, le grandi opere pubbliche, lo sfruttamento di nuove fonti energetiche, gli scarichi delle sostanze reflue industriali, come appunto nel caso di specie, relativo all'AUA, e persino la ricostruzione dopo i gravi eventi sismici che funestano il territorio italiano), le associazioni di stampo mafioso hanno impiegato, diretto o controllato ingenti capitali e risorse umane per investimenti particolarmente redditizi finalizzati non solo ad ottenere pubbliche commesse o sovvenzioni, ma in generale a colonizzare l'intero mercato secondo un disegno, di più vasto respiro, del quale l'aggiudicazione degli appalti o il conseguimento di concessioni ed elargizioni costituisce una parte certo cospicua, ma non esclusiva né soddisfattiva per le mire egemoniche della criminalità; disegno, quello mafioso, talvolta agevolato dall'omertà, se non persino dalla collusione o dalla corruzione, dei pubblici amministratori”*²⁹³. Fino all'avvento dell'art. 89 bis D. Lgs. n. 159/2011, la fenomenologia di queste consorterie criminali ha dimostrato un sostanziale aggiramento della normativa antimafia perché, anche dopo l'interdizione dell'impresa destinataria di un'informativa, l'organizzazione poteva crearne una nuova per avviare nuove attività economiche private, soggette al solo regime della comunicazione

²⁹³ Cons. St., sez. III, sent. n. 565/2017.

antimafia e nuovamente concorrere alle pubbliche gare, nelle more dell'emissione di una nuova informazione antimafia a carico di quest'ultima²⁹⁴.

3.1. S.C.I.A. E VERIFICHE ANTIMAFIA.

Attenzione particolare merita, poi, un recente precedente del Consiglio di Stato, interrogato sull'applicabilità della normativa in materia di documentazione antimafia alla segnalazione certificata di inizio attività (S.C.I.A.)²⁹⁵. Ora, come noto, l'istituto trova la sua disciplina generale nella legge sul procedimento amministrativo (l. n. 241/90). Qui, all'art. 19, si prevede che *“Ogni atto di autorizzazione, licenza, concessione non costitutiva, permesso o nulla osta comunque denominato, comprese le domande per le iscrizioni in albi o ruoli richieste per l'esercizio di attività imprenditoriale, commerciale o artigianale il cui rilascio dipenda esclusivamente dall'accertamento di requisiti e presupposti richiesti dalla legge o da atti amministrativi a contenuto generale, e non sia previsto alcun limite o contingente complessivo o specifici strumenti di programmazione settoriale per il rilascio degli atti stessi, è sostituito da una segnalazione dell'interessato, con la sola esclusione dei casi in cui sussistano vincoli ambientali, paesaggistici o culturali e degli atti rilasciati dalle amministrazioni preposte alla difesa nazionale, alla pubblica sicurezza, all'immigrazione, all'asilo, alla cittadinanza, all'amministrazione della giustizia, all'amministrazione delle finanze, ivi compresi gli atti concernenti le reti di acquisizione del gettito, anche derivante dal gioco, nonché di quelli previsti dalla normativa per le costruzioni in zone sismiche e di quelli imposti dalla normativa comunitaria”*²⁹⁶.

²⁹⁴ Cons. St., sent. n. 565/2017 *cit.*; contra, T.A.R. Calabria, sent. n. 367/2015 e T.A.R. Emilia Romagna, sent. n. 123/2016.

²⁹⁵ Il riferimento è a Cons. Stato, sez. III, sent. n. 6057 del 25 luglio 2019.

²⁹⁶ Sull'evoluzione normativa dell'istituto, si rinvia, per opportunità di sintesi a *Segnalazione certificata di inizio attività, Atto del governo n. 291, Dossier XVII legislatura, Schede di lettura*, aprile 2016 <https://www.senato.it>. Per un contributo sistematico e riepilogativo delle principali problematiche della figura, vd. GRECO G., *Scia e tutela del terzo al vaglio della Corte costituzionale: è troppo auspicare un ritorno al passato (o quasi)?* in *Giustamm.it*, 2018, 6; ID., *Ancora sulla scia: silenzio e tutela del terzo (alla luce del comma 6-ter dell'art. 19 L. 241/90)*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2012, 645 ss.; A. MACHEDA, *Natura giuridica della SCIA alla luce della riforma Madia. Le implicazioni pratiche in tema di poteri amministrativi e tutela del terzo*, in www.ildirittoamministrativo.it, 2017; F. LIGUORI, *Le incertezze degli strumenti di semplificazione: Io strano caso della d.i.a.-s.c.i.a.*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 4, 1223-1261; D. GIANNINI, *La Scia*, in *Il Dossier di luglio 2013*, De Jure, Giuffrè Francis Lefebvre, 2013; L. BERTONAZZI, *Natura giuridica della s.c.i.a. e tecniche di tutela del terzo nella sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 15/2011 e l'art. 19, comma 6-ter, della legge n. 241/90, nota a Consiglio di Stato, ad. plen., 29/07/2011, n. 15*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1, 215 ss.; F. DORO, *SCIA e DIA denuncia, dichiarazione e*

Ebbene, nel caso di specie, il ricorrente adduce la natura meramente privatistica dell'attività oggetto di s.c.i.a. come elemento preclusivo al rilascio del provvedimento interdittivo antimafia. Il Consiglio di Stato riscontra più argomenti che militano in senso opposto. In primo luogo, precisamente, viene rilevato che la l. n. 136/2010 sul "*Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo per l'emanazione di nuove disposizioni in materia di normativa antimafia*", nell'istituire la Banca Dati Unica Nazionale Antimafia, "*finalizzata all'accelerazione delle procedure di rilascio della medesima documentazione e dal potenziamento dell'attività di prevenzione dei tentativi di infiltrazione mafiosa nell'attività di impresa*", ha dotato di immediata efficacia su tutto il territorio nazionale la documentazione antimafia "*con riferimento a tutti i rapporti, anche già in essere, con la pubblica amministrazione*" (art. 2 co. 1 lett. c) l. n. 136/2010 *cit.*)²⁹⁷.

La formulazione della disposizione in parola rende evidente il riferimento omnicomprendente a ogni rapporto intercorrente tra privato e pubblica amministrazione, senza porre alcuna differenziazione tra le autorizzazioni, le concessioni e i contratti ovvero altri regimi amministrativi. Tanto, del resto, è connaturato all'attuale assetto dei titoli abilitativi nel diritto amministrativo, che presentano come recessivo il modello del provvedimento autoritativo unilaterale in favore di forme diverse, espressive della tendenza dell'ordinamento nel senso della semplificazione, liberalizzazione e concorrenza nel mercato²⁹⁸. Va anche ricordato che l'art. 89 co. 2 D. Lgs. n. 159/2011, sopra citato, alla lett. a) prevede espressamente che l'autocertificazione da parte dell'interessato sulla sussistenza/insussistenza di cause di divieto, decadenza o sospensione di cui all'art. 67 riguarda anche "*attività private, sottoposte a regime autorizzatorio, che possono essere intraprese su segnalazione certificata di inizio attività da parte del privato alla pubblica amministrazione*". Pertanto, le verifiche di cui all'art.

segnalazione certificata di inizio attività dopo i dd. ll. 78/2010, 70/2011, 138/2011 e 83/2012, Exeo Edizioni, 2012; F. PATRONI GRIFFI, *Valori e principi tra procedimento amministrativo e responsabilizzazione dei poteri pubblici (con un'attenzione in più per invalidità non invalidante del provvedimento, efficienza e trasparenza, danno da ritardo)*, Relazione al convegno "*La disciplina dell'azione amministrativa a vent'anni dalla legge n. 241 del 1990*", Roma, Palazzo Spada, 12 gennaio 2011, in www.giustizia-amministrativa.it.; R. GIOVAGNOLI, *Il silenzio e la nuova SCIA. Obbligo di provvedere, danno da ritardo e nuove forme di liberalizzazione e semplificazione*, Giuffrè, 2011; G. BOTTINO, *Introduzione alla "segnalazione certificata di inizio attività"*, in *Foro Amm. TAR*, 2011, 3, 1053 ss.; A. TRAVI, *Dichiarazione di inizio attività*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali II, Giuffrè, 2008, 343-365; G. ACQUARONE, *La denuncia di nuova attività. Profili storici*, Giuffrè, 2000.

²⁹⁷ Conf., Cons. Stato, sez. III, sent. n. 1109 dell'08 marzo 2017.

²⁹⁸ Si vd., sul punto, il parere del Consiglio di Stato reso in sede consultiva in ordine all'attuazione della l. 7 agosto 2015, n. 124 "Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche" sulla riforma della disciplina della s.c.i.a.

88 co. 2 Cod. Antimafia ben possono, anzi, debbono essere effettuate anche per le attività soggette a S.C.I.A. A ulteriore sostegno dell'assunto, il Consiglio di Stato richiama la sentenza n. 45 del 13 marzo 2019, con cui la Corte Costituzionale ha chiarito che l'attività soggetta a segnalazione certificata di inizio attività non resta esente dai controlli e dalle verifiche previsti dall'art. 19 l. n. 241/90, sì che *“la fase amministrativa cui essa accede costituisce una – sia pur importante – parentesi puntualmente delimitata nei modi e nei tempi”*²⁹⁹. Non solo. Nell'ipotesi di informativa antimafia interdittiva, sia essa pregressa, concomitante o successiva al deposito della S.C.I.A., l'ente pubblico conserva il potere di inibire l'attività oggetto di segnalazione, anche al di là dei limiti, oggettivi e temporali, scanditi dallo stesso art. 19 cit. Secondo il Consiglio di Stato, infatti, *“non vi è dubbio che la normativa antimafia, speciale, deroghi alla previsione, generale, dell'art. 19 l. n. 241/90, con la conseguenza che limiti e condizioni di legittimità, fissate da detta disposizione generale, non possano essere a ragione invocati in questo giudizio, dove si controverte circa la legittimità degli atti con cui il Comune ha inibito l'esercizio dell'attività soggetta a s.c.i.a.”*. L'effetto inibitorio necessitato conseguente all'emissione della documentazione interdittiva antimafia risponde, in fondo, a irrinunciabili esigenze di ordine pubblico e tutela preventiva, in quanto tali idonee a derogare la disciplina generale disegnata dall'art. 19 l. n. 241/90.

Del resto, ad avviso dello scrivente, alle conclusioni cui è pervenuto il Consiglio di Stato nel precedente illustrato fa pervenire anche la lettura del d.P.R. n. 445/2000³⁰⁰ che, all'art. 71, nel disciplinare le modalità dei controlli sulle dichiarazioni rese ex artt. 46 e 47 (applicabili, evidentemente, anche all'art. 89 co. 2 D. Lgs. n. 159/2011) impone alle PP.AA. di effettuare idonei controlli “anche”, ma non necessariamente, a campione, *“in misura proporzionale al rischio e all'entità del beneficio”*.

²⁹⁹ In termini, Corte Cost., sent. n. 35 del 13 marzo 2019. Per completezza, si ricorda che con questa pronuncia la Consulta ha dichiarato non fondate, nei sensi di cui in motivazione, le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 19, comma 6-ter, della legge 7 agosto 1990, n. 241 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi), sollevate, in riferimento agli artt. 3, 11, 97, 117, primo comma – quest'ultimo in riferimento all'art. 1 del Protocollo addizionale alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848, e all'art. 6, paragrafo 3, del Trattato sull'Unione europea (TUE), firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992, entrato in vigore il 1° novembre 1993 – e secondo comma, lettera m), della Costituzione, dal T.A.R. per la Toscana, con ord. n. 129 dell'11 maggio 2017, nella parte in cui non prevede un termine finale per la sollecitazione, da parte del terzo, dei poteri di verifica sulla segnalazione certificata d'inizio attività (SCIA) spettanti all'amministrazione.

³⁰⁰ Testo Unico in materia di documentazione amministrativa.

Antesignano motivazionale di quanto successivamente statuito dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 4/2018 (su cui ci si soffermerà a breve) è, poi, il precedente che ha respinto il ricorso avverso il provvedimento comunale di revoca dell'autorizzazione all'esercizio di attività di riparazione meccanica, autocarrozzeria, autorimessa, noleggio delle autovetture e soccorso stradale emanato a seguito della notifica di un'informativa antimafia adottata dalla Prefettura di Genova, a mezzo della quale anche la Camera di Commercio aveva disposto la cancellazione dal registro delle imprese. Ivi si sottolinea che la disciplina del Codice Antimafia è applicabile anche ad atti dissimili dal provvedimento amministrativo autorizzatorio in senso stretto, come, appunto, la segnalazione certificata di inizio attività (S.C.I.A.), la denuncia di inizio attività (D.I.A.) o la comunicazione di inizio lavori asseverata (C.I.L.A.), i cui effetti, tuttavia, esprimono comunque valenza autorizzatoria all'esercizio di attività economiche. La vicenda è di interesse ad avviso dello scrivente dal momento che il giudice amministrativo sottolinea la finalità della normativa, volta a contrastare l'impatto distorsivo sull'economia collettiva determinato dall'ingresso dei capitali e dei metodi mafiosi già nell'economia privata³⁰¹. Del resto, come argomentato efficacemente in altre pronunce, *“l'esistenza di un'interdittiva antimafia concretizza quei “motivi imperativi di interesse generale” previsti dalla normativa comunitaria a giustificazione dei limiti al principio del libero svolgimento di attività private e della libertà di stabilimento”*³⁰².

La materia dei rapporti tra titoli edilizi e verifiche antimafia si completa, da ultimo, con il richiamo a un recente esempio di buona amministrazione, praticato dal Comune di Reggio Emilia che, invero già dal 2017, ha deliberato l'adozione di un *“Protocollo di legalità per la prevenzione dei tentativi di infiltrazione della criminalità organizzata nel settore dell'edilizia privata e dell'urbanistica”*, sottoscritto dalla Prefettura, dai Sindaci dei Comuni della Provincia e dalla Provincia stessa. Ebbene, nel marzo del 2022, il percorso tracciato dal Protocollo è stato completato dalla definizione del procedimento di verifica antimafia per il rilascio del permesso di costruire, rispetto al quale è prevista l'acquisizione dell'informazione

³⁰¹ T.A.R. Liguria, sentenza n. 1085 del 2016, confermata dal Consiglio di Stato con sentenza n. 672 del 2017. Per altre ipotesi applicativa dell'istituto cfr. Tar Puglia, sent. n. 1337/2016 sulla revoca dell'autorizzazione per lo svolgimento di attività di spettacolo viaggiante; conf. Tar Sicilia, sent. n. 2750/2016, Tar Piemonte n. 1521 del 2016;

³⁰² T.A.R. Calabria, sent. n. 1220/2016 sulla revoca dei titoli abilitativi all'esercizio di attività di natura commerciale privata, relative a sala giochi, noleggio auto, commercio elettronico, autorimessa; conf. Cons. St., sent. n. 544/2018 e, tra più, Tar Catanzaro n. 309 del 2017.

antimafia per tutte le istanze di permesso di costruire, “*relativamente alle imprese esecutrici dei lavori e i richiedenti titolo edilizio, se imprese individuali/società, che non siano iscritte alla White List contro le infiltrazioni mafiose*”, per i cambi di intestazione dei permessi già rilasciati, oltre che per “*i soggetti cessionari a qualunque titolo dei contratti di esecuzione dei lavori in tutti i casi in cui il cedente risulti destinatario di una informazione antimafia interdittiva o del diniego di iscrizione alla white list*”³⁰³.

Invero, il protocollo in discorso cinge di verifiche antimafia, pur con diversa intensità, tutto l'insieme dei titoli abilitativi edilizi disciplinati dal d.P.R. n. 380/2001 (T.U. Edilizia), ciò che rende necessario approfondimenti tali da meritare una trattazione separata e diversa rispetto al presente elaborato. Di qui, la scelta di citare in via espressa soltanto il recentissimo riferimento alle verifiche antimafia sui permessi di costruire.

Una minuta conclusione, tuttavia, può essere ugualmente tratta, rappresentando come, ancora una volta, lo strumento del protocollo di legalità venga a costruire uno strumento necessario per un possibile, e, anzi, doveroso sviluppo delle verifiche prefettizie antimafia, a raggiera anche rispetto all'economia c.d. privata.

3.2.LE QUESTIONI DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DELL'ART. 89 BIS D. LGS. N. 159/2011.

Come prima anticipato, di recente la Corte Costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 89-*bis* del D. Lgs. n. 159/2011, in un primo momento giusta l'asserita violazione dei parametri costituzionali di cui agli artt. 76, 77 co. 1 e 3 della Costituzione, come prospettata dall'ordinanza di rimessione del 28 settembre 2016, n. 263 del Tribunale amministrativo regionale per la regione Siciliana, sezione staccata di Catania. Ebbene, con sentenza n. 4 del 18 gennaio 2018, la Consulta ha escluso l'incostituzionalità dell'art. 89 *bis* cit., “*nella parte in cui stabilisce che l'informazione antimafia è adottata anche nei casi in cui è richiesta una mera comunicazione antimafia e produce gli effetti di questa*”.

³⁰³ Il provvedimento e la relativa modulistica sono reperibili su www.comune.re.it.

La vicenda concreta da cui scaturisce l'ordinanza di rimessione riguarda la decadenza da una segnalazione certificata di inizio attività per la vendita al dettaglio di prodotti freschi e congelati (c.d. primo settore alimentare) disposta da un ente locale alla luce di una precedente informativa interdittiva antimafia rilasciata dalla Prefettura in seguito alla partecipazione del medesimo operatore economico a una procedura per l'erogazione di un finanziamento regionale destinato all'agricoltura.

Come riferito dal collegio rimettente, il provvedimento dell'ente viene impugnato perché la verifica antimafia è stata effettuata in un procedimento diverso da quello relativo alla segnalazione certificata di inizio attività, in quanto tale al di fuori delle ipotesi previste dall'art. 89-*bis* del D. Lgs. n. 159 del 2011. Inoltre, sempre secondo il ricorrente, l'informazione antimafia dovrebbe riguardare ipotesi in cui l'amministrazione intende stipulare contratti, rilasciare concessioni o disporre erogazioni e non le attività private sottoposte a regime autorizzatorio, per le quali sarebbe invece richiesta la comunicazione antimafia. Di qui, la subordinata richiesta al Tribunale amministrativo di sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 89 *bis* del D. Lgs. n. 159 del 2011. Il T.A.R. rileva che, nel caso conosciuto, dato il precedente coinvolgimento del soggetto interessato con gli ambienti della criminalità organizzata, sussisterebbe certamente l'esigenza di una "*speciale attenzione*" da parte dell'Amministrazione. Il che giustificherebbe l'accertamento, oltre che dell'attualità delle cause interdittive, anche di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa, in relazione ai quali non verrebbero ordinariamente svolte verifiche relative a provvedimenti o contratti per cui è prevista la semplice comunicazione antimafia. Seguendo questa linea argomentativa, comunicazione e informazione antimafia "*resterebbero soggette a una disciplina sostanzialmente equivalente, in quanto gli accertamenti tipici dell'informazione dovrebbero esperirsi in ogni caso, in contrasto con il complessivo impianto della disciplina volta a distinguere i due istituti*"³⁰⁴. Pertanto, avendo il legislatore fatto esclusivo riferimento alle verifiche ai sensi dell'art. 88, comma 2, del D. Lgs. n. 159 del 2011, e non ad altre ipotesi, "*dovrebbe ritenersi, in base ad un'esegesi letterale della disciplina, che nella specie si sarebbe dovuta adottare una comunicazione liberatoria, nonostante in concreto fossero stati accertati,*

³⁰⁴ T.A.R. per la regione Siciliana, ord. 28 settembre 2016, n. 263.

*sebbene in un diverso procedimento, tentativi di infiltrazione mafiosa nei confronti del soggetto interessato*³⁰⁵.

Tuttavia, secondo il Giudice *a quo*, la situazione di fatto relativa al precedente accertamento di tentativi di infiltrazione mafiosa, a fondamento dell'informativa interdittiva ancora efficace, “*non sarebbe in nulla dissimile da quella regolata dal citato art. 89-bis*”, anche se resa nell'ambito di un diverso, e precedente, procedimento amministrativo. Vi sarebbe dunque una totale identità di fondamento razionale tra le due fattispecie, dal momento che, in entrambi i casi, i tentativi di infiltrazione mafiosa vengono appurati dall'Amministrazione in sede procedimentale: ora in esito ai doverosi accertamenti imposti dagli artt. 88 co. 2 e 89-bis cit., ora a seguito di una pregressa, ma ancora efficace, informazione antimafia interdittiva. Ecco che, secondo il giudice remittente, tale medesimezza giustificerebbe l'applicazione analogica dell'art. 89-bis co. 2 D. Lgs. n. 159/2011, ai sensi dell'art. 12 co. 2 delle disposizioni preliminari al codice civile.

Ciò premesso, il T.A.R. rimettente postula l'illegittimità costituzionale dell'art. 89-bis del D. Lgs. n. 159 del 2011, “*analogicamente applicato anche in relazione all'ipotesi di precedente ed efficace informazione antimafia interdittiva che abbia accertato la sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa*”, per eccesso di delega *ex* artt. 76 e 77 I co. Cost., in quanto “*fra i principi e i criteri direttivi dell'art. 2 l. 13 agosto 2010, n. 136 cit. non sarebbe contemplata la possibile estensione del rilascio dell'informazione antimafia, con i più severi accertamenti da essa previsti, per alcuna delle ipotesi in cui l'ordinamento aveva precedentemente previsto la richiesta e il rilascio della semplice comunicazione antimafia. Pertanto, il legislatore avrebbe trattato in modo dissimile situazioni che potrebbero anche ritenersi sostanzialmente identiche, non comprendendosi perché i tentativi di infiltrazione dovrebbero assumere rilievo solo nei casi in cui sia richiesta la comunicazione antimafia relativa a un soggetto nei cui confronti risultino pregresse cause interdittive, nonché nel caso di una precedente ed ancora efficace informazione antimafia interdittiva, mentre essi risulterebbero irrilevanti, anche se sussistenti, negli altri casi*”. Non risulterebbe chiara, deduce il giudice remittente, la ragione per cui il legislatore non abbia previsto il rilascio di

³⁰⁵ Così riepiloga la vicenda Corte Cost., sent. 4/2018 *cit.*

un'informazione antimafia per tutti i procedimenti di rilievo minore – o, in alternativa, per nessuno – per i quali in precedenza si prevedeva la semplice comunicazione.

Così opinando, la disciplina delineata all'art. 89 *bis* cit. sarebbe irrazionale e violativa del canone di ragionevolezza di cui all'art. 3 primo co. Cost., “*attribuendo rilievo ai tentativi di infiltrazione, non in ragione dell'obiettiva importanza del provvedimento o del contratto, ma per circostanze contingenti consistenti nella pregressa sussistenza di una causa interdittiva o nella precedente emissione di un'informazione antimafia interdittiva*”. Nell'ottica del presente lavoro, è interessante notare come la Corte Costituzionale, in linea con quanto affermato dalla giurisprudenza amministrativa, giustifica la disposizione di cui all'art. 89 *bis* cit. perché legata a situazioni di “*particolare pericolo di inquinamento dell'economia legale*”. Analogamente, come statuito in modo chiaro dalla giurisprudenza amministrativa prevalente, la legislazione di contrasto alle infiltrazioni della criminalità organizzata costituisce la reazione a una fenomenologia eterogenea. Sì che, nella ponderazione degli interessi in gioco, “*non può pensarsi che gli organi dello Stato contrastino con armi impari la pervasiva diffusione delle organizzazioni mafiose che hanno, nei sistemi globalizzati, vaste reti di collegamento e profitti criminali quale “ragione sociale” per tendere al controllo di interi territori*”. Viene così ritenuta infondata la censura sollevata dal giudice remittente per violazione degli artt. 76 e 77 primo Cost.

Relativamente all'asserito contrasto con l'art. 3 Cost., invece, la Corte Costituzionale osserva che a fronte di una situazione di particolare pericolo di inquinamento dell'economia legale non è manifestamente irragionevole che “*il legislatore, rispetto agli elementi di allarme desunti dalla consultazione della banca dati, reagisca attraverso l'inibizione, sia delle attività contrattuali con la pubblica amministrazione, sia di quelle in senso lato autorizzatorie, prevedendo l'adozione di un'informazione antimafia interdittiva che produce gli effetti anche della comunicazione antimafia*”. Ebbene, dalla legittimità di questo meccanismo di delega legislativa, tale per cui l'accertamento del tentativo di infiltrazione mafiosa giustifica l'inibizione non soltanto dell'attività contrattuale con la pubblica amministrazione ma anche ogni altra tipologia di contatto con essa *ex art. 67 Cod. Antimafia*, la Consulta ricava un'affermazione ulteriore.

Dalla parte motiva della sentenza n. 4/2018 *cit.*, infatti, emerge espressamente che “*spetta alla giurisprudenza comune e, nel caso di specie, a quella amministrativa, in sede di*

interpretazione del quadro normativo, decidere in quali casi e a quali condizioni il legislatore delegato abbia inteso attribuire all'informazione antimafia gli effetti della comunicazione antimafia". Del resto, una volta chiarito che rientra nella facoltà del legislatore delegato riempire la delega attribuitagli, in questo caso estendendo gli effetti dell'informativa interdittiva antimafia fino a precludere gli atti e i provvedimenti elencati nell'art. 67 Cod. Antimafia, spetta necessariamente al giudice comune, nella sua qualità di interprete della legge, comprendere l'estensione della medesima.

La pronuncia resa dalla Consulta, tuttavia, non ha sospeso definitivamente il dibattito sulla latitudine applicativa dell'art. 89 *bis* cit. Di questo vi è evidenza anche in giurisprudenza. Il provvedimento prima esaminato sul rapporto tra s.c.i.a. e documentazione antimafia, infatti, deve confrontarsi nuovamente con questa censura. Nell'escludere ogni necessità di rimettere la questione all'Adunanza Plenaria, il Consiglio di Stato ribadisce con fermezza che *“non vi è dubbio che sia legittimo estendere gli effetti di un'informativa antimafia a dette autorizzazioni e attività conseguentemente a una informazione antimafia, adottata dalla Prefettura, in assenza di misura di prevenzione personale o patrimoniale, ma solo in presenza di elementi indiziari di infiltrazione, come nel caso di specie, non violandosi il disposto di cui all'art. 67, comma 2, del D. Lgs. n. 159/2011”*³⁰⁶. Se fosse vero il contrario, difatti, l'art. 89 *bis* cit. vedrebbe svuotata la sua portata precettiva, dato che è già l'art. 88 co. 3 D. Lgs. n. 159/2011 a prevedere che qualora le verifiche di cui al secondo comma diano esito positivo, il Prefetto rilascia una comunicazione antimafia interdittiva. Non può sostenersi, come pure è stato sostenuto, che l'art. 89 *bis* cit. abbia lasciato invariato il perimetro applicativo delle conseguenze di cui all'art. 67 cit. anche a ipotesi interdittive che non si fondano su misure di prevenzione disposte dal giudice penale³⁰⁷.

Ecco che, allora, se in occasione delle verifiche effettuate dal Prefetto a mezzo della consultazione della Banca Dati Unica Nazionale Antimafia per accertare la sussistenza di motivi ostativi ai sensi dell'art. 67 cit., emerge, piuttosto, l'esistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa, il Prefetto emetterà un'informativa antimafia in luogo della comunicazione che, a sua volta, verrà rilasciata ai sensi dell'art. 88 co. 3 cit., *“solo se le verifiche confermino l'effettiva e attuale esistenza di provvedimenti di prevenzione definitivi o delle sentenze di*

³⁰⁶ Cons. Stato, sez. III, sent. n. 6057 del 25 luglio 2019, *cit.*

³⁰⁷ Cons. Stato, sent. n. 1109/2017 *cit.*

condanna, previste dall'art. 67 co. 8 Cod. Antimafia, e non già l'esistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa". La fonte a mezzo della quale il Prefetto deduce la sussistenza di un tentativo di infiltrazione mafiosa, poi, è cangiante e mutevole, come affermato dalla stessa Corte Costituzionale nella pronuncia appena commentata, e l'esistenza di una documentazione antimafia interdittiva in corso di validità a carico dell'impresa può ben costituire una di queste.

Sebbene l'orientamento prevalente della giustizia costituzionale e amministrativa, come finora visto, interpreta la volontà legislativa nel senso di ritenere sovrapponibili le informative antimafia alle comunicazioni, non mancano impostazioni di segno contrario. In dottrina, infatti, vengono sollevate una serie di criticità, di cui è opportuno in questa sede dare conto³⁰⁸. Si sottolinea che il pregiudizio all'economia privata inflitto dagli operatori economici destinatari del provvedimento prefettizio interdittivo è di molto minore rispetto a quello scaturente dagli effetti del provvedimento medesimo, dal momento che all'operatore economico viene precluso l'accesso al mercato sotto qualsiasi forma e non soltanto nei rapporti potenziali con Pubblica Amministrazione. Inoltre, viene rilevato che estendendo gli effetti dell'informativa antimafia, *"adottati su valutazioni molto più blande, senza alcun accertamento giudiziale, all'esercizio di attività private, sussista il rischio di conferire alle Prefetture poteri illimitati, posto che la paralisi definitiva dell'attività di impresa non si fonda su accertamenti effettivi di permeabilità mafiosa delle società, ma si basa su valutazioni meramente discrezionali e, quindi, soggettive"*³⁰⁹. Parimenti, è criticato il séguito interpretativo dell'affermazione secondo cui spetta alla giurisprudenza comune rilevare a quali condizioni e in quali casi sia stata disposta l'estensione degli effetti della comunicazione antimafia al rilascio di un'informativa antimafia³¹⁰. La richiamata giurisprudenza comune, infatti, non avrebbe adottato criteri idonei a distinguere, anche proporzionalmente, i rapporti afferenti all'economia pubblica da quelli pertinenti l'economia privata e cautele necessarie e

³⁰⁸ A. DE PASCALIS, *Le comunicazioni antimafia: autonomia o sovrapposizione con le informazioni?*, in AA.VV., (a cura di) G. AMARELLI, S. STICCHI DAMIANI, *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Giappichelli Editore, 2019, 73-87.

³⁰⁹ A. DE PASCALIS, *Le comunicazioni antimafia: autonomia o sovrapposizione con le informazioni?*, cit., 86. Contrariamente il Consiglio di Stato afferma che "il timore che si possa degenerare in libero arbitrio è scongiurato dall'applicazione del criterio del più probabile che non, in base al quale l'interprete deve accertare che l'ipotesi intorno a quel fatto sia più probabile di tutte le altre messe insieme, ossia rappresenti il 50% + 1 di possibilità di permeabilità mafiosa delle società". In termini, Cons. St., sez. III, sent. n. 1109/2017 cit.

³¹⁰ L'affermazione, come ricordato precedentemente, è contenuta in Corte Cost., sent. 4/2018, cit.

sufficienti per il loro esercizio, “*ma si è dettata nel senso di sovrapporre le informazioni antimafia alle comunicazioni*”³¹¹.

Non solo. Anche sul piano processuale gli strumenti di difesa apprestati dalla giustizia amministrativa sarebbero inefficaci, considerata, da un lato, la remota possibilità di ottenere una tutela cautelare a fronte dell’interesse pubblico volto a preservare l’economia da possibili infiltrazioni mafiose e, dall’altro, in sede di merito, la rigida applicazione dei criteri di legittimità provvedimentali dell’interdittiva “*con conseguente bassissima percentuale di accoglimento dei ricorsi*”. Una simile lettura, pertanto, sempre ad avviso dell’Autore in discorso, renderebbe del tutto recessivi la libertà di iniziativa economica e il diritto di proprietà a fronte di una tutela esclusiva dell’interesse pubblicistico alla sicurezza e all’ordine pubblico economico. Da qui, ancora una volta, viene perorata la natura giuridica sanzionatoria del provvedimento interdittivo antimafia, ancorché la sua adozione sia giustificata nell’ottica di anticipazione massima di tutela sociale.

Ancora una volta, si manifesta il problema della natura giuridica della documentazione interdittiva antimafia che, alla luce di quanto finora esposto, evidenzia come, contrariamente all’impostazione prevalente, sarebbe più opportuno invertire il disvalore giuridico legato alle due figure in esame. Ad avviso di chi scrive, soltanto in astratto è possibile ritenere più grave il rilascio di un’informativa antimafia rispetto al rilascio di una comunicazione. Se si guarda all’istituto nella prospettiva dell’operatore economico privato, infatti, sembra evidente che, in concreto, l’emissione di una comunicazione antimafia sia in grado di inibire l’esercizio di un’attività economica in senso “orizzontale”, ovvero completamente, e non soltanto in senso “verticale”, cioè a dire nei soli rapporti con la Pubblica Amministrazione. Del resto, giusta la conformazione della normativa in materia di contrattualistica pubblica, c’è da dire che non tutte le imprese, specie se piccole e medio-piccole, hanno la possibilità, ovvero anche solo l’interesse, concretamente, di entrare nel circuito delle commesse pubbliche. Sì che, ragionevolmente, è da ritenersi mal posta l’originaria tassonomia che vede nell’informativa un provvedimento maggiormente pregiudicante rispetto alla comunicazione antimafia.

³¹¹ In termini, A. DE PASCALIS, *Le comunicazioni antimafia: autonomia o sovrapposizione con le informazioni?*, cit., 86.

In questo senso, allora, potrebbe interpretarsi la volontà storica del legislatore che, in origine, ha ancorato il rilascio della comunicazione antimafia a presupposti giuridici maggiormente “certi”, quali, appunto, l’attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, sospensione o divieto di cui all’art. 67 D. Lgs. n. 159/2011. Tanto a differenza delle informative antimafia, rispetto alle quali, invece, il rilascio ha per presupposto anche soltanto “*l’attestazione della sussistenza o meno di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate*”. Ebbene, si può ritenere che l’originaria conformazione della disciplina appena ricordata volesse proprio ancorare a una maggior rigidità dei presupposti legittimanti il rilascio della comunicazione antimafia per scongiurare conseguenze eccessivamente pregiudizievoli all’esercizio dell’attività economica privata. Se è vero, come pare, che tale risultato interpretativo è stato obliterato dall’introduzione dell’art. 89 *bis* cit., sembra difficilmente revocabile in dubbio il superamento della rigida partizione degli istituti finora esaminati, con ragionevoli ripercussioni sulla natura giuridica di questi strumenti di contrasto alla criminalità organizzata mafiosa.

Ed effettivamente i dubbi di compatibilità costituzionale dell’art. 89 *bis* cit. non terminano qui. Pochi mesi dopo la pubblicazione della pronuncia n. 4/2018 *cit.* da parte della Corte Costituzionale, infatti, il Tribunale ordinario di Palermo solleva una nuova questione di legittimità per la disposizione in discorso³¹². La medesima, invero, pur ponendosi in linea di continuità con la precedente, se ne distingue, in aggiunta, per disposizioni oggetto della rimessione, nonché per parametri di costituzionalità assunti violati. Quanto al primo aspetto, il Tribunale collega le censure all’art. 89 *bis* cit., ancorché in via soltanto consequenziale, con quelle nei confronti del successivo art. 92, commi 3 e 4 Codice Antimafia. Quest’ultimo sarà oggetto di disamina nel paragrafo seguente. Sì che ora è sufficiente ricordare che il medesimo individua gli effetti inibitori ovvero decadenziali in termini di titolarità di situazioni e rapporti giuridici soggettivi scaturenti dal rilascio di un provvedimento interdittivo antimafia.

³¹² Il riferimento è a Trib. Palermo, sez. V civile, specializzata in materia di imprese, ord. 10 maggio 2018, n. 131. Il giudice viene adito da R.M. S., in proprio e nella qualità di titolare della ditta S. S. di R.M. S., per l’impugnazione, ex art. 7, sesto comma, della legge 8 agosto 1985, n. 443 (Legge-quadro per l’artigianato), del provvedimento di cancellazione dall’albo delle imprese artigiane emesso dalla Commissione provinciale per l’artigianato, dopo che il ricorso proposto in via amministrativa alla Commissione regionale per l’artigianato era rimasto senza esito.

Quanto ai parametri di costituzionalità invocati, invece, l'ordinanza in discorso argomenta per la violazione dell'art. 3, nella sua declinazione di principio di ragionevolezza, e dell'art. 41 Cost. Precisamente, il Tribunale ritiene irragionevole ricollegare a un provvedimento di natura amministrativa gli stessi effetti di una misura di prevenzione applicata con un provvedimento di natura giurisdizionale, incidendo sull'esercizio della libertà di iniziativa economica senza le medesime "garanzie". Ai sensi dell'art. 91 co. 7 *bis* Codice Antimafia, infatti, l'effetto del provvedimento interdittivo antimafia è immediato e non è subordinato alla definitività del provvedimento. Ancora, l'autorità amministrativa non può procedere ad alcuna esclusione delle decadenze e dei divieti, a differenza di quanto possibile per il giudice ordinario, in ragione della previsione di cui all'art. 65 co. 5 Codice Antimafia, "*nel caso in cui per effetto degli stessi verrebbero a mancare i mezzi di sostentamento all'interessato e alla famiglia*".

Altrettanto, costituisce irragionevole lesione della libertà di impresa ricomprendere nella sfera di incidenza dell'inibitoria e, tanto più, della decadenza, conseguenti *ex art. 92 cit.*, tutti i provvedimenti previsti dall'art. 67 Codice Antimafia, senza escludere quelli che sono il presupposto dell'esercizio di un'attività imprenditoriale meramente privata.

Ebbene, la Corte Costituzionale, con la nota sentenza 01 aprile 2020, n. 57, dichiara ancora una volta non fondate le questioni di legittimità sollevate, valorizzando la scelta del legislatore di affidare all'autorità amministrativa il rilascio di una misura, quale il provvedimento interdittivo antimafia, pur se caratterizzata da "*particolare gravità*", per fronteggiare al meglio la grande "*adattabilità alle circostanze*" dimostrata dal fenomeno mafioso³¹³.

Di qui, proseguendo, la pronuncia mette in risalto la rosa di garanzie che comunque l'ordinamento appresta per assicurare una tutela piena ed effettiva alle situazioni giuridiche soggettive pur intaccate dal provvedimento interdittivo. Sì che, le valutazioni prefettizie, ancorché fortemente discrezionali-tecniche, come esternate nella motivazione dell'atto provvedimentale, restano soggette al controllo di una giurisprudenza assolutamente

³¹³ Per completezza, si rileva che nella pronuncia la Consulta, altresì, dichiara l'inammissibilità degli ulteriori profili di censura sollevati dalla parte privata costituita circa la violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 2 del Protocollo n. 4 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, in riferimento alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, 23 febbraio 2017, de Tommaso contro Italia, e 28 giugno 2018, G.I.E.M. srl e altri contro Italia.

consapevole sulla materia, che procede “*ad un esame sostanziale degli elementi raccolti, verificandone la consistenza e la coerenza un vaglio giurisdizionale pieno ed effettivo*”³¹⁴.

Ma vi è di più. “L’impegno” (proprio in questi termini parla la Consulta) della giurisprudenza amministrativa si è nel tempo tradotto nella “*individuazione di un nucleo consolidato di situazioni indiziarie, che sviluppano e completano le indicazioni legislative, costruendo un sistema di tassatività sostanziale*”, ritenuto rilevante anche alla luce della giurisprudenziale costituzionale. Così, il rinvio alla c.d. “tassatività sostanziale”, per il tramite dell’esplicito riferimento alla nota sentenza della Corte Costituzionale n. 24 del 2019, è funzionale a valorizzare “*l’apporto fornito da una giurisprudenza costante e uniforme, al fine di delimitare l’applicazione di disposizioni legislative incidenti su diritti costituzionalmente protetti, pure caratterizzate da una certa genericità che, anche se relativa a fattispecie diversa, ha valorizzato*”³¹⁵.

In questa direzione, la combinazione tra dato normativo e formante giurisprudenziale consente di escludere che dell’art. 89 *bis cit.* non possano essere date interpretazioni compatibili con la Costituzione.

Tuttavia, come avremo modo di riprendere, ancora una volta, nel corso del Capitolo IV, la Corte Costituzionale, pur ritenendo in parte contemperata l’inapplicabilità dell’art. 67 co. 5 D.Lgs. n. 50/2016 con l’efficacia temporalmente circoscritta del provvedimento prefettizio antimafia, suggerisce “*indubbiamente*” una rimeditazione legislativa sulla impossibilità per il prefetto di esercitare i poteri previsti per il giudice nel caso di adozione delle misure di prevenzione dall’art. 67, comma 5, del d.lgs. n. 159 del 2011. Sì da consentire di poter escludere decadenze e divieti conseguenti al rilascio del provvedimento interdittivo antimafia nel caso in cui, per suo effetto, possano venire a mancare i mezzi di sostentamento per l’interessato e la propria famiglia³¹⁶.

³¹⁴ Corte Cost. n. 57/2020 cit.

³¹⁵ Corte Cost. 24 gennaio 2019, n. 24 (dep. in Cancelleria il 27 febbraio 2019). La pronuncia, avendo a oggetto la materia delle misure di prevenzione, verrà approfondita nel corso del Capitolo IV.

³¹⁶ La sentenza Corte Cost. n. 57/2020 cit. ha suscitato un vivo interesse per la dottrina, che ha manifestato posizioni per lo più critiche, ben mettendo in risalto le possibili contraddizioni rispetto all’effettiva difesa dei valori fondanti la democrazia e al reale perseguimento del principio di legalità. Così, rispettivamente, G. AMARELLI, *Interdittive antimafia e «valori fondanti della democrazia»: il pericoloso equivoco da evitare*, in *dirittodidifesa.eu*, 17 luglio 2020, nel Suo commento alla pronuncia del Cons. Stato, sez. III, sent. 8 giugno 2020, n. 3641, ove si richiama anche la sentenza Corte Edu, 28 giugno 2018, G.I.E.M. s.r.l. e al. c. Italia, e A. LONGO, *La Corte costituzionale e le informative antimafia, Minime riflessioni a partire dalla sentenza n. 57 del 2020*, in *www.nomos-leattualitaneldiritto.it*. Conf. sul punto il contributo di R. PIOMBINO, *A quali costi? L’efficacia estensiva*

4. GLI EFFETTI GENETICI E SUCCESSIVI DELLA DOCUMENTAZIONE INTERDITTIVA ANTIMAFIA.

Il rilascio di un provvedimento interdittivo antimafia produce automaticamente una serie di effetti inibitori ovvero preclusivi per il relativo destinatario che, a livello tassonomico, possono essere distinti a seconda del momento in cui il provvedimento interdittivo viene rilasciato. Per completezza di indagine, occorre ricordare che gli effetti inibitori-preclusivi ricollegati al rilascio della documentazione interdittiva antimafia non opera(va)no in via automatica soltanto per il caso della cd. informativa antimafia atipica, su cui prima ci si è soffermati. Allo stato attuale, pertanto, i provvedimenti interdittivi antimafia, pur divergendo notevolmente nei presupposti, sono tutti tipici negli effetti³¹⁷.

Si hanno, dunque, effetti incidenti nella fase genetica dei rapporti con la Pubblica Amministrazione ed effetti sopravvenienti o comunque successivi.

Riguardo ai primi, l'art. 94 D. Lgs. n. 159/2011 inibisce la stipula, l'approvazione o il rilascio di contratti, subcontratti, concessioni ed erogazioni. Questa previsione, invero, non è esaustiva, o meglio, non può più ritenersi tale alla luce dell'introduzione del nuovo Codice dei Contratti Pubblici di cui al D. Lgs. n. 50/2016. Il tenore letterale dell'art. 94 cit., infatti, nel fare riferimento al momento della stipula del contratto, era perfettamente coordinato soltanto al precedente Codice Appalti proprio perché l'art. 38 D. Lgs. n. 163/2006 non contemplava tra le cause di esclusione dalla procedura la presenza di provvedimenti interdittivi antimafia. A essere preclusa era soltanto la (successiva) stipula del contratto, laddove il soggetto destinatario del provvedimento antimafia fosse divenuto aggiudicatario. Con l'avvento del D. Lgs. n. 50/2016, la disciplina sui requisiti di ordine generale o moralità professionale muta, comminando l'esclusione automatica del partecipante alla procedura in caso di "*sussistenza di cause di decadenza, sospensione o divieto previste dall'art. 67 D. Lgs. n. 159/2011 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'art. 84 co. 4 del medesimo decreto*". L'anticipazione temporale degli effetti preclusivo-inibitori connessi alla sussistenza di un provvedimento

*dell'informazione interdittiva antimafia, Nota a sentenza – Corte Costituzionale 14.01.2020 n. 57, in dirittodidifesa.eu, 11 maggio 2020. La sentenza in discorso costituisce occasione per illustrazioni più generali dell'istituto in L. DELLI PRISCOLI, *L'informativa prefettizia antimafia e il diritto della collettività ad un mercato concorrenziale*, in ildiritto amministrativo.it e A.M. SPECIALE, *Interdittive antimafia tra vecchi confini e nuovi scenari*, in madeappalti.com, 28 ottobre 2020.*

³¹⁷ L. CESTARO, *L'impugnazione dell'informazione antimafia e il sindacato del giudice amministrativo*, in G. Amarelli, S. Sticchi Damiani (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, cit., 128.

interdittivo antimafia, del resto, partecipa alla stessa logica che assiste l'intera disciplina dei requisiti generali e speciali nelle procedure a evidenza pubblica, per cui i medesimi devono essere posseduti non soltanto alla data di scadenza per la presentazione della domanda ma per tutta la durata della procedura, comprendendo l'aggiudicazione, la stipula del contratto e la sua esecuzione³¹⁸. L'art. 94 co. 1 cit., tuttavia, non si limita a comminare l'esclusione dalle procedure a evidenza pubblica ovvero la preclusione alla stipula del contratto di affidamento perché, giusto il rinvio all'art. 67 cit., inibisce, altresì, la possibilità di concedere qualsivoglia titolo abilitativo all'esercizio di un'attività da parte dei soggetti di cui all'art. 83 Cod. Antimafia.

Esaurito il novero degli effetti della documentazione antimafia interdittiva nella fase genetica del rapporto con la Pubblica Amministrazione, occorre procedere con la disamina di quelli che ineriscono le fasi successive al rilascio di titoli abilitativi, all'erogazione di elargizioni economiche ovvero alla stipula del contratto di affidamento. In questo caso, secondo quanto previsto dal co. 2 dell'art. 94 *cit.*, l'Amministrazione procede, rispettivamente, alla revoca dei titoli abilitativi rilasciati o altrimenti assentiti, e al recesso dai contratti stipulati con i soggetti attinti dalla documentazione interdittiva antimafia, 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. Ora, il recesso *ex lege* contenuto nell'art. 94 cit. si ritiene ipotesi speciale rispetto alla disposizione di cui all'art. 21 *sexies* l. n. 241/90, per cui *“Il recesso unilaterale dai contratti della pubblica amministrazione è ammesso nei casi previsti dalla legge o dal contratto”*, alla stessa stregua di quanto disposto dall'art. 109 D. Lgs. n. 50/2016³¹⁹, secondo una regola di tipicità delle ipotesi di recesso analoga a quella contemplata agli artt. 1372 e 1373 c.c. Sul punto, è utile soffermarsi per rilevare che, al di là della qualificazione formale data a questa figura estintiva del rapporto obbligatorio intervenuto e dell'analogia con le regole civilistiche, il presupposto del recesso in discorso è un potere

³¹⁸ Il principio, pacificamente condiviso, è riportato nell'orientamento costante della giurisprudenza amministrativa. Tra più, vd. *Cons. St.*, sez. V, sent. 18 aprile 2017, n. 1810.

³¹⁹ Dell'art. 109 D. Lgs. n. 50/2016 se ne riporta in nota il contenuto, per maggior ordine espositivo. L'articolo, rubricato "Recesso", in termini recita: "la stazione appaltante può recedere dal contratto in qualunque momento previo il pagamento dei lavori eseguiti o delle prestazioni relative ai servizi e alle forniture eseguiti nonché del valore dei materiali utili esistenti in cantiere nel caso di lavori o in magazzino nel caso di servizi e forniture, oltre al decimo dell'importo delle opere, dei servizi o delle forniture non eseguite". Questa piena facoltà, pur a titolo oneroso, prevista in capo alla stazione appaltante fa salvo in incipit proprio quanto previsto dagli articoli 88 co. 4 ter e 92 co. 4 Codice Antimafia.

contrattuale peculiare, perché basato su sopravvenuti motivi di opportunità di matrice pubblicistica.

Occorre allora compiere un piccolo passo a ritroso per comprendere il fondamento razionale del recesso in discorso. Come noto, anche se l'espressione "contratto pubblico" indica, in prima approssimazione, ogni stipulazione negoziale coinvolgente una Pubblica Amministrazione, alla medesima si riconducono fenomeni diversificati, quali i contratti di diritto comune, i contratti a oggetto pubblico e i contratti di diritto speciale³²⁰.

Nell'alveo dei primi sono ricomprese le ipotesi in cui il soggetto pubblico, al pari di qualunque altro soggetto privato, soddisfa i propri bisogni collocandosi in posizione paritaria rispetto al privato paciscente. Per conseguenza, l'ordinamento non giustifica deroghe alla disciplina civilistica di "diritto comune" applicabile³²¹.

Nella categoria dei contratti a oggetto pubblico, invece, vengono collocati i negozi che hanno per oggetto beni di cui soltanto la Pubblica Amministrazione, perché dotata di poteri autoritativi, può disporre. Data la loro stretta correlazione con il provvedimento amministrativo unilaterale, i medesimi vengono anche chiamati contratti di diritto pubblico e, per l'effetto, individuati nei cd. accordi sostitutivi, ausiliari ovvero accessivi al provvedimento medesimo³²².

La categoria dogmatica che qui interessa, invece, è proprio quella dei contratti di diritto speciale, assoggettati dal legislatore a una disciplina in parte derogatoria rispetto a quella applicabile in via generale in virtù della qualifica pubblicistica di uno dei paciscenti e individuati, nel concreto, proprio nei negozi giuridici disciplinati dal Codice dei Contratti

³²⁰ La partizione tassonomica che si sceglie di privilegiare è quella proposta da F. CARINGELLA, *Compendio di diritto amministrativo*, Dike giuridica, 2021, 223 ss. La manualistica sui contratti "della" Pubblica Amministrazione è, come noto, vastissima. Ci si limita qui a riportare alcuni dei contributi dottrinali intervenuti nel tempo sull'argomento, tra cui, G. GRECO, in AA.VV., *Argomenti di diritto amministrativo*, a cura di G. Greco, M. Cafagno, D.U. Galetta, M. Ramajoli, M. Sica, Giuffrè Editore, 2019, II; E. MELE, *I contratti delle Pubbliche Amministrazioni*, Giuffrè, 2011; AA.VV., *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI, M.A. SANDULLI, Giuffrè, 2008; D. BORTOLOTTI, (voce) *Contratti della amministrazione pubblica*, in *Digesto disc. pubbl.*, UTET Giuridica, 1989, IV, 36 ss.; R. GRECO, *I contratti dell'Amministrazione tra diritto pubblico e privato (i contratti ad evidenza pubblica)*, Giuffrè, 1988; A. BENNATI, *Manuale di contabilità di Stato*, Jovene, 1980; A. BARDUSCO, *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni. Atti amministrativi e negozio di diritto privato*, Giuffrè, 1974; P. VIRGA, *I contratti della pubblica amministrazione*, LED Edizioni Universitarie, 1971; M.S. GIANNINI, *Le obbligazioni pubbliche*, Jandi Sapi, 1964.

³²¹ Il caso di scuola più ricorrente è quello per cui l'Amministrazione stipula un contratto di locazione per scopi non direttamente riconducibili al perseguimento dell'interesse pubblico che le è affidato dall'ordinamento.

³²² Si fa riferimento, per i primi due, all'art. 11 l. n. 241/90 e, per gli accordi ausiliari, alla figura, di altrimenti incerta qualificazione giuridica, della concessione-contratto.

Pubblici. In essi, infatti, la Pubblica Amministrazione si colloca soltanto in una posizione di tendenziale parità con l'operatore economico privato, perché chiamata comunque a esercitare poteri autoritativi, seppur non nella tradizionale forma del provvedimento amministrativo unilaterale. Ciò che giustifica *“l'applicazione, accanto alle ordinarie norme privatistiche, di ulteriori norme pubblicistiche”*³²³. Pertanto, se certamente è vero che, come affermato dalla stessa Adunanza Plenaria, è precluso alla Pubblica Amministrazione il ricorso alla revoca pubblicistica di cui all'art. 21 *quinquies* l. n. 241/90 successivamente all'intervenuta efficacia del provvedimento di aggiudicazione della procedura a evidenza pubblica, o meglio, alla stipula del contratto di affidamento, è altrettanto vero che l'istituto del recesso non svilisce l'interesse pubblico perché, una volta sottoscritto il contratto, l'amministrazione è in una posizione di parità soltanto tendenziale rispetto all'operatore economico privato³²⁴. L'ordinamento, infatti, proprio come nell'ipotesi delineata dall'art. 94 cit., attribuisce alla Pubblica Amministrativa una prerogativa tipica del diritto pubblico che nulla ha a che vedere con il recesso civilistico puro, consentendole, anzi, imponendo l'estinzione del vincolo contrattuale giusto l'avvento di una sopravvenienza che ha assoluto rilievo pubblicistico come, appunto, il rilascio di un provvedimento interdittivo antimafia.

Pur costituendo il recesso un atto dovuto, esistono due ipotesi derogatorie che consentono all'Amministrazione di proseguire nel rapporto contrattuale instaurato con l'operatore economico attinto dal provvedimento interdittivo antimafia.

³²³ F. CARINGELLA, *Compendio di diritto amministrativo*, cit., 224.

³²⁴ Il riferimento è alla nota sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n. 14 del 20/06/2014 che ha enunciato il seguente principio di diritto: *“Nel procedimento di affidamento di lavori pubblici, le pubbliche amministrazioni se, stipulato il contratto di appalto, rinvenivano sopravvenute ragioni di inopportunità alla prosecuzione del rapporto negoziale, non possono utilizzare lo strumento pubblicistico della revoca dell'aggiudicazione ma devono esercitare il diritto di recesso di cui all'art. 134 D. Lgs. n. 163/2006”*. Ancora, nella parte motiva della sentenza, l'Adunanza Plenaria argomenta che *“il divieto di revoca quando sia stato stipulato il contratto si fonda sulla fondamentale ragione dell'affidamento del privato negli impegni reciproci consacrati nell'accordo, sulla cui base egli ha maturato aspettative di profitto e assunto impegni che l'art. 21 quinquies non impone di considerare (a differenza dell'art. 21 nonies per l'annullamento d'ufficio) e il cui ristoro è ivi previsto soltanto con l'indennizzo, mentre, ad esito del recesso consentito per i contratti di diritto privato, l'amministrazione è obbligata, come visto, ad una più adeguata compensazione del pregiudizio sofferto dalla controparte; ciò non comporta, peraltro, un'automatica svalutazione dell'interesse pubblico, di cui la pubblica amministrazione è sempre portatrice, al quale è comunque strumentale il diritto di recesso nell'ampia configurazione dell'art. 134 del codice dei contratti pubblici, potendo l'amministrazione valorizzare, ai fini del recesso, circostanze che porterebbero alla revoca, con il corollario di non dover assicurare il contraddittorio procedimentale né esternare compiutamente le motivazioni della scelta, essendo ciò bilanciato dal maggior onere economico che ne consegue”*. La pronuncia, pur confrontandosi, *ratione temporis*, con il D. Lgs. n. 163/2006, risulta applicabile ancora oggi, nel contesto del nuovo Codice Contratti Pubblici di cui al D. Lgs. n. 50/2016. Il riferimento normativo formale, tuttavia, non è più l'art. 134 D. Lgs. n. 163/2006 bensì l'art. 109 D. Lgs. n. 50/2016.

La prima si rinviene all'interno del medesimo Codice Antimafia. I soggetti di cui all'art. 83 co. 1 e 2 cit., possono esercitare, in via eccezionale, il potere conferito dal co. 3 dell'art. 94 cit., nella parte in cui consente di non procedere alle revoche o ai recessi nell'ipotesi 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”*. Si tratta, evidentemente, di due fattispecie tassative e ben circoscritte nella portata. Per il caso dei lavori pubblici, infatti, la deroga all'interruzione del rapporto contrattuale è consentita soltanto se l'opera è in corso di ultimazione. Per l'erogazione di servizi e la fornitura di beni, invece, la prestazione resa non solo deve essere qualificabile in termini di essenzialità ma occorre, altresì, che l'affidatario non sia sostituibile dall'Amministrazione in tempi rapidi. Si tratta di due ipotesi derogatorie che rispondono a fondamenti razionali distinti, rinvenibili, rispettivamente, nell'efficacia, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa, nonché nella garanzia della continuità del servizio pubblico. Ancorché l'azionabilità dell'art. 94 co. 3 sia ancorata alla sussistenza di parametri fattuali, la giurisprudenza amministrativa ritiene che l'Amministrazione sia tenuta a motivare puntualmente la preminenza dell'interesse pubblico al completamento dell'esecuzione contrattuale rispetto allo scioglimento del vincolo negoziale nonostante la presenza di un provvedimento interdittivo antimafia³²⁵. Tanto può essere corroborato, ad avviso dello scrivente, alla luce del fatto che sovente le Amministrazioni inseriscono nei capitolati speciali di appalto clausole di esecuzione in danno per cui, in caso di omissioni, inadempienze o violazioni di obblighi contrattuali, accertate secondo i modi e i tempi previsti nel capitolato stesso, l'Amministrazione si riserva di eseguire d'ufficio ovvero di far eseguire ad altro operatore economico gli interventi necessari per il regolare adempimento delle prestazioni oggetto dell'affidamento in danno dell'impresa esecutrice, con addebito integrale di ogni onere e spesa sostenuta a carico di quest'ultima. Alla luce di questa facoltà, ancora più marginale appare la possibilità di ricorrere alla deroga assentita dall'art. 94 co. 3 cit. o, quantomeno, rafforzato pare l'onere motivazionale posto a carico dell'Amministrazione procedente laddove decida di far completare le prestazioni affidate all'aggiudicatario attinto dal provvedimento interdittivo antimafia.

³²⁵ Tra più, si segnala T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 11 giugno 2018, n. 1247; Cons. Stato, sez. III, 30 dicembre 2017, n. 6195; T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 4 gennaio 2016, n. 1.

La seconda ipotesi in grado di impedire la risoluzione contrattuale è il provvedimento di straordinaria gestione, sostegno e monitoraggio di imprese *ex art. 32 co. 10 d.l. n. 90/2014*. Precisamente, ove “*sussista l’urgente necessità di assicurare il completamento dell’esecuzione del contratto ovvero dell’accordo contrattuale, ovvero la sua prosecuzione al fine di garantire la continuità di funzioni e servizi indifferibili per la tutela dei diritti fondamentali, nonché per la salvaguardia dei livelli occupazionali o dell’integrità dei bilanci pubblici, ancorché ricorrano i presupposti cui all’articolo 94 co. 3 Cod. Antimafia*”, anche di propria iniziativa il prefetto può provvedere direttamente “*alla straordinaria e temporanea gestione dell’impresa limitatamente alla completa esecuzione del contratto d’appalto ovvero dell’accordo contrattuale o della concessione*”³²⁶.

Vi è poi un’ulteriore fattispecie meritevole di essere scrutinata in questo momento dell’indagine. Si fa riferimento, specificamente, a quanto previsto dall’art. 92 Cod. Antimafia, disposizione che, pur dedicata ai termini per il rilascio delle informazioni, contiene prescrizioni a contenuto sostanziale e non soltanto di carattere procedimentale. Il rilascio dell’informativa antimafia, infatti, è immediato se dalla consultazione della banca dati nazionale unica non emergono per i soggetti censiti cause di decadenza, sospensione, divieto di cui all’art. 67 Cod. Antimafia o di un tentativo di infiltrazione mafiosa *ex art. 84 co. 4 Cod. Antimafia* (cfr. art. 92 co. 1 cit.). In caso contrario, come pure per l’ipotesi disciplinata dall’art. 91 co. 6 Cod. Antimafia, il prefetto è tenuto a disporre le necessarie verifiche e, per l’effetto, l’ordinamento attribuisce due termini successivi di conclusione del procedimento. Il primo ha durata di trenta giorni, decorrenti dalla data della consultazione. Il secondo, successivo ed eventuale, ha durata di (ulteriori) quarantacinque giorni, che maturano allo scadere dei primi

³²⁶ Per quel che qui interessa, occorre rammentare che l’art. 32 d.l. n. 90/2014 “*Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l’efficienza degli uffici giudiziari*”, conv. con mod. in L. 11 agosto 2014, n. 114, rubricato “*Misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell’ambito della prevenzione della corruzione*”, al co. 10 prevede che le disposizioni di cui al presente articolo si applicano anche nei casi in cui sia stata emessa dal prefetto un’informativa antimafia interdittiva. In realtà, l’art. 32 cit. prevede due ordini di misure, tra loro alternative, quali l’ordine di rinnovazione degli organi sociali mediante sostituzione del soggetto coinvolto che, se inottemperato, comporta l’attivazione del potere di straordinaria e temporanea gestione oppure, direttamente, l’emanazione del provvedimento di straordinaria e temporanea gestione. A mente del co. 10 cit., tuttavia, laddove passi in giudicato la sentenza di annullamento dell’informativa antimafia interdittiva, ovvero venga disposto, in via definitiva, l’accoglimento dell’istanza cautelare eventualmente proposta ovvero di aggiornamento dell’esito dell’informativa ai sensi dell’art. 91 co. 5 D. Lgs. n. 159/2011, anche a seguito dell’adeguamento dell’impresa alle indicazioni degli esperti, le misure sono revocate e cessano comunque di produrre effetti. In argomento, vd. R. CANTONE, B. COCCAGNA, *L’impresa raggiunta da interdittiva antimafia tra commissariamenti prefettizi e controllo giudiziario*, in G. AMARELLI, S. STICCHI DAMIANI, *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all’infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, cit., 283 ss.

trenta per l'ipotesi in cui le verifiche disposte dalla Prefettura siano di particolare complessità. Ecco che decorso invano il termine di trenta giorni o, nei casi di urgenza, immediatamente, i soggetti richiedenti possono sì procedere anche in assenza del rilascio di un provvedimento espresso da parte della Prefettura, con effetto inibitorio-preclusivo soltanto per le autorizzazioni, le concessioni e i contratti stipulati. Per quanto riguarda i contributi, finanziamenti o le altre erogazioni di cui all'art. 67 cit., invece, i soggetti di cui all'art. 83 co. 1 e 2 cit. possono procedere alla corresponsione che, tuttavia, resta risolutivamente condizionata all'epilogo del procedimento istruttorio prefettizio.

4.1. GLI ARTT. 92 CO. 3 E 94 CO. 2 COD. ANTIMAFIA TRA LIMITI LEGISLATIVI AL DIRITTO DI RITENZIONE E INTERPRETAZIONE DELLA GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA.

Esaurita la disamina degli effetti conseguenti al rilascio di un provvedimento interdittivo antimafia e delle relative deroghe, occorre ricordare che sia l'art. 92, al co. 3, che l'art. 94, al co. 2, citati fanno salvo, in chiosa, "*il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite*", ove il limite delle utilità conseguite guarda, evidentemente, ai soggetti di cui all'art. 83 co. 1 e 2 D. Lgs. n. 159/2011. Ebbene, se è pacifica l'applicabilità di questa clausola di salvezza per i contratti di appalto e di concessione disciplinati dal D. Lgs. n. 50/2016, lo stesso non pare potersi affermare, seppur per ragioni diverse, circa le autorizzazioni, le concessioni estranee al Codice Contratti Pubblici (i.e. le concessioni di beni), nonché circa il rilascio di finanziamenti, contributi ed erogazioni.

Relativamente ai provvedimenti a contenuto autorizzatorio, per esempio, non paiono sussistere ipotesi in cui sia concepibile la presenza di opere conseguite e di spese sostenute per il privato quantificande nei limiti delle utilità conseguite dalla Pubblica Amministrazione. Da un punto di vista sistematico, ci si avvede che il fondamento razionale della clausola di salvezza in discorso, evidentemente, riposa nella decurtazione di quei vantaggi che i soggetti di cui all'art. 83 co. 1 e 2 cit. hanno comunque conseguito giuste le prestazioni svolte dal privato, seppur poi attinto dal provvedimento antimafia a contenuto interdittivo.

Per ciò che riguarda le concessioni, invece, come anticipato in più luoghi del presente elaborato, il D. Lgs. n. 159/2011 non presenta un perfetto allineamento rispetto al successivo D. Lgs. n. 50/2016. Nel Codice dei Contratti Pubblici, infatti, è stata superata la tradizionale partizione che vedeva disciplinati unicamente gli appalti pubblici, trattando oggi come contratti a titolo oneroso anche le concessioni di servizi e forniture. L'unica forma concessoria che resta sottratta alla disciplina codicistica è quella delle concessioni di beni rispetto alle quali, pertanto, la distinta menzione all'interno del Codice Antimafia è ancora oggi munita di significato se si pone mente, appunto, alle concessioni in uso di beni pubblici. Per liberare il campo dell'indagine da potenziali contraddizioni ermeneutiche, resta da svolgere una precisazione ulteriore. È indubbio che, come poc'anzi detto, in mancanza di informativa liberatoria e nelle more del rilascio della documentazione antimafia il legislatore dell'art. 92 co. 3 e 94 co. 2 cit. prescrive, per le concessioni, la revoca, mentre per l'erogazione di finanziamenti, contributi e altre elargizioni ne è consentita l'erogazione, seppur risolutivamente condizionata. L'interprete potrebbe essere portato a pensare alla presenza di un'antinomia, dal momento che, come noto, il denaro pubblico certamente costituisce un bene pubblico, appartenente al patrimonio disponibile. Non sono mancate, infatti, in passato, impostazioni giurisprudenziali che qualificavano il denaro trasferito dall'Amministrazione a un privato a titolo di contributo come bene pubblico e il relativo provvedimento traslativo come concessione³²⁷. Sul punto, difatti, è intervenuta la stessa Adunanza Plenaria con la nota pronuncia n. 6/2014 che, pur chiamata a sopire un contrasto interpretativo insorto in punto di riparto di giurisdizione, ha condiviso affermazioni di portata sostanziale per ciò che riguarda la corretta qualificazione giuridica dell'erogazione di contributi pubblici a privati. Secondo i giudici di Palazzo Spada, *“come hanno bene evidenziato le Sezioni Unite della Corte di Cassazione nella sentenza 19 maggio 2008, n. 12641, deve essere esclusa l'equiparabilità tra concessione di beni ed erogazione del denaro, in quanto, anche se il denaro è annoverabile nella categoria dei beni, non va confusa la figura della concessione a privati di benefici pubblici, che presuppone l'uso temporaneo da parte dei privati di detti bene per una finalità di pubblico interesse, con quella del finanziamento, che implica un tipo di rapporto giuridico del tutto diverso, in forza del quale il finanziato acquisisce la piena proprietà del denaro*

³²⁷ Si tratta, invero, di precedenti giurisprudenziali risalenti, quali T.A.R. Sicilia, sez. Catania, n. 905/1998; Cons. Stato, sez. IV, n. 727/1993.

*erogatogli ed eventualmente assume l'obbligo di restituirlo in tutto o in parte ad una determinata scadenza*³²⁸.

Tornando al tema che ci occupa, pertinente la latitudine applicativa della locuzione che fa 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*” di cui agli art. 92 co. 3 e l'art. 94 co. 2 citati in caso di revoca dei finanziamenti, dei contributi ovvero di altre elargizioni erogate, il problema che si è posto ha riguardato l'entità della restituzione di somme percepite dall'operatore economico e già reinvestite in opere compiute al momento della revoca. Come prima anticipato, se il limite normativo delle “utilità conseguite” calza perfettamente con i contratti pubblici, dal momento che l'Amministrazione chiaramente consegue utilità dalle prestazioni rese dall'operatore economico aggiudicatario, non può opinarsi con eguale facilità per i finanziamenti e i contributi pubblici.

Secondo un primo e minoritario orientamento, le disposizioni richiamate dovrebbero essere intese nel senso di precludere la restituzione da parte dell'operatore attinto da informativa interdittiva laddove il programma beneficiato da finanziamento pubblico sia stato correttamente realizzato, risultando comunque soddisfatta la finalità sottesa all'erogazione³²⁹. In questo modo, si predilige un'interpretazione ampia ed estensiva di utilità conseguite, che coglie un nesso di corrispettività indiretto tra erogazione di risorse pubblicistiche e vantaggi di ordine generale, di necessità “*sottesi a qualunque iniziativa privata finanziata dall'amministrazione e che, per ciò stesso, non possono che mirare al conseguimento di scopi di interesse pubblico*”. Detto altrimenti, ogni finalizzazione da parte del privato destinatario di contributi pubblici soddisfa l'interesse pubblicistico cui è preposta l'Amministrazione che li ha erogati, comportando la legittimità dello *ius retentionis* in capo all'operatore economico colpito da informativa antimafia interdittiva sopravvenuta.

Un secondo, e prevalente orientamento, invece, ritiene che “*la nozione di "utilità conseguite" non sarebbe dilatabile sino al punto da ricomprendervi anche l'ipotesi del finanziamento andato a buon fine mercé l'integrale realizzazione del programma finanziato, e ciò in quanto in tale evenienza l'interesse pubblico risulterebbe essere soltanto "indiretto"*³³⁰.

³²⁸ In termini, Cons. St., Ad. Plen., 29 gennaio 2014, n. 6.

³²⁹ Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., sez. I, sent. 10 gennaio 2019; Id., sent. 04 gennaio 2019, n. 3; conf., T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, sent. 13 giugno 2017, n. 3237; Id., sent. 3 gennaio 2018, n. 52.

³³⁰ Cons. Stato, sez. III, sent. 22 febbraio 2018, n. 1108; Id., sent. 28 settembre 2018, n. 5578.

Adottando un'interpretazione restrittiva della locuzione in discorso, questa impostazione giurisprudenziale ritiene applicabile la clausola di salvezza di cui agli artt. 92 co. 3 e 94 co. 2 cit. soltanto ai contratti di appalto nei quali la Pubblica Amministrazione è committente, ove il nesso di corrispettività e, per conseguenza, di patrimonialità, è più evidente rispetto all'erogazione di benefici pubblici operata per atto unilaterale, dove il medesimo risulta decisamente attenuato.

Se tanto vale dal punto di vista logico-sistematico, sfruttando il tenore sintattico degli artt. 92 co. 3 e 94 co. 2 cit. questo orientamento fa leva, altresì, sul valore disgiuntivo attribuendo all'espressione "*o recedono dai contratti*", che rende i rispettivi incisi finali riferibili esclusivamente ai contratti e non anche ai contributi, ai finanziamenti e alle altre elargizioni, oltre che alle autorizzazioni, alle concessioni. Non solo. È lo stesso art. 92 co. 3 cit. a prevedere testualmente che, nelle more del rilascio del provvedimento antimafia, i contributi, i finanziamenti, le agevolazioni e le altre erogazioni di cui all'art. 67 cit. sono risolutivamente condizionati a un'eventuale (e successiva) interdittiva antimafia. Sì che, per tale ipotesi, il successivo provvedimento di revoca non sarebbe tale in senso tecnico-giuridico, trattandosi di un mero atto accertativo-ricognitivo dell'avvenuta verifica della condizione risolutiva, con efficacia retroattiva, e non un nuovo provvedimento di secondo grado, adottato in autotutela con efficacia *ex nunc* a fronte della sopravvenienza di un fatto prima insussistente. Tanto più che, come noto, in tali evenienze l'Amministrazione non dispone certamente di un potere discrezionale, a differenza di quanto accade per l'adozione di provvedimenti in autotutela, nei quali la discrezionalità costituisce, generalmente, cifra assolutamente caratterizzante. Alla stessa stregua può essere letto il riferimento al "recesso" dal contratto, dal momento che il meccanismo funzionalmente sotteso all'inveramento della condizione nel diritto civile pare incompatibile con il medesimo istituto. L'interpretazione che considera come utilità da preservare l'investimento realizzato "*in conformità al programma*" di finanziamento, poi, sottenderebbe l'abrogazione tacita dell'art. 92 co. 3 cit. (e della clausola di salvezza ivi contenuta), in quanto "*il mancato raggiungimento dello scopo pubblico per il quale il finanziamento viene erogato costituisce ragione di per sé sufficiente*

*per farne discendere la revoca, senza alcuna necessità di attingere allo strumentario offerto dalla normativa antimafia*³³¹.

A questi argomenti, poi, ad avviso di chi scrive, potrebbe aggiungersene un quarto, di ordine prettamente concreto. Anche a voler accedere a una nozione estensiva della clausola di salvaguardia, difatti, dovrebbe imporsi una verifica di fatto sull'impiego delle risorse erogate, che ne dimostri l'effettiva e vantaggiosa rispondenza all'interesse pubblico, ciò che non è sempre agevole nel processo amministrativo, salva l'applicazione dello strumento della consulenza tecnica d'ufficio di cui all'art. 67 c.p.a. Per l'effetto, al di fuori dei contratti pubblici, l'operatore economico resta tenuto a restituire quanto percepito anche laddove la destinazione del contributo pubblico sia stata completamente finalizzata.

Il dibattito interpretativo intervenuto in argomento ne ha comportato la recente remissione all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che, richiesta sull'applicazione del limite normativo delle "utilità conseguite" ai soli contratti di appalto pubblico ovvero anche ai finanziamenti e ai contributi erogati per finalità di interesse collettivo, con sentenza n. 23/2020 ha aderito all'orientamento più restrittivo³³². Procedendo per gradi, è utile accennare ai tratti distintivi del caso di specie, che pertengono, diacronicamente, la percezione da parte di un operatore economico privato di un finanziamento pubblico a sostegno dell'attività imprenditoriale, la piena realizzazione del programma finanziato, la sopravvenienza di un'informativa antimafia soltanto dopo il completamento dell'opera finanziata³³³. La necessità

³³¹ In termini, Cons, Stato, sez. III, sent. n. 5578/2018 *cit.*

³³² Il principio di diritto affermato dalla Adunanza Plenaria nella sentenza del 26 ottobre 2020, n. 23, in termini recita: *"La salvezza del pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite, previsti dagli articoli 92, comma 3, e 94, comma 2, del D. Lgs. 6 settembre 2011 n. 159, si applicano solo con riferimento ai contratti di appalto di lavori, di servizi e di forniture"*. Per un contributo dottrinale sulla pronuncia, si vd. A. CRISMANI, *Interdittiva antimafia e ius retentionis (nota ad Adunanza Plenaria 26 10 2020 n. 23)*, in *giustiziainsieme.it*, 19 dicembre 2020.

³³³ Nella ricostruzione contenuta all'interno della sentenza in esame si legge che la vicenda in fatto trae origine dalla Delibera di Giunta n. 1014 del 27 luglio 2012, con cui la Regione Basilicata ha ritenuto finanziabile la domanda di aiuto avanzata dall'Azienda Ofanto s.r.l., finalizzata all'acquisto di attrezzature e macchinari per la costruzione e l'ampliamento di una cantina vinicola aziendale, per la somma di € 251.342,50, nell'ambito del bando relativo all'attuazione della Misura 121 – Pif Aglianico del Vulture. In previsione dell'erogazione del contributo, la Regione aveva richiesto il rilascio dell'informativa antimafia in data 26 dicembre 2012 e, successivamente, in data 22 dicembre 2014, senza ottenere alcun riscontro dalla Prefettura competente. A seguito dell'esito positivo dell'istruttoria relativa alla effettiva destinazione dei contributi erogati, l'Azienda Ofanto s.r.l. si vedeva liquidare la somma complessiva del contributo, pur ripartita in diverse tranches. Circa quattro anni dopo, il 10 febbraio 2016, la Prefettura di Potenza ha rilasciato documentazione antimafia interdittiva nei confronti dell'Azienda Ofanto s.r.l. e, soltanto in data 21 giugno 2017, è stata disposta la revoca dei contributi concessi per l'attuazione della Misura 121, intimandone l'integrale restituzione, proprio ai sensi dell'art. 92 co. 3 Cod. Antimafia. Per completezza di indagine, si dà atto che al primo provvedimento interdittivo ne sono seguiti altri due, rispettivamente del 25 maggio

di deferire all'Adunanza Plenaria la definizione *“dell'ambito delle conseguenze connesse all'adozione di una informativa interdittiva che interviene successivamente alla progressa percezione di benefici economici di fonte pubblica rispetto a un'iniziativa imprenditoriale interamente realizzata”* è avvertita dal Collegio remittente che, tuttavia, sposa dichiaratamente l'orientamento più restrittivo, anche alla luce dell'esito del giudizio di primo grado³³⁴. Il T.A.R. Basilicata, infatti, ha aderito all'impostazione, minoritaria, che giustifica la ritenzione del contributo e di quanto già realizzato dal relativo percettore sia per l'asserita prevalenza del principio di affidamento sull'interesse pubblico a privare di risorse pubbliche soggetti attinti da documentazione interdittiva antimafia, sia per evitare che l'Amministrazione possa trarre un ingiustificato arricchimento dall'esecuzione di opere da parte dei privati³³⁵.

Ebbene l'Adunanza Plenaria, nell'escludere l'operatività della clausola di salvezza contenuta agli artt. 92 co. 3 e 94 co. 2 Cod. Antimafia al di fuori dell'ipotesi dei contratti di appalto, aggiunge una serie di argomenti testuali ma, altresì, logico-sistematici all'orientamento restrittivo di cui sopra, sinteticamente rappresentato dalla citata pronuncia della terza sezione del Consiglio di Stato, n. 5578/2018. È ritenuto, infatti, che decodificare il limite normativo delle “utilità conseguite” presuppone stabilire preliminarmente se la salvezza del pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente sia riferibile anche ai finanziamenti. Soltanto in caso di risposta affermativa a tale interrogativo entra in gioco il parametro delle utilità conseguite dalla Pubblica Amministrazione che, per l'effetto, fornisce unicamente il riferimento quantificatorio di una salvezza già verificata come sussistente. Nel riprendere le consuete affermazioni giurisprudenziali in argomento, la pronuncia ribadisce lo *status* giuridico del soggetto attinto dal provvedimento interdittivo antimafia in termini di incapacità parziale e

2017 e nel 2018, impugnate con distinti ricorsi, ancora pendenti nelle more dell'instaurazione del giudizio avverso il provvedimento di revoca dei contributi in discorso.

³³⁴ La rimessione è avvenuta con sentenza non definitiva del Consiglio di Stato, sez. III, sent. 23 dicembre 2019, n. 8672, che ha deferito all'Adunanza Plenaria, precisamente, il seguente quesito: *“se il limite normativo delle “utilità conseguite”, di cui all'inciso finale contenuto sia nell'art. 92 comma terzo, sia nell'art. 94 secondo comma del D. Lgs. n. 159/2011, è da ritenersi applicabile ai soli contratti di appalto pubblico, ovvero anche ai finanziamenti e ai contributi pubblici erogati per finalità di interesse collettivo”*.

³³⁵ T.A.R. Basilicata, sez. I, sent. 23 ottobre 2018, n. 707. Sull'applicabilità dell'istituto dell'ingiustificato arricchimento alla Pubblica Amministrazione, si vd. la nota pronuncia Cass., Sez. Un., sent. 11 settembre 2008, n. 28345.

tendenzialmente temporanea “*prevista dalla legge a garanzia di valori costituzionalmente garantiti – in equilibrata ponderazione tra libertà di impresa e tutela dei fondamentali beni che presidiano il principio di legalità sostanziale*”³³⁶.

Questo peculiare atteggiarsi dell’istituto fa sì che l’accertamento presupposto dal provvedimento interdittivo, benché interveniente in occasione di uno specifico rapporto del privato con la Pubblica Amministrazione, “*ha per oggetto fenomeni a questo esterni (e non afferenti al contenuto del provvedimento o del negozio giuridico), i quali coinvolgono, più in generale, la persona (fisica o giuridica) del privato, determinando una forma di incapacità del soggetto*”³³⁷. Ne consegue che la verifica compiuta dall’Amministrazione sulla sussistenza della capacità del soggetto parte del rapporto giuridico con la medesima non si configura come intervento autoritativo-unilaterale in senso tecnico-giuridico, tanto più se si considera che è Pubblica Amministrazione a dove essere tutelata nei confronti di soggetti che presentano le caratteristiche dell’infiltrazione mafiosa. Così opinando, neppure possono trovare accoglimento i principi invocati nella scienza del diritto amministrativo a presidio degli interessi del privato nei confronti del cattivo esercizio del potere da parte della Pubblica Amministrazione. Si fa riferimento, specificamente, al valore della certezza delle situazioni giuridiche soggettive e al principio di affidamento che, nella materia della documentazione antimafia, necessariamente debbono essere obliterati, anche laddove siano imputabili all’ente pubblico ritardi e inefficienze dell’azione amministrativa (i.e. la Prefettura nel rilascio della documentazione antimafia). Dal fondamento razionale di estremo rigore della normativa di contrasto alla criminalità organizzata mafiosa, che risponde alla tutela di essenziali valori dell’ordinamento costituito e rende, perciò, eccezionali le conseguenze connesse alla sussistenza del provvedimento interdittivo antimafia, deriva la natura, altrettanto eccezionale, delle norme che ne importano deroghe³³⁸. Di qui, secondo quanto dispone l’art. 14 disp. prel. Cod. Civile, si ricava il canone di stretta interpretazione di tutte le disposizioni che “*pur in*

³³⁶ Conf. Cons. Stato, sez. III, sent. 9 febbraio 2017, n. 565. Nella pronuncia dell’Adunanza Plenaria n. 23/2020, esplicito è il rinvio a quanto affermato dalle note pronunce della Corte Costituzionale, sent. n. 57/2020 cit. e della Adunanza Plenaria, sent. n. 3/2018, sulle quali ci si sofferma in più parti del presente percorso di ricerca. In prospettiva sintetica dei riverberi civilistici relativi alla documentazione interdittiva antimafia, si vd. lo scritto della giovane C. VILLANACCI, *Gli effetti civilistici dell’interdittiva antimafia*, in *Norma, Quotidiano d’informazione giuridica*, 2020, <http://www.norma.dbi.it/>.

³³⁷ Ad. Plen. n. 23/2020 cit.

³³⁸ Cons. St., sez. IV, sent. 28 ottobre 2011, n. 5799.

*presenza di una riconosciuta situazione di incapacità, consentono la conservazione da parte di un soggetto destinatario di informazione interdittiva di attribuzioni patrimoniali medio tempore eventualmente acquisite ovvero la possibilità di procedere alla loro dazione da parte delle pubbliche amministrazioni*³³⁹.

In virtù di tutte queste considerazioni, integrative rispetto all'orientamento più restrittivo, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ritiene che la clausola di salvezza relativa alla ritenzione del pagamento delle opere già eseguite e al rimborso delle spese sostenute si applichi unicamente al caso dei contratti di lavori, oltre che di servizi e forniture, giusto il combinato disposto dei co. 2 e 3 dell'art. 94 cit. Ora, sebbene all'interno del dispositivo della sentenza in discorso l'Adunanza Plenaria abbia limitato espressamente ai soli contratti di appalto l'operatività dello *ius retentionis* in capo all'operatore economico interessato, occorre svolgere un passaggio ulteriore per le concessioni.

A una prima lettura, la loro mancata menzione all'interno del principio di diritto della pronuncia parrebbe perciò escludere l'applicazione del diritto di ritenzione in capo al privato concessionario. Ancora una volta, però, emerge il disallineamento normativo del Codice Antimafia rispetto ad altra legislazione speciale e all'esegesi della stessa Adunanza Plenaria. Poc'anzi si è detto, infatti, anche le concessioni, di lavori e servizi, sono contratti a titolo oneroso, come dimostra l'art. 3 co. 1 lett. uu) e vv) D. Lgs. n. 50/2016 e, in quanto tali, sottoposti alla disciplina del Codice dei Contratti Pubblici. Restano fuori dall'ambito applicativo di quest'ultimo le concessioni di beni rispetto alle quali, pertanto, ancora attuale è il riferimento contenuto al Codice Antimafia. All'interno delle concessioni di beni, tuttavia, come affermato dalla stessa Adunanza Plenaria n. 6/2014 cit., non possono essere ricomprese le attribuzioni di denaro pubblico, sia esso a titolo di finanziamento, di contributo, rispetto alle quali, pertanto, correttamente non opera la clausola di salvezza di cui agli artt. 92 co. 3 e 94 co. 2 cit. Tanto, secondo lo scrivente, a differenza delle concessioni di lavori e di servizi disciplinate dal D. Lgs. n. 50/2016, in tutto assimilabili, a livello morfologico e funzionale, ai contratti di appalto.

Esaurito, così, l'interrogativo legato all'*an* del diritto di ritenzione, l'Adunanza Plenaria passa a esaminare la nozione delle "utilità conseguite" come misura del *quantum*

³³⁹ Ad. Plen. n. 23/2020 cit.

dovuto dall'Amministrazione al privato attinto dal provvedimento interdittivo, escludendone la corrispondenza all'investimento realizzato in conformità alle finalità del finanziamento. Nel dare atto della difficile possibilità di misurazione, se non in termini macro-economici, del grado di soddisfacimento dell'interesse pubblico sotteso alla realizzazione dell'erogazione corrisposta al privato, la pronuncia in commento comunque esclude lo stesso inveramento di una qualche utilità in capo all'Amministrazione. Del resto, si legge, la mancata realizzazione del programma sotteso all'erogazione del finanziamento o del contributo è già un fatto idoneo a comportare la decadenza dal beneficio economico ottenuto, oltre a integrare fattispecie penalmente rilevanti, a prescindere dalla sussistenza di provvedimenti interdittivi antimafia. La mancata riconducibilità della decadenza di cui all'art. 94 cit. alla revoca in autotutela disciplinata, in via generale, dall'art. 21 *quinquies* l. n. 241/90 non esclude comunque, ad avviso di alcune pronunce, la rilevanza del "*problema del tempo*". È una recente pronuncia del Consiglio di Giustizia Amministrazione per la Regione siciliana che affronta il problema dell'incidenza dell'informativa interdittiva antimafia sopravvenuta rispetto all'erogazione di contributi economici erogati per opere nel frattempo interamente realizzate³⁴⁰. Pur non contestando la natura risolutivamente condizionata dell'erogazione, come espressamente contemplata agli artt. 92 co. 3 e 94 co. 2 cit., il Collegio rileva che tale attributo richiederebbe una precisa definizione temporale, rendendo quanto prima definitivo ciò che, pur legittimamente, nasce come provvisorio. Sì che, ad avviso del Consiglio di Giustizia Amministrativa, dovrebbero essere esclusi dall'obbligo di restituzione tutte le somme percepite per rapporti esauriti o "*che sarebbero dovuti esserlo da tempo e che non lo sono stati per ragioni imputabili alla Pubblica Amministrazione*"³⁴¹. La natura ordinatoria del termine di conclusione procedimentale che il legislatore, all'art. 92 Cod. Antimafia accorda alla Prefettura nell'eseguire le verifiche antimafia e rilasciare il provvedimento finale, difatti, non può arrivare a pregiudicare la certezza del diritto e delle situazioni giuridiche soggettive che, a ben vedere, possono coinvolgere non soltanto il diretto destinatario dell'interdittiva ma, altresì, terzi dal questo aventi causa e creditori. "*Se così non fosse – si deve rilevare – i ritardi e le inefficienze dell'azione amministrativa sarebbero premiati e persino incentivati, ledendo le garanzie fondamentali delle parti private (la cui fisionomia può essere mutata nel tempo,*

³⁴⁰ Cons. Giust. Amm. Reg. sic., sent. 4 gennaio 2019, n. 3.

³⁴¹ Cons. Giust. Amm. Reg. sic., sent. 3/2019 cit.

avendo reciso i vecchi legami, riparato i propri errori (...) e contribuendo a determinare un senso di incertezza e di insicurezza, nei traffici commerciali e nella serietà degli impegni giuridici, che concorre a definire il grado di “legalità” di un Paese e che potrebbe non essere di minor danno dell’insicurezza e del pericolo intollerabilmente originati e alimentati dal fenomeno e dal metodo mafioso”³⁴².

A completare il perimetro interpretativo dei limiti al diritto di ritenzione si colloca altra, e più recente, pronuncia del Supremo Consesso della giustizia amministrativa, la sentenza del 06 agosto 2021, n. 14, dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. Stavolta, il quesito rimesso concerne il silenzio serbato dall’Azienda sanitaria provinciale di Catania sull’istanza avanzata dal Consorzio Lombardo Cooperativa s.c.a.r.l. per il pagamento di somme dovute a titolo di revisione dei prezzi per i servizi di pulizia, facchinaggio e ausiliario eseguiti, ai sensi dell’art. 115 D. Lgs. 163/2006, applicabile *ratione temporis*. Il Consorzio, già aggiudicatario dei servizi di *facility management* citati, è stato attinto da provvedimento interdittivo antimafia da cui è scaturito, dopo numerosi anni di ininterrotta prestazione resa all’Azienda Sanitaria catanese, il recesso della committenza nel 2014.

Ecco che la questione sottoposta all’Adunanza Plenaria dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana con ordinanza del 22 gennaio 2021, n. 48 richiede di prendere posizione sulla natura giuridica dell’istituto della revisione dei prezzi. Se, detto altrimenti, la revisione dei prezzi costituisca parte integrante del corrispettivo contrattuale o se, invece, debba prevalere una differente, e più restrittiva concezione, che escluda la riconducibilità della revisione dei prezzi al novero dei pagamenti del valore delle opere già eseguite fatte salve dal combinato disposto degli artt. 92 co. 3 e 94 co. 2 D. Lgs. n. 159/2011. Ora, il tenore dell’ordinanza di rimessione, a differenza di quanto accaduto per la vicenda attenzionata dall’Adunanza Plenaria n. 23/2020 *cit.*, pare negare la sussistenza di un vero e proprio contrasto giurisprudenziale in essere sul punto di diritto controverso. D’altra parte, il C.G.A. esclude l’applicabilità del principio sposato dall’Adunanza Plenaria n. 3/2018, di cui poi si dirà, per l’art. 67 co. 1 lett. g) Codice Antimafia, prediligendo quella di cui all’art. 94 co. 2 *cit.*, nella parte in cui fa salvo “(...) *il rimborso delle spese sostenute per l’esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite*”. Prima di stabilire se la revisione prezzi

³⁴² Cons. Giust. Amm. Reg. sic., sent. 3/2019 *cit.*

costituisca a tutti gli effetti parte integrante del corrispettivo contrattuale, la cui percezione, pertanto, non può essere preclusa neppure dal sopravvenire di un provvedimento interdittivo antimafia, occorre anteporre qualche breve cenno alla figura in generale.

Come noto, con l'introduzione del nuovo Codice dei Contratti Pubblici, l'istituto si ritiene regolato dall'art. 106 D. Lgs. n. 50/2016³⁴³, che delinea una disciplina non completamente sovrapponibile a quanto previsto nella normativa previgente. Il D. Lgs. n. 163/2006, che a sua volta riprende la formulazione contenuta all'art. 6 co. 4 L. n. 537/1993, come modificato dall'art. 44 l. 23 dicembre 1994, n. 724, all'art. 115 accorda(va) per “*tutti i contratti ad esecuzione periodica o continuativa relativi a servizi e forniture*” l'obbligo di recare una clausola di revisione periodica del prezzo³⁴⁴. Alla luce di una simile formulazione, l'orientamento giurisprudenziale prevalente ne ha affermato la natura cogente e inderogabile, in quanto tale suscettibile di operare secondo un meccanismo di eterointegrazione negoziale ora ai sensi dell'art. 1339 c.c., per l'ipotesi in cui detta clausola manchi, ora ai sensi dell'art. 1419 c.c., per l'ipotesi in cui il contratto disponga in senso difforme dall'art. 115 *cit*³⁴⁵. Più controverso risulta, invece, il suo fondamento razionale. Secondo il Consiglio di Stato, l'istituto sarebbe preordinato alla “*tutela dell'esigenza dell'Amministrazione di evitare che il*

³⁴³ Si riporta, per completezza, il testo vigente dell'art. 106, rubricato “Modifica di contratti durante il periodo di efficacia”, secondo cui, per quanto qui di interesse “1. Le modifiche, nonché le varianti, dei contratti di appalto in corso di validità devono essere autorizzate dal RUP con le modalità previste dall'ordinamento della stazione appaltante cui il RUP dipende. I contratti di appalto nei settori ordinari e nei settori speciali possono essere modificati senza una nuova procedura di affidamento nei casi seguenti: a) se le modifiche, a prescindere dal loro valore monetario, sono state previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili, che possono comprendere clausole di revisione dei prezzi. Tali clausole fissano la portata e la natura di eventuali modifiche nonché le condizioni alle quali esse possono essere impiegate, facendo riferimento alle variazioni dei prezzi e dei costi standard, ove definiti. Esse non apportano modifiche che avrebbero l'effetto di alterare la natura generale del contratto o dell'accordo quadro. Per i contratti relativi ai lavori, le variazioni di prezzo in aumento o in diminuzione possono essere valutate, sulla base dei prezziari di cui all'articolo 23, comma 7, solo per l'eccedenza rispetto al dieci per cento rispetto al prezzo originario e comunque in misura pari alla metà (...)”.

³⁴⁴ L'istruttoria relativa alla revisione del prezzo veniva operata dai dirigenti responsabili dell'acquisizione di beni e servizi sulla base dei dati di cui all'art. 7 co. 4, lett. c) e co. 5 D. Lgs. n. 163/2006. Sulla consistenza della situazione giuridica soggettiva del privato che richiede la revisione dei prezzi, la giurisprudenza della Cassazione ha concluso per la natura di interesse legittimo giacché la revisione viene operata “sulla base di un'istruttoria condotta unilateralmente da soggetti appartenenti alla pubblica amministrazione in base a criteri dettati dalla legge e, quindi, a seguito di un procedimento amministrativo, che necessariamente deve essere seguito da un provvedimento amministrativo di riconoscimento o di diniego del diritto ad un maggior compenso a titolo di revisione prezzi”. Così, Cass. Civ., Sez. Un., 17 aprile 2009, sent. n. 9152; conf. Id., 31 ottobre 2008, n. 26298. Di recente, Cass. Civ., Sez. Un., 12 ottobre 2020, n. 21990.

³⁴⁵ Tra più, vd. Cons. Stato, sez. III, 12 agosto 2019, sent. n. 5686; Cons. Stato, sez. V, 2 novembre 2009, sent. n. 6709; T.A.R. Toscana, sez. I, 16 dicembre 2010, sent. n. 6765; conf. T.A.R. Sicilia, sede di Catania, sez. III, 2 aprile 2009, sent. n. 646. Sulla specialità dell'art. 115 D. Lgs. n. 163/2006 rispetto al generale art. 1664 c.c. e, per l'effetto, prevalenza del primo in virtù dei consueti criteri di risoluzione delle antinomie, T.A.R. Puglia, sede di Lecce, sez. III, 7 aprile 2010, n. 898.

*corrispettivo del contratto di durata subisca aumenti incontrollati nel corso del tempo tali da sconvolgere il quadro finanziario sulla cui base è avvenuta la stipulazione del contratto*³⁴⁶. Soltanto in via mediata, perciò, risulterebbe tutelato l'interesse dell'operatore economico a non subire l'alterazione del sinallagma contrattuale conseguente al cambiamento dei costi sopravvenuti. Ora, a prescindere dalla funzione che si intenda accordare all'istituto in discorso, se a tutela delle ragioni della P.A. o dell'operatore economico aggiudicatario-esecutore, resta il fatto che la clausola di revisione dei prezzi resta un rimedio legalmente tipizzato in funzione di governo delle sopravvenienze. Ad avviso di chi scrive, tuttavia, è preferibile ritenere che la figura, proprio perché tale, sia (*rectius*, era) prevista come generale rimedio in funzione di riequilibrio economico del rapporto di durata, per scongiurare non soltanto la degenerazione del tipo negoziale da sinallagmatico-commutativo ad aleatorio ma, altresì, per evitare sia che l'appaltatore sia indotto a ridurre gli standard qualitativi delle prestazioni che rende, sia che l'Amministrazione, in forza della medesima variazione dei prezzi, realizzi un ingiustificato arricchimento *ex art. 2041 c.c.*³⁴⁷

Questo cenno alla figura della revisione dei prezzi in generale consente di meglio comprendere la risposta dell'Adunanza Plenaria al quesito rimesso dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, che, si ricorda, chiede “*se gli artt. 92 e 94 del D. Lgs. 6 settembre 2011, n. 159, nel far salvo, per il caso di recesso dal contratto di appalto indotto dal sopravvenire di un'informazione antimafia interdittiva a carico del privato contraente, il pagamento del valore delle opere già eseguite, implicino il riconoscimento all'appaltatore medesimo della possibilità di percepire, proprio per le opere già eseguite, anche il compenso revisionale contrattualmente previsto*”. L'Adunanza Plenaria, nel ribadire preliminarmente il ruolo eccezionale del combinato disposto di cui agli artt. 92 co. 3 e 94 Cod. Antimafia rispetto alla regola generale di cui all'art. 67 co. 1 lett. g) *cit.* si interroga sulla latitudine dell'espressione relativa al “*valore delle opere (o servizi) già eseguiti*”. Nel condividere quanto affermato nella precedente sent. n. 23/2020 *cit.* sul limite ultimo delle “*utilità conseguite*” dalla P.A. committente, con specifico riferimento agli appalti di servizi, la pronuncia ora in commento ritiene che il valore dei servizi eseguiti coincida con il corrispettivo pattuito per i

³⁴⁶ In termini, Cons. Stato, sez. V, 23 aprile 2014, sent. n. 2052; conf. Id., 2 novembre 2009, sent. n. 6709, *cit.*

³⁴⁷ Di recente, Cons. Stato, sez. V, 16 giugno 2020, sent. n. 3874.

medesimi, trattandosi, come si tratta, di contratti a prestazioni continuative ovvero periodiche ma, comunque, con caratteristiche standardizzate e temporalmente ripetute.

Sgombrato il campo dell'indagine da interrogativi legati alla declinazione della conclusione maturata dall'Adunanza Plenaria n. 23/2020 *cit.* sulla applicabilità delle “*utilità conseguite*” negli appalti di servizi, la pronuncia passa a esaminare la consistenza di detto corrispettivo. Ecco che proprio valorizzando la funzione della revisione dei prezzi come governo delle sopravvenienze nei rapporti di durata, l'Adunanza Plenaria ne afferma la natura integrativa del corrispettivo contrattuale, condividendone, pertanto, il medesimo statuto disciplinatorio. Sì che, il mancato pagamento del prezzo, come riquantificato a seguito dell'istruttoria revisionale, pur a fronte di un provvedimento interdittivo antimafia, comporterebbe un ingiustificato arricchimento della P.A. in danno dell'operatore economico privato³⁴⁸. Di qui, l'Adunanza Plenaria perviene a escludere dai limiti al diritto di ritenzione il corrispettivo dovuto a titolo di revisione dei prezzi, scolpendo, da un lato, un'apertura rispetto alle due precedenti pronunce nn. 3/2018 e 23/2020 *cit.* e, dall'altro, un epilogo interpretativo utile anche per le istanze di revisione dei prezzi disciplinate dal nuovo Codice Contratti Pubblici.

All'uopo, è utile ricordare, peraltro, che l'art. 1-septies d.l. 25 maggio 2021, n. 73, recante “*Misure urgenti connesse all'emergenza da COVID-19, per le imprese, il lavoro, i giovani, la salute e i servizi territoriali*”, convertito con mod. dalla L. 23 luglio 2021, n. 106, rubricato “*Disposizioni urgenti in materia di revisione dei prezzi dei materiali nei contratti pubblici*” prevede che “*Per fronteggiare gli aumenti eccezionali dei prezzi di alcuni materiali da costruzione verificatisi nel primo semestre dell'anno 2021, per i contratti in corso di esecuzione alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, il Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili rileva (...), con proprio*

³⁴⁸ Si riporta il principio di diritto statuito dall'Adunanza Plenaria del 06 agosto 2021, n. 14, per cui: “*a) negli appalti pubblici di servizi aggiudicati a seguito di una procedura di evidenza pubblica, aventi ad oggetto prestazioni periodiche o continuative connotate da standardizzazione, omogeneità e ripetitività, il valore delle prestazioni già eseguite, da pagarsi all'esecutore nei limiti delle utilità conseguite dalla stazione appaltante, in caso di interdittiva antimafia, ai sensi e per gli effetti degli artt. 92, co. 3 e 94, co. 2 del D. Lgs. n. 159/2011, corrisponde al prezzo contrattuale pattuito dalle parti, salva la possibilità di prova contraria da parte della stazione appaltante che esercita il recesso; b) nella dichiarazione del valore-prezzo degli appalti di servizi da pagarsi per le prestazioni già eseguite, ai sensi e per gli effetti degli artt. 92 co. 3 e 94 co. 2 D. Lgs. n. 159/2011, deve intendersi compresa anche la somma risultante dall'applicazione del procedimento obbligatorio di revisione dei prezzi di cui all'art. 115 D. Lgs. n. 163/2006*”.

decreto³⁴⁹, le variazioni percentuali, in aumento o in diminuzione, superiori all'8 per cento, verificatesi nel primo semestre dell'anno 2021, dei singoli prezzi dei materiali da costruzione più significativi. (...) La compensazione è determinata applicando alle quantità dei singoli materiali impiegati nelle lavorazioni eseguite e contabilizzate dal direttore dei lavori ovvero annotate sotto la responsabilità del direttore dei lavori nel libretto delle misure'.

Di qui, si apprezza un ulteriore intreccio tra conseguenze dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 e disciplina dei contratti pubblici, meritevole di essere ricordata in questa sede perché, ancorché indirettamente collegata al sistema della documentazione antimafia, certamente contribuisce a dare nuova vitalità e, ragionevolmente, maggiore attenzione da parte della dottrina e degli operatori giuridici alla disciplina della revisione dei prezzi nella contrattualistica pubblica.

³⁴⁹ Decreto del Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili del 30 settembre 2021, pubbl. in G.U. n. 258 del 28-10-2021.

CAPITOLO III

LO STATUTO GIURIDICO “IN DEROGA” DELLA DOCUMENTAZIONE ANTIMAFIA: DAL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO ALL’ACCERTAMENTO DELLE CONDIZIONI PER L’ESERCIZIO DEL POTERE

SOMMARIO – 1. INTRODUZIONE AL TEMA. – 2. IL PRINCIPIO DEL GIUSTO PROCEDIMENTO NELLA MATERIA DELLE INTERDITTIVE ANTIMAFIA. – 3. TERMINI DI RILASCIO E TERMINI DI EFFICACIA DELLA DOCUMENTAZIONE ANTIMAFIA. – 4. ATTRIBUZIONI PATRIMONIALI, DIRITTI QUESITI E INFORMATIVA ANTIMAFIA SOPRAVVENUTA. – 5. UNO STUDIO DI CASO: LA RISARCIBILITÀ DEL DANNO DA EMISSIONE DI INTERDITTIVA ANTIMAFIA SUCCESSIVAMENTE ANNULLATA.

1. INTRODUZIONE AL TEMA.

Le peculiari esigenze di tutela dell’ordine pubblico che la documentazione antimafia mira a salvaguardare giustificano la portata derogatoria degli strumenti amministrativi di contrasto alla criminalità organizzata mafiosa rispetto alle generali regole sul procedimento amministrativo, unitamente a una diversa ricostruzione dei limiti del successivo sindacato giurisdizionale sul provvedimento prefettizio interdittivo, su cui, tuttavia, ci si soffermerà nel corso del prossimo capitolo.

A livello procedimentale, oltre alla previsione testuale di cui all’art. 93 D. Lgs. 159/2011, secondo cui l’audizione personale degli interessati è possibile “*quando il Prefetto lo ritenga utile*”, ciò che a breve si vedrà, è la stessa giurisprudenza amministrativa a escludere la necessità della comunicazione di avvio *ex art. 7 l. 241/90*, come pure le altre garanzie partecipative, per la specificità della connessa attività di indagine, per le oggettive e intrinseche ragioni di urgenza che la accerchiano e per la funzionale incompatibilità dell’istituto con le procedure partecipative³⁵⁰. Tanto fa sì che l’audizione prevista dall’art. 93 *cit.*, quando disposta, volga, più che a garanzia del diritto di difesa dell’impresa, a valido strumento istruttorio per il Prefetto che, come noto, riveste nel procedimento sia funzioni inquirenti che “giudicanti”. Un temperamento alla conformazione dell’audizione in discorso

³⁵⁰ Nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, tra più, vd. Cons. Stato, sez. III, 28 ottobre 2016, n. 4555, secondo cui l’Amministrazione è esonerata dall’obbligo di comunicazione di cui all’art. 7 l. 7 agosto 1990, n. 241 nonché da altre garanzie partecipative “*atteso che si tratta di procedimento in materia di tutela antimafia, come tale intrinsecamente caratterizzato da profili del tutto specifici connessi ad attività di indagine, oltre che da finalità, da destinatari e da presupposti incompatibili con le procedure partecipative, nonché da oggettive e intrinseche ragioni di urgenza*”.

è fornito dalla recentissima riforma, su cui già ci si è soffermati nel corso del Capitolo I, ad opera del d.l. n. 152/2021, convertito, con modificazioni, in L. n. 233/2021.

In disparte dalle altre novità introdotte dal corpo normativo sul procedimento proteso al rilascio del provvedimento di verifica antimafia, che affronteremo a breve, relativamente all'audizione personale occorre evidenziare quanto segue. L'art. 48 co. 2 *quater*, lett. b) provvede a sostituire completamente il settimo co. dell'art. 93 Codice Antimafia, prescrivendo che *“Il prefetto competente all'adozione dell'informazione, sulla base della documentazione e delle informazioni acquisite nel corso dell'accesso, può invitare in sede di audizione personale i soggetti interessati a produrre ogni informazione ritenuta utile, anche allegando elementi documentali, qualora non ricorrano particolari esigenze di celerità del procedimento ovvero esigenze di tutela di informazioni che, se disvelate, sono suscettibili di pregiudicare procedimenti amministrativi o attività processuali in corso, ovvero l'esito di altri procedimenti amministrativi finalizzati alla prevenzione delle infiltrazioni mafiose”*.

A differenza della precedente versione della disposizione, si nota che il nuovo co. 7 dell'art. 93 *cit.* elide l'attributo dell'utilità prima riferito anche alla disposizione dell'audizione personale dei soggetti interessati³⁵¹. A permanere è, piuttosto, il medesimo predicato in riferimento alla tipologia di informazione che gli interessati debbono produrre in sede di audizione personale. Questo dato fa il paio con i nuovi requisiti contemplati dalla norma in commento.

L'audizione endoprocedimentale rimane uno strumento facoltativo, nella disponibilità del Prefetto ma, a differenza della precedente formulazione, è ora richiesta espressamente l'insussistenza, per un verso, di particolari esigenze di celerità del procedimento e, per altro verso, della tutela di informazioni ulteriori che se disvelate, possano pregiudicare lo svolgimento di altri procedimenti amministrativi o attività processuali, anche finalizzati alla prevenzione delle infiltrazioni mafiose.

Vi è, invero, un ulteriore requisito, relativo alla provenienza documentale da cui scaturisce l'esigenza di procedere all'audizione personale degli interessati. La riforma, infatti, pare subordinare la richiesta di audizione personale al possesso di *“documentazione e*

³⁵¹ Si riporta qui, per una migliore comprensione, la precedente formulazione del co. 7 dell'art. 93 *cit.*, secondo cui *“Il prefetto competente al rilascio dell'informazione, ove lo ritenga utile, sulla base della documentazione e delle informazioni acquisite invita, in sede di audizione personale, i soggetti interessati a produrre, anche allegando elementi documentali, ogni informazione ritenuta utile”*.

informazioni acquisite nel corso dell'accesso” ove per accesso, come noto, si intende quel peculiare potere di accertamento prefettizio previsto all'art. 93 co. 1 cit., per cui “Per l'espletamento delle funzioni volte a prevenire infiltrazioni mafiose nei pubblici appalti, il prefetto dispone accessi ed accertamenti nei cantieri delle imprese interessate all'esecuzione di lavori pubblici, avvalendosi, a tal fine, dei gruppi interforze di cui all'articolo 5, comma 3, del decreto del Ministro dell'interno 14 marzo 2003, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 54 del 5 marzo 2004”³⁵².

Come afferma lo stesso Gabinetto del Ministero dell'Interno, il gruppo interforze si è dimostrato negli anni un “*passaggio ineludibile in tutti quei casi in cui, in presenza di una o più situazioni indizianti o comunque di evidenze e risultanze informative tali da necessitare di un approfondimento, si sia ritenuta l'opportunità di un tavolo sia per concordare e pianificare ulteriori accertamenti istruttori, sia per portare a sintesi le risultanze delle verifiche e attività informative condotte dalle varie forze, ciascuna secondo le proprie specifiche vocazioni e professionalità*”³⁵³. Ed effettivamente, come richiede il terzo comma dell'art. 93 *cit.*, spetta proprio al gruppo interforze redigere, entro trenta giorni dalla fine delle operazioni di accesso e degli ulteriori accertamenti eventualmente predisposti dal prefetto, una “*relazione contenente i dati e le informazioni acquisite nello svolgimento dell'attività ispettiva*”. Tale relazione, che per espressa volontà del Ministero prescinde da rigidi involucri formali, tanto da poter essere resa anche in forma di verbale o di proposta, diventa parte essenziale del processo argomentativo che verrà utilizzato dall'autorità prefettizia ai fini dell'adozione del provvedimento finale di verifica antimafia.

A ben vedere, allora, la nuova formulazione dell'art. 93 co. 7 *cit.* può porre qualche problema dal punto di vista pratico e operativo, proprio nella misura in cui circonda di nuovi

³⁵² I gruppi interforze sono costituiti, a livello provinciale, presso le prefetture-uffici territoriali del Governo interessate territorialmente, sono coordinati da un dirigente degli stessi uffici e composti da un funzionario della Polizia di Stato, da un ufficiale dell'Arma dei carabinieri, da un ufficiale della Guardia di finanza, da un rappresentante del Provveditorato interregionale per le opere pubbliche, da un rappresentante della Direzione territoriale del lavoro, nonché da un funzionario del Centro operativo della Direzione investigativa antimafia competente per territorio. I gruppi interforze operano in collegamento con la Direzione investigativa antimafia che, nel caso di opere che interessano il territorio di più province, assicura il raccordo delle attività dei Gruppi istituiti presso le prefetture-uffici territoriali del Governo, nonché con il Servizio per l'alta sorveglianza delle grandi opere. In termini prescrive l'art. 7 co. 3 del Decreto del Ministero dell'Interno del 21 marzo 2017.

³⁵³ In termini parlano gli ulteriori indirizzi applicativi del Ministero dell'Interno del 27 marzo 2018.

limiti, strumentali e finali, l'esercizio del potere di disporre l'audizione personale dei soggetti interessati.

In primo luogo, difatti, pare richiesto dalla disposizione in commento che l'esigenza di procedere all'audizione personale emerga soltanto a seguito dei poteri di accesso eseguiti ex art. 93 co. 1 *cit.*, escludendo, almeno dal punto di vista letterale, la possibilità di disporre l'audizione anche in mancanza del loro esercizio.

In secondo luogo, ostano alla possibilità di procedere all'audizione personale quelle particolari esigenze di celerità del procedimento che, come si vedrà a breve, più volte riecheggiano nel corso della riforma del 2021 a perimetrare i poteri prefettizi procedurali.

In terzo luogo, preclude l'attivazione dell'audizione personale la tutela di informazioni peculiari e "sensibili" che, se pienamente condivisibili in relazione ad attività processuali in corso, meno si comprendono in relazione ai "*procedimenti amministrativi*". Allo stato, infatti, la verifica prefettizia antimafia risulta, se non l'unico, comunque il principale procedimento amministrativo finalizzato alla prevenzione delle infiltrazioni mafiose. Un'unica interferenza potrebbe darsi là dove sia in corso il procedimento di cui all'art. 143 TUEL per lo scioglimento dei Consigli Comunali e Provinciali per infiltrazioni mafiose ma risulta difficilmente immaginabile come l'audizione personale, specie se intesa in funzione di strumento istruttorio più che a garanzia del diritto di difesa dell'impresa interessata, possa minare la tutela di tali informazioni.

A questa nuova conformazione del potere di audizione personale, come delineata dal nuovo comma 7 dell'art. 93 *cit.*, si affianca il riformato co. 2 *bis* dell'art. 92 Codice Antimafia che introduce, come si approfondirà a breve, il contraddittorio nel procedimento di rilascio dell'interdittiva antimafia. Il richiamo a questo istituto può essere funzionale a comprendere meglio i limiti sistematici dell'audizione personale descritta al co. 7 *cit.* In disparte da quello che tra poco si dirà, in questa sede è utile evidenziare che il nuovo comma 2 *bis* dell'art. 92 *cit.* accorda all'operatore economico interessato la possibilità di richiedere al Prefetto precedente l'audizione personale, secondo le modalità prescritte dai commi 7, 8, 9 dell'art. 93 *cit.*³⁵⁴. Evidentemente, ove l'audizione sia richiesta dall'operatore economico, non può che

³⁵⁴ Immutati restano i co. 8 e 9 dell'art. 93 Codice Antimafia, che qui si riportano per completezza di analisi: "8. All'audizione di cui al comma 7, si provvede mediante comunicazione formale da inviarsi al responsabile legale dell'impresa, contenente l'indicazione della data e dell'ora e dell'Ufficio della prefettura ove dovrà essere sentito

risultare prevalente la sua componente di garanzia partecipativa in funzione difensiva della situazione giuridica soggettiva del privato, più che in funzione collaborativa rispetto alle esigenze istruttorie prefettizie. Sembra così, dato quanto sopra, che la riforma del 2021 abbia disegnato uno strumento dalla valenza ancipite, a parità di condizioni legittimanti e requisiti di ammissibilità.

Precisamente, ad avviso di chi scrive, in caso di sussistenza di situazioni sintomatiche del tentativo di infiltrazione mafiosa, anche solo nella forma della cd. agevolazione occasionale, il Prefetto è tenuto ad aprire il frammento subprocedimentale di contraddittorio con l'operatore economico, comprensivo della audizione procedimentale, salvo che ricorrano particolari esigenze di celerità del procedimento. Circa la tutela delle informazioni "sensibili" di cui sopra, sarà onere del Prefetto guidare l'audizione personale e non disvelarne entità e contenuto. Non si vede, infatti, per quale ragione l'audizione personale dell'operatore economico debba essere preclusa *in nuce* in questa ipotesi, ben potendo quest'ultimo voler essere ammesso al contraddittorio non meramente cartolare per fornire elementi in difesa propria, che possano, perciò, portare a una conclusione del procedimento diversa da quella dell'adozione del provvedimento interdittivo antimafia.

Accanto a questo valore di garanzia partecipativa assolto dall'audizione personale vi è, poi, secondo chi scrive, quello, concettualmente e, in certa misura, anche operativamente autonomo, di strumento probatorio per l'autorità prefettizia. Tale accezione dell'audizione personale emerge dalla formulazione del comma 7 dell'art. 93 *cit.*, il quale, se rispetto al comma 2 *ter* dell'art. 92 *cit.* integra norma di rinvio "modale", considerato di per sé è norma dotata di autonoma valenza sostanziale. In questo senso, allora, l'abrogazione dell'espressione "*qualora il prefetto lo ritenga utile*" risulterebbe soltanto apparente perché, effettivamente, la possibilità di ricorrere all'audizione personale al di fuori delle ipotesi di cui all'art. 92 co. 2 *bis cit.* viene a prescindere da esigenze difensive del privato per tornare ad assumere i connotati di strumento istruttorio per il Prefetto. Ancorché questa soluzione interpretativa possa apparire erta, si può invero immaginare lo scenario in cui l'accesso disposto dal prefetto non disveli indizi ed elementi di consistenza tale da stigmatizzare tentativi di infiltrazione mafiosa o di agevolazione occasionale alla consorteria e ai suoi affiliati. Sì che l'audizione personale

l'interessato ovvero persona da lui delegata. 9. Dell'audizione viene redatto apposito verbale in duplice originale, di cui uno consegnato nelle mani dell'interessato".

disposta ex art. 93 co. 7 Cod. Antimafia assolve in questo caso alla funzione di completare e integrare l'istruttoria prefettizia proprio relativamente alla sussistenza dell'infiltrazione mafiosa. In questo caso, peraltro, l'audizione personale, proprio perché non accede al contraddittorio procedimentale come voluto dall'art. 48 d.l. n. 152/2021 *cit.*, non suspenderebbe i termini di conclusione del procedimento, come invece previsto, appunto, dal co. 2 *bis* dell'art. 92 *cit.* Perseguendo la tesi dell'esistenza di due distinte forme (o, forse, funzioni) di audizione personale, potrebbero tuttavia generarsi, a catena, frizioni con altro profilo.

La riforma in discorso, infatti, pur senza vietarlo, non sembra prospettare la possibilità di disporre più di un'audizione personale nel corso dello stesso procedimento. Per ciò, una volta disposta l'audizione ai sensi del co. 7 dell'art. 93 *cit.* che, si è detto, è in funzione istruttoria e non difensiva, ove il prefetto acquisisca informazioni e documentazione utili in direzione della sussistenza dei tentativi di infiltrazione mafiosa, sarebbe tenuto, ex art. 92 co. 2 *bis cit.*, a procedere alla comunicazione ivi prescritta e a concedere all'interessato il termine per richiedere una nuova audizione personale. Questa soluzione, tuttavia, mostra tutti i suoi limiti nella misura in cui depotenzia la funzione dell'audizione personale come strumento di garanzia partecipativa e procedimentale, oltre a porsi in frizione con il principio di cui all'art. 1 co. 2 l. n. 241/90, secondo cui *“La pubblica amministrazione non può aggravare il procedimento se non per straordinarie e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria”*. Così opinando, la soluzione con maggior tenuta a livello logico e sistematico sembra militare in favore dell'unicità dell'audizione personale nel corso del procedimento di verifica antimafia, attribuendo prevalenza al disposto di cui al co. 2 *bis* dell'art. 92 *cit.*

Anche alla luce di quanto a breve si dirà sul nuovo contraddittorio endoprocedimentale introdotto dalla riforma del 2021, il co. 7 dell'art. 93 *cit.* verrebbe così a delineare soltanto le modalità dell'esperimento dell'audizione personale. Una lettura integrata degli artt. 92 co. 2 *bis* e 93 co. 7 *cit.* suggerisce, pertanto, secondo chi scrive, che, una volta disposto l'accesso ovvero altro strumento di accertamento ex art. 93 Codice Antimafia, il prefetto, ove riscontri la sussistenza di elementi sintomatici dei tentativi di infiltrazioni mafiosa, se non ricorrono particolari esigenze di celerità del procedimento, rivolge all'interessato la comunicazione di cui all'art. 92 co. 2 *bis cit.* indicando la possibilità di richiedere l'audizione personale. Unico limite “superiore” rimane la necessità di tutelare

informazioni che, se disvelate, sono in grado di pregiudicare il corso di altri procedimenti amministrativi ovvero penali. Rispetto a questo aspetto, tuttavia, in disparte dalle considerazioni sopra svolte sull'effettivo ricorso di tali circostanze nel caso concreto, si ritiene più ragionevole che il prefetto pretermetta la conoscibilità di dette informazioni, accordando comunque l'audizione personale, sempre che la medesima sia richiesta dall'operatore economico. Gli unici due casi in cui sembra prospettarsi l'autonomia dell'audizione *ex art. 93 co. 7 cit.*, intesa come strumento istruttorio richiesto dal prefetto, possono rinvenirsi, ragionevolmente, nelle seguenti ipotesi. Una prima, ove l'operatore economico non richieda di essere ammesso all'audizione personale, consentendo così al prefetto di invitare, *ex officio*, i soggetti interessati a presentarsi per l'audizione. Una seconda, ove a essere richiesti di sottoporsi ad audizione personale siano soggetti diversi dall'operatore economico destinatario della verifica antimafia. Ben può darsi il caso, infatti, che la prefettura decida di convocare il personale delle Amministrazioni "interessate" dagli accertamenti, quali, a titolo solo esemplificativo, il direttore dei lavori ovvero il coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione.

Esaurito così l'esame della misura procedimentale dell'audizione personale, possiamo premettere qualche breve e introduttiva considerazione sullo statuto giuridico in deroga della documentazione antimafia sul versante processuale.

In merito, come noto, la documentazione interdittiva incide sulla giurisdizione, che permane in capo al giudice amministrativo anche nel corso della fase esecutiva del contratto, sulla competenza, concentrata in capo al T.a.r. ove ha sede la Prefettura che ha emesso il provvedimento antimafia anche per l'ipotesi di impugnativa di atti amministrativi "*a valle*"³⁵⁵.

Conferente all'indagine su questi problemi risulta ancora lo studio dei rapporti tra le misure interdittive e i principi del giusto processo di cui agli artt. 24, 111 Cost. e 6 CEDU, oggetto di studio nel prossimo capitolo. La riconosciuta natura cautelare e preventiva della documentazione antimafia ha inevitabili ripercussioni, altresì, sulla regola probatoria di accertamento, disancorata dalla certezza processuale e improntata alla logica del "*più probabile che non*".

³⁵⁵ Con riferimento all'incidenza sul rito applicabile, si rileva che, in caso di ricorso recante una pluralità di domande tra loro connesse soggette a riti distinti, si segue, ai sensi dell'art. 32 co. 1 c.p.a., il rito ordinario, salvo che, come nella specie, taluna delle domande sia soggetta al rito di cui agli artt. 119 e 120 c.p.a., la cui applicazione è da ritenersi prevalente. Conf. sul punto, di recente, Cons. Stato, sez. III, 9 settembre 2020, n. 5416.

Del tutto peculiare è, poi, come si vedrà, il regime di efficacia temporale dell'informativa antimafia, con particolare riguardo a quella con valore interdittivo, che intercetta il rapporto con la sistematica civilistica sulla distinzione tra validità ed efficacia degli atti giuridici, anche nel sistema del diritto amministrativo.

Altrettanto precipua risulta la disciplina approntata dal legislatore in materia di documentazione antimafia se si pone mente al rapporto tra sopravvenienze, in senso proprio ovvero in senso lato, e giudicato, ancorché, come noto, la giustizia amministrativa conosca un'accezione singolare della definitività del provvedimento giurisdizionale. Ci si interrogherà, in altre parole, sulla relazione che intercorre tra i diritti quesiti (*rectius*, acquisiti) e l'articolato concetto della formazione progressiva del giudicato amministrativo, non priva di riverberi singolari nella materia che qui interessa, con particolare attenzione agli atti attribuiti di vantaggi patrimoniali.

Ultima parte di questo capitolo sarà dedicata al complesso svolgersi della tutela risarcitoria rispetto a un provvedimento prefettizio (interdittivo) illegittimo. Interrogativo che impone di analizzare preventivamente evoluzione e odierno assetto dell'istituto della responsabilità della Pubblica Amministrazione da attività provvedimento illegittima. Non mancherà, in chiosa all'argomento, l'illustrazione di uno studio di caso, frutto di esperienza professionale diretta, che si propone la finalità di far meglio comprendere la flessione dell'istituto risarcitorio nella materia delle interdittive antimafia. Per far ciò, si propone al lettore di ripercorrere la vicenda contenziosa con particolare attenzione ai rapporti tra giudicato di annullamento provvedimento e successivo giudicato di rigetto risarcitorio.

La rosa di figure su cui ci si soffermerà tende a offrire una visione sistematica di come la materia della documentazione antimafia sia effettivamente caratterizzata da uno statuto giuridico che declina in maniera diversa le tradizionali categorie dogmatiche della scienza del diritto amministrativo. È bensì vero che quest'ultimo conosce una teoria generale spesso affiancata, quando non derogata, da una congerie di legislazione speciale diversificata. È altrettanto difficilmente revocabile in dubbio che ciò costituisca fisiologico epilogo delle norme di diritto pubblico che vedono lo Stato ora interventore nell'economia ora più semplice regolatore del mercato, specialmente, ma non via esclusiva, per ciò che riguarda la cd. concorrenza "*per il mercato*" e "*nel mercato*". Risulta, tuttavia, meritevole di osservazione come tale legislazione speciale disegni un micro-sistema di diritto amministrativo, pressoché

a sé stante, che viene recepito criticamente trattandosi di provvedimenti sfavorevoli, limitativi della sfera giuridica dei relativi destinatari, quasi inossidabili, alla luce di quanto si esporrà a breve.

2. IL PRINCIPIO DEL GIUSTO PROCEDIMENTO NELLA MATERIA DELLE INTERDITTIVE ANTIMAFIA.

È a Feliciano Benvenuti che si deve l'efficace e imperitura definizione sostanziale del procedimento amministrativo come forma della funzione amministrativa, per tale intendendo l'insieme coordinato di tutte le attività e atti funzionali al collegamento tra due situazioni altrimenti statiche, quali l'attribuzione del potere amministrativo e il provvedimento, nella sua qualità di momento finale dell'attività amministrativa³⁵⁶.

L'istituto che meglio consente di introdurre all'interno del procedimento interessi pubblici e interessi privati è costituito proprio dalla partecipazione, strumento dal contenuto composito, che consente di prendere visione dei relativi atti e, d'altra parte, di presentare memorie scritte e documenti che l'amministrazione ha il dovere di valutare ove pertinenti all'oggetto del procedimento³⁵⁷. La partecipazione confluisce e assiste l'istruttoria procedimentale, ovvero la fase del procedimento protesa all'accertamento dei fatti e delle condizioni per l'esercizio del potere, oltre alla acquisizione e valutazione degli interessi,

³⁵⁶ L'ideazione di questa definizione, ancora oggi centrale nello studio del diritto amministrativo, risale alla celeberrima prolusione tenuta presso la Facoltà di Scienze politiche dell'Università di Padova da F. Benvenuti il 3 dicembre 1951, dal titolo "*Funzione amministrativa, procedimento, processo*". La prolusione fu poi pubblicata in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, II, 118 ss. Successivamente alla morte dell'Autore, tutti i suoi scritti sono stati raccolti nell'opera omnia F. BENVENUTI, *Scritti Giuridici*, Vita e Pensiero, 2006. Sul concetto di "funzione", ID., *Funzione (teoria generale)*, in *Enc. Giur.*, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1988, XIV, 1126.

³⁵⁷ Sull'istituto del procedimento amministrativo, moltissimi i contributi dottrinali. Oltre alla manualistica di parte generale indicata nella nota successiva, per quanto riguarda, specificamente, la partecipazione procedimentale si segnalano M. CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo. La legge n. 241/1990 alla luce dei principi comunitari*, Giuffrè Francis Lefebvre, 1991; S. CASSESE, *La disciplina legislativa del procedimento amministrativo. Una analisi comparata*, in *Foro. It.*, 1993, V, 27 ss.; P. CHIURULLI, *I diritti dei partecipanti al procedimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2017, 615 ss.; S. COGNETTI, *Normative sul procedimento, regole di garanzia ed efficienza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, 94 ss.; Id., "*Quantità*" e "*qualità*" della partecipazione, Giuffrè Francis Lefebvre, 2000; A. CROSETTI, F. FRACCHIA, *Procedimento amministrativo e partecipazione*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2002; G. VIRGA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Giuffrè Francis Lefebvre, 1998; A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Giuffrè Francis Lefebvre, 1996.

pubblici e privati, coinvolti³⁵⁸. A rigore, per maggior precisione, il contributo partecipativo è primariamente funzionale all'attività conoscitiva in senso proprio della Pubblica Amministrazione, ovvero all'insieme delle operazioni volte ad acquisire la conoscenza della realtà di fatto³⁵⁹. Se è vero che, ancora oggi, il fondamento razionale del procedimento amministrativo è quello di consentire la miglior cura dell'interesse pubblico, alla stessa stregua deve esser letto l'istituto della partecipazione. Sì che, in quest'ottica, è ragionevole ritenere che esso assolva una funzione collaborativa rispetto alla successiva adozione di un provvedimento che tuteli il corretto perseguimento dell'interesse pubblico, nel perimetro dogmatico delineato dall'art. 97 della Costituzione³⁶⁰. Certamente è indubbio che il partecipante, specie per l'ipotesi del soggetto privato destinatario, in via diretta ovvero indiretta, degli effetti del provvedimento, interviene per manifestare i propri interessi e, per l'effetto, tutelare la propria posizione.

Sul piano della teoria generale del diritto amministrativo, tuttavia, si ritiene che il concetto di manifestazione indichi “*un fatto capace di rivelare un altro fatto giuridicamente rilevante (...) che va individuato a prescindere dal movente psicologico dell'interveniente, estrapolandone cioè il significato per così dire oggettivo, indipendentemente dall'eventuale esigenza di difesa nei confronti dell'amministrazione che spinge il partecipante a intervenire*”³⁶¹.

La l. 7 agosto n. 241/1990 contiene, com'è risaputo, una serie di disposizioni che plasmano garanzie per i destinatari dell'attività della pubblica amministrazione, in modo da creare già nel corso del procedimento amministrativo una certa concertazione con il soggetto privato per garantire il perseguimento dell'interesse pubblico in maniera consapevole rispetto

³⁵⁸ Sul procedimento amministrativo, come noto, la bibliografia è vastissima. Nella manualistica generale, tra più, si rammenta, E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, ult. ed.; V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Giappichelli, ult. ed.; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, il Mulino, ult. ed.; G. CORSO, *L'attività amministrativa*, Giappichelli, 1999; M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto Amministrativo*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2000; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene Editore, 1989; ID., *Il procedimento amministrativo*, Giuffrè Francis Lefebvre, 1959; F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, Giappichelli, 2019, *passim*.

³⁵⁹ In argomento, F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Giappichelli, 1967.

³⁶⁰ Sempre attuali, dal punto di vista sistematico, i contributi di L. CIMELLARO, *Le garanzie del procedimento amministrativo*, Cedam, 1997 e di F. MERUSI, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme*, in *Dir. amm.*, 1993, 21 ss.

³⁶¹ La formulazione è di E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2011, 446. Sul concetto e ruolo delle manifestazioni di interesse nel procedimento amministrativo, vd. E. CARDI, *Le manifestazioni di interessi nei procedimenti amministrativi*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1984; G. MIELE, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Anonima Romana Editoriale, 1931.

agli altri interessi secondari da bilanciare nella fase del giudizio e della scelta amministrativa. I c.d. istituti partecipativi contenuti nella legge generale del procedimento amministrativo sono descritti, precisamente, agli artt. 7 “*Comunicazione di avvio del procedimento*”, 8 “*Modalità e contenuti della comunicazione di avvio del procedimento*”, 9 “*Intervento nel procedimento*”, 10 “*Diritti dei partecipanti al procedimento*”, 10 bis “*Comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza*” e 11 “*Accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*”.

Le norme contenute nel capo dedicato alla partecipazione, tuttavia, non sono suscettibili di indistinta applicazione. All'affermazione della partecipazione come regola generale e di principio, infatti, si contrappongono alcune ipotesi di esclusione, espressamente previste, che potremmo a loro volta scindere in necessarie ed eventuali. A individuare le prime soccorre l'art. 13 l. n. 241/90, rubricato “*Ambito di applicazione delle norme sulla partecipazione*”, secondo cui le disposizioni contenute nel capo dedicato alla partecipazione non si applicano ai procedimenti volti all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, nonché a quelli tributari. In disparte dal dibattito dottrinale sull'ammissibilità di queste fattispecie sottratte alla partecipazione procedimentale, in questa sede è sufficiente rilevare che il loro fondamento è stato da tempo individuato dal Consiglio di Stato in sede consultiva nell'esigenza di sottrarre “*atti di vasta portata e di applicazione generalizzata alla ingerenza costituita dalla partecipazione di molteplici soggetti*”³⁶². Avendo la l. n. 241/90 rango di fonte primaria, oltre che valore applicativo generale relativamente alla disciplina del procedimento amministrativo, è possibile che la legislazione speciale introduca ulteriori ipotesi derogatorie.

In questo senso, allora, per quel che qui interessa, si può leggere la fattispecie di partecipazione eventuale disciplinata proprio per il procedimento teso al rilascio della documentazione antimafia. Sul punto, il parametro normativo cui si deve avere riguardo è costituito dagli artt. 91, rubricato “*Informazione antimafia*”, 92 dedicato ai “*Termini per il rilascio delle informazioni*” e 93 sui “*Poteri di accertamento del prefetto*” del Codice Antimafia, nella parte in cui non prevedono l'obbligo del contraddittorio endoprocedimentale in favore del soggetto nei cui riguardi l'Amministrazione procede con il rilascio di

³⁶² Consiglio di Stato, Adunanza Generale, n. 7/1989. In dottrina, si vd. E. CASTORINA, *Considerazioni sui profili costituzionali dei limiti di partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 70.

documentazione antimafia interdittiva. Senza voler qui riproporre l'intero testo delle disposizioni appena citate, basti evidenziare che l'istituto partecipativo del contraddittorio endoprocedimentale è menzionato in termini espressi soltanto all'art. 93 co. 7 D. Lgs. n. 159/2011, a mente del quale, prima delle modifiche di cui poi si dirà, *“il prefetto competente al rilascio dell'informazione, ove lo ritenga utile, sulla base della documentazione e delle informazioni acquisite invita, in sede di audizione personale, i soggetti interessati a produrre, anche allegando elementi documentali, ogni informazione ritenuta utile”*. Tale disposizione, invero, disciplina una peculiare declinazione del procedimento amministrativo di competenza prefettizia per il rilascio della documentazione antimafia. Specificamente, nell'ambito dell'espletamento delle funzioni volte a prevenire infiltrazioni mafiose negli appalti pubblici, al prefetto è attribuito un importante potere ispettivo-istruttorio, consistente nella disposizione di *“accessi ed accertamenti nei cantieri delle imprese interessate all'esecuzione di lavori pubblici”*.

Ebbene, dal combinato disposto delle tre disposizioni richiamate si comprende come la mancata previsione del contraddittorio endoprocedimentale all'interno degli artt. 91 e 92 D. Lgs. n. 159/2011, unitamente al suo inserimento in termini di mera facoltà all'interno dell'art. 93 cit. comporti, quantomeno, una deroga alla regola dei diritti partecipativi, come enucleati, in via generale, dalla l. 7 agosto 1990, n. 241 e prima brevemente elencati. Sì che ben può accadere che l'operatore economico interessato dalla verifica conosca del suo esito soltanto a procedimento concluso. Anzi, secondo quanto confermano gli artt. 88 co. 4 *quinquies* e 92 co. 2 *bis* D. Lgs. n. 159/2011, (soltanto) il provvedimento interdittivo antimafia è comunicato all'operatore economico destinatario delle verifiche, seguendo le modalità previste per le stazioni appaltanti in materia di contratti pubblici all'art. 76 co. 6 D. Lgs. n. 50/2016.

Nell'ottica della presente indagine, è necessario e sufficiente soffermarsi soltanto su alcune delle disposizioni richiamate, in modo da comprendere quale sia l'impatto dell'art. 93 co. 7 D. Lgs. n. 159/2011 cit. sull'impianto sistematico delineato dal legislatore della l. n. 241/90. All'uopo, occorre citare in primo luogo il contenuto dell'art. 7 l. n. 241/90, a mente del quale *“Ove non sussistano ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento, l'avvio del procedimento stesso è comunicato, con le modalità*

previste dall'art. 8, ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti ed a quelli che per legge debbono intervenire".

Da tale previsione deriva che la comunicazione di avvio del procedimento si pone come regola generale e, al contrario, la sua mancanza costituisce un'eccezione, ancorché il legislatore abbia adottato una locuzione lata dal punto di vista tassonomico. Sì che, le "particolari esigenze di celerità del procedimento" sembrano attagliarsi alle ipotesi di provvedimenti caratterizzati da contingibilità e urgenza, come pure ai provvedimenti interinali e cautelari³⁶³. A seguito dell'avvio del procedimento amministrativo, poi, i soggetti destinatari in via diretta degli effetti del (futuro) provvedimento acquistano il diritto di prendere visione degli atti del procedimento, fatti salvi unicamente i limiti derivanti in materia di accesso ai documenti amministrativi di cui all'art. 24 l. n. 241/90 cit., nonché di "presentare memorie scritte e documenti, che l'amministrazione ha l'obbligo di valutare ove siano pertinenti all'oggetto del procedimento"³⁶⁴. Questo peculiare atteggiarsi delle garanzie partecipative confluisce, poi, nei procedimenti a istanza di parte, nell'obbligo per l'autorità amministrativa di "comunicare tempestivamente agli istanti i motivi che ostano all'accoglimento della domanda", cui segue la possibilità per questi ultimi di presentare per iscritto osservazioni, anche corredati da ulteriori documenti³⁶⁵. In quest'ultima ipotesi, a ulteriore rafforzamento delle prerogative del privato destinatario dell'esercizio del potere amministrativo, all'interno della motivazione del provvedimento finale l'amministrazione è tenuta a dare compiuta motivazione nel provvedimento finale di diniego. Se è vero che l'art. 10 bis l. n. 241/90, come appena brevemente descritto, testualmente risulta applicabile soltanto nei procedimenti a istanza di parte, dal medesimo sembra comunque derivare una conseguenza di portata più generale. Anche nei procedimenti a iniziativa d'ufficio, infatti, ove il privato destinatario della comunicazione di avvio del procedimento abbia presentato memorie scritte e documenti ai sensi dell'art. 9 cit., nella motivazione del provvedimento

³⁶³ Sull'assenza dell'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento interdittivo, *Cons. giust. amm. sic., sez. giur.*, 4 aprile 2018, n. 206, secondo cui "nel procedimento volto all'adozione dell'interdittiva antimafia – sulla base del condiviso orientamento giurisprudenziale maggioritario – le particolari esigenze di celerità, giustificano un'attenuazione delle garanzie di partecipazione procedimentale, fino a giustificare la legittimità di un provvedimento interdittivo adottato in assenza di comunicazione di avvio del procedimento (di cui all'art. 7 della legge 241/90)".

³⁶⁴ Vd., in termini, l'art. 10 l. n. 241/90 cit.

³⁶⁵ Cfr. art. 10 bis l. n. 241/90 cit.

finale l'amministrazione deve dare conto della loro avvenuta valutazione. Delineate così le coordinate interpretative dell'ordinamento interno rilevanti nel caso di specie, il loro combinato disposto suggerisce che intanto l'adozione della documentazione antimafia è sottratta all'applicazione delle garanzie partecipative delineate dalla l. n. 241/90 in quanto la stessa sia qualificata come provvedimento a carattere preventivo, *rectius*, cautelare.

In questo quadro si inserisce la recente ordinanza con cui la terza sezione del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sede di Bari, ha formulato rinvio interpretativo *ex art. 267* del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (da ora in avanti TFUE) alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea³⁶⁶. La questione rimessa in via pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo riguarda, precisamente, la compatibilità di alcune previsioni contenute all'interno del D. Lgs. n. 159/2011 (cd. Codice Antimafia) con il principio del contraddittorio *“così come ricostruito e riconosciuto quale principio di diritto dell'Unione”*. Il Collegio remittente, in contrasto con l'orientamento prevalente del Consiglio di Stato, non condivide *“l'assunto della natura cautelare del provvedimento di cui si discute, poiché non si tratta di misura provvisoria e strumentale, adottata in vista di un provvedimento che definisca, con caratteristiche di stabilità e oppugnabilità, il rapporto giuridico controverso, bensì di un atto conclusivo del procedimento amministrativo avente effetti definitivi, conclusivi e dissolutori del rapporto giuridico tra l'impresa e la P.A., con riverberi assai durevoli nel tempo, se non addirittura permanenti, indelebili e inemendabili, se si considera che alla citata – OMISSIS- OMISSIS – segue il ritiro di un titolo pubblico o il recesso o la risoluzione contrattuale, nonché la sostanziale messa al bando dell'impresa e dell'imprenditore che, da quel momento e per sempre, non possono rientrare nel circuito*

³⁶⁶ Tar Puglia, sede di Bari, sez. III, ord. 13 gennaio 2020, n. 28. La vicenda in fatto da cui scaturisce l'ordinanza di rimessione del T.A.R. Puglia è costituita dal ricorso avanzato da un operatore economico per l'annullamento di una informativa interdittiva antimafia rilasciata dalla Prefettura di Foggia cui è seguita la revoca della concessione di un terreno utilizzato dall'impresa per lo svolgimento dell'attività di estrazione, lavorazione e relativa commercializzazione di sabbia, pietre, marmi e materiali di risulta da cava a cielo aperto. Nella pronuncia del T.A.R. si legge che il provvedimento è stato comunicato all'impresa *ex art. 92 co. 2 bis* D. Lgs. n. 159/2011 *“in quanto gli elementi oggettivi raccolti nel corso dell'istruttoria, avviata, ai sensi dell'art. 91 Codice Antimafia (...) suffragano il – OMISSIS – della presenza di possibili situazioni di –OMISSIS–, tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi dell'attività imprenditoriale svolta dalla società”*. Invero, la necessità di rimettere la questione alla CGUE non scaturisce dalle doglianze del ricorrente ma proprio dall'organo giurisdizionale, che *“reputa necessario e rilevante, ai fini della presente decisione, rimettere alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione pregiudiziale di interpretazione del diritto dell'Unione (...), atteso che l'accertata premissione del contraddittorio ha impedito alla società ricorrente di addurre, nell'ambito del procedimento amministrativo elementi atti a orientare in senso favorevole la pubblica Amministrazione decidente”*.

*economico dei rapporti con la P.A. dal quale sono stati estromessi*³⁶⁷. Ma il T.A.R. Puglia si spinge oltre, con triplice ordine di motivazioni, di matrice sostanziale, a sostegno dell'imprescindibilità del contraddittorio procedimentale. Ivi si evidenzia, in primo luogo, che le valutazioni del Prefetto possono fondarsi su una congerie di elementi di fatto soltanto parzialmente tipizzati dal legislatore (i.e. i delitti spia di cui all'art. 84 co. 4 D. Lgs. n. 159/2011). Esistono, infatti, una serie di dati a cd. "*condotta libera*", completamente lasciati al "*prudente e motivato apprezzamento discrezionale dell'Autorità Amministrativa*", la quale, ai sensi dell'art. 91 co. 6 Codice Antimafia, può desumere il tentativo di infiltrazione mafiosa anche soltanto da elementi da cui risulti che l'impresa "*possa, anche in modo indiretto, agevolare le attività criminose o esserne in qualche modo condizionata*"³⁶⁸. Parimenti, l'affievolimento delle garanzie partecipative non conosce un contemperamento e riequilibrio all'interno del processo amministrativo³⁶⁹. Ecco che, allora, il contraddittorio nella fase procedimentale assumerebbe, ad avviso del giudice *a quo*, un ruolo di assoluta primazia, dal momento che l'operatore economico potrebbe offrire all'Amministrazione osservazioni, riscontri documentali e ogni altro elemento di fatto utile ai fini dell'adozione di un

³⁶⁷ Secondo quanto prescritto all'art. 94 primo co. Codice Antimafia, "i soggetti di cui all'art. 83 co. 1 e 2 cui sono fornite le informazioni antimafia, non possono stipulare, approvare o autorizzare i contratti o subcontratti, né autorizzare, rilasciare o comunque consentire le concessioni o erogazioni".

Con riferimento alla natura cautelare dell'informazione interdittiva, tra più, Cons. Stato, sez. III, 13 agosto 2018, n. 4938, secondo cui "L'interdittiva antimafia consiste in una tipica misura cautelare di polizia, preventiva ed interdittiva, che si aggiunge alle misure di prevenzione antimafia di natura giurisdizionale, essendo espressione della logica di anticipazione della soglia di difesa sociale finalizzata ad assicurare una tutela avanzata nel campo del contrasto alla criminalità organizzata"; Cons. Stato, sez. IV, 2 ottobre 2006, n. 5753, secondo cui "La disciplina delle informazioni antimafia e delle preclusioni contrarre con la p.a. costituisce una diretta filiazione di quelle sulle misure di prevenzione, sia perché proprio l'applicazione di queste ultime o di unprovvedimento provvisorio adottato nel relativo procedimento giurisdizionale importano il divieto a contrarre con la p.a. sia perché le misure di prevenzione patrimoniale antimafia (sequestro e confisca) partecipano della medesima ratio dei suindicati divieti di contrattazione, intesa a combattere le associazioni mafiose con l'efficacia aggressione dei loro interessi economici; esse, pertanto, costituiscono strumenti, con funzione spiccatamente cautelare e preventivo, di contrasto della criminalità organizzata e di conseguenza, con particolare riguardo alle informazioni relative alla sussistenza di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e degli indirizzi di una società o di un'impresa, sebbene essi devono pur sempre fondarsi su elementi di fatto che denotino il pericolo di collegamenti tra la società o l'impresa e la criminalità organizzata, non presuppongono per quei fatti l'accertamento della responsabilità penale, essendo sufficiente, per contro, che tali fatti abbiano carattere sintomatico ed indiziante del pericolo in senso oggettivo, al di là dell'individuazione di responsabilità penali.

³⁶⁸ Cons. Stato, sez. III, 30 gennaio 2019, n. 758.

³⁶⁹ Come si approfondirà debitamente in seguito, il giudice amministrativo chiamato a valutare la gravità del pericolo di infiltrazione mafiosa posto a base della valutazione prefettizia, infatti, esercita un sindacato estrinseco sul provvedimento, in quanto tale insuscettibile di andare oltre l'apprezzamento della ragionevolezza e della proporzionalità della prognosi inferenziale che l'Autorità amministrativa trae dalle circostanze di fatto ritenute dirimenti ai fini dell'adozione dell'interdittiva. Tra più, si vd. Cons. di Stato, sez. III, 5 settembre 2019, n. 6105; Cons. Stato, sez. III, 30 gennaio 2019 n. 758.

provvedimento favorevole, cioè di documentazione antimafia liberatoria, pur in presenza di un quadro probatorio sfavorevole. Di qui, la rilevanza della pretermissione dei diritti partecipativi che vengono subordinati dal legislatore dell'art. 93 co. 7 D. Lgs. n. 159/2011 alla valutazione prefettizia nel corso dell'istruttoria procedimentale. Assunto del Tribunale remittente che pare ancor di più condivisibile, come emerge dalla parte motiva dell'ordinanza di remissione, se si pone mente al fatto che, generalmente, intanto l'Autorità prefettizia dispone l'audizione dell'operatore economico in quanto la medesima sia funzionale a perseguire finalità istruttorie, non configurando certamente il contraddittorio infraprocedimentale garanzia effettiva di partecipazione al procedimento.

Esaurite così le coordinate rilevanti di diritto interno e spostandoci nella dimensione comunitaria, il riferimento va, in primo luogo, all'art. 41 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea del 7 dicembre 2000 (la Carta di Nizza) che forgia il diritto del cittadino europeo a una buona amministrazione elevandolo a diritto primario dell'Unione Europea, al pari dei suoi Trattati istitutivi. L'art. 6, par. 1 del Trattato sull'Unione Europea (cd. TUE), infatti, stabilisce che *“L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati”*³⁷⁰. Non solo. Come emerge dalla stessa ordinanza di rimessione in discorso, il principio del contraddittorio, quale espressione fondamentale di civiltà giuridica europea, appartiene già al catalogo dei principi generali del Diritto dell'Unione in base all'art. 6 par. 3 TUE, a mente del quale *“i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali”*. Ora, l'art. 41 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, intitolato proprio *“Diritto ad una buona amministrazione”* attribuisce all'interessato una serie di garanzie pertinenti all'esercizio del potere amministrativo da parte delle istituzioni eurounitarie³⁷¹. Il primo paragrafo,

³⁷⁰ Si è consapevoli del fatto che le fonti del diritto primario dell'Unione Europea sono suscettibili di efficacia diretta negli ordinamenti nazionali ove presentino i caratteri della sufficiente precisione e del carattere incondizionato, in modo da creare a favore dei singoli posizioni giuridiche soggettive direttamente tutelabili dinanzi ai giudici nazionali. Sull'efficacia diretta delle norme dei Trattati istituiti, si ricorda la nota CGUE, 5 febbraio 1963, C-26/62, Van Gend en Loos.

³⁷¹ Sul punto esistono numerosi contributi dottrinali. Tra i più significativi si rammentano R. BIFULCO, *Art. 41. Diritto ad una buona amministrazione*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti*, Il

precisamente, riconosce il diritto a un trattamento imparziale ed equo nell'ambito di un procedimento che abbia ragionevole durata. Il secondo paragrafo, invece, è dedicato a contenuti di taglio maggiormente applicativo e pratico, quali il diritto di accesso agli atti amministrativi, l'obbligo di motivazione dei provvedimenti e, appunto, il diritto al contraddittorio procedimentale nei procedimenti che possono concludersi con un provvedimento limitativo sfavorevole³⁷².

A completare la rosa delle tutele attribuite al privato, in chiave rimediale, si collocano gli altri due paragrafi della norma, nel prevedere la risarcibilità dei danni cagionati dall'Unione Europea nell'esercizio delle sue funzioni, oltre alla possibilità di ricevere riscontro in una delle lingue ufficiali dell'Unione. La formulazione dell'art. 41 della Carta di Nizza è ritenuta la risultante assiologica di principi giuridici appartenenti alla tradizione giuridica condivisa degli Stati membri. Tanto vale, specialmente, per ciò che concerne l'ambito di applicazione soggettivo della disposizione. Detto altrimenti, se è vero, come pare, che nell'ordinamento nazionale il diritto a una buona amministrazione è riferito allo Stato-apparato e ai rapporti che lo stesso intreccia con il privato, alla stessa stregua l'art. 41 cit. reca l'espreso riferimento a "*istituzioni, organi e organismi dell'Unione*". Tale limitazione, invero, non collima con quanto previsto all'art. 51 della stessa Carta di Nizza, per cui "*Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, così come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione*". Ancorché vi siano impostazioni di segno opposto, l'orientamento coeso della giurisprudenza eurounitaria inibisce ogni interpretazione estensiva dell'art. 41 cit., giusta l'inequivocità del suo tenore letterale³⁷³. Del resto, lo stesso art. 51 CDFUE, al par. 2,

Mulino, 2001, 284; G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, Giappichelli, 2010, 104; F. FRACCHIA, *Diritto comunitario e sviluppo del diritto amministrativo*, in G. FALCON (a cura di), *Il procedimento amministrativo nei diritti europei e nel diritto comunitario*, Cedam, 2008, 259 ss; D.U. GALETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione nei procedimenti amministrativi oggi (anche alla luce delle discussioni sull'ambito di applicazione dell'art. 41 della Carta dei diritti UE)*, in M.C. PIERRO (a cura di), *Il diritto a una buona amministrazione nei procedimenti tributari*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, 1-32; ID., *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2005, 824 ss.; E. PICOZZA, *Il regime giuridico del procedimento amministrativo comunitario*, in *Riv. trim. dir. pubbl. comunitario*, 1994, 321. In prospettiva comparata, E. PALICI DI SUNI PRAT, *I diritti al procedimento. Profili di diritto comparato*, Giappichelli, 1993.

³⁷² L'art. 41 CDFUE precisamente prevede, alla lett. a), "*il diritto di ogni persona di essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio*".

³⁷³ Riguardo alla rilevanza nel diritto interno dell'art. 41 della Carta di Nizza sono rinvenibili due distinti ed antitetici orientamenti. Il primo tende a negare che tale disposizione abbia diretta valenza nel diritto amministrativo nazionale perché la stessa sarebbe "applicabile, per disposto espresso della stessa Carta alle

esclude che l'introduzione della Carta di Nizza abbia posto sull'Unione Europea nuovi compiti e competenze ovvero modificato i contenuti preesistenti. Non solo. Anche l'art. 6, par. 1 co. 2 TUE statuisce in modo espresso che *“Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati”*³⁷⁴. L'ordinanza di rimessione del Tar Puglia, tuttavia, va oltre il dato letterale di cui all'art. 41 CDFUE estendendo l'alveo dei soggetti tenuti al rispetto del principio del contraddittorio procedimentale.

Ma vi è di più. Il giudice amministrativo, infatti, ne afferma la natura di principio generale del Diritto dell'Unione Europea in base all'art. 6 par. 3 TUE secondo cui *“I diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali”*. Questo assunto inevitabilmente aggancia il tema della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento

istituzioni, organi e organismi dell'Unione” (cfr., tra più, Cons. Stato, sez. IV, 3 dicembre 2010, n. 8504). Il secondo, viceversa, attribuisce al citato art. 41 la natura di “criterio-guida dell'amministrazione nazionale alla cui stregua rileggere i precetti Costituzionali e della legislazione primaria” (vd. T.A.R. Campania, sez. VII, 27 giugno 2012, n. 307, T.A.R. Sardegna, Cagliari, sez. I, 11 maggio 2011, n. 471; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. II, 12 maggio 2010, n. 6685; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 22 aprile 2013, n. 1031). In dottrina, si vd. sul punto il contributo di G. GRECO, *Argomenti di Diritto Amministrativo, Lezioni*, vol. I, Giuffrè Francis Lefebvre, 2013, p. 22, ove si osserva che “il diritto ad una buona Amministrazione, formalmente previsto per le Istituzioni comunitarie, non può però non valere anche nei confronti delle Istituzioni degli Stati membri, che, nell'ambito della disciplina comunitaria, operano come amministrazione comunitaria indiretta. E finisce per estendersi anche al di fuori degli ambiti specificamente coperti dal diritto europeo, se non altro per la forza espansiva del principio di parità di trattamento (art. 3 della Costituzione), che produce effetti indotti di carattere generale”. Ancora, si segnala, per organicità e completezza, il contributo di P. PROVENZANO, *Art. 41 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e integrazione postuma della motivazione*, Nota a sentenza T.A.R. Umbria, sez. I, sent. 21 febbraio 2013, n. 105, in *Riv. It. Di Dir. pubblico*, 2013, 5-6, 1117-1134. Parimenti favorevole alla rilevanza del “diritto a una buona amministrazione” anche nei casi di amministrazione europea indiretta e di amministrazione interna è C. CELONE, *Il diritto a una buona amministrazione tra ordinamento europeo ed italiano*, in *Il diritto dell'economia*, 2016, 3, 669-704. In giurisprudenza, con specifico riferimento alla materia della documentazione antimafia, cfr. Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., sez. giur., ord. 10 luglio 2020, n. 569, su cui ci si soffermerà più specificamente sub par. 4, secondo cui “va respinta l'ipotesi di applicabilità “dell'art. 21-octies della L. 241/1990, in presenza di fatti e circostanze oggetto di apprezzamento e valutazione discrezionale, e non sussistendo ragioni di urgenza a giustificazione dell'omissione della fase partecipativa”.

³⁷⁴ Sull'assenza di competenza della Corte di giustizia in materia di interpretazione della legislazione nazionale sul procedimento amministrativo è fondamentale richiamare CGUE, sez. III, 21 dicembre 2011, C- 482/10, *Cicala*, in *Giur. it.*, 2012, 1677, secondo cui “La decisione di rinvio del giudice a quo e la l. italiana n. 241/1990 non apportano indicazioni sufficientemente precise dalle quali potrebbe dedursi che, richiamandosi l'art. 1 l. n. 241/1990 ai principi del diritto dell'Unione, il legislatore nazionale abbia inteso, con riferimento all'obbligo di motivazione, realizzare un rinvio al contenuto delle disposizioni degli art. 296, 2° comma, t.fue e 41 n. 2 lett. c) della carta o ancora ad altre disposizioni del diritto dell'Unione inerenti all'obbligo di motivazione dei provvedimenti, al fine di applicare un trattamento identico alle situazioni interne e a quelle disciplinate dal diritto dell'Unione; non si può dunque ritenere che sussista un interesse certo dell'Unione a che sia preservata l'uniformità di interpretazione di dette disposizioni; la corte non è perciò competente a risolvere le questioni proposte dalla corte dei conti, sezione giurisdizionale per la regione siciliana, in considerazione dell'oggetto di tali questioni”.

eurounitario³⁷⁵. Come noto, peraltro, la disposizione appena riportata recepisce il principio di diritto espresso dalla medesima Corte di Giustizia nella sentenza *Nold* del 1974³⁷⁶. Questo, a ben vedere, vale a prescindere dall'adesione dell'Unione Europea alla CEDU, tema vivacemente dibattuto in dottrina giusta la formulazione dell'art. 6 par. 2 TUE³⁷⁷. Nonostante la formulazione dell'art. 6 par. 3 TUE, il ruolo che la CEDU riveste nell'ordinamento eurounitario emerge in tutta la sua rilevanza all'art. 52 CDFUE, ove è previsto che “*Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa*”.

³⁷⁵ Sui destinatari della Carta dei diritti fondamentali UE, specie riguardo all'art. 41 cit., cfr. Corte di giustizia UE, sez. VII, 20 dicembre 2017, C-276/16, *Prequì Italia s.r.l.*, in *Foro it.*, 2018, IV, 146, secondo cui, tra l'altro: “Il diritto di ogni persona di essere ascoltata prima dell'adozione di qualsiasi decisione che possa incidere in modo negativo sui suoi interessi deve essere interpretato nel senso che i diritti della difesa del destinatario di un avviso di rettifica dell'accertamento, adottato dall'autorità doganale in mancanza di una previa audizione dell'interessato, non sono violati se la normativa nazionale che consente all'interessato di contestare tale atto nell'ambito di un ricorso amministrativo si limita a prevedere la possibilità di chiedere la sospensione dell'esecuzione di tale atto fino alla sua eventuale riforma rinviando all'articolo 244 del regolamento (CEE) n. 2913/92 del Consiglio, del 12 ottobre 1992, che istituisce un codice doganale comunitario, come modificato dal regolamento (CE) n. 2700/2000 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 novembre 2000, senza che la proposizione di un ricorso amministrativo sospenda automaticamente l'esecuzione dell'atto impugnato, dal momento che l'applicazione dell'articolo 244, secondo comma, di detto regolamento da parte dell'autorità doganale non limita la concessione della sospensione dell'esecuzione qualora vi siano motivi di dubitare della conformità della decisione impugnata con la normativa doganale o vi sia da temere un danno irreparabile per l'interessato”; Corte di giustizia UE, 9 novembre 2017, C-298/16, *Ispas*, in *Foro it.*, 2017, IV, 577, secondo cui “il principio generale di diritto dell'Unione del rispetto dei diritti della difesa deve essere interpretato nel senso che, nell'ambito di procedimenti amministrativi relativi alla verifica e alla determinazione della base imponibile dell'iva, un soggetto privato deve avere la possibilità di ricevere, a sua richiesta, le informazioni e i documenti contenuti nel fascicolo amministrativo e presi in considerazione dall'autorità pubblica per l'adozione della sua decisione, a meno che obiettivi di interesse generale giustificano la restrizione dell'accesso a dette informazioni e a detti documenti”.

³⁷⁶ CGUE, 14 maggio 1974, C-4/73, *Nold*: “I diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto, di cui la Corte di Giustizia garantisce l'osservanza. Nel garantire la tutela di tali diritti, la Corte è tenuta ad ispirarsi alle tradizioni costituzionali comuni agli stati membri e non potrebbe ammettere provvedimenti incompatibili con i diritti fondamentali riconosciuti e garantiti dalla costituzione di tali stati. I trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo, cui gli stati membri hanno cooperato o aderito, possono del pari fornire elementi di cui occorre tenere conto nell'ambito del diritto comunitario”.

³⁷⁷ Sul tema della “comunitarizzazione” della CEDU e dei cd. “controlimiti”, occorre citare la fondamentale sentenza della Corte Costituzionale n. 80/2011. Ivi, infatti, viene affermato che “Anche dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona restano valide le considerazioni svolte dalla Corte Costituzionale riguardo all'impossibilità, nelle materie in cui non sia applicabile il diritto dell'Unione Europea, di far derivare dalla qualificazione dei diritti fondamentali riconosciuti dalla convenzione europea dei diritti dell'uomo quali “principi generali” del diritto dell'Unione la riferibilità dell'art. 11 Cost. alla convenzione europea. I principi in questione rilevano unicamente in rapporto alle fattispecie in cui il diritto dell'Unione è applicabile, e non anche alle fattispecie regolate dalla sola normativa nazionale. Ciò vale anche per la Carta dei diritti fondamentali, poiché si è inteso evitare nel modo più netto che l'attribuzione alla Carta dello “stesso valore giuridico dei trattati” nell'art. 6 par. 1 TUE abbia effetti sul riparto delle competenze fra Stati membri e istituzioni dell'Unione. Ciò risulta peraltro anche dall'art. 51 della stessa Carta”.

Alla luce di quanto appena esposto, occorre dare atto del significato assunto dal principio del contraddittorio non soltanto nel diritto dell'Unione Europea ma, altresì, all'interno della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo³⁷⁸. Il medesimo, precisamente, ruota attorno all'affermazione del diritto a essere sentiti, principio innestato nel procedimento amministrativo proprio dal processo giurisdizionale, tanto che, appunto, l'art. 41 CDFUE ne prevede l'obbligo per l'Autorità procedente per ogni provvedimento idoneo a recare pregiudizio, senza, perciò, distinguere la tipologia di procedimento presupposto, sia esso penale, civile ovvero amministrativo. In senso affine può leggersi l'art. 6 CEDU dedicato proprio al "*Diritto a un equo processo*".³⁷⁹ Ivi, infatti, può scorgersi una matrice comune rispetto all'art. 41 *cit.*, giusta l'evoluzione succedutasi nell'interpretazione della Corte di Strasburgo, le cui pronunce sono funzionali non soltanto a decidere il caso concreto ma anche per chiarire, salvaguardare e sviluppare le norme sancite dalla Convenzione³⁸⁰. Il quadro esegetico e sistematico ricostruito, tuttavia, non viene attinto dalla Corte di Giustizia che, invece, arresta il *decisum* alla manifesta irricevibilità³⁸¹. Dalla sua lettura si nota come la Corte

³⁷⁸ F. GOISIS, *Garanzie procedurali e Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'Uomo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, pp. 1356 ss. Per un confronto sui limiti di efficacia e tutele multilivello del diritto al contraddittorio endoprocedimentale, vd. A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Giappichelli, 2016, 84 ss.

³⁷⁹ Si riporta il testo dell'art. 6 CEDU, secondo cui "Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia. Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata. In particolare, ogni accusato ha diritto di: (a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico; (b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa; (c) difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia; (d) esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico; (e) farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza".

³⁸⁰ Vd. Corte EDU, *case of Ireland v. the United Kingdom*, 18/01/1978.

³⁸¹ Corte di Giustizia UE, ordinanza della Corte (nona sezione), 28 Maggio 2020, in C-17/20. Il dispositivo dell'ordinanza reca che "*È manifestamente irricevibile la domanda di pronuncia pregiudiziale della Corte di giustizia quando l'ordinanza del giudice nazionale, in relazione ad una controversia concernente il procedimento di adozione di misura interdittiva, non fornisca dati idonei a dimostrare l'esistenza di un criterio di collegamento della disciplina nazionale con il diritto UE ovvero a dimostrare che detta disciplina costituisca attuazione di quest'ultimo*".

di Lussemburgo abbia posto vivido accento sui presupposti procedurali del rinvio *ex art.* 267 TFUE, avvalendosi del tenore letterale di alcune disposizioni euronitarie in argomento. Vengono richiamati, specificamente, l'art. 94 del Regolamento di Procedura³⁸², unitamente ai punti 13³⁸³ e 15³⁸⁴ delle Raccomandazioni della Corte relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale dell'08/11/2019 (C 380/01). A dire il vero, nella pronuncia in commento manca ogni richiamo al punto 16 delle medesime raccomandazioni che, ad avviso dello scrivente, fornisce un riferimento compiuto per l'esaustività della domanda di pronuncia pregiudiziale, all'interno della quale "il giudice del rinvio deve fornire i *riferimenti precisi delle disposizioni nazionali applicabili ai fatti della controversia principale e delle disposizioni del diritto dell'Unione* di cui è richiesta l'interpretazione o di cui è messa in discussione la

³⁸² Per completezza, si riporta il testo dell'art. 94 Regolamento di Procedura della Corte di Giustizia del 25 settembre 2012, rubricato "Contenuto della domanda di pronuncia pregiudiziale", secondo cui "Oltre al testo delle questioni sottoposte alla Corte in via pregiudiziale, la domanda di pronuncia pregiudiziale contiene: a) un'illustrazione sommaria dell'oggetto della controversia nonché dei fatti rilevanti, quali accertati dal giudice del rinvio o, quanto meno, un'illustrazione delle circostanze di fatto sulle quali si basano le questioni; b) il contenuto delle norme nazionali applicabili alla fattispecie e, se del caso, la giurisprudenza nazionale in materia; c) l'illustrazione dei motivi che hanno indotto il giudice del rinvio a interrogarsi sull'interpretazione o sulla validità di determinate disposizioni del diritto dell'Unione, nonché il collegamento che esso stabilisce tra dette disposizioni e la normativa nazionale applicabile alla causa principale. Nella giurisprudenza comunitaria intervenuta in argomento si segnalano CGUE, ord. 3 luglio 2014, C 19/14, Talasca; CGUE, sez. IV, ord. 8 settembre 2016, C-322-15, *Google Ireland e Google Italy*.

³⁸³ Precisamente, l'art. 13 su "Il momento opportuno per effettuare un rinvio pregiudiziale" riporta che "Dal momento che, tuttavia, tale domanda servirà da base per il procedimento che si svolgerà dinanzi alla Corte e che quest'ultima deve poter disporre di tutti gli elementi che le consentano sia di verificare la propria competenza a rispondere alle questioni poste, sia di fornire, in caso affermativo, una risposta utile a tali questioni, è necessario che la decisione di effettuare un rinvio pregiudiziale venga presa in una fase del procedimento nella quale il giudice del rinvio sia in grado di definire con sufficiente precisione il contesto di fatto e di diritto del procedimento principale, nonché le questioni giuridiche che esso solleva. Nell'interesse di una corretta amministrazione della giustizia può anche risultare opportuno che il rinvio venga effettuato in esito a un contraddittorio tra le parti".

³⁸⁴ L'art. 15 cit., dedicato a "La forma e il contenuto della domanda di pronuncia pregiudiziale", invece, precisa che "Il contenuto di qualsiasi domanda di pronuncia pregiudiziale è stabilito dall'articolo 94 del regolamento di procedura della Corte ed è riepilogato, sinteticamente, nell'allegato al presente documento. Oltre al testo stesso delle questioni sottoposte alla Corte in via pregiudiziale, la domanda di pronuncia pregiudiziale deve contenere:

— un'illustrazione sommaria dell'oggetto della controversia di cui al procedimento principale nonché dei fatti rilevanti, quali accertati dal giudice del rinvio o, quanto meno, un'illustrazione delle circostanze di fatto sulle quali si basano le questioni pregiudiziali;

— il contenuto delle norme nazionali applicabili alla fattispecie e, se del caso, la giurisprudenza nazionale in materia, nonché

— l'illustrazione dei motivi che hanno indotto il giudice del rinvio a interrogarsi sull'interpretazione o sulla validità di determinate disposizioni del diritto dell'Unione, nonché il collegamento che esso stabilisce tra dette disposizioni e la normativa nazionale applicabile al procedimento principale.

In assenza di uno o più degli elementi che precedono, la Corte può essere indotta, in particolare sulla base dell'articolo 53, paragrafo 2, del regolamento di procedura, a dichiararsi incompetente a statuire sulle questioni sollevate in via pregiudiziale o a respingere la domanda di pronuncia pregiudiziale in quanto irricevibile".)

validità”³⁸⁵. L’istituto disciplinato dall’art. 267 TFUE, infatti, giusta la sua funzione di strumento di cooperazione dialogica tra la Corte di Giustizia e i giudici nazionali, richiede che il giudice remittente individui puntualmente il contesto di fatto e di diritto del procedimento principale³⁸⁶. Nonostante la questione pregiudiziale interpretativa rimessa attenesse a un principio, quello di buona amministrazione, afferente la dimensione eurounitaria su più fronti, come prima anticipato, la domanda pregiudiziale viene ritenuta deficitaria, dal momento che il T.A.R. Puglia non avrebbe dimostrato un criterio di collegamento, diretto ovvero indiretto, tra il diritto UE e la materia della documentazione antimafia.

In subordine, tuttavia, la Corte ha ritenuto comunque doveroso soffermarsi sulla latitudine applicativa del principio di buona amministrazione e del suo corollario, il rispetto dei diritti della difesa. Quanto al principio di buona amministrazione, come congegnato all’art. 41 CDFUE, la Corte si sofferma sul relativo ambito applicativo. In prospettiva oggettiva, la sua efficacia si spiega “*quando l’amministrazione intende adottare nei confronti di una persona un atto che le rechi pregiudizio*”. Dal punto di vista soggettivo, invece, la Corte di Giustizia è ferma nell’escludere l’operatività del principio nei confronti di soggetti diversi dalle istituzioni, organi e organismi dell’Unione Europea. Ancora, con riguardo al contenuto del rispetto dei diritti della difesa come principio generale del diritto dell’Unione Europea, la Nona Sezione riconosce che ogni soggetto destinatario dell’esercizio del potere deve essere messo in condizione di manifestare tutti gli elementi sui quali l’amministrazione intende fondare la sua decisione³⁸⁷. D’altro canto, dal punto di vista soggettivo, tale obbligo incombe pure sulle PP.AA. degli Stati membri nella misura in cui i relativi provvedimenti trattino materie che rientrano nella sfera di applicazione del diritto dell’Unione Europea, a prescindere da una espressa previsione allo scopo nel diritto interno. Solo in tale circostanza,

³⁸⁵ Il punto 16 cit., poi, prosegue affermando che “Per quanto possibile, tali riferimenti includono tanto l’indicazione del titolo esatto e della data di adozione degli atti che contengono le disposizioni di cui trattasi quanto i riferimenti di pubblicazione di tali atti. Qualora faccia riferimento alla giurisprudenza, il giudice del rinvio è inoltre invitato a menzionare il numero ECLI («European Case Law Identifier») della decisione interessata”.

³⁸⁶ Sul significato del rinvio pregiudiziale come strumento di cooperazione tra Corte di Giustizia UE e giudici nazionali: CGUE, *Google Ireland* e *Google Italy* cit. e CGUE, Sed. Plen., 27 novembre 2012, C-370/12, *Pringle*, in *Giornale dir. amm.*, 2013, 148.

³⁸⁷ Sul diritto di difesa quale principio generale eurounitario, CGUE, grande sezione, 22 ottobre 2013, C-276/12, *Sabou*, in *Foro it.*, 2014, IV, 383 ss., citata nell’ordinanza in esame.

difatti, lo stesso assume reale valore di principio generale direttamente efficace e applicabile negli ordinamenti nazionali³⁸⁸.

Ecco che, allora, nel caso di specie, secondo la Corte di Giustizia, il giudice remittente non ha dimostrato l'esistenza di un criterio di collegamento tra il diritto dell'Unione Europea e la materia della documentazione antimafia. Più precisamente, seguendo il tenore letterale della pronuncia in commento, la Corte denuncia la mancanza di un criterio di collegamento tra il diritto dell'Unione Europea e *“l’informativa antimafia interdittiva adottata dalla prefettura di Foggia o la decisione del Comune che ha dato origine all’indagine sfociata nell’adozione di tale informazione, di revocare la concessione di un terreno utilizzato dalla MC per lo svolgimento della sua attività economica”*. In virtù di dette argomentazioni, la Corte di Giustizia conclude il procedimento con una declaratoria di manifesta irricevibilità ai sensi dell’art. 53, par. 2 del regolamento di procedura, a norma del quale *“Quando la Corte è manifestamente incompetente a conoscere di una causa o quando una domanda o un atto introduttivo è manifestamente irricevibile, la Corte, sentito l’avvocato generale, può statuire in qualsiasi momento con ordinanza motivata, senza proseguire il procedimento”*³⁸⁹. Si può rilevare come questa conclusione risenta di una certa inconferenza che, pur manifestata

³⁸⁸ Sulla portata del principio nella dottrina e nella giurisprudenza, comunitaria e nazionale, ci si soffermerà a breve, nel par. 3.

³⁸⁹ Come precedenti sul punto si vd. CGUE, sez. X, ordinanza 27 aprile 2017, C-595/16, *Emmea s.r.l.*, in cui la Corte ha dichiarato la manifesta irricevibilità a fronte di una controversia sulla libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di cui al TFUE, ritenuta coinvolgente il territorio di un solo Stato membro; CGUE, sentenza 20 settembre 2017, C-186/16, *Ruxandra Paula Andriciuc e al.*, in *Foro amm.*, 2017, 1780 ss., per cui nel procedimento di rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE “il giudice nazionale è l'unico competente ad esaminare e valutare i fatti del procedimento principale, nonché ad interpretare e ad applicare il diritto nazionale, spettando esclusivamente a lui il compito di valutare, alla luce delle particolari circostanze della controversia, sia la necessità sia la rilevanza delle questioni da sottoporre alla Corte. La “presunzione di rilevanza” della questione così sollevata viene meno, potendo di conseguenza la Corte rifiutarsi di statuire su di essa, soltanto qualora, segnatamente, non siano rispettati i requisiti relativi al contenuto della domanda di pronuncia pregiudiziale riportati all'art. 94 del regolamento di procedura della Corte o appaia in modo manifesto che l'interpretazione di una norma dell'Unione o il giudizio sulla sua validità chiesti da tale giudice non abbiano alcuna relazione con l'effettività o con l'oggetto del procedimento principale, o qualora il problema sia di natura ipotetica; a tale riguardo, sempre nella menzionata pronuncia, la Corte ha ricordato che, anche in presenza di una giurisprudenza comunitaria che risolve il punto di diritto, i giudici nazionali mantengono la completa libertà di adire la Corte qualora lo ritengano opportuno, senza che il fatto che le disposizioni di cui si chiede l'interpretazione siano già state interpretate dalla Corte abbia l'effetto di ostacolare una nuova pronuncia da parte della stessa”, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>. Per una ricognizione sistematica della casistica sulla valutazione di ricevibilità del rinvio pregiudiziale interpretativo elaborata nel tempo dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Cedam, 2003, 309 ss. che fornisce una classificazione tassonomica così articolata:

- a) questioni puramente ipotetiche o non obiettivamente necessarie al giudice nazionale o, comunque, senza un collegamento sufficiente con l'oggetto della causa;
- b) eccessiva parchezza o imprecisione dell'ordinanza di rinvio, tali da non consentire una definizione del quadro fattuale e giuridico entro cui si inseriscono le questioni rimesse.

incidentalmente, ha delle conseguenze assai significative in punto interpretativo e sistematico. Nell'affermare semplicemente che il giudice del rinvio non ha dimostrato l'esistenza di un criterio di collegamento con il diritto dell'Unione, l'ordinanza, allo stato, limita fortemente la cornice esegetica entro cui, in prospettiva futura, i giudici nazionali potranno muoversi per censurare l'asserita lesione del diritto al contraddittorio procedimentale nella materia della documentazione antimafia. È noto, infatti, che le pronunce pregiudiziali interpretative rese ai sensi dell'art. 267 TFUE abbiano sia effetti endoprocessuali che effetti extraprocessuali³⁹⁰.

Quanto agli effetti endoprocessuali, si ricorda che la decisione pregiudiziale ha portata vincolante per il giudice del rinvio, e vincola anche le giurisdizioni superiori chiamate a pronunciarsi sulla medesima causa. Tanto che, sebbene in astratto il giudice nazionale può rifiutarsi di tener conto della medesima, tale rifiuto è suscettibile di comportare l'apertura di una procedura di infrazione e persino sfociare nel ricorso per inadempimento di cui all'art. 258 TFUE. D'altra parte, la vincolatività di una pronuncia pregiudiziale interpretativa non impedisce al giudice nazionale di rimettere nuovamente la questione per chiedere chiarimenti. Come statuito dalla stessa Corte di Giustizia in un precedente meritevole di essere rammentato, *“il nuovo rinvio può essere giustificato qualora il giudice nazionale si trovi di fronte a difficoltà di comprensione o di applicazione della sentenza, qualora egli sottoponga alla Corte una nuova questione di diritto, oppure qualora egli le sottoponga nuovi elementi di valutazione che possano indurla a risolvere diversamente una questione già sollevata”*³⁹¹.

Quanto agli effetti extraprocessuali, invece, le sentenze pregiudiziali sono efficaci anche al di fuori del giudizio principale essenzialmente per due motivi. In primo luogo, le sentenze interpretative, pur originando da una controversia determinata, hanno carattere di astrattezza, dunque portata dichiarativa, essendo volte a chiarire l'interpretazione delle disposizioni eurounitarie. Sì che le pronunce producono effetti *erga omnes* e, pertanto, hanno

³⁹⁰ Su valore ed effetti delle pronunce emesse in sede di rinvio pregiudiziale, si evidenzia R. CONTI, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Dalla pratica alla teoria*, Atti dell'incontro di studio tenutosi a Brescia il 21 settembre 2012 sul tema “Gli strumenti a disposizione del giudice nazionale per l'applicazione del diritto europeo” organizzato dal formatore decentrato per il diritto europeo del Distretto della Corte di appello di Brescia, in *QuestioneGiustiziaonline*, disponibile in <http://www.europeanrights.eu>. Più risalente il contributo di E. CALZOLAIO, *Il valore di precedente delle sentenze della Corte di giustizia*, in *Riv. critica di del diritto privato*, 2009, 1, 41-72, e cospicua bibliografia ivi richiamata.

³⁹¹ CGUE, sent. *Pretore di Salò*, 11 giugno 1987, C-14/86, pt. 12.

valore vincolante relativamente alle stesse disposizioni interpretate. In secondo luogo, uno degli obiettivi principali del rinvio pregiudiziale è quello di assicurare l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione Europea. Tale finalità sarebbe evidentemente frustrata se le pronunce della Corte spiegassero i propri effetti soltanto nel procedimento giurisdizionale da cui sono scaturite³⁹². Potrebbe tuttavia opinarsi diversamente nel caso di specie, giusta la natura di ordinanza in rito della pronuncia in esame. Nell'ordinamento interno, infatti, le pronunce “*a contenuto processuale*”, con tale intendendosi quelle che decidono una questione pregiudiziale di rito, hanno senz'altro efficacia vincolante all'interno del processo nel quale sono emesse. Più difficile dire se abbiano anche “*efficacia esterna*”, ovvero siano in grado di vincolare il giudice di un procedimento diverso³⁹³. In assenza di orientamenti contrari sul punto nella dimensione sovranazionale, allo stato, perlomeno ad avviso dello scrivente, le affermazioni ivi contenute ragionevolmente influiranno nell'ordinamento nazionale e i successivi interventi giurisdizionali che dovessero intervenire in argomento porranno mente a quanto statuito dalla Corte di Giustizia. All'uopo, è significativo in questa sede richiamare la conosciuta presa di posizione dell'Avvocato Generale Melchiot Watthet nella Causa C-383/13 PPU, ove si evidenzia che “*una violazione dell'art. 41 della Carta (...) non può essere regolarizzata semplicemente sulla base della possibilità di ricorrere in un secondo momento a un controllo giurisdizionale*”³⁹⁴.

³⁹² Cfr. art. 23 dello Statuto della Corte, secondo cui “gli Stati UE, la Commissione, il Consiglio, il Parlamento e la Banca Centrale hanno il diritto di presentare le proprie osservazioni nelle cause pregiudiziali”. Tale prerogativa, evidentemente, non può che rispondere alla natura vincolante della pronuncia una volta emessa, a ben vedere non soltanto per l'ordinamento giuridico nazionale del giudice a quo.

³⁹³ Per un inquadramento generale dell'istituto nel sistema del diritto processuale civile, si vedano A. ATTARDI, *In tema di questioni pregiudiziali e giudicato*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Cedam, I, 1973, p. 3 ss. dell'estratto; C. FERRI, *Sentenze a contenuto processuale e cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, p. 419 ss.; E. GARBAGNATI, voce *Questioni pregiudiziali (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, Giuffrè Francis Lefebvre, 1987, XXXVIII, p. 69 ss.; D.L. GARDANI, *Appunti in tema di questioni pregiudiziali nel processo civile*, in *Giur. it.*, UTET, 2000, I, 1982; I. GAZZI, *In tema di limiti oggettivi del giudicato* (nota a sent. Cass., Sez. III, 11 agosto 1997 n. 7548), in *Nuova giur. civ. commentata*, 1998, I, 655; E. T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2012; S. MENCHINI, *Il giudicato civile*, UTET, 2002, 264 ss.; G. Monteleone, *I Limiti soggettivi del giudicato civile*, Cedam, 1978, p. 84-91; A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1990, 386.

³⁹⁴ All'uopo, in chiosa, è significativo in questa sede richiamare la conosciuta presa di posizione dell'Avvocato Generale Melchiot Watthet nella Causa C-383/13 PPU, ove si evidenzia che “una violazione dell'art. 41 della Carta (...) non può essere regolarizzata semplicemente sulla base della possibilità di ricorrere in un secondo momento a un controllo giurisdizionale”. Non solo, dopo aver sottolineato che “in linea di principio, la tesi secondo cui l'audizione degli interessati non avrebbe potuto influenzare l'esito del procedimento (...) non può essere accolta, pena ledere la sostanza stessa dei diritti di difesa”, il medesimo ha concluso sostenendo che “alla luce della giurisprudenza della Corte (...) la violazione del diritto di essere sentiti non può che comportare l'annullamento

Come poco fa accennato, la giurisprudenza nazionale ha già avuto modo di interrogarsi circa la sussistenza di un obbligo di contraddittorio endoprocedimentale nella materia della documentazione antimafia, intesa nella sua più ampia accezione. Difatti, ancorché la locuzione sia immediatamente evocativa delle cd. interdittive antimafia, in qualità di provvedimenti autoritativi unilaterali, si è ricordato che tra gli strumenti con funzione di prevenzione e contrasto della criminalità organizzata mafiosa è contemplato anche il sistema pattizio delle misure antimafia³⁹⁵. Nel novero di questo è ricompresa, tra le altre, la figura delle *white list*, istituite presso ogni Prefettura, come introdotte dall'art. 1 co. 52 l. n. 190/2012 e disciplinate dal d.P.C.M. 18 aprile 2013. Il principio del giusto procedimento emerge nell'analisi di questo istituto perché l'iscrizione nell'elenco, pur volontaria, “*tiene luogo della comunicazione e dell'informazione antimafia liberatoria anche ai fini della stipula, approvazione o autorizzazione di contratti o subcontratti relativi ad attività diverse da quelle per le quali essa è stata disposta*” e conserva efficacia per dodici mesi. Il meccanismo operativo sotteso a questa figura, pertanto, non prevede alcuna forma di contraddittorio endoprocedimentale. Sul punto, recente giurisprudenza ha avuto modo di soffermarsi sul mancato rispetto del canone partecipativo enucleato dall'art. 10 *bis* l. n. 241/90, proponendo una lettura coerente con l'esigenza di garantire il diritto di difesa in sede procedimentale, specie considerando che il procedimento funzionale all'iscrizione è a impulso di parte³⁹⁶. All'esito del procedimento, tuttavia, se il Prefetto rigetta la richiesta di iscrizione, evidenzia quali siano gli elementi sintomatici dai quali trarre il rischio di permeabilità dell'impresa ad organizzazioni mafiose. Tale ipotesi costituisce una vera e propria interdittiva antimafia, i cui effetti per la vita dell'impresa non sono limitati alla semplice mancata iscrizione alla *white list*³⁹⁷. Diversa l'impostazione giurisprudenziale che si riscontra per i provvedimenti

delle decisioni controverse”. Cfr. Presa di posizione dell'Avv. Melchior Wathelet, presentate in data 23 agosto 2013, in causa C-383/13 *PPU, M.G., N.R. c. Saatssectetaris van Veiligheid en Justitie*, in www.curia.europa.eu.

³⁹⁵ Per un inquadramento generale sul tema, si veda, tra più, G. MARCHIANÒ, *White list, elenchi di merito e rating di legalità: semplificazione amministrativa?*, in *Munus. Rivista giuridica dei servizi pubblici*, Editoriale Scientifica, 2, 2013.

³⁹⁶ *Cons. giust. amm. reg. sic.*, sez. giur., 4 aprile 2018, n. 206 cit.

³⁹⁷ *Cons. Giust. Amm. Reg. Sic.*, sez. giur., ord. 10 luglio 2020, n. 569 *cit.* ha affermato che “una lettura costituzionalmente orientata e rispettosa dei principi eurolunitari, alla cui stregua si evince, rispettivamente, che il diritto al contraddittorio realizza l'inalienabile diritto di difesa del cittadino, presidiato dall'art. 24 Cost., e il buon andamento dell'Amministrazione, presidiato dall'art. 97 Cost. (...) “Il rispetto del diritto, per ogni persona, di essere sentita prima dell'adozione di qualsiasi decisione che possa incidere in modo negativo sui suoi interessi costituisce un principio fondamentale del diritto dell'Unione, sancito negli artt. 41, 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che garantiscono – rispettivamente- il diritto ad una buona amministrazione (cfr. art. 41, par.

interdittivi in senso proprio, come disciplinati all'art. 84 ss. D. Lgs. n. 159/2011. A riguardo, effettivamente, la giustizia amministrativa è orientata a ritenere legittima la pretermissione degli istituti partecipativi di cui alla l. n. 241/90, con particolare riferimento, evidentemente, all'art. 93 co. 7 cit.³⁹⁸

In argomento, ad avviso dello scrivente, particolarmente significative sono due recenti pronunce della Terza Sezione del Consiglio di Stato.

Nella prima, precisamente, il perno su cui ruota la legittima pretermissione delle garanzie procedurali nella materia antimafia è costituito dal successivo sindacato giurisdizionale sul provvedimento interdittivo prefettizio. Questo profilo, a ben vedere, sarà oggetto di specifica e puntuale disamina nel prosieguo del presente lavoro. In questa sede è comunque utile anticiparne qualche contenuto per meglio comprendere il rapporto con il contraddittorio endoprocedimentale. Tale sindacato giurisdizionale è ritenuto dal Consiglio di Stato *“pieno ed effettivo, in termini di full jurisdiction, anche secondo il diritto convenzionale, perché non solo investe, sul piano della c.d. tassatività sostanziale, l'esistenza di fatti indicatori di eventuale infiltrazione mafiosa, posti dall'autorità prefettizia a base del provvedimento interdittivo, ma sindacava anche, sul piano della c.d. tassatività processuale, la prognosi inferenziale circa la permeabilità mafiosa dell'impresa, nell'accezione, nuova e moderna, di una discrezionalità amministrativa declinata in questa delicata materia sotto l'aspetto del ragionamento probabilistico compiuto dall'amministrazione”*³⁹⁹. Sul punto, si nota che la pronuncia rievoca l'impostazione dottrinale della cd. *“teoria del prestito”*, elaborata nella materia delle sanzioni amministrative e tale per cui il potere sanzionatorio esercitato dalla P.A. altro non sarebbe che prestato dalla funzione giurisdizionale, cui la

2, il quale prevede che tale diritto comporta, in particolare, il diritto di ogni individuo di essere ascoltato prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale lesivo), il rispetto dei diritti della difesa nonché il diritto ad un processo equo in qualsiasi procedimento giurisdizionale. (...) Nel caso specifico, la violazione dell'art. 10-bis è rilevante perché molti fatti posti a fondamento della informativa sono contestati con argomenti non implausibili prima facie e che avrebbero dovuto costituire oggetto di dettagliata verifica in sede di contraddittorio procedimentale”; contra, Cons. Stato, sez. III, 20 settembre 2016, n. 3913.

³⁹⁸ Cons. Stato, sez. III, 6 maggio 2020, n. 2854; conf. Cons. St., sez. III, sent. 5 settembre 2019, n. 6105. In Cons. Stato, sez. III, 30 gennaio 2019, n. 758 si legge che “L'audizione del soggetto interessato e l'invito a fornire informazioni o documenti presuppongono una valutazione discrezionale dell'autorità [...] in ordine all'utilità di detto contraddittorio procedimentale in seno ad un procedimento informato da speditezza, riservatezza ed urgenza, per evidenti ragioni di ordine pubblico”.

³⁹⁹ In termini, Cons. St., sez. III, sent. 06 maggio 2020, n. 2854.

potestà sanzionatoria è sostanzialmente connaturata⁴⁰⁰. Non solo, la parte motiva della sentenza citata menziona espressamente il concetto di “*full jurisdiction*”, nozione elaborata per significare un peculiare atteggiarsi del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti amministrativi caratterizzati da discrezionalità amministrativa di tipo tecnico, su cui, comunque, si tornerà debitamente in seguito. Il medesimo per il giudice amministrativo il potere di verificare i fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato, nonché estendere la cognizione anche ai profili di tipo tecnico. Soltanto laddove in questi ultimi siano coinvolte valutazioni opinabili il sindacato si restringe a un controllo di semplice ragionevolezza, logicità e coerenza motivazionale del provvedimento adottato, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello della Pubblica Amministrazione⁴⁰¹.

Nella seconda pronuncia citata, invece, il Collegio, richiamando la parte motiva della sentenza *Ispas*⁴⁰², ribadisce che “*il diritto al contraddittorio procedimentale e al rispetto dei diritti della difesa non è una prerogativa assoluta, ma può soggiacere a restrizioni, a condizione che queste rispondano effettivamente a obiettivi di interesse generale perseguiti dalla misura in cui trattasi e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato e inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti garantiti*”⁴⁰³. Così opinando, allora, doppiamente legittima viene a ritenersi la deroga prevista nella materia della documentazione antimafia, dal momento che, da un lato, la tutela dell’ordine pubblico integra certamente interesse pubblico sovraordinato e, dall’altro, con l’art. 93, co. 7 D. Lgs. n. 159/2011 *cit.*, il legislatore comunque rimette il contraddittorio procedimentale alla prudente valutazione dell’autorità prefettizia, non escludendolo del tutto. Del resto, “*la discovery anticipata, già in sede procedimentale, di elementi o notizie contenuti in atti di indagine coperti da segreto investigativo o in informative riservate delle forze di polizia, spesso connessi ad inchieste della magistratura inquirente contro la criminalità organizzata e agli atti delle indagini preliminari,*

⁴⁰⁰ La prima e più compiuta dottrina di riferimento sul punto è costituita da R. GIOVAGNOLI, *Autorità Indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, Relazione tenuta al Convegno “*Le Autorità amministrative indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati*”, tenutosi presso la sede del Consiglio di Stato, il 28 febbraio 2013, 13.

⁴⁰¹ L’affermazione del cd. sindacato giurisdizionale intrinseco non sostitutivo è dovuta a cass. Civ. Sez. Un., 20 gennaio 2014, n. 1013. Per una ricostruzione organica sull’argomento, in dottrina R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2017, 332 ss.

⁴⁰² CGUE, sent. 9 novembre 2017, in C-298/16, *Ispas*, *cit.*

⁴⁰³ In argomento, R. RUPERTI, *Sul contraddittorio procedimentale in materia di informazioni antimafia*, in *Giur. It.*, 2020, 3.

potrebbe frustrare la finalità preventiva perseguita dalla legislazione antimafia". A livello sociologico, infatti, è noto che la previa conoscenza, anche in via solo potenziale, della probabile adozione del provvedimento antimafia potrebbe suscitare nelle consorterie criminali il ricorso a pratiche elusive funzionali a vanificare l'istruttoria prefettizia (*i.e.* sostituzioni degli organi sociali, nella rappresentanza legale della società nonché nella titolarità delle imprese individuali ovvero delle quote societarie)⁴⁰⁴.

Alla luce di quanto esposto, pare a chi scrive che la risposta fornita dalla Corte di Giustizia integri ben più che una semplice ordinanza di manifesta irricevibilità. Al di là della piena condivisibilità, da un punto di vista sistematico, dell'esigenza di preporre efficaci forme di contrasto alla criminalità organizzata mafiosa, sembra tuttavia discutibile la mancanza di un criterio di collegamento della materia con il diritto UE. Come noto, infatti, anche recentemente la stessa Corte di Giustizia è intervenuta, ancora una volta in seguito a rinvio pregiudiziale interpretativo *ex art.* 267 TFUE, sulla compatibilità della disciplina del subappalto con i principi proconcorrenziali euronitari⁴⁰⁵. Ivi, precisamente, i giudici di Lussemburgo hanno affermato che *"il contrasto al fenomeno dell'infiltrazione della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici costituisce un obiettivo che può giustificare una restrizione alle regole fondamentali e ai principi generali del TFUE che si applicano nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici"*. Del resto, la stessa Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea tutela espressamente, all'art. 16, la libertà d'impresa, affermando proprio che *"è riconosciuta libertà di impresa, conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali"*.

Ecco che, allora, la risposta della Corte di Giustizia, unitamente all'orientamento giurisprudenziale prevalente di cui finora si è cercato di illustrare le caratteristiche principali, rende pressoché recessivo il disposto di cui all'art. 1 l. n. 241/90 cit. secondo cui, come noto, *"l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge (...) secondo le modalità previste"*, tra gli altri, proprio *"dai principi dell'ordinamento comunitario"*. L'innovazione introdotta all'art. 1 cit. con la Legge 11 febbraio 2005, n. 15 recante *"Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa"*,

⁴⁰⁴ Cons. Stato, sez. III, 31 gennaio 2020, n. 820 cit. Sul decalogo delle fattispecie di una possibile ingerenza mafiosa ai fini dell'emissione dell'informazione interdittiva, tra più, si segnala la nota pronuncia Cons. Stato, sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743, 1082.

⁴⁰⁵ Corte di Giustizia Europea del 26 settembre 2019, causa C-63/19.

nell'ampliare, appunto, il catalogo dei principi generali a presidio dell'attività amministrativa, secondo una certa impostazione non avrebbe semplicemente posto l'attenzione sull'intera attività amministrativa ma avrebbe altresì rivelato il progressivo consolidarsi della base costituzionale del giusto procedimento⁴⁰⁶. Grazie all'espressa positivizzazione di tali innovativi principi, infatti, v'è chi ritiene che si sarebbe innescato un processo di "adattamento circolare"⁴⁰⁷ influente sulla stessa interpretazione della Costituzione e comportante il superamento della impostazione per cui "*consentire, o meno, la partecipazione dei soggetti interessati al procedimento amministrativo (era) una scelta del tutto rimessa alla discrezionalità del legislatore ordinario*"⁴⁰⁸.

E proprio il legislatore ordinario, seppur in sede di conversione alla decretazione di urgenza, ha provveduto a recuperare il contraddittorio endoprocedimentale mancato, modificando l'art. 92 Codice Antimafia. Il riferimento è al d.l. 6 novembre 2021, n. 152, "*Disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per la prevenzione delle infiltrazioni mafiose*", convertito, con modificazioni, in Legge 29 dicembre 2021, n. 233, già noto a chi legge perché oggetto di disamina nel corso del Capitolo I. Ebbene, oltre alle modifiche operate in punto di misure di cd. prevenzione collaborativa, il cd. "*decreto Recovery*" ha introdotto un nuovo comma 2 *bis* all'art. 92 Codice Antimafia, dedicato, come espressamente indica la rubrica dell'art. 48 d.l. n. 152/2021 *cit.*, al "*Contraddittorio nel procedimento di rilascio dell'interdittiva antimafia*". Capovolgendo la scelta del legislatore delegato del 2011, oggi l'art. 92 *cit.* prevede che laddove il prefetto ritenga sussistenti i presupposti per l'adozione dell'informazione antimafia interdittiva "*e non ricorrano particolari esigenze di celerità del procedimento*", ne dia tempestiva comunicazione

⁴⁰⁶ A. SANDULLI, *Procedimento (voce)*, in M. CLARICH, G. FONDERICO (a cura di), *Dizionario di diritto amministrativo*, Il Sole 24 Ore, 2007, 515. Il concetto è ripreso da G. CARLOTTI, *La partecipazione procedimentale: Feliciano Benvenuti e la riforma della legge n. 241 del 1990*, Relazione svolta il 23 aprile 2008 al convegno organizzato dal Consiglio di Stato in memoria di Feliciano Benvenuti, pubblicata in <http://www.giustizia-amministrativa.it>. Sui rapporti tra procedimento amministrativo e Costituzione, si vd. anche R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, *cit.*, 470-472 che, nel ripercorrere l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale intervenuta, escludono la rilevanza costituzionale del giusto procedimento. Nella giurisprudenza nazionale, si ricordano, tra più, Corte Cost., sent. n. 309/1990, Corte Cost. n. 104/2006 e, da ultimo, Corte Cost., sent. n. 71/2015.

⁴⁰⁷ Il rapporto tra modifiche legislative e riverberi in punto di interpretazione costituzionale è studiato da G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in AA.V.V., *Diritto Amministrativo*, a cura di L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.C. COCA, Monduzzo, 2005, I, 638-639.

⁴⁰⁸ D. VAIANO, *Preavviso di rigetto e principio del contraddittorio nel procedimento amministrativo*, in *Le riforme della l. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, a cura di R. PREFETTI, Cedam, 2008, 54.

al soggetto interessato, indicando gli elementi sintomatici dei tentativi di infiltrazione mafiosa. Medesime modalità e condizioni per la comunicazione sono previste, altresì, per l'ipotesi in cui il prefetto ritenga doversi procedere per l'applicazione delle misure di prevenzione collaborativa *ex art. 94 bis cit.*, prima illustrate. La comunicazione in discorso, che ricorda ora il meccanismo di cui all'art. 10 *bis* l. n. 241/90, ora quello di cui all'art. 7 l. n. 241/90, contiene il termine, non superiore a venti giorni, entro cui il destinatario dell'atto può presentare osservazioni scritte, anche corredate da documenti, oltre che chiedere di essere ammesso all'audizione personale, da effettuare secondo le modalità e condizioni previste dall'art. 93 co. 7, 8 e 9, di cui sopra si è parlato. A questa nuova regola generale corrispondono due ordini di eccezioni, quali la ricorrenza di "*particolari esigenze di celerità del procedimento*" e la "*tutela di informazioni che, se disvelate, siano suscettibili di pregiudicare procedimenti amministrativi o attività processuali in corso, ovvero l'esito di altri procedimenti amministrativi finalizzati alla prevenzione delle infiltrazioni mafiose*". Tali informazioni, del resto, non possono essere neppure oggetto della comunicazione di cui all'art. 48 *cit.*, alla stregua della sussistenza di particolari ragioni di celerità del procedimento, che ne escludono l'operatività. Dal punto di vista procedurale, proprio come accade nell'art. 10 *bis* l. 241/90, la comunicazione, dal momento della sua "*data di invio*", sospende il termine di conclusione del procedimento di cui all'art. 92 co. 2 *cit.* e la parentesi del contraddittorio subprocedimentale deve concludersi, per espressa previsione normativa, entro sessanta giorni dalla data di ricezione della comunicazione. Si è detto poc'anzi che la formulazione dell'art. 48 *cit.* ricorda ora l'art. 7 ora l'art. 10 *bis* l. n. 241/90. Della comunicazione di avvio, precisamente, il legislatore riprende almeno due aspetti. Si fa riferimento, in primo luogo, all'insussistenza di "*ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento*" e, in secondo luogo, all'applicabilità anche ai procedimenti a iniziativa d'ufficio come, evidentemente, il procedimento di verifica antimafia, almeno ogni qualvolta si intenda per parte istante l'operatore economico che sarà poi destinatario degli effetti del provvedimento prefettizio.

Come noto, il destinatario della comunicazione di avvio del procedimento diviene titolare di una serie di prerogative, delineate all'art. 10 l. n. 241/90, come il diritto di prendere visione degli atti del procedimento e quello di presentare memorie scritte e documenti che, come prima ricordato, "*l'amministrazione ha l'obbligo di valutare ove siano pertinenti*

all'oggetto del procedimento". Rispetto all'art. 10 *bis* cit., invece, la comunicazione di cui all'art. 48 cit. condivide la sussistenza di un termine entro cui il privato ha il diritto di presentare per iscritto osservazioni al preavviso di diniego, anche corredate da documenti, nonché l'idoneità della comunicazione a sospendere i termini di conclusione procedimentali. Ed effettivamente il parallelismo tra la comunicazione *ex art. 48* cit. e il cd. preavviso di diniego è coltivabile nella misura in cui entrambe dette determinazioni sono "incidenti" procedimentali. Come il preavviso di diniego, infatti, anche la comunicazione di cui all'art. 48 cit. è eventuale, e possibile solo ove il prefetto riscontri quegli "*elementi sintomatici dei tentativi di infiltrazione mafiosa*" che possono portare all'adozione di un provvedimento sfavorevole per il privato destinatario degli effetti dell'azione amministrativa.

Un aspetto meritevole di essere attenzionato è quello dell'effetto che il contributo partecipativo del privato sul provvedimento finale. Come noto, secondo l'art. 10 *bis* cit., del mancato accoglimento delle osservazioni "*il responsabile del procedimento o l'autorità competente sono tenuti a dare ragione nella motivazione del provvedimento finale di diniego indicando, se ve ne sono, i soli motivi ostativi ulteriori che sono conseguenza delle osservazioni*". Ora, a livello tecnico-giuridico, il provvedimento antimafia interdittivo, proprio perché tale, non è un provvedimento di diniego in senso stretto e, altrettanto, non accede a un procedimento avviato a istanza di parte (*rectius*, a istanza del destinatario degli effetti dell'azione amministrativa). Senonché, dal punto di vista sistematico, il contenuto interdittivo-inibitorio del provvedimento antimafia, unitamente al suo carattere discrezionale, fa desumere la necessità che nella sua parte motiva siano enucleate le ragioni per cui le osservazioni e i documenti prodotti dal privato non possano valere ad escludere il rilascio di un'informativa antimafia liberatoria. Sì che, sia per il caso in cui il prefetto si determini all'emanazione di un provvedimento interdittivo, sia per l'ipotesi in cui vengano riscontrate situazioni di agevolazione occasionale meritevoli di essere destinatarie di misure di prevenzione collaborativa *ex art. 94 bis* Cod. Antimafia, si ritiene che la motivazione del provvedimento debba espressamente dare conto dell'apporto partecipativo fornito dall'operatore economico e della valutazione che di tale apporto ha svolto la prefettura.

Proseguendo nella disamina della disposizione, si evidenzia che il lasso temporale che intercorre tra la ricezione della comunicazione di cui all'art. 92 co. 2 *bis* cit. e la conclusione della procedura in contraddittorio, pur sospendendo i termini di conclusione del

procedimento di verifica antimafia, è preso in considerazione dall'ordinamento anche ad altri fini. Ove intervengano alcune circostanze in via di fatto quali, specificamente, *“il cambiamento di sede, di denominazione, della ragione o dell'oggetto sociale, della composizione degli organi di amministrazione, direzione e vigilanza, la sostituzione degli organi sociali, della rappresentanza legale della società nonché della titolarità delle imprese individuali ovvero delle quote societarie, il compimento di fusioni o altre trasformazioni o comunque qualsiasi variazione dell'assetto sociale, organizzativo, gestionale e patrimoniale delle società e imprese interessate dai tentativi di infiltrazione mafiosa”*, è in facoltà del prefetto farne oggetto di valutazione ai fini dell'adozione del provvedimento interdittivo antimafia. La norma, evidentemente, si preoccupa di stigmatizzare alcune condotte suscettibili di essere poste in essere proprio con finalità elusiva della normativa antimafia. Di questo dà conferma la stessa formulazione letterale della disposizione appena riportata, dal momento che tali condotte rilevano proprio e all'esclusivo fine di rilasciare un provvedimento interdittivo e non uno liberatorio.

Al termine della procedura in contraddittorio, il procedimento conosce un esito tetravalente, delineato dal legislatore secondo un gradiente di gravità crescente. In primo luogo, può darsi l'ipotesi per cui il contributo difensivo offerto dall'operatore economico interessato effettivamente conduca l'autorità prefettizia a emettere un provvedimento liberatorio, giusta l'esclusione di ogni forma di pericolo di infiltrazione mafiosa nell'impresa. Laddove, invece, risultino confermati elementi sintomatici di tentativi di infiltrazione mafiosa riconducibili a *“situazioni di agevolazione occasionale”*, il prefetto dispone una o più misure di prevenzione collaborativa *ex art. 94 bis* D. Lgs. n. 159/2011, dandone comunicazione all'interessato entro cinque giorni, secondo le modalità stabilite dall'art. 76 co. 6 Codice Contratti Pubblici. Diversamente, con eguali modalità comunicative, il prefetto adotta un'informativa interdittiva antimafia e provvede a verificare la sussistenza dei presupposti per l'applicazione delle misure contenute all'art. 32 co. 10 d.l. 90/2014, informandone, in caso positivo, il presidente di A.N.A.C.

Come si è cercato di evidenziare nel corso del Capitolo I, le misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio delle imprese contemplate all'art. 32 d.l. 90/2014 sono più pervasive di quelle previste all'art. 94 *bis cit.* ed esulano certamente dalla semplice *“vigilanza prescrittiva”*. Il rinvio disposto dall'art. 48 co. 2 *ter* lett. b) d.l. n. 152/2021 all'art. 32 co. 10 d.l.

90/2014, tuttavia, non sembra aggiungere un elemento di reale innovatività nell'ordinamento, dal momento che già quest'ultima disposizione prevede, per l'ipotesi di rilascio di informativa antimafia interdittiva, l'adozione delle misure *ex art. 32 co. 10 cit.* se sussiste “*l'urgente necessità di assicurare il completamento dell'esecuzione del contratto ovvero dell'accordo contrattuale, ovvero la sua prosecuzione 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*”. L'unica possibile interferenza normativa tra le due disposizioni risiede nel fatto che mentre secondo l'art. 32 co. 10 *cit.* è il prefetto a disporre le misure ivi contemplate, informandone poi il Presidente di A.N.A.C., a mente dell'art. 48 co. 2 *terlett. b)* d.l. n. 152/2021 *cit.* il prefetto, una volta rilasciato il provvedimento interdittivo antimafia, è tenuto soltanto a informare il Presidente di A.N.A.C. ove riscontri le condizioni di cui all'art. 32 co. 10 *cit.*

Detto altrimenti, la formulazione letterale della disposizione in discorso non legittima il prefetto ad adottare autonomamente le misure che l'art. 32 co. 10 *cit.*, invece, consentiva, e tuttora consente, di adottare. Ed è proprio la concomitante vigenza delle due disposizioni che sembra profilare un'antinomia, lasciando all'interprete il compito di sciogliere il nodo interpretativo che si pone. Sfruttando il tenore letterale delle disposizioni in discorso, una possibile esegesi riposa nel precludere al prefetto di procedere all'adozione delle misure di straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio ove l'impresa abbia acceduto al meccanismo del contraddittorio endoprocedimentale *ex art. 48 cit.*, potendo, in tal caso, soltanto informare A.N.A.C. della sussistenza delle condizioni per accedere a tali misure. Tale soluzione, potrebbe non cogliere nel segno, dal momento che sembrerebbe apparentemente privo di sostegno logico e sistematico escludere per la prefettura la possibilità di disporre autonomamente le misure di cui all'art. 32 co. 10 *cit.* solo perché risulta “fallito” l'apporto partecipativo del privato nell'escludere i tentativi di infiltrazione mafiosa. Del tutto peregrina o, quantomeno, residuale, difatti, è, per l'operare del principio del *nemo tenetur edere contra se*, l'ipotesi in cui l'operatore economico che accede al contraddittorio procedimentale fornisca elementi a supporto della sussistenza dell'infiltrazione. D'altra parte, è certamente ragionevole mantenere la legittimazione prefettizia ad adottare le misure *ex art. 32 co. 10 cit.* informando *a posteriori* il Presidente di A.N.A.C. in caso di particolari esigenze di celerità del procedimento. Esse, effettivamente, integrano per ciò solo quei requisiti di “*urgente necessità*

di assicurare il completamento dell'esecuzione del contratto ovvero dell'accordo contrattuale, ovvero la sua prosecuzione 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" prescritti dal co. 10 dell'art. 32 cit.

Ecco che, allora, si spiega la ragionevolezza della mancata competenza prefettizia ad adottare le misure straordinarie di sostegno e monitoraggio ove si ammetta l'operatore economico al contraddittorio endoprocedimentale. Proprio perché intanto questo frammento subprocedimentale è possibile in quanto non vi siano particolari esigenze di celerità del procedimento, altrettanto si giustifica l'ulteriore dilazione temporale legata al meccanismo della previa rimessione ad A.N.A.C. per l'adozione delle misure contemplate all'art. 32 co. 10 cit. La possibilità di procedere al contraddittorio che, si ricorda, sospende dei termini di conclusione del procedimento di verifica antimafia, includerebbe l'insussistenza di quei requisiti di "*urgente necessità*" che legittimano il prefetto ad adottare autonomamente le misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio, rimettendone l'applicazione alle determinazioni di A.N.A.C.

Fornita così una possibile soluzione interpretativa al potenziale difetto di coordinamento tra la formulazione dell'art. 32 co. 10 e l'art. 48 d.l. n. 152/2021 cit., giusta la loro sincronica vigenza, possiamo concludere nel senso che la riforma del 2021 ha essenzialmente colmato le critiche che una parte degli operatori economici e giuridici muovevano al procedimento prefettizio di verifica antimafia, procedendo così a smorzare le frizioni da più lamentate rispetto al principio di legalità. Lo studio della latitudine applicativa di questo principio occuperà l'ultimo capitolo del lavoro ma, in questa sede, già ci è possibile fornire qualche spunto conclusivo. All'uopo, imprescindibile è il rinvio al concetto di legalità procedimentale, nell'accezione maturata in dottrina e giurisprudenza in riferimento ai poteri regolatori delle Autorità Amministrative Indipendenti⁴⁰⁹. Come noto, il *deficit* di legalità sostanziale delle norme attributive del potere amministrativo necessita, secondo l'interpretazione consolidata della giurisprudenza amministrativa intervenuta sul punto, di essere compensato da un rafforzamento delle garanzie del contraddittorio in seno al

⁴⁰⁹ In argomento, per un recente contributo, vd. S. FOÀ, La tendenziale indipendenza delle autorità di regolazione rispetto al Governo, in *Federalismi.it*, 2020; più risalente, S. CASSESE, *Negoiazione e trasparenza nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Giappichelli, 1999, p. 42.

procedimento amministrativo⁴¹⁰. Il rapporto di proporzionalità inversa tra legalità sostanziale e legalità procedimentale consente, ove soddisfatto, di recuperare la legittimità di forme di potere amministrativo ritenute viziato da violazioni del principio di legalità dell'azione della P.A., in parte così risolvendo le questioni germogliate attorno al dibattito (anche) sulla natura giuridica dei provvedimenti interdittivi antimafia. Come si vedrà nel corso del Capitolo IV, ove venga data prevalenza alla natura amministrativa dei provvedimenti interdittivi antimafia e non sostanzialmente penale, il problema della scarsa legalità sostanziale dei presupposti per l'adozione dell'interdittiva antimafia generica è recuperato dalla maggior legalità procedimentale garantita dal frammento procedimentale del contraddittorio delineato dall'art. 92 co. 2 bis Codice Antimafia.

In chiosa, ci sia consentito di svolgere qualche breve riflessione, cercando di chiudere il cerchio con quanto riportato in *incipit* al presente paragrafo. Sembrano tuttora attuali, infatti, le riflessioni svolte dal medesimo Feliciano Benvenuti più di mezzo secolo fa ove il medesimo evidenzia la mancanza nell'ordinamento interno di regole in grado di garantire un'effettiva partecipazione dei cittadini al procedimento. Più in particolare, Benvenuti denunciava la difficoltà di tutti i soggetti portatori di interessi diversi da quello perseguito dalla Pubblica Amministrazione di prendere parte alla formazione del provvedimento finale e “collaborare” preventivamente alla decisione amministrativa. Carenza, questa, ritenuta dal medesimo non compensata, né, probabilmente, compensabile pienamente, dall'esistenza di pur estese forme di tutela giurisdizionale, comunque azionabili, fisiologicamente, soltanto successivamente all'adozione dell'atto amministrativo. Del resto, nel processo, a differenza che nel procedimento, tutti i diversi soggetti coinvolti nell'esercizio della funzione giurisdizionale, che ha come epilogo la redazione di decreto, di un'ordinanza, ovvero di una sentenza, perseguono un interesse sostanziale diverso da quello da quello dell'autorità giurisdizionale⁴¹¹. Come ha rilevato una dottrina nel riportare il pensiero del Benvenuti, “*in*

⁴¹⁰ In giurisprudenza, già Cons. St., Sez. VI, 11 aprile 2006, n. 2007. In particolare, cfr. la nota di S. SCREPANTI, *La partecipazione ai procedimenti regolatori delle Autorità indipendenti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 377 ss.

⁴¹¹ G. CARLOTTI, *La partecipazione procedimentale: Feliciano Benvenuti e la riforma della legge n. 241 del 1990*, cit. Si vd. in argomento anche V. CAIANIELLO, *Rapporti tra procedimento amministrativo e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 241; F. FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo (dal processo al procedimento con pluralità di parti)*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997; R. VILLATA, *Riflessioni in tema di partecipazione al procedimento e legittimazione processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 171.

questa concezione, quasi visionaria per l'epoca in cui fu prospettata, la partecipazione procedimentale era dunque concepita da Benvenuti come indispensabile garanzia di "giustizia" della decisione, ma anche come strumento di promozione civica e sociale, giacché "la collaborazione del cittadino alla funzione amministrativa non può non essere riconoscimento della sua individuale responsabilità e, perciò, nella Società, della sua dignità"⁴¹².

3. TERMINI DI RILASCIO E TERMINI DI EFFICACIA DELLA DOCUMENTAZIONE ANTIMAFIA.

Come poco prima anticipato (cfr. *supra sub* par. 1 del presente capitolo), la disciplina dell'efficacia del provvedimento prefettizio antimafia, sia esso interdittivo ovvero liberatorio, suscita un groviglio di problemi interpretativi che supera la semplicità e apparente esaustività del dato normativo. Ora, prima di dedicarsi approfonditamente all'argomento, occorre concentrare l'attenzione su un profilo contiguo, invero, meno problematico, quale il termine di conclusione del procedimento di verifica antimafia. Sul punto, tuttavia, ancora una volta il legislatore immagina una certa semplificazione procedimentale, tramite il meccanismo procedimentale della consultazione della Banca Dati Unica Nazionale Antimafia istituita all'art. 96 D. Lgs. n. 159/2011 e disciplinata dal regolamento approvato con D.P.C.M. n. 193/2014, cui prima si è fatto riferimento (cfr. Capitolo II).

La materia dei termini per il rilascio dei provvedimenti antimafia risulta, almeno sul piano formale, bipartita, dal momento che il legislatore dedica due disposizioni distinte a seconda che si tratti di comunicazione ovvero di informativa, rispettivamente agli artt. 88 e 92 D. Lgs. n. 159/2011. Sul punto, può essere utile ricordare che non spetta alla Pubblica Amministrazione precedente qualificare la tipologia di verifica antimafia da effettuare sul soggetto per cui viene richiesta, essendo, piuttosto, e a seconda dei casi, la Banca Dati Unica Nazionale Antimafia, una volta interrogata, oppure la prefettura competente, a emettere il relativo provvedimento a seconda dell'inveramento delle soglie di valore e tipologie procedurali previste agli artt. 83 e 91 *cit.* Codice Antimafia. Sia che si tratti di comunicazione, sia che si tratti di informazione antimafia, il Codice Antimafia prevede che il

⁴¹²G. CARLOTTI, *La partecipazione procedimentale: Feliciano Benvenuti e la riforma della legge n. 241 del 1990*, cit.

rilascio del provvedimento antimafia liberatorio sia immediatamente conseguente alla consultazione della banca dati proprio se non emerge, a carico dei soggetti ivi censiti, la sussistenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'art. 67 D. Lgs. n. 159/2011 ovvero, nel caso dell'informativa, fatto salvo quanto prescritto dall'art. 89 *bis* cit., di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'art. 84 co. 4 cit. Laddove, invece, dalla medesima attività di consultazione emerga la sussistenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto o di un tentativo di infiltrazione mafiosa, non si ha immediato rilascio del provvedimento interdittivo ma si assiste a un aggravamento procedimentale, solo parzialmente omogeneo tra comunicazione e informazione. In questo caso, infatti, il prefetto è tenuto a disporre “*le necessarie verifiche*” e a concludere il procedimento con provvedimento espresso entro trenta giorni dalla data della consultazione.

Nel caso della comunicazione, precisamente, tali verifiche consistono nell'accertare la corrispondenza dei motivi ostativi emersi dalla consultazione della BDNA alla “situazione aggiornata del soggetto sottoposto agli accertamenti” (vd. art. 88 co. 2 *cit.*).

Nell'ipotesi dell'informativa, invece, alla componente di verifica e comprova della sussistenza di cause di decadenza, sospensione ovvero divieto di cui all'art. 67 Cod. Antimafia si aggiunge quella pertinente la sussistenza del pericolo di infiltrazione mafiosa che, come immaginabile, richiede un'istruttoria ben più articolata. Per questa ragione, l'art. 92, co. 2, I cpv. cit. prevede che qualora le verifiche disposte siano di particolare complessità, il termine di conclusione procedimentale si dilati ulteriormente, arrivando fino ai quarantacinque giorni successivi alla comunicazione da parte della Prefettura all'Amministrazione interessata relativamente alla necessità di procedere a tali verifiche.

Il termine finale di conclusione del procedimento di verifica antimafia, pertanto, nel caso delle informative può estendersi fino a settantacinque giorni dalla data di consultazione della Banca Dati Unica Nazionale Antimafia da parte dell'Amministrazione richiedente. Tale possibilità è assai ricorrente nella prassi, specie se si pone mente al caso in cui il soggetto destinatario della verifica antimafia non risulti censito nella BDNA, tanto che il legislatore del 2014 (art. 3 co. 1 lett. b) D. Lgs. n. 153 del 2014) ha espressamente disposto in questo senso nel prevedere, al co. 2 dell'art. 92 *cit.*, che “*Il prefetto procede con le stesse modalità quando la consultazione della banca dati nazionale unica è eseguita per un soggetto che risulti non censito*”, facendo il paio con la previsione del primo comma, nella parte in cui si menziona la

possibilità di rilascio provvedimento immediato proprio e soltanto a carico dei “*soggetti ivi censiti*”.

L'evenienza del soggetto non censito riceve, invece, un trattamento diverso in caso di rilascio di comunicazione antimafia, dal momento che l'art. 88 *cit.*, al comma 4, scandisce un termine di conclusione procedimentale inferiore, pari a complessivi trenta giorni. Proprio perché la verifica antimafia ben può essere caratterizzata da elevata complessità istruttoria, il legislatore accorda alcune deroghe per evitare che la dilatazione temporale del procedimento prefettizio nuoccia alle esigenze sottese al procedimento avviato dall'Amministrazione richiedente la verifica. In ottica di contemperamento tra interessi pubblici parimenti meritevoli di tutela, è consentito a quest'ultima di procedere indipendentemente dal rilascio dell'informativa prefettizia ove sussistano ragioni di urgenza ovvero, anche a prescindere da queste, sia per l'ipotesi dell'informative che della comunicazione, se è decorso il termine dei trenta giorni dalla consultazione della BDNA (cfr. artt. 88 co. 4 *bis* e 92 co. 3 *cit.*). Soltanto per le comunicazioni antimafia, tuttavia, il legislatore prescinde dall'adozione del provvedimento prefettizio subordinandolo all'acquisizione dell'autocertificazione di cui all'art. 89 *cit.*, sul cui ambito applicativo ci si è soffermati nel corso del Capitolo II. Ove l'Amministrazione eserciti tale facoltà, le conseguenze sul procedimento “sottostante” non risultano sempre favorevoli all'operatore economico destinatario della verifica antimafia. Difatti, soltanto i contributi, i finanziamenti, le agevolazioni e le (altre) erogazioni menzionati all'art. 67 vengono corrisposti, sebbene sotto condizione risolutiva (artt. 88 co. 4 *bis* e 92, co. 3, I cpv. *cit.*), salvo che l'Amministrazione procedente decida di sospendere il versamento fino alla ricezione del provvedimento antimafia liberatorio (artt. 88 co. 4 *quater* e 92 co. 5 *cit.*). Per i provvedimenti *latu sensu* autorizzatori e concessori, invece, le medesime disposizioni appena citate obbligano alla revoca, come pure al recesso per i contratti, seppur facendo 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*”. Si nota, pertanto, come sia in caso di rilascio interdittivo successivo che in caso di “mancato” rilascio della verifica antimafia, le conseguenze siano eguali, ciò che è confermato, del resto, dal comma 4 *ter* dell'art. 88 e dal comma 4 dell'art. 92 *cit.*, nel disporre che la revoca e il recesso si applicano anche quando gli elementi relativi a tentativi di infiltrazione mafiosa ovvero le cause di

decadenza, sospensione o divieto di cui all'art. 67 cit. siano accertati successivamente alla stipula del contratto, alla concessione dei lavori o all'autorizzazione del subcontratto⁴¹³.

Sulla disciplina apprestata in argomento dal Codice Antimafia, oggi incide un recente intervento normativo che testimonia la reazione dell'ordinamento alle gravi ripercussioni, macro e micro-economiche, cagionate dall'emergenza epidemiologica da COVID-19. Con la Legge 11 settembre 2020, n.120 "*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, recante «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitali»*", (cd. *Decreto Semplificazioni*), il legislatore ha reso residuale l'applicazione degli artt. 88 e 92 cit. Ivi, infatti, l'art. 3, esclusivamente dedicato alle "*Verifiche antimafia e protocolli di legalità*" prevede che "*ricorre sempre il caso d'urgenza e si procede ai sensi dell'art. 92 co. 3 nei procedimenti avviati su istanza di parte, che hanno ad oggetto l'erogazione di benefici economici comunque denominati, erogazioni, contributi, sovvenzioni, finanziamenti, prestiti, agevolazioni e pagamenti da parte di pubbliche amministrazioni, qualora il rilascio della documentazione non sia immediatamente conseguente alla consultazione della banca dati di cui all'art. 96 Codice Antimafia*". A questo nuovo regime ordinario si abbina una previsione diversa per alcune tipologie di elargizioni economiche istituite proprio in conseguenza del singolare periodo storico in discorso. Il riferimento è composito e precisamente, rivolto agli artt. 1 bis e 13 del Decreto Legge 8 aprile 2020, n. 23, convertito, con modificazioni, dalla Legge 5 giugno 2020, n. 40, e agli artt. 25, 26 e 27 del Decreto Legge 19 maggio 2020, n. 34. Procedendo con ordine, nel Decreto Legge 8 aprile 2020, n. 23, che reca "*Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali*", all'art. 13 co. 5, è prevista la possibilità di accedere al Fondo di garanzia per le piccole e medie imprese di cui all'articolo 2, co. 100 lett. a) legge 23 dicembre 1996 n. 662, secondo un meccanismo risolutivamente condizionato analogo a quanto già previsto agli artt. 88 e 92 cit. Ciò che muta è, invero, il regime di "partenza" della verifica antimafia, dal momento che ogni richiesta di nuovo finanziamento, a prescindere dall'individuazione di specifici importi-soglia, è sempre corredata da una

⁴¹³ Non si attenzionano gli effetti, genetici ovvero successivi, del rilascio dei provvedimenti antimafia interdittivi, dal momento che sull'argomento ci si è soffermati debitamente nel corso dell'analisi del sistema della documentazione antimafia (sub Capitolo II).

dichiarazione sostitutiva omnicomprensiva, anche relativamente alle “*condizioni ostative*” previste dall’art. 67 D. Lgs. n. 159/2011 (cfr. art. 1 *bis* co. 1 lett. e) D.L. n. 23/2020 *cit.*). Altrettanto prevede il Decreto Legge 19 maggio 2020, n. 34, intitolato “*Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*” agli artt. 25, 26 e 27, rispettivamente dedicati alla previsione di un “*Contributo a fondo perduto*”, “*Rafforzamento patrimoniale delle imprese di medie dimensioni*”, “*Patrimonio destinato*”. Per quel che in questa sede interessa, merita evidenziare che dal combinato disposto dei commi 1 e 12 dell’art. 25 *cit.*, deriva che sono tenuti a rendere l’autocertificazione relativa all’insussistenza di cause di decadenza, sospensione e divieto di cui all’art. 67 D. Lgs. n. 159/2011 non soltanto i soggetti che svolgono attività di impresa ma, altresì, tutti i lavoratori autonomi e i titolari di reddito agrario, purché in possesso di partita IVA, che intendono accedere all’elargizione del contributo erogando. Esaurito questo rapido inciso sulle “*deroghe della deroga*” contemplata all’art. 3 Legge 11 settembre 2020, n.120, si registra che la disposizione in discorso disciplina diversamente le verifiche antimafia che accedono all’affidamento e all’esecuzione di contratti pubblici. In questa ipotesi, infatti, “*si procede mediante il rilascio della informativa liberatoria provvisoria, immediatamente conseguente alla consultazione della Banca dati nazionale unica della documentazione antimafia anche quando l’accertamento è eseguito per un soggetto che risulti non censito, “a condizione che non emergano nei confronti dei soggetti sottoposti alle verifiche antimafia le situazioni di cui agli artt. 67 e 84, co. 4, lettere a), b) e c) D. Lgs. n. 159/2011”.*

La c.d. informativa liberatoria provvisoria consente così di stipulare, approvare e autorizzare i contratti e subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture, “*sotto condizione risolutiva, ferme restando le ulteriori verifiche ai fini del rilascio della documentazione antimafia da completarsi entro sessanta giorni*”. Alla luce di quanto finora esposto, si comprende come la possibilità di prescindere, seppur temporaneamente, dalla conclusione delle verifiche antimafia prefettizie da deroga diviene regola, almeno fino al 30 giugno 2023, proprio al dichiarato fine di “*potenziare e semplificare il sistema delle verifiche antimafia per corrispondere con efficacia e celerità alle esigenze degli interventi di sostegno e rilancio del*

*sistema economico-produttivo conseguenti all'emergenza sanitaria globale del COVID-19*⁴¹⁴. Non solo. Il quinto comma dell'art. 3 *cit.* conferisce a una fonte secondaria, precisamente alla decretazione del Ministero dell'Interno, la possibilità di individuare “*ulteriori misure di semplificazione relativamente alla competenza delle Prefetture in materia di rilascio della documentazione antimafia ed ai connessi adempimenti*”.

Il meccanismo della deroga regolamentare alle verifiche antimafia, invero, era già stato sperimentato con il Decreto del Ministro dell'Interno del 15 luglio 2019 dedicato alle “*Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici*”, emanato per prevenire le infiltrazioni della criminalità organizzata nella realizzazione di lavori, servizi e forniture connessi alla completa messa in sicurezza dell'acquifero del Gran Sasso. Detto decreto è meritevole di essere citato anche perché è proprio qui che viene proposto, innovativamente, il congegno dell'informativa antimafia provvisoriamente liberatoria. L'art. 4 del decreto in commento descrive il rilascio della verifica antimafia, secondo un meccanismo in due fasi successive che ricalca, in maniera maggiormente analitica, quanto (sarà) successivamente tipizzato all'art. 3 L. n. 120/2020 *cit.*⁴¹⁵

⁴¹⁴ Si ricorda, per completezza, che il termine, originariamente fissato al 31 dicembre 2021, è stato differito al 30 giugno 2023 dall'art. 51, comma 1, lettera c), decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77 “*Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure*”.

⁴¹⁵ Si riporta, per completezza e maggior comprensibilità, il testo dell'art. 4 Decreto Ministero dell'Interno del 15 luglio 2019, secondo cui “1. Il rilascio dell'informazione antimafia si svolge secondo un procedimento articolato in due fasi: la prima, finalizzata all'emissione di una liberatoria provvisoria; la seconda, finalizzata all'emissione del provvedimento conclusivo del procedimento. 2. Il rilascio della liberatoria provvisoria è immediatamente conseguente alla consultazione della BDNA anche quando l'accertamento è eseguito per un soggetto che risulti non censito, se non emergono nei confronti della sua compagine proprietaria e gestionale le situazioni di cui agli articoli 67 e 84, comma 4, lettere a), b), c) del Codice antimafia. 3. La liberatoria provvisoria consente di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture di cui all'art. 1, ovvero di rilasciare o consentire i provvedimenti indicati nell'art. 67 del Codice antimafia, sotto condizione risolutiva e il Commissario straordinario, oppure il soggetto attuatore, revoca le autorizzazioni e le concessioni o recede 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, qualora il provvedimento conclusivo del procedimento sia interdittivo. 4. Qualora dai primi accertamenti emergano risultanze negative, il Prefetto avvia i necessari approfondimenti volti a verificare l'attualità delle iscrizioni nonché ad accertare i tentativi di infiltrazione mafiosa ai sensi delle lettere d), e), f) dell'art. 84, comma 4, del Codice antimafia. 5. All'esito dell'attività svolta ai sensi del comma 4, entro trenta giorni dalla data della consultazione, il Prefetto rilascia l'informazione antimafia liberatoria ove non risulti confermata l'attualità delle iscrizioni rilevate e non emergano tentativi di infiltrazione della criminalità organizzata. Il Prefetto emette l'informazione antimafia interdittiva ove risulti confermata l'esistenza anche di una sola delle situazioni automaticamente ostative di cui all'art. 67 del Codice antimafia, ovvero la sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa di cui all'art. 84, comma 4, del medesimo Codice. 6. In tutti i casi in cui sia stata rilasciata una informazione antimafia liberatoria provvisoria, il Prefetto procede agli adempimenti istruttori disposti nell'ambito dell'ordinario procedimento di verifica antimafia e

Delineato così il quadro normativo relativo ai termini di conclusione del procedimento prefettizio, si può passare al secondo profilo che assiste il percorso del presente paragrafo, dedicato, come prima anticipato, all'analisi dell'efficacia temporale della documentazione antimafia.

L'art. 86 comma 2 D. Lgs. n. 159/2011 dispone che *“l'informazione antimafia, acquisita dai soggetti di cui all'art. 83 co. 1 e 2, con le modalità di cui all'art. 92, ha una validità di dodici mesi dalla data dell'acquisizione (sei mesi per la comunicazione), salvo che non ricorrano le modificazioni di cui al comma 3”*.

Del pari, il successivo art. 91 D. Lgs. in parola, al co. 5, prevede che *“il prefetto, anche sulla documentata richiesta dell'interessato, aggiorna l'esito dell'informazione al venir meno delle circostanze rilevanti ai fini dell'accertamento dei tentativi di infiltrazione mafiosa”*. Pur nella loro brevità e sinteticità, il combinato disposto delle norme appena richiamate, ha posto, in giurisprudenza e in dottrina, plurimi e significativi problemi interpretativi anche, e soprattutto, dal punto di vista applicativo. Già solo in riferimento all'art. 86 co. 2 *cit.*, occorre rilevare, criticamente, che la formulazione letterale della disposizione dimostra una certa imprecisione rispetto alle pacifiche acquisizioni dogmatiche maturate dalla dottrina relativamente alla categoria della “validità”. Ancorché ci si muova nell'ambito del diritto amministrativo, ad avviso dello scrivente non può prescindersi dalla nozione e decodificazione del concetto civilistico della validità dell'atto giuridico, in questo non dissimile dal concetto di validità del provvedimento amministrativo. È noto, infatti, che il predicato della validità/invalidità dell'atto giuridico assume, dal punto di vista sistematico, un'accezione patologica, indicando, appunto, un difetto, normalmente genetico dell'atto medesimo, da cui può derivare la sua nullità ovvero la sua annullabilità. È bensì vero che nella disciplina della patologia del negozio giuridico prevista dal codice civile, la nullità assume il ruolo di regola generale, in contrapposizione all'annullabilità che si pone come forma di invalidità che si manifesta nelle ipotesi tassativamente previste dal legislatore.

Tale meccanismo risulta invece invertito nel diritto amministrativo, ove la regola per l'invalidità degli atti amministrativi è l'annullabilità, mentre la nullità, solo recentemente codificata (cfr. art. 21 *septies* L. 241/1990), viene in rilievo in ipotesi tassative predeterminate

conclude il procedimento emettendo il provvedimento definitivo, liberatorio o interdittivo, entro trenta giorni dalla data della consultazione”.

ex lege. Diversamente occorre opinare rispetto al concetto di efficacia e inefficacia dell'atto giuridico. Nel diritto civile, ma non si vedono ragioni per non estendere tale esegesi anche nel diritto amministrativo, l'efficacia/inefficacia è una categoria dogmatica trasversale, neutra e spuria, suscettibile, in quanto tale, di divenire indistinto attributo sia della validità che dell'invalidità dell'atto. Nessuno dubita, infatti, che possano darsi casi di atti invalidi e inefficaci, di atti invalidi ma efficaci, come pure di atti validi pur inefficaci. A conferma di ciò, si riporta qualche semplice esempio. Ipotesi di scuola per l'atto invalido e inefficace è costituita dall'atto nullo, caratterizzato, per volontà dell'ordinamento e in disparte dal problema della portata a esecuzione materiale, da inefficacia, quantomeno giuridica, originaria. Atto invalido ma efficace è, invece, l'atto annullabile, che resta (provvisoriamente) efficace e, anzi, suscettibile di consolidarsi negli effetti ove non impugnato nei termini prescritti dalla legge, per esigenze di certezza del diritto e delle situazioni giuridiche soggettive. Ultima "combinazione" possibile è quella dell'atto valido ma inefficace, rispetto al quale costituisce esempio calzante l'atto sottoposto a condizione, legale o per volontà dell'autonomia negoziale.

In virtù di questa premessa, si comprende come mai autorevole dottrina civilistica distingua diversi binomi di inefficacia, temporanea e definitiva, originaria e sopravvenuta, assoluta e relativa, in senso lato e in senso stretto. Per quel che ai nostri fini rileva, occorre soffermarsi brevemente su quest'ultime due forme. Per efficacia in senso lato, precisamente, si intende un peculiare modo d'essere dell'atto giuridico, che accomuna, a livello meramente descrittivo, tutti i casi di mancata produzione di effetti giuridici dell'atto. L'inefficacia in senso stretto, invece, integra una categoria autonoma, distinta dal concetto "patologico" della invalidità perché l'atto giuridico intanto è contraddistinto da inefficacia in senso stretto in quanto risulta valido per l'ordinamento giuridico, pur essendo, appunto, improduttivo di effetti. Ontologicamente, allora la validità e l'invalidità sono predicati dell'atto, esito di un giudizio di conformità o non conformità (e quest'ultima sanzionata) alle disposizioni di legge. L'efficacia e l'inefficacia attengono, invece, all'idoneità dello stesso, valido o invalido che sia, a produrre (in tutto o in parte) gli effetti giuridici che gli sono propri. Ebbene, in virtù di quanto finora premesso, si comprende come sia impropria la formulazione dell'art. 86 co. 2 D. Lgs. n. 159/2011 nel fare riferimento alla "validità" temporale del provvedimento prefettizio antimafia, dal momento che tale disposizione non allude a nessuna patologia del provvedimento amministrativo antimafia quanto, piuttosto, al suo naturale e fisiologico

atteggiarsi nella realtà giuridica e materiale. Di qui la necessità di obliterare l'etichetta formale utilizzata dal legislatore a vantaggio di una qualificazione sostanziale del precetto in termini di efficacia. Superato tale ostacolo interpretativo, occorre passare al successivo interrogativo che la disposizione in discorso pone.

Secondo una prima lettura, il decorso del termine annuale, ovvero semestrale, determinerebbe non solo l'inefficacia dell'informativa ma, altresì ed eventualmente, l'inefficacia di ogni successiva informativa che sulla prima si fondi. A voler interpretare diversamente, muovendosi in senso speculare, la formulazione dell'art. 86 cit. sta a significare che il decorso del termine indicato nella norma non esaurisce l'efficacia del provvedimento emesso né, ciò che più conta, la rilevanza sintomatica degli elementi posti a base dell'informativa antimafia.

Sì che, secondo questo orientamento, risulta legittima l'adozione di un successivo atto anche solo ricognitivo delle risultanze istruttorie già acquisite e meramente recettivo degli elementi di quegli elementi di fatto già accertati nel (precedente) provvedimento interdittivo antimafia non più efficace. L'impatto di tale soluzione interpretativa si rinviene in misura maggiore, evidentemente, per le informative antimafia a tenore interdittivo, risultando invece più favorevole e vantaggioso e non, piuttosto, neutro, per il destinatario in caso di provvedimenti a tenore liberatorio. Il decorso dell'efficacia di quest'ultimo, infatti, onera la Prefettura di eseguire una nuova istruttoria laddove per il soggetto attinto da provvedimenti antimafia liberatoria sia richiesto il rilascio di una nuova verifica antimafia.

Ecco che, secondo l'interpretazione assolutamente prevalente della giurisprudenza amministrativa, la limitazione temporale di efficacia dell'interdittiva antimafia deve intendersi riferita ai casi nei quali sia attestata *“l'assenza di pericolo di infiltrazione mafiosa, e non già ai riscontri indicativi del pericolo, i quali ultimi conservano la loro valenza anche oltre il termine di dodici mesi”*⁴¹⁶. Deriva, pertanto, che il Prefetto, ove richiesto di rilasciare una nuova informativa antimafia trascorso l'anno, si limiterà ad emetterla richiamando la precedente ogni volta che non sopraggiungano elementi nuovi capaci di modificare ovvero di superare, nell'attualità, i fatti posti a base della precedente. Soltanto la documentata, e comprovata, sopravvenienza di fatti favorevoli all'imprenditore imporrebbe di verificare

⁴¹⁶ Tra più, vd. Cons. Stato, sez. VI, sent. 30 dicembre 2011, n. 7002; Id., sez. III, sent. 22 gennaio 2012, n. 292; Id, sez. V, sent. 1° ottobre 2015, n. 4602.

nuovamente se persistano ragioni di sicurezza e di ordine pubblico tali da prevalere sulla libertà di iniziativa economica del soggetto inciso. Si legge nella giurisprudenza amministrativa che la disposizione di cui all'art. 86 co. 2 *cit.* regola una “*fattispecie procedimentalmente complessa*” nel disciplinare “*l'ambito dei doveri delle pubbliche amministrazioni e degli enti di cui all'art. 83, i quali – in base al comma 2, quando sia comunque decorso un anno dalla acquisizione dell'informativa – devono nuovamente acquisire la documentazione antimafia, prima di emanare uno degli atti elencati dai commi 1 e 2 dell'art. 67 (...), e quindi richiedere al Prefetto una nuova informativa che è pienamente legittima, anche se richiami i soli elementi di quella precedentemente emessa, confermando il pericolo di infiltrazione mafiosa, laddove non sopravvengano elementi nuovi*”⁴¹⁷. A sostegno di tale conclusione, tuttavia, non militano soltanto ragioni di tipo logico-sistematico derivanti dal fondamento razionale della documentazione antimafia e della relativa disciplina apprestata dall'ordinamento.

La dottrina che ha maggiormente attenzionato la ricostruzione del problema, infatti, rimarca altresì che l'art. 86 co. 2 in discorso non riferisce la rilevanza del termine di dodici mesi alla data di rilascio dell'interdittiva quanto, piuttosto, alla data di acquisizione della medesima da parte degli stessi soggetti (di cui all'art. 83 D. Lgs. n. 159/2011) che la richiedono. Quasi secondo un criterio di efficacia dell'azione amministrativa e di economia dei mezzi giuridici, detto altrimenti, risulterebbe inevitabile obliterare la rilevanza del termine di efficacia dei dodici mesi perché è ben possibile che siano distinte amministrazioni ad attingere, in tempi diversi, alla Banca Dati Unica Nazionale Antimafia. Seguendo la stessa logica argomentativa, giusta l'emanazione di un provvedimento interdittivo, gli atti applicativi conseguenti sovente vengono adottati dalle Pubbliche Amministrazioni anche a notevole distanza temporale. Specialmente nei procedimenti amministrativi caratterizzati da istruttoria complessa, è ragionevole ritenere che l'efficacia temporale della verifica antimafia interdittiva ricevuta abbia come *dies a quo* il momento della sua acquisizione in luogo di quello del suo rilascio da parte della Prefettura che, invece, assume, *rebus sic stantibus*, efficacia “*tendenzialmente indeterminata nel tempo*”⁴¹⁸. Secondo la ricostruzione pretoria del

⁴¹⁷ Cons. Stato, sez. III, sent. 5 ottobre 2016, n. 4121. In dottrina ricostruisce in termini V. SALOMONE, *La documentazione antimafia, op. cit.*, 75.

⁴¹⁸ V. SALAMONE, *La documentazione antimafia, op. cit.*, 76.

tutto prevalente, allora, il pericolo di infiltrazione mafiosa accertato nel provvedimento interdittivo non scema per il mero scorrere del tempo, bensì unicamente “*al sopraggiungere di fatti positivi che persuasivamente e fattivamente introducano elementi di inattendibilità della situazione rilevata in precedenza*”⁴¹⁹.

Merita evidenziare che in alcune pronunce del Consiglio di Stato il tessuto motivazionale a sostegno di tale, pur univoca, conclusione, si arricchisce di percorsi argomentativi teleologici, basati sulla finalità di prevenzione delle infiltrazioni della criminalità organizzata mafiosa nel mercato che, in quanto tale, è insuscettibile di tollerare “*limitazioni e interruzioni temporali*”⁴²⁰. In virtù di quanto finora esposto, si comprende come la durata dell’effetto interdittivo, annuale, è riferita, di fatto, al “valore legale del documento” e non agli elementi indiziari ivi contenuti che, in quanto tali, ben possono essere posti alla base di un successivo provvedimento interdittivo, ove non sopraggiungano fatti nuovi di segno diverso. Merita ora soffermarsi, allora, sul valore e sulla portata delle sopravvenienze di fatto, uniche circostanze, come si è detto, idonee a scardinare il susseguirsi di provvedimenti interdittivi diacronicamente concatenati.

Sul punto, spontaneo sorge il quesito relativo alla latitudine del concetto di sopravvenienza di fatto. Il legislatore del Codice Antimafia prende posizione espressa su un’ipotesi precisa, disegnata al co. 3 dell’art. 86.

Ivi viene sancito che “*I legali rappresentanti degli organismi societari, nel termine di trenta giorni dall’intervenuta modificazione dell’assetto societario o gestionale dell’impresa, hanno l’obbligo di trasmettere al prefetto, che ha rilasciato l’informazione antimafia, copia degli atti dai quali risulta l’intervenuta modificazione relativamente ai soggetti destinatari di verifiche antimafia di cui all’articolo 85*”.

Con questa previsione si consente all’operatore economico di rimuovere *ex post* l’elemento ostativo al rilascio di un provvedimento antimafia liberatorio e, per l’effetto, di superare il (non) limite temporale di efficacia dell’informativa interdittiva emanata. Ora, se è vero che per sopravvenienza, sia essa materiale ovvero giuridica, generalmente si intende ogni accadimento successivo a un dato atto/momento di un fatto inatteso e impreveduto rispetto all’atto/momento citato, è utile chiedersi, ai fini della nostra indagine, se sia possibile

⁴¹⁹ In termini, Cons. Stato, n. 292/2014, cit.

⁴²⁰ Così, Cons. Stato, sez. V, sent. 1° ottobre 2015, n. 4602.

introdurre un'accezione più lata. Potrebbe sembrare parzialmente riduttivo limitarsi ad accogliere soltanto i fatti, favorevoli all'operatore economico, verificatisi dopo il rilascio del provvedimento antimafia interdittivo. Può darsi il caso, infatti, che l'istruttoria procedimentale prefettizia, per le più svariate ragioni, non sia edotta circa una o più circostanze favorevoli all'operatore economico già verificatesi ovvero già in essere prima dell'emanazione del provvedimento interdittivo. L'esempio non sembra del tutto peregrino anche perché, come approfondito nello scorso paragrafo, la partecipazione procedimentale del soggetto oggetto della verifica antimafia, secondo l'art. 93 co. 7 D. Lgs. n. 159/2011, è soltanto eventuale e, pertanto, non può escludersi che qualche circostanza a questo favorevole sfugga in fase di istruttoria prefettizia. Più che di fatti sopravvenuti in senso stretto, allora, è preferibile adottare un'accezione diversa, che riferisce la sopravvenienza a ogni elemento e circostanza, anche precedente, ignota al corso del procedimento prefettizio di verifica antimafia. A tale soluzione non osta, evidentemente, che l'accadimento pregresso ignoto possa essere fatto valere dall'operatore economico attinto dal provvedimento interdittivo in sede giurisdizionale. La tutela impugnatoria non costituisce, di certo, un obbligo per il destinatario dell'azione amministrativa ma, al più, uno strumento a tutela della propria situazione giuridica soggettiva. Né, altrettanto, per un principio di ragionevolezza, può ritenersi ostativa in tal senso l'interpretazione maggioritaria dell'art. 86 co. 2 *cit.*, di cui finora si è detto. Da ciò discende, pertanto, che ogni fatto non noto all'autorità prefettizia, anche precedente, può essere rappresentato dall'interessato ed essere ritenuto idoneo a scalfire la valutazione di attualità del pericolo di infiltrazione mafiosa accertata nella verifica antimafia interdittiva, sia nell'ipotesi in cui essa ancora efficace sia nell'ipotesi in cui la stessa divenga, pur solo a livello documentale, non è più legalmente efficace. Tanto vale, tuttavia, anche al contrario, cioè a dire per accadimenti e fatti sfavorevoli all'operatore economico. Come condiviso dalla giurisprudenza amministrativa, è legittima l'interdittiva antimafia fondata “*su fatti più risalenti nel tempo, quando gli elementi raccolti dalla Prefettura in passato, e ribaditi anche in altri elementi probatori acquisiti, siano sintomatici di un condizionamento attuale nell'attività di impresa*”⁴²¹.

⁴²¹ Cons. Stato, Sez. III, sent. 24 luglio 2015, n. 3563.

Finora ci si è soffermati sull'art. 86 D. Lgs. n. 159/2011, ma, come si è anticipato in premessa, concorre a delineare lo statuto dell'efficacia temporale della verifica antimafia anche l'art. 91 co. 5 D. Lgs. n. 159/2011, opportuno richiamare solo a questo punto dell'indagine perché, come rilevato in dottrina, integra il perno su cui ruota il bilanciamento dei valori costituzionali coinvolti in materia.

A mezza via tra l'esigenza di preservare i rapporti economici tra lo Stato e i privati dall'infiltrazione mafiosa e quella di non pregiudicare la libertà di impresa e di iniziativa economica privata si pone proprio l'art. 91 co. 5 in discorso. La previsione dell'aggiornamento ivi contenuta, infatti, rappresenta *“un punto di equilibrio fondamentale, sia in senso favorevole che in senso sfavorevole all'impresa, poiché impone all'autorità prefettizia di considerare i fatti nuovi, laddove sopravvenuti, o anche precedenti – se non noti – e consente all'interessato di rappresentarli all'autorità stessa, laddove da questa non conosciuti”*⁴²².

Sì che, per concludere sull'argomento, anche successivamente al decorso del termine annuale dal rilascio del (precedente) atto interdittivo, il Prefetto sarà tenuto a emettere una informativa dello stesso tenore a meno che o siano venute meno le circostanze rilevanti ai fini dell'accertamento del tentativo di infiltrazione mafiosa ovvero vi siano fatti, sopravvenuti oppure fino a quel momento ignoti, favorevoli all'operatore economico rispetto ai quali sussiste sempre il dovere di riesame in sede di aggiornamento provvedimento, ai sensi dell'art. 91 co. 5 *cit.*

4. ATTRIBUZIONI PATRIMONIALI, DIRITTI QUESITI E INFORMATIVA ANTIMAFIA SOPRAVVENUTA.

Nella rosa di istituti di diritto amministrativo flessi alle esigenze di effettivo e tempestivo contrasto alla criminalità organizzata si colloca il problema del risarcimento del danno, a sua volta inscritto nel più ampio contesto dei rimedi di natura economico-compensativa sui quali, pertanto, occorrerà soffermarsi in prospettiva più generale e con distinti approfondimenti. L'opportunità, anzi, la necessità di trattare questo argomento deriva

⁴²² V. SALAMONE, *La documentazione antimafia, op. cit.*, 76.

dal concorso di una serie di fattori, in parte contingenti, legati all'avvento di numerose pronunce giurisdizionali sull'argomento.

Sì, può parlarsi di “numerose” pronunce perché, sebbene non tali in assoluto, si registra proprio negli ultimi anni una non comune concentrazione della giustizia amministrativa sul tema delle interdittive antimafia e degli effetti preclusivo-decadenziali sottesi al suo rilascio.

Un'ipotesi di rimedio a carattere economico-compensativo che occorre ricordare è quella dell'indennizzo in favore di soggetti inizialmente colpiti da misure interdittive, comunque legittime, poi risultati, in fatto, esenti da rischi di infiltrazione mafiosa. Sul punto, come noto, è intervenuta la sentenza Corte Cost. n. 58/2010, che ha ritenuto la questione inammissibile perché “*riguarda principalmente un provvedimento che, seppure di delegificazione, è comunque atto di natura regolamentare*”. Pur escludendo, seppur in punto di rito, profili di incostituzionalità per la mancata previsione dell'indennizzo, la pronuncia è comunque significativa, data la presenza nell'ordinamento di ipotesi di responsabilità da atto lecito dannoso tali per cui all'attività dello Stato e delle istituzioni corrisponde un meccanismo riparatorio in favore dei soggetti attinti da conseguenze, pur sfavorevoli, ma assentite dall'ordinamento.

Altra pronuncia cui senza dubbio si deve avere riguardo è la sentenza 6 aprile 2018, n. 3 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, che ha attenzionato i rapporti tra giudizio di ottemperanza e sopravvenuta interdittiva antimafia nei confronti di un imprenditore risultato vittorioso, in via definitiva, nell'azione risarcitoria precedentemente intentata nei confronti della stazione appaltante per illegittima mancata aggiudicazione di procedura a evidenza pubblica⁴²³.

Il quesito rimesso alla Plenaria ha riguardato, precisamente, due questioni interpretative, logicamente successive, che, per efficacia di sintesi, si riportano per intero. Nel provvedimento adottato dalla Sezione remittente ci si chiede, precisamente, “*se la previsione*

⁴²³ Nel caso sotteso alla pronuncia in esame, la P.A. viene definitivamente condannata con doppia conforme (Tar, sent. n. 6538/2010 e Consiglio di Stato, sent. n. 644/2014) al risarcimento del danno per illegittima mancata aggiudicazione in favore della società ricorrente che, quindi, agisce per l'ottemperanza della medesima sentenza del Consiglio di Stato. Senonché, proprio in pendenza del giudizio di ottemperanza, il 2 febbraio 2015 la Prefettura rende noto che la società ricorrente era destinataria di un provvedimento interdittivo antimafia, emesso il 19 luglio 2013 ma ancora efficace.

di cui al co. 1 lett. g) dell'art. 67 'Codice delle leggi antimafia' possa essere intesa anche nel senso di precludere il versamento in favore dell'impresa di somme dovute a titolo risarcitorio in relazione a una vicenda sorta dall'affidamento (o dal mancato affidamento) di un appalto e se osti a tale prospettazione il generale principio dell'intangibilità della cosa giudicata"⁴²⁴.

Sulla prima questione, ad avviso del Collegio remittente, la problematica risiede nel fatto che la previsione normativa espressamente richiama "altre erogazioni dello stesso tipo", "concetto generale ed al tempo stesso generico che non consente di stabilire con ragionevole certezza se vi rientri anche un credito di natura risarcitoria, definitivamente accertato in sede giurisdizionale"⁴²⁵. Difatti, ancorché l'interpretazione letterale dell'art. 67 co. 1 lett. g) Cod. Antimafia condurrebbe a escludere ogni comunanza tra il risarcimento del danno e i "contributi, finanziamenti e mutui" espressamente contemplati nella disposizione in discorso, diversamente dovrebbe concludersi seguendo argomenti di tipo logico-sistematico. Se il fine perseguito dal legislatore è quello di contrastare efficacemente ogni fenomeno di criminalità su base associativa ovvero organizzata, l'espressione "altre erogazioni dello stesso tipo" contenuta all'art. 67 cit. integrerebbe un catalogo aperto con valenza "pan-tipizzante", volta ad impedire nella sostanza l'erogazione di qualunque utilità di fonte pubblica in favore dell'impresa in odore di condizionamento malavitoso, a prescindere dalla fonte e dal tipo di tale utilità"⁴²⁶.

Relativamente al secondo interrogativo, invece, viene rilevato che "occorre stabilire se il giudicato formale, in qualsiasi modo formatosi, impedisca in ogni caso all'amministrazione di sottrarsi agli obblighi da esso nascente di corrispondere una somma di denaro a titolo risarcitorio ad un soggetto attinto da un'informativa antimafia mai entrata nella dialettica processuale, anche se precedente la formazione del giudicato, oppure se la finalità e la ratio dell'informativa interdittiva antimafia diano vita ad una situazione di incapacità legale

⁴²⁴ Cons. Stato, sez. V, ord. 28 agosto 2017, n. 4078.

⁴²⁵ Cons. Stato, sez. V, ord. 28 agosto 2017, n. 4078, *cit.*

⁴²⁶ Cons. Stato, sez. V, ord. 28 agosto 2017, n. 4078, *cit.*; conf. Ad. Plen., sent. 5 giugno 2012, n. 9 che, pur analizzando l'art. 4 D. Lgs. n. 490/1994 (disposizione coincidente con il vigente art. 67 Codice Antimafia), ha affermato – in riferimento alla esclusione di "contributi, finanziamenti o mutui agevolati ed altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate" che "l'ampia clausola di salvaguardia contenuta nella citata prescrizione è idonea a ricomprendervi quelle...in cui la matrice indennitaria sia più immediatamente percepibile rispetto a quella compensativa sottesa ad ogni altra tipologia di erogazione. (...) Non si vede perché nella suddetta ratio dovrebbero rientrare unicamente le erogazioni dirette ad arricchirlo e non anche quelle dirette a parzialmente compensarlo di una perdita subita sussistendo per entrambe il pericolo che l'esborso di matrice pubblicistica giovi ad un'impresa soggetta ad infiltrazioni criminali".

*ex lege che produca corrispondente sospensione temporanea dell'obbligo per l'amministrazione di eseguire quel giudicato*⁴²⁷.

Delineate così le coordinate esegetiche entro cui si colloca il quesito rimesso, passiamo all'esame della pronuncia dell'Adunanza Plenaria, procedendo nell'ordine degli interrogativi appena rappresentati. Specificamente, quanto alla portata semantica dell'espressione contenuta nell'art. 67 co. 1 lett. g) Cod. Antimafia, viene affermato che il divieto di ottenere da parte del soggetto colpito dall'interdittiva antimafia “*contributi, finanziamenti e mutui agevolati ed altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati da parte dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità Europee, per lo svolgimento di attività imprenditoriali*” ricomprende anche le somme dovute a titolo di risarcimento del danno patito in connessione all'attività di impresa. Conformemente a quanto già statuito nella precedente pronuncia n. 9/2012, l'Adunanza Plenaria ancora ribadisce che l'ampia formulazione normativa risponde alla volontà legislativa di impedire qualsivoglia attribuzione patrimoniale, ogni “*esborso di matrice pubblicistica*” da parte della P.A. in favore di soggetti ritenuti “*inaffidabili*”. Viene così esclusa la percorribilità di quella interpretazione, perorata anche dal ricorrente, secondo cui la locuzione “*dello stesso tipo*” alluderebbe soltanto alle erogazioni riconducibili al genere delle “*provvidenze*”, genere entro cui non potrebbero essere logicamente ricomprese le dazioni a titolo risarcitorio. A essere interessata a livello tassonomico sarebbe, più precisamente, la categoria delle obbligazioni pecuniarie pubbliche, intendendo per tali qualunque debenza monetaria posta a carico della Pubblica Amministrazione, a prescindere dal titolo giuridico da cui è sorta. Sul punto, vi è chi ritiene che, pur essendo condivisibile l'affermazione dell'Adunanza Plenaria secondo cui il termine “*provvidenze*” è del tutto impreciso a livello tecnico-giuridico, diversamente occorre opinare se si pone mente alla famiglia delle obbligazioni pecuniarie pubbliche⁴²⁸. La stessa, infatti, è evocativa di un genere macroscopico comprensivo di tutte le vicende aventi fondamento nel diritto pubblico in cui si ravvede un impegno dello Stato e delle pubbliche amministrazioni⁴²⁹.

⁴²⁷ Cons. Stato, sez. V, ord. 28 agosto 2017, n. 4078, *cit.*

⁴²⁸ G. LEONE, *Il rischio dell'interpretazione evolutiva della norma. Un caso emblematico in tema di interdittiva antimafia*, in G. AMARELLI, S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Giappichelli, 2019, 113 ss.

⁴²⁹ Sul tema delle obbligazioni pecuniarie pubbliche la bibliografia è vastissima. Senza pretesa di esaustività, si segnalano, S. ANTONIAZZI, *Obbligazioni pubbliche e giurisdizione amministrativa*, Giappichelli, 2010; A. BARETTONI ARLERI, *Obbligazioni pubbliche* (voce), in *Enc. Dir.*, XIX, Giuffrè Francis Lefebvre, 1979, 403; ID.,

Ancorché l'istituto delle obbligazioni pecuniarie pubbliche oltre che, parimenti, delle obbligazioni pubbliche in generale, evochi una categoria dibattuta per contenuto e confini, il medesimo è certamente comprensivo di tutti quei rapporti nei quali “*o l'amministrazione o il privato sono gravati da obblighi aventi contenuto patrimoniale, nei confronti, rispettivamente, del privato o dell'amministrazione; rapporti, cioè, in cui vi è una parte che eroga attività i cui risultati giovano all'altra, una delle due parti essendo un'amministrazione pubblica*”⁴³⁰. Ecco che all'interno delle obbligazioni pecuniarie pubbliche si colloca senza dubbio l'insieme degli aiuti erogati dalle Pubbliche Amministrazioni senza che sia contemplata una controprestazione a carico del destinatario degli stessi. Alla stregua di quanto accade nell'erogazione degli aiuti di Stato di derivazione eurounitaria, anche l'ordinamento nazionale conosce “sovvenzioni” come, appunto, i contributi, i finanziamenti e i mutui agevolati che, in quanto tali, presentano come minimo comune denominatore sia la mancanza di corrispettività che l'unilateralità della prestazione pubblica⁴³¹. Ecco che, seguendo la linea argomentativa sposata dalla dottrina appena citata sull'art. 67 Cod. Antimafia, il risultato interpretativo cui si perviene sarebbe quello dell'estraneità alla categoria delle obbligazioni pubbliche delle somme dovute dall'Amministrazione a titolo di corrispettivo contrattuale o risarcitorio⁴³². Tale tipologia di prestazioni, secondo questa dottrina, esulerebbe dalla categoria delle obbligazioni pecuniarie pubblicistiche perché trova la sua fonte disciplinaria nel diritto privato⁴³³. Ed effettivamente, nella teoria generale del diritto amministrativo, la natura di obbligazione pubblica, pecuniaria o meno che sia, riposa nell'insieme degli atti previsti dalla

Obbligazioni e obblighi pubblici e prestazioni amministrative, Giuffrè Francis Lefebvre, 1969, M.S. GIANNINI, *Le obbligazioni pubbliche*, Jandi Sapi Editori, 1964.

⁴³⁰ M.S. GIANNINI, *Le obbligazioni pubbliche*, cit., 5.

⁴³¹ In dottrina il termine “sovvenzione” indica, generalmente, gli aiuti che, nello Stato moderno, sono erogati senza che sia contemplata una controprestazione di tipo economico. Sul punto, noti i contributi di A. AMORTH, *I contributi pecuniari concessi dallo Stato ad enti pubblici e privati*, in *Studi urbinati*, 1931; G. PERICU, *Le sovvenzioni come strumento di azione amministrativa*, Giuffrè Francis Lefebvre, 1967; R. SPAGNUOLO VIGORITA, *Problemi giuridici dell'ausilio finanziario pubblico a privati*, in *Rass. econ. Banco di Napoli*, 1963. Di recente, vd. B. LUBRANO, *Le sovvenzioni nel diritto amministrativo*, Giappichelli, 2008.

⁴³² G. LEONE, *Il rischio dell'interpretazione evolutiva della norma. Un caso emblematico in tema di interdittiva antimafia*, cit., 118.

⁴³³ G. LEONE, *Il rischio dell'interpretazione evolutiva della norma. Un caso emblematico in tema di interdittiva antimafia*, cit., 118. Il medesimo riprende quanto sostenuto da A. BARETTONI ARLERI, *Obbligazioni pubbliche* (voce), cit., 403, nella parte in cui sostiene che “L'affermazione non richiede ulteriore chiarimento, per la sua ovvietà, per quanto concerne non solo le obbligazioni contrattuali nelle quali l'amministrazione pubblica esplica attività privata, ma anche per quelle nelle quali essa esplica attività amministrativa di diritto privato come nei contratti ordinari e di diritto privato speciale”.

legge che rinvergono la propria fonte in provvedimenti amministrativi, unilaterali e autoritativi⁴³⁴. Così ragionando, l'ontologica diversità tra contributi, finanziamenti e mutui agevolati, nonché “*altre erogazioni dello stesso tipo*” e controprestazioni che trovano diretta fonte nel codice civile renderebbe malposto il tracciato argomentativo della sentenza n. 3/2018 dell'Adunanza Plenaria.

Ma vi è di più. Sempre secondo la dottrina in commento, vi sarebbe un salto logico tra il divieto di ampliare patrimonialmente la sfera giuridica di un beneficiario inaffidabile, perché attinto dal provvedimento interdittivo antimafia, ed estendere il medesimo divieto fino a impedire indiscriminatamente ogni attribuzione patrimoniale da parte della Pubblica Amministrazione in favore del medesimo. Sebbene sia pienamente comprensibile che il fondamento giuridico della preclusione comminata dall'art. 67 cit. coincida con quello etico e morale, un conto è inibire qualsivoglia esborso proveniente da una Pubblica Amministrazione, altro è precludere l'erogazione di quelli aventi natura agevolativa, “*che trovano fonte in norme emanate per favorire lo sviluppo economico nazionale (o locale) e siano tradotti in provvedimenti amministrativi*”⁴³⁵. Di qui, criticamente, il sorgere, in dottrina, di alcuni interrogativi, che mettono in luce le conseguenze “più estreme” dell'interpretazione seguita dall'Adunanza Plenaria⁴³⁶. Verosimilmente, anche l'impresa che acquista un immobile sottoposto a procedura espropriativa ma che, successivamente, è attinta dal provvedimento interdittivo non avrebbe diritto a conseguire l'indennizzo sancito nello stesso art. 42 Cost. Come pure, laddove alla medesima impresa sia stato arrecato un danno patrimoniale da parte di una Pubblica Amministrazione nell'esercizio di attività *iure*

⁴³⁴ S. ANTONIAZZI, *Obbligazioni pubbliche e giurisdizione amministrativa*, Giappichelli, 2010, 2.

⁴³⁵ G. LEONE, *Il rischio dell'interpretazione evolutiva della norma. Un caso emblematico in tema di interdittiva antimafia*, cit., 119.

⁴³⁶ Su un piano sistematico, il contributo di G. LEONE, *Il rischio dell'interpretazione evolutiva della norma. Un caso emblematico in tema di interdittiva antimafia*, cit., 120 ss., cui si è fatto più volte riferimento in questo paragrafo costituisce, a oggi, la migliore sintesi, in prospettiva critica, sull'argomento. L'Autore, precisamente, si sofferma sulla portata dell'interpretazione logico-sistematica e sui rapporti tra esegesi evolutiva e interpretazione *prater legem*. In questa ipotesi, viene evidenziato il rischio che un'interpretazione giudiziale di norme lacunose di tipo integrativo di fatto non si limiti ad applicare il diritto ma, piuttosto, assolve una funzione poetica, facendo sì che ogni precedente giurisprudenziale, specie se, come in questa vicenda, promanante dagli organi giurisdizionali monofilattici dia luogo a un'interpretazione con valore di *ius receptum*, in sostituzione della mancata espressione della volontà legislativa. Per uno studio nella materia dell'interpretazione degli atti giuridici nella teoria generale del diritto, vd. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Giuffrè Francis Lefebvre, 1949.

privatorum, l'esegesi fornita dalla sentenza n. 3/2018 cit. precluderebbe anche il diritto al risarcimento del danno da atto illecito, qualsivoglia sia la sua origine⁴³⁷.

In chiosa, sia consentito allo scrivente svolgere un paio di brevi riflessioni conclusive sull'argomento. La prima concerne la corretta decodificazione della categoria delle obbligazioni pecuniarie pubbliche. Il carattere distintivo, pur diffuso in dottrina, come si è visto, secondo cui intanto vi è obbligazione pecuniaria pubblica in quanto vi sia un provvedimento amministrativo potrebbe non essere ritenuto, anche alla luce della stessa Adunanza Plenaria n. 6/2014 prima rammentata, pienamente esaustivo alla luce della pluralità dei criteri che, ancora oggi, governano il dibattito sul riparto di giurisdizione tra autorità giudiziaria ordinaria e amministrativa. La seconda considerazione si profila proprio là dove si ritenesse incontrovertibile la categoria dogmatica delle obbligazioni pecuniarie pubbliche, come sopra rappresentata, vi sarebbe, effettivamente, un salto logico tra la formulazione dell'art. 67 co. 1 lett. g) Cod. Antimafia cit. e l'assimilazione dei "*contributi, finanziamenti o mutui agevolati*" alle obbligazioni risarcitorie, nella loro asserita qualità di "*altre erogazioni dello stesso tipo*". In altre parole, l'affermazione della Adunanza Plenaria per cui il catalogo delle ipotesi di cui alla lett. g) cit. sarebbe esemplificativo e aperto potrebbe considerarsi al più estensibile agli atti amministrativi unilaterali con cui la Pubblica Amministrazione, nell'esercizio di un potere discrezionale ovvero vincolato, accresca la sfera giuridica del destinatario e non, piuttosto, ne ripristini ovvero compensi la lesione a seguito di norme di azione violate.

Certamente, a parziale temperamento dell'esito interpretativo contenuto nella pronuncia giocano le affermazioni pertinenti la natura giuridica del provvedimento interdittivo antimafia e dei suoi effetti. L'Adunanza Plenaria, difatti, ritiene che dal suo rilascio scaturisca una forma di incapacità giuridica, peculiare perché tendenzialmente limitata nel tempo "*potendo venire meno per il tramite di un successivo provvedimento dell'autorità amministrativa competente (il Prefetto)*" e nello "spazio", "*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*

⁴³⁷ Entrambi gli esempi sono riportati in F.G. SCOCA, *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta anticipata alla criminalità organizzata*, in *Giust.amm.it*, 2018, 6.

*provvedimentali, e comunque ai precisi casi espressamente indicati dalla legge (art. 67 Cod. Antimafia)*⁴³⁸.

Questa conclusione consente di allacciarsi al secondo interrogativo posto dal giudice rimettente, relativo, come prima anticipato, al rapporto che intercorre tra la preclusione per l'interdetto a essere titolare di rapporti giuridici con la Pubblica Amministrazione e il giudicato di spettanza nel frattempo formatosi a vantaggio del medesimo interdetto. Il quesito rimesso, invero, annota la sussistenza di un contrasto giurisprudenziale relativo al problema della intangibilità del giudicato per i c.d. rapporti esauriti o, meglio, per i c.d. diritti quesiti, figura sempre sensibile quando ci si raffronta con il rito dell'ottemperanza⁴³⁹ nel giudizio

⁴³⁸ In termini, Ad. Plen., sent. n. 3/2018 *cit.*

⁴³⁹ Il giudizio di ottemperanza ha radici profonde, risalenti, addirittura, al 1889, quando, con la legge Crispi, fu istituita la IV sezione del Consiglio di Stato, con funzioni non già meramente consultive bensì giurisdizionali. A completamento del sistema voluto dalla legge abolitrice dei tribunali del contenzioso amministrativo del 1865, l'art. 4 n. 41. 5992 del 1889 si dotò il Consiglio di Stato del potere di eseguire le sentenze del giudice ordinario, dal momento che, secondo quanto dispongono, ancora oggi, gli artt. 4 e 5 LAC, quest'ultimo poteva conoscere della legittimità del provvedimento amministrativo solo disapplicando, restando invece il giudice amministrativo l'unico plesso deputato alla tutela caducatoria, cioè a dire di annullamento. Prima dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, precisamente, la disciplina dell'ottemperanza delle sentenze del giudice ordinario era affidata agli artt. 90 e 91 r.d. 17 agosto 1907, n. 642, poi trasposta nell'art. 27 r.d. n. 1054/1924. La possibilità di esperire il giudizio di ottemperanza nei confronti delle sentenze del giudice amministrativo, invece, almeno fino alla legge istitutiva dei tribunali amministrativi regionali, del 1971, fu frutto esclusivo di una svolta giurisprudenziale del Consiglio di Stato degli anni Venti, con il successivo avallo delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione e della stessa Adunanza Plenaria. L'originaria ritrosia del legislatore a dotare la giurisdizione amministrativa di poteri di esecuzione trovava fondamento in quella visione, più generale, del processo amministrativo sintetizzabile nel cd. giudizio sull'atto, figlia, a sua volta, di una rigorosa lettura della separazione dei poteri e dell'intangibilità della funzione pubblicistica e delle sue prerogative. Seguendo questa linea direttrice, perciò, bene si comprende come solo la pubblica amministrazione potesse dare esecuzione alle sentenze di annullamento, stante l'inesauribilità del suo potere. Senza potersi dilungare sulla visione del processo amministrativo, che non costituisce cuore della traccia, basti a questi fini dire come, senza dubbio, l'introduzione del rimedio dell'ottemperanza delle sentenze del giudice amministrativo ha costituito un primo fendente a tale visione, su cui poi si è innestato il codice del processo amministrativo. Come noto, infatti, il D. Lgs. 104/2010, da un lato, ha provveduto al riordino della frammentaria legislazione pregressa, dall'altro, ha recepito gli approdi integrativi ed evolutivi della giurisprudenza consolidata. Dal combinato disposto degli artt. 112, 114 e 134 c.p.a. si comprende come il legislatore abbia delineato il giudizio di ottemperanza come un processo che va ben al di là del processo esecutivo civile, sancendone la natura di giurisdizione estesa al merito, concedendo al giudice amministrativo finanche il potere di sostituirsi alla amministrazione, per il tramite del cd. commissario *ad acta*. L'assunto è confermato proprio dalla disposizione con cui apre l'art. 112 c.p.a., nel sancire, in maniera enfatica, che i provvedimenti del giudice amministrativo debbono essere eseguiti dalla pubblica amministrazione (e dalle altre parti). Invero, a sottolineare la differenza tra processo esecutivo ordinario e giudizio di ottemperanza fu già Corte Cost. 406/1998, investita della questione di legittimità costituzionale degli artt. 37 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 (Istituzione dei tribunali amministrativi regionali), 27, primo comma, numero 4, del regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054 (Approvazione del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato), 90 e 91 del regio decreto 17 agosto 1907, n. 642 (Regolamento per la procedura dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato), sollevata, in riferimento agli artt. 3, 24, 103 e 113 della Costituzione. Si censuravano le disposizioni citate, precisamente, nella parte in cui stabilivano che i ricorsi diretti ad ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi alle decisioni pronunciate dagli organi di giustizia amministrativa possano essere proposti esclusivamente avverso le sentenze passate in giudicato e non anche con riferimento a sentenze di primo grado,

amministrativo e con il noto concetto di giudicato a formazione progressiva⁴⁴⁰. Premesso questo, e prima di illustrare il principio di diritto espresso dall'Adunanza Plenaria nella pronuncia in commento, è utile dedicare qualche considerazione sul tema del giudicato nel sistema del diritto amministrativo sostanziale e della giustizia amministrativa⁴⁴¹.

Come noto, il giudicato, universalmente, è definito come la decisione contenuta in una sentenza divenuta immutabile, che diviene regola del caso concreto⁴⁴². La giustizia civile declina il giudicato nell'accezione formale e sostanziale. La prima, di cui all'art. 324 c.p.c., denota l'inoppugnabilità; la seconda, di cui all'art. 2909 c.c., marca gli effetti e la portata della sentenza che, facendo "stato a ogni effetto" tra le parti, i loro eredi e aventi causa, si dice coprire non solo fatti e questioni dedotti, ma anche quelli deducibili, in quanto costituenti premessa ovvero conseguenza logica dell'accertamento. Se per l'art. 324 c.p.c. non paiono porsi problemi di compatibilità con le statuizioni del giudice amministrativo, anche alla luce

esecutive e non sospese dal giudice di appello, ma non passate in giudicato. Problema superato in via legislativa dall'art. 10 l. 205/2000, ora trasfuso nell'art. 112 II co. lett. b) c.p.a.

⁴⁴⁰ Il giudicato a formazione progressiva costituisce una delle elaborazioni più caratteristiche e peculiari del giudizio di ottemperanza, pur senza sovrapporsi a quest'ultimo ed esaurirne la funzione alla luce del sistema della giustizia amministrativa. Tanto che, come si avrà modo di illustrare in seguito, lo stesso intercetta tematiche ben più generali. Il fenomeno in parola, infatti, come si spiegherà meglio a breve, non nasce contestualmente all'istituzione del rimedio dell'ottemperanza, costituendone, piuttosto, una sua lettura evolutiva alla luce del principio di effettività della tutela, in seno ad un sistema processuale caratterizzato dalla tipicità di azioni. Non è un caso, difatti, che la sua elaborazione sia avvenuta in via pretoria e che, oggi, la nuova formulazione dell'art. 34 c.p.a. abbia portato una parte della giurisprudenza e della dottrina a dubitare della sua attualità.

⁴⁴¹ Per un'analisi delle caratteristiche del giudicato amministrativo si rinvia, senza pretesa di esaustività, ai contributi di S. VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2016, 1 ss.; C. CALABRÒ, voce *Giudicato* (Dir. proc. amm.), in *Enc. giur., Agg.*, Treccani, 2002, 1 ss.; F. BENVENUTI, voce *Giudicato* (Dir. amm.), in *Enc. Dir.*, Giuffrè Francis Lefebvre, 1969, XVIII, 893-912; A. ALBINI, *L'autorità del giudicato amministrativo nella teoria generale dell'autorità degli atti giuridici*, Giuffrè Francis Lefebvre, 1968, 221 ss.

⁴⁴² Si veda la definizione contenuta in E.T. LIEBMAN, *Giudicato* (voce), in *Enc. giur.*, Treccani, 1989, 1, ove si definisce il «giudicato» o la «cosa giudicata» come la «[...] decisione contenuta nella sentenza del giudice, quando è divenuta immutabile in conseguenza della preclusione delle impugnazioni». L'Autore pone l'accento, inoltre, sulla circostanza che nel diritto moderno, rispetto alla passata epoca romana, il concetto giuridico di «giudicato» si è incentrato sempre più sulla decisione giudiziale al fine di garantirne la stabilità, da intendersi come preclusione di ulteriori giudizi de eadem re, da un lato, e come forza vincolante nel prodursi, in chiave non contestata e/o impedita, degli effetti della pronuncia, dall'altro. Si riporta anche, per la Sua autorevolezza nonché per l'ampia influenza esercitata in dottrina, la peculiare definizione del giudicato propria di G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Jovene Editore, 1935, I, 342, che lo definisce come «[...] l'affermazione indiscutibile d'una volontà concreta di legge, che riconosce o disconosce un bene della vita a una delle parti».

dei recenti approdi della giurisprudenza interna e sovranazionale⁴⁴³, a diversa conclusione pare doversi giungere per l'art. 2909 c.c.⁴⁴⁴.

In primo luogo perché il rinvio esterno di cui all'art. 39 c.p.a., nel far riferimento alle sole disposizioni del codice di procedura civile, parrebbe volutamente escludere un'applicazione generalizzata delle norme processuali quando contenute, appunto, nel codice civile o in altri corpi normativi.

In secondo luogo, quanto ai cd. limiti soggettivi del giudicato, essi paiono mutare a seconda della natura e della latitudine dell'efficacia del provvedimento annullato. A conferma di ciò si può richiamare l'orientamento consolidato della giurisprudenza amministrativa che, da un lato, riconosce efficacia di giudicato anche nei confronti dei terzi all'annullamento di atti a contenuto inscindibile, generale e normativo (potendo gli stessi servirsi, se pretermessi, del rimedio dell'opposizione di terzo); dall'altro, esclude l'efficacia del giudicato di annullamento in caso di provvedimenti cd. plurimi, dove l'identità di contenuto per più destinatari risponde a logiche di efficienza ma non sostanziali⁴⁴⁵.

In terzo luogo, quanto ai limiti oggettivi del giudicato, possiamo dire che se il giudicato amministrativo copre sicuramente il dedotto, per il "deducibile" la conclusione è

⁴⁴³ Per la nozione di giudicato in senso formale nel giudizio amministrativo, vd. Cons. St., Ad. Plen., 3 luglio 2012, n. 24. Relativamente alla dimensione sovranazionale, il riferimento è alla nota vicenda Pizzarotti di cui alla CGUE, sent. 10 luglio 2014, *Impresa Pizzarotti & C. S.p.A.*, C-213/13 e alla successiva, e altrettanto nota, Ad. Plen. Cons. Stato, 9 giugno 2016, n. 11.

⁴⁴⁴ Per la ricostruzione storica circa la mancanza di una nozione di giudicato in senso sostanziale nel giudizio amministrativo, L. MARUOTTI, *Trattato di diritto amministrativo*, Cedam, 2015, 1021.

⁴⁴⁵ Assai significative sul punto sono le recenti pronunce gemelle dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, sent. 27 febbraio 2019, nn. 4 e 5, nelle quali è stato affermato il seguente principio di diritto: "Il giudicato amministrativo ha di regola effetti limitati alle parti del giudizio e non produce effetti a favore dei cointeressati che non abbiano tempestivamente impugnato. I casi di giudicato con effetti ultra partes sono eccezionali e si giustificano in ragione dell'inscindibilità degli effetti dell'atto o dell'inscindibilità del vizio dedotto: in particolare, l'indivisibilità degli effetti del giudicato presuppone l'esistenza di un legame altrettanto inscindibile fra le posizioni dei destinatari, in modo da rendere inconcepibile, logicamente, ancor prima che giuridicamente, che l'atto annullato possa continuare ad esistere per quei destinatari che non lo hanno impugnato. Per tali ragioni deve escludersi che l'indivisibilità possa operare con riferimento a effetti del giudicato diversi da quelli caducanti e, quindi, per gli effetti conformativi, ordinatori, additivi o di accertamento della fondatezza della pretesa azionata, che operano solo nei confronti delle parti del giudizio". Prima dell'intervento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, cfr. Cons. St., sez. VI, sent. 12 giugno 2015, n. 2888; Cons. St., sez. IV, sent. 18 novembre 2013, n. 5459; Cons. St., sez. III, sent. 20 aprile 2012, n. 2350. In Cons. St., sez. VI, sent. 29 marzo 2013, n. 1850 si aggiunge che la decisione di annullamento (che – per i limiti soggettivi del giudicato – esplica in via ordinaria effetti soltanto fra le parti in causa) acquista efficacia "erga omnes" quando gli atti impugnati siano a contenuto generale inscindibile, poiché gli effetti dell'annullamento in questo caso non sono circoscrivibili ai soli ricorrenti, essendosi in presenza di un atto sostanzialmente e strutturalmente unitario, il quale non può esistere per taluni e non esistere per altri.

diversificata⁴⁴⁶. Il profilo più singolare del giudizio amministrativo di annullamento, detto altrimenti, consiste nel fatto che il “deducibile” dipende (anche) dalla attività della pubblica amministrazione successiva alla sentenza di cognizione. Infatti, sebbene l’art. 112 c.p.a. affermi che i provvedimenti del giudice amministrativo devono essere eseguiti dalla pubblica amministrazione, a ben vedere non detta ulteriori condizioni, fatto salvo il limite dei poteri non ancora esercitati di cui all’art. 34 co. 2 c.p.a. Questo argomento, in uno con la visione del processo di cognizione come giudizio sull’atto e non sul rapporto, hanno reso storicamente molto controversa la enucleazione dei limiti oggettivi del giudicato amministrativo, mossasi su due linee direttrici che, oggi, alla luce del principio di atipicità delle azioni, potremmo addirittura definire speculari⁴⁴⁷. Da un lato, grazie all’elaborazione del cd. effetto conformativo (ovvero *pro futuro*) della sentenza di annullamento. Dall’altro, grazie all’introduzione del concetto di giudicato a formazione progressiva che, sebbene di intuizione ben più risalente, integra un primo ed embrionale rimedio ai limiti della tutela dell’interesse legittimo e dei poteri del giudice in sede di cognizione. Non è un caso, perciò, che dello stesso si discuta solo in merito alla ottemperanza delle sentenze del giudice amministrativo, e non a quelle del giudice ordinario, rispetto alle quali il giudice dell’ottemperanza non ha poteri di “integrazione”⁴⁴⁸. Delineando quest’ultimo come processo sull’atto infatti, e non avendo, perciò, il giudice amministrativo possibilità alcuna di guardare alla pretesa sostanziale del privato, in origine si diceva che gli unici effetti idonei a scaturire dalla sentenza fossero esclusivamente quelli caducatori-costitutivi, che guardano al passato, e, al più, restitutori, che guardano al presente. Tale preclusione con riguardo all’effetto “futuro” della sentenza derivava da due ordini di considerazioni. La prima, molto semplice e logica, nonché valida, in

⁴⁴⁶ A titolo esemplificativo, nessun effetto produce una sentenza di rigetto, la quale si limita ad accertare la legittimità di un determinato atto, relativamente ai motivi di censura dedotti. In questo cfr. E. CASSETTA., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2011, 923.

⁴⁴⁷ Dalla ricostruzione storica in merito pare che il primo autore ad intuire la transizione del giudizio amministrativo dall’atto al rapporto sia stato A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Giuffrè Francis Lefebvre, 1962, II, 140 ss.

⁴⁴⁸ Cons. St., 17 gennaio 1997, n. 1. Diverso, si ricorda per completezza, è il problema interpretativo suscitato dall’art. 112 lett. d) c.p.a., secondo cui l’azione di ottemperanza può essere proposta per conseguire l’attuazione “delle sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti ad esse equiparati per i quali non sia previsto il rimedio dell’ottemperanza, al fine di ottenere l’adempimento dell’obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi alla decisione”. La questione, infatti, è stata risolta in senso positivo per i decreti decisori del ricorso straordinario al Capo dello Stato (vd. Cass. Sez. Un., 28 gennaio 2011, n. 2605 e Cons. St., Ad. Plen. 14 luglio 2015 n. 7). Diversamente, invece, è accaduto, nell’alveo delle cd. giurisdizioni speciali, per le pronunce della Corte dei Conti.

modo omogeneo, per il giudizio civile e penale, vedeva nel giudizio di esecuzione una semplice appendice del giudizio di cognizione, o meglio, della sentenza di cognizione passata in giudicato. Di talché, dal momento che il giudice amministrativo poteva limitarsi soltanto ad annullare l'atto impugnato, il giudicato avrebbe coperto soltanto quelle illegittimità enucleate nei motivi (non assorbiti) di ricorso, salvo, peraltro, il vizio di incompetenza. La seconda, a questa strettamente consequenziale ma propria del solo processo amministrativo, ineriva alla incoercibilità del potere non ancora esplicitato, principio, peraltro, oggi consacrato all'art. 34 co. 2 c.p.a. Se è vero, come è vero, che il giudicato, nella sua qualità di vincolatività del *decisum*, avvince solo il dispositivo e non la motivazione, per rimediare a un eccessivo squilibrio tra benefici della pubblica amministrazione e costi del privato, onerato a impugnare ogni successiva manifestazione del potere con un nuovo giudizio di cognizione, in potenza reiterabile quasi all'infinito, la giurisprudenza ha pian piano cominciato a ritenere che l'accertamento del giudice prefigurasse comunque un contenuto ordinatorio, sebbene non coperto dal giudicato, e suscettibile di essere realizzato in sede di ottemperanza. Per questo nasce il concetto di formazione progressiva del giudicato, nel senso che al giudice dell'ottemperanza era demandata l'esplicitazione, o meglio, l'integrazione di quella regola del caso concreto preclusa al giudice della cognizione perché non suscettibile di costituire giudicato in senso tecnico-giuridico. L'ottemperanza, in altre parole, viene a costituire epilogo di una vicenda processuale, in funzione rimediabile avverso l'equilibrio ostruzionale creato dal legislatore per le azioni di cognizione con la loro tipicità. Certamente, però, anche il giudicato a formazione progressiva è ritenuto, dalla stessa giurisprudenza, incontrare diversi limiti. Di per sé, il sistema dell'ottemperanza, infatti, almeno inizialmente non poteva dirsi del tutto soddisfacente a garantire tutela al privato, specie con riguardo ai cd. interessi pretensivi, rimanendo il potere non ancora esplicitato, come pure i frammenti di discrezionalità amministrativa, incoercibili e comunque preclusi ad ogni effetto conformativo della sentenza. Invero, nel caso in cui la pubblica amministrazione, arbitrariamente, fosse rimasta silente di fronte al giudizio di annullamento, poteva comunque prospettarsi la ricorribilità in ottemperanza, dal combinato disposto degli artt. 34 co. 2 e 114 co. 4 lett. a) c.p.a. Piuttosto, a lungo si è posto il problema della azione da esperire avverso la nuova manifestazione

provvedimentale, data la difficoltà di qualificarne la natura violativa⁴⁴⁹ o elusiva⁴⁵⁰ di un giudicato ovvero di un effetto conformativo della sentenza di cognizione. Ebbene, il problema del coordinamento e bilanciamento tra giudicato e riedizione del potere amministrativo è stato risolto dalla Adunanza Plenaria nel 2013, che ha esaltato la natura mista del giudizio di ottemperanza, di esecuzione e cognizione⁴⁵¹. In ossequio a esigenze di effettività e concentrazione della tutela, i poteri del giudice dell'ottemperanza consentono al ricorrente di convogliare ogni manifestazione provvedimento successiva ad un giudicato caducatorio, spettando poi al giudice la qualificazione della manifestazione provvedimento come nuova oppure elusiva del giudicato intervenuto. Con l'unico onere, per il ricorrente, di effettuare l'impugnazione entro i termini di decadenza per la proposizione dell'azione di annullamento e non entro quelli, ben più lunghi, di cui all'art. 114 c.p.a. Sebbene la giurisdizione di ottemperanza sia estesa al merito, consentendo pertanto al giudice di censurare anche l'opportunità della scelta adottata dalla Pubblica Amministrazione, comunque i poteri del giudice non possono spingersi sino a erodere gli spazi di discrezionalità amministrativa non coperti dall'effetto conformativo della sentenza resa in sede di ottemperanza stessa, ovvero laddove il suddetto obbligo conformativo sia meramente strumentale e non finale, potendo al più intervenire in caso di inerzia della pubblica amministrazione⁴⁵².

Questa premessa consente di analizzare più consapevolmente la vicenda conosciuta dall'Adunanza Plenaria n. 3/2018 *cit.* ove, si rammenta, il problema ha riguardato la possibilità

⁴⁴⁹ Sui rapporti tra valore conformativo del provvedimento giurisdizionale e violazione del giudicato, Cons. St., sez. VI, 17 maggio 2013, n. 2680.

⁴⁵⁰ Sui rapporti tra valore conformativo del provvedimento giurisdizionale ed elusione del giudicato, Cons. St., sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 769 *cit.*

⁴⁵¹ Cons. St., Ad. Plen., 5 gennaio 2013, *cit.*, secondo cui "Il giudice dell'ottemperanza è il giudice naturale della conformazione dell'attività amministrativa successiva al giudicato e delle obbligazioni che da quel giudicato discendono o che in esso trovano il proprio presupposto. Qualora in sede di esecuzione sia stato emesso un ulteriore provvedimento sfavorevole per chi sia vincitore in un precedente giudizio di annullamento, l'interessato può contestare l'atto sopravvenuto con un unico ricorso, proposto entro il termine di decadenza previsto dall'art. 41 c.p.a., e può formulare sia censure di legittimità che censure che lamentano la nullità per elusione del giudicato, spettando al giudice amministrativo la qualificazione dell'attività amministrativa in rapporto al precedente giudicato. La commissione esaminatrice di una valutazione comparativa per la copertura di un posto di professore universitario, qualora il giudice amministrativo abbia annullato le sue valutazioni conclusive perché viziate rispetto ai criteri da essa previamente predisposti, incorre nella violazione del giudicato se rinnova gli atti del procedimento modificandolo senza specifiche ragioni i medesimi criteri, perché solo nel caso in cui essi risultino illegittimi possono essere modificati".

⁴⁵² Cons. St., Ad. Plen., 30 luglio 2008, n. 9. Questa soluzione interpretativa collima pienamente con quanto concluso dalla stessa Adunanza Plenaria, un anno prima, con la sent. 9 febbraio 2016, n. 2, interrogata sui rapporti tra poteri di acquisizione sanante ex art. 42 bis t.u. e ruolo, eventualmente sostitutivo, del commissario ad acta.

di erogare da parte di una pubblica amministrazione somme di danaro, spettanti a titolo di risarcimento del danno, in favore di un soggetto che sia stato attinto – prima della definizione del giudizio risarcitorio – da un’interdittiva antimafia, conosciuta solo successivamente alla formazione del giudicato e taciuta dal soggetto stesso, ovvero se il giudicato favorevole, comunque formatosi, obblighi in ogni caso l’amministrazione a darvi corso e a corrispondere, quindi, la somma accertata come spettante al soggetto medesimo. Sul punto, che, come prima anticipato, ha costituito il secondo interrogativo rimesso, l’Adunanza Plenaria segue una diversa soluzione interpretativa che supera qualificazioni giuridiche di matrice processuale per prediligere di sostanziali. Non si può trascurare che la sopravvenienza di un’interdittiva antimafia, sia effettivamente che soltanto in termini di conoscibilità, venga equiparata quanto a disciplina e conseguenze a qualsiasi altra sopravvenienza materiale ovvero giuridica. Di qui, nel rispetto della finalità che anima il legislatore nelle strategie di prevenzione e contrasto alla criminalità organizzata mafiosa, l’aver inquadrato l’effetto prodotto dall’interdittiva antimafia in termini di “incapacità” rende privo di rilievo il problema della intangibilità del giudicato e della sua progressiva formazione.

Ad avviso dell’Adunanza Plenaria, *“se il soggetto destinatario dell’interdittiva antimafia ha una particolare forma di incapacità ex lege, (...) il problema non è più rappresentato dalla intangibilità (o meno) del giudicato che sarebbe “vulnerato” dalla ritenuta impossibilità per la Pubblica amministrazione di corrispondere le somme al cui pagamento è stata condannata con la sentenza passata in giudicato. E ciò perché l’impossibilità di erogazione non consegue ad una “incisione” del giudicato, per così dire “sterilizzandone” gli effetti, bensì consegue alla incapacità del soggetto (che astrattamente sarebbe) titolare del diritto da esso nascente a percepire quanto spettantegli”*. Proprio perché l’impossibilità di erogare contributi economici risiede nello stato di incapacità concreta del soggetto attinto dall’interdittiva antimafia a percepire quanto spettantegli, in astratto permane la titolarità del credito, definitivamente accertato, nei confronti della P.A., tanto che, al cessare degli effetti dell’interdittiva, il soggetto bene è in grado di percepire le somme di cui all’art. 67 cit. La presenza di un provvedimento interdittivo antimafia, dunque, non incide sull’obbligazione dell’Amministrazione, bensì sulla “idoneità” dell’imprenditore ad essere titolare (ovvero a persistere nella titolarità) del diritto di credito. *“Viceversa, una volta che venga meno*

l'incapacità determinata dall'interdittiva, quel diritto di credito, riconosciuto dalla sentenza passata in giudicato, "rientra" pienamente nel patrimonio giuridico del soggetto, con tutte le facoltà ed i poteri allo stesso connessi, ivi compresa l'actio iudicati dal quale era temporaneamente uscito, e ciò non in quanto una "causa esterna" (il provvedimento di interdittiva antimafia) ha inciso sul giudicato, ma in quanto il soggetto che è stato da questo identificato come il titolare dei diritti ivi accertati torna ad essere idoneo alla titolarità dei medesimi".

Questo argomento si colloca in funzione di preludio a quanto ci si appresta a trattare nello studio di caso scelto dallo scrivente e pertinente il tema contiguo della risarcibilità del danno da emissione di interdittiva antimafia successivamente annullata contenuto al paragrafo che segue.

5. UNO STUDIO DI CASO: LA RISARCIBILITÀ DEL DANNO DA EMISSIONE DI INTERDITTIVA ANTIMAFIA SUCCESSIVAMENTE ANNULLATA.

A completamento del quadro dei rimedi economico-compensativi finora citati si pone il problema della risarcibilità del danno da interdittiva antimafia illegittima, poi annullata. Ebbene, prima di affrontare lo studio di caso, che ha ad oggetto proprio il rapporto intercorrente tra i due istituti, è opportuno tracciare, in questa sede per linee assai generali, il tema della responsabilità da attività provvedimento della Pubblica Amministrazione⁴⁵³.

⁴⁵³ Feconda la dottrina intervenuta negli anni sulla materia. Si rammentano, S. CIMINI, *Buona fede e responsabilità da attività provvedimento della P.A.*, in F.G. SCOCA, A.F. DI SCIASCIO (a cura di), *Il procedimento amministrativo ed i recenti interventi normativi: opportunità o limiti per il Sistema Paese?*, Editoriale scientifica, 2015, 121; G.D. COMPORTI, *Torto e contratto nella responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, 2014; F. FRACCHIA, *Elemento soggettivo e illecito civile dell'amministrazione pubblica*, Editoriale Scientifica, 2009; S. CIMINI, *La colpa nella responsabilità civile delle amministrazioni pubbliche*, Giappichelli, 2008; L. TRAMONTANO, *La tutela risarcitoria dell'interesse legittimo*, Cedam, 2008; M.C. CAVALLARO, *Potere amministrativo e responsabilità civile*, Giappichelli, 2004; A. ZITO, *Il danno da illegittimo esercizio della funzione amministrativa*, Cedam, 2003; V. MOLASCHI, *Responsabilità extracontrattuale, responsabilità precontrattuale e responsabilità da contatto: la disgregazione dei modelli di responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 2002, III, 4 ss.; A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Dir. amm.*, 1998, 1; A. ROMANO TASSONE, *I problemi di un problema. Spunti in tema di risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Dir. amm.*, 1997, 35; M. CAFAGNO, *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi. Fini pubblici e reazioni di mercato*, Giuffrè Francis Lefebvre, 1996; R. CARANTA, *La responsabilità extracontrattuale della Pubblica Amministrazione*, Giuffrè Francis Lefebvre, 1993; E. FOLLIERI, *Risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi*, Solfanelli, 1985; E. CASSETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, Giuffrè Francis Lefebvre, 1953.

La risarcibilità del danno da attività provvedimento costituisce un approdo relativamente recente nel nostro ordinamento, dal momento che la sua prima affermazione risale alla sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 500/1999⁴⁵⁴. Ecco che, se risulta pienamente condivisa la risarcibilità del danno da lesione di interessi legittimi e la sua riconducibilità al paradigma di cui all'art. 2043 c.c., più articolato è il riconoscimento dei presupposti per l'affermazione della sua sussistenza. Tanto discende, a ben vedere, anche dalla necessità di decodificare correttamente la natura giuridica della responsabilità della Pubblica Amministrazione⁴⁵⁵.

⁴⁵⁴ Nonostante l'art. 28 Cost. preveda espressamente la responsabilità dei funzionari e dei dipendenti pubblici e la sua estensione allo Stato e agli enti pubblici, a lungo la pubblica amministrazione è stata ritenuta obbligata a risarcire unicamente i danni derivanti dai meri comportamenti materiali, giusto il principio del *nemini laedere* codificato all'art. 2043 c.c. secondo cui qualunque fatto, doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno. Fino alla sentenza della Cassazione n. 500 del 22 luglio 1999, infatti, la Pubblica Amministrazione non rispondeva in via risarcitoria per i danni causati nell'esercizio illegittimo del potere amministrativo, dal momento che l'interpretazione tradizionale dell'art. 2043 c.c. riferiva l'ingiustizia del danno unicamente alle situazioni giuridiche di diritto soggettivo, per giunta assoluto. Fu poi l'elaborazione pretoria a portare una progressiva estensione delle situazioni giuridiche soggettive meritevoli di tutela nell'ordinamento. Si pensi, a titolo solo esemplificativo, alla risarcibilità della lesione dei diritti relativi e a quella da perdita di chance. Invero, anche prima della pronuncia Cass. Civ. Sez. Un. n. 500/99 cit., qualche spazio alla risarcibilità dell'interesse legittimo era data dalla giurisprudenza per il tramite della teoria dei cd. "diritti affievoliti". Si fa riferimento, precisamente, alla lesione degli interessi legittimi oppositivi, in caso di diritto soggettivo inciso dal provvedimento amministrativo sfavorevole successivamente annullato in sede giurisdizionale, e alla cd. riespansione del diritto soggettivo nascente da un provvedimento amministrativo favorevole cui accede un provvedimento in autotutela caducatorio illegittimo. Relativamente agli interessi legittimi pretensivi, invece, le uniche tutele riconosciute si avevano in caso di danno da fattispecie di reato e nella materia degli appalti pubblici di lavori e forniture grazie all'art. 13 l. 19 febbraio 1992, n. 142 per gli atti posti in essere in violazione del diritto comunitario e delle norme interne di recepimento. L'inadeguatezza del "sistema" di irrisarcibilità degli interessi legittimi era stata già evidenziata da Corte Cost., sent. 8 maggio 1998, n. 165 e, indirettamente, dalla Corte di Giustizia dell'UE nel caso Francovich (CGUE 19 novembre 1991, C 6/90 e 9/90) sulla responsabilità dello Stato-legislatore per i danni causati al privato a causa del mancato ovvero inesatto recepimento delle direttive comunitarie. Ecco che con la sentenza n. 500/1999, le Sezioni Unite della Cassazione hanno esteso la tutela risarcitoria a ogni danno che presenti il carattere dell'ingiustizia, intendendo per tale il nocimento lesivo di ogni interesse rilevante per l'ordinamento, giusta la natura di norma primaria dell'art. 2043 c.c. e la irragionevole limitazione della tutela risarcitoria alle sole situazioni giuridiche di diritto soggettivo.

⁴⁵⁵ Evidentemente, dall'accertamento della natura della responsabilità provvedimento della P.A., se contrattuale o extracontrattuale, derivano una serie di diversificazioni, ad esempio, in punto di prescrizione (di durata, rispettivamente, decennale e quinquennale), di onere della prova (gravante generalmente sul danneggiato nella responsabilità extracontrattuale), di prevedibilità (nell'illecito extracontrattuale l'agente è obbligato a risarcire ogni danno conseguente nei limiti della causalità giuridica e non soltanto i danni prevedibili come invece avviene nella responsabilità da inadempimento contrattuale ex art. 1225 c.c.). Come noto, in argomento vi sono diverse tesi che nel tempo hanno interloquuto anche diacronicamente, nonostante la partizione tassonomica di teoria generale sia semplicemente bipartita tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Tra quelle più innovative si segnala la teoria della responsabilità contrattuale da contatto amministrativo qualificato. Sul presupposto che l'Amministrazione non si collochi rispetto al privato nella posizione del terzo danneggiante che immagina l'art. 2043 c.c., questa impostazione riferisce la responsabilità dell'ente pubblico alla violazione di obblighi procedurali, dal momento che al cospetto del potere autoritativo unilaterale della P.A. non può sorgere un obbligo (primario) di prestazione giusta la consistenza di interesse legittimo, appunto, della situazione giuridica soggettiva del privato, orientata soltanto alla legittimità del procedimento e del provvedimento finale (Cfr. sul

Non vi è dubbio, a oggi, che l'interesse legittimo abbia consistenza di situazione giuridica soggettiva meritevole di tutela da parte dell'ordinamento e che, pertanto, dalla sua lesione possa scaturire, in astratto, un danno ingiusto, risarcibile. Quali siano i presupposti per il riconoscimento in concreto della tutela risarcitoria, tuttavia, è affare diverso, su cui, a ogni modo, la stessa pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite n. 500/1999 cit. si è soffermata. A prescindere dai risvolti in punto di giurisdizione, allo stato pacificamente incardinata presso il giudice amministrativo, la pronuncia in discorso già delineato il seguente percorso logico, strutturato per fasi successive. Innanzitutto, il giudice è tenuto ad accertare la verifica di un evento dannoso, per poi procedere a qualificare quest'ultimo in termini di ingiustizia, giusta l'effettiva lesione di una situazione giuridica soggettiva (i.e. di interesse legittimo) meritevole di tutela da parte dell'ordinamento giuridico⁴⁵⁶. L'ultimo frammento dell'accertamento dal punto di vista oggettivo è dato, evidentemente, dalla sussistenza del rapporto di causalità tra la condotta, attiva ovvero omissiva, della Pubblica Amministrazione. Ben si comprende, allora, quanto al rapporto tra illegittimità del provvedimento e

punto, Cons. Stato, Ad. Plen., sent. n. 6/2005; Cass. Civ., sent. n. 157/2003; Cons. Stato, sez. V, sent. n. 4329/2001). Questa tesi collima con l'indirizzo interpretativo che inquadra la responsabilità della Pubblica Amministrazione nella forma precontrattuale, imponendo sulla stessa il dovere di comportarsi secondo buona fede nel corso del procedimento. Ad avviso dell'orientamento giurisprudenziale maggioritario, tuttavia, entrambe queste impostazioni non ricostruiscono esaustivamente il quadro della responsabilità da attività provvedimento della Pubblica Amministrazione, dal momento che il privato danneggiato dall'azione amministrativa si duole del cattivo uso del potere a tutela del proprio interesse legittimo e non vanta soltanto pretese di legittimità procedurali. Tra più, in giur., Cons. Stato, sez. V, 27 marzo 2013, n. 1833. Sulla scorta di queste esegesi è nato anche un terzo orientamento, eclettico, che perora la tesi della responsabilità della P.A. come *tertium genus*, dal momento che il comportamento rimproverato alla Pubblica Amministrazione si inserisce sì in un procedimento amministrativo ma ha la sua manifestazione soltanto nel provvedimento finale (sul punto, vd. Cons. Stato, sez. VI, 14 marzo 2005, n. 1047; Id., 10 dicembre 2015, n. 5611). Senza escludere che possano comunque darsi ipotesi in cui il modello della responsabilità precontrattuale, come pure quello contrattuale, sia meglio calzante per ricostruire le coordinate della responsabilità della Pubblica Amministrazione, l'impostazione assolutamente prevalente la riconduce alla responsabilità aquiliana di cui all'art. 2043 c.c., in linea con quanto già affermato a suo tempo dalla Cassazione nella pronuncia n. 500/1999. Sulla natura extracontrattuale della responsabilità della Pubblica Amministrazione, in giurisprudenza, senza pretesa di esaustività, vd. Cons. Stato, Ad. Plen., 3 dicembre 2008, n. 13; Cons. Stato, sez. V, 10 febbraio 2015, n. 675; Id., 21 maggio 2014, n. 2610; Cons. Stato, sez. IV, 6 luglio 2004, n. 5012; Id., 29 luglio 2008, n. 3723.

⁴⁵⁶ La partizione più comune che si rinviene in dottrina distingue tra interessi legittimi oppositivi e pretensivi. Per i primi, il danno ingiusto si ravvisa nel nocimento arrecato all'interesse alla conservazione del bene della vita o della situazione di vantaggio conseguente all'illegittimo esercizio del potere amministrativo. L'accertamento, in questo caso, appare più avvantaggiato, dal momento che prima del cattivo esercizio del potere amministrativo già si era invertevole la titolarità della situazione giuridica di vantaggio in capo al privato, successivamente attinto dal provvedimento illegittimo. Nei secondi, invece, la lesione si configura nel caso di illegittimo diniego di provvedimenti ampliativi ovvero nel loro intempestivo rilascio e, pertanto, sarà necessario un giudizio prognostico sulla cd. speranza del bene della vita richiesto. Sul punto, vd. R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 905.

risarcimento del danno, se di consequenzialità necessaria o meno, che l'illegittimità dell'atto amministrativo è fonte necessaria ma da sola non sufficiente per il sorgere dell'obbligazione risarcitoria. Dal punto di vista del coefficiente psicologico, invece, occorre stabilire se l'evento dannoso e ingiusto sia imputabile a titolo di dolo o colpa della Pubblica Amministrazione⁴⁵⁷. A differenza delle controversie in cui i privati agiscono tra pari, tuttavia, nell'attività autoritativo-provvedimentale della P.A. il riscontro dell'elemento soggettivo colposo si atteggia in maniera differente. Il requisito della colpa, in particolare, viene integrato nel caso in cui *“l'adozione e l'esecuzione dell'atto illegittimo (lesivo dell'interesse del danneggiato) sia avvenuta in violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione amministrativa deve ispirarsi e che il giudice ordinario può valutare, in quanto si pongono come limiti esterni alla discrezionalità”*⁴⁵⁸.

Non potendo ripercorrere in questa sede le varie tesi che nel tempo e, forse, tuttora, ancora si succedono nella teoria generale, ci si limita a ricordare che, secondo l'impostazione prevalente, grava sulla P.A. la dimostrazione dell'insussistenza dell'elemento psicologico, deducendo ogni circostanza idonea a integrare gli estremi del cd. “errore scusabile”⁴⁵⁹. A fronte dell'inversione probatoria in discorso, quanto ai fattori che valgono ad escludere ovvero a limitare la colpa della Pubblica Amministrazione si rammentano, senza pretesa di esaustività, l'esistenza di contrasti giurisprudenziali nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme di riferimento, la formulazione ambigua delle norme di azione, la complessità della situazione di fatto e dei relativi accertamenti istruttori, finanche il concorso colposo dello stesso danneggiato. La presunzione semplice derivante dall'illegittimità del provvedimento amministrativo impugnato, se di certo agevola il privato asseritamente danneggiato, non

⁴⁵⁷ Invero, prima di Cass. Civ., Sez. Un., sent. n. 500/1999, in giurisprudenza si riteneva che la colpa fosse in re ipsa, cioè a dire sussistente nella stessa illegittimità dell'atto amministrativo (vd. Cass. Civ., Sez. Unite, 22 maggio 1984, n. 5361. Con la sentenza n. 500/1999, la Cassazione ha mutato orientamento, demandando al giudice il vaglio sulla sussistenza della colpa della Pubblica Amministrazione come apparato. A differenza del coefficiente psicologico richiesto per l'affermazione della responsabilità amministrativa dei pubblici funzionari, corrispondente alla sola colpa grave e al dolo, la Pubblica Amministrazione risponde anche per colpa lieve.

⁴⁵⁸ In termini, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 906 e giurisprudenza ivi citata.

⁴⁵⁹ C'è da dire che la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha in parte modificato lo statuto giuridico e probatorio per l'affermazione del rimprovero a titolo di colpa in capo alla Pubblica Amministrazione, tanto che l'illegittimità del provvedimento ritenuto lesivo rappresenta, secondo l'id quod plerumque accidit, fattore indiziante la colpa dell'amministrazione. Il raggiungimento di questa soluzione interpretativa è stato possibile tramite l'utilizzo di alcuni parametri come la gravità della violazione commessa e l'ampiezza della valutazione discrezionale rimessa alla Pubblica Amministrazione, le condizioni di fatto nonché l'utilizzo di semplificazioni probatorie e meccanismi presuntivi consentiti dalla legge. In giur., vd. Cons. Stato, sez. VI, 16 aprile 2015, n. 1944; Id., 3 giugno 2006, n. 3981; Cons. Stato, sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239.

implica inesorabilmente l'insuperabilità del fatto ignoto (*i.e.* l'errore) attribuito alla Pubblica Amministrazione. Come rileva la dottrina, l'errore è ritenuto scusabile ogni volta che quest'ultima “*ha optato per una soluzione che solo ex post si è rivelata chiaramente errata, mentre al momento della decisione vi era una obiettiva situazione di incertezza sulla strada da seguire*”⁴⁶⁰.

Se tanto vale relativamente alla responsabilità della P.A. in generale, nella disciplina dei contratti pubblici l'orientamento giurisprudenziale prevalente conosce una declinazione diversa, suscitata dalla dimensione eurounitaria. Il riferimento è alla nota sentenza *Stadt Graz* della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ove i giudici comunitari hanno affermato come il diritto dell'Unione Europea osti a una normativa nazionale che subordini il diritto al risarcimento del danno al carattere colpevole delle violazioni imputabili alla Pubblica Amministrazione⁴⁶¹. Proprio per soddisfare esigenze di piena ed effettiva tutela della concorrenza del settore della contrattualistica pubblica, prende così forma, in questa materia la natura oggettiva della responsabilità della Pubblica Amministrazione. La giurisprudenza nazionale, nel recepire questo importante principio, non ha mancato di evidenziare come nel giudizio diretto all'annullamento dell'aggiudicazione, nonostante l'accertamento della sua illegittimità, sovente è preclusa la tutela in forma specifica per il ricorrente⁴⁶². Si pensi al caso

⁴⁶⁰ R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 907.

⁴⁶¹ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 30 settembre 2010, C-314/09. Nel caso austriaco, la stazione appaltante aveva stipulato il contratto di affidamento pubblico dopo la reiezione di un primo ricorso in via amministrativa, seguito da un ricorso giurisdizionale di accoglimento. Secondo la Corte di Giustizia, la tutela in forma risarcitoria costituisce un'alternativa compatibile alla tutela in forma specifica, coincidente con l'aggiudicazione della procedura, a condizione che l'accesso al risarcimento non sia subordinato alla constatazione dell'esistenza di un comportamento colpevole tenuto dall'amministrazione aggiudicatrice. Invero, il problema interpretativo in discorso sia era già posto precedentemente, sempre a seguito di una pronuncia con cui la Corte di Giustizia aveva sanzionato il Portogallo per aver condizionato la condanna al risarcimento del danno alla prova, incombente sul danneggiato, che le illegittimità della Pubblica Amministrazione fossero state commesse a titolo colposo ovvero doloso (vd. Corte di Giustizia UE, 14 ottobre 2004, C-275/03). Ebbene, fino all'avvento chiarificatore della sentenza *Stadt Graz* cit., la giurisprudenza nazionale aveva avallato un'interpretazione della pronuncia del 2004 orientata alla dimensione probatoria e processuale, riferita, perciò, unicamente all'onere della prova dell'elemento soggettivo della responsabilità della Pubblica Amministrazione e non ai criteri di imputazione dei fatti fonte di obbligazione risarcitoria. Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514; Id., 13 febbraio 2009, n. 775. In dottrina, tra più, S. CIMMI, *La tutela risarcitoria in materia di contratti pubblici: tra novità normative e assestamenti giurisprudenziali*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, 508; B.L. BOSCHETTI, *Natura oggettiva della responsabilità per danni in materia di appalti: nuovi fondamenti tra norme e principi*, in *Urb. e appalti*, 2012, 165.

⁴⁶² Per completezza, si ricorda che l'accoglimento del principio espresso dalla sentenza CGUE *Stadt Graz* è stato esteso dalla giurisprudenza nazionale a tutti gli appalti pubblici, e non soltanto a quelli comunitari, ma non espressamente a settori diversi dagli appalti, sebbene, ad avviso dello scrivente, l'uniformazione delle relative discipline contenuta nel D. Lgs. n. 50/2016 e la loro qualificazione in termini di contratti suggerisca una soluzione diversa. In giur., cfr. Cons. Stato, sez. V, 25 febbraio 2016, n. 772; Id, 8 novembre 2012, n. 5686; Id, 14 ottobre 2014, n. 5115.

in cui nelle more della trattazione nel merito del ricorso giurisdizionale il contratto con l'aggiudicatario, pur illegittimo, sia già stato stipulato e la sua esecuzione in corso. Nessuno dubita, inoltre, che l'annullamento del solo provvedimento di aggiudicazione illegittimo, ove comporti l'aggiudicazione in favore del ricorrente, vede coincidere la tutela caducatoria con quella del risarcimento in forma specifica e, per l'effetto, non comporta per il ricorrente la dimostrazione del coefficiente soggettivo colposo tipico dell'azione risarcitoria extracontrattuale. Sì che, proprio perché la tutela per equivalente economico non può essere subordinata a condizioni e presupposti diversi rispetto a quella in forma specifica, qui si colloca la congiuntura scaturente tra i principi giuridici di diritto interno e quello espresso dalla sentenza *Stadt Graz*. La peculiare declinazione che ha assunto la responsabilità della Pubblica Amministrazione nella materia dei contratti pubblici rende certamente più effettiva la tutela giurisdizionale degli operatori economici pregiudicati dall'azione amministrativa, oltre a costituire modello singolare all'interno del tradizionale archetipo della responsabilità extracontrattuale della Pubblica Amministrazione.

Ecco che, nella materia delle interdittive antimafia si assiste a una decodificazione dei caratteri della colpa ancora diversa, per la peculiare conformazione di questo potere amministrativo, sia nelle norme di relazione che nelle norme di azione. L'ipotesi applicativa su cui occorre porre l'attenzione è quella della risarcibilità del danno da provvedimento amministrativo sfavorevole ritenuto illegittimo dal giudice amministrativo e, per l'effetto, annullato in sede giurisdizionale. Sul punto, si riscontra che a partire dal 2015 la giurisprudenza amministrativa del Consiglio di Stato ha inaugurato un orientamento piuttosto restrittivo, a oggi, pressoché unanime, fondato sui peculiari fini e caratteri del provvedimento prefettizio interdittivo, oltre sulla voluta elasticità del paradigma legale di riferimento⁴⁶³. Imprescindibile risulta, pertanto, declinare gli estremi della colpa della pubblica amministrazione nell'adozione di un provvedimento interdittivo pur illegittimo alla luce degli elevati profili di discrezionalità che il legislatore attribuisce all'organo prefettizio per mezzo degli artt. 84 e 91 Codice Antimafia. Come espressamente affermato nella pronuncia in discorso, *“l'uso dell'aggettivo 'eventuali' e del sostantivo 'tentativi' indicano, in particolare, la configurazione di presupposti del tutto incerti, ai fini della giustificazione della misura, sicché*

⁴⁶³ Il riferimento è a Cons. Stato, sez. III, 28 luglio 2015, n. 3707. Contra, l'orientamento del Consiglio di Giustizia della Regione Siciliana, cfr. CGA, sent. 9 luglio 2018, n. 385.

*la delibazione prefettizia si risolve, a ben vedere, nell'analisi di indizi sintomatici del pericolo di infiltrazione della criminalità organizzata*⁴⁶⁴. Il fondamento anticipatorio di questo strumento di contrasto alla criminalità organizzata di stampo mafioso, unitamente al carattere (necessariamente) elastico dei suoi presupposti di adozione e al potere discrezionale che lo corredda, infatti, porta a riconoscere il beneficio dell'errore scusabile “*nelle ipotesi in cui le acquisizioni informative trasmesse al Prefetto dagli organi di polizia risultano astrattamente idonee a formulare un giudizio plausibile sul tentativo di infiltrazione mafiosa, in quanto oggettivamente significative di intrecci e collegamenti tra l'organizzazione criminale e l'amministrazione dell'impresa, ancorché vengano, in concreto, giudicate insufficienti a giustificare e legittimare la misura dell'interdittiva*”⁴⁶⁵.

Al contrario, viene negato l'errore scusabile (soltanto) nei casi di macroscopico travisamento dei fatti, ovvero laddove il giudizio prognostico sul tentativo di infiltrazione mafiosa sia basato su indizi del tutto carenti ed equivoci⁴⁶⁶. La dottrina che maggiormente ha attenzionato tale profilo, precisamente, reputa sussistente la colpa della Pubblica Amministrazione laddove “*le acquisizioni istruttorie si rivelino così labili e inconsistenti (per il numero esiguo e per la scarsa significatività dei relativi indici) da non consentire, secondo le comuni regole logiche del giudizio indiziario, alcun apprezzamento serio e attendibile (neanche in astratto) circa il pericolo del condizionamento mafioso dell'impresa*”⁴⁶⁷. Del pari, per la giurisprudenza amministrativa intervenuta in argomento occorre guardare al “*parametro valutativo che costituisce criterio di condotta al quale dovrebbe obbedire il Prefetto*”⁴⁶⁸. Specificamente, quando il contesto di fatto da cui il Prefetto ha dedotto la sussistenza di un rischio di infiltrazione mafiosa è tale da non ritenere infranti i canoni di correttezza e proporzionalità, l'illegittimità del provvedimento interdittivo non consente

⁴⁶⁴ Cons. Stato, sez. III, n. 3707/2015 *cit.*

⁴⁶⁵ In termini, V. SALAMONE, *La documentazione antimafia nella normativa e nella giurisprudenza*, Editoriale Scientifica, 2019, 89.

⁴⁶⁶ Sulle conseguenze dell'annullamento del provvedimento antimafia interdittivo, T.A.R. Lombardia, sede di Milano, sez. I, 28 settembre 2017, n. 1870, afferma che sono inverati i presupposti del risarcimento del danno “qualora non sia configurabile un errore scusabile, ma si tratti piuttosto di una negligenza inescusabile”. Sul concetto di inegligenza inescusabile in argomento, G.A. GIUFFRÉ, *Interdittive antimafia annullate: errore scusabile o condanna al risarcimento del danno*, 07 settembre 2018, in www.lamministrativista.it.

⁴⁶⁷ V. SALAMONE, *op. cit.*, 90.

⁴⁶⁸ L'espressione è riportata, invero, in V. SALAMONE, *op. cit.*, 90.

comunque di ritenere integrato alcun danno ingiusto risarcibile⁴⁶⁹. Al contrario occorre opinare, invece, ove il giudizio sull'infiltrazione mafiosa sia stato formulato sulla base di indici del tutto carenti ed equivoci, in quanto tali a denotare incoerenza istruttoria e spregio dei principi di buona fede e imparzialità dell'azione amministrativa⁴⁷⁰.

Non manca, tuttavia, sul punto, dottrina di segno contrario, che si sofferma criticamente, in particolare, sugli effetti della decisione di irrisarcibilità del danno nel settore dei contratti pubblici. Secondo questa impostazione, l'unanime orientamento giurisprudenziale in materia non trova giustificazione nella fase successiva all'annullamento dell'atto, "*ove a prescindere dalle regole sulla responsabilità della p.a. e, quindi, dai profili soggettivi di colpa dell'amministrazione, prevale certamente il diritto dell'imprenditore, non più interdetto, a vedersi riconosciuta, ripristinata la possibilità di fare impresa nonché a recuperare la dignità umana*"⁴⁷¹. Con l'annullamento dell'atto, detto altrimenti, essendo accertati l'insufficienza degli indizi valutati dalla Prefettura e l'inidoneità del giudizio prognostico sulla sussistenza del pericolo di infiltrazione mafiosa, prevarrebbe la tutela della libertà di iniziativa economica, almeno nella forma rimediabile minima conosciuta all'ordinamento statale, ovvero quella del diritto al risarcimento del danno. Di qui la disparità di trattamento rispetto agli invasi canonici di accertamento della responsabilità della Pubblica Amministrazione in materia di contratti pubblici, ove dall'annullamento del provvedimento amministrativo (il caso dell'annullamento dell'aggiudicazione in favore del secondo graduato

⁴⁶⁹ Sul rapporto tra risarcimento del danno e illegittimità del provvedimento amministrativo interdittivo antimafia, si vd. Cons. Stato, sez. III, 27 marzo 2018, n. 1901, ove è affermato non solo che il risarcimento del danno non è conseguenza diretta e costante dell'annullamento giurisdizionale di un atto amministrativo ma, altresì, che "*il requisito della colpa dell'amministrazione deve essere scrutinato in coerenza con la funzione, la natura e i contenuti delle relative misure e, quindi, con l'ampio spettro di discrezionalità, con il carattere preventivo e cautelativo dei provvedimenti da adottare, nonché tenendo conto della difficoltà e complessità delle questioni da affrontare al fine di ricostruire un quadro attendibile*". Conf., Id., sent. 6 marzo 2018, n. 1409. Ribadisce la mancanza del presupposto dell'ingiustizia del danno in caso di legittimità del provvedimento interdittivo antimafia Cons. Stato, sez. III, 19 dicembre 2017, n. 5964. Sui profili di riparto della giurisdizione, si vd. Cass. Civ., Sez. Unite, 14 marzo 2011, n. 5925, secondo cui rientra nella cognizione del giudice ordinario la domanda con cui un operatore economico chiede la condanna dell'amministrazione al risarcimento dei danni asseritamente subiti a causa del mancato aggiornamento dei dati contenuti nelle informative antimafia rese a suo carico da alcune Prefetture.

⁴⁷⁰ In argomento, vd. Cons. Stato, sent. III, sent. 26 marzo 2018, n. 1882.

⁴⁷¹ Così G.L. LEMMO, *Il risarcimento dei danni in caso di annullamento dell'interdittiva*, in G. Amarelli, S. Sticchi Damiani (a cura di), *Le interdittive antimafia*, op. cit., 180.

è emblematico sul punto) discende l'automatico riconoscimento del diritto al risarcimento del danno patito dall'operatore economico⁴⁷².

Questa premessa di carattere dogmatico e generale consente di introdurre lo studio di caso cui sopra si è fatto cenno. A seguito di una prima interdittiva antimafia del 2008, emessa giusti i risultati investigativi del Gruppo Interforze Grandi Opere, la società, operante nel settore degli scali, demolizioni, movimenti terra e frantumazione inerti, presenta più istanze di aggiornamento, diluite nel tempo. Nel 2012, dunque oltre tre anni dagli eventi che avevano dato origine all'interdittiva del 2008, la Prefettura emette nuovamente un diniego di aggiornamento, esito di un'indagine ad hoc disposta dalla Prefettura proprio al fine di verificare l'attualità del pericolo di infiltrazione mafiosa della società, poi impugnato. Il Tar Lombardia – sede di Milano, con sent. n. 253/2013, accoglieva il ricorso, perché dal provvedimento interdittivo non emergevano elementi sintomatici della permanenza di tentativi e condizionamenti mafiosi, non essendo riscontrato alcun tipo di contatto, personale ovvero commerciale, con esponenti della criminalità organizzata, né sarebbero stati evidenziati gli specifici mezzi di prova a fondamento di tali legami. Questo dato, unito al fatto, da un lato, che l'impresa aveva ripreso un consolidato operare e, dall'altro, che in sede penale era stata riconosciuta l'estraneità dei suoi titolari al sodalizio criminale, portava all'annullamento dell'interdittiva. Il Consiglio di Stato, sez. III, con sent. n. 4320/2014, confermava l'annullamento provvedimento, aggiungendo nella parte motiva che “gli elementi presi a base dell'informativa prefettizia, pur non dovendo raggiungere la prova rigorosa del processo penale, comunque devono essere oggettivi e presentare un certo grado di attendibilità, non potendosi ritenere sufficienti fattispecie fondate sul semplice sospetto o su mere congetture prive di riscontro fattuale. Con l'effetto che, pur a fronte della ampia discrezionalità degli organi di polizia e della Prefettura, il giudice amministrativo può sindacare la rilevanza e la specificità di ciascun elemento che poi viene chiamato a comporre il quadro indiziario complessivo tenuto presente ai fini dell'affermazione del condizionamento da parte della criminalità”.

⁴⁷² Afferma che la particolare natura dei provvedimenti interdittivi non consente di applicare le regole risarcitorie operanti nella materia dell'aggiudicazione dei pubblici appalti, per le quali la responsabilità dell'amministrazione prescinde dalla colpevolezza dell'ente aggiudicatore, Cons. Stato, sez. III, 5 marzo 2018, n. 1401. Conf., più di recente, Id., 5 giugno 2019, n. 3799.

Con successivo ricorso, la società in parola ha domandato il risarcimento dei danni derivanti dall'interdittiva antimafia del 2012, legati alla mancata stipulazione di contratti a causa della misura interdittiva, alla risoluzione dei contratti in essere, all'impossibilità di partecipare alle gare pubbliche, alle perdite economiche subite e ripianate con versamenti personali dei soci, comprensive del danno all'immagine. Ad avviso della ricorrente, in punto di nesso di causalità, l'impossibilità di contrattare con le pubbliche amministrazioni scaturirebbe proprio dall'interdittiva, la cui illegittimità altro non sarebbe che un indice presuntivo della colpa della Prefettura, per aver adottato un atto in totale carenza dei presupposti. Il Tar Lombardia – sede di Milano – con sent. n. 1870/2017, esclude la sussistenza dell'elemento soggettivo colposo in capo alla Prefettura, richiamando a sostegno la giurisprudenza sui caratteri speciali della colpa nella materia che ci occupa. Tra più argomenti, si ricorda quello per cui, al contrario dell'attività provvedimentale "comune", quella attinente le informative antimafia è "configurata dallo stesso legislatore come fondata su valutazioni necessariamente opinabili, siccome attinenti all'apprezzamento di rischi e non all'accertamento di fatti e non, quindi, ancorata alla stringente analisi della ricorrenza di chiari presupposti, di fatto e di diritto, costitutivi e regolativi della potestà esercitata". Dalla previsione di una regola di condotta definita "tutt'altro che chiara e univoca", unitamente all'ampio spettro di discrezionalità assicurato nel campo della prevenzione antimafia, deriva la necessità di modellare la sussistenza del cd. errore scusabile in termini diversi rispetto alle cause esimenti enucleate in via generale dalla giurisprudenza per escludere la colpa della P.A. Il rigore logico della pronuncia in commento, tuttavia, pare allo scrivente carente sul piano concreto, dal momento che la colpa della Prefettura è esclusa (anche) perché al tempo dell'emissione dell'interdittiva del 2012 erano stati rigettati in primo grado i ricorsi avverso la prima interdittiva antimafia (del 2008) e le relative istanze di aggiornamento (del 2009), quasi a giustificare la razionalità di un *fumus boni iuris* permanente. L'infondatezza della domanda risarcitoria è poi confermata dal Consiglio di Stato, sez. III, sent. n. 5479/2018, che esclude la colpa della Prefettura per lo "*specifico frangente temporale nel quale è stata emanata la seconda informativa*" (quella del 2012), insieme "*agli elementi di continuità con la precedente, che potevano indurre a ritenere non del tutto esaurita la carica sintomatica degli elementi posti a suo fondamento, all'assenza di nuove emergenze idonee a dimostrare una chiara discontinuità rispetto al pregresso quadro indiziario e alle contestuali risultanze della parallela*

indagine penale, che hanno incolpevolmente contribuito ad orientare le valutazioni della Prefettura”.

Alla luce di quanto finora esposto, il lavoro intende rilevare come, in realtà, almeno nello studio di caso affrontato, l'infondatezza della pretesa risarcitoria poggia sulla valorizzazione di elementi piuttosto singolari. Sembra, infatti, che il contenzioso pendente su un provvedimento interdittivo pregresso giustifichi l'adozione di un secondo provvedimento, di uguale tenore, pur se, per un verso, il destinatario della misura riesca a dedurre circostanze positive in fatto idonee a dimostrare la non attualità dell'infiltrazione e, per altro verso, il contenzioso sull'interdittiva originaria si risolva nel suo definitivo annullamento. In questa direzione, non sembra esente da critiche la valorizzazione del frangente temporale in cui matura l'emissione della seconda interdittiva, conclusione rispetto alla quale lo scrivente intende proporre un parallelismo circa l'apprezzamento del requisito della "attualità" della pericolosità per il preposto nel procedimento applicativo delle misure di prevenzione personali.

CAPITOLO IV

LA DOCUMENTAZIONE ANTIMAFIA E I SUOI CONTROVERSI RAPPORTI CON IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ

SOMMARIO – **1.** L'ACCERTAMENTO DEI TENTATIVI DI INFILTRAZIONE MAFIOSA NELLA VALUTAZIONE PREFETTIZIA E NELLA GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA. – **1.1.** BREVI CENNI SUL REATO DI PERICOLO: RELAZIONE, GIUDIZIO E TASSONOMIA. – **1.2.** LA RILEVANZA DEL PERICOLO NELLA DOCUMENTAZIONE ANTIMAFIA. – **1.3.** I RAPPORTI DI PARENTELA, LE CONSUETUDINI DI VITA E LE COINTERESSENZE ECONOMICHE. – **1.3.1.** (FOCUS SU) L'INFORMATIVA "A CASCATA". – **1.4.** VICENDE ORGANIZZATIVE E GESTORIE DELL'IMPRESA. – **1.4.1.** (SEGUE) IL RUOLO DEI MODELLI OPERATIVI ANTICORRUZIONE: L'ARCHETIPO DELINEATO DALLA DIREZIONE TECNICA DEL COMUNE DI MILANO. – **1.4.2.** (SEGUE) L'ISTITUTO DEL SUBAPPALTO: FENOMENOLOGIA E DISCIPLINA NELLA CONTRATTUALISTICA PUBBLICA. – **1.5.** LA SELEZIONE DEL PERSONALE. – **1.6** LA C.D. "CONDIVISIONE DI UN SISTEMA DI ILLEGALITÀ". – **2.** LA DOCUMENTAZIONE ANTIMAFIA: IL PROBLEMA DELLA NATURA GIURIDICA. – **2.1.** GLI ESTREMI DELLA QUESTIONE CONTROVERSA. – **2.2.** LE MISURE DI PREVENZIONE NELL'APPARATO DELLA PUBBLICA SICUREZZA E DEI POTERI DI POLIZIA: CENNI DI TEORIA GENERALE. – **2.3.** IL SISTEMA DI PREVENZIONE E LA TUTELA MULTILIVELLO DEI DIRITTI: QUALI RIVERBERI PER LA DOCUMENTAZIONE INTERDITTIVA ANTIMAFIA? – **2.4.** NUOVE FORME DI PERICOLOSITÀ QUALIFICATA: LE MISURE DI PREVENZIONE ATIPICHE. **2.5.** I PROVVEDIMENTI INTERDITTIVI ANTIMAFIA E LA CATEGORIA DOGMATICA DELLE SANZIONI AMMINISTRATIVE. – **3.** IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ: DECLINAZIONI NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO MODERNO. – **4.** DISCREZIONALITÀ TECNICA "SPECIALE" E LIMITI DEL SINDACATO GIURISDIZIONALE SUI PROVVEDIMENTI INTERDITTIVI ANTIMAFIA.

1. L'ACCERTAMENTO DEI TENTATIVI DI INFILTRAZIONE NELLA RICOSTRUZIONE DELLA GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA.

Prima di addentrarci nel merito della trattazione, sia consentita una brevissima premessa, ritenuta funzionale a meglio comprendere quanto via via si dirà.

Il Capitolo IV costituisce il cuore della nostra indagine, concludendo idealmente un percorso a forma di piramide rovesciata che, da una prospettiva più generale, incentrata sulla disamina dei principali strumenti amministrativi di contrasto alla criminalità organizzata mafiosa, passa poi all'analisi dell'intero sistema della documentazione antimafia, interrogando istituti di teoria generale del diritto pubblico per comprenderne similitudini e differenze.

A questo punto, occorre addentrarsi nello studio del rapporto tra principio di legalità e documentazione antimafia, per cogliere se, effettivamente, si tratti di due figure difficilmente conciliabili, come rilevato dalla maggioranza della dottrina, ovvero se, anche avvalendosi di altri istituti di teoria generale, sia possibile addivenire a una diversa composizione del "conflitto". Per far ciò, è opportuno procedere per gradi e proseguire nella

ricerca per fasi logicamente successive. Per questo, il presente paragrafo è dedicato all'accertamento dei tentativi di infiltrazione mafiosa rilevanti ai sensi dell'art. 84 co. 4 Codice Antimafia. Come già accennato in più momenti del lavoro, i principali nodi interpretativi in materia, con specifico riferimento alle potenziali frizioni rispetto al principio di legalità, riguardano l'informativa interdittiva antimafia generica, di cui alle lett. d) ed e) dell'art. 84 co. 4 *cit.*

Non si rilevano sul punto, almeno a oggi, particolari interrogativi sulla documentazione antimafia, comunicazione ovvero informazione, di tipo liberatorio né, d'altra parte, sulla comunicazione antimafia interdittiva, se non per quello che in seguito si dirà. Senza ripercorrere le coordinate sistematiche sulla documentazione interdittiva generica, già enucleate nel corso del Capitolo II, qui ci si sofferma, specificamente, sull'evoluzione "tassativizzante" della giurisprudenza amministrativa, che, nel tempo, ha stratificato una serie di figure sintomatiche, pressoché alla stregua di quanto accaduto, molto tempo addietro, con l'eccesso di potere della P.A. La differenza più macroscopica risiede, evidentemente, nella funzione perseguita. Come noto, mentre le figure sintomatiche dell'eccesso di potere hanno costituito il principale strumento a disposizione del privato avverso le manifestazioni del potere discrezionale "sviate", quelle disegnate all'art. 84 co. 4 *cit.* sono, specularmente, indici della presenza del tentativo di infiltrazione mafiosa rilevanti per l'emissione di un provvedimento interdittivo antimafia.

Un ultimo chiarimento è d'uopo. Invero, per assicurare maggior tenuta logico-sistematica, alcune di queste figure sono state già debitamente analizzate nel corso del Capitolo II. Il riferimento è, evidentemente, ai provvedimenti "sfavorevoli" del giudice penale, alle sentenze di proscioglimento e alla proposta o al provvedimento di applicazione di taluna delle misure di prevenzione previste dallo stesso D. Lgs. 159/2011.

Di figure sintomatiche, tuttavia, ve ne sono, ben più e variegate, secondo la ricostruzione assolutamente prevalente maturata nella giurisprudenza amministrativa degli ultimi anni. E anzi, può dirsi che l'elaborazione di indici sintomatici nel senso della sussistenza del tentativo di infiltrazione mafiosa sia prima, e proprio, germogliata grazie all'apprezzamento di provvedimenti giurisdizionali distinti, e ulteriori, rispetto a quelli contemplati agli artt. 67, co. 1 e 8 e 84 co. 4 *cit.* Occorre ricordare come nel tempo si siano avvicendati orientamenti diversi per ciò che pertiene l'apprezzamento del grado dimostrativo

degli elementi di fatto sintomatici dell'infiltrazione mafiosa. A partire dalla pronuncia del Consiglio di Stato, sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743, tuttavia, è stato inaugurato un filone interpretativo piuttosto compatto che riconosce il carattere aperto e in divenire delle situazioni sintomatiche del "condizionamento mafioso" descritte all'art. 84 *cit.*, proprio per la relativa mutevolezza fenomenologica, peraltro apprezzabili dal Prefetto in modo sintetico.

Non solo. La giurisprudenza formatasi nel corso degli anni ha chiarito come la valutazione dei tentativi di infiltrazione debba avvenire seguendo le caratteristiche sociologiche del fenomeno, senza doversi concretizzare in fatti univocamente illeciti o in accertate responsabilità penali ma potendosi fermare alla soglia dell'intimidazione, dell'influenza e del condizionamento latente.

In letteratura, si registra sul punto una netta frattura tra l'orientamento del Consiglio di Stato e quello del Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Siciliana circa il criterio metodologico da utilizzare per considerare raggiunta la soglia del pericolo⁴⁷³.

Secondo il Consiglio di Stato, infatti, quel che importa è che gli elementi riscontrati abbiano una "*consistenza storico-oggettiva e non congetturale*" e che siano "*sintomatici del condizionamento che la mafia, in molteplici, cangianti e sempre nuovi modi, può esercitare sull'impresa, anche al di là, e persino contro, la volontà del singolo*"⁴⁷⁴. Si deduce che gli stessi ben possono essere privi di rilevanza penale, non costituire oggetto di procedimenti o di processi penali come pure, all'opposto, essere già stati oggetto di giudizio penale ma con esito di proscioglimento o di assoluzione. Diversamente opinando, del resto, verrebbe vanificata la funzione dell'istituto, nella sua finalità anticipatoria e preventiva dell'ordine pubblico, in quanto tale scevra da contenuti repressivi tipici del diritto penale.

Riportando sinteticamente i risultati della giurisprudenza amministrativa, con precipuo riferimento alla sentenza decalogo n. 1743/2016 *cit.*, gli elementi sintomatici più ricorrenti risultano essere, come noto:

- a) i provvedimenti "sfavorevoli" del giudice penale;
- b) le sentenze di proscioglimento o di assoluzione;

⁴⁷³ N. DURANTE, *I tentativi di infiltrazione mafiosa*, relazione al convegno "L'interdittiva antimafia", Vibo Valentia, 15 dicembre 2016.

⁴⁷⁴ Cons. Stato, sez. III, n. 3505/2016.

- c) la proposta o il provvedimento di applicazione di taluna delle misure di prevenzione previste dallo stesso D. Lgs. 159/2011;
- d) i rapporti di parentela;
- e) i contatti o i rapporti di frequentazione, conoscenza, colleganza, amicizia;
- f) la condivisione di un sistema di illegalità, volto ad ottenere i relativi “benefici”;
- g) l’inserimento in un contesto di illegalità o di abusivismo, in assenza di iniziative volte al ripristino della legalità;
- h) le vicende anomale nella formale struttura dell’impresa⁴⁷⁵;
- i) le vicende anomale nella concreta gestione dell’impresa.

L’Autore prosegue analizzando il “contrattare” interpretativo fornito dal Consiglio di Giustizia Amministrativa che, proprio per la funzione preventiva, pur *sui generis*, dell’informativa antimafia, in quanto tale idonea a colpire anche soggetti incolpevoli, ritiene che la sua applicazione debba essere dosata e avvinata da specifiche cautele⁴⁷⁶. Vi sono poi alcuni precedenti ove si apprezza il tentativo di ancorare maggiormente al principio di legalità, come declinazione del “*diritto alla buona amministrazione*” (art. 41 CDFUE), l’esercizio di un potere discrezionale suscettibile, altrimenti, di sconfinare nell’indeterminatezza. Si legge, infatti, che, a livello sistematico, riconoscere prevalente la “*nozione sociologica del fenomeno associativo mafioso, finirebbe per giungere a un’estensione extra ordinem del concetto di pericolosità sociale*”⁴⁷⁷. Sull’argomento, tuttavia, si tornerà in seguito, alla luce della sua più marcata attinenza con il principio di legalità in senso tecnico-giuridico, meritevole, come si vedrà, di trattazione a sé stante.

Di qui, la necessità di riscontrare, cumulativamente, l’esistenza di tre circostanze:

- 1) che siano individuati e descritti gli atti idonei, diretti in modo non equivoco, a conseguire lo scopo di condizionare le decisioni dell’impresa che subisce l’infiltrazione;
- 2) che sia individuato almeno un autore o un mandante del tentativo di infiltrazione;

⁴⁷⁵ Sul punto, significativa è la problematica dell’impresa a conduzione a familiare. In argomento, si veda Cons. di Stato, sez. III, sent. n. 5480/2018, dove, tra l’altro, si legge che “*il nucleo familiare allargato, ma unito nel curare gli affari di famiglia, è uno degli strumenti di cui più frequentemente si serve la criminalità organizzata di stampo mafioso per la penetrazione legale nell’economia*”.

⁴⁷⁶ È da aggiungere che l’orientamento accolto dal C.G.A. riprende un più risalente orientamento del Consiglio di Stato (cfr. Cons. di Stato, sez. V, n. 4315/2006; Cons. Stato, sez. IV, n. 2783/2004).

⁴⁷⁷ Cons. Giust. Reg. Siciliana, sent. n. 247/2016.

- 3) che tale soggetto sia qualificabile come “mafioso in senso tecnico”, dunque, un soggetto attinto da provvedimenti giudiziari penali per mafia o per altri “reati-spia”, espressivi della contiguità all’ambiente mafioso, ovvero di un soggetto con questo convivente, sia pur per una “deliberata scelta di contiguità”⁴⁷⁸.

1.1. BREVI CENNI SUL REATO DI PERICOLO: RELAZIONE, GIUDIZIO E TASSONOMIA.

Con particolare riferimento al requisito *sub* 1), l’assimilazione svolta dal Consiglio di Giustizia Amministrativa del tentativo di infiltrazione mafiosa alla formulazione dell’art. 56 c.p. richiede di svolgere qualche considerazione sulla nozione di pericolo nel diritto penale. È noto, infatti, che la figura del tentativo, come delineato all’art. 56 c.p., costituisce l’archetipo delle fattispecie di pericolo. Ora, già nella teoria generale del reato, il concetto di pericolo suscita problemi di qualificazione gnoseologica in quanto, come riconosciuto magistralmente in plurime e risalenti pronunce della *Bundesverfassungsgericht*, «*si sottrae a una precisa definizione scientifica. Esso non è determinabile in maniera universalmente valida*»⁴⁷⁹. La nozione di pericolo, infatti, è una nozione mobile che rifugge da categorizzazioni e tipizzazioni ed è per questo che nelle fattispecie di cui questo costituisce parte sembra che il legislatore abdichi la sua funzione definitoria, lasciando all’organo amministrativo (prima) e giudicante (poi) il compito di plasmarne la forma a seconda delle multiformità delle situazioni concrete sottoposte al suo accertamento.

Da ciò derivano importanti conseguenze di ordine pratico, dal momento che tanto più dettagliata sarà la formulazione del pericolo in una figura di reato tanto meno ampio sarà l’ambito di applicabilità delle fattispecie che lo comprendono e viceversa. Per un corretto inquadramento del ruolo giocato dal pericolo e (soprattutto) per soddisfare la *ratio* spiccatamente prevenzionistica che presiede alla normazione delle fattispecie di pericolo è perciò necessario apprestare criteri di orientamento dotati di verificabilità empirica⁴⁸⁰.

Come è stato sostenuto, il pericolo non è un avvenimento fenomenico esistente, per così dire, in *rerum natura*, bensì è una relazione concreta di probabilità tra un’entità

⁴⁷⁸ Cons. Giust. Reg. Siciliana, sent. n. 257/2016.

⁴⁷⁹ V. F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, Giuffrè Francis Lefebvre, 1994, 2.

⁴⁸⁰ F. ANGIONI, *Il pericolo concreto*, cit., 5.

cronologicamente precedente e un successivo risultato dannoso e sfavorevole. Esso ha, perciò, valore di attributo di una situazione, di un fatto, di un evento che la legge vuole evitare⁴⁸¹. Il legame epistemologico tra fatto pericoloso e fatto dannoso implica, dunque, un rapporto di derivazione tra i due termini che, però, non è di tipo deduttivo-sillogistico, riconducendosi, piuttosto, alla classe dei rapporti di derivazione su base fenomenica e temporale.

La relazione di pericolo si struttura, pertanto, come un rapporto di condizionalità tra due termini di cui però solo il primo ha avuto manifestazione del mondo fisico, essendo invece l'esistenza reale del secondo solo probabile o eventuale. Occorre, allora, procedere all'accertamento della sussistenza e della rilevanza del pericolo soprattutto per accertare se probabilmente si verificherà o meno il secondo termine della relazione epistemologica, ossia il concreto risultato lesivo, proprio perché l'incognita sta nel non sapersi *a priori* se questo si realizzerà oppure no⁴⁸². Dalla definizione dell'elemento del pericolo in termini dinamici e relazionali non deriva, tuttavia, la soluzione al problema della determinazione dello stesso. In ogni caso, è comunque possibile declinare questo assunto nelle tipologie di pericolo note all'ordinamento, quali il pericolo concreto, il pericolo astratto e il pericolo presunto.

Procedendo per gradi, è il caso di ricordare che, nelle fattispecie di pericolo concreto, esso costituisce parte integrante del fatto e il suo accertamento, ossia il vero e proprio «*giudizio di pericolo*», deve essere effettuato dall'organo giudicante in concreto, in aggiunta agli altri elementi tipici, non essendo *in re ipsa*, bensì costituendo «*carattere accidentale di certe entità*»⁴⁸³. In questo caso, dunque, la soglia del pericolo svolge una funzione reale nel fatto tipico in quanto si definisce «*il limite di punibilità della condotta rispetto all'evento offensivo che determinerebbe la lesione del bene*»⁴⁸⁴. Essendo il giudizio di pericolo privo di carattere meramente ricognitivo, proprio perché il pericolo non si traduce in un evento fenomenico preciso, la pericolosità di una condotta deve essere valutata alla luce della miglior scienza ed esperienza, richiedendo perciò la ricerca di leggi sperimentali e statistiche fondate sulla frequenza della dipendenza di certi fatti da altri e la verifica che queste stesse ben si attagliano al caso concreto.⁴⁸⁵ In tal modo, la forza applicativa della disposizione viene ridotta, dovendo

⁴⁸¹ F. ANGIONI, *Il pericolo concreto*, cit., 19.

⁴⁸² F. ANGIONI, *Il pericolo concreto*, cit., 25.

⁴⁸³ F. ANGIONI, *Il pericolo concreto*, cit., 34.

⁴⁸⁴ T. PADOVANI, *Diritto penale della prevenzione e mercato finanziario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 637.

⁴⁸⁵ A. ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Giappichelli, 1912, 300.

il giudice riportarsi al momento in cui è stato posto in essere il comportamento attivo od omissivo e tener conto di tutte le circostanze presenti al momento in cui si è verificata l'azione per valutare la probabilità del verificarsi della lesione del bene tutelato.

Il giudizio di pericolo, accogliendosi la sua definizione in termini di relazione e non in quella *schröderiana* di qualificazione del pericolo concreto come evento⁴⁸⁶, si struttura come procedimento di accertamento *ex ante*, e non *ex post*, come invece accade per l'accertamento di ogni elemento del fatto. Tale giudizio è analogo per struttura a quello che si effettua per accertare l'idoneità di una condotta al fine di una sua qualificazione come tentativo di reato, e questa analogia può *a fortiori* derivare dal fatto che l'istituto del tentativo è riconosciuto, come si è ricordato, proprio come l'archetipo dei reati di pericolo. Si è parimenti già accennato che la relazione tra fatto pericoloso e evento dannoso non è una relazione di causalità, tale per cui è necessario un accertamento *a posteriori* proprio perché il fatto-causa e il suo effetto già si sono verificati nel mondo fenomenico, trattandosi, piuttosto, di una «*relazione di probabilità tra una situazione data e un fatto futuro e incerto*»⁴⁸⁷. Per tale ragione, a prescindere dalla verifica dell'evento dannoso, l'accertamento della suddetta relazione è da compiersi riportandosi mentalmente ad un momento che sia anteriore a quello dell'accadimento, se si è avuto, o meno di quel determinato risultato sfavorevole. Concorrono al compimento dell'accertamento della sussistenza del pericolo tre elementi: il momento, la base e il metro del giudizio. Del primo si è appena accennato ma comunque, per una sua compiuta comprensione, si rende necessario procedere prima alla disamina degli altri due elementi.

Per quanto riguarda la base del giudizio, ovvero l'insieme degli elementi di fatto che concorrono all'accertamento della sussistenza o meno del pericolo, inizialmente la dottrina (per prima quella tedesca ma anche quella austriaca e italiana) riteneva di dover prendere in considerazione le circostanze presenti al momento della condotta tipica, purché note al soggetto agente o riconoscibili a un osservatore oggettivo che si trovasse nelle medesime condizioni del primo, dando così luogo ad un accertamento sì prognostico ma su base ontologica parziale. Già negli anni Cinquanta e Sessanta, però, ci si è accorti di come questo

⁴⁸⁶ Così H. SCHRÖDER, in F. ANGIONI, *Il pericolo concreto*, cit., 44.

⁴⁸⁷ F. ANGIONI, *Il pericolo concreto*, cit., 37; Nello stesso senso, F. ANTOLISEI, *L'azione e l'evento del reato*, Istituto Editoriale Scientifico, 1928, 136.

tipo di accertamento non soddisfi l'esigenza di un giudizio di pericolo strutturato in maniera realmente concreta e, per questo, si è pervenuti all'estensione della base reale del giudizio a tutte le circostanze ontologiche esistenti al momento del fatto tipico e rilevanti per lo stesso⁴⁸⁸, senza tener conto di quelle successive, come invece prevede la concezione *schröderiana* di fine anni Sessanta. La regola aurea della base ontologica totale *ex ante* è, dunque, tendenzialmente totale, nel senso che si ha riguardo a tutte le circostanze sì esistenti ma che si è in concreto riusciti a individuare.

Relativamente, invece, al metro del giudizio, concorrono alla sua formazione quelle leggi di esperienza bipartite nelle categorie delle leggi universali, o di certezza, e statistico-probabilistiche⁴⁸⁹. Le cosiddette regole di esperienza, tuttavia, non sono di immediata percettibilità e non sono passibili di generalizzazione in quanto per definizione induttive. Ciò è tanto più palpabile nel giudizio di pericolo, ove la necessità di ricorrere sempre e soltanto a regole di tipo probabilistico dipende dal fatto che mancano prognosi di certezza del tipo *post hoc ergo propter hoc*⁴⁹⁰. Una volta trovata la regola empirica applicabile, si dovrà verificare se nell'insieme dei fatti rientranti nell'ambito di validità della regola rientri anche quello concreto, rammentando però che, seppur si ravvisi la sussistenza di una probabilità, secondo autorevole dottrina, l'elemento del pericolo esige gradi diversi di probabilità a seconda della fattispecie in cui è inserito, avendo riguardo al rapporto intercorrente tra fattispecie di pericolo e speculare ipotesi di lesione⁴⁹¹. Si osserva, però, come la base e il metro del giudizio di pericolo siano in realtà elementi intimamente connessi e che si implicano vicendevolmente, in quanto di tutte le circostanze della base potenziale rientrano in quella reale solo quelle ritenute rilevanti alla luce della regola di esperienza prescelta. D'altra parte, è la stessa base del giudizio a fungere da presupposto selettivo delle regole di esperienza applicabili al caso concreto in quanto ci si serve soltanto di quella che meglio si attaglia alla base potenziale del giudizio e che è per ciò la sola da ritenersi rilevante per procedere all'accertamento della sussistenza del pericolo. Pervenendo, infine, alla definizione del momento del giudizio, già si è detto della necessità di considerare tutte le circostanze presenti al momento del fatto tipico.

⁴⁸⁸ F. ANGIONI, *Il pericolo concreto*, cit., 98.

⁴⁸⁹ F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale. Il nesso di condizionamento fra azione e evento*, Giuffrè Francis Lefebvre, 1975, 24 ss., 305 ss.

⁴⁹⁰ F. ANGIONI, *Il pericolo concreto*, cit., 132.

⁴⁹¹ F. ANGIONI, *Il pericolo concreto*, cit., 266.

All'uopo, occorre ora definire la scadenza temporale da prendere in riferimento. Qualora si assuma che il ruolo delle fattispecie di pericolo sia quello di soddisfare esigenze general-preventive e rafforzare la tutela di determinati beni giuridici, il momento valido per il giudizio, all'interno di plurimi momenti tutti parimenti assumibili, sarà quello che consente la prognosi indicante «*la maggiore misura di possibilità di verifica dell'evento lesivo*»⁴⁹².

Delineati brevemente i tratti essenziali del concetto di pericolo concreto, prima di passare a illustrare la nozione di pericolo astratto, è necessario ricordare che mentre una parte della dottrina suole distinguere questa categoria da quella dei reati di pericolo presunto⁴⁹³, altra dottrina, come pure la giurisprudenza maggioritaria, attribuisce medesima valenza al pericolo astratto o presunto⁴⁹⁴. Si ritiene che l'adesione all'uno o all'altro indirizzo non sia irrilevante per la qualificazione del pericolo, dato che le conseguenze sul piano dell'accertamento della sua sussistenza nel caso concreto sono affatto diverse. Lo scrivente, per maggior completezza di indagine, sceglie di prediligere il pericolo astratto e quello presunto come generi distinti.

Quanto al fondamento delle fattispecie di pericolo astratto, può dirsi che questi si caratterizzano per il fatto che la situazione di pericolosità, pur costituendo elemento costitutivo della fattispecie, e perciò oggetto dell'accertamento del giudice, viene intesa come «*idoneità generale dell'azione a ledere beni giuridici di un certo tipo*», ossia come adeguatezza lesiva da determinare trascurando alcune circostanze del fatto storico⁴⁹⁵. Nelle fattispecie di pericolo astratto, dove questo è appunto inespresso, la relazione di probabilità tra condotta e risultato lesivo è da intendersi come automaticamente sussistente se risultano integrati tutti gli altri elementi del reato. L'accertamento della pericolosità della condotta non coinvolge dunque quelle circostanze che per il legislatore hanno una generale attitudine lesiva, seppur con limite dell'assoluta inidoneità del fatto alla realizzazione del danno, e il giudizio è formulato per via induttiva su base parziale e generalizzante⁴⁹⁶. Questa accezione di pericolo, come anticipato, è stata spesso da dottrina e giurisprudenza sovrapposta a quella di pericolo

⁴⁹² F. ANGIONI, *Il pericolo concreto*, cit., 193.

⁴⁹³ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, 2009, 204.

⁴⁹⁴ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2009, 197.

⁴⁹⁵ G. FIANDACA, *Note sui reati di pericolo*, in *Il Tommaso Natale, Scritti in memoria di Giacomo Bellavista*, I, 1977, 180.

⁴⁹⁶ A. GARGANI, *Il danno qualificato dal pericolo*, cit., 192.

presunto. Come sostenuto, «*configurando come tipica una fase del decorso causale anteriore a quella che precede immediatamente la possibile lesione, il legislatore ottiene una certa astrazione dal pericolo (...) perché si taglia fuori dalla considerazione una rilevante parte della condotta, ciò che allontana ancor di più dal modello puro del pericolo concreto*»⁴⁹⁷.

Quanto alla categoria dei reati di pericolo presunto, in questi il pericolo non è previsto come elemento costitutivo del fatto ma è, appunto, presunto, per ciò che non necessita di essere provato di volta in volta, in quanto il legislatore, sulla base dell'*id quod plerumque accidit*, ha considerato la condotta tipica descritta dalla norma come astrattamente idonea a produrre effetti perniciosi sul bene giuridico tutelato. Per pericolo presunto si intende, allora, quella tecnica legislativa basata sulla tipizzazione di forme di comportamento generalmente pericolose⁴⁹⁸, trattandosi in questo caso di un giudizio deduttivo, una *fictio* preclusiva dell'accertamento nel singolo caso concreto anche di un eventuale difetto di pericolosità della condotta tenuta. Come osservato in dottrina, la presunzione di pericolosità costituisce «*astrattezza pietrificata nella condotta tipica, sulla base di elementi tipici che, per lo più, difficilmente si sottrarrebbero ad una valutazione di almeno generica idoneità lesiva*», risolvendosi così la relazione con il bene giuridico suscettibile di lesione nella stessa *ratio* dell'incriminazione.⁴⁹⁹ In relazione a questa categoria di fattispecie e all'elemento del pericolo presunto, con l'avvento della Carta Costituzionale si sono poste problematiche crescenti di cui la dottrina si è occupata specialmente in relazione a quelle fattispecie che presentano la punibilità di comportamenti carenti di attitudine a ledere il bene giuridico tutelato⁵⁰⁰. La rigida alternativa tra pericolo concreto e pericolo presunto, specificamente, viene destabilizzata dai principi di offensività e di ragionevolezza di cui agli artt. 25 comma 2 e 27 comma 3 della Costituzione e, per alcuni, all'art. 49 secondo comma c.p. che disciplina il reato impossibile⁵⁰¹.

⁴⁹⁷ M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Giuffrè Francis Lefebvre, 1990, 276.

⁴⁹⁸ A. GARGANI, *Il danno qualificato dal pericolo*, cit., 193.

⁴⁹⁹ T. PADOVANI, *Diritto penale della prevenzione e mercato finanziario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 638. Secondo C. PEDRAZZI, *Problemi del delitto di aggio*, Giuffrè, 1958, 48, il pericolo astratto si definisce come "idoneità intrinseca di un'azione che ripete lo schema di una condotta disciolta da specifici riferimenti ambientali che la generale esperienza fa presumere capace di produrre un determinato evento", escludendosi così la rilevanza di tutte quelle circostanze peculiari del caso concreto che altrimenti accompagnano la condotta oggetto del giudizio di pericolo.

⁵⁰⁰ M. PARODI GIUSINO, *La condotta nei reati a tutela anticipata*, in *Ind. pen.*, 1999, 700.

⁵⁰¹ Esplicitamente, in questo senso, C. PEDRAZZI, *Problemi del delitto di aggio*, cit., 48 ss.

Con riguardo al principio di offensività, si evidenzia come in alcune fattispecie possa esservi uno scarto tra la tipicità delle fattispecie e il pericolo per il bene giuridico tutelato ed è per questo che si è distinto quel *tertium genus* di anticipazione della tutela, prima ricordato, fondato sul «pericolo astratto»⁵⁰² o «generico»⁵⁰³. In questo modo, viene legittimato il ricorso a modelli presuntivi che si mostrano come strumenti necessari per tutelare tutti quei beni a largo spettro per i quali una verifica dell'incidenza offensiva del fatto risulti di difficile, se non di impossibile, accertamento. Non per caso, difatti, il campo di elezione del pericolo generico è quello dei delitti contro la pubblica incolumità di cui al Titolo VI, Libro II, del codice penale.

Alla base del *favor* per la qualificazione di figure di reato in chiave di pericolo astratto o generico stanno, dunque, esigenze di maggior praticabilità della fattispecie e, altrettanto sicuramente, una più incisiva difesa contro determinate forme di attacchi a beni giuridici primari, anche se dubbie paiono ad avviso della dottrina le sue maggiori capacità general-preventive rispetto al ricorso al modello del pericolo concreto. Secondo la stessa, infatti, la qualificazione di un reato come di pericolo generico racchiude in sé i difetti delle categorie a lui confinanti del pericolo concreto e di quello presunto, quali la permanenza di un giudizio di pericolo effettuato dal giudice e di un'astrazione dalle reali multiformità del caso concreto⁵⁰⁴. La peculiare generalizzazione che connota l'elemento del pericolo generico riguarda, comunque, la sola base ontologica del giudizio e non coinvolge quella nomologia, ossia il metro del giudizio, attenendo, perciò, ora alle caratteristiche intrinseche del fatto ora alle circostanze ambientali in cui esso opera⁵⁰⁵. Le criticità sorgono proprio in relazione ai limiti della suddetta generalizzazione, che si risolvono, poi, in una limitazione dell'accertamento da parte dell'organo giudicante. Da una prima e sommaria ricognizione delle fattispecie di parte speciale strutturate come reati di pericolo, si evince che la *voluntas legis* è in realtà giunta poche volte a una esplicita qualificazione di figure criminose come fattispecie di pericolo generico. Sembra potersi dire, pertanto, che la regola sia piuttosto costituita dalla formulazione in chiave di pericolo presunto. Come sostenuto in dottrina, il principio di tutela dei beni giuridici quale fondamento e limite della tutela penale legittima pone vincoli non solo all'individuazione degli oggetti di questa meritevoli, ma anche alle

⁵⁰² A. GARGANI, *Il danno qualificato dal pericolo*, cit., 183.

⁵⁰³ F. ANGIONI, *Il pericolo concreto*, cit., 211.

⁵⁰⁴ F. ANGIONI, *Il pericolo concreto*, cit., 242.

⁵⁰⁵ F. ANGIONI, *Il pericolo concreto*, cit., 211.

modalità e alle soglie della tutela stessa, imponendo al legislatore «*vincoli di realtà e non solo di valore*»⁵⁰⁶.

La stessa Corte Costituzionale ha in più battute ribadito la legittimità della tecnica di disciplina del pericolo presunto nelle diverse figure in cui si presenta e il relativismo quale accezione del principio di offensività. La discrezionalità del legislatore nella loro configurazione, infatti, copre anche «*l'individuazione delle soglie di pericolosità e delle condizioni alle quali collegare una presunzione di pericolo, con il solo limite della manifesta irragionevolezza*»⁵⁰⁷. Ed è sempre la Consulta a specificare come «*necessità di prevenzione generale e di riduzione dell'allarme sociale cagionato dai reati convergono a motivare le opzioni legislative nella determinazione delle ipotesi criminose tipiche coerentemente alle svariate conseguenze dannose o pericolose che i comportamenti criminosi sono idonei a produrre*»⁵⁰⁸. Nel salvare da censure di incostituzionalità l'insieme delle fattispecie di reato di pericolo presunto, deriva la necessità di una loro interpretazione alla luce del principio di offensività, demandando così al prudente apprezzamento dell'autorità giudiziaria il vaglio della lesività in concreto della condotta posta in essere, onde evitare una illegittima dilatazione dei fatti riconducibili al modello legale di riferimento⁵⁰⁹. Da qui, l'esigenza e la necessità di ricorrere a figure delittuose modellate come reati di pericolo presunto quando ad essere minacciati siano beni giuridici di primaria importanza, come le libertà costituzionalmente garantite, estendendo così la tutela penale oltre il limite del pericolo concreto, senza per questo dimenticare la potenziale fallibilità empirica di tipizzazioni rigide quali appunto le presunzioni di pericolosità⁵¹⁰. Come ha sostenuto altra dottrina in relazione alle problematiche dei modelli di tipizzazione *ex lege*, la discrezionalità legislativa implica che la valutazione del contenuto offensivo di ogni reato non possa esaurirsi nel riferimento esclusivo al bene giuridico di riferimento ma debba tenere presente anche tutto quel fascio di

⁵⁰⁶ D. PULITANÒ, *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1004.

⁵⁰⁷ Corte Cost., 11 luglio 1991, n. 333, in *Giur. cost.*, 1991, 2660.

⁵⁰⁸ Corte Cost., 19 marzo 1986, n. 62, in *Giur. cost.*, 1986.

⁵⁰⁹ Corte Cost., 6 luglio 2000, n. 263, in *Giur. cost.*, 2000, 1064.

⁵¹⁰ M. CATENACCI, *I reati di pericolo presunto tra diritto e processo penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C.E. Paliero, II, Milano, 2006, 1110.

interessi sociali e contingenti che il legislatore ha ritenuto meritevoli di considerazione sì da ricomprenderli nella valutazione del disvalore di ogni figura di reato⁵¹¹.

1.2. LA RILEVANZA DEL PERICOLO NELLA DOCUMENTAZIONE ANTIMAFIA.

Tracciate così le coordinate essenziali della categoria dogmatica di teoria generale del reato di pericolo, spetta ora tentare di mutuarne i termini anche nel campo delle “fattispecie di pericolo di diritto amministrativo”. Se è vero, come pare, che l’astrazione del pericolo è direttamente proporzionale all’astrazione del bene giuridico tutelato dall’ordinamento, è indubbio che la tutela dell’ordine pubblico, generale ed economico, della concorrenza nel mercato e per il mercato e del buon andamento della Pubblica Amministrazione integrino beni giuridici a largo spettro, suscettibili di essere tutelati, appunto, con astrazioni di pericolosità. Criticamente, tuttavia, una dottrina ritiene che la finalità della “*salvaguardia dell’ordine pubblico economico, della libera concorrenza e del buon andamento della P.A.*” superi nettamente il fondamento razionale del sistema normativo della documentazione antimafia⁵¹². La misura dell’interdizione dal mercato delle pubbliche commesse sarebbe fisiologicamente finalizzata al contrasto della criminalità organizzata di stampo mafioso, risultando pienamente in sintonia con la decodificazione della misura come anticipatoria, preventiva ovvero meramente cautelare. Ebbene, secondo l’Autore, non c’è alcun collegamento necessario tra il contrasto della criminalità organizzata, da un lato, e la salvaguardia dell’ordine pubblico economico, della libera concorrenza e del buon andamento della P.A., dall’altro, dipendendo, piuttosto, la coesistenza di queste due categorie valoriali dalle singole vicende in concreto. Detto altrimenti, ad avviso della dottrina in commento, “*se si tratta di fatti o situazioni di ordine soggettivo, riguardanti cioè i comportamenti tenuti, o le situazioni in cui si trovano i dirigenti dell’impresa (rapporti familiari, frequentazioni, ecc.), (...) l’esclusione dal mercato della impresa può non costituire salvaguardia dell’ordine economico o tutela della concorrenza. Se, viceversa, l’interdittiva è giustificata da fatti obiettivi, concernenti la gestione dell’impresa (tracciabilità dei flussi finanziari, “politica”*

⁵¹¹ F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità del contenuto di norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 362.

⁵¹² Tra più, Cons. Stato, sez. III, sent. n. 1743/2016.

delle assunzioni, scelta degli esecutori materiali, ecc.), il collegamento della lotta alla mafia con la salvaguardia dell'ordine pubblico economico è astrattamente concepibile, ma dovrebbe essere concretamente accertato.” Questa osservazione conduce così l'Autore a ritenere che la disciplina dell'informativa antimafia sia inadeguata, laddove non distingue, anche in ordine alle conseguenze dell'interdittiva, a seconda dei presupposti che la giustificano⁵¹³. Ora, a prescindere dalla bontà e ragionevolezza della conclusione interpretativa appena riportata, è utile evidenziare che, nell'ordinamento, per una scelta sistematica del legislatore, in quanto tale libera nel fine, le vicende che coinvolgono le persone fisiche che operano all'interno dell'impresa e per l'impresa normalmente colpiscono anche quest'ultima. Tanto a prescindere dal carattere personalistico ovvero oggettivo della condotta ritenuta rilevante per determinati effetti sfavorevoli. D'altra parte, è proprio la conformazione del potere prefettizio di verifica delle situazioni sintomatiche del tentativo di infiltrazione mafiosa a richiedere, almeno secondo chi scrive, un accertamento del pericolo in concreto. Il “fatto pericoloso”, per usare l'espressione di cui sopra, che coincide con il tentativo di infiltrazione mafiosa, è certamente meritevole di tutela anticipatoria, finanche nella forma del pericolo astratto.

Il legislatore, tuttavia, circonda di ulteriori presupposti il rilascio del provvedimento interdittivo antimafia, richiedendo al prefetto di desumerlo da una serie di situazioni sintomatiche, come ricordate già nel corso del Capitolo II. Sì che, mutuando le categorie penalistiche, risulta che il prefetto deve accertare in concreto quali situazioni, e perché, siano sintomatiche del tentativo di infiltrazione mafiosa, costituendo la sussistenza di quest'ultimo un requisito costitutivo della norma attributiva del potere amministrativo. E anzi, sotto questo profilo, è proprio l'interdittiva antimafia generica, criticata come è rispetto alle potenziali frizioni con il principio di legalità, a “recuperare” in termini di accertamento della pericolosità in concreto. Difatti, a fronte di parametri definiti dalla legge, come accade per l'informativa interdittiva specifica di cui all'art. 84 co. 4 lett. a), b), c), f) D. Lgs. n. 159/2011, da cui il prefetto desume i tentativi di infiltrazione mafiosa, nell'interdittiva antimafia generica di cui all'art. 84 co. 4 lett. d) ed e) cit. è richiesto alla Pubblica Amministrazione di compiere un giudizio prognostico, a base totale, considerando tutte le circostanze del caso specifico, dal quale desumere la sussistenza dei tentativi di infiltrazione mafiosa. Di talché, può dirsi che il

⁵¹³ F.G. SCOCA, *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta “anticipata” alla criminalità organizzata*, in *Giustamm.*, 2018, 6, 5848 ss.

giudizio di pericolo sotteso alle situazioni sintomatiche tipiche dell'informativa antimafia specifica è ragionevolmente di pericolo astratto, dal momento che è proprio la legge a congegnare la presunzione di pericolosità sottesa a determinati fatti e condotte. Tanto che, come registrato nel corso del Capitolo II, la Corte Costituzionale è intervenuta a stigmatizzare proprio l'irragionevole automatismo nella prognosi di pericolosità disegnata dal legislatore con riferimento alle fattispecie di truffa *ex artt. 640 co. 2 n. 1 e 640 bis c.p.*

Diversamente, o meglio, specularmente, come si approfondirà nel corso del Capitolo IV, le censure che ruotano attorno all'interdittiva antimafia generica sono incentrate sul difetto di tipizzazione delle fattispecie sintomatiche e rilevanti del tentativo di infiltrazione mafiosa. Invero, l'accertamento di queste ultime nell'informativa antimafia generica non si esaurisce nel semplice riscontro di situazioni sintomatiche, dal momento che, come rileva l'orientamento prevalente della giurisprudenza amministrativa, *“il Prefetto dovrà indicare con precisione, nell'informativa, gli elementi di fatto e motivare, anche mediante il rinvio, per relationem, alle relazioni eseguite dalle Forza di Polizia, le ragioni che lo inducono a ritenere probabile che da uno o più di tali elementi, per la loro attualità, univocità e gravità, sia ragionevole desumere il pericolo concreto di infiltrazione mafiosa nell'impresa”*⁵¹⁴. Ecco che, allora, quella tassatività giurisprudenziale che ricostruisce il decalogo delle “situazioni” fenomenologicamente più diffuse attraverso cui si estrinseca il pericolo dell'infiltrazione mafiosa non concorre più ad esaurire il giudizio di pericolosità svolto dal prefetto. A sostegno di tale conclusione milita anche un altro argomento. Ricorrente nelle sentenze del giudice amministrativo è l'affermazione secondo cui occorre che il Prefetto *“esamini tutti gli indizi di cui disponga, non già considerandoli isolatamente, ma valutandoli complessivamente ed alla luce l'uno dell'altro, senza negare valore ad uno o più di essi sol perché equivoci, così da stabilire se sia comunque possibile ritenere accettabilmente probabile l'esistenza del fatto da provare”*⁵¹⁵.

⁵¹⁴ Così, Cons. Stato, sez. V, sent. n. 4555/2017.

⁵¹⁵ Cfr., tra più, Cons. Stato, sent. n. 3566/2016.

1.3. I RAPPORTI DI PARENTELA, LE CONSUETUDINI DI VITA E LE COINTERESSENZE ECONOMICHE.

Preziosissimo banco di prova in merito è fornito in punto di rapporti di parentela, elemento sintomatico che, con ogni probabilità, rappresenta l'elemento sintomatico più dibattuto, sia dal punto di vista sociologico che dal punto di vista giuridico. Per questo è bene partire proprio da qui per offrire una ricognizione delle fattispecie fenomenologicamente più significative nel ricostruire il quadro degli elementi indizianti del tentativo di infiltrazione mafiosa. La vicenda sintomatica del "rapporto parentela" è, già di per sé, dai confini laschi, suscettibile di involgere un ventaglio di ipotesi del tutto eterogenee e di atteggiarsi in modo diverso anche in dipendenza della variabile geografica e del tipo di struttura, clanica o meno, dell'organizzazione criminale interessata⁵¹⁶. Il legame familiare, contrariamente a quello che, di primo acchito, si sarebbe portati a ritenere, di per sé non costituisce un elemento di prova, dovendo essere corroborato da "*altri elementi che evidenzino l'esistenza di una effettiva collaborazione verso le attività dei gruppi criminali sotto il profilo finanziario, commerciale o lavorativo*"⁵¹⁷. Sì che, secondo l'orientamento prevalente della giurisprudenza amministrativa, in questa ipotesi per ritenere inverato il requisito di cui all'art. 84 co. 4 *cit.* occorre riscontrare un duplice ordine di presupposti. In primo luogo, è necessario che sussiste un legame, anche non giuridicamente sussumibile nelle nozioni civilistiche, ad esempio, di "famiglia", "stirpe", "discendenza" ovvero "ascendenza", tra titolari, soci, amministratori, procuratori, direttori generali dell'impresa e "familiari" affiliati ovvero concorrenti esterni all'associazione mafiosa. In secondo luogo, occorre che sia dimostrato un collegamento tra i due poli dell'indagine. Come rilevato anche in dottrina, le Prefetture "*dovrebbero dare rilievo a siffatto indizio laddove tale rapporto, per la sua natura, intensità o per altre caratteristiche concrete, lasci ritenere, per la logica del più probabile che non, che l'impresa abbia una conduzione collettiva e una regia familiare ovvero che le decisioni della sua attività possano essere influenzate,*

⁵¹⁶ Raccoglie la frammentata ricostruzione di questo elemento sintomatico V. SALAMONE, *Il sistema della documentazione antimafia. Normativa e giurisprudenza, cit.*, 42-46.

⁵¹⁷ A. LEVATO, *Potestà discrezionale del Prefetto e regime di impugnazione delle interdittive antimafia. Criticità e prospettive di risoluzione*, V corso di formazione per l'accesso alla qualifica iniziale della carriera prefettizia, 2017, in <http://culturaprofessionale.interno.gov.it>.

*anche indirettamente, dalla mafia attraverso la famiglia, o da un affiliato alla mafia mediante il contratto col proprio congiunto*⁵¹⁸.

Per tale ragione la giurisprudenza intervenuta sul punto attribuisce rilevanza anche a una serie di ulteriori circostanze obiettive, come la convivenza, la cointeressenza economica, della insussistenza di proprie legittime fonti di reddito, unitamente al contesto geografico di provenienza e di riferimento⁵¹⁹. Del resto, come rileva la dottrina, oltre ai cd. rapporti di comparaggio derivanti da consuetudini di vita, di cui a brevissimo si dirà, specie “*nei contesti sociali in cui attecchisce il fenomeno mafioso, all’interno della famiglia si può verificare un’influenza reciproca di comportamenti e possono sorgere legami di cointeressenza, solidarietà, copertura o quanto meno di soggezione o di tolleranza*”⁵²⁰. Secondo l’Autore, poi, possono risultare utili in materia anche i principi formulati in materia di “*revoca delle licenze di polizia, quando abbiano ad oggetto armi e munizioni, e cioè in una materia in cui similmente si pongono – sia pure sotto distinti profili - aspetti di protezione dell’ordine pubblico*”⁵²¹. Proprio perché è insufficiente, per formulare un giudizio di pericolosità in concreto, ricorrere unicamente alla massima di esperienza secondo cui i vincoli familiari espongono maggiormente il soggetto all’influenza del terzo, l’obbligo di valutare ulteriori elementi indizianti cresce laddove operino vincoli familiari particolarmente significativi, come quello tra moglie e marito, tra padre e figlio. Come spiega la giurisprudenza, in queste ipotesi è necessario evitare che sul “parente mafioso” gravi l’automatismo della connivenza rispetto all’organizzazione⁵²².

Simmetricamente, merita un cenno altro indice sintomatico del tentativo di condizionamento mafioso, a volte trascurato nella ricostruzione giuridica dell’istituto ma

⁵¹⁸ S. STICCHI DAMIANI, *Le interdittive antimafia tra alcune normative e discrezionalità amministrativa*, in G. AMARELLI, S. STICCHI DAMIANI, *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all’infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, op. cit., 100.

⁵¹⁹ Cons. Stato, sez. III, 19 dicembre 2018, sent. n. 7151; conf. Id., 10 gennaio 2013, n. 96; Id., 5 settembre 2011, n. 4995; Id., sez. VI, 18 agosto 2010, n. 5880; Id., 23 luglio 2018, n. 3664; Id., 27 giugno 2007, n. 3707. La dottrina intervenuta in punto di sviluppo dell’organizzazione mafiosa in territori non tradizionali è prolifica. Oltre al famoso contributo di R. Sciarone, *Mafie vecchie, mafie nuove*, Donzelli Editore, 2009 e alla bibliografia ivi citata, sia consentito, per una minuta rassegna degli orientamenti giurisprudenziali più recenti, un rinvio a L. FILIERI, *Nuovi modelli di mafia: tra delocalizzazione di mafie storiche, mafie autoctone e mafie straniere*, in AA. VV., a cura di Dario Simeoli, *Temi di diritto civile, penale, amministrativo*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, 181-192.

⁵²⁰ V. SALAMONE, *Il sistema della documentazione antimafia. Normativa e giurisprudenza*, op. cit., 44.

⁵²¹ In argomento, interessanti spunti possono trarsi dall’analisi sociologica della famiglia “mafiosa”, sul punto, tra più, cfr. C. DEAMBROGIO, *Famiglia di sangue e mafia: un’analisi socio-criminologica*, in *Arch. Pen.*, 3/2012, 1-19.

⁵²² Cons. Stato, sez. VI, 29 febbraio 2008, sent. n. 756.

altamente significativo dal punto di vista della sociologia della criminalità organizzata mafiosa. Il riferimento è, precisamente, come ricorda sempre il Prof. dalla Chiesa, al cd. “comparaggio d’anello”. Il compare d’anello è figura nata nel Meridione con la funzione di “monitorare” la vita di coppia degli sposi aiutandoli e consigliandoli alla stregua di un padre (nel caso vi fosse una grande differenza d’età con gli sposi) o un fratello (nel caso avesse più o meno la stessa età della coppia). Normalmente, il compare d’anello viene scelto tra gli amici, i parenti o gli amici di famiglia degli sposi più benestanti. Il ruolo del compare d’anello prevede, poi, che questo inviti per primo i novelli sposi a casa sua, invito che gli sposi hanno il dovere di ricambiare, secondo un meccanismo di reciprocità che perdura nel tempo. Tanto che, per consolidare ancora di più il vincolo di questo “comparato”, è tradizione che il compare d’anello pure battezzi il primo figlio della coppia. Nonostante questa figura sia andata via via scemando, la refrattarietà delle organizzazioni mafiose ad abbandonare costumi e tradizioni di antica provenienza si riscontra anche in questo caso, proprio perché, come si è cercato brevemente di spiegare, i compari hanno tra loro un rapporto privilegiato e mantengono un forte legame per sempre.

La giurisprudenza sui c.d. rapporti di comparaggio, invero, si concentra su altro tipo di casistica, assimilando le conclusioni maturate per il rapporto di coniugio anche a ogni consuetudine di vita che denoti contatti ripetuti e frequentazioni, perciò non contraddistinti dal carattere dell’occasionalità, con soggetti coinvolti nell’attività dell’organizzazione, ora come affiliati ora come destinatari di misure di prevenzione rilevanti ai sensi del Codice Antimafia⁵²³.

Proseguendo nella disamina delle figure “pretorie” sintomatiche del condizionamento mafioso, contigui, per fondamento e funzione, ai legami familiari e di affezione sono i rapporti caratterizzati da scopo lucrativo ovvero di vantaggio economico indiretto. Questa figura sintomatica, di più recente ricostruzione, tenta di distinguere il noto binomio contiguità soggiacente-contiguità soggiacente, in astratto parimenti meritevoli del rilascio di un’informativa interdittiva. Come nota la dottrina intervenuta in argomento, intanto l’instaurazione di rapporti commerciali rileva ai sensi dell’art. 84 co. 4 *cit.*, in quanto vi siano

⁵²³ In giurisprudenza, tra più, vd. Cons. Stato, sez. VI, 18 aprile 2018, n. 2343; Id., sez. III, 25 gennaio 2013, n. 484; Id., 7 aprile 2009, n. 2336. A contrario, sull’irrelevanza degli episodi occasionali, isolati ovvero caratterizzati dal carattere della casualità, in assenza di ulteriori elementi identificativi di un contatto con la consorterìa mafiosa, cfr. anche Cons. Stato, sez. III, n. 1743/2016 *cit.*

“cointeressenze economiche particolarmente pregnanti tra un’impresa certamente gravata da controindicazioni antimafia e un’altra che instaura rapporti con essa”⁵²⁴. Al contrario, alla stregua di quanto accade nel riscontro dei legami di paragone, “l’esame dei contatti tra le società riveli il carattere del tutto episodico, inconsistente o remoto delle relazioni d’impresa, deve escludersi l’automatico trasferimento delle controindicazioni antimafia dalla prima alla seconda società”⁵²⁵. Il tema lambisce ben due tematiche contigue, che afferiscono, rispettivamente, alle cd. informative a cascata e a quello delle vicende anomale della gestione dell’impresa. Con la prima, precisamente, l’instaurazione di rapporti commerciali condivide, come si vedrà, più di altre figure, il comune denominatore della regola probatoria del “*più probabile che non*”. Rispetto alla seconda, invece, possono sorgere alcune interferenze nel caso concreto, dal momento che sovente l’instaurazione di rapporti commerciali con soggetti imprenditoriali già ritenuti esposti al rischio di influenza criminale impinge vicende altrettanto anomale o nella struttura o nella gestione dell’impresa, sia essa incube ovvero succube rispetto all’infiltrazione criminale.

1.3.1. (FOCUS SU) L’INFORMATIVA “A CASCATA”.

Procedendo con ordine nella nostra indagine, la figura dell’informativa “a cascata” scaturisce da una precisa fenomenologia sociale, che attiene, nella giurisprudenza esaminata, alla creazione di un nuovo soggetto giuridico. La presunzione di pericolo sottesa al contagio diviene, così, fondata, dal momento che, come rilevato in dottrina, la valutazione di permeabilità mafiosa (già) posta a fondamento dell’informativa nei riguardi di una delle due imprese contamina, in automatico, il nuovo soggetto giuridico⁵²⁶. In questo caso, a differenza del diverso legame commerciale sopra illustrato, “*la costituzione di un vincolo stabile e qualificato, come quello ravvisabile tra i due soci di una società, fonda, in particolare, la presunzione che la seconda impresa (quella, cioè, non già attinta da un’interdittiva), sia stata*

⁵²⁴ S. STICCHI DAMIANI, *Le interdittive antimafia tra alcune normative e discrezionalità amministrativa*, in *op. cit.*, 103. L’Autore evidenzia la recente giurisprudenza intervenuta in argomento, come Cons. Stato, sez. III, 27 giugno 2019, n. 4421; Id., 26 febbraio 2019, n. 1359.

⁵²⁵ Cons. Stato, sez. III, 8 marzo 2017, sent. n. 1103; conf. Id., 22 giugno 2016, n. 2774.

⁵²⁶ Ancora sul punto, S. STICCHI DAMIANI, *Le interdittive antimafia tra alcune normative e discrezionalità amministrativa*, in *op. cit.*, 103.

*scelta per la condivisione degli interessi inquinati e illeciti già ravvisati nella gestione della prima*⁵²⁷.

Il tema delle informative antimafia “a cascata” è stato affrontato, consacrandone la piena legittimità, nella giurisprudenza del Consiglio di Stato con la nota sentenza del 22 giugno 2016, n. 2274. Il caso concreto merita di essere ripercorso, seppur in breve, perché assai peculiare, tanto da essere proposto dal Ministero dell’Interno in sede didattico residenziale. Il gravame al Consiglio di Stato, infatti, scaturisce dall’accoglimento, da parte del T.A.R. Lazio, del ricorso proposto dalla società I.P.I. Imprese Pulizie Industriali s.r.l. avverso il provvedimento interdittivo emesso dalla Prefettura-U.T.G. di Roma, unitamente al provvedimento di risoluzione del contratto avente ad oggetto il servizio di raccolta e trasporto rifiuti urbani stipulato con il Comune di Nettuno. La I.P.I. s.r.l., precisamente, aveva costituito, insieme all’impresa individuale Alb. Paci, la società consortile Caserta Ambiente, rispettivamente con quote del 40% e 60% ma la Alb. Paci era stata a sua volta, e per prima, attinta da interdittiva antimafia emessa dalla Prefettura di Caserta, parimenti oggetto di impugnativa e annullata, in primo grado, dal T.A.R. Campania. Ebbene, il T.A.R. Lazio aveva concluso per illegittimità dell’interdittiva emessa dalla Prefettura di Roma proprio alla luce degli effetti di annullamento della sentenza del primo, rilevando, altresì, l’assenza di un autonomo pericolo di condizionamento mafioso nei confronti della sola I.P.I. s.r.l. Ecco, in termini, profilarsi il meccanismo sotteso all’interdittiva antimafia “a cascata”. La peculiare apprezzabilità del legame consortile, del resto, trova conferma anche a livello normativo, giacché l’art. 85 co. 2 lett. b) Cod. Antimafia prescrive la verifica antimafia anche sui consorziati delle società consortili che detengano una partecipazione superiore, oggi, al 5% (soglia abbassata dalla l. n. 205/2017, prima individuata nel 10%).

Questo impianto argomentativo viene completamente sradicato dal Consiglio di Stato che, quanto al contenzioso *Alb. Paci*, riforma la citata sentenza del T.A.R. Campania⁵²⁸ e, per quello coinvolgente I.P.I. s.r.l., afferma che “*se è vero, infatti, che l’interdittiva che ha colpito l’IPI risulta esclusivamente fondata sul legame consortile che la legava all’impresa individuale Alb. Paci (per effetto della costituzione, quali uniche socie della Caserta ambiente scarl), è*

⁵²⁷ Prosegue S. STICCHI DAMIANI, *Le interdittive antimafia tra alcune normative e discrezionalità amministrativa*, in *op. cit.*, 104. Sull’irrelevanza della inconsapevolezza della realtà mafiosa, tra più, Cons. Stato, sez. III, 22 giugno 2016, n. 2774.

⁵²⁸ Cons. Stato, sent. n. 5437/2015.

*anche vero che il definitivo e vincolante accertamento (con la citata sentenza del Consiglio di Stato n. 5437/2015) della legittimità dell'interdittiva emessa nei confronti della seconda implica, quale automatico corollario, il riconoscimento dell'idoneità di quest'ultima a fondare l'informativa ostativa nella specie controversa*⁵²⁹. Il precedente appena ripercorso si pone in soluzione di continuità rispetto ad altre pronunce della giurisprudenza amministrativa che avevano ritenuto tale fattispecie del tutto *“inaccettabile perché renderebbe anticipata, sino ad apparire gravemente lesiva della libertà d'impresa, la prevenzione del fenomeno mafioso che le interdittive prefettizie attuano in via cautelare, mediante una valutazione che è già indiziaria e meramente probabilistica*⁵³⁰. Conforme a tale esito interpretativo risultava anche la giurisprudenza del Consiglio di Stato, secondo cui la vicinanza di un operatore economico (già) attinto da provvedimento interdittivo ad altre imprese oggetto di verifica antimafia *“andrebbe apprezzata caso per caso, in relazione alle concrete vicende collaborative tra due imprese, che vanno adeguatamente approfondite allo scopo di accertare la sussistenza di fattori oggettivi di condizionamento, non dell'impresa controindicata rispetto a quella in valutazione, ma da parte delle medesime organizzazioni criminali che hanno compromesso la posizione della prima*⁵³¹.

Altra casistica in cui si riscontra il ricorrere dell'interdittiva antimafia a cascata ha riguardato il settore del gioco d'azzardo, rispetto al quale la giurisprudenza di merito ha ritenuto legittima l'applicazione del provvedimento interdittivo dal titolare di un esercizio per il gioco d'azzardo e le scommesse a tutti gli operatori della filiera, parimenti obbligati a richiedere (e ottenere) l'autorizzazione *ex art. 88 del TULPS*⁵³².

Il *revirement* giurisprudenziale inaugurato dalla pronuncia del Consiglio di Stato n. 2274/2016 *cit.*, come rilevato dallo stesso Ministero dell'Interno, parte dall'assunto per cui un vincolo stabile come quello associativo fa scattare *“una presunzione circa il fatto che la seconda impresa, quella non gravata da interdittiva, sia stata scelta in virtù di una condivisione*

⁵²⁹ Cons. Stato, 22 giugno 2016, sent. n. 2274.

⁵³⁰ In termini, nella giurisprudenza di merito, T.A.R. Calabria, sez. distaccata di Reggio Calabria, 10 ottobre 2010, n. 1324.

⁵³¹ Conf. Cons. Stato, sez. III, 7 marzo 2016, n. 923.

⁵³² Il Tar Puglia, con le sentenze nn. 301 e 303 del 2018, ha ritenuto che in tale ambito la prefettura deve essere valutare che un'attività ad alto rischio di inquinamento mafioso venga svolta da soggetti nei cui confronti non vi sia fondato sospetto di permeabilità mafiosa.

di valori illeciti già caratterizzanti l'altra impresa sottoposta alla misura"⁵³³. Rispetto all'operare di questa presunzione, è altrettanto indubbio che sempre rimane ferma la possibilità che la seconda impresa ne smentisca la portata, fornendo prova contraria, ritenendosi la presunzione soltanto relativa e non assoluta⁵³⁴.

Si osserva, proseguendo, che, perciò, *“deve essere ritenuto improbabile che una società in odore di mafia scelga, per la costituzione di altra società e, quindi, per condividere attività economiche, un soggetto totalmente avulso dal mondo illecito caratterizzante la prima e che mal consentirebbe la persecuzione di determinate finalità”*⁵³⁵.

1.4.1. VICENDE ORGANIZZATIVE E GESTORIE DELL'IMPRESA.

Tracciate così le coordinate essenziali della figura, possiamo procedere oltre e soffermarsi sulle vicende inerenti la struttura ovvero la gestione dell'impresa. Come si è prima anticipato, ben può darsi che tale elemento sintomatico si accompagni al riscontro dei legami commerciali o associativi tra operativi economici, nella misura in cui l'influenza di un soggetto esterno si riverberi sull'assetto e la gestione societari.

Procedendo in ordine logico, quanto a episodi anomali riguardo la formale struttura dell'impresa, è utile chiarire subito che, a differenza di altri elementi sintomatici, questo trova una certa tipizzazione nell'art. 84 co. 4 lett. f) Codice Antimafia. La disposizione, come ricordato nel corso del Capitolo II, contempla le sostituzioni negli organi sociali, nella rappresentanza legale della società, nonché nella titolarità delle imprese individuali ovvero delle quote societarie, effettuate da chiunque conviva con soggetti destinatari di provvedimenti di cui alle lett. a) e b) dell'art. 84 co. 4 cit., realizzate con modalità che, per i tempi in cui vengono realizzati, il valore economico delle transazioni, il reddito dei soggetti e le qualità professionali dei subentranti, denotino l'intento di eludere la normativa sulla documentazione antimafia.

Accanto alla condotta di “sostituzione” della e nella compagine societaria, proprio la giurisprudenza amministrativa ne ha stigmatizzate di ulteriori, rendendo, così, doppiamente

⁵³³ F. CRUPI, *Interdittive a cascata, op. cit.*, 26.

⁵³⁴ Cons. Stato, n. 2247/2016, *cit.*

⁵³⁵ F. CRUPI, *Interdittive a cascata, op. cit.*, 26.

aperto un decalogo normativo di condotte che, quantomeno in riferimento alle vicende societarie, sembrava avere una esaustiva tipizzazione nel dato normativo. Nella prassi, difatti, sono state riscontrate più e più condotte diverse perseguenti la medesima finalità che l'art. 84 co. 4 lett. f) *cit.* si propone di contrastare, ovvero l'elusione della normativa sulla documentazione antimafia, attraverso altrettante modalità accomunate da più o meno gravi forme di abuso della personalità giuridica. A divenire rilevanti, perciò, possono essere, senza pretesa di esaustività, operazioni di *merger and acquisitions*, affitti di azienda o di suoi rami, patti parasociali e spostamenti di sede, legale o anche soltanto operativa⁵³⁶. Ad avviso di chi scrive, possono pure essere inclusi in questa categoria, a differenza di quanto rileva la dottrina appena rammentata, le cc.dd. teste di legno (*alias*, prestanomi) incensurati ma inadeguati, per formazione ed esperienza, a ricoprire determinate cariche sociali, le sedi legali con uffici fisicamente e materialmente inesistenti.

L'ambito delle variazioni strutturali societarie trova, più di altri, una sua attualità alla luce dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, che tanto ha inciso sul tessuto sociale ed economico del mondo intero. Non per caso, infatti, il quinto Report dell'Organismo Permanente di monitoraggio ed analisi sul rischio di infiltrazione nell'economia da parte della criminalità organizzata di tipo mafioso del Ministero dell'Interno (rammentato nell'introduzione del lavoro) si concentra proprio sul tema delle variazioni societarie, analizzandone alcune tipologie ritenute maggiormente incisive sulla gestione aziendale, come il *turn-over* di cariche sociali e di partecipazioni, i trasferimenti di quote, di aziende e di sede, le variazioni di natura giuridica ovvero nel capitale sociale⁵³⁷. Il dato, oggettivo e materiale, della variazione societaria, in sé neutro, assolve a indicatore rilevante ai sensi dell'art. 84 co. 4 *cit.* se accostato ad altre circostanze di fatto, come il coinvolgimento di persone note alle forze di polizia o a queste comunque vicine. L'attività di monitoraggio condotta dall'Organismo conferma esplicitamente come “*le variazioni societarie costituiscano uno*

⁵³⁶ Riepiloga più analiticamente le fattispecie maggiormente diffuse, S. STICCHI DAMIANI, *Le interdittive antimafia tra alcune normative e discrezionalità amministrativa*, in *op. cit.*, 103.

⁵³⁷ Così dal Report 5/2021 *dell'Organismo permanente di monitoraggio ed analisi sul rischio di infiltrazione nell'economia da parte della criminalità di stampo mafioso*, maggio 2021, in <https://www.interno.gov.it>. Lo stesso Report, alla pag. 4, specifica che la fonte informativa per le variazioni societarie generali è il Portale Business Intelligence - Analisi delle concentrazioni eventi - di Infocamere; mentre, quella per le imprese interdette è il Portale Banca Dati Nazionale unica per la documentazione Antimafia presso il Ministero dell'Interno (BDNA) ex art. 96 Codice Antimafia.

strumento di cui le organizzazioni criminali spesso si avvalgono al fine di inquinare il tessuto economico produttivo, mentre l'aumento dei provvedimenti interdittivi è il segnale positivo di un sistema che possiede gli anticorpi per intercettare gli indizi di anomalia e bloccare per tempo l'operatività delle società infiltrate”.

Per quel che in questa sede maggiormente interessa, l'efficacia degli accertamenti prefettizi si apprezza ancor più sulle vicende anomale relative alla gestione dell'impresa che, in quanto tali, colgono il profilo dinamico dell'influenza sugli assetti societari, a differenza di quelle inerenti la dimensione (statica) pertinente la struttura dell'impresa. Tanto che le medesime sono normalmente accertate tramite gli accessi prefettizi ai cantieri *ex art. 93* Codice Antimafia. Rientrano in questa categoria, specificamente ma senza pretesa di esaustività, gli stati di avanzamento lavori mendaci o comunque “lievitati” nei valori indicati, la presenza in cantiere di soggetti affiliati alle associazioni mafiose, la tacita esecuzione di prestazione da parte di altre imprese attinte da interdittiva antimafia ovvero la condivisione di mezzi materiali e forza-lavoro, l'assunzione di personale con precedenti penali significativi. Questo profilo ne intercetta, a catena, di ulteriori, che meritano di essere, seppur brevemente, osservati. Il primo riguarda il ruolo giocato dai modelli operativi anticorruzione. Il secondo, di matrice più generale, attiene alla disciplina normativa del subappalto e ai suoi limiti applicativi.

1.4.1. (SEGUE) IL RUOLO DEI MODELLI OPERATIVI ANTICORRUZIONE: L'ARCHETIPO DELINEATO DALLA DIREZIONE TECNICA DEL COMUNE DI MILANO.

Procedendo per gradi, nella prassi applicativa si nota come i modelli operativi anticorruzione possano davvero assurgere a efficace misura preventiva rispetto alle infiltrazioni della criminalità organizzata nell'economia. Senza ripercorrere qui storia e funzione del Piano Triennale Anticorruzione (*rectius*, Piano Triennale per la Prevenzione della Corruzione e per la Trasparenza nella Pubblica Amministrazione – PTPCT), ci si limita a ricordare che ogni Pubblica Amministrazione (e soggetti a questi effetti equiparati) è tenuta, altresì, a predisporre modelli operativi suddivisi per Aree e tipologie, a valle dei quali, proprio per garantirne operatività ed efficacia, debbono essere adottati idonei strumenti di controllo. Una precisazione è ora doverosa. Quando si pensa alla “corruzione”, immediato è il

riferimento ai delitti di cui agli artt. 318 e 319 c.p. e ad accadimenti storici noti, come la vicenda Tangentopoli. Invero, come riconosciuto dalla stessa A.N.A.C. (Det. 28 ottobre 2015), e ricordato nel corso del Capitolo I, la definizione del fenomeno rilevante per il PNA e per il PTPCT esula dallo specifico delitto di corruzione e dal complesso dei reati contro la pubblica amministrazione.

Sì che, proprio per prevenire frizioni al perseguimento dell'interesse pubblico, oltre che per scongiurare pregiudizio all'affidamento dei cittadini nell'imparzialità della Pubblica Amministrazione, formazione, educazione e attiva partecipazione di tutti i pubblici agenti costituiscono un ingrediente fondamentale⁵³⁸. Per questo ogni Amministrazione, unitamente ai suoi apparati, viene a essere coinvolta nelle operazioni di mappatura delle aree/attività a rischio corruttivo nonché di elaborazione e successiva attuazione dei pertinenti modelli operativi. A esempio paradigmatico, per attualità e lungimiranza rispetto al panorama nostrano, si può portare l'attività svolta in seguito ai rilievi maturati a valle dell'elaborazione dei modelli operativi per il secondo semestre 2020 dalla Direzione Tecnica del Comune di Milano.

Come noto, la Direzione Tecnica svolge numerose attività, in generale relative alla gestione degli immobili di proprietà comunale, molte delle quali individuate, già all'interno del PTPCT, a classe di rischio alto. Non per caso, tra queste figura proprio il controllo in cantiere sulle prestazioni svolte dai subappaltatori. Come evidenziato nel modello operativo dedicato (nella versione vigente identificato come mod. n. 257/2020), il rischio che si vuole scongiurare coincide con la mancata tracciabilità di dati e informazioni sulla fase di esecuzione del contratto di appalto, con riferimento specifico alle prestazioni oggetto di subappalto, suscettibile di favorire la presenza di subappalti non autorizzati⁵³⁹. All'uopo, è predisposta un'attenta attività di applicazione, controllo e rendicontazione, strutturata per fasi successive, così sintetizzabile.

⁵³⁸ Approfondisce il concetto di "qualità" dell'amministrazione, A. PIOGGIA, *Il contributo di Francesco Merloni agli studi sull'organizzazione nella prospettiva della funzione costituzionale della pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Lo sguardo del giurista e il suo contributo all'amministrazione in trasformazione, Scritti in onore di Francesco Merloni*, a cura di E. Carloni, A. Pioggia e B. Ponti, Giappicchelli, 2021, 77 ss.

⁵³⁹ Per il modello operativo in commento, vd. *Aggiornamento al PTPCT 2021-2023 del Comune di Milano*, 727-729, pubblicato in <https://www.comune.milano.it>.

Preliminarmente, viene richiesto alle ditte subappaltatrici operanti in cantiere di consegnare al direttore dei lavori, con cadenza settimanale, le liste giornaliere degli operai effettivamente presenti durante la giornata di lavoro, utilizzando il modello operativo dedicato. A tal fine, è stato anche integrato lo schema-tipo del capitolato speciale d'appalto prevedendo a cura del Direttore Tecnico dell'Appaltatore la produzione, aggiornamento e messa a disposizione in cantiere, durante tutto l'arco temporale di esecuzione dei lavori, del registro giornaliero delle presenze in cantiere dei lavoratori, di ogni singola impresa esecutrice e dei soggetti presenti in cantiere a qualunque titolo, che dovrà essere a disposizione altresì dei componenti degli Organismi e degli Enti di controllo e trasmesso settimanalmente alla Direzione Lavori.

Successivamente, è il direttore dei lavori che effettua sopralluoghi a campione per verificare la congruità dei lavori svolti dagli operai dei subappaltatori con quelli previsti nel contratto di subappalto, riscontrando l'esito delle verifiche all'interno del modello operativo dedicato al verbale di sopralluogo. Una volta che l'impresa appaltatrice ha trasmesso le liste giornaliere degli operai del subappaltatore, relative alla stessa giornata di sopralluogo, il Direttore Lavori, raccolte tutte le liste giornaliere distinte per appalto, procede alla verifica della corrispondenza delle informazioni contenute nei due modelli.

Ultimata questa fase, segue la verifica da parte dei competenti uffici comunali, che ha cadenza mensile. Precisamente, la Direzione di Area competente, a sua volta, raccoglie e verifica le liste giornaliere per appalto inviate dal direttore dei lavori, il relativo Direttore di Area certifica il numero di liste giornaliere degli operai delle ditte in subappalto presenti in cantiere ricevute, lasciando poi all'Unità Funzioni Trasversali della Direzione il compito di eseguire un ulteriore controllo formale. Come si nota, il modello operativo applicato dalla Direzione Tecnica del Comune di Milano per il controllo sull'esecuzione delle prestazioni subappaltate è assolutamente articolato e puntuale ma, nell'ultimo anno, la Direzione in discorso ha deciso di inaugurare, induttivamente, un modello di attuazione del PTPCT ancora più evoluto, caratterizzato da un contributivo proattivo delle sue singole Aree.

Integrandone i rispettivi apporti per l'elaborazione di una strategia condivisa in funzione di prevenzione della corruzione, intesa nella sua più ampia accezione, come prima delineata, l'obiettivo della Direzione è quello di fornire un riscontro che non sia soltanto documentale quanto, piuttosto, frutto di un'elaborazione organica, sintetica e condivisa

dell'attività di monitoraggio e controllo svolta, nonché dei risultati che sono stati raggiunti. Con precipuo riferimento al modello n. 257/2020 *cit.*, precisamente, viene richiesto che i singoli Direttori non si limitino a raccogliere e verificare le liste dei lavoratori presenti in cantiere inviate dal Direttore dei Lavori ma elaborino, altresì, un sintetico documento finale ove si riassume, per singola procedura esaminata, l'esito dei controlli alla luce della metodologia adottata e si presenti un esempio che illustri concretamente le modalità di effettuazione del controllo.

In questi termini, per quanto conosciuto da chi scrive, si nota come la scelta perseguita dalla Direzione Tecnica del Comune di Milano venga a rappresentare un *unicum* nel panorama della Pubblica Amministrazione italiana.

Alla luce di quanto sopra, spetta ora a chi scrive cercare di individuare un raccordo tra modelli operativi anticorruzione e verifiche antimafia. Ebbene, ancorché la redazione del PTPCT sia funzionale a definire una strategia generale di prevenzione dal rischio di corruzione, la coincidenza tra oggetto del controllo operato a fini di prevenzione della cattiva amministrazione e quello operato a fini di prevenzione dell'infiltrazione mafiosa consentono di individuare un minimo comune denominatore idoneo, in certa misura, ad ampliare il novero di soggetto che, di fatto, svolgono verifiche antimafia. Ciò nonostante il PTPCT abbia per obiettivi la massima implementazione della trasparenza amministrativa, la creazione di un contesto ostile alla corruzione, che va di pari passo all'aumento della capacità di individuarne le forme, unitamente al consolidamento nei dipendenti pubblici della consapevolezza dei principi di etica e legalità dell'azione amministrativa e all'impatto reputazionale della Pubblica Amministrazione sulla collettività. Non può escludersi, dunque, e anzi è auspicabile, che tra Pubbliche Amministrazioni e Prefettura si consolidi un circuito virtuoso tale per cui le risultanze degli accertamenti svolti dalle prime a fini "anticorruzione" diventino validi elementi a sostegno dell'istruttoria prefettizia ai fini del rilascio della documentazione antimafia. Di tanto sembra prova, come si è cercato di dimostrare, lo stesso oggetto del modello operativo n. 257/2020 *cit.*, nella parte in cui monitora vicende gestorie dell'impresa idonee, se anomale, a integrare elementi sintomatico ai fini della sussistenza dei tentativi di infiltrazione mafiosa rilevanti ai sensi dell'art. 84 co. 4 *cit.*

1.4.2. (SEGUE) L'ISTITUTO DEL SUBAPPALTO: FENOMENOLOGIA E DISCIPLINA NELLA CONTRATTUALISTICA PUBBLICA.

La ricerca sulle vicende anomale nella gestione dell'impresa si completa con qualche considerazione di teoria generale relativa all'istituto del subappalto, citato ricorrentemente nel corso di questo elaborato perché, fenomenologicamente, risulta gradito alla mafia per la contaminazione dell'economia pubblica. Altrettanto, il subappalto nella contrattualistica pubblica è istituto politicamente sensibile, come dimostra la stratificazione normativa succedutasi, che lo rende figura dalla disciplina diacronicamente martoriata⁵⁴⁰. Una delle principali ragioni per cui la disciplina del subappalto ha subito modifiche così numerose nel tempo risiede nella frizione rispetto alla dimensione eurounitaria che, come noto, non prevede limiti quantitativi generalizzati per assentire il subappalto, potendo al più l'amministrazione chiedere, o essere obbligata a richiedere dallo Stato, all'offerente di informarla sulle intenzioni di quest'ultimo in materia di subappalto e verificare se sussistono motivi di esclusione dei subappaltatori⁵⁴¹. Il D. Lgs. n. 50/2016, attuativo delle direttive comunitarie del 2014, pur innovando significativamente rispetto al precedente Codice, ha mantenuto alcuni limiti al subappalto, espressivi del perdurante disfavore verso tale istituto, considerato potenziale veicolo di infiltrazione mafiosa. Specificamente, all'alba del nuovo Codice Contratti Pubblici, all'art. 105 *cit.* permaneva un limite massimo percentuale fisso al subappalto, individuato nel 30% dell'importo complessivo dell'affidamento e non più sulla sola categoria prevalente, (riducendone, così, l'importo) e ha introdotto l'obbligo di indicare in sede di gara il nominativo dei subappaltatori a disposizione dell'appaltatore⁵⁴².

La conformazione dell'istituto nell'ordinamento interno ha portato, prima, all'apertura di una procedura di infrazione da parte della Commissione Europea nei confronti dell'Italia e,

⁵⁴⁰ Ripercorre esaustivamente la disciplina del subappalto nella contrattualistica pubblica, ANCE, *Il subappalto nei lavori pubblici*, 2021, in <https://biblus.acca.it>.

⁵⁴¹ La disciplina del subappalto è contenuta, rispettivamente, nell'art. 42 della direttiva 2014/23/UE (concessioni), nell'art. 71 della direttiva 2014/24/UE (appalti) e nell'art. 88 della direttiva 2014/25/UE (settori speciali).

⁵⁴² Sull'obbligo di indicare la terna dei subappaltatori, con il decreto "Sblocca-cantieri" è stato sospeso, sia per gli appalti sia per le concessioni, l'obbligo dichiarativo della terna dei subappaltatori in sede di offerta nonché l'obbligo di verifica in sede di gara, in capo agli stessi, del possesso dei necessari requisiti di partecipazione, previsti originariamente dal Codice 50/2016. Tale sospensione è stata prorogata fino al 31 dicembre 2023 dal decreto "Semplificazioni-bis".

poi, alla pronuncia delle note sentenze “*Vitali*”⁵⁴³ e “*Tedeschi*”⁵⁴⁴ da parte della CGUE. Si che, alla luce della efficacia *erga omnes* delle pronunce della Corte di Giustizia e, più in generale, del principio di primazia del diritto eurounitario, salvo il ricorso alla teoria dei cd. controlimiti, l’orientamento prevalente della giurisprudenza amministrativa ha ritenuto superato il limite quantitativo al subappalto⁵⁴⁵, fuori che per le categorie di opere super-specialistiche⁵⁴⁶. Nelle more del contenzioso pendente alla Corte di Giustizia, il legislatore è intervenuto in via d’urgenza con il decreto legge 18 aprile 2019, n. 32 (cd. decreto “*Sblocca cantieri*”), convertito, con modificazioni, dalla Legge 14 giugno 2019, n. 55, che, all’art. 1 co. 18, a tenore del quale la percentuale massima di subappalto era indicata dalle stazioni appaltanti nel bando di gara e non poteva superare la quota del 40% dell’importo complessivo del contratto (la misura era del 50% prima della legge di conversione).

Sopravvenute le pronunce della CGUE prima rammentate, si è posto il problema dell’applicabilità della novella del 2019, rispetto al quale la stessa Autorità Nazionale Anticorruzione ha evidenziato che “*qualsiasi limite quantitativo al subappalto deve ritenersi superato, in quanto si porrebbe in contrasto con gli obiettivi di apertura alla concorrenza e di favorire l’accesso alle piccole e medie imprese agli appalti pubblici sottolineati dalla giurisprudenza della CGUE*”⁵⁴⁷.

A superare il dibattito è intervenuto, complice, ragionevolmente e ancora una volta, l’emergenza epidemiologica da COVID-19, il decreto legge 31 maggio 2021, n. 77, convertito dalla legge 29 luglio 2021, n. 108 (cd. decreto “*Semplificazioni bis*”), che scandisce due fasi successive di applicazione delle nuove previsioni. Precisamente, a decorrere dal 1° giugno

⁵⁴³ Corte di Giustizia UE, 26 settembre 2019, causa C-63/18. Secondo il dispositivo della pronuncia, la direttiva 2014/24/UE deve essere interpretata nel senso che la disciplina dell’Unione osta a una normativa nazionale che «*vieta in modo generale e astratto il ricorso al subappalto che superi una percentuale fissa dell’appalto pubblico [...] indipendentemente dal settore economico interessato dall’appalto di cui trattasi, dalla natura dei lavori o dall’identità dei subappaltatori*», poiché «*non lascia alcuno spazio a una valutazione caso per caso da parte dell’ente aggiudicatore*».

⁵⁴⁴ Corte di Giustizia UE, 27 novembre 2019, causa C-402/18. Il dispositivo della pronuncia, confermativo del precedente *Vitali*, aggiunge un’ulteriore considerazione in merito al rapporto tra limite percentuale del 30% della commessa e il legittimo obiettivo del contrasto al fenomeno dell’infiltrazione della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici, evidenziando che «*anche supponendo che una restrizione quantitativa al ricorso al subappalto possa essere considerata idonea a contrastare siffatto fenomeno, una restrizione come quella oggetto del procedimento principale eccede quanto necessario al raggiungimento di tale obiettivo*».

⁵⁴⁵ Cfr., Cons. Stato, sez. V, 31 maggio 2021 n. 4150; id., sez. V, 16 gennaio 2020, n. 389; id., sez. V, 17 dicembre 2020, n. 8101. e, id., sez. V, 17 dicembre 2019, n. 8535.

⁵⁴⁶ Consiglio di Stato, sez. V, 10 giugno 2020, n. 3702.

⁵⁴⁷ Il riferimento è ad A.N.A.C., delibera n. 694 del 20 ottobre 2021.

2021 e fino al 31 ottobre 2021, la quota massima subappaltabile viene elevata (fino) al 50%, in deroga all'art. 105, co. 2 e 5 D. Lgs. n. 50/2016⁵⁴⁸. Dal 1° novembre 2021, invece, come si è poc'anzi spiegato, non è più previsto dall'ordinamento un limite percentuale, potendo lo stesso essere determinato, caso per caso, dalla stazione appaltante, al ricorrere di determinate condizioni, prima illustrate, previa adeguata motivazione. Come evidenziato dalla stessa A.N.A.C., «*nel periodo definitivo, a partire dal 1° novembre 2021, si affermerà il regime della subappaltabilità integrale delle opere fatte salve le opere da eseguire a cura dell'aggiudicatario, in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto*», facendo salvi i limiti scanditi, in via generale, dall'art. 105 co. 1 D. Lgs. n. 50/2016⁵⁴⁹.

Ripercorsa così l'evoluzione normativa intervenuta in materia, dal punto di vista sostanziale possiamo osservare che, oggi, accanto alla regola di ordine generale per cui è l'aggiudicatario della pubblica commessa che esegue in proprio le opere o i lavori, i servizi, le forniture compresi nel contratto, l'ordinamento consente, appunto, entro certi limiti, di affidare a terzi frammenti di prestazioni da eseguire che, comunque, non integrino la parte prevalente «*delle lavorazioni relative al complesso delle categorie prevalenti e dei contratti ad alta intensità di manodopera*»⁵⁵⁰.

Il subappalto, precisamente, si configura come il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto. Accanto a questa accezione formale di subappalto, tuttavia, il legislatore ne colloca una ulteriore, equiparata al primo certamente *quoad effectum*. Secondo quanto dispone il co. 2 dell'art. 105 *cit.*, «*costituisce, comunque, subappalto qualsiasi contratto avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo superiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da*

⁵⁴⁸ In merito, si rammenta che il decreto “Semplificazioni-*bis*” ha sostituito le previsioni del decreto “*Sblocca cantieri*” senza alcuna indicazione operativa sul regime transitorio. Sì che, specialmente in seguito alle sentenze della Corte di Giustizia UE, alcune stazioni appaltanti hanno ritenuto non più applicabile il limite del 40%, non prevedendo più nel bando alcun limite al subappalto. Nella maggior parte dei casi, invece, è stato stabilito il tetto massimo al subappalto riproducendo la percentuale prefissata dal legislatore italiano.

⁵⁴⁹ A.N.A.C., delibera n. 694 del 20 ottobre 2021, *cit.*

⁵⁵⁰ Il comma 1 dell'art. 105 D. Lgs. n. 50/2016 è stato così modificato dall'art. 49, comma 1, lettera b), sub. 1), della legge n. 108 del 2021.

affidare". La qualificazione del contratto come subappalto determina alcune significative conseguenze, circondandone l'applicabilità di limiti ulteriori. La possibilità per l'aggiudicatario di ricorrere a questo istituto, infatti, è condizionata alla preventiva ed espressa autorizzazione della stazione appaltante. A tal fine, è richiesto agli operatori economici di indicare all'atto di presentazione dell'offerta i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che intendano subappaltare e, ove aggiudicatari della procedura, di depositare il contratto di subappalto presso la stazione appaltante almeno venti giorni prima della data di effettivo inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni. Ai sensi del co. 7 dell'art. 105 *cit.*, il contratto di subappalto deve essere corredato della documentazione tecnica, amministrativa e grafica direttamente derivata dagli atti del contratto affidato, indicando puntualmente l'ambito operativo del subappalto sia in termini prestazionali che economici. Al momento del deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante l'affidatario è tenuto a trasmettere, altresì, la dichiarazione del subappaltatore attestante sia l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'art. 80 D. Lgs. n. 50/2016 che il possesso dei requisiti speciali di cui agli artt. 83 e 84 D. Lgs. *cit.*

A questa regola generale fa "eccezione" il nuovo art. 105, co.1, II cpv. *cit.* A seguito delle modifiche introdotte dalla Legge 23 dicembre 2021, n. 238, recante "*Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea*" (cd. Legge europea 2019-2020), "*le stazioni appaltanti, nel rispetto dei principi di cui all'art. 30, previa adeguata motivazione nella determina a contrarre, eventualmente avvalendosi del parere delle Prefetture competenti, indicano nei documenti di gara le prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto da eseguire a cura dell'aggiudicatario*", sempre tenuto conto "*della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare*". La possibilità di escludere il ricorso al subappalto, poi, viene ancorata alla sussistenza di "*specifiche caratteristiche dell'appalto*", ivi comprese quelle previste all'art. 89 co. 11 D. Lgs. *cit.* in punto di avvalimento ovvero, per quel che qui maggiormente interessa, all'esigenza di rafforzare il controllo delle attività di cantiere e dei luoghi di lavoro, in guisa da garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro, della salute e sicurezza dei lavoratori, nonché di prevenire proprio il rischio di infiltrazioni criminali. A questo complesso reticolato di eccezioni che rende, ad avviso di chi scrive, molto più semplice per la stazione appaltante

assentire il ricorso generalizzato al subappalto più che vietarlo ovvero limitarlo a determinate quote negli atti di gara, se ne aggiunge uno ulteriore.

Tanto anche perché, allo stato, risulta difficile immaginare un efficace e, soprattutto, tempestivo coordinamento tra stazioni appaltanti e Prefetture per acquisire il parere di queste ultime sopra menzionato, almeno nei primi mesi di vigenza della nuova normativa. La nuova, e assai tortuosa, formulazione dell'art. 105 *cit.*, infatti, esclude l'apponibilità di limiti per il ricorso al subappalto laddove le prestazioni oggetto dell'affidamento debbano essere necessariamente eseguite da soggetti già inseriti nelle *white list* ex art. 1 co. 52 l. 6 novembre 2012, n. 190 ovvero iscritti all'anagrafe antimafia degli esecutori istituita presso la Struttura di Missione dedicata in seno al Ministero dell'Interno dall'art. 30 d.l. 17 ottobre 2016, n. 189, sugli "*Interventi urgenti in favore delle popolazioni colpite dal sisma del 24 agosto 2016*".

Da una lettura complessiva del nuovo art. 105 *cit.*, si comprende come oggi il ricorso al subappalto non sia più configurato in termini percentuali rispetto al valore dell'affidamento, come in precedenza, bensì limitabile soltanto in ragione di esigenze qualitative superiori che, in quanto tali, prescindono dal rispetto di soglie quantitativamente definite.

Sì che, se è vero, come pare, quanto appena riferito, nella procedure a evidenza pubblica ove è ammesso (*rectius*, ove non è vietato o limitato) il ricorso al subappalto, l'autorizzazione preventiva ed espressa da parte della stazione appaltante risulta condizionata unicamente al fatto che il subappaltatore sia effettivamente qualificato nella relativa categoria e non sussistano a suo carico i motivi di esclusione di cui all'art. 80 D. Lgs. n. 50/2016. La previsione normativa del possesso di questo insieme di requisiti da parte del subappaltatore risponde, evidentemente, a due ordini di ragioni, che potremmo definire, macroscopicamente, come di ordine pubblico economico. Difatti, occorre evitare, per un verso, elusioni della normativa sui contratti pubblici assicurando, tra gli altri, il principio di *par condicio creditorum*, e, per altro verso, garantire la sussistenza di requisiti di moralità in capo a chi esegue prestazioni oggetto della procedura a evidenza pubblica. Affidabilità e qualificazione del potenziale aggiudicatario vanno, perciò, di pari passo, con quelle del/dei suo/suoi subappaltatori.

Per questo, nella prassi, sovente si è posto il problema della qualificazione del subcontratto in termini di subappalto o meno. Rispetto ad altre figure negoziali, infatti, sussisteva, e ancora sussiste, un semplice obbligo di preventiva comunicazione da parte

dell'aggiudicatario nei confronti della stazione appaltante. Come previsto all'art. 105, co. 2 *cit.*, prima dell'inizio della prestazione, l'affidatario comunica “*per tutti i sub-contratti che non sono subappalti, stipulati per l'esecuzione dell'appalto, il nome del sub-contraente, l'importo del sub-contratto, l'oggetto del lavoro, servizio o fornitura affidati*”, unitamente a ogni modifica sopravveniente. All'uopo, l'ordinamento offre soltanto una parziale decodificazione di cosa subappalto non sia, prescrivendo il semplice deposito del contratto presso la stazione appaltante prima o contestualmente alla sottoscrizione del contratto di appalto. Secondo quanto disposto dall'art. 105 co. 3 *cit.*, non integrano subappalto:

“*a) l'affidamento di attività specifiche a lavoratori autonomi, per le quali occorre effettuare comunicazione alla stazione appaltante;*

b) la subfornitura a catalogo di prodotti informatici;

c) l'affidamento di servizi di importo inferiore a 20.000,00 euro annui a imprenditori agricoli nei comuni classificati totalmente montani di cui all'elenco dei comuni italiani predisposto dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT), ovvero ricompresi nella circolare del Ministero delle finanze n. 9 del 14 giugno 1993, pubblicata nel supplemento ordinario n. 53 alla Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana n. 141 del 18 giugno 1993, nonché nei comuni delle isole minori di cui all'Allegato A annesso alla

l. 28 dicembre 2001, n. 448;

c-bis) le prestazioni rese in favore dei soggetti affidatari in forza di contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell'appalto”.

Altrettanto, argomentando *a contrario* dalla formulazione dell'art. 105 co. 2 *cit.*, rientrano nella diversa categoria dei sub-affidamenti i contratti aventi ad oggetto attività, diverse dai lavori, espletate nel cantiere in cui si riferisce l'appalto, che richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, di importo inferiore al 2% e a € 100.000,00 o con percentuale di incidenza della manodopera inferiore al 50%.

Resta allora da comprendere quale sia e come possa individuarsi, dal punto di vista sostanziale, la differenza tra subappalto e altre figure negoziali rispetto alle quali, come si è cercato di spiegare, per quel che qui interessa, non opera il controllo dei requisiti di cui all'art. 80 Codice Contratti Pubblici né, altrettanto, la verifica prefettizia antimafia. Come affermato nella giurisprudenza amministrativa intervenuta sull'argomento, “*il discrimen tra subappalto*

in senso proprio e mero subaffidamento va tracciato considerando il carattere accessorio o meno delle prestazioni affidate al sub-contraente, in quanto la disciplina di cui all'art. 105 del Codice non si applica unicamente alle prestazioni meramente strumentali e solo funzionalmente collegate con quelle oggetto del contratto (ma ad esso estranee), come tali qualificabili ai sensi del comma 2 del menzionato art. 105⁵⁵¹.

Alla luce di quanto descritto, si nota che una possibilità per estendere i controlli antimafia passi per la prevenzione antimafia cd. pattizia o convenzionale. Come abbiamo avuto modo di analizzare nel corso del Capitolo II, il riferimento è ai protocolli di legalità, rispetto ai quali gli operatori economici possono accettare di sottoporsi a obblighi dichiarativi e limiti negoziali ulteriori rispetto a quelli previsti dalla legge che finora si sono illustrati.

Esaurito questa digressione relativa a una specifica vicenda gestoria della società, resta ora da concludere l'argomento in discorso rammentando altri due fenomeni rilevanti ai sensi dell'art. 84 co. 4 *cit.* su cui si è soffermata la giurisprudenza amministrativa. Il riferimento è, precisamente, alla figura dei dipendenti e, su un piano più generale, sociologicamente noto, alla cd. "*condivisione di un sistema di illegalità*".

1.5. LA SELEZIONE DEL PERSONALE.

Quanto alla prima, si nota come alle volte il condizionamento mafioso passa per l'inserimento nell'organico del personale dipendente da una società di soggetti affiliati, con precedenti penali per fatti di criminalità organizzata o dei quali comunque la mafia si serve per "guidare" e monitorare l'andamento di un'attività economica. Sul punto, la giurisprudenza risulta divisa tra pronunce per cui è necessaria e sufficiente la presenza di tali soggetti per ritenere sussistente il condizionamento mafioso⁵⁵² e pronunce ove è richiesto che tale presenza si inserisca in un quadro indiziario complessivo che denoti "*il potere della criminalità organizzata di incidere sulle politiche assunzionali dell'impresa e, mediante ciò, inquinare la gestione a propri fini*"⁵⁵³. Ancorché, come evidenziato nel corso del Capitolo I a proposito del Codice Antimafia di Italcementi S.p.A., sarebbe auspicabile che ogni operatore economico

⁵⁵¹ Cons. Stato, sez. III, 4 marzo 2020, sent. n. 1603; conf. T.A.R. Abruzzo, sede di Pescara, sez. I, sent. nn. 43/2018 e 199/2018.

⁵⁵² Cons. Stato, sez. III, 14 settembre 2018, n. 5410.

⁵⁵³ Cons. Stato, sez. III, 25 maggio 2018, n. 3138.

provveda ad approntare idonee procedure di *screening* per la selezione del personale, la scarsa condivisibilità della prima impostazione è perorata non solo in dottrina ma, finanche, dall'orientamento dei giudici del lavoro, secondo cui occorre adottare maggiori cautele prima di addivenire alla risoluzione contrattuale del rapporto di lavoro con tali soggetti e reinserire nel circuito economico soggetti ritenuti “controindicati” per precedenti del passato⁵⁵⁴.

1.6. LA C.D. “CONDIVISIONE DI UN SISTEMA DI ILLEGALITÀ”.

Ultimo elemento enucleato dalla giurisprudenza per dedurre la sussistenza del tentativo di infiltrazione mafiosa riguarda la generale condivisione di un sistema di illegalità, inteso come condivisione di un sistema gestorio di determinati settori caratterizzato, tra l'altro, da scambi di favori⁵⁵⁵. La rete di connivenze intessute risente, in questo caso, dell'assenza di iniziative volte al ripristino della legalità anche, e specialmente, da parte dei pubblici poteri. Un esempio storicamente assai noto del fenomeno si rinviene, a parere dello scrivente, nell'abusivismo anche “autorizzato” che ha caratterizzato il cd. sacco di Palermo, locuzione usata per indicare il boom edilizio che ha stravolto la fisionomia architettonica della città e portato alla distruzione di numerose strutture in stile *Liberty* tra gli anni Cinquanta e Sessanta del Novecento. Ivi, precisamente, non può rinvenirsi una forma di abusivismo in senso tecnico-giuridico, inteso come mancanza di titolo edilizio abilitativo quanto, precisamente, di “edilizia selvaggia autorizzata”, ove il diritto di edificare è assentito dalla Pubblica Amministrazione in virtù di un accordo illecito con la mafia.

Analizzati, così, i principali elementi sintomatici del pericolo di infiltrazione mafiosa nell'elaborazione pretoria, possiamo adesso dedicarci all'articolata decodificazione della natura giuridica della documentazione antimafia. Ancora una volta, sarà utile incedere per passaggi logico-argomentativi successivi, tentando di ricostruire gli istituti di teoria generale più significativi in argomento, quali, specificamente, le misure di prevenzione e le sanzioni amministrative, nella qualificazione giuridica assunta sia nel diritto interno che sul piano sovranazionale.

⁵⁵⁴ Riporta detto orientamento S. STICCHI DAMIANI, *Le interdittive antimafia tra lacune normative e discrezionalità amministrativa*, in *op. cit.*, 105.

⁵⁵⁵ Sempre Cons. Stato, sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743, *cit.*

2. LA DOCUMENTAZIONE ANTIMAFIA: IL PROBLEMA DELLA NATURA GIURIDICA.

2.1. GLI ESTREMI DELLA QUESTIONE CONTROVERSA.

Seguendo una certa impostazione dottrinale, la collocazione sistematica della documentazione antimafia - nel libro II del D. Lgs. 159/2011 - rivelerebbe, almeno sul piano formale, l'estraneità dell'istituto rispetto alle misure aventi carattere penale o parapenale, come pure, seguendo la stessa logica argomentativa, rispetto alle misure di prevenzione personali⁵⁵⁶, giusta la loro collocazione nel libro I del Codice Antimafia⁵⁵⁷.

In disparte dalla sua *sedes materiae*, invero, la decodificazione della natura giuridica della documentazione antimafia risulta assai controversa e oscilla, essenzialmente, tra due poli. Da un lato, quello della misura "sostanzialmente" penale, secondo i criteri diagnostici *Engel*⁵⁵⁸, e, dall'altro, come sostenuto pressoché dalla totalità della giurisprudenza, quello della misura formalmente e sostanzialmente amministrativa. Nel primo filone interpretativo, di matrice squisitamente dottrinale, si inserisce il contributo di una dottrina, fonte di apprendimento preziosa in questa materia, che illustra l'istituto in termini di ancipite eterogenesi dei fini, guardando, rispettivamente, alla *law in the books* e alla *law in action*. Secondo l'Autore in commento, sul piano normativo accade che le conseguenze sfavorevoli dell'interdittiva siano ben più gravi di quelle derivanti da (almeno) due misure di prevenzione: l'amministrazione e il controllo giudiziario di cui agli artt. 34 e 34 *bis* D. Lgs. 159/2011, realizzando l'effetto, quasi paradossale, per cui il soggetto incisione debba augurarsi l'applicazione di una misura penale di prevenzione per il minor impatto sull'impresa.

⁵⁵⁶ La letteratura sulle misure di prevenzione è prolifica. Per quel che interessa la presente prospettiva di indagine si può inserire il contributo di A. MANNA, *Natura giuridica delle misure di prevenzione: legislazione, giurisprudenza e dottrina*, in *Arch. Pen.*, 3/2018, 1-18. L'opportunità di rivolgersi a questo Autore e, altresì, di limitare la fonte della ricerca al suo contributo (in questa prima fase di indagine), si giustifica perché il Manna passa in rassegna la storia delle misure di prevenzione. Dalla loro qualificazione in termini di misure amministrative di polizia, l'Autore manifesta l'opportunità di una loro conversione in misure di sicurezza. Si veda, per un'analisi anche a livello sistematico, l'innovativo contributo offerto da G. SPANGHER, A. MARANDOLA, *Commentario Breve al Codice Antimafia e alle altre procedure di prevenzione*, Cedam, 2019. Ancora, R. CERAMI (a cura di), *Codificazione e decodificazione: sulle ragioni sociali, economiche e culturali della crisi del modello dello Stato di diritto. Le misure di prevenzione del nuovo codice antimafia*, in *Quaderni del Centro Siciliano di studi sulla giustizia*, XII, Giuffrè, 2013. Una vicinanza sistematica tra documentazione antimafia e misure di prevenzione è coltivata, almeno dal punto di vista metodologico, nella recentissima opera collettanea di A. MARANDOLA, L. DELLA RAGIONE, A. ZAMPAGLIONE (a cura di), *Misure di prevenzione, interdittive antimafia e procedimento*, Giuffrè Francis & Taylor, 2022.

⁵⁵⁷ M. NOCCELLI, *I più recenti orientamenti della giurisprudenza sulla legislazione antimafia*, 2018, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁵⁸ Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engel e altri* c. Paesi Bassi.

Sul piano pratico e operativo, poi, l'Autore critica la giurisprudenza amministrativa, nella parte in cui si sofferma sulle condotte tenute senza, tuttavia, spiegare perché tali elementi esprimono la sussistenza di un tentativo di infiltrazione mafiosa. Un esempio per tutti sarebbe fornito dal richiamo al fenomeno sociologico delle *“aree opache, nelle quali notoriamente i proventi delle attività illecite vengono reinvestiti in imprese formalmente estranee e dispersi in una miriade di società collegate da vincoli di vario tipo con l'organizzazione criminale”*⁵⁵⁹, categoria che, sempre secondo questo filone interpretativo, diventa piuttosto sfuggente in altre fattispecie, come, ad esempio, nelle cd. *“informative a catena”* o *“a cascata”*. Secondo gli studi dell'Autore, il combinarsi del dato normativo con l'approccio della giurisprudenza amministrativa renderebbe del tutto accentuato il contenuto afflittivo della misura in esame, comportando un avvicinamento tra gli effetti dell'interdittiva e quelli della confisca. Ad avviso dell'Autore, detto altrimenti, mentre *“la confisca costituisce la sottrazione di un patrimonio, l'interdittiva costituisce la sottrazione della capacità di produrre reddito”*⁵⁶⁰.

Ci si può soffermare, inoltre, sull'analisi compiuta da altri studi, ricognitiva della perenne tensione che si verifica tra la libertà di iniziativa economica privata, da un lato, e la conduzione della più efficace azione di contrasto della criminalità organizzata, dall'altro⁵⁶¹.

Quanto al secondo filone interpretativo, invece, si nota che la giurisprudenza amministrativa iscrive l'istituto negli atti di indagine amministrativa, come tipica misura cautelare di polizia⁵⁶², preventiva e interdittiva, che si aggiunge alle misure di prevenzione

⁵⁵⁹ Cons. Stato, sez. III, 9 ottobre 2018, n. 5784.

⁵⁶⁰ N. DURANTE, *L'interdittiva antimafia, tra tutela anticipatoria ed eterogenesi dei fini*, intervento reso in occasione della tavola rotonda sul tema *“Criticità gestionali di beni e aziende sequestrate”*, tavola rotonda organizzata dall'Università di Catanzaro e dal T.A.R. per la Calabria, 24 novembre 2018, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁶¹ M. MAZZAMUTO, *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, in *Giustamm.*, 3/2016, 5330 ss.; A. BUSCEMA, *L'informativa prefettizia antimafia tra esigenze di prevenzione e libertà d'iniziativa economica privata*, in *Giustamm.it*, 2012, 1-24. Il meccanismo sotteso alle interdittive stigmatizza, invece, *“la morte dell'impresa”* per S. RAIMONDI, *L'informativa antimafia interdittiva: profili di costituzionalità*, relazione all'incontro di studio su *“Le informative antimafia nella giurisprudenza amministrativa. Profili di compatibilità con le garanzie costituzionali e con la CEDU”*, Palermo, 24 giugno 2014.

⁵⁶² Per un inquadramento generale sulla funzione di polizia e sui provvedimenti amministrativi di polizia, utile la consultazione di A. IANNUZZI, *Dalla funzione ai provvedimenti di polizia*, Dike Giuridica, 2015, 1-125. Con specifico riferimento alla materia prefettizia, invece, si evidenzia E. LEOTTA, *I poteri certificativi del Prefetto quali strumenti di contrasto alla criminalità organizzata: inquadramento sistematico ed aspetti problematici*, relazione alla Conferenza Nazionale su *“Le nuove disposizioni penali in materia di sicurezza pubblica - strumenti e poteri di prevenzione antimafia”*, organizzata dall'Osservatorio Permanente sulla Criminalità organizzata, Siracusa, 25 - 27 giugno 2010.

antimafia giurisdizionali e prescinde dall'accertamento in sede penale di uno o più reati connessi all'associazione di tipo mafioso.

Numerosi e importanti concetti sono stati richiamati in questa breve premessa, su alcuni dei quali è assolutamente necessario soffermarsi. Primo tra tutti, quello delle misure di prevenzione, rispetto al quale, tuttavia, questo elaborato si propone di illustrare soltanto i tratti essenziali, funzionalmente collegati al tema che ci occupa.

2.2. LE MISURE DI PREVENZIONE NELL'APPARATO DELLA PUBBLICA SICUREZZA E DEI POTERI DI POLIZIA: CENNI DI TEORIA GENERALE.

Quando si affronta l'istituto delle misure di prevenzione, il riferimento principe è alla "legge fondamentale" del 27 dicembre 1956, n. 1423, che, oltre a costituire il primo corpo normativo sulla materia dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, è di fatto confluita nel D. Lgs. n. 159/2011⁵⁶³.

In prospettiva storica, invero, si ricorda che la materia ha trovato una prima codificazione, emancipata dal codice penale, con la legge di pubblica sicurezza n. 6144 del 30 giugno 1889, frutto dell'ideologia liberale e costituzionalista di Zanardelli⁵⁶⁴. Di speculare ispirazione, invece, il Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza n. 773 del 18 giugno 1931, che dedica alle misure di prevenzione un titolo *ad hoc*, il VI. Ed è proprio per la conformazione assunta dalle misure di polizia in epoca fascista che la Corte Costituzionale, nella storica sentenza 3 luglio 1956, n. 11, dichiara "*l'illegittimità costituzionale delle disposizioni contenute negli articoli da 164 a 176, in riferimento all'art. 13 della Costituzione, salvo la ulteriore necessaria disciplina della materia*", portando, appunto, il legislatore ad adottare la l. n. 1423/1956 *cit.*⁵⁶⁵

Con specifico riferimento al contrasto alla criminalità organizzata mafiosa, poi, è a partire dalla legge 31 maggio 1965, n. 575 che, in accoglimento alle sollecitazioni rivolte dalla

⁵⁶³ L'art. 116 D. Lgs. 6 settembre 2011, n. 159 afferma che ogni riferimento alla legge del 1956 e alle altre leggi nelle quali siano disciplinate le misure di prevenzione deve essere riferito al D. Lgs. stesso. Simmetricamente, il successivo art. 120, al co. 1 lett. a) ha disposto l'abrogazione della c.d. l. 1423/1956.

⁵⁶⁴ Per una ricostruzione storica più analitica, si suggerisce la lettura di A. MANNA, *Natura giuridica delle misure di prevenzione: legislazione, giurisprudenza, dottrina, op. cit.*

⁵⁶⁵ Invero, il percorso interpretativo svolto dalla Corte Costituzionale sulla materia appare diacronicamente diluito. Per quel che in questa materia interessa, ne ripercorre puntualmente oggetto ed esiti A. LONGO, *La "massima anticipazione di tutela". Interdittive antimafia e sofferenze costituzionali*, 16 ottobre 2019, in *Federalismi.it*, 1-39.

Commissione parlamentare antimafia⁵⁶⁶, il legislatore estende soggettivamente l'applicazione delle misure di prevenzione personali anche ai soggetti “*indiziati di appartenere ad associazioni mafiose*”⁵⁶⁷. Come noto e già ricordato nel corso del Capitolo I, è soltanto con la legge Rognoni-La Torre del 1982 che nasce il delitto di associazione a delinquere di stampo mafioso di cui all'art. 416 *bis* c.p. e che si amplia la tipologia di misure di prevenzione a questi applicabili, prevedendone, altresì, di carattere patrimoniale⁵⁶⁸. E anzi, può aggiungersi, specularmente, che, in origine, le misure di prevenzione patrimoniali potevano essere applicate unicamente a questa “categoria” di soggetti. Soltanto più tardi, la loro latitudine è stata ampliata alle altre ipotesi di pericolosità contemplate dal Codice Antimafia. Il valore inestimabile della l. 13 settembre 1982, n. 646 si apprezza sia dal punto di vista storico che sistematico. Introdotta dieci giorni dopo l'assassinio del Generale Carlo Alberto dalla Chiesa, si sarebbe portati a ritenerla espressione di quella che una dottrina denomina la “*perenne emergenza*”⁵⁶⁹. Invece, il suo fondamento razionale è, più che “*simbolico-espressivo*”, pienamente “*razionale*”⁵⁷⁰. Il legislatore, infatti, sembra finalmente rendersi conto dell'infruttuosità connotata alle misure di prevenzione di tipo personale nella lotta alla criminalità organizzata mafiosa. Più che recidere il legame fiduciario tra affiliati attinti da misure di prevenzione e affiliati “liberi”, risulta maggiormente efficace colpire, spezzandolo, i corposi flussi di denaro che dalla commissione dei cd. reati-fine ovvero, specularmente, di quelli strumentali, confluiscono nel patrimonio dell'organizzazione.

⁵⁶⁶ Istituita con legge 20 dicembre 1962, n. 1720.

⁵⁶⁷ Precisamente, l'art. 2 della l. 575/1965 dispone che “Nei confronti delle persone di cui all'articolo 1 possono essere proposte dal procuratore nazionale antimafia, dal procuratore della Repubblica presso il tribunale nel cui circondario dimora la persona o dal questore, anche se non vi è stato il preventivo avviso, le misure di prevenzione della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza e dell'obbligo di soggiorno nel comune di residenza o di dimora abituale, di cui al primo e al terzo comma dell'articolo 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423, e successive modificazioni”. Sulla nozione di “associazione mafiosa” e di “indiziati di appartenere associazione mafiosa” rilevanti a fini di prevenzione, vd., rispettivamente, G. FIANDACA, *La prevenzione antimafia tra difesa sociale e garanzie di legalità*, in *Foro it.*, 1987, II, 365 e R. SCARPINATO, *La dimensione imprenditoriale della criminalità organizzata e le sue nuove forme di manifestazione: l'analisi sociologica, l'accertamento giudiziario e l'applicabilità della normativa di prevenzione ai nuovi fenomeni criminali*, in *www.csm.it*.

⁵⁶⁸ In argomento, G. FALCONE, G. TURONE, *Tecniche di indagine in materia di mafia*, in *Convegno di Castel Gandolfo*, 4-6 giugno 1982, relazione riprodotta integralmente in *Riv. Studi e Ricerche sulla criminalità organizzata*, 2015, vol. 1, n. 1, 116 ss.

⁵⁶⁹ Il richiamo è a S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.

⁵⁷⁰ A. MANNA, *Natura giuridica delle misure di prevenzione: legislazione, giurisprudenza, dottrina*, cit., 6.

Esaurita questa brevissima digressione storica, tornando all'analisi dell'istituto in generale, si rammenta che la tassonomia più diffusa nella manualistica ripartisce le misure di prevenzione in modo duale. Accanto alla distinzione tra misure di prevenzione personali e patrimoniali, si trova quella tra "misure di prevenzione amministrative" e "misure di prevenzione giurisdizionali". Secondo l'impostazione minoritaria della dottrina, cui, tuttavia, anche lo scrivente intende aderire, se pacificamente condivisibile è la prima partizione rammentata, fondata sull'oggetto della misura di prevenzione, la seconda suscita qualche criticità. Differenziare le misure di prevenzione amministrative perché di competenza questorile da quelle giurisdizionali, nonostante l'appiglio fornito dal diritto positivo, rischia di essere fuorviante.

Come nota una dottrina, e condiviso dallo scrivente, ponendo l'accento sulla competenza soggettiva all'emanazione della misura, se ne offusca l'identità funzionale, che resta, comunque, quella di un provvedimento a carattere preventivo⁵⁷¹. Si legge, precisamente, che "*il coinvolgimento dell'autorità giudiziaria (...) non modifica in alcun modo la funzione preventiva della misura, ma trova giustificazione nell'esigenza di operare un controllo sull'attività dell'autorità amministrativa nei casi in cui il provvedimento proposto sia idoneo ad incidere sulla libertà personale del destinatario*"⁵⁷². È sul piano dei rimedi, invece, che tale distinzione diviene rilevante, poiché, mentre avverso le misure questorili è proponibile sia il ricorso gerarchico al Prefetto (*ex art. 6 T.U.L.P.S.*) che il ricorso al giudice amministrativo (ovvero, alternativamente, il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica), contro quelle dell'autorità giudiziaria sono ammessi gli ordinari rimedi giurisdizionali (ricorso avanti la Corte di Appello e per Cassazione).

Alla luce di questo, può dirsi che, oggi, il Codice Antimafia distingue, funzionalmente, misure di prevenzione personali, patrimoniali ed "*effetti interdittivi derivanti dall'applicazione di misure di prevenzione personali*"⁵⁷³. Sì che, rientrano nella prima categoria l'avviso orale e il foglio di via obbligatorio, entrambi emessi dal Questore, e la

⁵⁷¹ G. PINTUS, *Le misure di prevenzione*, in M.T. SEMPREVIVA (a cura di), *Ordinamento e attività istituzionali del Ministero dell'Interno*, Dike Editrice, IV Edizione, 2020, 164.

⁵⁷² G. PINTUS, *Le misure di prevenzione*, in *op. cit.*, 164.

⁵⁷³ Così suggerisce sempre G. PINTUS, *Le misure di prevenzione*, in *op. cit.*, 165. Si rammenta, per completezza, che nella legge n. 1423/1956 le misure questorili erano la diffida e il rimpatrio con foglio di via obbligatorio, mentre di competenza dell'autorità giudiziaria la sola sorveglianza speciale, con divieto o obbligo di soggiorno.

sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, eventualmente corredata dal divieto o dall'obbligo di soggiorno, di competenza dell'autorità giudiziaria. Sono, invece, misure di prevenzione patrimoniali, e tutte giurisdizionali, il sequestro, la confisca e l'amministrazione giudiziaria dei beni.

Secondo chi scrive, la ragione per cui alcune misure di prevenzione sono di competenza del questore e altre dell'autorità giudiziaria non può, tuttavia, dirsi risolta dall'affermazione per cui sono diversi gli strumenti di tutela attivabili. È, piuttosto, la consistenza della situazione giuridica sottesa a far mutare l'attribuzione del potere alla loro applicazione. Ed effettivamente, laddove la Costituzione ha disposto non solo la riserva di legge ma, altresì, quella di giurisdizione, come all'art. 13 Cost., la competenza non può che essere dell'autorità giudiziaria, proprio come accade per la sorveglianza speciale di pubblica sicurezza *ex art. 6 Codice Antimafia*. Diversamente, l'incisione di libertà pur costituzionalmente garantite ma coperte da sola riserva di legge non esclude la possibilità che il legislatore scelga di attribuire all'autorità amministrativa il potere di disporne, come si vede, ad esempio, nel rapporto tra libertà di circolazione tutelata all'art. 16 Cost. e competenza, appunto, questorile, all'emissione del foglio di via obbligatorio⁵⁷⁴.

Prima di passare ad analizzare il piano dei soggetti destinatari delle misure di prevenzione, alcune precisazioni. Come ricordato in *incipit*, la predilezione per questi strumenti, e la loro netta distinzione rispetto agli strumenti repressivi, si apprezza sin dall'epoca liberale. Altrettanto, sempre a partire dalla seconda metà dell'Ottocento, l'ordinamento sviluppa un autonomo "diritto della prevenzione", radicandolo nel sistema della pubblica sicurezza⁵⁷⁵. Ora, è consuetudine accostare il concetto di pubblica sicurezza a quello di ordine pubblico, sebbene quest'ultimo sia stato inserito espressamente all'art. 117 Cost. soltanto con la riforma del Titolo V del 2001, attribuendo la competenza esclusiva in materia alla legislazione statale, "*ad esclusione della polizia amministrativa locale*" (vd. art. 117 co. 2 lett. h) Cost.)⁵⁷⁶. Uno dei motivi di questo tardivo riconoscimento è ritenuto risiedere

⁵⁷⁴ Si sofferma, criticamente, in argomento, il recente scritto di M. F. CORTESI, *Per la Suprema Corte è infondata la questione di legittimità costituzionale delle misure interdittive applicate dal questore: decisione da condividere?*, *Nota a Cass. pen., sez. I, n. 28551 del 14 ottobre 2020*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2021, 27, 8, 1098 ss.

⁵⁷⁵ G. PINTUS, *Le misure di prevenzione*, in *op. cit.*, 163.

⁵⁷⁶ Sulla nozione ed evoluzione normativa della polizia amministrativa, è d'uopo rinviare all'opera di O. RANELLETTI, *Concetto della polizia di sicurezza*, Scritti Scelti, Jovene, 1992, 129 ss. Per un contributo più recente,

nella necessità di allontanarsi dall'esperienza dell'autoritarismo fascista, come del resto accaduto per molte delle disposizioni della Costituzione, che affermano e riconoscono tutti quei diritti e libertà invece compromessi dal regime⁵⁷⁷. L'esigenza di garantire l'ordine pubblico si presta, ben più di altre, a connotarsi di coloriture politiche, strumentali e strumentalizzabili, proprio nella sua qualità di limite, esplicito o implicito, ma pur sempre generale, a libertà costituzionalmente garantite. Ed effettivamente, in epoca fascista, prevalse l'idea di tutelare l'ordine pubblico in senso "ideale", cioè a dire come "*complesso di principi inderogabili sottratti al dibattito e alla possibilità di modifica*"⁵⁷⁸. Diversa vicenda ha invece caratterizzato la nozione di sicurezza pubblica, presente in più luoghi della Costituzione sin dalla sua entrata in vigore, perché evocativa di una dimensione più squisitamente materiale, come "*condizione pacifica di una convivenza immune da violenza*"⁵⁷⁹.

Ora, la necessità di curare e mantenere l'ordine e la sicurezza pubblica è, come indirettamente già anticipato, esigenza risalente, politicamente assai sensibile, avvertita perfino nell'esperienza giuridica dell'antica Roma. Inscritta all'interno dei cd. poteri di polizia, soltanto a partire dal Settecento questa diviene attività appannaggio di un "*apparato professionalizzato e centralizzato, direttamente rispondente all'autorità centrale di governo*"⁵⁸⁰. Senza qui ripercorrere l'articolata evoluzione del sistema ordinamentale della pubblica sicurezza dall'Unità di Italia ai giorni nostri, è sufficiente ricordare, per quel che qui interessa, che il suo attuale assetto deriva dalla fondamentale riforma del 1981.

Dalla legge 1° aprile 1981, n. 121, il sistema della pubblica sicurezza "*si articola in una rete di autorità responsabili distinte per livelli (nazionale, provinciale, locale) e funzioni (politico-amministrativa, tecnico-operativa), il cui vertice unitario è la figura della Autorità nazionale di pubblica sicurezza, individuata nel Ministro dell'Interno*"⁵⁸¹, nella sua qualità di *responsabile e coordinatore, a livello nazionale, della tutela dell'ordine e della sicurezza*

vd. G. MANFREDI, *La nozione di polizia amministrativa nel diritto italiano, Report annuale 2011*, in www.ius-publicum.com, e bibliografia in calce ivi richiamata.

⁵⁷⁷ Il "silenzio" costituzionale significativo del ripudio dell'epoca fascista è evidente nel sistema delle misure di prevenzione, come rileva G. FIANDACA, *Misure di prevenzione (fondamenti costituzionali)*, in *Dig. Pub.*, IX, 1995, 566.

⁵⁷⁸ G. CORSO, voce *Ordine pubblico (dir. pubbl.)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXX, Giuffrè Francis Lefebvre, 1980, 1061.

⁵⁷⁹ Sempre G. CORSO, voce *Ordine pubblico (dir. pubbl.)*, *op. cit.*, 1061.

⁵⁸⁰ S. DI IORIO, *Profili storico-ricostruttivi del sistema di pubblica sicurezza*, in M.T. SEMPREVIVA (a cura di), *Ordinamento e attività istituzionali del Ministero dell'Interno*, *op. cit.*, 44.

⁵⁸¹ S. DI IORIO, *Profili storico-ricostruttivi del sistema di pubblica sicurezza*, in *op. cit.*, 46.

pubblica. L'individuazione di un organo con funzioni di coordinamento, per un verso, trova giustificazione nel pluralismo delle Forze di polizia⁵⁸² e, per altro verso, suscita l'interrogativo sulla esaustività della sua attività rispetto quella di "polizia" che le altre Pubbliche Amministrazioni potrebbero porre in essere. Prima si è detto, infatti, che tale attività nasce proprio come appannaggio dell'autorità centrale di governo. Ed effettivamente, in un ordinamento, come quello italiano, caratterizzato dal decentramento amministrativo, prima e, dopo la riforma del Titolo V, dal pluralismo autonomistico, tale problema si è posto, non per caso, all'indomani dell'entrata in vigore sia del d.P.R. n. 616/1977 che del D. Lgs. 31 marzo 1998, n. 112 (attuativo della l. n. 59/1997), in materia, per quanto qui interessa, di conferimento di funzioni e compiti a Regioni ed Enti Locali.

L'art. 161 D. Lgs. cit. stabilisce la competenza regionale e locale per tutte le funzioni e i compiti di polizia amministrativa nelle materie rispettivamente loro attribuite, riservando alla prerogativa esclusiva dello Stato quelle riconducibili all'ordine pubblico e alla sicurezza pubblica. È stata allora opera della Corte Costituzionale definire la "polizia amministrativa" come attività a carattere strumentale, oltre che insieme di *"misure preventive e repressive primariamente dirette a tutelare la sicurezza delle attività materiali svolte da pubbliche amministrazioni e, più precisamente, a garantire che, con lo svolgimento di dette attività, non si arrechino danni o pregiudizi alle persone o alle cose, senza che ne risultino lesi o messi in pericolo i beni o gli interessi tutelati"*. Diversamente, rientrano nelle funzioni di polizia afferenti la pubblica sicurezza *"le misure preventive e repressive dirette al mantenimento dell'ordine pubblico, inteso come il complesso dei beni giuridici fondamentali o degli interessi pubblici primari sui quali, in base alla Costituzione e alle leggi ordinarie, si regge l'ordinata e civile convivenza dei consociati della comunità nazionale"*⁵⁸³. La corretta *actio finium*

⁵⁸² Secondo l'art. 16 l. n. 121/1981, "Ai fini della tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica, oltre alla polizia di Stato sono forze di polizia, fermi restando i rispettivi ordinamenti e dipendenze: a) l'Arma dei Carabinieri, quale forza armata in servizio permanente di pubblica sicurezza; b) il Corpo della Guardia di Finanza, per il concorso al mantenimento dell'ordine e della sicurezza pubblica. Fatte salve le rispettive attribuzioni e le normative dei vigenti ordinamenti, sono altresì forze di polizia e possono essere chiamati

a concorrere nell'espletamento di servizi di ordine e sicurezza pubblica il Corpo degli agenti di custodia (ora, agenti di Polizia Penitenziaria) e il Corpo forestale dello Stato". Si rammenta che con il D. Lgs. 19 agosto 2016, n. 177 recante "Disposizioni in materia di razionalizzazione delle funzioni di polizia e assorbimento del Corpo forestale dello Stato", le funzioni del Corpo forestale dello Stato sono state attribuite all'Arma dei Carabinieri (cfr. art. 7).

⁵⁸³ Ricostruisce in termini A. ROMEO, *La definizione dei concetti di ordine e sicurezza pubblica*, in M.T. SEMPREVIVA (a cura di), *Ordinamento e attività istituzionali del Ministero dell'Interno*, op. cit., 53, nel riportare quanto affermato dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 1013/1988 in materia di polizia delle cave, chiamata a pronunciarsi sulla titolarità del potere di autorizzare scavi ravvicinati a norma degli artt. 104 e 105 d.P.R. 9 aprile

regundorum della nozione di ordine e sicurezza pubblica, tuttavia, non passa soltanto per la corretta decodificazione del concetto di “attività di polizia amministrativa locale”. Ben può accadere, come effettivamente è accaduto, che esigenze di tutela dell’ordine e sicurezza pubblica prevarichino, patologicamente, ovvero prevalgano, fisiologicamente, su altri interessi, privati o pubblici, costituzionalmente tutelati. Il pluralismo dei diritti che anima la nostra Carta Fondamentale affida alla Corte Costituzionale “l’ultimo” bilanciamento tra interessi contrapposti, compito che si fa ancora più arduo quando si parla di “ordine e sicurezza”, considerata non solo la fisiologica compressione di diritti e libertà che da questi deriva ma, altresì, le numerose declinazioni che la sicurezza pubblica può assumere (sicurezza sul lavoro, sicurezza ambientale,...), come rilevato dalla stessa Corte Costituzionale nella nota sentenza n. 407/2002. Sì che, sia per la giurisprudenza che per la dottrina, giova adottare una nozione unitaria dell’ordine e sicurezza pubblici, in chiave endiadica, per cui “*le due locuzioni esprimono un unico concetto, per mezzo di due termini coordinati*”⁵⁸⁴.

La componente ideale dell’ordine pubblico, allora, in una prospettiva costituzionalmente orientata, diviene al più il fondamento razionale dell’attribuzione all’Autorità di pubblica sicurezza di “*poteri di coazione finalizzati a tutelare l’ordine pubblico materiale attraverso l’attività di prevenzione dei reati*”, attivabili unicamente ove sussista la possibilità di una concreta minaccia per l’ordine pubblico⁵⁸⁵.

Questa digressione consente ora di meglio comprendere la selezione dei destinatari delle misure di prevenzione, storicamente individuati per “classi” di soggetti ritenuti, appunto, pericolosi per l’ordine pubblico e, con buona approssimazione fenomenologica, riconducibili a categorie di soggetti “emarginati” dalla società⁵⁸⁶. Qui, secondo lo scrivente, stanno e cadono

1959, n. 128, se in capo allo Stato, in quanto funzione di pubblica sicurezza ex art. 4 d.P.R. n. 616/1977, o alle Regioni, secondo gli artt. 9 e 62 co. 3 d.P.R. n. 616/1977, in attuazione degli artt. 117 e 118 Cost.

⁵⁸⁴ G. CAIA, *L’Amministrazione della pubblica sicurezza e le forze di polizia: l’assetto delle competenze ed il coordinamento in relazione ai recenti interventi normativi*, in AA. VV., *Nuovi orizzonti della sicurezza urbana dopo la legge 24 luglio 2008, n. 125 ed il decreto del Ministro dell’Interno, 79*, Atti del Convegno tenutosi presso la Prefettura di Bologna il 25 settembre 2008 in <http://www.prefettura.it>.

⁵⁸⁵ Così opina A. ROMEO, *La definizione dei concetti di ordine e sicurezza pubblica*, in *op. cit.*, 58.

⁵⁸⁶ Come rileva la dottrina, già la l. n. 1423 del 27 dicembre 1956 delinea i presupposti per l’applicazione delle misure di prevenzione non per tipologie di fatti, bensì per tipi di autore. Accanto agli “originari” oziosi e ai vagabondi, l’art. 1 l. n. 1423/1956 *cit.* contempla presupposti, confluiti nel Codice Antimafia, “*connotati da una genericità tipica appunto di un diritto di polizia*”. Soltanto con la l. n. 327 del 1988, per le misure personali, si è aggiunto l’inciso “*sulla base di elementi di fatto*”, “*evidentemente allo scopo di avvicinare i presupposti delle misure di prevenzione a quelli delle misure di sicurezza*”. Così, A. MANNA, *Natura giuridica delle misure di prevenzione: legislazione, giurisprudenza, dottrina, cit.*, 5-6, il quale rileva l’eterogeneità dei fini sottesa alla riforma in discorso,

insieme la particolare forza e, allo stesso tempo, il maggiore limite, del sistema della prevenzione. L'anticipazione applicativa rispetto a comportamenti non (necessariamente) penalmente rilevanti ma indicativi della pericolosità sociale del soggetto caratterizza le misure di prevenzione come misure special-preventive, finalizzate “*ad evitare la realizzazione di comportamenti socialmente pericolosi e/o penalmente rilevanti*”⁵⁸⁷ e, perciò, da collocare su un terzo, diverso binario, che scorre parallelo a quello delle pene e delle misure di sicurezza⁵⁸⁸.

Secondo la dottrina, la funzione di prevenzione speciale è attuata “*attraverso la rimozione e/o il contenimento delle cause che agevolano la perpetrazione di reati*” ma ne prescindono⁵⁸⁹. Di qui la loro ricorrente decodificazione alla stregua di misure “*praeter delictum*”, perché irrogate a prescindere dalla commissione di una fattispecie penalmente rilevante e non “*ante delictum*”⁵⁹⁰. Per le suesposte ragioni, uno dei massimi esponenti della tradizione penalistica liberale ha ritenuto che queste misure costituiscano autentica espressione del cd. “*diritto amministrativo di polizia*”, non già partecipando del “*magistero penale*”⁵⁹¹.

dal momento che, invero, più che avvicinare l'istituto alle garanzie del diritto penale, lo fa confluire a pieno titolo nel “*tipico modello securitario del diritto di polizia*”.

⁵⁸⁷ Definisce così, G. PINTUS, *Le misure di prevenzione*, in *op. cit.*, 164. Cfr. anche F. BASILE, *Esiste una nozione ontologicamente unitaria di pericolosità sociale? spunti di riflessione, con particolare riguardo alle misure di sicurezza e alle misure di prevenzione*, in *La pena, ancora fra attualità e tradizione, Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile e G.L. Gatta, Tomo I e II, 960-961.

⁵⁸⁸ La dottrina in argomento è foltissima. Ci si limita qui a richiamare F. BASILE (con la collaborazione di E. Zuffada), *Manuale delle misure di prevenzione*, Giappichelli, 2020; A. MANNA, *Natura giuridica delle misure di prevenzione: legislazione, giurisprudenza, dottrina*, in *Arch. Pen.*, 2018, 3, 1- 18; F. BASILE, *Brevi considerazioni introduttive sulle misure di prevenzione*, in *Giur. It.*, 2015, 6, 1521 ss.; M. CERESA GASTALDO, *Misure di prevenzione e giurisdizione senza fatto*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2016, 3, 213-216; ID., *L'insanabile antinomia della “giustizia penale preventiva”*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 2, 294-301; F. BASILE, *Brevi considerazioni introduttive sulle misure di prevenzione*, in (a cura di) ID., *Le misure di prevenzione dopo il c.d. codice antimafia. Aspetti sostanziali e aspetti procedurali*, in *Giur. it.*, 2015, 1522; F. FIORENTIN, *Le misure di prevenzione personali nel Codice Antimafia, in materia di stupefacenti e nell'ambito delle manifestazioni sportive*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2012; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale-parte generale*, Zanichelli, 2009, 869-885; R. GUERRINI, L. MAZZA, S. RIONDATO, *Le misure di prevenzione. Profili sostanziali e processuali*, Cedam, 2004; P.V. MOLINARI, U. PAPADIA, *Le misure di prevenzione nella legge fondamentale, nelle leggi antimafia e nella legge anti violenza nelle manifestazioni sportive*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2002; D. PETRINI, *La prevenzione inutile: illegittimità delle misure praeter delictum*, Jovene, 1996; G. CORSO, *Profili costituzionali delle misure di prevenzione: aspetti teorici e prospettive di riforma*, in G. FIANDACA, S. COSTANTINO (a cura di), *La legge antimafia tre anni dopo*, Franco Angeli, 1986; G. MEALE, *I Limiti costituzionali alla tutela preventiva*, Jovene, 1968; L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Giuffrè Francis Lefebvre, 1962.

⁵⁸⁹ F. FIORENTIN, *Le misure di prevenzione personali nel Codice Antimafia, op. cit.*, 3.

⁵⁹⁰ A. MANNA, *Il diritto delle misure di prevenzione*, in S. FURFARO (a cura di), *Misure di prevenzione*, UTET Giuridica, 2013, 3; conf. A. CELOTTO, *La prevenzione speciale, i principi costituzionali e le garanzie europee*, in S. FURFARO (a cura di), *Misure di prevenzione, op. cit.*, 23. Contra, L. FILIPPI, M.F. CORTESI, *Il codice delle misure di prevenzione*, Giappichelli, 2011, 12.

⁵⁹¹ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, il Mulino, 1993, 44-45.

Ci si chiede, allora, se, ai fini dell'applicazione delle misure di prevenzione, rilevi la pericolosità sociale del soggetto, in quanto tale, o delle condotte che lo stesso pone in essere. Su questo punto, il Codice Antimafia detta una disciplina variegata, frutto di una stratificazione normativa diacronica, che distingue fattispecie di cd. "pericolosità generica" da fattispecie di cd. "pericolosità specifica"⁵⁹².

Precisamente, le misure di prevenzione personali questorili di cui al Capo I si applicano, secondo l'art. 1 D. Lgs. n. 159/2011, esclusivamente a soggetti "valutati" pericolosi sulla base di elementi di fatto tali per cui si ritengono "*abitualmente dediti a traffici delittuosi*", "*dediti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica*", ovvero "*vivere abitualmente con proventi di attività delittuose*".

Delle misure di prevenzione personali applicate dall'autorità giudiziaria, invece, possono essere destinatari soggetti "qualificatamente" e "specificamente" pericolosi, come, ad esempio, gli indiziati per una serie di reati, tra cui figura, per quel che qui interessa, il delitto di associazione a delinquere di stampo mafioso, oltre che quelli di cui all'art. 1 Cod. Antimafia, sopra citati⁵⁹³. Oltre all'appartenenza a una o più delle categorie soggettive di pericolosità

⁵⁹² Sulle categorie soggettive di pericolosità, si ricorda la partizione dottrinale ripercorsa in A. IANNUZZI, *Dalla funzione ai provvedimenti di polizia*, Dike Giuridica Editrice, 2015, 156-157, tra "*soggetti genericamente*" e "*specialmente pericolosi*", e tra "*soggetti pericolosi semplici*" e "*soggetti pericolosi qualificati*" derivata dalla normativa precedente.

⁵⁹³ L'art. 4 D. Lgs. n. 159/2011 riporta, precisamente:

- a) gli indiziati di appartenere alle associazioni di cui all'art. 416 bis c.p.;
- b) i soggetti indiziati di uno dei reati previsti dall'art. 51, co. 3 bis c.p.p. ovvero del delitto di cui all'articolo 12-quinquies, comma 1, del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, o del delitto di cui all'art. 418 c.p.;
- c) i soggetti di cui all'articolo 1;
- d) a coloro che, operanti in gruppi o isolatamente, pongano in essere atti preparatori, obiettivamente rilevanti, diretti a sovvertire l'ordinamento dello Stato, con la commissione di uno dei reati previsti dal capo I, titolo VI, del libro II del codice penale o dagli articoli 284, 285, 286, 306, 438, 439, 605, 630 c.p., nonché alla commissione dei reati con finalità di terrorismo anche internazionale;
- d) agli indiziati di uno dei reati previsti dall'art. 51 co. 3 quater c.p.p. e a coloro che, operanti in gruppi o isolatamente, pongano in essere atti preparatori, obiettivamente rilevanti, ovvero esecutivi diretti a sovvertire l'ordinamento dello Stato, con la commissione di uno dei reati previsti dal capo I del titolo VI del libro II del codice penale o dagli articoli 284, 285, 286, 306, 438, 439, 605 e 630 c.p., nonché alla commissione dei reati con finalità di terrorismo anche internazionale ovvero a prendere parte ad un conflitto in territorio estero a sostegno di un'organizzazione che persegue le finalità terroristiche di cui all'articolo 270-sexies del codice penale;
- e) a coloro che abbiano fatto parte di associazioni politiche disciolte ai sensi della legge 20 giugno 1952, n. 645, e nei confronti dei quali debba ritenersi, per il comportamento successivo, che continuino a svolgere una attività analoga a quella precedente;
- f) a coloro che compiano atti preparatori, obiettivamente rilevanti, ovvero esecutivi diretti alla ricostituzione del partito fascista ai sensi dell'articolo 1 della legge n. 645 del 1952, in particolare con l'esaltazione o la pratica della violenza;

richiamate, il legislatore richiede la sussistenza di una condizione supplementare, quale la “pericolosità per la sicurezza pubblica”. Sicurezza pubblica che, declinata come sopra, rende perciò destinatari delle misure in discorso tutti e soltanto i soggetti che “*in rapporto al loro sistema di vita e alle relazioni con ambienti della malavita, appaiono come possibili centri motori di azioni criminali che, andando oltre la condanna individuale, mettono in pericolo le basi fondamentali della convivenza e tolgono alla polizia le normali possibilità di controllo e prevenzione*”⁵⁹⁴.

Da ultimo, le misure di prevenzione patrimoniali si applicano, a catena, oltre ai soggetti di cui all’art. 4 Cod. Antimafia, appena rammentati, anche “*alle persone fisiche e giuridiche segnalate al Comitato per le sanzioni delle Nazioni Unite, o ad altro organismo internazionale competente per disporre il congelamento di fondi o di risorse economiche, quando vi sono fondati elementi per ritenere che i fondi o le risorse possano essere dispersi, occultati o utilizzati per il finanziamento di organizzazioni o attività terroristiche, anche internazionali*”.

Ripercorse, così, le coordinate essenziali dell’istituto, si nota come la partizione tra misure di prevenzione personali e patrimoniali trovi differente legittimazione non soltanto dal punto di vista storico ma anche quanto a fondamento tecnico-giuridico. Se è vero che, almeno in origine, le misure di prevenzione patrimoniale hanno trovato maggior favore proprio perché tese al contrasto della criminalità organizzata, man mano hanno ricavato la loro legittimazione anche alla luce delle disposizioni costituzionali. Precisamente, è proprio il combinato disposto degli artt. 41 e 42 Cost. a suggerire l’incisione di un bene giuridico, il patrimonio, espressamente tutelato in misura minore rispetto alla libertà personale⁵⁹⁵. Sì che,

g) fuori dei casi indicati nelle lettere d), e) ed f), siano stati condannati per uno dei delitti previsti nella legge 2 ottobre 1967, n. 895, e negli articoli 8 e seguenti della legge 14 ottobre 1974, n. 497, e successive modificazioni, quando debba ritenersi, per il loro comportamento successivo, che siano proclivi a commettere un reato della stessa specie col fine indicato alla lettera d);
h) agli istigatori, ai mandanti e ai finanziatori dei reati indicati nelle lettere precedenti. E' finanziatore colui il quale fornisce somme di denaro o altri beni, conoscendo lo scopo cui sono destinati;
i) alle persone indiziate di avere agevolato gruppi o persone che hanno preso parte attiva, in più occasioni, alle manifestazioni di violenza di cui all'articolo 6 della legge 13 dicembre 1989, n. 401;
i-bis) ai soggetti indiziati del delitto di cui all'articolo 640-bis o del delitto di cui all'articolo 416 del codice penale, finalizzato alla commissione di taluno dei delitti di cui agli articoli 314, primo comma, 316, 316-bis, 316-ter, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322 e 322 -bis del medesimo codice;
i-ter) ai soggetti indiziati del delitto di cui all'articolo 612-bis del codice penale.

⁵⁹⁴ P. NUVOLONE, *Misure di prevenzione e misure di sicurezza* (voce), in *Enc. Dir.*, XXVI, Giuffrè, 1976, 640.

⁵⁹⁵ G. FIANDACA, *Misure di prevenzione (Profili sostanziali)*, in *Dig. Disc. Pen.*, IV ed., UTET Giuridica, 1994, 108 ss.

sempre secondo questa dottrina, le misure di prevenzione personali “*meriterebbero una regolamentazione di carattere amministrativo, (...) per cui sotto questo profilo sarebbe solo auspicabile una più attenta ed estesa opera di giurisdizionalizzazione*”⁵⁹⁶.

2.3. IL SISTEMA DI PREVENZIONE E LA TUTELA MULTILIVELLO DEI DIRITTI: QUALI RIVERBERI PER LA DOCUMENTAZIONE INTERDITTIVA ANTIMAFIA?

Alla luce del quadro tracciato, si nota chiaramente come il D. Lgs. n. 159/2011, fuor che per la sua intitolazione, consegna all’ordinamento un insieme di strumenti suscettibili di applicazione generale, perché, con speciale riferimento alle misure di prevenzione, in grado di operare sia per fattispecie di pericolosità qualificata che per fattispecie di pericolosità generica.

Ed è proprio sul terreno della pericolosità generica che si sono annidati i rischi di frizione con la dimensione sovranazionale della Convenzione EDU⁵⁹⁷. Dalla scivolosa conformazione dell’art. 1 D. Lgs. n. 159/2011, infatti, la Corte di Strasburgo ha dedotto la violazione dell’art. 2 co. 3 protocollo addizionale n. IV della Convenzione EDU, secondo cui l’esercizio della libertà personale e di circolazione “*non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono previste dalla legge e costituiscono, in una società democratica, misure necessarie alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al mantenimento dell’ordine pubblico, alla prevenzione delle infrazioni penali, alla protezione della salute o della morale o alla protezione dei diritti e libertà altrui*”⁵⁹⁸. È sufficiente alla Corte soffermarsi

⁵⁹⁶ G. FIANDACA, *Misure di prevenzione*, op. cit., 1994, 108 ss. Contra, A. MANNA, *Natura giuridica delle misure di prevenzione*, op. cit., 10, secondo cui “*il patrimonio risulta indissolubilmente legato al concetto di persona*”, perché il sequestro e la successiva confisca dell’intero patrimonio di un soggetto non possono non riverberarsi sulla vita familiare e personale del destinatario della misura. Allineato con il pensiero di quest’ultimo è il più antico pensiero di S. MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Cedam, 1988.

⁵⁹⁷ Già nel 1980, con la nota sentenza del 6 novembre 1980, Guzzardi contro Italia, la Corte EDU stabilì che l’applicazione della misura della sorveglianza speciale con ordine di soggiorno (cd. *confino*) disposta nei confronti del ricorrente, indiziato di appartenenza a un’associazione mafiosa ai sensi della legge n. 575 del 1965, non aveva soltanto limitato la sua libertà di circolazione tutelata dall’art. 2 Prot. n. 4 CEDU (all’epoca non ancora ratificato dall’Italia), ma si era risolta in un’illegittima privazione della sua libertà personale, ai sensi dell’art. 5 CEDU. Sul fronte interno, la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 177 del 1980, dichiarò incompatibile con il principio di legalità – ritenuto in quella occasione applicabile anche alle misure di prevenzione personali in forza sia dell’art. 13 Cost., sia dell’art. 25, terzo comma, Cost. – la previsione della loro applicabilità a coloro che «per le manifestazioni cui abbiano dato luogo, diano fondato motivo di ritenere che siano proclivi a delinquere», in ragione dell’intollerabile indeterminatezza di tale formula normativa, ritenuta tale da «offr[ire] agli operatori uno spazio di incontrollabile discrezionalità».

⁵⁹⁸ Corte europea dei diritti dell’uomo, Grande Camera, sentenza 23 febbraio 2017, *De Tommaso c. Italia*.

sul rispetto del principio di legalità per ravvisarne il difetto nella formulazione delle fattispecie di pericolosità generica di cui all'art. 1 D. Lgs. n. 159/2011. Precisamente, nonostante in queste ipotesi l'applicabilità di una misura di prevenzione abbia un fondamento nella legge, la medesima difetta di determinatezza, così rendendo imprevedibile per i consociati il relativo ambito applicativo.

Come noto, secondo la consolidata giurisprudenza della Corte, ogni limitazione di un diritto convenzionalmente tutelato richiede non soltanto la presenza di una "base legale", ma, altresì, che questa sia accessibile per l'interessato, e tale da consentirgli di prevedere le conseguenze derivanti dalla propria condotta. Altrettanto, vago e impreciso risulta il contenuto delle prescrizioni suscettibili di essere imposte all'interessato con l'applicazione della misura di prevenzione della sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno, quali, secondo l'art. 8 co. 4 Cod. Antimafia, il "*vivere onestamente*" e "*rispettare le leggi*".

Invero, la pronuncia de Tommaso affronta, escludendolo, anche un altro profilo, particolarmente utile nell'ottica di questo lavoro, nel rigettare l'ulteriore doglianza del ricorrente, appuntata sulla violazione del diritto a un equo processo di cui all'art. 6 Cedu nel suo *volet pénal*, con ciò sposando la tesi della natura "*sostanzialmente penale*" della misura di prevenzione, in applicazione dei criteri *Engel*, prima richiamati. La Corte, tuttavia, respinge questa ricostruzione affermando che la sorveglianza speciale non è equiparabile a una sanzione penale, perché il procedimento che conduce alla sua applicazione non comporta la valutazione su un'accusa penale. Di qui, in applicazione del principio dell'equo processo nel suo "*volet civil*", operando le garanzie specificamente previste per i giudizi in materia penale, la Corte di Strasburgo ravvisa la violazione dell'art. 6 Cedu sotto lo specifico profilo

Il ricorrente, già pluricondannato, nell'aprile 2008 viene attinto dalla misura di prevenzione personale della sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno nel proprio comune di residenza ai sensi dell'allora vigente legge n. 1423/1956, poi revocata dalla Corte di Appello, avendo il Tribunale di Bari ritenuto che egli fosse abitualmente dedito a traffici delittuosi e che visse abitualmente con i proventi di attività delittuose. Nel luglio 2009, il De Tommaso propone ricorso avanti alla Corte europea, lamentando la violazione degli artt. 5, 6 e 13 Cedu nonché dell'art. 2 Prot. 4 Cedu in relazione ai nove mesi trascorsi in regime di sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno. Il ricorso viene assegnato alla Grande Camera in virtù del disposto di cui all'art. 30 CEDU, perché la questione controversa "solleva gravi problemi di interpretazione o se la sua soluzione rischia di dar luogo a un contrasto con una sentenza pronunciata anteriormente dalla Corte". Nella dottrina, F. BASILE, *Quale futuro per le misure di prevenzione dopo le sentenze De Tommaso e Paternò?*, in *Giur. it.*, 2018, 2, 455; G.P. DOLSO, *Le misure di prevenzione tra giurisprudenza costituzionale e giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Arch. Pen.*, 2017, 3; F. VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *Dir. Pen. Contemp.*, 2017, 3, 370-382.

dell'assenza di una pubblica udienza nel procedimento che aveva condotto all'applicazione della misura al ricorrente.

La sentenza De Tommaso ha portato la Corte Costituzionale a valutarne gli effetti nell'ordinamento interno, quanto al rispetto degli obblighi internazionali *ex art. 117 co. 1 Cost.*⁵⁹⁹ La questione rimessa è composita ma il “cuore” di tutte le questioni prospettate è il “*difetto di precisione di due fattispecie astratte, previste dai numeri 1) e 2) dell'art. 1 della legge n. 1423 del 1956, (...), poi riprodotte in termini pressoché identici nelle lettere a) e b) dell'art. 1 del D. Lgs. n. 159 del 2011*”, scrutinato dalla Consulta lungo un asse argomentativo comune, sempre fondato sulla dorsale della natura giuridica delle misure di prevenzione⁶⁰⁰. Rileva la Corte che, al di fuori della materia penale, è ammissibile e, quasi, auspicabile, che l'esigenza di predeterminare le condizioni in presenza delle quali può essere legittimamente limitato un diritto costituzionalmente e convenzionalmente protetto “*possa essere soddisfatta anche sulla base dell'interpretazione, fornita da una giurisprudenza costante e uniforme, di disposizioni legislative pure caratterizzate dall'uso di clausole generali, o comunque da formule connotate in origine da un certo grado di imprecisione*”⁶⁰¹. Ciò perché un'interpretazione “tassativizzante” rende il precetto comunque prevedibile per la persona potenzialmente destinataria delle misure limitative del diritto, consentendole di conoscere anticipatamente in quali casi e modi potrà esservi sottoposta. Sì che, se per la fattispecie descritta dell'art. 1, numero 2) l. n. 1423/1956, poi confluita nell'art. 1, co. 1 lett. b) D. Lgs. n. 159/2011, l'evoluzione giurisprudenziale ha effettivamente individuato gli elementi

⁵⁹⁹ Oggetto del giudizio di costituzionalità sono, precisamente, gli “artt. 1, 3 e 5 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 (Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità), dell'art. 19 della legge 22 maggio 1975, n. 152 (Disposizioni a tutela dell'ordine pubblico), e degli artt. 1, 4, comma 1, lettera c), 6, 8, 16, 20 e 24 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 (Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136), promossi dal Tribunale ordinario di Udine, dal Tribunale ordinario di Padova e dalla Corte di appello di Napoli, con ordinanze del 10 aprile, del 30 maggio e del 15 marzo 2017”.

⁶⁰⁰ In termini, Corte Cost., sentenza 27 febbraio 2019, n. 24, par. 6.1.

⁶⁰¹ In alcuni precedenti della Corte Costituzionale si legge che «l'esistenza di interpretazioni giurisprudenziali costanti non valga, di per sé, a colmare l'eventuale originaria carenza di precisione del precetto penale» (sentenza n. 327 del 2008), e che nessuna interpretazione può «surrogarsi integralmente alla praevia lex scripta, con cui si intende garantire alle persone “la sicurezza giuridica delle consentite, libere scelte d'azione” (sentenza n. 364 del 1988)» (sentenza n. 115 del 2018). Ancora, viene affermato che «Nei paesi di tradizione continentale, e certamente in Italia» è indispensabile l'esistenza di un «diritto scritto di produzione legislativa» rispetto al quale «l'ausilio interpretativo del giudice penale non è che un posterius incaricato di scrutare nelle eventuali zone d'ombra, individuando il significato corretto della disposizione nell'arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo» (sentenza n. 115 del 2018). L'evoluzione costituzionale citata è contenuta in Corte Cost., n. 24/2019, *cit.*

costitutivi della “pericolosità generica”⁶⁰², quella di cui alla lett. a) (già art. 1, numero 1) l. 1423/1956 *cit.*), risulta (ancora) affetta da imprecisione e, perciò, imprevedibilità. Secondo la Corte, convivono ancora indirizzi interpretativi contrapposti sulla ricostruzione del concetto di “traffici delittuosi”⁶⁰³. Di qui, la declaratoria di incostituzionalità delle disposizioni del Codice Antimafia ove è prevista l’applicazione delle misure di prevenzione anche alla fattispecie di pericolosità generica di cui all’art. 1 co.1 lett. a) D. Lgs. n. 159/2011, ovvero a “*coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi*”⁶⁰⁴.

L’insieme delle riflessioni svolte consente di comprendere le ragioni per cui tanto ha avvinto, e tuttora avvince, il dibattito interno la questione dell’assimilazione della disciplina legislativa dell’informativa interdittiva antimafia generica alle misure di prevenzione. Sotto l’efficace espressione coniata da una dottrina di “*onda lunga della sentenza De Tommaso*” si racchiuderebbe l’incostituzionalità dell’art. 84 co. 4 lett. d) ed e) Cod. Antimafia per violazione dell’art. 117 Cost. in relazione al parametro interposto di cui all’art. 1 Prot. I add. CEDU. Ancorché la libertà di iniziativa economica non sia garantita espressamente dalla Convenzione, la tutela del diritto di proprietà avrebbe assunto una tale latitudine da essere idoneo a ricomprendere “*sia i beni esistenti che i valori patrimoniali, ivi compresi, in determinati casi ben definiti, i crediti*”⁶⁰⁵. Secondo questa impostazione, che ha ottenuto grande seguito in dottrina, “*i presupposti applicativi che in questo caso legittimano la*

⁶⁰² Corte Cass., sez. I, sentenza 1 febbraio 2018-31 maggio 2018, n. 24707; Id., sez. II, sentenza 4 giugno 2015-22 giugno 2015, n. 26235; Id. sez. I, sentenza 24 marzo 2015-17 luglio 2015, n. 31209; Id., sez. I, sentenza 11 febbraio 2014-5 giugno 2014, n. 23641.

⁶⁰³ Nella sentenza in commento, la Consulta ricostruisce le principali massime della Cassazione intervenute, affermando che “la sentenza della Corte di cassazione, n. 11846 del 2018, fa riferimento a «qualsiasi attività delittuosa che comporti illeciti arricchimenti, anche senza ricorso a mezzi negoziali o fraudolenti [...]», ricomprendendovi anche attività «che si caratterizzano per la spoliazione, l’approfittamento o l’alterazione di un meccanismo negoziale o dei rapporti economici, sociali o civili». Dall’altro, e sempre a guisa d’esempio, la pronuncia della Corte di cassazione, n. 53003 del 2017, si riferisce al «commercio illecito di beni tanto materiali [...] quanto immateriali [...] o addirittura concernente esseri viventi (umani [...] ed animali [...]), nonché a condotte lato sensu negoziali ed intrinsecamente illecite [...], ma comunque evitando che essa si confonda con la mera nozione di delitto [...] da cui sia derivato una qualche forma di provento», osservando ulteriormente che «nel senso comune della lingua italiana [...] trafficare significa in primo luogo commerciare, poi anche darsi da fare, affaccendarsi, occuparsi in una serie di operazioni, di lavori, in modo affannoso, disordinato, talvolta inutile, e infine, in ambito marinaresco, maneggiare, ma non può fondatamente estendersi al significato di delinquere con finalità di arricchimento». In dottrina, cfr. F. BASILE, *Tassatività delle norme ricognitive della pericolosità sociale nelle misure di prevenzione: Strasburgo chiama, Roma risponde*, in *Dir. pen. cont.*, 20 luglio 2018, pericol

⁶⁰⁴ F. BASILE, E. MARIANI, *La dichiarazione di incostituzionalità della fattispecie preventiva dei soggetti “abitualmente dediti a traffici delittuosi”: questioni aperte in tema di pericolosità*, in *DisCrimen*, 10 giugno 2019.

⁶⁰⁵ Conf. Corte eur. dir. uomo 7 luglio 2011, *Agrati c. Italia*.

*limitazione del diritto di proprietà sono, infatti, ancor più vaghi di quelli delle ipotesi di pericolosità generica, consistendo unicamente negli accertamenti disposti dal Prefetto*⁶⁰⁶. Sempre ad avviso dell'Autore, se è vero che, per la sentenza De Tommaso, ogni misura che impinge sui diritti fondamentali della persona tutelati dalla CEDU deve avere “*presupposti legali precisi e determinati*”, nella disciplina dell'informativa interdittiva generica a mancare sarebbe già l'esistenza stessa di una base legale. Di qui deriverebbe una violazione della Convenzione ancor più manifesta rispetto a quella che ha caratterizzato le fattispecie di pericolosità generica, dal momento che “*nell'art. 1 co. 1 lett. a) e b) D. Lgs. n. 159/2011 si fa riferimento almeno a dei parametri poi giudicati inidonei, quali quello del 'vivere abitualmente dei proventi illeciti' e dell'essere abitualmente dedito a traffici delittuosi*”⁶⁰⁷. Parimenti, non mancano considerazioni dubitative sulla tenuta del sistema della prevenzione amministrativa da parte di altre dottrine penalistiche, che percepiscono come più sensibile il tema della legalità anche nel campo della prevenzione amministrativa, proponendone una rilettura integrata dai predicati della prevedibilità e calcolabilità delle conseguenze della propria condotta⁶⁰⁸.

Ad avviso di chi scrive, pur a voler ora prescindere dalla natura giuridica del provvedimento interdittivo antimafia, la conclusione cui perviene la dottrina appena ricostruita non pare del tutto convincente, anche alla luce delle “ricadute” giurisprudenziali manifestatesi successivamente alla sentenza in discorso.

Un primo rilievo a suffragio della compatibilità dell'istituto dell'informativa antimafia interdittiva (*ex artt. 84 co. 4 lett. e) e 91 co. 6 D. Lgs. 159/2011*) con i principi CEDU si rinviene nella giurisprudenza amministrativa di merito, che ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dal ricorrente per contrasto con l'art. 117 Cost., in relazione al parametro interposto di cui all'art. 1 Prot. Add. I CEDU⁶⁰⁹. La pronuncia

⁶⁰⁶ G. AMARELLI, *L'onda lunga della sentenza De Tommaso*, cit., 290.

⁶⁰⁷ G. AMARELLI, *L'onda lunga della sentenza De Tommaso*, cit., 296.

⁶⁰⁸ V. MANES, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, in *Dir. Pen. Cont.*, 17 gennaio 2018, 23-24. Parla di punizione e prevenzione in termini di rapporto ambiguo M. CERESA GASTALDO, *Misure di prevenzione e pericolosità sociale: l'incolmabile deficit di legalità della giurisdizione senza fatto*, in *Dir. Pen. Cont.*, Relazione al convegno Nazionale dell'Associazione tra gli Studiosi del Processo Penale “G.D. Pisapia”, tenutosi a Cagliari il 29-31 ottobre 2015, pubblicato in questa Rivista il 3 dicembre 2015.

⁶⁰⁹ T.A.R. Campania, sede di Napoli, sez. I, sent. n. 1017/2018. Secondo la più recente sentenza della terza sezione del Consiglio di Stato, 25 ottobre 2021, n. 7165, “I dubbi di illegittimità sollevati per violazione delle norme costituzionali, euro unitarie e internazionali pattizie, sono manifestamente infondati, in quanto secondo la normativa nazionale di riferimento le predette misure si concretizzano non nella dedotta incisione su di uno status

in parola pare allo scrivente piuttosto significativa nell'escludere ogni violazione delle garanzie fondamentali della persona, del suo patrimonio e della sua attività imprenditoriale, sancite dalla CEDU ovvero dalla Costituzione, ripercorrendo l'indirizzo invalso nella giurisprudenza amministrativa, come riportato a sostegno della distinta questione di legittimità costituzionale di cui all'art. 89 *bis cit.*, su cui ci si è soffermati nel corso del Capitolo II.

Non solo. La sentenza in discorso ha ritenuto improprio proprio il parallelismo avanzato dal ricorrente sull'epilogo della sentenza De Tommaso. Per il T.A.R., infatti, l'informativa interdittiva antimafia è “*oggettivamente insuscettibile di comprimere la libertà fondamentale di circolazione ovvero il diritto fondamentale di proprietà, (parzialmente) incidendo, piuttosto, sulla libertà di iniziativa economica, la quale non trova, però, specifica tutela nella CEDU, mentre è contemplata dall'art. 41 Cost.*”⁶¹⁰. A escludere, in linea con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che il diritto di proprietà possa insistere tanto su beni materiali che su beni immateriali, pur sempre intesi come patrimonio di valori patrimoniali esistenti, l'esigenza di prevedibilità, che si pone al bivio tra perseguimento dell'interesse pubblico e limitazione dei diritti della persona, ragionevolmente può risiedere altrove. La libertà di iniziativa economica privata, *rectius*, di impresa, a ben vedere, costituisce diritto fondamentale nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (*breviter*, CDFUE). L'art. 16 della Carta di Nizza, dedicato proprio alla libertà d'impresa, afferma, infatti, che “*È riconosciuta la libertà d'impresa, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali*”. Altrettanto, secondo quanto previsto dall'art. 6 par. 1 TUE, “*L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali*

generale di capacità giuridica, bensì, nella previsione di limiti e divieti temporanei e specifici, di contrattazione con la pubblica amministrazione e di esercizio di attività economiche sottoposte a vaglio autorizzativo a tutela di interessi pubblici generali, quali la tutela della salute, dell'ambiente e degli utenti, ma anche a tutela della stessa possibilità di un loro libero esercizio da parte di tutti i competitori economici, nel rispetto dei principi di libertà d'iniziativa economica privata e di concorrenza sanciti dall'art. 41 della Costituzione e dal Trattato UE”. Altrettanto, la sentenza in discorso dà espressamente conto che “la Corte Costituzionale (...) ha quindi respinto i dedotti dubbi di incostituzionalità, affermando che: “... queste complesse valutazioni che – come si è rilevato – sono, sì, discrezionali, ma dalla forte componente tecnica, sono soggette ad un vaglio giurisdizionale pieno ed effettivo. Di fatto è questa la portata delle numerose sentenze amministrative che si sono occupate dell'istituto. Esse non si limitano ad un controllo “estrinseco” e, pur dando il giusto rilievo alla motivazione, procedono ad un esame sostanziale degli elementi raccolti dal prefetto, verificandone la consistenza e la coerenza”. Si vd., sulla pronuncia, il contributo di P. CACACE, *Conformità dell'interdittiva antimafia alle norme costituzionali, euro unitarie e internazionali pattizie, Nota a Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 25 ottobre 2021, n. 7165*, in *Giustamm.it-Rivista di diritto pubblico*, 30 novembre 2021.

⁶¹⁰ In termini, T.A.R. Napoli, sez. I, sent. n. 1017/2018, *cit.*

dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati". Sì che, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la Carta di Nizza rientra espressamente nel diritto primario dell'Unione, con primazia e (possibile) effetto diretto sul diritto nazionale. Si dice "possibile" perché intanto può aversi effetto diretto in quanto si tratti di norma precisa, a contenuto negativo, incondizionata e non presupponente atti di implementazione da parte dello Stato membro. All'interno della stessa CDFUE è però espressamente menzionato un ulteriore requisito, delineato al suo art. 51, per cui "Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni e agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze. (...) La presente Carta non introduce competenze nuove o compiti nuovi per la Comunità e per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti dai trattati". Sì che, solo al ricorrere di queste condizioni, come noto, il giudice nazionale è tenuto a disapplicare la norma nazionale incompatibile, fuor che per l'ipotesi del rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE. In forza dei principi enunciati dalla stessa Corte di Giustizia nel caso *Simmentha*⁶¹¹, poi fatti propri dalla Corte Costituzionale con la vicenda *Granita*⁶¹², ogni antinomia tra diritto interno e diritto eurounitario deve risolversi per mezzo del sindacato diffuso, ad opera dei giudici comuni. E, tuttavia, come rileva la dottrina, la strada dell'applicazione diretta delle norme della Carta di Nizza da parte dei giudici comuni "non è ancora stata imboccata con determinazione"⁶¹³, un po' come accaduto, secondo chi scrive, per la diretta applicabilità (cd. *Drittwirkung*) dei principi contenuti nella nostra Carta Costituzionale all'alba della sua entrata in vigore, nonostante la distinzione tra norme costituzionali programmatiche e precettive fosse stata delineata dalla Corte Costituzionale sin dalla sua prima pronuncia, nella celebre sentenza del 10 giugno 1956, n. 1.

Vi è, tuttavia, un'ipotesi, invero di straordinaria applicabilità, che osta all'ingresso, *rectius*, alla disapplicazione della norma nazionale incompatibile con il diritto eurounitario, pur se dotato di effetto diretto. Il riferimento è, ancora una volta, perché già accennato nel

⁶¹¹ CGUE, 9 marzo 1978, C-106/77.

⁶¹² Corte Costituzionale, 5 giugno 1984, n. 170.

⁶¹³ F. VIGANÒ, *Diritti umani e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e per i giudici italiani*, Working paper per Università L. Bocconi, Milano, 25 novembre 2015, 16.

corso del Capitolo III, alla teoria dei cd. *controlimiti*. Come condiviso nell'elaborazione della Corte Costituzionale, questa teoria postula l'intangibilità dei principi supremi e dei diritti fondamentali dell'ordinamento statale, al fine di salvaguardarne l'essenza da qualunque forma di aggressione e/o interferenza che possa provenire da altre fonti, siano esse interne o, come in questo caso, esterne. Invero, già prima della sentenza *Granital*, la Corte Costituzionale ha riconosciuto la prevalenza dell'ordinamento europeo nelle specifiche materie previste dai Trattati, “a condizione, però, che non venissero mai violati né i principi fondamentali né i diritti inviolabili dell'uomo riconosciuti e garantiti dalla Carta costituzionale”⁶¹⁴. Anche in seguito alla pronuncia ora citata, la Consulta ha continuato a ribadire la teoria dei controlimiti, come inizialmente elaborata⁶¹⁵. E anzi, anche nel recentissimo passato, si è assistito all'espandersi dei controlimiti, come dimostrato, senza pretesa di esaustività, dalla nota vicenda Taricco⁶¹⁶.

Trasponendo le categorie finora esaminate alla questione della compatibilità eurounitaria del sistema della documentazione antimafia, si nota, invero, come l'art. 16 CDFUE *cit.* presenti una formulazione piuttosto essenziale che, tuttavia, può assumere tutt'altra consistenza alla luce del successivo art. 52, dedicato, appunto, alla “*Portata dei diritti garantiti*”. Sì che, “*Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà*”. Ma vi è di più. Il secondo paragrafo della disposizione in commento, infatti, sancisce che ogni limitazione di diritti e libertà tutelati dalla Carta di Nizza debba operare nel rispetto del principio di proporzionalità, sì potendo tali limitazioni essere apposte solo laddove necessarie “*e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui*”. Il margine di apprezzamento lasciato al legislatore nazionale è di per sé piuttosto ampio, specialmente considerando che quello del contrasto alla criminalità organizzata mafiosa è, come ritiene la dottrina, un “*potente elemento di legittimazione*”, valevole pure, se non specialmente, per il

⁶¹⁴ Corte Cost., 27 dicembre 1965, n. 98.

⁶¹⁵ Corte Cost., 21 aprile 1989, n. 232; conf. Corte Cost., 18 aprile 1991, n. 168; Corte Cost., 4 luglio 2007, n. 284.

⁶¹⁶ Per una compiuta sintesi della tortuosa vicenda giudiziaria, scaturita da CGUE (Grande Sezione), 8 settembre 2015, C-105/14, cfr. C. CUPELLI, *La Corte Costituzionale chiude il caso Taricco e apre a un diritto penale europeo 'certo'*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Contemp.*, 2018, 3, 227-236 e bibliografia ivi richiamata.

sistema della documentazione antimafia⁶¹⁷. Ma la stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia, a ben vedere, quando intervenuta in materia di contrasto alla criminalità organizzata mafiosa, ha di fatto ritenuto conformi o, meglio, non contrarie al diritto eurounitario, disposizioni normative nazionali che prevedevano particolari limitazioni in ragione dell'esigenza di contenere il rischio di infiltrazioni della criminalità organizzata mafiosa nell'economia.

Tanto è a dirsi per i limiti applicativi al divieto di *gold plating* (che abbiamo esaminato nel corso del Capitolo I, al par. 4), alla disciplina interna sul subappalto (*sub* Cap. III, par. II) e al contraddittorio endoprocedimentale (*Id.*), sebbene in quest'ultimo caso, come abbiamo visto, la Corte abbia escluso la sussistenza di un collegamento tra le doglianze avanzate dal giudice nazionale e le attribuzioni competenziali eurounitarie. Il riferimento alle "materie" (non) attribuite alla competenza dell'Unione consegna all'interprete un ulteriore, e prezioso, suggerimento. Il complesso reticolato normativo che compone il diritto primario eurounitario non sembra dedicare alla natura giuridica di provvedimenti limitativi-afflittivi uno statuto pari a quello garantito dalla Convenzione EDU, se non alle condizioni ricavabili dagli artt. 52 e 53 CDFUE.

Posto, perciò, che, in linea generale, le esigenze di contrasto alla criminalità organizzata, specie se mafiosa, integrano quelle "*finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione*" che l'art. 52 CDFUE *cit.* eleva a legittima fonte di limitazione per diritti e libertà riconosciuti dalla Carta di Nizza, a maggior ragione sembra non esservi spazio per ritenere il sistema della documentazione (interdittiva) antimafia incompatibile con il diritto dell'Unione Europea, con ciò sopendo ogni ulteriore, e successivo, interrogativo relativo al possibile ruolo di controlimite dell'art. 41 co. 2 Cost. per legittimare o, più precisamente, per giustificare la scarsa determinatezza dell'art. 84 D. Lgs. 159/2011, con riferimento particolare alla informativa interdittiva generica di cui all'art. 84 co. 4 lett. d) ed e)⁶¹⁸.

Del resto, anche in virtù di quanto sopra rammentato rinviando, da ultimo, alla nota vicenda Taricco, il ruolo della teoria (e pratica) dei controlimiti, come nota una dottrina,

⁶¹⁷ A. LONGO, *La "massima anticipazione di tutela". Interdittive antimafia e sofferenze costituzionali*, 16 ottobre 2019, in *Federalismi.it.*, 8.

⁶¹⁸ Sui rimedi giurisdizionali in generale per consentire la diretta applicabilità delle norme contenute nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, cfr. F. VIGANÒ, *Diritti umani e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e per i giudici italiani*, *Working paper* per Università L. Bocconi, Milano, 25 novembre 2015.

“lungi dall’essere qualificata alla stregua di un elemento avente portata disgregativa, ben può venire in evidenza come opzione che permette la ricerca del miglior equilibrio tra il procedimento di integrazione europea e le esigenze di mantenimento della specifica identità nazionale che ciascuno Stato ontologicamente avverte, così concretizzando gli auspici di chi, in dottrina, ne ha già affermato la natura di risorsa dell’integrazione, in quanto rappresentativa di un meccanismo di traduzione e scambio di significati e interpretazioni tali da consentire la prosecuzione del dialogo tra differenti ordinamenti (di natura diversa) fino a trovare sintesi più stabili”⁶¹⁹.

In questa direzione si spiega come mai in alcune pronunce il Consiglio di Stato, interpellato sul coinvolgimento dei principi convenzionali nella materia che qui ci occupa, più che escludere l’applicazione dei principi CEDU, individua la legittimità dei provvedimenti interdittivi antimafia nell’art. 1 comma 2 CEDU, secondo cui resta impregiudicato *“il diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l’uso dei beni in modo conforme all’interesse generale”⁶²⁰*. Ed effettivamente, la stessa dottrina che critica l’attuale conformazione della documentazione interdittiva antimafia riscontra che anche la Corte di Strasburgo opera nitidamente un sindacato di *self restraint* quando si tratta di criminalità organizzata mafiosa⁶²¹. Si legge, precisamente, che *“l’ingerenza degli Stati è ritenuta proporzionata al legittimo scopo perseguito, consistente in una politica di prevenzione della criminalità per la cui attuazione il legislatore deve avere un ampio margine di manovra sia sull’esistenza di un problema di interesse pubblico, che una richiede una normativa, sia sulla scelta delle modalità applicative di quest’ultima”⁶²²*.

La digressione che ci ha portato fin qui a sondare la tutela multilivello di diritti e libertà tra diritto nazionale, eurounitario e regionale-convenzionale consente ora di chiuderne il cerchio con riferimento al sistema di “prevenzione” nazionale. Vi è, difatti, almeno un altro elemento, sopravvenuto, in grado di infrangere, “l’onda lunga” della sentenza De Tommaso nell’ordinamento interno. Il medesimo è dato, indiscutibilmente, dalla

⁶¹⁹ Così, A. D’ALOIA, *Europa e diritti. Luci e ombre dello schema di protezione multilevel*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2014, 1, 1 ss.

⁶²⁰ In termini, Cons. Stato, sez. III, sent. n. 5784/2018.

⁶²¹ A. LONGO, *La “massima anticipazione di tutela”. Interdittive antimafia e sofferenze costituzionali*, cit., 23 e riferimenti ivi contenuti. In giur., Corte EDU, 5 luglio 2001, Arcuri e altri c. *Italia*; Id., 5 gennaio 2010, Bongiorno e altri c. *Italia*.

⁶²² F. MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, 15.

pronuncia della Corte Costituzionale n. 24/2019, su cui prima ci si è soffermati. La Consulta, infatti, ha introdotto espressamente nel circuito della prevedibilità, al di fuori della materia penale, la cd. “*tassatività giurisprudenziale*”, intendendo per tale l’interpretazione costante e uniforme di disposizioni legislative caratterizzate dall’uso di clausole generali ovvero da formule normative originariamente imprecise. Volendo traslare questa conclusione nella materia che ci occupa, si nota, ciò che si è cercato di meglio evidenziare nel paragrafo precedente, come la giurisprudenza del Consiglio di Stato non solo abbia delineato i caratteri essenziali della documentazione antimafia ma ne converga senza eccezioni, tanto almeno negli ultimi cinque anni.

L’interpretazione fornita dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato ha senz’altro evidenziato lo sforzo di supplire al *deficit* di tipizzazione dei presupposti applicativi dell’informativa interdittiva. Tanto dovrebbe bastare, ad avviso di molti Autori, per porre il sistema delle misure amministrative antimafia al riparo da frizioni con la dimensione convenzionale, più che costituzionale⁶²³. Né, del pari, la consistenza di questa giurisprudenza può essere messa in dubbio dal filone interpretativo del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, che più volte abbiamo richiamato nel corso del lavoro. Tanto perché, in primo luogo, si tratta di precedenti assai meno numerosi e più risalenti rispetto al consolidato orientamento del Consiglio di Stato. In secondo luogo, perché il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana costituisce organo giurisdizionale distinto rispetto al Consiglio di Stato, omologo a quest’ultimo per funzioni e competenza rispetto ai Tribunali Amministrativi Regionali, pur “territorialmente” circoscritte alla Regione Siciliana.

Vi è, in chiosa, un’ultima riflessione che potrebbe giovare a comprendere il fondamento di una partizione esegetica così netta nelle visioni di due organi giurisdizionali, di rara, se non unica verifica rispetto alle questioni interpretative che pur si sono poste e si pongono nel diritto amministrativo. Ben può darsi che il contrasto dipenda da una differente fenomenologia delle infiltrazioni della criminalità organizzata nell’economia pubblica e privata. Detto altrimenti, nel suo territorio di origine la mafia siciliana si manifesterebbe in maniera diversa rispetto ad altri territori “non tradizionali” e, viceversa, le altre organizzazioni contemplate all’art. 416 *bis* co. 8 c.p. opererebbero, territorialmente e

⁶²³ M. NOCELLI, *I più recenti orientamenti della giurisprudenza sulla legislazione antimafia*, op. cit., *passim*.

sostanzialmente, in maniera dissimile da come opera la mafia siciliana in Sicilia. Di qui, proprio perché la disciplina della documentazione antimafia non distingue tra contiguità compiacente e contiguità soggiacente, l'approccio più prudentiale adottato dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana altro non sarebbe che un tentativo interpretativo per non colpire con il provvedimento interdittivo antimafia soggetti incolpevoli ovvero incubi rispetto all'organizzazione mafiosa.

Così opinando, grazie alla sentenza della Corte Costituzionale n. 24/2019 *cit.*, la tassatività giurisprudenziale nella ricostruzione delle fattispecie di pericolosità a fini di prevenzione si appaia a quella per ricostruire le fattispecie di pericolosità dell'infiltrazione mafiosa per la documentazione interdittiva antimafia.

L'interpretazione fornita dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato ha senz'altro evidenziato lo sforzo di supplire al *deficit* di tipizzazione dei presupposti applicativi dell'informativa interdittiva. Tanto dovrebbe bastare, ad avviso di molti Autori, per porre il sistema delle misure amministrative antimafia al riparo da frizioni con la dimensione convenzionale, più che costituzionale⁶²⁴. Non mancano, tuttavia, considerazioni dubitative sulla tenuta del sistema della prevenzione amministrativa da parte della dottrina penalistica più sensibile al tema della legalità, principio integrato dai predicati della prevedibilità e calcolabilità delle conseguenze della propria condotta⁶²⁵.

Vi è poi un'impostazione scientifica, ancorché precedente alla sent. Corte Cost. n. 24/2019 *cit.*, meritevole di essere citata partitamente perché proiettata in termini espressi nella direzione di una legalità omogenea in materia di prevenzione, penale e amministrativa. Secondo questa tesi, anche nelle informative antimafia occorre la puntuale determinazione dei presupposti di fatto dal cui accertamento dedurre il giudizio prognostico sulla sussistenza del "tentativo di infiltrazione mafiosa"⁶²⁶.

⁶²⁴ M. NOCCELLI, *I più recenti orientamenti della giurisprudenza sulla legislazione antimafia*, *op. cit.*

⁶²⁵ V. MANES, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, in *Dir. Pen. Cont.*, 17 gennaio 2018, 23-24. Parla di punizione e prevenzione in termini di rapporto ambiguo M. CERESA GASTALDO, *Misure di prevenzione e pericolosità sociale: l'incolmabile deficit di legalità della giurisdizione senza fatto*, in *Dir. Pen. Cont.*, Relazione al convegno Nazionale dell'Associazione tra gli Studiosi del Processo Penale "G.D. Pisapia", tenutosi a Cagliari il 29-31 ottobre 2015, pubblicato in questa Rivista il 3 dicembre 2015.

⁶²⁶ S. RAIMONDI, *L'informativa antimafia interdittiva: profili di costituzionalità*, *cit.* Secondo l'Autore, proprio come accaduto per le cd. fattispecie di pericolosità generica previste in materia di misure di prevenzione sostanzialmente penali, anche la disciplina delle informative antimafia è da ritenersi "costituzionalmente illegittima per insufficiente determinazione della fattispecie di tentativo di infiltrazione mafiosa". In giur., significativa è Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., sent. n. 385/2018, secondo cui "in sede di applicazione dell'interdittiva antimafia, che è

L'assimilazione tra questi due istituti non finisce tuttavia qui. Come evidenziato in una recente pronuncia, “*a fronte della medesima natura di provvedimenti idonei ad assicurare un'anticipata difesa della legalità*” e dalla identità di conseguenze decadenziali, previste dall'art. 67 Cod. Antimafia, si pone in contrasto con il principio di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3 co. 2 Cost. l'impossibilità per il prefetto di valutare l'incidenza del provvedimento interdittivo sui mezzi di sostentamento dell'interessato e della sua famiglia⁶²⁷. L'art. 67 co. 5 Cod. Antimafia, infatti, dispone che “*le decadenze e i divieti previsti dal presente articolo possono essere esclusi dal giudice nel caso in cui per effetto degli stessi verrebbero a mancare i mezzi di sostentamento all'interessato e alla famiglia*”.

La questione, rimessa nuovamente al vaglio della Corte Costituzionale, era invero già stata posta alla sua attenzione in precedenza. Anche se in un *obiter dictum*, come accennato nel Capitolo II, fin dalla sentenza n. 57/2020 *cit.* la Consulta aveva ritenuto meritevole di rimeditazione legislativa l'estensione della mitigazione di cui all'art. 67 co. 5 *cit.* Le doglianze del giudice *a quo*, tuttavia, non si limitano a tale profilo. Nell'ordinanza di rimessione, precisamente, si dubita, altresì, della compatibilità della disposizione con il diritto al lavoro tutelato dall'art. 4 Cost. e con il diritto di difesa *ex art.* 24 Cost.

Quanto al primo parametro evocato, il Collegio argomenta per l'incostituzionalità della disciplina richiamata poiché al Prefetto non residua alcun margine di valutazione relativamente all'impatto che il provvedimento interdittivo antimafia, sia esso comunicazione o informativa, può avere sulle condizioni economiche dei suoi destinatari, anche pregiudicandole irreversibilmente. “L'alternativa” tra provvedimento antimafia interdittivo e liberatorio, infatti, prescinde dalle condizioni economiche del destinatario, potendo al più il suo contributo partecipativo procedimentale giovare a escludere la prognosi di pericolo di infiltrazione mafiosa. Di qui, secondo il Collegio, l'irriducibile impossibilità di dare alla

tipica misura di prevenzione, l'Amministrazione procedente deve sempre evidenziare quale è la condotta, oggettivamente percepibile, che induce a ritenere che vi sia stato un tentativo di infiltrazione mafiosa”. Ad avviso della pronuncia in parola, infatti, le norme che impongono l'acquisizione della documentazione antimafia sono “*norme di ordine pubblico*”, compressive, “*in funzione di prevenzione anticrimine, di libertà e diritti fondamentali*”, in quanto tali inderogabili e da interpretarsi tassativamente, “*tanto al fine e per l'effetto di escludere, quanto al fine e per l'effetto di includere taluni soggetti o fattispecie dal loro raggio di efficacia*”. Riporta compiutamente l'impostazione divergente adottata dal C.G.A., V. SALAMONE, *Il sistema della documentazione antimafia*, cit., 53-58.

⁶²⁷ T.A.R. Calabria, sez. Reggio Calabria, 11 dicembre 2020, n. 732, con nota di L. DROGHINI, *Alla Corte costituzionale l'assenza di deroghe all'adozione dell'interdittiva antimafia*, 16 dicembre 2020, in *lamministrativista.it*.

disposizione legislativa di cui all'art. 67 co. 5 cit. un'interpretazione compatibile con la Costituzione.

Quanto alla violazione del diritto di difesa tutelato dall'art. 24 Cost., il T.A.R., confrontandosi con la formulazione dell'art. 93 D. Lgs. n. 159/2011 antecedente la riforma del 2021 (vd. *supra*), rileva che il suo carattere di eventualità in seno al procedimento teso al rilascio dell'informativa priva in nuce il suo destinatario della possibilità di rendere edotta l'Autorità prefettizia sui fattori di depauperamento dei mezzi di sostentamento.

Ora, in disparte dall'esito cui perverrà la Corte Costituzionale, sia consentito rilevare che la questione rimessa potrebbe suscitare, per come articolata, qualche rischio di sovrapposizione tra la disciplina della comunicazione e quella dell'informazione antimafia. Come ripercorso analiticamente nel Capitolo II, comunicazione e informazione divergono quanto a presupposti ma, soprattutto, per attribuire valore logico all'art. 84 co. 3 D. Lgs. n. 159/2011, quanto ad ambito applicativo. Tanto perché l'informazione deve essere richiesta *“prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti, ovvero prima di rilasciare o consentire i provvedimenti indicati nell'articolo 67”* al di sopra di determinate “soglie” di valore economico (cfr. art. 91 Codice Antimafia). Altrettanto, perché, salvo eccezioni tipizzate, *“per i provvedimenti gli atti ed i contratti il cui valore complessivo non superiori a 150.000 euro”*, l'art. 83 co. 3 lett. e) Cod. Antimafia non richiede la verifica antimafia.

Ancora, abbiamo rilevato la peculiarità del rinvio operato dall'art. 84 *cit.* all'art. 67 Cod. Antimafia, il quale disciplina gli effetti derivanti dall'applicazione delle misure di prevenzione personali di cui al capo II e non, già, le misure che tali effetti fanno scaturire. Sì che, secondo l'art. 94 D. Lgs. n. 159/2011, *“Quando emerge la sussistenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa, di cui all'articolo 84, comma 4 ed all'articolo 91, comma 6, nelle società o imprese interessate, i soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2 cui sono fornite le informazioni antimafia, non possono stipulare, approvare o autorizzare i contratti o subcontratti, né autorizzare, rilasciare o comunque consentire le concessioni e le erogazioni”*.

Dal tracciato normativo ora delineato, si potrebbe dedurre che quando il contenuto dell'accertamento prefettizio combacia con quello del provvedimento definitivo giurisdizionale applicativo di una delle misure di prevenzione previste dal libro I, titolo I, capo

II, ove il giudice della prevenzione applichi l'esclusione *ex art. 67 co. 5 cit.*, la stessa esplicherà i suoi effetti anche in sede di verifica antimafia. Diversamente occorre opinare per l'informativa antimafia quando il prefetto desume la sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa rilevanti ai sensi dell'art. 84 co. 4 ovvero dell'art. 89 *bis* Cod. Antimafia.

In questo caso, a una prima lettura si sarebbe tentati di escludere una disparità di trattamento rilevante *ex art. 3 co. 2 Cost.* rispetto alla disciplina delle misure di prevenzione poiché non si è al cospetto di una disciplina normativa dissimile per casi analoghi, giusta l'assoluta autonomia della rilevanza degli "eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa" ai fini della verifica antimafia rispetto al procedimento di prevenzione che, appunto, in queste ipotesi non è dato. Invero, questo assunto non sembra poter essere condiviso e se ne comprende la ragione prestando attenzione al reticolato normativo di interesse. Se si pone mente all'art. 4 D. Lgs. n. 159/2011, si nota che l'alveo dei soggetti "indiziati" ricomprende molte delle fattispecie di reato rilevanti ai sensi dell'art. 84 co. 4 e 91 co. 6 D. Lgs. n. 159/2011. Sì che, a differenza di quanto appena riferito per la comunicazione, potrebbe darsi l'ipotesi in cui nonostante l'assenza di un procedimento di prevenzione per il reato di cui all'art. 416 *bis* c.p. o, esemplificativamente, per uno dei reati-spia, il prefetto comunque può concludere per la sussistenza del pericolo di infiltrazione mafiosa e rilasciare un'informativa interdittiva.

La disparità di trattamento più macroscopica si inverte laddove un soggetto sia destinatario di una misura di prevenzione, perché indiziato per il reato di cui all'art. 416 *bis* c.p. e il giudice disponga l'esclusione di cui all'art. 67 co. 5 *cit.* ma il prefetto ritenga comunque sussistente il pericolo di infiltrazione mafiosa, anche sulla base di elementi di fatto diversi comunque ritenuti sintomatici del tentativo di infiltrazione.

Sì che, ad avviso di chi scrive, a parità di natura giuridica, la violazione del principio di uguaglianza sostanziale sarebbe duplice, e consistente nel trattare in maniera diseguale soggetti e situazioni sostanzialmente assimilabili, almeno quando la piattaforma probatoria e la fattispecie di reato "indiziata" sia spia, ora ai sensi dell'art. 67 *cit.*, ora ai sensi degli artt. 84 co. 4 e 91 co. 6 *cit.*, oltre "a catena", non soltanto tra misure di prevenzione e informative antimafia ma anche tra queste ultime e le comunicazioni.

Quanto agli effetti delle due misure, poi, attenzionando l'art. 67 co. 6 Cod. Antimafia si nota come, in sede di giudizio di prevenzione, al di là dell'eccezione di cui al precedente co. 5, resta comunque salva l'efficacia "*di provvedimenti di rinnovo, attuativi o comunque*

conseguenti a provvedimenti già disposti, ovvero di contratti derivati da altri già stipulati dalla pubblica amministrazione”; ciò che, invece, è precluso in caso di informativa antimafia, fuorché per la limitata ipotesi di cui all’art. 94 co. 3 D. Lgs. n. 159/2011.

Rispetto alla violazione del diritto di difesa ex art. 24 Cost., qualche aspetto di sopravvenuto contemperamento, sul piano procedimentale, si rinviene nella riforma del 2021, approfondita nel corso del Capitolo III, grazie alla modifica dell’art. 93 co. 7 Cod. Antimafia. L’introduzione del contraddittorio infraprocedimentale, tuttavia, seppur utile ad arricchire la piattaforma documentale e probatoria funzionale all’epilogo della verifica antimafia, non consente comunque di superare l’asserita violazione dell’art. 3 co. 2 Cost. Ciò perché, anche ove il privato sottoponga al prefetto le conseguenze in termini di depauperamento dei mezzi di sostentamento propri e della famiglia, l’alternativa provvedimento, a dato normativo invariato, resta sempre e soltanto all’interno del binomio “informativa liberatoria-informativa interdittiva”, cioè a dire tra insussistenza – sussistenza degli eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate.

Nel corso di questo paragrafo si è cercato di scolpire l’insieme delle similitudini che intercorrono tra misure di prevenzione e documentazione antimafia non soltanto nell’ordinamento nazionale ma, altresì, guardando con la lente della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo e, più, in generale, della tutela multilivello dei diritti. La trattazione del tema, tuttavia, non finisce qui, perché, come rilevato in *incipit*, il sistema della documentazione antimafia, prima ancora di essere assimilato a quello delle misure di prevenzione, costituisce branca, speciale e specialistica, del diritto amministrativo.

Per questo occorrerà, nei paragrafi che seguono, inquadrarne funzione e fondamento tecnico-giuridico nei principi che costellano e presidiano l’azione amministrativa. Primo tra tutti, quello di legalità, che conosce accezione ed evoluzione autonoma rispetto al diritto penale ma, non per questo, risulta estraneo all’applicazione della CEDU, anche a prescindere dalla difficile opera di districazione del nodo gordiano relativo alla natura giuridica della documentazione interdittiva antimafia. Sì che non può escludersi, come si cercherà di dimostrare, che l’istituto possa comunque rientrare nella tutela apprestata dalla Convenzione, seppur a limiti e condizioni diverse da quanto rilevato dalla e nella sentenza De Tommaso.

Con questo si spiega la necessità di dedicare un approfondimento specifico alla nozione di legalità nella scienza del diritto amministrativo, originaria e “moderna”, per

chiudere il cerchio dei “riverberi” della tutela multilivello di diritti e libertà coinvolti nella materia che ci occupa.

2.4. NUOVE FORME DI PERICOLOSITÀ QUALIFICATA: LE MISURE DI PREVENZIONE ATIPICHE.

Da quanto finora illustrato, si nota come più e più siano i punti di contatto tra misure di prevenzione in senso proprio e documentazione antimafia. Un assottigliamento ulteriore della linea di confine tra questi istituti si ha rivolgendo l’attenzione a quegli strumenti che, nella dottrina specialistica, prendono il nome di misure di prevenzione “speciali” o “atipiche”⁶²⁸, quali il D.A.S.P.O., gli ammonimenti “anti-stalking”, le misure per la sicurezza delle città (cd. D.A.S.P.O. urbano o, più correttamente, D.A.L.P.U.⁶²⁹) e, prima della pronuncia della Corte Costituzionale 20 aprile 2016, n. 94, le misure di prevenzione contro l’uso di sostanze stupefacenti. Come rileva la dottrina, “*si tratta di strumenti speciali elaborati per consentire alle autorità di pubblica sicurezza di operare in maniera più efficace sul piano della prevenzione di fenomeni particolari, come la violenza e la discriminazione negli stadi, gli atti persecutori, l’uso e lo spaccio di sostanze stupefacenti, le condotte lesive del decoro urbano*”⁶³⁰. Ai fini del presente lavoro, ci si limiterà ad analizzare, brevemente, soltanto le due tipologie di D.A.S.P.O., tralasciando gli ammonimenti questorili anti-stalking, dal momento che soltanto le prime due misure sono a tutela dell’ordine e della sicurezza pubblica e non della sicurezza personale.

Il divieto di avvicinamento ai luoghi sportivi e relative “pertinenze” (di qui, D.A.S.P.O.), introdotto dall’art. 6 l. 13 dicembre 1989, n. 401, è una misura incidente sulla libertà di circolazione del destinatario, di competenza del questore, adottabile in una serie di ipotesi tipizzate⁶³¹, ed eventualmente accompagnata dall’obbligo di comparizione presso il

⁶²⁸ M.F. CORTESI, *Le misure di prevenzione*, in L. FILIPPI, M.F. CORTESI, *Il sistema di prevenzione penale*, Giappichelli, 2011, 20.

⁶²⁹ La definizione è contenuta in G. NAPOLITANO, M. ORLANO, E. BEZZON, F. PICCIONI, *Disposizioni urgenti in materia di sicurezza delle città – Note di commento al d.l. 20 febbraio 2017, n. 14*, Maggioli, 2016, 44.

⁶³⁰ G. PINTUS, *Le misure di prevenzione*, in *op. cit.*, 168.

⁶³¹ Secondo l’art. 6 l. n. 401/1989 cit., rientrano nel novero dei destinatari del provvedimento, precisamente: a) coloro che risultino denunciati per aver preso parte attiva a episodi di violenza su persone o cose in occasione o a causa di manifestazioni sportive, o che nelle medesime circostanze abbiano incitato, inneggiato o indotto alla violenza; b) coloro che, sulla base di elementi di fatto, risultino avere tenuto, anche all’estero, sia singolarmente che in gruppo, una condotta evidentemente finalizzata alla partecipazione attiva a episodi di violenza, di minaccia o di intimidazione, tali da porre in pericolo la sicurezza pubblica o da creare turbative per l’ordine pubblico nelle

competente comando di polizia nel corso della giornata in cui si svolgono le manifestazioni per le quali opera il divieto (cfr. art. 6 co. 2 l. n. 401/1989 *cit.*)⁶³². Con il d.l. n. 113/2018, poi, la saldatura con le misure di prevenzione tipiche risulterebbe ancora più garantita dall'ambito di applicazione della misura, rivolta pure ai soggetti di cui all'articolo 4, co. 1, lett. d) D. Lgs. n. 15972011 *cit.* “*anche se la condotta non è stata posta in essere in occasione o a causa di manifestazioni sportive*”. La particolare incidenza su libertà costituzionalmente tutelate si apprezza con sfumature diverse tra misura principale e accessoria. Mentre il D.A.S.P.O. in senso stretto è autonomamente efficace, l'obbligo di comparizione deve essere immediatamente comunicato al Procuratore della Repubblica competente il quale, entro quarantotto ore dalla notifica del provvedimento, ne chiede la convalida al giudice per le indagini preliminari, che, a sua volta, provvede nelle quarantotto ore successive. Anche considerando che il D.A.S.P.O. ha efficacia extra-nazionale⁶³³, si sarebbe portati a ritenere l'inverso. In realtà, la natura “giurisdizionale” della sola misura accessoria si giustifica e ricava dal tessuto costituzionale, dal momento che soltanto l'obbligo di comparizione incide sulla libertà personale del soggetto e, perciò, è presidiato non soltanto da riserva di legge ma, altresì, da riserva di giurisdizione, in ottemperanza dell'art. 13 Cost. Diversamente, il D.A.S.P.O., comprimendo la libertà di circolazione, richiede unicamente la riserva di legge, pur rinforzata⁶³⁴.

medesime circostanze di cui alla lettera a); c) coloro che risultino denunciati o condannati, anche con sentenza non definitiva, nel corso dei cinque anni precedenti per alcuno dei reati di cui all'articolo 4, primo e secondo comma, della legge 18 aprile 1975, n. 110, all'articolo 5 della legge 22 maggio 1975, n. 152, all'articolo 2, comma 2, del decreto-legge 26 aprile 1993, n. 122, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 giugno 1993, n. 205, agli articoli 6-bis, commi 1 e 2, e 6-ter della presente legge, per il reato di cui all'articolo 2-bis del decreto-legge 8 febbraio 2007, n. 8, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 aprile 2007, n. 41, o per alcuno dei delitti contro l'ordine pubblico o dei delitti di comune pericolo mediante violenza, di cui al libro secondo, titoli V e VI, capo I, del codice penale o per il delitto di cui all'articolo 588 dello stesso codice, ovvero per alcuno dei delitti di cui all'articolo 380, comma 2, lettere f) e h), del codice di procedura penale, anche se il fatto non è stato commesso in occasione o a causa di manifestazioni sportive; d) ((soggetti)) di cui all'articolo 4, comma 1, lettera d), del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, anche se la condotta non è stata posta in essere in occasione o a causa di manifestazioni sportive.

⁶³² Per un inquadramento dell'istituto nel sistema della pubblica sicurezza, vd. L.M. DI CARLO, *La sicurezza nell'ambito delle manifestazioni sportive*, in M. DI RAIMONDO (a cura di), *Appunti di diritto dell'ordine e della sicurezza pubblica*, Editoriale Scientifica, 2016, 192-194.

⁶³³ Secondo l'art. 6 co. 1-ter l. n. 401/1989, precisamente, “Il divieto di cui al comma 1 può essere disposto anche per le manifestazioni sportive che si svolgono all'estero, specificamente indicate”.

⁶³⁴ In argomento, si rammenta Corte Cost. 20 novembre 2002, n. 512, con cui è stata dichiarata non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 6 co. 2 l. 13 dicembre 1989, n. 401 sollevata, in riferimento all'art. 13 co. 3 Cost., dalla Corte di Cassazione, nella parte in cui, disciplinando una misura restrittiva della libertà personale applicabile dalla autorità di pubblica sicurezza, oltre a prevederne la successiva convalida da parte dell'autorità giudiziaria, non ne subordina l'adozione al presupposto della “eccezionale necessità ed urgenza”

Quanto alle misure di prevenzione per la sicurezza delle città, si tratta di strumenti di recente introduzione nel nostro ordinamento. Originariamente previste dal d.l. 20 febbraio 2017, n. 14 (cd. decreto Minniti) e successivamente implementate dal d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, queste misure, come rilevato in dottrina, tendono a garantire “*l’ordinata e civile convivenza nelle città, attraverso il contrasto delle situazioni di degrado e la tutela della fruibilità dei luoghi pubblici dove si registrano rilevanti flussi di persone*”⁶³⁵. Come si nota, torna, ancora una volta, all’attenzione dell’ordinamento, la tematica della sicurezza, con decisa centralità di quella afferente le comunità territoriali.

Per questo vengono introdotte, innovativamente nel panorama italiano, le nozioni di “sicurezza integrata” e “sicurezza delle città”. L’art. 1 co. 2 d.l. n. 14/2017 descrive la prima come “*l’insieme degli interventi assicurati dallo Stato, dalle Regioni, dalle Province autonome di Trento e Bolzano e dagli enti locali (...) al fine di concorrere, ciascuno nell’ambito delle proprie competenze e responsabilità, alla promozione e all’attuazione di un sistema unitario e integrato per il benessere delle comunità territoriali*”. Un’accezione di sicurezza, questa, che sembra quasi in dissonanza rispetto alla previsione di cui all’art. 117 Cost. II co., nella parte in cui, come prima rammentato, devolve alla competenza esclusiva statale la materia dell’ordine e sicurezza pubblica. L’approccio integrato e multilivello voluto dal decreto Minniti, invece, rafforza il ruolo degli enti locali secondo il modello della sussidiarietà amministrativa disegnato dall’art. 118 Cost., tanto da poter parlare di “*federalismo della sicurezza e della legalità*”⁶³⁶.

Quanto alla sicurezza urbana, che rispetto a quella integrata non si diversifica per oggetto, attenendo la sicurezza integrata soltanto alla cerchia dei soggetti chiamati a garantire (anche) quella urbana, il legislatore ne fornisce una definizione all’art. 4 d.l. n. 14/2017, come

richiesto dall’art. 13 III co. della Costituzione. Si vd. il commento di E. LONGO, *La Corte Costituzionale e il tifo violento: un caso particolarmente interessante di Drittwirkung*, in *Giur. It.*, 2003, 11, 2003-2007. In argomento, vd. anche A. BONOMI, G. PAVICH, *DASPO e problemi di costituzionalità*, in *Dir. Pen. Contemp.*, 6 giugno 2015; R. MASSUCCI, N. GALLO, *La sicurezza negli stadi: profili giuridici e risvolti sociali*, Franco Angeli, 2011, 29 ss.; A. PACE, *Misure di prevenzione personale contro la violenza negli stadi ed esercizio del diritto di difesa con forme “semplificate”*, in *Giur. Cost.*, 1997, 1584.

⁶³⁵ G. PINTUS, *Le misure di prevenzione*, in *op. cit.*, 172. Compie un accurato studio dell’istituto L. M. DI CARLO, *Prime riflessioni sul cd. “Daspo urbano”*, 13 settembre 2017, in *federalismi.it*. In dottrina, vd. anche G. DI COSIMO, *Decreto Minniti, il DASPO urbano e la libertà personale*, 20 marzo 2017, in *www.lacostituzione.info*.

⁶³⁶ V. NICOTRA, *Sicurezza urbana e legalità*, in P. TESTA (a cura di), *Per una città più sicura. Dalle ordinanze agli strumenti di pianificazione e regolamentazione della convivenza cittadina*, studio pubblicato da ANCI e Fondazione Cittalia, 2011, 61.

“bene pubblico che afferisce alla vivibilità e al decoro delle città”, da tutelare attraverso interventi di riqualificazione urbanistica, sociale e culturale, recupero delle aree e dei siti degradati, eliminazione dei fattori di marginalità e esclusione sociale, prevenzione delle criminalità, specie predatoria, “promozione della cultura del rispetto della legalità e l’affermazione di più elevati livelli di coesione sociale e convivenza civile”.

Il riferimento è, in primo luogo, al provvedimento di allontanamento e al divieto di accesso di cui agli artt. 9 e 10 d.l. n. 14/2017. Secondo l’art. 9 *cit.*, il provvedimento di allontanamento accede alla sanzione amministrativa pecuniaria per “*chiunque ponga in essere condotte che impediscono l’accessibilità e la fruizione delle predette infrastrutture, in violazione dei divieti di stazionamento o di occupazione di spazi ivi previsti*”⁶³⁷. Il soggetto competente a rilasciare il provvedimento di allontanamento, come pure la sanzione amministrativa, è il sindaco, che esercita questo potere non nella sua qualità di rappresentante della comunità locale, bensì come ufficiale di governo, come si evince per le funzioni statali in generale, dal combinato disposto di cui agli artt. 3, 14 e 54 D. Lgs. n. 267/2000 (T.U.E.L.). Il provvedimento sindacale in discorso è, tuttavia, davvero temporaneo, potendo la limitazione perdurare al più per quarantotto ore. Questo dato, unitamente al fatto che si tratta di un obbligo di allontanamento e non di un divieto di accesso, secondo la dottrina specialistica, escluderebbe l’assimilazione con il D.A.S.P.O. in senso proprio. Sì che, di quest’ultimo si potrebbe parlare solo in relazione alla misura di cui all’art. 10 co. 2 d.l. n. 14/2017 *cit.*, ancorché comunque tra le due misure sussista un rapporto di collegamento necessario. L’art. 10 co. 2 *cit.*, difatti, dispone che copia del provvedimento di allontanamento sindacale deve essere comunicata al questore competente per territorio, affinché quest’ultimo, nei casi di reiterazione delle condotte di cui all’art. 9 e qualora dalla condotta tenuta possa derivare pericolo per la sicurezza, disponga il divieto di accesso ad una o più delle aree di cui all’art. 9, per un periodo non superiore a dodici mesi⁶³⁸, “*individuando, altresì, modalità*

⁶³⁷ Prosegue il co. 3 dell’art. 9 *cit.*, sancendo che “i regolamenti di polizia urbana possono individuare aree urbane su cui insistono presidi sanitari, scuole, plessi scolastici e siti universitari, musei, aree e parchi archeologici, complessi monumentali o altri istituti e luoghi della cultura o comunque interessati da consistenti flussi turistici, aree destinate allo svolgimento di fiere, mercati, pubblici spettacoli, ovvero adibite a verde pubblico, alle quali si applicano le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 del presente articolo”.

⁶³⁸ L’originaria formulazione dell’art. 10 prevedeva il divieto di accesso questorile con durata non superiore a sei mesi.

*applicative del divieto compatibili con le esigenze di mobilità, salute e lavoro del destinatario dell'atto*⁶³⁹.

La disciplina dei “D.A.S.P.O.” urbani si completa, poi, con le previsioni di cui ai successivi artt. 13 e 13 *bis*, rispettivamente introduttivi di “*Ulteriori misure di contrasto dello spaccio di sostanze stupefacenti all'interno o in prossimità di locali pubblici o aperti al pubblico o di pubblici esercizi*” e di “*Disposizioni per la prevenzione di disordini negli esercizi pubblici e nei locali di pubblico trattenimento*”. Si tratta, in entrambi i casi, di misure questorili che prescindono dalla previa adozione di un provvedimento sindacale. Guardando al contenuto del provvedimento, nell'art. 13 *cit.* il Questore può disporre, per ragioni di sicurezza, il divieto di accesso a locali o a esercizi analoghi, specificamente indicati, ovvero di stazionamento nelle immediate vicinanze degli stessi, con durata non inferiore a un anno e non superiore a cinque, nei confronti di persone denunciate o condannate (anche con sentenza non definitiva) negli ultimi tre anni per la vendita o la cessione di sostanze stupefacenti o psicotrope ex art. 73 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (T.U. Stupefacenti), per fatti commessi all'interno o nelle immediate vicinanze di scuole, plessi scolastici, sedi universitarie, locali pubblici o aperti al pubblico, ovvero in uno dei pubblici esercizi di cui all'articolo 5 della legge 25 agosto 1991, n. 287⁶⁴⁰.

Il successivo art. 13-*bis*, di sussidiaria applicazione rispetto al precedente, prevede un'omologa forma di divieto di accesso, disponenda nei confronti di persone denunciate o condannate, anche con sentenza non definitiva, negli ultimi tre anni, per reati commessi in occasione di gravi disordini avvenuti in pubblici esercizi o in locali di pubblico trattenimento ovvero nelle immediate vicinanze degli stessi, o per delitti non colposi contro la persona o il

⁶³⁹ Secondo il co. 3 dell'art. 10 *cit.*, poi, “La durata del divieto di cui al comma 2 non può comunque essere inferiore a dodici mesi, né superiore a due anni, qualora le condotte di cui all'articolo 9, commi 1 e 2, risultino commesse da soggetto condannato, con sentenza definitiva o confermata in grado di appello, nel corso degli ultimi cinque anni per reati contro la persona o il patrimonio”, con conseguente applicazione, in quanto compatibili, delle disposizioni di cui all'articolo 6, commi 2-bis, 3 e 4, della legge 13 dicembre 1989, n. 401.

⁶⁴⁰ Anche in questo caso, “Il divieto è disposto individuando modalità applicative compatibili con le esigenze di mobilità, salute, lavoro e studio del destinatario dell'atto. 3. Nei casi di cui al comma 1, il questore, nei confronti dei soggetti già condannati negli ultimi tre anni con sentenza definitiva, può altresì disporre, per la durata massima di due anni, una o più delle seguenti misure: a) obbligo di presentarsi almeno due volte a settimana presso il locale ufficio della Polizia di Stato o presso il comando dell'Arma dei carabinieri territorialmente competente; obbligo di rientrare nella propria abitazione, o in altro luogo di privata dimora, entro una determinata ora e di non uscirne prima di altra ora prefissata; b) divieto di allontanarsi dal comune di residenza; c) obbligo di comparire in un ufficio o comando di polizia specificamente indicato, negli orari di entrata ed uscita dagli istituti scolastici. 4. In relazione al provvedimento di cui al comma 3 si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui all'articolo 6, commi 2-bis, 3 e 4, della legge 13 dicembre 1989, n. 401”.

patrimonio ovvero aggravati ai sensi dell'articolo 604-ter c.p. In questo caso, sempre che sussista il requisito del pericolo per la sicurezza, il Questore può disporre “*il divieto di accesso a pubblici esercizi o locali di pubblico trattenimento specificamente individuati in ragione dei luoghi in cui sono stati commessi i predetti reati ovvero delle persone con le quali l'interessato si associa, specificamente indicati*”. Entrambe le misure analizzate possono poi essere accompagnate dall'obbligo di comparizione del destinatario negli orari indicati, nell'ufficio o comando di polizia competente in relazione al luogo di residenza dell'obbligato o in quello specificamente indicato⁶⁴¹.

Alla luce di quanto esposto, si nota come le misure di prevenzione “speciali” finora analizzate non solo mutuano struttura e fondamento delle misure di prevenzione tipiche ma, altresì, arricchiscono il quadro delle fattispecie di pericolosità qualificata. L'art. 15 d.l. 14/2017 *cit.*, infatti, aggiunge tra gli elementi di fatto della prognosi sulla “dedizione” alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo “la sicurezza o la tranquillità pubblica”, anche le reiterate violazioni dei “*divieti di frequentazione di determinati luoghi previsti dalla normativa vigente*” (vd. art. 1 co. 1 lett. c) Cod. Antimafia). Sì che, anche sulle misure di prevenzione speciali si sono abbattute le intemperie relative alla loro qualificazione giuridica, oltre che all'eccessiva discrezionalità dei suoi organi accertatori⁶⁴². Come rilevato in dottrina nello studio del cd. teppismo sportivo, “*la prassi amministrativa e giurisprudenziale evidenzia una diffusa e quanto mai preoccupante superficialità da parte delle autorità competenti nell'adozione delle misure antiviolenza, con la conseguenza che la valutazione rischia di tradursi in mero arbitrio (...). I vizi riscontrati evidenziano una certa approssimazione da parte delle autorità competenti nell'esame dei singoli casi; dalla superficialità in argomento, vi è pericolo, che la carenza e/o insufficienza dell'istruttoria, possa determinare pericolosi automatismi nell'adozione di provvedimenti irragionevoli*”⁶⁴³.

E anzi, il dibattito sulla natura giuridica e copertura costituzionale delle misure di prevenzione potrebbe dirsi essere ulteriormente complicato dal “*difficile inquadramento di alcuni provvedimenti che l'ordinamento nazionale non qualifica come sanzioni, ma che incidono in modo significativo sulla sfera di libertà del destinatario, in conseguenza*

⁶⁴¹ Anche in questi casi, trattandosi di misura limitativa delle libertà personale, si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui all'articolo 6, commi 3 e 4, della legge 13 dicembre 1989, n. 401.

⁶⁴² G.P. DOLSO, *Misure di prevenzione atipiche e diritto di difesa*, in *Giur. Cost.*, 1997, 1586.

⁶⁴³ G. ROSSI, *Il DASPO e la giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. econ. dello sport*, 2015, 1, 150-151.

dell'accertamento di condotte indicative di una possibile pericolosità, o assai spesso, anche di un mero – benché motivato e qualificato – sospetto⁶⁴⁴. Tra questi, come rileva la dottrina, rientrano indubbiamente, e appunto, diremmo, le misure di tipo interdittivo, come i provvedimenti di DASPO e gli ammonimenti anti-*stalking* che, tuttavia, nel loro insieme considerati, debbono essere qualificati, secondo la soluzione interpretativa nettamente maggioritaria, alla stregua di provvedimenti amministrativi di natura meramente cautelare e preventiva, che “non mirano a sanzionare violazioni, ma solo a garantire la realizzazione di interessi pubblici curati dall'amministrazione”⁶⁴⁵.

Questo scivoloso terreno del diritto amministrativo è acutamente percorso da una dottrina che, pur penalistica, affronta ancora il tema delle “sanzioni” amministrative interdittive andando oltre il discrimine con le misure di prevenzione in senso tecnico-giuridico. La stessa prosegue sostenendo che il tema in discorso risulta meritevole di particolare attenzione per l'efficacia rivolta alla prevenzione speciale negativa, in chiave di neutralizzazione dell'ente, e generale negativa, in ottica dissuasiva⁶⁴⁶. L'Autrice, precisamente, compie un parallelismo tra disciplina di cui al D. Lgs. 231/2001 (art. 13) da un lato, documentazione antimafia e sospensione temporanea di cui all'art. 32 d.l. 90/2014⁶⁴⁷, dall'altro. Pur concludendo per l'irrinunciabilità di tali strumenti, specie per fronteggiare le manifestazioni di contiguità ai fenomeni criminali, l'Autrice ritiene necessario il riconoscimento di alcune garanzie fondamentali, come la maggior partecipazione dell'impresa

⁶⁴⁴ M. LIPARI, *Il sindacato pieno del giudice amministrativo sulle sanzioni secondo i principi della CEDU e del diritto UE. Il recepimento della direttiva n. 2014/104/EU sul private enforcement (D. Lgs. 3/2017): le valutazioni tecniche opinabili riservate all'AGCM*, relazione al Convegno “Le sanzioni in un ordinamento multilivello: categorie in cerca di nuove identità”, organizzato dal Dipartimento di Giurisprudenza e dalla SSPL dell'Università di Siena, Siena, 27 maggio 2017, in *federalismi.it*, n. 2018, 8.

⁶⁴⁵ Ancora M. LIPARI, *Il sindacato pieno del giudice amministrativo sulle sanzioni secondo i principi della CEDU e del diritto UE*, cit., 14. Sulla categoria dogmatica delle sanzioni interdittive in generale, vd. S. LUCCIARDELLO, *Le sanzioni interdittive*, in AA.VV., *Le sanzioni amministrative. Principi generali*, a cura di A. Cagnazzo, S. Toschei, Giappichelli, 2012. Definisce l'istituto delle cd. “sanzioni nascoste”, M. LUCIANI, *Conclusioni* all'incontro di studio A.I.P.D.A. – A.I.C. “Riflessioni sull'incertezza delle regole: il dibattito sulle sanzioni “nascoste”, tenutosi presso l'Università degli Studi Roma Tre, 6 febbraio 2014, in *diritto-amministrativo.org*.

⁶⁴⁶ R. RUSSO, *I grandi eventi: strategie di intervento punitivo*, in *Dir. Pen. Cont.*, 29 aprile 2015, 1-13. Il contributo si inserisce nel solco delle vicende EXPO, insieme, tra gli altri, a M. ALLENA, M. CAPANTINI (a cura di), *I grandi eventi: la parola al giurista. Oltre l'esperienza di Expo 2015*, in *Il dir. dell'economia*, Approfondimenti, 2015, 2, 9-28. Cfr. anche L. DRAGHETTI, *Strumenti di prevenzione e contrasto alla criminalità e di promozione della legalità*. Atti del convegno “Legalità e appalti alla prova del terremoto”, Bologna, 8 maggio 2013, in <http://territorio.regione.emilia-romagna.it>.

⁶⁴⁷ F. SGUBBI, T. GUERINI, *L'art. 32 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90. Un primo commento*, in *Dir. Pen. Cont.*, 24 settembre 2014.

al procedimento, (almeno) una parziale giurisdizionalizzazione della procedura ma, soprattutto, una rielaborazione dei presupposti applicativi. Certamente il primo profilo risulta oggi legislativamente ottemperato o, quantomeno, temperato, alla luce della nuova formulazione del co. 7 dell'art. 93 D. Lgs. n. 159/2011, che più volte riaffiora ed è riaffiorato nel corso del lavoro. Quanto alla rielaborazione dei presupposti applicativi, sopra si è già detto nel convenire con il precipitato interpretativo della sentenza della Corte Cost. n. 24/2019. Relativamente al problema della giurisdizionalizzazione del procedimento che porta al rilascio della documentazione antimafia, invece, si dirà compiutamente nel corso dei successivi paragrafi.

2.5. I PROVVEDIMENTI INTERDITTIVI ANTIMAFIA E LA CATEGORIA DOGMATICA DELLE SANZIONI AMMINISTRATIVE.

L'ampia digressione finora svolta consente di affrontare con maggior consapevolezza il problema della natura giuridica della documentazione antimafia. Ancorché esso tragga linfa da molte, se non da tutte, le riflessioni che abbiamo compiuto, per essere compreso nella sua reale magnitudine, necessita di essere inquadrato sotto l'angolo visuale di un'altra categoria giuridica, ancora una volta a cavaliere tra diritto penale e diritto amministrativo, quella delle sanzioni amministrative.

La decodificazione della natura giuridica delle sanzioni amministrative, invero, è un problema risalente, che dipende dall'oggettiva difficoltà di delinearne, già secondo i parametri del diritto italiano, una nozione unitaria. Il diritto positivo, infatti, non conosce una vera e propria nozione di sanzione amministrativa. A questo dato si aggiunge l'ulteriore articolazione della sua architettura, ritenuta dalla dottrina "*solo in parte lineare*", perché accanto alla normativa nazionale si stagliano le fonti sovranazionali, europee e convenzionali⁶⁴⁸. All'interno della normativa nazionale, poi, convivono norme statali, regionali e degli enti locali, nonché l'insieme di quegli atti di incerta qualificazione giuridica ma caratterizzati da medesimezza di contenuto, come, ad esempio, le determinazioni regolatorie delle Autorità

⁶⁴⁸ In argomento, F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Giappichelli, 2014; M.V. FERRONI, *I principi generali delle sanzioni nel diritto comunitario e la loro rilevanza nel diritto interno*, in A. CAGNAZZO, S. TOSCHEI (a cura di), *Le sanzioni amministrative. Principi generali*, Giappichelli, 2012.

Amministrative Indipendenti, su cui ci si soffermerà, pur brevemente, nel corso del paragrafo successivo⁶⁴⁹.

Anche prima dell'avvento di fonti diverse da quelle statali "pure", il dibattito teorico che da sempre avvince l'ampio tema delle sanzioni amministrative si scompone in due impostazioni.

Secondo la prima, di origine più risalente, di zanobiana memoria, le sanzioni amministrative sono misure afflittive, che, perciò, costituiscono specie di un diritto sanzionatorio unitario, condiviso con le sanzioni penali⁶⁵⁰. Per questo si rinviene in dottrina anche l'utilizzo delle nozioni di "*subcontravvenzioni*" e di "*sanzioni minori*". La distanza dal diritto amministrativo sostanziale avrebbe la sua riprova sulla cognizione del giudice amministrativo, "deviata" dai principi comuni, "*determinando, per ragioni contingenti, un'eccezionale sottrazione da quella che parrebbe la loro logica e naturale collocazione nell'ambito del processo penale*"⁶⁵¹.

La seconda impostazione, invece, ritiene che le sanzioni amministrative assolvano una funzione ripristinatoria della legalità violata, come strumento di autotutela esecutiva a corredo della fondamentale funzione di cura degli interessi pubblici⁶⁵². In sostanza, le sanzioni altro non sarebbero se non "*l'espressione qualificata di un diritto amministrativo puro, in*

⁶⁴⁹ M. LIPARI, *Il sindacato pieno del giudice amministrativo sulle sanzioni secondo i principi CEDU e del diritto UE. Il recepimento della direttiva n. 2014/104/EU sul private enforcement* (decreto legislativo n. 3/2017): le valutazioni tecniche opinabili riservate all'AGCM, 2018, 8, 1, in *federalismi.it*.

⁶⁵⁰ Il padre di questa impostazione è, appunto, G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, F.lli Bocca Editore, 1924, 51 ss.

⁶⁵¹ M. LIPARI, *Il sindacato pieno del giudice amministrativo sulle sanzioni secondo i principi CEDU e del diritto UE*, cit., 13.

⁶⁵² F. BENVENUTI, *Sul concetto di sanzione*, Jus, 1955, I, 223 ss.; ID., *Autotutela* (diritto amministrativo), in *Enc. del diritto*, 1959, IV, 537 ss. Come noto, l'Autore intende l'autotutela come «*quella parte di attività amministrativa con la quale la stessa pubblica amministrazione provvede a risolvere i conflitti, potenziali o attuali, insorgenti con gli altri soggetti, in relazione ai suoi provvedimenti od alle sue pretese*», distinguendo tra autotutela sugli atti, riferita alla validità degli atti amministrativi, e autotutela sui rapporti, involgente l'utilità dei rapporti stessi. In quest'ultima nozione Benvenuti ricomprende, poi, due distinte categorie «*una prima, quando essa si esercita con decisioni di condanna come mezzo per garantire la soddisfazione dell'oggetto del rapporto medesimo*» e, «*una seconda, quando essa si esercita mediante sanzioni al fine di assicurare sia pure indirettamente l'utilità del rapporto*».

Sulla ricostruzione dogmatica della sanzione amministrativa vd., tra più, C.E. PALIERO, A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, 1988; M.A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, Napoli, 1983; F. BENVENUTI, *Le sanzioni amministrative come mezzo dell'azione amministrativa*, in AA.VV. (a cura di U. Pototsching), *Le sanzioni amministrative, Atti del XXVI Convegno di scienza dell'amministrazione* tenutosi a Varenna nel 1980, Giuffrè Francis Lefebvre, 1982, 33 ss.; F. BENVENUTI, voce "*Autotutela (dir. amm.)*", in *Enc. dir.*, vol. V, Giuffrè Francis Lefebvre, 1959, 537-541; 51 ss. Più di recente, P. CERBO, *Le sanzioni amministrative*, in AA.VV. (a cura di S. Cassese), *Trattato di diritto amministrativo*, Parte Speciale, Vol. I, Giuffrè Francis Lefebvre, 2003, II ed., 585 ss.

quanto costituiscono uno degli esiti tipici della fondamentale funzione di cura di interessi pubblici”, così connettendosi strettamente al “potere di governo” di un determinato settore, “affidato alla stessa amministrazione titolare della funzione punitiva”⁶⁵³. E tuttavia, secondo una dottrina, appare quantomeno ambiguo l’utilizzo dell’appellativo di “sanzioni ripristinatorie”, perché queste, pur peculiari, manifestazioni provvedimenti, sono, nella sostanza, comuni provvedimenti amministrativi. Sì che, l’effetto afflittivo che il privato loro destinatario subisce è soltanto “la conseguenza indiretta della realizzazione dell’interesse pubblico che viene, attraverso il provvedimento, ripristinato”⁶⁵⁴.

Appendice di questa impostazione è la ricostruzione svolta dal Benvenuti, che enuclea le sanzioni amministrative nella autotutela sui rapporti, che si contrappone a quella decisoria, sugli atti. Secondo l’Autore, esistono sanzioni amministrative generali, caratteristiche del cd. diritto penale amministrativo, con funzione repressiva, e speciali, proprie, invece, del cd. diritto amministrativo penale, con funzione satisfattiva dell’interesse pubblico di cui è portatrice la Pubblica Amministrazione. Esempio del primo tipo è, secondo il Benvenuti, il verbale di accertamento delle contravvenzioni prima degli interventi normativi di depenalizzazione; viceversa nel secondo confluiscono, a titolo di esempio, e sanzioni personali del diritto penale militare⁶⁵⁵.

Con l’introduzione della legge 24 novembre 1981, n. 689, l’ordinamento ha costruito per la prima volta un vero e proprio sistema punitivo amministrativo, introducendo una disciplina sostanziale e processuale dell’illecito amministrativo, come sommatoria di precetti e relative sanzioni⁶⁵⁶. Proprio perché la l. n. 689/1981 costituisce intervento di depenalizzazione, si spiega come, sotto il profilo sostanziale, la disciplina ivi contenuta mutui, in larga misura, principi mutuati dal diritto penale. L’identità funzionale tra sanzioni penali e amministrative si coglie esplicitamente all’art. 9 l. n. 689/81 *cit.*, che codifica il principio di

⁶⁵³ Ricostruisce così, M. LIPARI, *Il sindacato pieno del giudice amministrativo sulle sanzioni secondo i principi CEDU e del diritto UE*, *cit.*, 12.

⁶⁵⁴ R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè Editore, 2017, III ed., 599.

⁶⁵⁵ F. BENVENUTI, *Autotutela* (voce), in *Enc. Dir.*, Giuffrè, 1959, IV, 551 ss.

⁶⁵⁶ Già con la legge 3 maggio 1967, n. 317 il legislatore aveva realizzato una depenalizzazione, benché la stessa fosse limitata al mutamento del tipo di sanzione pecuniaria, sostituendo l’ammenda con una diversa sanzione amministrativa pecuniaria. Ancora, successivamente alla l. 689/81, si ricordano, come terza tappa degli interventi di depenalizzazione, la l. 6 dicembre 1993, n. 449, le l. 28 dicembre 1993, nn. 561 e 562, limitata alla materia del lavoro e della pubblica sicurezza, finora rimasti estranei alle riforme. Sempre su settori specifici agisce il D. Lgs. 30 dicembre 1999, n. 507, su alimenti, navigazione, circolazione stradale, violazioni finanziarie, assegni bancari e postali.

specialità, secondo cui “*Quando uno stesso fatto è punito da una disposizione penale e da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa, ovvero da una pluralità di disposizioni che prevedono sanzioni amministrative, si applica la disposizione speciale*”. La medesima collocazione nell’alveo delle misure repressive rileverebbe, dunque, che la sanzione amministrativa altro non è che una pena, che si distingue dalla sanzione penale in senso stretto solo perché è irrogata dalla Pubblica Amministrazione. Così si spiega, altresì, la ragione per cui all’interno della l. n. 689/81 *cit.* compaiono unicamente sanzioni pecuniarie e, come si vedrà a breve, perché in termini sì complessi si pone la qualificazione giuridica di sanzioni amministrative diverse, appunto, da quelle pecuniarie. In questo campo, infatti, la misura sanzionatoria connessa all’illecito “*può evidenziare alcuni caratteri – aggiuntivi – non meramente afflittivi*”, rendendo così “*mescolate, con variabili gradazioni, la funzione afflittiva pura e quella connessa alla realizzazione di altre finalità di interesse pubblico*”⁶⁵⁷.

Proprio sulla scorta della l. n. 689/81 *cit.*, dottrina e giurisprudenza hanno enucleato, all’interno delle sanzioni amministrative, due sotto-tipi funzionalmente e strutturalmente distinti, quali le sanzioni punitive (o “in senso stretto”) e le misure propriamente ripristinatorie (sanzioni “in senso lato”), strutturate per diversificazione di garanzie sostanziali, procedurali e giurisdizionali. Come evidenziato anche nelle recente giurisprudenza, le prime, proprio perché di carattere meramente afflittivo, “*sono ricollegate al vincolato accertamento del verificarsi concreto della fattispecie legale, restando preclusa all’autorità erogatrice ogni discrezionalità in ordine alla loro irrogazione, se non quanto alla concreta misura: per l’effetto, la contestazione da parte dell’intimato si risolve nel dedurre il proprio diritto soggettivo a non subire l’imposizione di prestazioni, patrimoniali o personali, fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, con conseguente devoluzione delle relative controversie, in assenza di ipotesi di giurisdizione esclusiva, al giudice ordinario*”⁶⁵⁸.

⁶⁵⁷ M. LIPARI, *Il sindacato pieno del giudice amministrativo sulle sanzioni secondo i principi CEDU e del diritto UE, cit.*, 13.

⁶⁵⁸ Cons. Stato, sez. V, sent. 24 gennaio 2019, n. 587. Conf., Cons. Stato, sez. VI, 20 luglio 2018, n. 4424; Id., sez. V, 27 giugno 2012, n. 3786; Cass., sez. I, 14 novembre 1992, n. 12240; Id., sez. I, 15 dicembre 1992, n. 13246. Con riferimento alla materia della documentazione interdittiva antimafia, si rammenta che con la recente sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, 25 ottobre 2021, n. 7165 sono state respinte le censure concernenti il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, “considerata la sicura riconducibilità della controversia all’ambito di esercizio di un potere amministrativo autoritativo, ampiamente discrezionale, del Ministero dell’interno, concernente misure di carattere cautelare ed anticipatorio di tutela dell’ordinamento democratico a contrasto della criminalità organizzata”.

Del resto, anche la dosimetria sanzionatoria di questi illeciti amministrativi non rievoca la discrezionalità amministrativa pura quanto, piuttosto, la discrezionalità giudiziale, come adeguamento della sanzione alla gravità delle violazioni e la situazione giuridica soggettiva di cui è portatore il sanzionato ha la consistenza del diritto soggettivo all'integrità patrimoniale. Tanto che, sul piano rimediabile, la sanzione amministrativa in senso stretto è suscettibile di integrale riesame giudiziale, ovvero senza alcun limite di "merito" amministrativo. *"Le seconde, per contro, sono finalizzate alla realizzazione diretta dell'interesse pubblico di settore leso dal comportamento illecito, di tal che all'amministrazione irrogante è data, di regola, la scelta, variamente discrezionale, della misura repressiva più idonea a soddisfare quell'interesse, con la conseguenza che, in tal caso, sussistono in capo al privato soltanto posizioni soggettive di interesse legittimo, devolute alla cognizione del giudice amministrativo"*⁶⁵⁹. Questa distinzione emerge nitidamente anche a livello procedimentale, dal momento che la sanzione in "senso stretto" è irrogata tramite un procedimento diverso da quello previsto dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, che fa capo alla l. n. 689/1981, oltre a essere garantita da principi specifici, come la personalità e la colpevolezza (per quanto mutuati dalla legislazione ordinaria e non dalla Costituzione).

Alla luce di quanto brevemente riportato, si comprende la ragione per cui, a partire dall'introduzione della l. n. 689/81, il dibattito sulle sanzioni amministrative sembrava essersi spostato, più che sulla nozione prediletta dall'ordinamento italiano, sull'applicabilità del suo statuto o meno. Non solo. Permane il problema della corretta decodificazione di quei provvedimenti collocati fuori dalla l. n. 689/81, che, pur essendo qualificati, residualmente, come atti in funzione esecutiva, sono ritenuti sanzionatori in senso lato.

Tale assunto si fonde, come prima anticipato, con il radicale ripensamento di questa impostazione scaturito dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che, come già anticipato, ha in più momenti superato quegli interventi legislativi di depenalizzazione meramente formale che mal celano forme "elusive" dello statuto (più) garantistico riservato alla "materia penale". L'autonoma nozione di sanzione plasmata dalla Corte di Strasburgo, invero, non ha soltanto funzione censoria rispetto all'ordinamento italiano, riponendo la sua prima giustificazione nella natura regionale del Consiglio d'Europa

⁶⁵⁹ Cons. Stato, sez. V, sent. 24 gennaio 2019, n. 587, *cit.*

e del Trattato di Roma del 1950 che raccoglie, tra gli Stati firmatari, tradizioni giuridiche distinte e non sempre convergenti⁶⁶⁰. Sì che, a partire dalla nota sentenza Engel dell'8 giugno 1976⁶⁶¹, ai fini delle garanzie di cui agli artt. 6, 7 e 4 prot. VII della Convenzione, la Corte EDU vaglia la sussistenza di una "accusa in materia penale" alla luce di tre, alternativi⁶⁶², criteri, quali:

- a) qualificazione formale nel diritto interno, che, si aggiunge, assume valore vincolante in senso estensivo a qualificare la misura afflittiva come misura penale;
- b) natura della misura sanzionatoria, se funzionalmente punitiva-deterrente o meno⁶⁶³;
- c) grado di severità della "sanzione"⁶⁶⁴.

⁶⁶⁰ In argomento, utile è richiamare la locuzione dottrinale di "diritto senza codice", seppur formalmente elaborata in relazione al diritto comunitario, quanto alla mancata adozione di una Carta Costituzionale all'impossibilità di creare fattispecie incriminatrici direttamente e automaticamente vincolanti negli Stati membri, di G. SOTIS, *Il diritto senza codice: uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Dott. A. Giuffrè, 2007.

⁶⁶¹ Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engel e al. v. Paesi Bassi*, intervenuta, si ricorda, in tema di sanzioni detentive disciplinari militari. Per un confronto sull'accezione di "materia penale" tra ordinamento italiano, CEDU e panorama comparato (Germania, Spagna e Stato Uniti), cfr. L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Giappichelli, 2018 e F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, Giappichelli, 2017, entrambi recensiti da F. Viganò, con contributo pubblicato in *Dir. Pen. Cont.*, 8 ottobre 2018. Ancora, utile la ricognizione sistematica compiuta da M. MANCINI, *La "materia penale" negli orientamenti della Corte EDU e della Corte costituzionale*, con particolare riguardo alle misure limitative dell'elettorato passivo", 25 giugno 2018, in *Federalismi.it*, 1, 26.

⁶⁶² Oltre che "alternativi", a ben vedere, i criteri sono "successivi" tra loro, nel senso che i requisiti sub b) e c) vengono verificati soltanto se risulta inesaurito quello formale sub a). Come ribadito nella sentenza 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*, questi criteri sono «alternativi e non cumulativi», ma ciò non impedisce di adottare un «approccio cumulativo se l'analisi separata di ciascun criterio non permette di arrivare ad una conclusione chiara in merito alla sussistenza di una "accusa in materia penale" (*Jussila c. Finlandia* [GC], n. 73053/01, CEDU 2006 *Zaicevs c. Lettonia*, n. 65022/01, CEDU, 2007-1)»; conf. Corte EDU, 10 febbraio 2009, *Grande Chambre, Zolotoukhine c. Russia*, n. 14939/03.

⁶⁶³ La natura punitiva della misura si desume, secondo la giurisprudenza di Strasburgo, da un complesso di elementi, tra i quali principalmente il tipo di condotta sanzionata, il nesso fra la misura inflitta e l'accertamento di un reato, la presenza di beni e interessi tradizionalmente affidati alla sfera penale, il procedimento con il quale la misura è adottata. Come evidenzia P. PROVENZANO, *Note minime in tema di sanzioni amministrative e "materia penale"*, in *Riv. it. di dir. pubbl. com.*, 2018, 6, 1091, questo criterio "può essere, a sua volta, articolato in due sub-criteri: un primo che attiene squisitamente alla natura, al campo di applicazione e alla struttura del precetto violato e un secondo che mira, viceversa, a verificare le finalità che lo stesso intende perseguire". Così, secondo V. MANES, *Commento all'art. 7 C.E.D.U.*, in S. BERTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Cedam, 2012, 182, per mezzo del primo sub-criterio viene data rilevanza alla circostanza per cui le norme mirino a "reprimere comportamenti che si configurano come incompatibili con il vivere associato". Per mezzo del secondo sub-criterio, perciò detto teleologico, invece, come nota C.E. PALIERO, *"Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo una questione "classica" a una svolta radicale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 917, viene verificato lo scopo del precetto violato.

⁶⁶⁴ La Corte di Strasburgo ha chiarito che, per valutare la gravità delle conseguenze sfavorevoli, si deve fare riferimento al massimo edittale e non alla misura effettivamente irrogata nei confronti di chi instaura il giudizio avverso lo Stato (cfr. sentenza 30 marzo del 2004, *Hirst c. Regno Unito* n. 1; sentenza 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*; sentenza 22 maggio 1990, *Weber c. Svizzera*, paragrafo 34). Il rigore di una misura punitiva dipende inoltre dalla sua capacità di incidere sulla posizione del destinatario: ciò che rileva, cioè, è la dimensione soggettiva e non quella oggettiva della pretesa punitiva (sentenza 1° febbraio 2005, *Ziliberg c. Moldova*, paragrafo 34).

Nella dottrina e nella giurisprudenza intervenute in materia questi criteri ricorrono quasi a mo' di elencazione, e sono suscettibili di interpretazione non sempre chiarissima, come dimostra, e lo si vedrà meglio a breve, anche la non univoca traduzione nella lingua italiana dalla lingua ufficiale. Non solo. Come ha rilevato la dottrina, già di per sé i criteri Engel “*non brillano per capacità connotativa*”⁶⁶⁵ e questo dato si aggiunge che la loro stessa formulazione è stata nel tempo affinata dalla Corte di Strasburgo⁶⁶⁶.

La rilevanza della qualificazione di una misura come sostanzialmente penale “ai sensi” della CEDU non è soltanto dogmatica ma comporta, altresì, l’attivazione delle garanzie che la Convenzione accorda alla “materia penale” agli artt. 6, 7 e 4 del Protocollo VII, quanto, rispettivamente, al rispetto dei principi di legalità, giusto processo e *ne bis in idem*⁶⁶⁷. Una delle difficoltà maggiori che si incontrano nell’affrontare con una certa sistematicità il precipitato della giurisprudenza della Corte di Strasburgo su questo argomento risiede, almeno a parere di chi scrive, proprio nel composito statuto penalistico approntato dalla Convenzione. Difatti, nelle numerose pronunce intervenute nel tempo, in linea generale, la Corte non si è confrontata con la contestuale violazione di tutti e tre i principi che presidiano “*l’accusa in materia penale*”.

Non solo. Anche l’applicazione che di questi criteri è stata fatta nell’ordinamento interno dimostra l’esistenza di una difformità di vedute nella giurisprudenza. La divergenza più macroscopica si è avvertita nella materia delle sanzioni irrogate dalle Autorità Amministrative Indipendenti, dal momento che mentre la Corte di Cassazione ha ritenuto che quelle della Banca d’Italia e della Consob (salvo in materia di abusi di mercato) non siano

⁶⁶⁵ F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità “costituzionale” vd legalità “convenzionale”?*, in *archivioldpc.dirittopenaleuomo.org*, 5 aprile 2017, 4.

⁶⁶⁶ Cfr. Corte Edu, 9 febbraio 1995, *Welch c. Regno Unito*, Id., 26 marzo 1982, *Adolf c. Austria*. In questi termini opina M. ROMANO, *Ripensare il diritto penale (a dieci anni dalla scomparsa di Federico Stella)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017, 6, riferendo che “a fronte della labile indicatività dei criteri Engel”, “si accentua (...) un’insidiosa imprevedibilità ex ante circa la soluzione delle controversie e soprattutto circa gli effettivi spazi del libero agire del cittadino, una imprevedibilità che lo espone a rischi non preventivabili, diffondendo una percezione di quasi causalità, o di precarietà del diritto”. Conf. F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Giappichelli, 2015, 7, secondo cui “l’approccio casistico talvolta rifugge da percorsi pienamente coerenti e prevedibili”.

⁶⁶⁷ Le pronunce in argomento sono molteplici. Nell’ottica del presente lavoro, si ritiene sufficiente richiamare un precedente che ha visto protagonista l’ordinamento italiano per ciascuna delle disposizioni sopra richiamate. Sì che, quanto all’art. 6 CEDU, il riferimento è a Corte EDU, sent. 27 settembre 2011, *Menarini c. Italia*; per l’art. 7 CEDU, invece, si rinvia a Corte EDU, *Varvara c. Italia*, 29 ottobre 2013. Quanto alla violazione del divieto di bis in idem tutelato dall’art. 4 prot. VII CEDU, Corte EDU, sent. 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia*.

sostanzialmente penali in base ai criteri *Engel*⁶⁶⁸, il Consiglio di Stato applica le garanzie convenzionali alle sanzioni irrogate da A.G.C.M. e I.V.A.S.S.⁶⁶⁹ Come rileva la dottrina, la Corte di Cassazione adotta un'interpretazione fortemente restrittiva della giurisprudenza EDU, “*considerata vincolante solo allorquando riguardi un caso specifico già deciso in una fattispecie identica*”⁶⁷⁰, proprio perché le pronunce della Corte di Strasburgo “*attengono sempre a casi e problemi specifici (case law) con un approccio pragmatico che non si presta a generalizzazioni concettuali oltre i limiti dell’oggetto del singolo giudizio*”⁶⁷¹.

La conclusione perorata dalla Cassazione ha trovato a lungo usbergo nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, che, fino alla nota sentenza n. 43/2017 concludeva nel senso che “*ciò che per la giurisprudenza europea ha natura “penale” deve essere assistito dalle garanzie che la stessa ha elaborato per la “materia penale”; mentre solo ciò che è penale per l’ordinamento nazionale beneficia degli ulteriori presidi rinvenibili nella legislazione interna*”⁶⁷². Rispetto a questa pronuncia, tuttavia, la Consulta ha recentemente effettuato un radicale mutamento interpretativo, destinato ad avere un impatto assai significativo sulla disciplina applicabile alle sanzioni amministrative sostanzialmente penali.

Con la sentenza n. 68/2021, precisamente, la Corte Costituzionale estende alle sanzioni sostanzialmente penali secondo i criteri *Engel* tutte le garanzie costituzionali interne riservate alla “pena”, perciò pertinenti il principio di legalità con i suoi corollari e quello del giusto processo⁶⁷³. Nell'approntare un sistema di principi penalistici integrato da norme

⁶⁶⁸ Significativa, sul punto, Cass. Civ., sez. II, 24 febbraio 2016, n. 3652; Id., 30 giugno 2016, n. 13433; conf. Cass. Civ., Sez. I, 2 marzo 2016, n. 4114.

⁶⁶⁹ Di recente, Cons. Stato, sez. VI, 28 marzo 2019, nn. 2042 e 2043.

⁶⁷⁰ A. PISANESCHI, *La sentenza 68 del 2021. Le sanzioni amministrative sostanzialmente penali ed il giudicato*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2021, 4, 266.

⁶⁷¹ Cass. Civ., sez II, 24 febbraio 2016, n. 3652 *cit*.

⁶⁷² Corte Cost., 24 febbraio 2017, sent. n. 43, nel giudizio di legittimità costituzionale dell’art. 30, quarto comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), per la violazione degli artt. 3, 25, secondo comma, e 117, primo comma, della Costituzione, in relazione agli artt. 6 e 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con la legge 4 agosto 1955, n. 848, dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate, in riferimento agli artt. 3, 25, secondo comma, e 117, primo comma, della Costituzione. Vd., in dottrina, M.C. UBIALI, *Illegittimità sopravvenuta della sanzione amministrativa sostanzialmente penale: per la Corte Costituzionale resta fermo il giudicato*, in *Dir. Pen. Contemp.*, 21 marzo 2017; A. CHIBELLI, *L’illegittimità sopravvenuta delle sanzioni sostanzialmente penali e la rimozione del giudicato di condanna: la decisione della Corte Costituzionale*, in *Dir. Pen. Contemp.*, 3 aprile 2017.

⁶⁷³ Corte Cost., 16 aprile 2021, sent. n. 68, nel giudizio di legittimità costituzionale dell’art. 30, quarto comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87 in riferimento agli artt. 3, 25, secondo comma, 35, 41, 117, primo comma – quest’ultimo in relazione agli artt. 6 e 7 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848 –, e 136

costituzionali, norme convenzionali, norme europee e norme internazionali, la Corte Costituzionale sembra, dunque, ora escludere la permanenza, in capo allo Stato, di un margine di apprezzamento nella definizione dell'ambito di applicazione di quelle (ulteriori) tutele che “*l'ordinamento interno considera espressione della potestà punitiva dello Stato, secondo i propri criteri*” alle sanzioni sostanzialmente penali⁶⁷⁴.

L'insieme delle considerazioni finora svolte è funzionale ad avvicinarci al tema delle misure interdittive (ove non meramente accessorie alle sanzioni amministrative in senso stretto, altrimenti rientrando nella disciplina di cui all'art. 20 l. n. 689/81 *cit.*), in guisa da comprendere se, e in che misura, le stesse siano state qualificate dalla giurisprudenza, costituzionale e sovranazionale, come “*sanzioni amministrative sostanzialmente penali*”. Non per nulla, queste misure sono state da ultimo attenzionate, contestualmente dalla Corte Costituzionale e dalla Corte di Strasburgo, in riferimento alla disciplina delle incandidabilità,

della Costituzione, «nella parte in cui la disposizione stessa non è applicabile alle sanzioni amministrative che assumano natura sostanzialmente penale ai sensi della Convenzione EDU», dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 30, quarto comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87, in quanto interpretato nel senso che la disposizione non si applica in relazione alla sanzione amministrativa accessoria della revoca della patente di guida, disposta con sentenza irrevocabile ai sensi dell'art. 222, comma 2, del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285 (Nuovo codice della strada). Vd., A. PISANESCHI, *La sentenza 68 del 2021, cit.*, 262-275. L'Autore rappresenta che il presupposto della pronuncia in commento è costituito dalla precedente sentenza 21 marzo 2019, n. 63, ove la Corte Costituzionale, nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 6, comma 2, del decreto legislativo 12 maggio 2015, n. 72 (Attuazione della direttiva 2013/36/UE, che modifica la direttiva 2002/87/CE e abroga le direttive 2006/48/CE e 2006/49/CE, per quanto concerne l'accesso all'attività degli enti creditizi e la vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento. Modifiche al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 e al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58), «nella parte in cui ha modificato le sanzioni di cui all'art. 187 bis» del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52) «in attuazione dell'art. 3, comma 1, letter[e] i) e l), della legge 7 ottobre 2014, n. 154» (Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea – Legge di delegazione europea 2013 – secondo semestre), ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 6, comma 2, del decreto legislativo 12 maggio 2015, n. 72 (Attuazione della direttiva 2013/36/UE, che modifica la direttiva 2002/87/CE e abroga le direttive 2006/48/CE e 2006/49/CE, per quanto concerne l'accesso all'attività degli enti creditizi e la vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento. Modifiche al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 e al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58), nella parte in cui esclude l'applicazione retroattiva delle modifiche apportate dal comma 3 dello stesso art. 6 alle sanzioni amministrative previste per l'illecito disciplinato dall'art. 187-bis del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52) e, in via consequenziale, ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), l'illegittimità costituzionale dell'art. 6, comma 2, del D. Lgs. n. 72 del 2015, nella parte in cui esclude l'applicazione retroattiva delle modifiche apportate dal comma 3 dello stesso art. 6 alle sanzioni amministrative previste per l'illecito di cui all'art. 187-ter del D. Lgs. n. 58 del 1998.

⁶⁷⁴ Corte Cost. n. 43/2017, *cit.* L'autonomia dell'illecito amministrativo, pur “sostanzialmente penale”, rispetto al diritto penale nazionale è conclusione ribadita già in Corte Cost., sent. n. 193/2016 e Corte Cost., sent. n. 49/2015.

sospensioni e decadenze dagli incarichi contenute nel D. Lgs. n. 235/2012, attuativo della l. n. 190/2012, nota anche come legge Severino.

Nel confronto con il tessuto normativo nazionale, la Consulta, in più momenti, ha escluso che le incandidabilità, come pure la sospensione e la decadenza dagli incarichi, abbiano carattere sanzionatorio, trattandosi unicamente di «*conseguenze del venir meno di un requisito soggettivo per l'accesso alle cariche considerate*». Con particolare riguardo alla interdizione temporanea, cioè la sospensione dalla carica, viene rilevato che la stessa «*risponde ad esigenze proprie della funzione amministrativa e della pubblica amministrazione presso cui il soggetto colpito presta servizio*» e, trattandosi di sospensione, costituisce «*misura sicuramente cautelare*»⁶⁷⁵. Altrettanto, nel confronto con la dimensione convenzionale (precisamente, con l'art. 7 CEDU, *sub* divieto di retroattività della disposizione sfavorevole), la Corte esclude che queste misure celino una sostanza afflittiva nonostante costituiscano effetto di natura amministrativa della condanna penale. Superato il vaglio del primo criterio *Engel*, quanto alla funzione della sospensione dalla carica prevista dal D. Lgs. n. 235 del 2012, la Corte rileva che il legislatore ha inteso esclusivamente «*tutelare la pubblica funzione in attesa che l'accertamento penale si consolidi nel giudicato, (...) al fine di sottrarre l'ufficio a dubbi sulla onorabilità di chi lo riveste che potrebbero metterne in discussione il prestigio e pregiudicarne il buon andamento*»⁶⁷⁶. L'opportunità di anticipare l'effetto interdittivo derivante dal (successivo ed eventuale) giudicato di condanna esclude la finalità punitiva della sospensione, tanto più se si pensa che, come affermato dalla stessa Corte, anche l'effetto interdittivo «definitivo», *sub* decadenza ovvero incandidabilità, non è diretto a finalità punitive. Ciò conformemente alla giurisprudenza convenzionale che ha, appunto, escluso la

⁶⁷⁵ Così, Corte Cost., sentenza n. 236 del 2015; conf. Id., sent. nn. 25 del 2002, n. 206 del 1999 e n. 295 del 1994.

⁶⁷⁶ Nella giurisprudenza della Corte EDU ci sono precedenti che collocano al di fuori della sfera penale alcune restrizioni del diritto di elettorato passivo, anche collegate alla commissione di un illecito, in ragione della loro finalità principale di proteggere l'integrità di una pubblica istituzione (sentenze 6 gennaio 2011, *Paksas c. Lituania*; 24 giugno 2008, *Adamsons c. Lettonia*, paragrafo 114; 16 marzo 2006, *Zdanoka c. Lettonia*, Grande Camera, paragrafi 122, 130 e 133). Più precisamente la Corte di Strasburgo ha escluso la natura penale della misura dell'incandidabilità, quando sia diretta ad assicurare un corretto svolgimento delle elezioni parlamentari. E ciò anche se una misura dello stesso contenuto – l'esclusione dalla candidabilità – sia prevista dalla legge penale come sanzione "ancillare" o "aggiuntiva" a una sanzione penale principale, giacché in questo secondo caso, a differenza del primo, essa deriva la sua natura penale dalla sanzione principale alla quale accede (sentenza 21 ottobre 1997, *Pierre Bloch c. Francia*, paragrafo 56).

natura penale della misura dell'incandidabilità, quando sia diretta ad assicurare un corretto svolgimento delle elezioni parlamentari⁶⁷⁷.

È opportuno precisare che la giurisprudenza EDU richiamata dalla Consulta nella pronuncia in discorso si è per lo più concentrata su fattispecie che vedono la misura interdittiva collegata all'irrogazione di sanzioni penali. Se, tuttavia, come accade, la Corte di Strasburgo esclude la natura penale per effetti ancillari della sentenza di condanna, *a fortiori* si potrebbe concludere per la natura preventiva o cautelare di misure inibitorie e decadenziali autonome.

In ogni caso, vi sono pronunce che, occupandosi di sanzioni amministrative più genericamente intese, escludono il valore "penale" convenzionale anche per quelle "*misure che soddisfano generiche pretese risarcitorie o che sono essenzialmente dirette a ripristinare la situazione di legalità restaurando l'interesse pubblico leso*"⁶⁷⁸. Un ulteriore argomento a sostegno della natura "non penale" delle misure interdittive, più squisitamente di diritto interno, è, come concorda la giurisprudenza amministrativa sopra richiamata, l'insussistenza di discrezionalità in capo alla P.A. nel graduarne entità e durata, ciò che, invece, è connaturato all'attività giurisdizionale penale. Pur vero è che uno degli indici per valutare la gravità della misura irrogata è costituito dalla sua durata.

Sì che, relativamente alla materia della documentazione interdittiva antimafia, si potrebbe ritenere che l'interpretazione pretoria maturata sull'art. 86 co. 2 Codice Antimafia preluda alla qualificazione in termini di sanzione penale dell'informativa interdittiva. Come ricordato nel corso del Capitolo III, la giurisprudenza amministrativa ritiene che l'art. 86 co. 2 *cit.* regoli una "fattispecie procedimentalmente complessa" nel disciplinare "*l'ambito dei doveri delle pubbliche amministrazioni e degli enti di cui all'art. 83, i quali – in base al comma 2, quando sia comunque decorso un anno dalla acquisizione dell'informativa – devono nuovamente acquisire la documentazione antimafia, prima di emanare uno degli atti elencati dai commi 1 e 2 dell'art. 67 (...)*". Ne segue che, come già approfondito sopra, nel (ri)compiere la verifica antimafia, il Prefetto può emettere un "nuovo" provvedimento interdittivo che risulta pienamente legittimo, "*anche se richiami i soli elementi di quella precedentemente*

⁶⁷⁷ Contra, per la natura sostanzialmente penale del procedimento di "lustrazione" previsto dall'ordinamento polacco, Corte EDU, sentenza 30 maggio 2006, *Migyjek c. Polonia*.

⁶⁷⁸ Corte EDU, sentenza 7 luglio 1989, *Tre Traktörer Aktiebolag c. Svezia*, par. 46.

*emessa, confermando il pericolo di infiltrazione mafiosa, laddove non sopravvengano elementi nuovi*⁶⁷⁹. A escludere che la durata dell'effetto interdittivo scaturente dalla verifica antimafia possa deporre per la sua acrivibilità alla "materia penale" è, tuttavia, nuovamente, la giurisprudenza di legittimità intervenuta in materia di prevenzione, per giunta proprio con riferimento alla pericolosità sociale degli indiziati di appartenere a un'associazione mafiosa.

Come noto, con la sentenza n. 111/2018⁶⁸⁰, le Sezioni Unite della Cassazione Penale si sono pronunciate sulla necessità di accertare il requisito della "attualità" della pericolosità sociale del proposto nel procedimento applicativo delle misure di prevenzione personali, questione su cui la giurisprudenza oscillava tra ben tre, diversi, indirizzi interpretativi. Come rileva sin da subito la Corte, *"Il dato temporale risulta infatti strettamente connesso alla funzione preventiva della misura proposta, posto che la pericolosità può risolversi nel tempo o grandemente scemare, circostanza quest'ultima che priverebbe di causale la misura di prevenzione, in quanto applicata a soggetto non più socialmente pericoloso"*. Tanto anche nel contrasto all'odioso fenomeno della criminalità organizzata mafiosa, nonostante una parte della giurisprudenza abbia ben sviluppato l'assunto della sostanziale stabilità del rapporto a fronte di specifici elementi di fatto, tali da escludere una generica irrilevanza del decorso del tempo pur in assenza di prove di recesso dalla consorteria⁶⁸¹. Il rischio di scivolare nel campo delle "presunzioni" di pericolosità, siano esse assolute ovvero relative, viene completamente evitato dalle Sezioni Unite che, conformemente a quanto già affermato nel passato dalla Corte Costituzionale, manifestano l'esigenza di accertare, sulla base di elementi di fatto, e la pericolosità del proposto e la persistenza di quest'ultima⁶⁸².

⁶⁷⁹ Cons. Stato, sez. III, sent. 5 ottobre 2016, n. 4121, *cit.*

⁶⁸⁰ Cass. Pen., Sez. Un., 4 gennaio 2018, n. 111.

⁶⁸¹ Tra più, Cass. Pen., sez. II, 10/05/2017, n. 17128; Id., 20/04/2017, n. 23446; Id., 24/03/2017, n. 25778.

⁶⁸² La Corte costituzionale in più momenti ha sottolineato come le misure di prevenzione non possano essere adottate sulla base di semplici sospetti, essendo necessaria per la loro applicazione una valutazione oggettiva dei fatti. Come in Corte Cost. 17 marzo 1969, n. 32, secondo cui "l'appartenenza a quelle categorie è invero condizione necessaria, ma non sufficiente per la sottoposizione a misure di prevenzione: perché in concreto tali misure possano essere adottate, occorre, infatti, anche un particolare comportamento che dimostri come la pericolosità sia effettiva ed attuale e non meramente potenziale"; conf. Corte. Cost., 4 marzo 1964, n. 23, ove si precisa che dalle finalità delle misure di prevenzione deriva che "l'adozione di esse può essere collegata, nelle previsioni legislative, non al verificarsi di fatti singolarmente determinati, ma a un complesso di comportamenti che costituiscano una 'condotta', assunta dal legislatore come indice di pericolosità sociale. Discende, pertanto, dalla natura delle dette misure che nella descrizione della fattispecie il legislatore debba normalmente procedere con criteri diversi da quelli con cui si procede nella determinazione degli elementi costitutivi di una figura criminosa, e possa fare riferimento anche a elementi presuntivi, corrispondenti però sempre a comportamenti obiettivamente

Ebbene, traslando queste considerazioni all'argomento che ci occupa, si nota come altrettanto la Corte Costituzionale, già nella sentenza n. 57/2020 *cit.* ha precisato che alla scadenza del termine *ex art. 86 co. 2 Cod. Antimafia*, *“occorre procedere alla verifica della persistenza o meno delle circostanze poste a fondamento dell'interdittiva, con l'effetto, in caso di conclusione positiva, della reiscrizione nell'albo delle imprese artigiane, nella specie, e in generale del recupero dell'impresa al mercato. E va sottolineata al riguardo la necessità di un'applicazione puntuale e sostanziale della norma, per scongiurare il rischio della persistenza di una misura non più giustificata e quindi di un danno realmente irreversibile”*.

Di talché, come sostenuto anche da recentissima giurisprudenza amministrativa, lo spirare del termine richiamato non produce *ex se* la perdita di efficacia del provvedimento *“ma produce l'effetto (strumentale e procedimentale) di imporre all'Autorità prefettizia il riesame della vicenda complessiva, ergo dei sintomi di condizionamento dai quali era stato distillato il pericolo infiltrativo, ai fini dell'aggiornamento della originaria prognosi interdittiva”*⁶⁸³. Questa conclusione, ad avviso del Collegio, risulta frutto di un equo bilanciamento tra opposti interessi, rispondenti, per un verso, alla necessità di commisurare la misura interdittiva alla reale natura e intensità dell'esigenza preventiva e, per altro verso, all'opportunità di non “obbligare” la Prefettura a procedere costantemente a nuove verifiche di persistenza dei presupposti per il rilascio dell'interdittiva in assenza di nuovi e contrari elementi, scoperti dalla Pubblica Amministrazione ovvero adottati dal privato interessato dalla verifica. Tanto a maggior ragione considerando la riformulazione dell'art. 93 co. 7 D. Lgs. n. 159/2011 quanto alla previsione del contraddittorio endoprocedimentale, rispetto al quale già ci si è opportunamente soffermati. Né osta alla analogia sviluppata dallo scrivente con la sentenza delle Sezioni Unite n. 111/2018 l'asserita mancanza di accertamento sull'attualità della pericolosità, perché, un conto è rilascio di una prima misura di prevenzione basata su elementi di fatto risalenti, altro è il rinnovo di una verifica antimafia decorso appena un anno dalla sua emissione con, in aggiunta, la possibilità per il suo destinatario di addurre in seno al procedimento elementi nuovi e contrari rispetto alla prognosi di pericolosità compiuta dalla prefettura.

identificabili. Il che non vuol dire minor rigore, ma diverso rigore nella previsione e nella adozione delle misure di prevenzione, rispetto alla previsione dei reati e alla irrogazione delle pene”.

⁶⁸³ Cons. Stato, sez. III, 31 dicembre 2021, n. 8309.

L'assimilazione funzionale delle misure interdittive trova un minimo denominatore comune, secondo chi scrive, nella privazione della capacità giuridica, intendendo quest'ultima come preclusione alla titolarità di situazioni giuridiche soggettive, in prospettiva statica, essendo quella dinamica propria del concetto di capacità di agire. Come noto, nel diritto positivo manca una espressa definizione della capacità giuridica, a differenza della capacità di agire⁶⁸⁴, se non nella sintetica formulazione dell'art. 1 c.c., secondo cui "*La capacità giuridica si acquista dal momento della nascita*"⁶⁸⁵. Alla luce del dettato costituzionale, che rispetto al codice civile sopravviene, si comprende come la capacità giuridica, seppur con diverse sfumature tra persona fisica e persona giuridica (forse, meglio, "ente"), sia "*una qualità astratta e a priori di carattere generale, che coincide con la soggettività, perché il soggetto, qualunque soggetto, in virtù del principio di uguaglianza (art. 3 Cost.) è potenzialmente destinatario di tutte le norme dell'ordinamento giuridico*"⁶⁸⁶. Ciò conformemente a quanto previsto da altra disposizione costituzionale, l'art. 2 Cost., che "*riconosce*" (non già attribuisce) "*e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità*"⁶⁸⁷. Per questo è acquisizione pacifica di ogni moderno Stato di diritto che "*la*

⁶⁸⁴ Secondo il primo co. dell'art. 2 c.c. "*La maggiore età è fissata al compimento del diciottesimo anno. Con la maggiore età si acquista la capacità di compiere tutti gli atti per i quali non sia stabilita un'età diversa*".

⁶⁸⁵ La letteratura giuridica in tema di soggettività è amplissima. Per un quadro dei riferimenti essenziali A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Giuffrè, 1939; F. VASSALLI, *Lineamenti del diritto delle persone nel nuovo codice civile*, Giuffrè, 1939; F. DEGNI, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in *Tratt. di Diritto Civile Italiano Vassalli*, Utet, 1939; F. SANTORO PASSARELLI, *Lineamenti di diritto civile. Persone fisiche*, Cedam, 1940; F. MAROI, *Libro I. Persone e famiglia*, in *Comm. D'Amelio*, Barbera, 1940; F. SR. FERRARA, *Diritto delle persone e di famiglia*, Jovene, 1941; S. PUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile*, I, Giuffrè, 1943; C. GANGI, *Persone fisiche e persone giuridiche*, Giuffrè, 1948; P. RESCIGNO, *Persona e comunità*, Il Mulino, 1966; P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Jovene, 1972; N. Lipari (a cura di), *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, Laterza, 1974; M. BIANCA, *Diritto civile, I. La norma giuridica. I soggetti*, Giuffrè, 1978; A. M. DOGLIOTTI, *Le persone fisiche*, in *Tratt. Rescigno*, 2, I, Utet, 1982, 1; M. BESSONE, G. FERRANDO, *Persona fisica (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XXXIII, Giuffrè, 1983, 193; L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F. D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto civile*, I, 1, Utet, 1987, 75; A. PIZZORUSSO, R. ROMBOLI, U. BRECCIA, A. DE VITA, *Persone fisiche*, Zanichelli; G. TAMBURRINO, *Le persone fisiche*, in *Giur. sist. Bigiavi*, Utet, 1990; F.D. BUSNELLI, *Il diritto delle persone*, in *I cinquant'anni del codice civile*, Atti del Convegno, Giuffrè, 4-6 giugno 1992, I, 1993, 99; C.M. MAZZONI, *Persona fisica*, in *Dig. civ.*, XIII, Utet, 1995, 379; G. ALPA, A. ANSALDO, *Le persone fisiche*, in *Comm. Schlesinger*, Giuffrè, 1996; A. M. DOGLIOTTI, A. FIGONE, *Le persone*, I, *Persone fisiche*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, *Tratt. Cendon*, Utet, 2000; G. OPPO, *Declino del soggetto e ascesa della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 830; A. GIARDINA, *Le persone fisiche*, in *Trattato Lipari Rescigno*, I, 1, Giuffrè, 2009, 251.

⁶⁸⁶ Così F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2003, 121, che riprende il pensiero di A. FALZEA, *Capacità giuridica* (voce), in *Enc. Dir.*, Giuffrè, 1995, VI, 10 ss.

⁶⁸⁷ Per un ampio quadro dei principi costituzionali legati alla persona umana, vd. A. Pizzorusso, *Delle persone fisiche*, in *Comm. Scialoja-Branca, Libro primo. Delle persone e della famiglia*, Zanichelli-Società Editrice del Foro Italiano, 1988, sub art. 1-4, 1.

*capacità giuridica non possa essere frutto di un'attribuzione ad opera dell'ordinamento, perché essa è una qualità propria di ogni individuo*⁶⁸⁸.

A questa nozione di capacità giuridica, perciò detta generale, se ne contrappone un'altra, quella di capacità giuridica speciale, “*che è quella presupposta con l'attribuzione dei singoli diritti e doveri*” rispetto alla quale opera di regola, secondo la dottrina, il principio della non limitabilità, salvo che la legge vi ricollegli “*limitazioni ma sempre per insuperabili motivi collegati alla realtà naturale o a quella sociale e morale*”⁶⁸⁹. Facendo una panoramica generale su queste ultime, si nota come si possa trattare di limiti di età, come nel caso del contratto di lavoro minorile, di limiti di onorabilità, come nell'ipotesi dell'incapacità del fallito *ex art. 50 r.d. 16 marzo 1942, n. 267* e di quella *ex art. 15 co. 2 l. n. 108/96*. Vi è un poi un ultimo ordine di limitazioni, storicamente assai significativo, derivante dalla condizione della donna, che oggi sopravvive soltanto nella forma del cd. lutto vedovile di cui all'art. 89 c.c.⁶⁹⁰ Significativo è ricordare, all'uopo, la legge 17 luglio 1919 n. 1176 che riconosceva la capacità giuridica della donna a esercitare professioni e impieghi pubblici ma non la giurisdizione, così statuendo: “*Le donne sono ammesse, al pari degli uomini, ad esercitare tutte le professioni e a coprire tutti gli impieghi pubblici esclusi soltanto ... quelli che implicano poteri pubblici giurisdizionali o l'esercizio di diritti e di potestà politiche, o che attengono alla difesa militare dello Stato...*”. Nonostante la conquista testuale dell'art. 106 Cost., la legge del 1919 viene abrogata soltanto con la legge 9 febbraio 1963 n. 66, secondo cui, appunto, all'art. 1, “*La donna può accedere a tutte le cariche, professioni ed impieghi pubblici, compresa la Magistratura, nei vari ruoli, carriere e categorie, senza limitazione di mansioni e di svolgimento della carriera, salvi i requisiti stabiliti dalla legge*”⁶⁹¹. Pur vero che le incapacità giuridiche speciali costituiscono incrostazioni di un sistema antecedente l'avvento della Costituzione e che, nell'ipotesi appena richiamata, la relativa espunzione sia avvenuta in virtù di una disparità di trattamento sorretta

⁶⁸⁸ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato, cit.*, 122. *Contra*, P. RESCIGNO, *Capacità giuridica*, in *Digesto civ.*, II, Giappichelli, 1988, 218.

⁶⁸⁹ Così descrive e richiama F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato, cit.*, 122.

⁶⁹⁰ Per un recentissimo contributo, vd. F. D'ALTO, *La capacità negata, Il soggetto giuridico femminile nella giurisprudenza postunitaria*, Giappichelli, 2020.

⁶⁹¹ Prima dell'avvento della legge n. 66/1963, la Corte Costituzionale, dapprima, riconobbe la costituzionalità dell'art. 7 legge n. 1176 del 1919 affermando che occorreva “*tener conto, nell'interesse dei pubblici servizi, delle differenti attitudini proprie degli appartenenti a ciascun sesso, purché non fosse infranto il canone fondamentale dell'eguaglianza giuridica*” (sentenza n. 56 del 1958). In seguito, con la sentenza n. 33 del 1960, ha dichiarato parzialmente illegittimo l'art. 7 laddove “*escludeva le donne da tutti gli uffici pubblici che implicavano l'esercizio di diritti e di potestà politiche*”.

da una presunzione di diversità di situazioni giuridiche soggettive del tutto fallace, perché fondata unicamente su ragioni di genere. È altrettanto innegabile, tuttavia, che oggi ancora sopravvivono nell'ordinamento forme di incapacità giuridiche speciali, alcune delle quali sono state appena richiamate. In disparte dai dibattiti dottrinali intervenuti in argomento, nelle branche del diritto amministrativo ve ne sono di ulteriori, e una di queste è costituita, secondo la ricostruzione di chi scrive, proprio dalla documentazione interdittiva antimafia.

Come più volte ribadito nel corso del lavoro, ricorrente e condivisa in giurisprudenza è l'affermazione per cui lo *status* giuridico del soggetto attinto dal provvedimento interdittivo antimafia si inquadra in termini di incapacità parziale⁶⁹² e tendenzialmente temporanea “*prevista dalla legge a garanzia di valori costituzionalmente garantiti – in equilibrata ponderazione tra libertà di impresa e tutela dei fondamentali beni che presidiano il principio di legalità sostanziale*”⁶⁹³. L'incapacità giuridica speciale che colpisce l'operatore economico destinatario della verifica antimafia a carattere positivo-interdittivo consiste, secondo l'indirizzo pienamente condiviso dalla giurisprudenza, nella “*insuscettività del soggetto (persona fisica o giuridica) che di esso è destinatario ad essere titolare di quelle situazioni giuridiche soggettive (diritti soggettivi, interessi legittimi) che determinino (sul proprio cd. lato esterno) rapporti giuridici con la Pubblica Amministrazione*”⁶⁹⁴.

Ancora, secondo chi scrive, può essere sussunto nella categoria dogmatica delle incapacità giuridiche speciali il provvedimento di revoca della patente di guida non accessoria alla commissione di reati. Con riferimento a quella disposta ai sensi dell'art. 222 Codice della Strada abbiamo sopra ricordato che la Corte Costituzionale, con sentenza 16 aprile 2021, n. 68, ha dichiarato “*l'illegittimità costituzionale dell'art. 30, quarto comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87, in quanto interpretato nel senso che la disposizione non si applica in relazione alla sanzione amministrativa accessoria della revoca della patente di guida, disposta con sentenza irrevocabile ai sensi dell'art. 222, comma 2, del decreto legislativo 30 aprile 1992, n.*

⁶⁹² Come affermato dalla stessa Adunanza Plenaria, questo attributo deriva dal fatto che “è 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 provvedimentali, e comunque ai precisi casi espressamente indicati dalla legge”. Così Cons. Stato, Ad. Plen., 6 aprile 2018, n. 3.

⁶⁹³ Conf. Cons. Stato, sez. III, sent. 9 febbraio 2017, n. 565. Nella pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 23/2020, esplicito è il rinvio a quanto affermato dalle note pronunce della Corte Costituzionale, sent. n. 57/2020 e della Adunanza Plenaria, sent. n. 3/2018, entrambe *cit.*

⁶⁹⁴ Cons. Stato, Ad. Plen., n. 3/2018 *cit.*; già in Cons. Stato, sez. IV, 20 luglio 2016, n. 3247.

285 (Nuovo codice della strada)”. Diversamente è a dirsi per la revoca prefettizia della patente di guida disposta ai sensi dell’art. 120 co. 2 D. Lgs. 30 aprile 1992, n. 285 s.m.i. Secondo la disposizione in commento, “*Fermo restando quanto previsto dall’articolo 75, comma 1, lettera a), del citato testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica n. 309 del 1990, se le condizioni soggettive indicate al primo periodo del comma 1 del presente articolo intervengono in data successiva al rilascio, il prefetto provvede alla revoca della patente di guida*”⁶⁹⁵. Ebbene, le “condizioni soggettive” in questione riguardano, precisamente, “*i delinquenti abituali, professionali o per tendenza e coloro che sono o sono stati sottoposti a misure di sicurezza personali o alle misure di prevenzione previste dalla legge 27 dicembre 1956, n. 1423, ad eccezione di quella di cui all’articolo 2, e dalla legge 31 maggio 1965, n. 575, le persone condannate per i reati di cui agli articoli 73 e 74 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, fatti salvi gli effetti di provvedimenti riabilitativi, nonché i soggetti destinatari dei divieti di cui agli articoli 75, comma 1, lettera a), e 75-bis, comma 1, lettera f), del medesimo testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica n. 309 del 1990 per tutta la durata dei predetti divieti*”⁶⁹⁶. Ebbene, per quel che ai nostri fini rileva, con la sentenza 24 gennaio 2018, n. 22, la Corte Costituzionale ha ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale del medesimo articolo (commi 1 e 2), sollevata, in riferimento agli artt. 11 e 117, comma 1 Cost., in relazione all’art. 7 della CEDU⁶⁹⁷. Secondo la prospettazione del giudice *a quo*, l’applicazione retroattiva del provvedimento in discorso risulterebbe in contrasto con l’art. 7 CEDU, come interpretato dalla Corte di Strasburgo, “*sulla base della considerazione (logicamente e giuridicamente) preliminare secondo cui alla misura della revoca della patente andrebbe attribuita la natura di sanzione*

⁶⁹⁵ Il co. 3 dell’art. 120 *cit.* prevede che “La persona destinataria del provvedimento di revoca di cui al comma 2 non può conseguire una nuova patente di guida prima che siano trascorsi almeno tre anni”.

La revoca non può essere disposta se sono trascorsi più di tre anni dalla data di applicazione delle misure di prevenzione, o di quella del passaggio in giudicato della sentenza di condanna per i reati indicati al primo periodo del medesimo comma 1.

⁶⁹⁶ Si ricorda che la possibilità per il Prefetto di adottare il provvedimento di revoca della patente di guida per il caso di condanna per reati in materia di sostanze stupefacenti, di cui agli artt. 73 e 74 T.U. Stupefacenti, è stata introdotta dal legislatore solo nel 2009, ad opera dell’art. 3, comma 52, lettera a), della legge 15 luglio 2009, n. 94, intitolato “*Disposizioni in materia di sicurezza pubblica*”.

⁶⁹⁷ Con la medesima pronuncia, la Consulta ha, però, dichiarato l’illegittimità costituzionale del citato art. 120 co. 2, nella parte in cui dispone che il prefetto «provvede» – invece che «può provvedere» – alla revoca della patente», con riguardo all’ipotesi di condanna per reati di cui agli artt. 73 e 74 del d.P.R. n. 309/1990. Conclude per la natura sostanzialmente penale (della diversa fattispecie) del provvedimento amministrativo di annullamento dei punti della patente di guida conseguente alla commissione di illeciti stradali, Corte EDU, 23 settembre 1998, *Malige c. France*.

“sostanzialmente penale” *alla luce dei c.d. “Engel criteria”, elaborati dalla Corte europea dei diritti dell’uomo*⁶⁹⁸. Ecco che la Consulta esclude che il provvedimento prefettizio di revoca della patente di guida possa essere qualificato come sanzione sostanzialmente penale. Precisamente nella sentenza viene affermato che *“la revoca della patente, nei casi previsti dall’art. 120 in esame, non ha natura sanzionatoria, né costituisce conseguenza accessoria della violazione di una disposizione in tema di circolazione stradale, ma rappresenta la constatazione dell’insussistenza (sopravvenuta) dei “requisiti morali” prescritti per il conseguimento di quel titolo di abilitazione”*. Il fondamento razionale della disposizione oggetto di censura consiste nella *“individuazione di un perimetro di affidabilità morale del soggetto, cui è rilasciata la patente di guida”*, preoccupandosi così di enucleare le condizioni soggettive ostative al conseguimento ovvero mantenimento del titolo che abilita alla guida di autoveicoli⁶⁹⁹.

L’impossibilità di attribuire natura sanzionatoria a misure che risultano prive di qualsivoglia funzione punitiva, retributiva, ovvero dissuasiva rispetto alla commissione di illeciti, stigmatizzando, piuttosto, una valutazione di affidabilità morale del soggetto destinatario del provvedimento con effetti sfavorevoli è condivisa, a ben vedere, anche da un altro istituto, quello del mancato rilascio ovvero della (successiva) revoca del permesso di soggiorno. Senza ripercorrere nello specifico l’articolata legislazione speciale in materia, per quel che a questi fini interessa è sufficiente richiamare la disciplina normativa del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo. L’art. 9, comma 7, lett. c) Dlgs. n. 286/1998 (cd. T.U. Immigrazione) prevede che questo tipo di permesso, *“è revocato (...) quando mancano o vengano a mancare le condizioni per il rilascio, di cui al comma 4”*. Il medesimo comma 4, a sua volta, sancisce che *“Il permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo non può essere rilasciato agli stranieri pericolosi per l’ordine pubblico o la sicurezza dello Stato. Nel valutare la pericolosità si tiene conto anche dell’appartenenza dello straniero ad una delle categorie indicate nell’articolo 1 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423, come*

⁶⁹⁸ S. FELICIONI, *Revoca prefettizia della patente di guida per condanne in materia di stupefacenti: la misura può essere applicata retroattivamente perché non è una sanzione penale ma è illegittima la sua applicazione automatica*, in *Riv. Dir. Pen. Contemp.*, 2018, 3, 243. Sull’ordinanza di remissione si veda la nota di E. ZUFFADA, *Revoca prefettizia della patente ex art. 120 codice della strada: una “sanzione” ragionevole?*, in *Riv. Dir. Pen. Contemp.*, 2017, 9, 192 ss.

⁶⁹⁹ S. FELICIONI, *Revoca prefettizia della patente di guida, cit.*, 244.

sostituito dall'articolo 2 della legge 3 agosto 1988, n. 327, o nell'articolo 1 della legge 31 maggio 1965, n. 575, come sostituito dall'articolo 13 della legge 13 settembre 1982, n. 646, ovvero di eventuali condanne anche non definitive, per i reati previsti dall'articolo 380 del codice di procedura penale, nonché, limitatamente ai delitti non colposi, dall'articolo 381 del medesimo codice. Ai fini dell'adozione di un provvedimento di diniego di rilascio del permesso di soggiorno di cui al presente comma il questore tiene conto altresì della durata del soggiorno nel territorio nazionale e dell'inserimento sociale, familiare e lavorativo dello straniero". Come rilevato da recentissima giurisprudenza del Consiglio di Stato, "dal combinato disposto delle norme citate si evince quindi che la revoca del permesso di soggiorno trova idoneo fondamento nel giudizio di pericolosità sociale formulato dall'Amministrazione nei confronti dello straniero, quale può desumersi dalle situazioni pregiudizievoli menzionate a titolo esemplificativo dalla norma, in un contesto valutativo che tenga adeguatamente conto della complessiva personalità dell'interessato e della sua condotta di vita, anche in termini di inserimento sociale, familiare e lavorativo del medesimo"⁷⁰⁰. Tanto a differenza di altre tipologie di revoca del permesso di soggiorno che discendono "automaticamente" dalla condanna irrevocabile per determinati reati, come accade nell'art. 26, co. 7 bis del D. Lgs. n. 286/1998 *cit.* Non per nulla, proprio in questo caso, il Consiglio di Stato attribuisce al provvedimento di revoca la natura di "atto di autotutela sanzionatoria"⁷⁰¹.

Alla luce di quanto finora ricostruito, si nota come l'ordinamento conosca forme limitative di diritti e libertà devoluti ora al mero accertamento ora alla discrezionale valutazione, della Pubblica Amministrazione. Del pari, non si può dubitare che sovente tali manifestazioni provvedimentali incidano su valori costituzionalmente garantiti. Altro conto è, però, esaurire la loro qualificazione giuridica in termini di "sanzione sostanzialmente penale" perché, secondo chi scrive, si rischia di sovrapporre effetti, diretti e indiretti, o meglio, primari e sub-primari, della manifestazione provvedimentale. Sia nelle ipotesi di incapacità giuridica speciale sopra ripercorse sia nelle ipotesi di revoche/decadenza della patente di guida e del permesso di soggiorno, difatti, si nota come l'effetto primario che questi atti mirano a perseguire è quello di tutelare superiori e collettive esigenze della collettività che rendono recessiva la protezione degli interessi individuali dei destinatari dell'azione amministrativa.

⁷⁰⁰ Cons. Stato, sez. III, 07/01/2020, n. 123.

⁷⁰¹ Così, Cons. Stato, sez. II, 08/01/2020, n. 151.

In questa chiave bene si spiega e apprezza la nozione di incapacità speciale *ex lege* scolpita nella giurisprudenza sulla natura giuridica dell'incandidabilità sopra ripercorsa.

Quanto alle revoche/mancati conseguimenti di peculiari titoli abilitativi, quali il permesso di soggiorno e la patente di guida, invece, si nota che l'ordinamento, sotto la stessa etichetta formale, raggruppa strumenti dal dissimile fondamento razionale. Pertanto, esistono revoche/mancati conseguimenti con funzione sanzionatoria ma, altresì, con funzione di tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico ovvero ricognitiva dell'insussistenza di requisiti di moralità e affidabilità. Ecco che, allora, il medesimo congegno funzionale assiste il sistema della documentazione interdittiva antimafia, rispetto al quale la configurazione degli effetti in termini di incapacità giuridica speciale discende sia dalla mancanza dei predetti requisiti di moralità e affidabilità sia dalla positiva necessità di tutelare l'ordine e la sicurezza pubblica. Tant'è sia per la comunicazione e per l'informativa antimafia specifica che per l'informativa antimafia generica, sebbene, quanto a quest'ultima, si è cercato prima di dimostrare come la non-incompatibilità con la Costituzione e la dimensione sovranazionale possa discendere dall'assimilazione funzionale con le misure di prevenzione e l'accesso alla cd. "tassatività giurisprudenziale". In questo senso, almeno nell'angolazione del diritto nazionale, la decodificazione del provvedimento interdittivo antimafia come forma di incapacità giuridica speciale, a ben vedere metterebbe fuori gioco perfino la categoria giuridica della "sanzione amministrativa" in senso puro.

Sebbene l'autoqualificazione interna degli istituti, a livello legislativo ovvero giurisprudenziale, pur se condivisa pacificamente, non resti, perciò, immune da censure da parte della giurisprudenza sovranazionale, quel che occorre ora chiarire è la giusta lettura dei criteri *Engel*. Con riferimento al terzo criterio *Engel*, preposto ad accertare il "grado di severità" della misura "sanzionatoria", l'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione parla in termini di "tono di afflittività della sanzione"⁷⁰². Ecco che, allora, già sul piano semantico, si pone l'interrogativo di decodificare i rapporti intercorrenti tra "afflizione" e "punizione".

⁷⁰² Corte di Cassazione – Ufficio del ruolo e del massimario (Settore Penale), *Considerazioni sul principio del ne bis idem nella recente giurisprudenza europea: la sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri contro Italia*, Relazione n. 35/2014, 8 maggio 2014 (red. M. BRANCACCIO) in <http://www.cortedicassazione.it>.

In altre parole, per aversi sanzione, pur formalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale, è sempre necessaria la finalità punitiva o basta arrestarsi al riscontro di componenti di afflittività?

E ancora, alla luce di quanto sopra richiamato, quanto i criteri diagnostici *Engel*, nati, si ricorda, per scovare la sostanza penalistica di illeciti disciplinari militari, possono essere universalmente applicati, specialmente quando ci si confronta con il contrasto alla criminalità organizzata mafiosa?

Così ci si chiede perché, secondo chi scrive, anche laddove il provvedimento interdittivo antimafia, sia esso nella forma della comunicazione ovvero della informazione, presenti delle componenti di afflittività guardando nella prospettiva dell'operatore economico suo destinatario, assorbente risulta la finalità che l'ordinamento si propone di raggiungere con tale strumento. Il contrasto alla criminalità organizzata mafiosa, *species* del più ampio genere delle misure a salvaguardia dell'ordine e sicurezza pubblica, già si ritiene esaurire e, per l'effetto, precludere, il vaglio sull'afflizione che il singolo sprovvisto di determinati requisiti di affidabilità subisce dal rilascio dell'atto interdittivo, quantomeno nel rivolgere la sua attività economica a servizio della Pubblica Amministrazione. Sì che, come conclude la dottrina, *“anche quando il provvedimento amministrativo è fonte, per il suo destinatario, di conseguenze pregiudizievoli o afflittive, queste non sono mai lo scopo o la causa dell'esercizio del potere, ma la conseguenza indiretta di un atto che ha come obiettivo principale la cura di interesse pubblico determinato”*⁷⁰³. Del resto, ancorché i criteri Engel siano pacificamente alternativi, nella prassi applicativa della stessa Corte di Strasburgo quello che risulta essere più decisivo è proprio il secondo, appuntato sull'accertamento della natura della disposizione *“punitiva”*⁷⁰⁴.

L'inclusione delle misure interdittive, come i provvedimenti interdittivi antimafia, nell'alveo delle *“sanzioni ripristinatorie”* riverbera ulteriori effetti in punto di disciplina applicabile al tipo. Quanto ai risvolti in punto di giurisdizione, si dirà nei prossimi paragrafi.

⁷⁰³ R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 599.

⁷⁰⁴ Così nota V. MANES, *Commento all'art. 7 C.E.D.U.*, cit., 263, ad avviso del quale nella giurisprudenza della Corte EDU è riscontrabile una *“graduale accentuazione del criterio dello scopo della sanzione – che via via ha acquisito una posizione di primo piano nello scrutinio e nel balancing test della Corte – (assumendo) un ruolo indubbiamente protagonista”*. Conf. S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, Editoriale Scientifica, 2017, 171.

Già adesso, invece, possiamo rilevare come si tratta di atti che, oltre a denotarsi per spiccata discrezionalità, prescindono per il loro rilascio da una valutazione di responsabilità del soggetto destinatario.

Su quest'ultimo profilo, spiccato e attualissimo esempio è fornito dall'ordinanza di demolizione dei manufatti abusivi. Secondo l'Adunanza Plenaria, infatti, "*il provvedimento con cui viene ingiunta, sia pure tardivamente, la demolizione di un immobile abusivo e giammai assistito da alcun titolo, per la sua natura vincolata e rigidamente ancorata al ricorrere dei relativi presupposti in fatto e in diritto, non richiede motivazione in ordine alle ragioni di pubblico interesse (diverse da quelle inerenti il ripristino della legittimità violata) che impongono la rimozione dell'abuso neanche nell'ipotesi in cui l'ingiunzione di demolizione intervenga a distanza di tempo dalla realizzazione dell'abuso, il titolare attuale non sia responsabile dell'abuso e il trasferimento non denoti intenti elusivi dell'onere di ripristino*"⁷⁰⁵.

Ed effettivamente anche nella disciplina che presidia il sistema della documentazione antimafia si nota come il legislatore prescinde da coefficienti psicologici soggettivi in capo al destinatario, attribuendo al più rilievo, in termini di maggiore ovvero minore tenuità, al fatto oggettivo del pericolo di infiltrazione mafiosa, se occasionale o meno (*cf.*, come sopra detto, gli artt. 34 *bis* co. 1, 92 co. 2 *ter* e 94 *bis* D. Lgs. n. 159/2011). Il rilievo della colpevolezza si spinge, tuttavia, oltre. Come chiaramente evidenziato dal Consiglio di Stato, infatti, la prevenzione amministrativa antimafia è estranea, si direbbe *a fortiori*, alla garanzia fondamentale del principio della presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27 co. 2 Cost., cui è ispirato anche al par. 2 dell'art. 6 CEDU⁷⁰⁶. La mancata applicazione del principio appena citato, determina, a catena, precise ripercussioni in termini di onere probatorio. In primo luogo, come si è già specificato, dalla connotazione anticipatoria della soglia di difesa sociale, volta ad assicurare una tutela avanzata nel contrasto alle attività della criminalità organizzata, dipende il mancato accertamento di una qualsiasi forma di responsabilità, anche indiziaria, in capo al destinatario della verifica antimafia. In secondo luogo, proprio in punto di

⁷⁰⁵ Ad. Plen. Cons. Stato, 17 ottobre 2017, n. 9. Nella giurisprudenza sovranazionale, vd. Corte Edu, 27 novembre 2007, *Hamer c. Belgium*. Sull'elemento della colpevolezza e le sanzioni amministrative sostanzialmente penali che accedono a poteri ablatori, il rinvio è, inevitabilmente, a Corte Edu, 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia* e Corte Edu, 30 agosto 2007, *Sud Fondi e altri c. Italia*.

⁷⁰⁶ Consiglio di Stato, sez. III, n. 1109/2017.

accertamento, deriva una regola probatoria di diverso rigore, lontana dalla certezza penalistica dello “*al di là del ragionevole dubbio*” richiesta dall’art. 533 c.p.p., diretto e necessario corollario della presunzione scolpita all’art. 27 co. 2 Cost., e, piuttosto, vicina alla logica della “*preponderanza dell’evidenza*” (cd. “*più probabile che non*”)⁷⁰⁷. Sennonché spontaneo sorge l’interrogativo sul soggetto destinatario dell’osservanza di questa affermazione. In altre parole, la stessa riguarda la Pubblica Amministrazione o il giudice amministrativo?

Ed effettivamente lo studioso può incappare in una certa difficoltà nel fornire una risposta perché in potenza condizionato dalle diverse dinamiche che animano la procedura civile e quella penale. In queste, difatti, accade che la regola probatoria, proprio perché tale, si colloca solo e soltanto all’interno del segmento del contenzioso giurisdizionale. Tanto è di assoluta evidenza nel processo penale, all’interno del quale vive l’applicazione del diritto penale sostanziale. Diversamente è a opinare per il diritto amministrativo, o meglio, certamente per la materia della documentazione antimafia. In questo caso, infatti, il criterio probatorio per cui da una serie di elementi di fatto si deduce la sussistenza del tentativo di infiltrazione mafiosa viene a essere applicato già dalla Prefettura, per poi essere “doppiato” in sede di controllo giurisdizionale sulla legittimità del provvedimento (interdittivo). Su questo, perciò, si ritiene più coerente e chiarificatore concentrarne l’esame nel paragrafo dedicato ai limiti di sindacato giurisdizionale (su cui, vd. *infra*).

Si conclude così lo studio delle intersezioni e degli snodi che intercorrono tra la documentazione antimafia e l’articolata categoria dogmatica delle sanzioni amministrative. In disparte dalle conclusioni cui questa ricerca è pervenuta rispetto alla qualificazione della natura giuridica del provvedimento interdittivo antimafia in termini di incapacità giuridica speciale comunque confluyente nella rosa delle cd. “sanzioni ripristinatorie”, non sostanzialmente penali, sia consentito, in chiosa, un minuto rinvio.

Assolutamente meritevole risulta citare, anche in virtù della sua qualità di osservatore privilegiato sulla materia, l’opinione dell’Autore che rileva l’opportunità della codificazione di un unico e unitario “*diritto sanzionatorio amministrativo*”, idoneo, per un verso, a limitare l’esposizione di misure di incerta qualificazione giuridica a censure a opera della dimensione

⁷⁰⁷ Compie un’interessante analisi sull’evoluzione di questa teoria, partendo dalla responsabilità medica, anche in rapporto alle fondamentali pronunce di Cass. Civ., Sez. Un., sent. n. 576 e 581/2008, G. IADECOLA, *La spiegazione causale del “più probabile che non” nelle pronunce della Cassazione: una possibile svolta verso (auspicata) posizioni di maggior equilibrio nella responsabilità civile del medico*, in *Riv. it. med. leg.*, 6/2010, 849.

sovrana nazionale e, per altro verso, a delineare specificamente “la”, ovvero “le” discipline applicabili alla ricca costellazione delle sanzioni amministrative “in senso stretto” e “in senso lato”⁷⁰⁸.

3. IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ: DECLINAZIONI NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO MODERNO.

Analizzata la natura giuridica dell'interdittiva antimafia, occorre ora tendere a evidenziare se e in che misura l'esigenza di predeterminare le situazioni sintomatiche da cui scaturiscono i provvedimenti interdittivi antimafia possa essere condivisa a prescindere dalla funzione preventivo-cautelare ovvero afflittiva. Per questo è opportuno soffermarsi sullo studio del principio di legalità, inquadrandolo funzionalmente rispetto a quanto qui di interesse.

Sia nei rapporti tra Costituzione e fonti primarie (principio della riserva di legge) che nei rapporti tra pubblica amministrazione e cittadini (principio di legalità in senso stretto), si cercherà di generalizzarne il valore sostanziale, come migliore tipizzazione delle condizioni di fatto (e degli effetti) che legittimano, e allo stesso tempo vincolano, legislatore e pubblica amministrazione nei confronti dell'individuo, persona fisica o ente immateriale. Date le coordinate interpretative appena tracciate, si comprende, allora, l'imprescindibilità di soffermarsi sul ruolo del principio di legalità nel diritto amministrativo. Consapevole della vastità dell'argomento, e degli sconfinati studi sul punto, lo scrivente propone di affidarsi alla manualistica tradizionale per fornire una definizione, dogmaticamente e storicamente consolidata, del principio di legalità, per poi concentrare l'attenzione sulla sua evoluzione, alla luce di recenti contributi monografici⁷⁰⁹.

⁷⁰⁸ M. LIPARI, *Il sindacato pieno del giudice amministrativo sulle sanzioni secondo i principi della CEDU e del diritto UE*, cit., 30.

⁷⁰⁹ La bibliografia sul punto è, come immaginabile, sconfinata. Ci si limita qui a riportare, in ordine cronologico, G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, in G. ZANOBINI, *Scritti vari di diritto pubblico*, Giuffrè, 1955, 203-218; V. BACHELET, *Legge, attività amministrativa e programmazione economica*, in *Giur. cost.*, 1961, 904 ss; V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e “giusto procedimento”*, in *Giur. Cost.*, 1962, 130-143; V. OTTAVIANO, *Poteri dell'amministrazione e principi costituzionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1964, 913-929; F. SATTÀ, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello stato democratico*, Cedam, 1969; F. FOIS, *Legalità* (principio di) (voce), in *Enc. Dir.*, Giuffrè, 1973, XXIII, 659-703; P. BERTOLINI, *Delle garanzie della legalità in ordine alla funzione amministrativa*, Fratelli Bocca, 1980; L. CARLASSARE, *Legalità* (principio di) (voce), in *Enc. Giur.*, Treccani, Roma, 1988, XVIII, 1-2; R. GUASTINI, *Legalità* (principio di) (voce), in *Dig. Disc. Pubbl.*, UTET, 1994, IX, 85-97; G.U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 247-310; A. ROMANO, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, 1999, 111-142; M. D'AMICO, *Legalità* (dir. cost.), in S. CASSESE (diretto

Nella più ampia accezione, la legalità equivale alla “conformità alla legge”, indicando il principio per cui “i pubblici poteri sono soggetti alla legge, di tal che ogni loro atto deve essere conforme alla legge, a pena di invalidità”⁷¹⁰. In uno Stato di diritto, come quello italiano, tutti i poteri dello Stato, anche quello legislativo, sono sottoposti al rispetto del principio di legalità. Tanto è possibile accedendo a una nozione di legge che non è “formale” ma “materiale”, come qualsiasi norma giuridica dell’ordinamento, a prescindere dalla sua fonte di produzione e dal suo rango gerarchico⁷¹¹.

Con precipuo riferimento al diritto amministrativo, il principio di legalità viene storicamente tradotto in principio di “legittimità”, come esigenza a che “*l’azione amministrativa sia determinata da regole poste previamente*”⁷¹². Diverse sono state nel tempo, anche dopo l’affermazione dello Stato di diritto, le ragioni, anche ideologiche, che hanno sorretto altrettante nozioni e funzioni di un principio, quello di legalità, così storicamente condizionato. A partire dalla primigenia concezione della legalità in funzione di certezza del diritto, passando alla legalità-garanzia, fino ad arrivare al legame tra legalità e rappresentatività, di cui bene si ricorda il brocardo prodromo della guerra di indipendenza americana per cui “*no taxation without representation*”⁷¹³. Con l’avvento della Costituzione a farsi vincitrice è stata la legalità sostanziale, nella sua qualità di fattore di delimitazione dell’esercizio del potere “*mediante la costruzione di una disciplina che fosse sufficientemente articolata da arginare, nella maniera più estesa possibile, la capacità di azione dei soggetti pubblici*”⁷¹⁴. Diviene, così, recessiva la più debole nozione di legalità formale, intesa come semplice necessità di una base legale di riferimento per il legittimo esercizio del potere, che lascia il posto alla preventiva determinazione dell’autorità sua destinataria, dei soggetti nei

da), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, 2006, 3365-3373; F. SORRENTINO, *Lezioni sul principio di legalità*, Giappichelli, 2007; F. MERUSI, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Il Mulino, 2012. Sulla “limitrofa” definizione di legittimità dell’atto amministrativo, invece, si rinvia ai contributi di E. CANNADA BARTOLI, *Una nozione necessaria: la legittimità degli atti amministrativi*, in *Foro It.*, 1955, IV, 201-206; F. LEVI, *Legittimità* (dir. amm.) (voce), in *Enc. Dir.*, Giuffrè, XXIV, 1974, 125.

⁷¹⁰ R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, *cit.*, 85.

⁷¹¹ R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, *cit.*, 85-86; A.M. SANDULLI, *Legge. Forza di legge. Valore di legge*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, VII, 19, 269, oggi in *Scritti scelti* di Aldo M. Sandulli, Giuffrè, 2005, 3.

⁷¹² F. LEVI, *Legittimità (dir. amm.)*, *cit.*, 125.

⁷¹³ Ripercorre compiutamente il tema, e perciò ivi vi si rinvia, P. PANTALONE, *Autorità Indipendenti e matrici della legalità*, Editoriale Scientifica, 2018, 80 ss.

⁷¹⁴ P. SALVATORE, *La legalità nell’amministrazione*, in *Giur. Amm.*, 2007, 3, 98.

confronti del quale esso produce effetti, dei presupposti della sua attivazione, delle modalità di esercizio e dei contenuti che può assumere⁷¹⁵.

L'avvento della Costituzione, tuttavia, non ha costituito soltanto lo spartiacque "temporale" tra concezione della legalità formale, per cui alla P.A. è vietato tutto ciò che non è espressamente autorizzato⁷¹⁶, e legalità sostanziale, quanto, piuttosto, necessario momento per individuare un fondamento costituzionale al principio di legalità amministrativa, *rectius*, nel diritto amministrativo⁷¹⁷. Occorre ricordare che, ora come allora, la scelta dei Costituenti non andò nella direzione di codificare espressamente la sottoposizione dell'Amministrazione alla legge, se non per alcune previsioni che, in via indiretta, preludono l'esistenza del principio di legalità. Ecco che da questa mancata scelta codificatrice, qualcuno ne ha ricavato il fondamento nei principi fondanti la forma di stato, ancorché non espressi, come la sovranità popolare⁷¹⁸, lo Stato di diritto⁷¹⁹ e la separazione dei poteri⁷²⁰.

Quanto alle disposizioni comunque applicative del principio di legalità amministrativa, scorrendole in ordine successivo, compare l'art. 23 Cost., nel prevedere che "*Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge*"⁷²¹. La peculiare riserva di legge ivi prevista ha, tuttavia, una portata limitata e distinta, a esempio, rispetto alle restrizioni della libertà personale, sottoposta al meccanismo della doppia riserva, di legge e di giurisdizione.

Proseguendo, nella scienza del diritto amministrativo assolve un ruolo primario l'art. 97 Cost., "*al fine di assumere la legalità a presupposto logico e necessario di un principio altrettanto generale, ossia il principio di imparzialità*", così accedendo a un'accezione di legalità sostanziale, come previsione legislativa, pur generale e astratta, ma "*sufficientemente articolata*"⁷²². Come noto, l'art. 97 Cost., nel prevedere che "*I pubblici uffici sono organizzati*

⁷¹⁵ R. GUASTINI, *Legalità (principio di)* (voce), *cit.*, 86;

⁷¹⁶ R. GUASTINI, *Legalità (principio di)* (voce), *cit.*, 88.

⁷¹⁷ Come nota F.G. SCOCA, *Attività amministrativa* (voce), in *Enc. Dir., Agg.*, 2002, 76, in questa "nuova" accezione, "il principio di legalità non risponde più alla sua funzione originaria di presidio di prevalenza degli organi del potere legislativo sugli organi del potere esecutivo, ed ha assunto la funzione di (contribuire a) garantire la correttezza, la razionalità e l'imparzialità dell'azione concreta delle amministrazioni pubbliche, sottoponendola a regole generali ed astratte preventivamente stabilite e universalmente conoscibili".

⁷¹⁸ G.U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, *cit.*, 259 ss.

⁷¹⁹ L. CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, *cit.*, 2.

⁷²⁰ C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Giuffrè, 1982, 144.

⁷²¹ Sulla limitata latitudine applicativa dell'art. 23 Cost. vd. S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, Giuffrè, 2003, 217.

⁷²² P. PANTALONE, *Autorità Indipendenti e matrici della legalità*, *cit.*, 90.

secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione" è norma esplicitamente diretta all'organizzazione ma, secondo l'interpretazione evolutiva della disposizione costituzionale, anche alla luce della formulazione dell'art. 1 l.p.a., nessuno più dubita che sia norma riferita anche all'attività amministrativa.

Non mancano ricostruzioni che rinvencono un presidio positivizzato nel combinato disposto di cui agli artt. 24, 101 co. 2 e 113 Cost., dal momento che a un potere provvedimentale incerto e scarsamente predeterminato dalla legge accede una tutela giurisdizionale inefficace e, perciò, vanificatrice delle prescrizioni costituzionali appena richiamate⁷²³. Il richiamo alle disposizioni finora richiamate concorre a fondare quella che oggi è ritenuta una pacifica acquisizione di principio, dal momento che, come rileva la dottrina, "*oggi nessuno pone in discussione il valore costituzionale del principio di legalità*"⁷²⁴. A questo approdo, che disegna una parabola di crescente valorizzazione del principio di legalità, si è accompagnata diacronicamente l'evoluzione interpretativa della Corte Costituzionale che, per quel che in questa sede interessa, sin dalle sue prime pronunce si è confrontata con i rapporti tra potere autoritativo unilaterale della P.A. e garanzie del privato.

Campo di elezione nelle pieghe della legalità sostanziale è quello dei poteri ablatori, con particolare riferimento ai poteri di ordinanza⁷²⁵. Cercando di ripercorrere brevemente le tappe di questo percorso, possiamo sviluppare due tracciati contigui. Uno, che riguarda specificamente i limiti di legittimità del potere di ordinanza prefettizia e l'altro, attinente l'affermazione del principio di legalità rispetto all'azione amministrativa su un piano più generale. Invertendone l'ordine di enunciazione, possiamo iniziare dal rammentare la sentenza 9 giugno 1961, n. 35, ove la Consulta espressamente afferma che "*non basta attribuire un potere in vista del raggiungimento dei fini, ma bisogna anche stabilire i limiti e l'estensione del potere e prevedere gli effetti che con gli atti, derivati dal potere, si producono*"⁷²⁶.

⁷²³ R. GUASTINI, *Legalità* (principio di), *cit.*, 93.

⁷²⁴ A. TRAVI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia, Presentazione del tema del Convegno*, Varenna, 20-22 settembre 2007, in www.giustamm.it, 3.

⁷²⁵ Tra più, R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Giuffrè, 1990, 133.

⁷²⁶ La vicenda da cui scaturisce la rimessione della questione di legittimità costituzionale dell'art. 5 della legge 7 luglio 1959, n. 490, sotto il profilo della violazione degli artt. 41 e 113 della Costituzione, riguarda la disciplina determinativa del prezzo delle bietole da zucchero prodotte nella campagna 1959. Come rileva la Corte, "la legge impugnata consta, nella sua sostanza, di disposizioni con le quali, innanzi tutto, si conferisce ai Ministri

A valorizzare ancora di più la dimensione garantistica del principio di legalità si colloca, poi, la giurisprudenza sulle cd. “prestazioni imposte”, presidiate dall’art. 23 Cost. Qui la Consulta, pur dando atto della natura relativa della riserva di legge, esclude che possa essere attribuita alla Pubblica Amministrazione la determinazione del destinatario e dell’oggetto del potere, residuando soltanto una discrezionalità a contenuto integrativo-specificativo delle prestazioni medesime⁷²⁷.

A partire dagli anni Duemila, nelle pronunce della Corte Costituzionale si nota l’esplicito ricorso alla nozione di legalità sostanziale, come dimostra la sentenza 7 ottobre 2003, n. 307, ove viene riscontrata “*l’assoluta indeterminatezza del potere demandato alla Giunta*” (da parte di alcune leggi regionali). Si legge, precisamente, che la “*totale libertà*” attribuita alle Giunte Regionali nel dettare la disciplina in materia di inquinamento elettromagnetico, “*senza l’indicazione di alcun criterio da parte della legge, viola il principio di legalità sostanziale, oltre che consentire l’emanazione di discipline regionali eccedenti l’ambito dei poteri della Regione o contrastanti con i principi fondamentali desumibili dalla legislazione statale: e determina pertanto l’illegittimità costituzionale della disposizione impugnata*”⁷²⁸.

Il punto di raccordo nell’evoluzione costituzionale appena riportata (che esclude, perché oggetto di separata trattazione nel precedente paragrafo, la giurisprudenza sulle sanzioni amministrative) è costituito dalla ben conosciuta sentenza 4 aprile 2011, n. 115, che si innesta nel primo tracciato sopra citato, perché, come noto, riguarda i limiti di legittimità costituzionale delle ordinanze ex art. 54 TUEL. D’uopo, sul punto, una brevissima digressione, considerato che anche questo istituto rientra nelle competenze che l’ordinamento attribuisce al Ministero dell’Interno, *rectius*, alle Prefetture, ora in via sussidiaria rispetto al potere

dell’agricoltura e dell’industria il potere di determinare, con decreto emanato di concerto, all’inizio di ogni campagna agraria, sia il programma annuale di coltivazione delle barbabietole, sia le modalità di attuazione di tale programma, al fine di coordinare l’esercizio della bieticoltura e dell’industria dello zucchero con le esigenze di sviluppo economico e sociale delle zone agricole interessate e con le esigenze del consumo dello zucchero (art. 1, primo comma). E col secondo comma del detto articolo si demanda il controllo degli investimenti a bietole ad una apposita Commissione”.

⁷²⁷ La prima pronuncia in argomento è la sentenza 6 dicembre 1960, n. 70, in cui la Corte ha dichiarato l’illegittimità costituzionale, in riferimento all’art. 23 della Costituzione, dell’art. 4, terzo comma, della legge 4 agosto 1955, n. 692, concernente l’estensione dell’assistenza di malattia ai pensionati di invalidità e vecchiaia, nella parte in cui attribuiva al Ministro per la sanità il potere di fissare uno sconto, in misura superiore al 17 per cento, senza fissare criteri e limiti.

⁷²⁸ In termini, Corte Cost., sent. 7 ottobre 2003, n. 307, con nota di Q. CAMERLENGO, *Il nuovo assetto costituzionale delle funzioni legislative tra equilibri intangibili e legalità sostanziale*, in <https://www.giurcost.org>.

sindacale, ora in via principale se si pone mente all'art. 2 T.U.L.P.S. Com'è noto, nella teoria generale del diritto amministrativo, con il termine "ordinanza" si intende l'insieme degli atti che creano obblighi o pongono divieti. Ancorché storicamente l'istituto venisse impiegato per indicare atti a contenuto anche normativo, nel diritto amministrativo moderno se ne distinguono due accezioni.

La prima, sinonimo di "ordine", per indicare gli atti del Sindaco e dei dirigenti degli enti locali adottati in via ordinaria che, in quanto tali, in nulla si distinguono, dai comuni provvedimenti amministrativi⁷²⁹. Come evidenzia la dottrina, l'esercizio "ordinario" del potere di ordinanza consiste nel concretizzare una norma "perfetta", che enuclea esaustivamente tutti gli elementi costitutivi di una fattispecie in presenza dei quali deriva la sottoposizione a un determinato regime giuridico⁷³⁰.

La seconda è costituita dalle ordinanze emanate in casi di "*necessità e urgenza*"⁷³¹. Tramite queste, come suggerisce il *nomen*, l'Autorità Amministrativa esercita un potere *extra-ordinem*, per fronteggiare al meglio peculiari fenomeni contemplati dalle norme attributive dello stesso. Come pacificamente ritenuto, i presupposti di fatto per l'adozione di tali provvedimenti sono, da un lato, l'impossibilità di differire l'intervento ad altra data per la

⁷²⁹ Vd., senza pretesa di esaustività, gli ordini di demolizione dei fabbricati abusivi contemplati nelle disposizioni di cui al d.P.R. n. 380/2001 («Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia»).

⁷³⁰ L. BUSCEMA, *Linee guida in materia di ordinanze contingibili ed urgenti tra vecchie costruzioni dogmatiche e nuove prospettive di sviluppo*, in *Annali della Facoltà di Economia dell'Università degli Studi di Messina*, 2011, I, 133-164.

⁷³¹ Accanto alle ordinanze contingibili e urgenti di cui all'art. 54 co. 4 cit., adottabili dal Sindaco in qualità di ufficiale di governo, si collocano quelle di cui all'art. 50 co. 5 TUEL, emanate dal Sindaco in qualità di rappresentante della comunità locale. L'emergenza epidemiologica da COVID-19 ha risvegliato l'applicazione dell'istituto in discorso dal momento che la disposizione in parola consente l'adozione di ordinanze contingibili e urgenti in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica, ripartita per ambiti territoriali secondo quanto disposto all'art. 32 l. n. 833/1978 («Istituzione del servizio sanitario nazionale. Nella legislazione speciale, esistono anche altri poteri di ordinanza contingibile e urgente attribuiti al Presidente della Giunta Regionale, come, ad esempio, all'art. 191 del D. Lgs. 152/06 «Norme in materia ambientale». Precisamente, «qualora si verificano situazioni di eccezionale ed urgente necessità di tutela della salute pubblica e dell'ambiente, e non si possa altrimenti provvedere, il Presidente della Giunta regionale può emettere ordinanze contingibili e urgenti per consentire il ricorso temporaneo a speciali forme di gestione dei rifiuti, anche in deroga alle disposizioni vigenti, nel rispetto, comunque, delle disposizioni contenute nelle direttive dell'Unione europea, garantendo un elevato livello di tutela della salute e dell'ambiente». Per un approfondimento sulle ordinanze contingibili e urgenti adottate ex art. 32 l. n. 833/1978 durante l'emergenza epidemiologica da COVID-19, limitatamente alla Regione Toscana, sia consentito rinviare a L. FILIERI, *Le Regioni alla prova della pandemia da COVID-19*, in G. CARULLO, P. PROVENZANO (a cura di), *Editoriale Scientifica*, 2020, II, 597-657. Occorre altrettanto distinguere, per completezza, le ordinanze contingibili e urgenti dalle cd. ordinanze di necessità, altrimenti note come "atti necessitati", ove il legislatore consente alla P.A. l'esercizio in via di urgenza di poteri che sono, e restano, ordinari. Sul tema, tra più, vd. G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e urgenza*, in *Nov. Dig.*, UTET, 1965, XII, 89 ss.; M.S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, già in *Giur. compl. Cass.*, 1948, ora in *Scritti*, II, 1939-1948, Giuffrè, 954 ss.

ragionevole previsione di un danno incombente (qui il carattere dell'urgenza), dall'altro, l'impossibilità di provvedere con gli ordinari strumenti offerti dall'ordinamento per evitare situazioni di pericolo ovvero di danno a nocimento della popolazione (qui il requisito della contingibilità). L'esistenza di questi attributi intanto sussiste in quanto, evidentemente, l'efficacia dell'atto sia limitata nel tempo, requisito non scritto ma consentaneo alla natura dell'urgenza e della contingibilità. Tale è la ragione per cui, a differenza dei tradizionali provvedimenti amministrativi, le ordinanze in discorso rispettano il principio di nominatività, essendo espressamente previste in disposizioni di legge ma, allo stesso tempo, mancano di tipicità, dal momento che la legge non ne specifica i contenuti, limitandosi normalmente a definire le sole condizioni che ne presuppongono l'adozione. Se questa conformazione del potere amministrativo poteva ritenersi, per certa misura, compatibile, o quantomeno, accettabile rispetto al principio di legalità formale, certamente in modo diverso occorre opinare, come effettivamente si è opinato, con riferimento al principio di legalità sostanziale, tanto da far parlare di "amministrazione straordinaria" e "*legalità sospesa*"⁷³².

Ecco che a tale interrogativo ha fornito risposta proprio la sentenza della Corte Costituzionale n. 115/2011 *cit.*, la quale, in occasione della declaratoria di illegittimità costituzionale delle ordinanze "ordinarie" di cui all'art. 54 co. 4 D. Lgs. n. 267/2000 («Testo Unico degli Enti Locali»), ha affermato che il principio di legalità «*non consente l'assoluta indeterminatezza del potere conferito dalla legge a un'autorità amministrativa, che produce l'effetto di attribuire una totale libertà al soggetto od organo investito della funzione*»⁷³³. Sì

⁷³² D. SIMEOLI, *Appunti sul principio di legalità amministrativa*, in *Quest. Giust.*, 2016, 4, 178.

⁷³³ Nel "ritenuto in fatto", precisamente, si legge che "Il Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, con ordinanza del 22 marzo 2010, ha sollevato – in riferimento agli artt. 2, 3, 5, 6, 8, 13, 16, 17, 18, 21, 23, 24, 41, 49, 70, 76, 77, 97, 113, 117 e 118 della Costituzione – questioni di legittimità costituzionale dell'art. 54, comma 4, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali), come sostituito dall'art. 6 del decreto-legge 23 maggio 2008, n. 92 (Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 24 luglio 2008, n. 125, nella parte in cui consente che il sindaco, quale ufficiale del Governo, adotti provvedimenti a «contenuto normativo ed efficacia a tempo indeterminato», al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minaccino la sicurezza urbana, anche fuori dai casi di contingibilità e urgenza. In particolare, la norma indicata sarebbe illegittima «nella parte in cui ha inserito la congiunzione "anche" prima delle parole "contingibili e urgenti"». I commenti alla pronuncia sono stati numerosi. Si rammentano, tra più, G. MELONI, *Le ordinanze (forse non solo) ordinarie dei sindaci in materia di sicurezza urbana tra legalità sostanziale e riserve relative (Il detto e il non detto nella sentenza n. 115/2011 della Corte costituzionale)*, 12 luglio 2011, in *Federalismi.it*; S. PARISI, *Dimenticare l'obiezione di Zagrebelsky? Brevi note su legalità sostanziale e riserva relativa nella sent. n. 115/2011*, in *Forum di Quaderni costituzionali.it*, 2011. Per un contributo recente e aggiornato sullo "stato dell'arte" in materia di ordinanze sindacali, si veda S. GARDINI, *Le ordinanze sindacali contingibili e urgenti. Nuovi scenari e nuovi poteri*, in *federalismi.it*, 18 luglio 2018, 1-25.

che la Consulta dichiara l'incostituzionalità dell'art. 54 co. 4 TUEL nella parte in cui conferisce ai Sindaci, in qualità di Ufficiali di Governo, un potere di ordinanza non limitato ai casi contingibili e urgenti, “*pur non attribuendo agli stessi il potere di derogare, in via ordinaria e temporalmente non definita, a norme primarie e secondarie vigenti*”, in violazione della riserva di legge relativa di cui agli artt. 23 e 97 Cost., posta dai Costituenti a garanzia dei cittadini⁷³⁴.

Dalla conclusione appena riportata si deduce, *a contrario*, che esistono ordinanze, pur soggettivamente amministrative, in grado di derogare a disposizioni legislative e regolamentari. Ed effettivamente l'altra problematica che corona il regime giuridico delle cd. ordinanze libere, le quali, anzi, proprio per questo, vengono chiamate *extra ordinem*, risiede proprio nella capacità derogatoria delle fonti primarie, profilo che involge, necessariamente, la questione della natura giuridica dell'istituto. Sul punto, plurime le teorie che nel tempo si sono succedute.

Riepilogando sinteticamente, per ciò che può interessare nella presente indagine, si ricorda che accanto a una tesi che attribuisce a queste ordinanze natura normativa⁷³⁵, se ne affianca altra, più tradizionale, che conclude per la natura amministrativa⁷³⁶ e una terza, a mezza via tra le prime due⁷³⁷. Nonostante il dibattito sul punto sia ancora acceso, sin dalle sue prime pronunce la Corte Costituzionale è intervenuta a mitigarne potenziali frizioni con la Carta Fondamentale, confrontandosi con una particolare forma di ordinanza, quella prefettizia *ex art. 2 r.d. 18 giugno 1931, n. 773 (T.U.L.P.S.)*⁷³⁸.

Secondo questa disposizione, precisamente, “*Il Prefetto, nel caso di urgenza o per grave necessità pubblica, ha facoltà di adottare i provvedimenti indispensabili per la tutela*

⁷³⁴ Precisamente, il dispositivo della pronuncia in discorso dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 54, comma 4, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali), come sostituito dall'art. 6 del decreto-legge 23 maggio 2008, n. 92 (Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 24 luglio 2008, n. 125, nella parte in cui comprende la locuzione «, anche» prima delle parole «contingibili e urgenti».

⁷³⁵ Vd., tra più, G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Bollati Boringhieri, 2003; A.M. SANDULLI, *Fonti del diritto*, in *Nov. Dig. It.*, UTET, 1961, 531 ss.

⁷³⁶ Vd., tra più, F. SATTÀ, *Ordine e ordinanza amministrativa*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1990; R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, *cit.*, 3.

⁷³⁷ R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Nel Diritto Editore, 2008, 55, ove si legge che “occorre dunque far ricorso a un criterio fattuale, analizzando i singoli casi per valutare se l'ordinanza intenda introdurre una norma generale ed astratta, derogatoria della legge; oppure se, diretta a regolamentare un singolo caso concreto, comunque in deroga al principio di tipicità, mantenga la natura di atto amministrativo”.

⁷³⁸ Per un interessante approfondimento sull'istituto, vd. G. TROMBETTA, *L'ordinanza prefettizia ex art. 2 TULPS. Una lettura “realista” dentro i principi costituzionali*, in *federalismi.it*, 2021, 22, 72-119 e bibliografia ivi citata.

dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica". Ebbene, a far data dal 1957, la Corte Costituzionale, con sentenza interpretativa di rigetto, ha affermato che il potere prefettizio resta comunque vincolato al rispetto dei *"presupposti dell'ordinamento giuridico"*⁷³⁹. Per la sopravvivenza di questa figura, nata prima dell'avvento della Costituzione, è tuttavia necessaria, come ammoniva la stessa Consulta, una precisa perimetrazione a opera del legislatore, finalizzata a dotare l'istituto di *"efficacia limitata nel tempo in relazione ai dettami della necessità e dell'urgenza; adeguata motivazione; efficace pubblicazione nei casi in cui il provvedimento non abbia carattere individuale"*. La mancata positivizzazione di queste garanzie ha perciò portato la Corte Costituzionale a intervenire nuovamente, con la sentenza 27 maggio 1961, n. 26⁷⁴⁰, ove viene dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 2 T.U.L.P.S. *"nei limiti in cui esso attribuisce ai Prefetti il potere di emettere ordinanze senza il rispetto dei principi dell'ordinamento giuridico"*. La potenziale evanescenza del riferimento ai principi dell'ordinamento giuridico è ben chiarita dalla Consulta, che specifica come le ordinanze prefettizie *"non possono essere in contrasto con quei precetti della Costituzione che, rappresentando gli elementi cardinali dell'ordinamento, non consentono alcuna possibilità di deroga nemmeno ad opera della legge ordinaria. È, infatti, ovvio che l'art. 2 della legge di pubblica sicurezza non potrebbe disporre che, in un campo in cui il precetto costituzionale è inderogabile anche di fronte al legislatore ordinario, intervengano provvedimenti amministrativi in senso difforme"*⁷⁴¹.

La lettura incrociata delle sentenze n. 8/1956 e 115/2011 *cit.* perfeziona il disegno della "legalità" nel diritto amministrativo, sia nella dimensione legata al meccanismo della riserva di legge che a quella del principio di legalità sostanziale, facendo notare, come evidenzia la dottrina, che la distinzione tra i due concetti *"sfuma con riferimento agli effetti"*⁷⁴².

⁷³⁹ Corte Cost. 2 luglio 1956, n. 8.

⁷⁴⁰ Ivi si legge che "Si può concludere che la omessa prescrizione, nel testo dell'art. 2, del rispetto dei principi dell'ordinamento giuridico renderebbe possibile - ed in realtà ha reso, di recente, possibile - un'applicazione della norma, tale da violare i diritti dei cittadini e da menomare la tutela giurisdizionale. È, dunque, da ritenere che l'illegittimità dell'art. 2 sussiste soltanto nei limiti in cui esso attribuisce ai Prefetti il potere di emettere ordinanze senza il rispetto dei principi dell'ordinamento giuridico".

⁷⁴¹ Invero, secondo una dottrina, rientra nel novero dei principi generali dell'ordinamento, ma è suscettibile di essere derogate dalle cd. ordinanze libere, la regola competitiva in materia di contratti pubblici, il concorso pubblico per l'accesso al pubblico impiego, il canone del giusto procedimento, nonché il principio per cui i poteri normativi, di pianificazione e programmazione sono rimessi all'organo assembleare. Così parla D. SIMEOLI, *Appunti sul principio di legalità amministrativa, cit.*, 179.

⁷⁴² P. PANTALONE, *Autorità Indipendenti e matrici della legalità, cit.*, 103.

Precisamente, “*Come l’esistenza di una riserva relativa impone alla legge di dettare le norme fondamentali volte a circoscrivere la potestà regolamentare dell’esecutivo, così il principio di legalità sostanziale richiede al legislatore di formulare norme idonee a delimitare le scelte discrezionali dell’amministrazione*”⁷⁴³.

Dall’insieme delle pronunce che abbiamo analizzato, si evince, comunque, la mancata definizione del “*contenuto minimo*” che una norma di legge deve avere nell’attribuire un potere autoritativo alla P.A., problema questo che, secondo una dottrina, potrebbe trovare la sua ragione nei “*diversi dosaggi di potere*” con cui per necessità ogni norma di relazione si confronta a seconda della fattispecie concreta che mira a regolare⁷⁴⁴.

Alla luce di quanto finora riportato, si comprende come la nozione di “legalità”, pur nella sua compattezza assiologica, conosca multiformi sfumature e declinazioni, sempre rinvigorite nel tempo. A ciò, tuttavia, non ha contribuito unicamente l’avvento della Carta Costituzionale ma, altrettanto, l’introduzione di differenti e variegati “*modelli regolativi dell’azione amministrativa*”, rendendone ancora più incerto contenuto e struttura⁷⁴⁵. Vale ancora oggi, certamente, la generale definizione che ne dà Massimo Severo Giannini, secondo cui “*l’atto autoritativo di un pubblico potere deve avere come supporto una norma, la quale ne regoli il possibile contenuto e gli effetti giuridici*”⁷⁴⁶. Nello stato post-costituzionale è però via via emersa una nuova nozione, “aperta”, della legalità amministrativa, che si lega a doppio filo con la “crisi” della legge formale nello Stato di diritto.

La legislazione “emergenziale”, intesa nel suo senso più ampio, come si è visto, è sicuramente uno degli esempi più significativi di questo campo d’indagine. Ciò non tanto, e solo, perché si tratta di apparati normativi che nascono per fronteggiare stati contingenti per poi tradursi, di fatto, in istituti immanenti all’ordinamento⁷⁴⁷, quanto, piuttosto, perché

⁷⁴³ F. SORRENTINO, *Lezioni sul principio di legalità*, cit., 25-26.

⁷⁴⁴ P. PANTALONE, *Autorità Indipendenti e matrici della legalità*, cit., 111.

⁷⁴⁵ D. SIMEOLI, *Appunti sul principio di legalità amministrativa*, cit., 174.

⁷⁴⁶ M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2000, 261 ss.

⁷⁴⁷ Criticamente viene rilevato in dottrina che “l’ampiezza temporale della gestione straordinaria rende sovente stabile l’emergenza e non rispetta il canone della contingibilità. Il presupposto dell’imprevedibilità non è riscontrabile quando la legislazione considera, tra le circostanze che possono dare vita all’esercizio dei poteri di ordinanza, anche fatti di disfunzione amministrativa e di amministrazione complessa” (sebbene, si ricorda, i cd. “grandi eventi” sono stati abrogati dall’art. 40-bis co. 1 d.l. 24 gennaio 2012, n. 1). Così D. SIMEOLI, *Appunti sul principio di legalità amministrativa*, cit., 179.

l'assenza di tipicità si corredata a precipui poteri valutativi e discrezionali dell'Autorità Amministrativa, giustificati dal confronto con realtà fenomenologiche complesse⁷⁴⁸.

Vi sono, tuttavia, ben altri settori interessati da questa moderna proiezione della legalità amministrativa. Uno tra tutti, quello delle cd. fonti amministrative “*atipiche*”, ovvero di incerta qualificazione giuridica, tanto che si dice che “*la ricchezza morfologica delle fonti costituisce una componente della “specialità” del diritto amministrativo*”⁷⁴⁹. Accanto agli “atti” di perequazione urbanistica e alle note linee guida A.N.A.C., si possono citare, per quel che ai nostri fini maggiormente interessa, i poteri regolatori delle Autorità Amministrative Indipendenti. L'analisi della figura, per complessità e vastità, esula dalla presente indagine, se non per offrire qualche spunto utile a contribuire alla conformazione del principio di legalità nel diritto amministrativo, nonché a chiudere il cerchio figurato di ricerca rispetto al sistema della documentazione antimafia.

Sì che, per “regolazione” si intende quella peculiare funzione, a metà strada tra attività normativa e attività amministrativa tradizionale, che si traduce nella predeterminazione di regole di comportamento destinate a vincolare i comportamenti di soggetti che operano in particolari mercati o settori, “*in cui molto spesso confluiscono situazioni giuridiche oggetto di specifiche riserve di legge*”⁷⁵⁰. Senonché, nell'attribuire detti poteri di regolazione, sovente il legislatore non ne delimita l'oggetto e non fissa criteri generali cui essi queste Autorità devono attenersi, con ciò precludendo, evidentemente, potenziali frizioni con il principio di legalità sostanziale, tanto da rievocare la nota teoria dei “poteri impliciti”⁷⁵¹. Così, anche in questo caso, si pone il problema di congegnare meccanismi in grado di colmare l'irrimediabile *deficit* di legalità sostanziale che caratterizza l'azione amministrativa. Ecco che la giurisprudenza è

⁷⁴⁸ Sulle declinazioni del principio di legalità nel diritto amministrativo dell'emergenza, vd. A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, il Mulino, 2008; G. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Dir. Pubbl.*, 2007, 345 ss.; C. MARZUOLI, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, in *Annuario Aipda, Il diritto amministrativo dell'emergenza*, Giuffrè, 2005, 5 ss.

⁷⁴⁹ D. SIMEOLI, *Appunti sul principio di legalità amministrativa*, cit., 175. L'Autore suddivide efficacemente il lavoro per branche di interesse. Concorrono alla declinazione moderna del principio di legalità, senza pretesa di esaustività, la nozione di “legalità di risultato”, per lo più sviluppata nell'ambito del pubblico impiego, la “fuga” del diritto privato, favorita dall'art. 1 co. 1 *bis* l. n. 241/90, come pure l'esercizio consensuale della funzione amministrativa tramite gli accordi ex art. 11 l. n. 241/90 cit.

⁷⁵⁰ P. PANTALONE, *Autorità Indipendenti e matrici della legalità*, cit., 102.

⁷⁵¹ In argomento, tra molti, C. CELONE, *La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici*, Giuffrè, 2012; F. CINTIOLI, *I regolamenti delle autorità indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenze della regolazione e prospettive della giurisdizione*, in *www.giustiziaamministrativa.it*, 2003; G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i cd. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007, 712 ss.

oggi assolutamente compatta nel ritenere che “*in assenza di un sistema completo e preciso di regole di comportamento con obblighi e divieti fissati dal legislatore, la caduta del valore della legalità sostanziale deve essere compensata, almeno in parte, con un rafforzamento della legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio*”⁷⁵². Tanto è rilevante e condivisa l’opera di compensazione del difetto di legalità sostanziale, in rapporto di proporzionalità inversa, rispetto all’implementazione della legalità procedurale, da essere “esportata” dalla dottrina anche nella materia delle ordinanze *extra ordinem*⁷⁵³ e, come abbiamo cercato di dimostrare nei precedenti paragrafi, altrettanto nella materia della documentazione antimafia.

Altro settore che fortemente ha risentito della frammentazione del principio di legalità è quello delle sanzioni amministrative, cui si è dedicato un’analisi *ad hoc* nel paragrafo precedente. Il richiamo in questa sede del lavoro è utile, tuttavia, perché consente di soffermarsi sul significato che al principio di legalità amministrativa attribuisce la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo e concludere così le nostre riflessioni. Un suo primo rafforzamento è stato richiesto all’ordinamento italiano dalla Corte EDU nella tortuosa vicenda delle “occupazioni senza titolo” e dell’annessa figura, di elaborazione pretoria, dell’accessione invertita⁷⁵⁴. Ebbene, con le (due) sentenze del 30 maggio 2000 *Belvedere Alberghiera S.r.l. c. Italia* e *Carbonara e Ventura c. Italia*, la Corte di Strasburgo ha rilevato la violazione dell’art. 1 I Protocollo CEDU secondo cui, come in precedenza ricordato, “*Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale*”. L’ablazione del diritto di proprietà derivata da un comportamento amministrativo violativo del procedimento di esproprio disciplinato dall’ordinamento italiano, perciò definita dai giudici di Strasburgo, “*espropriazione indiretta*

⁷⁵² Già Cons. Stato, sez. VI, 1 ottobre 2002, n. 5105; più di recente, tra molte, Id., 20 marzo 2015, n. 1532.

⁷⁵³ G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a contenuto normativo*, in *Dir. Amm.*, 2016, 1, 38. Cfr. anche G. TROMBETTA, *L’ordinanza prefettizia ex art. 2 TULPS*, cit., 73.

⁷⁵⁴ Sinteticamente, si ricorda che con la sentenza 26 febbraio 1983, n. 1464, le Sezioni Unite della Cassazione Civile hanno ritenuto ammissibili le occupazioni sine titolo in virtù del principio dell’accessione invertita, consentendo così alla Pubblica Amministrazione, secondo un meccanismo inverso rispetto a quanto previsto all’art. 934 c.c., l’acquisto a titolo originario della proprietà di un’area ove a seguito dell’occupazione si fosse realizzata l’irreversibile trasformazione del fondo.

o sine titulo”, nella duplice forma della occupazione acquisitiva⁷⁵⁵ e usurpativa⁷⁵⁶, lede illegittimamente il godimento di un diritto fondamentale della Convenzione perché, appunto, priva di una “base legale” di riferimento. Ancor più precisamente, la Corte EDU ha richiesto che le norme attributive del potere espropriativo in capo alla P.A. siano “*sufficentemente accessibili, precise e prevedibili*” per tutti i potenziali destinatari dell’esercizio del potere⁷⁵⁷.

Possiamo dunque concludere che il principio di legalità amministrativa nella dimensione convenzionale è conosciuto e condiviso nella sua dimensione sostanziale almeno in tutte le fattispecie in cui si faccia questione di diritti e libertà fondamentali convenzionalmente tutelati. Rispetto alla tutela delle libertà economiche, come si è visto negli scorsi paragrafi con riferimento alla documentazione antimafia, occorre opinare, ed effettivamente si è concluso diversamente. Non per questo, tuttavia, il principio di legalità amministrativa è destinato a essere del tutto obliterato nella prospettiva convenzionale.

Alla luce di quanto finora esposto, infatti, possiamo dire che la legalità dell’azione amministrativa è assimilabile ai volti di Giano bifronte. Detto altrimenti, il concetto conosce e si sdoppia in almeno due accezioni. Se esclusa è la via della prevedibilità *ex ante* dell’azione della Pubblica Amministrazione relativamente a situazioni giuridiche soggettive prive di rango “fondamentale” nella Convenzione EDU, è possibile recuperarne la rilevanza guardando all’interpretazione dell’art. 6 CEDU. Nell’analizzare la pronuncia della Corte di Giustizia UE 28 maggio 2020 (causa C-17/20) sul contraddittorio procedimentale nel procedimento di verifica antimafia (vd. *supra*, Capitolo III), si è coltivato un parallelismo con il “diritto a essere sentiti” come forma del principio di buona amministrazione di cui all’art. 41 CDFUE, perciò applicabile per ogni provvedimento idoneo a recare pregiudizio, senza distinguere la tipologia di procedimento presupposto, sia esso penale, civile ovvero amministrativo. Si è detto, dunque, che in senso affine può leggersi l’art. 6 CEDU dedicato

⁷⁵⁵ Precisamente, si aveva occupazione acquisitiva ovvero appropriativa nel caso in cui, pur essendo presente la dichiarazione di pubblica utilità dell’opera, il procedimento espropriativo non era terminato con l’adozione del decreto di esproprio, procedendo comunque l’Amministrazione a occupare il fondo.

⁷⁵⁶ L’occupazione usurpativa era la forma più grave di occupazione senza titolo, perché in questa ipotesi l’Amministrazione procedeva all’occupazione del fondo in mancanza della stessa dichiarazione di pubblica utilità, titolo giuridico presupponente l’avvio del procedimento ablatorio.

⁷⁵⁷ Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, 30 maggio 2000, *Belvedere Alberghiera S.r.l. c. Italia*, par. 57-58. Ripercorre in maniera esaustiva e puntuale il tema, specie nella prospettiva di comune interesse, P. PANTALONE, *Autorità Indipendenti e matrici della legalità*, cit., 112-119, cui si rinvia anche per la ricostruzione bibliografica e giurisprudenziale ivi contenuta.

proprio al “*Diritto a un equo processo*”, anche alla luce dell’evoluzione interpretativa maturata nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Come nota la dottrina, la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo “*estende le garanzie dell’equo processo non solo ai procedimenti amministrativi di carattere sanzionatorio ma anche a quelli che incidono su posizioni di carattere economico*”⁷⁵⁸. Quanto alla latitudine applicativa dell’art. 6 CEDU, precisamente, vivace è stato ed è tuttora il dibattito interpretativo che ne è scaturito nell’ordinamento italiano⁷⁵⁹. Si fa riferimento, specificamente, alle nozioni di “*accusa penale*”, “*tribunale*” e “*diritti e doveri di carattere civile*”⁷⁶⁰.

Sul punto, per quel che a questi fini interessa, ci è possibile dire che la dottrina amministrativistica ha tratto significative considerazioni dall’art. 6 CEDU, anche in virtù del fatto che, come noto, la stessa Corte di Strasburgo tende ad attribuire alle nozioni appena citate un significato autonomo rispetto a quelli attribuiti dai singoli ordinamenti nazionali. Del resto, la creazione di categorie dogmatiche a sé stanti e, tendenzialmente, più ampie rispetto all’elaborazione nazionale, è congeniale alla stessa natura della Convenzione Europea dei Diritti dell’uomo, nella sua qualità di trattato internazionale (*rectius*, “*regionale*”) che, in quanto tale, deve abbracciare tradizioni giuridiche variegate. Pertanto, ove la situazione giuridica soggettiva coinvolta dall’esercizio del potere amministrativo non sia tutelata a tal punto da far scattare l’obbligo di predeterminazione delle condizioni di suo esercizio, *i.e.* come prevedibilità dell’azione amministrativa, la legalità si sposta sull’esistenza, e osservanza, delle garanzie procedurali. Sì che, similmente a quanto accade nell’analisi dei poteri delle Autorità Amministrative Indipendenti, e in disparte da quanto si dirà, nei prossimi paragrafi, relativamente al successivo sindacato giurisdizionale, il *deficit* di legalità-prevedibilità può essere compensato e superato dal rafforzamento e rispetto della legalità-procedimentale⁷⁶¹.

L’insieme delle considerazioni finora svolte consente di comprendere come il principio di legalità, nel diritto amministrativo ben più che nel diritto penale, può essere

⁷⁵⁸ P. PANTALONE, *Autorità Indipendenti e matrici della legalità*, cit., 122.

⁷⁵⁹ M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Editoriale Scientifica, 2012, 1 ss.; ID., *La rilevanza dell’art. 6, par. 1 CEDU per il procedimento e il processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 4; F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzioni e nodi irrisolti*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 3.

⁷⁶⁰ Per una compiuta disamina dell’art. 6 CEDU, comprensiva di richiami a fonti giurisprudenziali, si vd. *Guide on Article 6 - Right to a fair trial (criminal limb)*, 2014 in <https://www.echr.coe.int>.

⁷⁶¹ Concorde P. PANTALONE, *Autorità Indipendenti e matrici della legalità*, cit., 124.

scomposto in frammenti diversi e osservato da angolazioni distinte, ciò che una giovane e originale dottrina, più volte qui richiamata, definisce efficacemente in “*matrici della legalità*”⁷⁶². Rispetto al sistema della documentazione antimafia, il principio di legalità potrebbe dirsi insoddisfatto, se queste “matrici” vengono considerate isolatamente e in modo parcellizzato. Si pensi, allo scopo, alla carenza di legalità sostanziale, come predeterminazione delle condizioni di esercizio del potere, che senza dubbio affligge l’informativa interdittiva antimafia generica di cui all’art. 84 co. 4 lett. d) ed e) D. Lgs. n. 159/2011.

Tuttavia, almeno secondo chi scrive, l’innegabile necessità di “attualizzare” il principio di legalità richiede, altrettanto, di ritenere inverato il suo rispetto laddove anche una sola delle sue “matrici” venga osservata, tanto alla luce dell’ordinamento sia nazionale che sovranazionale, convenzionale ovvero eurounitario. Sì che, già guardando alla legalità dell’azione amministrativa come legalità procedimentale, la riforma del 2021 ha dato al sistema della documentazione antimafia decisiva spinta in direzione dell’integrazione del principio. Altrettanto, come si vedrà nello svolgimento del prossimo paragrafo, il sindacato del giudice amministrativo può concorrere a soddisfarne, in buona parte, l’osservanza, contribuendo a riportare a sistema un istituto così dibattuto e conteso tra dottrina e giurisprudenza.

4. DISCREZIONALITÀ TECNICA “SPECIALE” E LIMITI DEL SINDACATO GIURISDIZIONALE SUI PROVVEDIMENTI INTERDITTIVI ANTIMAFIA.

Come si studia, i tipi di potere amministrativo si deducono dai limiti di sindacato del giudice amministrativo. Anche nel presente lavoro, a ben vedere, è bene seguire questa logica. All’uopo, tuttavia, occorre procedere per gradi e premettere qualche approfondimento in punto di sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica, considerando che, a fronte di una immutata nozione di discrezionalità tecnica, diverse sono state nel tempo le interpretazioni sui limiti di cognizione del giudice amministrativo in materia⁷⁶³. L’opportunità di approfondire questo istituto, cuore pulsante della scienza di diritto amministrativo, si

⁷⁶² P. PANTALONE, *Autorità Indipendenti e matrici della legalità*, *op. cit.*, *passim*.

⁷⁶³ Sul tema, in generale, vd. R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2016, 315-321; L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clause generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. Amm.*, 372013, 309 ss.

coglie, a ben vedere, a prescindere dalla soluzione del problema della natura giuridica della documentazione antimafia.

Occorre, infatti, analizzare come il potere discrezionale del prefetto nell'accertamento dei tentativi di infiltrazione mafiosa rilevanti *ex art. 84 co. 4 Cod. Antimafia* trovi nella giustizia amministrativa modalità e limiti di controllo. Non si pone, effettivamente, un problema di sindacato giurisdizionale rispetto al provvedimento successivo che la Pubblica Amministrazione richiedente la verifica antimafia adotta in caso di rilascio di interdittiva. Tanto avviene perché, come rileva la stessa giurisprudenza, *“i provvedimenti delle amministrazioni interessate dall'attività di impresa, su cui si producono gli effetti interdittivi ed eventualmente risolutivi dell'informazione prefettizia, hanno carattere vincolato e costituiscono mera conseguenza di una dichiarata incapacità del privato ad essere parte del rapporto amministrativo”*⁷⁶⁴. Sì che, afferma una recente dottrina, *“l'intervento su rapporti giuridici con le pubbliche amministrazioni non è, in questa prospettiva, conseguenza diretta dell'informazione, ma l'effetto prodotto in capo al soggetto temporaneamente limitato nella propria capacità giuridica”*⁷⁶⁵.

In disparte da questo sommario *incipit*, per cercare di comprendere i rapporti tra potere autoritativo prefettizio e successivo sindacato giurisdizionale è necessario premettere qualche considerazione di ordine più generale pertinente la discrezionalità amministrativa, categoria dogmatica presupponente la discrezionalità tecnica, che, insieme a quella pura, della prima costituisce specie. Dal punto di vista storico, il concetto di discrezionalità nasce nell'ordinamento francese in prospettiva rovesciata, perché finalizzato a sottrarre al sindacato giurisdizionale le manifestazioni provvedimentali della Pubblica Amministrazione. Soltanto grazie alla progressiva erosione della giurisprudenza tedesca e francese, questa efficacemente rappresentata dall'elaborazione pretoria della figura del *detournement de pouvoir*, si è assistito alla progressiva inclusione della discrezionalità nell'alveo dei vizi sindacabili dal giudice amministrativo. Si nota, dunque, come effettivamente è per moltissimi istituti di diritto amministrativo, che anche l'evoluzione del sindacato del giudice amministrativo sulle manifestazioni provvedimentali discrezionali coincide con quella del processo

⁷⁶⁴ Da ultimo, Cons. Stato, Ad. Plen., 26 ottobre 2020, n. 23; conf. Cons. Stato, sez. III, 5 marzo 2018, n. 1401.

⁷⁶⁵ F. FIGORILLI, W. GIULIETTI, *Contributo allo studio della documentazione antimafia: aspetti sostanziali, procedurali e di tutela giurisdizionale*, 2 giugno 2021, in *Federalismi.it*.

amministrativo⁷⁶⁶. Non per nulla, secondo la dottrina in commento, la creazione delle cd. figure sintomatiche dell'eccesso di potere è stata determinante nella transizione del processo amministrativo da giudizio meramente impugnatorio, ovvero sull'atto, a giudizio che mira a risolvere il rapporto tra privato e P.A., ovvero sulla pretesa sostanziale⁷⁶⁷. In questo senso mira, altrettanto, la progressiva implementazione delle garanzie del procedimento e dei limiti "modali" e strumentali all'esercizio del potere provvedimento finale. Di tutto questo, come ben noto tra gli studiosi del diritto amministrativo, fornisce una traccia evidente e la legge generale sul procedimento amministrativo (l. n. 241/90 *cit.*) e il codice del processo amministrativo (D. Lgs. n. 104/2010) che stigmatizzano progressive "conquiste" pretorie successivamente recepite nel diritto positivo.

Ora, numerose sono le impostazioni di teoria generale che affrontano il tema della discrezionalità della Pubblica Amministrazione⁷⁶⁸. Non potendo soffermarsi a ripercorrerle tutte in dettaglio, questo lavoro ne predilige una in particolare, pur fornendo le essenziali coordinate sviluppatesi nella dottrina sull'argomento. Secondo la dinamica giuridica incentrata sullo schema "*norma-potere-effetto*", l'ordinamento, tramite le cd. norme di relazione, "*risolve un conflitto intersoggettivo sul piano dell'ordinamento generale*", rimettendo alla Pubblica Amministrazione la scelta di modificare unilateralmente situazioni giuridiche soggettive di cui i privati sono portatori⁷⁶⁹. All'attribuzione del potere segue la

⁷⁶⁶ Per una sintetica ma esaustiva ricostruzione, vd. R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, *cit.*, 447-450. Nella teoria generale, vd. S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa della norma e limiti della discrezionalità*, Giuffrè, 1993.

⁷⁶⁷ G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali. Modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, Napoli, 2012.

⁷⁶⁸ G. BARONE, *Discrezionalità (Diritto amministrativo)*, in *Enc. giur. Trecc.*, Roma, 1989, XI; L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Cedam, 1986; F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1911-1914, ristampa a cura di G. Miele, Padova, 1960; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1984, 463 ss.; E. CODINI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Jus*, 3, 393-401; M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, 72 ss, ora in M.S. GIANNINI, *Scritti*, vol. I, Milano, 2000; ID., *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Jus*, 3, 393-401; C. MORTATI, *Discrezionalità* (voce), in *Noviss. Dig. It.*, vol. V, Torino, 1964, 1098; ID., *Note sul potere discrezionale*, in *Studi dell'Istituto di diritto pubblico e legislazione sociale dell'Università di Roma*, Roma, 1936, ora in *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*, III, Milano, 1972; E. PRESUTTI, *I limiti al sindacato di legittimità*, Milano, 1911; G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro amm.*, 1987, 3165 ss.; O. RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, Napoli, 1912; G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993, 214 ss.; F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1050 ss.

⁷⁶⁹ E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè Editore, 2011, 376.

determinazione delle modalità di suo esercizio da parte delle cd. norme di azione⁷⁷⁰. È a seconda della determinatezza e analiticità di queste ultime che aumentano o, specularmente, si riducono, gli spazi di scelta della P.A. Sì che, nel perimetro di questi spazi di scelta si ha azione amministrativa discrezionale.

A sua volta, la discrezionalità si declina in diverse forme.

Accanto alla discrezionalità pura, che si configura, appunto, se le norme di azione non predeterminano in modo completo il “comportamento” dell’Amministrazione, si colloca la discrezionalità tecnica, “*che è la possibilità di scelta che spetta all’Amministrazione allorché sia chiamata a qualificare fatti suscettibili di varia valutazione, e si riduce a un’attività di giudizio a contenuto scientifico*”⁷⁷¹. Soltanto secondo la teoria tradizionale, oggi superata sia in dottrina che in giurisprudenza⁷⁷², le valutazioni tecniche sarebbero riconducibili, *in toto*, al merito amministrativo⁷⁷³, ovvero a quel frammento di discrezionalità insondabile dal giudice amministrativo in sede di giurisdizione di legittimità, perché attinente l’opportunità della scelta effettuata dalla P.A.

Pertanto, mentre la discrezionalità pura può attenerne vari profili dell’azione amministrativa, pur sempre implicando una manifestazione di volontà, quella tecnica presuppone una valutazione che, a differenza della prima, “*non viene effettuata alla luce di un interesse pubblico, bensì in base a parametri tecnici*” e implica soltanto una manifestazione di giudizio⁷⁷⁴. È bensì vero che in qualunque procedimento amministrativo la P.A. sia tenuta

⁷⁷⁰ E. CASSETTA, in *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 376 riprende la ricostruzione proposta da E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Cedam, 1957 e A. ROMANO, *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, in AA.VV., *Atti del convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, 1947.

⁷⁷¹ E. CASSETTA, in *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 377 riporta il pensiero di M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problema*, Giuffrè, 1939. Cfr. in argomento, M. ASPRONE, M. MARASCA, A. RUSCITO, *La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Giuffrè, 2009; N. PAOLANTONIO, *Discrezionalità tecnica e giurisprudenza pratica, nota a Cons. Stato, sez. VI, 3 luglio 2002, n. 3637*, in *Foro amm.*, 2002, 2587 ss.; V. CERULLI IRELLI, *La discrezionalità tecnica sotto la lente del g.a.*, in *Urb. e app.*, 2001, 878 ss.; V. BACHELET, *L’attività tecnica della pubblica amministrazione*, Giuffrè, 1967.

⁷⁷² Il riferimento è al noto revirement operato dal Cons. Stato, sent. n. 601/1999.

⁷⁷³ Questa era l’impostazione di P. VIRGA, *Appunti sulla cosiddetta discrezionalità tecnica*, JUS, 1957.

⁷⁷⁴ E. CASSETTA, in *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 377. Secondo G.C. DI SAN LUCA, *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche in materia ambientale*, in *Giustamm.it-Riv. Dir. Pubbl.*, 2016, 7, esiste e deve essere tenuta distinta dalla discrezionalità tecnica la discrezionalità amministrativa di contenuto tecnico, ove “la componente tecnico-scientifica concerne la fase decisoria ed ha ad oggetto la composizione degli interessi in gioco nella determinazione in concreto dell’interesse pubblico specifico”. Sì che, “acclarata la sussistenza del presupposto (a prescindere dal fatto che la relativa operazione conduca o meno ad una sicura rilevanza), la P.A., in sede di concreta definizione del contenuto del provvedimento, deve scegliere, tra le diverse soluzioni tecnico-scientifiche, quella che reputa più idonea alla migliore realizzazione dell’interesse pubblico specifico”.

a svolgere degli accertamenti sui fatti. Laddove, però, questi ultimi siano complessi, onde non è possibile ricorrere a un criterio obiettivo che si incentra sul binomio “esistenza-inesistenza” proprio dei fatti semplici, la P.A. procedente è tenuta a svolgere un’attività di valutazione, precisamente, la formulazione di un giudizio estimativo, frutto, appunto, di esercizio di discrezionalità tecnica⁷⁷⁵. Per questo in dottrina si ritiene che l’esercizio della discrezionalità tecnica, a differenza di quella pura, si ha, a ben vedere, al momento dell’istruttoria procedimentale⁷⁷⁶. Tanto perché l’attività provvedimento connotata da discrezionalità pura postula una prima fase di giudizio e una seconda, successiva, di scelta alla luce della ponderazione tra interesse pubblico primario e interessi, pubblici e privati, secondari coinvolti dall’azione amministrativa, nella discrezionalità tecnica la P.A. esegue una valutazione sui fatti, sulla scorta di regole che disciplinano o scienze esatte (per altri, *scienze dure*), perciò prive di opinabilità, o scienze inesatte (sempre per altri, *scienze sociali*), ove, viceversa, emergono valutazioni opinabili, tanto che si parla anche di “*concetti giuridici indeterminati*”⁷⁷⁷. E anzi, normalmente gli accertamenti che conducono a risultati certi sono limitati perché sovente, anche laddove si applichino regole tecniche, queste non conducono a un risultato “*certo, ripetibile e obiettivo*”, perché nell’applicazione di queste “*la valutazione compiuta dall’autorità amministrativa riveste autonoma rilevanza*”⁷⁷⁸. Si pensi, a titolo esemplificativo, alla valutazione del pregio artistico di un bene ai fini dell’applicazione del Codice Urbani (D. Lgs. n. 42/2004).

Non per niente con la locuzione di “concetti giuridici indeterminati”, importata nel diritto pubblico interno da oltralpe, si fa riferimento a dei “*mega-concetti (Oberbegriff), da cui, attraverso l’interpretazione, estrapolare nuove fattispecie che possono essere ad essi ricondotte, che rappresentano gli strumenti più adeguati per superare la difficoltà di una completa tipizzazione di ipotesi già definite*”⁷⁷⁹. Il ricorso a questa particolare conformazione

⁷⁷⁵ E. CASSETTA, in *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 464.

⁷⁷⁶ R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 453.

⁷⁷⁷ Ritiene preferibile classificare le scienze tra “dure” ed “esatte”, G.C. DI SAN LUCA, *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche in materia ambientale*, cit., 2, ancorché, secondo l’Autore, “la distinzione assume comunque un valore puramente descrittivo, con essa volendosi spiegare il minore o maggiore grado di opinabilità dei risultati cui la scienza, per sue caratteristiche intrinseche, è in grado di pervenire”.

⁷⁷⁸ R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 454. SALMONI F., *Le norme tecniche*, Milano, 2001

⁷⁷⁹ S. PIVA, *Concetti giuridici indeterminati, sindacato del Giudice amministrativo e principi CEDU*, 22 febbraio 2017, 4, in *Federalismi.it*.

del precetto normativo è generalmente consapevole, perché si struttura come “*volontario allargamento del vincolo della legge, al fine di permettere un adattamento delle decisioni alle circostanze particolari del singolo caso*”⁷⁸⁰. Questa peculiare tecnica di *drafting* legislativo fa sì che “*per individuare il fatto produttivo di effetti giuridici, la norma non descrive il fatto stesso in maniera tassativa ed esaustiva – fissandone direttamente tutti i termini mediante riferimenti determinati ed univoci (...) – ma rinvia, per la sussunzione del fatto nell’ipotesi normativa, all’integrazione dell’interprete, mediante l’utilizzo di concetti indeterminati che vanno completati e specificati con elementi o criteri extragiuridici*”⁷⁸¹. Sebbene la nozione di concetto giuridico indeterminato nasca e, soprattutto, cresca nelle riflessioni dottrinali e nell’applicazione giurisprudenziale con riguardo alla materia della concorrenza e dei poteri dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM)⁷⁸², nulla osta a estenderne l’applicazione anche per ulteriori strumenti, perlomeno nei limiti in cui si dirà.

La documentazione antimafia, con attento, ma non esclusivo, riferimento alla informativa interdittiva generica ex artt. 84 co. 4 lett. d) ed e) Codice Antimafia, nel richiedere al Prefetto di accertare “*la sussistenza o meno di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese*”, non solo allude a un fatto complesso ma, altresì, lo delinea in termini indeterminati, dal momento che, indiscutibilmente, rinvia a un completamento a opera di criteri extragiuridici, ragionevolmente sociologici. Del resto, lo stesso Consiglio di Stato ha a più riprese precisato come questa fosse l’unica via percorribile dal legislatore, poiché “*gli elementi di inquinamento mafioso, ben lungi dal costituire un numero chiuso, assumono forme e caratteristiche diverse secondo i tempi, i luoghi e le persone e sfuggono ad un preciso inquadramento, in ragione dell’insidiosa pervasività e mutevolezza, anzitutto sul piano sociale, del fenomeno mafioso*”⁷⁸³.

La questione relativa all’intensità del sindacato sulle valutazioni tecniche discrezionali della Pubblica Amministrazione è risalente, e trova risposta nella giurisprudenza

⁷⁸⁰ K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, Giuffrè, 1970, 223.

⁷⁸¹ S. VENEZIANO, *Il controllo giurisdizionale sui concetti giuridici a contenuto indeterminato e sulla discrezionalità tecnica in Italia, testo della relazione all’XI Convegno di diritto amministrativo “Concetti giuridici a contenuto indeterminato e giurisdizione amministrativa*, Associazione Giudici amministrativi tedeschi, italiani e francesi, Palermo, 14 ottobre 2005, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁷⁸² P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, Cedam, 2001; F. MERUSI, *Giustizia amministrativa ed autorità amministrative indipendenti*, in *Diritto amministrativo*, 2002, 2, 181 ss.; L.R. PERFETTI, *Il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro amministrativo*, 1997, I, 1742 ss.

⁷⁸³ Cons. Stato, sent. n. 1109/2017.

amministrativa a far data da un noto precedente del Consiglio di Stato⁷⁸⁴. Ivi, infatti, si assiste al superamento dell'originaria assimilazione della discrezionalità tecnica al merito amministrativo, perché l'opinabilità della valutazione della P.A. è predicato diverso e non di automatica derivazione rispetto all'opportunità della scelta autoritativo-unilaterale⁷⁸⁵. Questa pronuncia segna il passaggio da un sindacato di tipo giurisdizionale estrinseco a uno di tipo intrinseco, pur debole, in cui è concesso al giudice di censurare le valutazioni tecniche⁷⁸⁶ che risultino inattendibili, attraverso l'accesso al fatto e il controllo, appunto, sull'attendibilità del criterio utilizzato. Come si studia, il sindacato estrinseco è volto a censurare solo l'insostenibilità della manifestazione provvedimento agli occhi del profano. Secondo un'efficace espressione dottrinale, più precisamente, *“si intende un tipo di controllo sulle valutazioni tecniche attuato solo mediante massime di esperienza appartenenti al sapere comune, ossia di dominio per l'intera collettività, e che pertanto non si spinge fino alla verifica tecnico-specialistica della determinazione amministrativa”*. Diversamente, nel sindacato intrinseco *“il giudice non si avvale solo delle massime di esperienza, ma di regole e conoscenze tecniche, appartenenti alla medesima scienza specialistica ed ai modelli professionali applicati dall'amministrazione, anche attraverso l'ausilio di un consulente”*⁷⁸⁷.

Lo strumento di elezione per il pieno accesso al fatto da parte del giudice amministrativo è costituito sia dalla consulenza tecnica d'ufficio (CTU), oggi disciplinata, in via generale, agli artt. 66 e 67 Codice del processo amministrativo che dalla verifica con conferimento dell'incarico ad una amministrazione terza⁷⁸⁸. Nel perimetro del sindacato intrinseco, poi, veniva in origine collocata la bipartizione tra sindacato intrinseco debole e forte⁷⁸⁹, superata dalla giurisprudenza perché foriera di scontrarsi con il divieto di cui, oggi, all'art. 34 co. 2 c.p.a. e di sconfinare in cognizioni estese al merito non previste dall'ordinamento positivo⁷⁹⁰.

⁷⁸⁴ Cons. Stato, sez. IV, sent. n. 601/1999. DE PRETIS D., Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale, nota a Consiglio di Stato Sent. 601/1999, in “Giornale di diritto amministrativo”, 1999, 1179 ss.

⁷⁸⁵ S. Cognetti, Il controllo giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica: indeterminatezza della norma e opinabilità del fatto da sussumere, in Dir. e proc. amm., 2013, 349 ss.

⁷⁸⁶ D. DE PRETIS, *Valutazioni tecniche della Pubblica Amministrazione*, in *Diz. Dir. Pubbl.*, 2006, 6176 ss.; M. S. GIANNINI, *Problemi relativi al merito amministrativo e problemi connessi*, in *Stato e diritto*, 1941, 493.

⁷⁸⁷ Per entrambi si vd. R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 457.

⁷⁸⁸ Per un'applicazione giurisprudenziale, vd. Cons. Stato, sez. VI, 11 aprile 2006, n. 2001.

⁷⁸⁹ Cons. Stato, sez. VI, 14 marzo 2000, n. 1348; Id., 6 ottobre 2001, n. 5287.

⁷⁹⁰ Cons. Stato, 2 marzo 2004, n. 926.

Il sindacato forte, difatti, perciò anche detto sostitutivo, consentirebbe al g.a. di censurare gli apprezzamenti opinabili della P.A., anche a prescindere dall'accertamento sull'attendibilità della valutazione tecnica operata.

Nel sindacato debole, o non sostitutivo, invece, il giudice amministrativo verifica la verità del fatto e, per l'effetto, l'attendibilità della valutazione svolta dalla P.A. ma, tra più scelte attendibili, il suo sindacato si ferma, potendo essere l'opinabilità solo guardata "dall'esterno", secondo i parametri della ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione provvedimentoale.

La complessità del tema è stata fortemente arricchita negli ultimi anni, ancora una volta tramite l'intervento della corte EDU, la quale ha fornito ulteriori argomenti a favore della tesi che, valorizzando la peculiarità della funzione sanzionatoria, afferma la necessità di un sindacato più intenso rispetto a quello normalmente esercitato sui "comuni" provvedimenti amministrativi⁷⁹¹. Nella nota pronuncia *Menarini*, precisamente, la Corte di Strasburgo, pur concludendo per la natura sostanzialmente penale delle sanzioni irrogate dalla AGCM ha escluso la violazione dell'art. 6 CEDU proprio e nella misura in cui sia garantito un sindacato pieno, cd. di *full jurisdiction*, da parte del giudice amministrativo. Ora, questo concetto risulta, a ben vedere, difficilmente adattabile alle categorie dogmatiche della teoria generale di giustizia amministrativa. Forse anche questo, il binomio sindacato forte – sindacato debole viene nella sostanza ripreso dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che, con la sentenza del 20 gennaio 2014, n. 1013, hanno enunciato il principio di diritto secondo cui *“Il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicare della legittimità di tale provvedimento; ma quando in siffatti profili tecnici siano coinvolte valutazioni ed apprezzamenti che presentano un*

⁷⁹¹ Si fa riferimento alla giurisprudenza della Corte EDU sulle sanzioni formalmente amministrative ma sostanzialmente penali e sulle conseguenze in termini di sindacato giurisdizionale di Corte EDU, sent. 27 settembre 2011, *Menarini c. Italia*.

In dottrina, tra più, vd. F. GOISIS, *Discrezionalità e autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in *Riv. Dir. Com.*, 2013, 79 ss.; ID., *Un'analisi critica delle tutele procedurali e giurisdizionali attraverso la potestà sanzionatoria della Pubblica Amministrazione, alla luce dei principi dell'art. 6 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo. Il caso delle sanzioni per pratiche commerciali scorrette*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2013, 669 ss.

oggettivo margine di opinabilità (...) detto sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica che quel medesimo provvedimento non abbia esorbitato dai margini di opinabilità sopra richiamati, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell’Autorità Garante ove questa si sia mantenuta entro i suddetti margini”.

Nonostante l’affermata compatibilità dei limiti di sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica con la dimensione convenzionale, contributo fondamentale al lavoro apporta quell’Autore che, nel ripercorrere l’evoluzione dei limiti del sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica, evidenzia la divergenza tra giurisprudenza e dottrina. Come si è detto, per il Consiglio di Stato i fatti posti a fondamento dei provvedimenti dell’Autorità Garante possono essere pienamente verificati dal giudice amministrativo sotto il profilo della verità degli stessi, senza tuttavia sconfinare nel sindacato sull’opinabilità di una valutazione tecnica attendibile. Per la dottrina maggioritaria, invece, almeno laddove il procedimento amministrativo non offra l’effettività del contraddittorio, al giudice amministrativo spetta “l’ultima parola” sul corretto significato del “*concetto giuridico indeterminato*”⁷⁹². Sì che, sempre secondo l’Autore in parola, l’art. 6 CEDU dovrebbe implicare il passaggio da un sindacato intrinseco di attendibilità a un sindacato di “*maggior attendibilità*”, tale per cui “*il giudice dovrebbe verificare se la scelta compiuta dall’Autorità risulti la più attendibile tra quelle prospettate. Con la possibilità, quindi, di ritenere che la valutazione dell’Autorità, sebbene intrinsecamente attendibile, non meriti conferma, in quanto meno attendibile di quella prospettata dall’impresa sanzionata*”. (...) Diversamente opinando, infatti, “*la fondatezza dell’accusa che porta all’applicazione di una sanzione “penale” sarebbe accertata nel procedimento amministrativo e, quindi, al di fuori della garanzia del giusto processo*”⁷⁹³.

Senza dubbio, la peculiare conformazione funzionale dell’AGCM influisce sulla soluzione del problema relativo alla effettività della tutela giurisdizionale, che rimane

⁷⁹² Un’interessante analisi, *de iure condito* e *de iure condendo*, sui rapporti tra procedimento amministrativo e Costituzione è svolta da S. CASSESE, *La costituzionalizzazione del diritto amministrativo*, in AA.VV., *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Giappichelli, 2016, 516 ss.; M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Editoriale Scientifica, 2012. Vd. anche V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e «giusto procedimento»*, in *Giur. Cost.*, 1962, 130 ss.

⁷⁹³ R. GIOVAGNOLI, *Approfondimenti di diritto amministrativo*, Itaedizioni, 2018, 125-138.

dibattuto. In alcune ricostruzioni si parla di sindacato giurisdizionale deferente, sottolineando che le A.a.i. sono nate come “*alternativa all’affidamento al giudice di talune funzioni (...) caratterizzate da un così pronunciato grado di tecnicismo da richiedere attitudini e preparazione specializzate*”⁷⁹⁴. Viceversa, secondo altri, facendo leva sulle peculiarità distintive della funzione amministrativa sanzionatoria, il sindacato giurisdizionale ha da essere di “particolare ampiezza e intensità, ai confini del merito amministrativo”⁷⁹⁵.

A mezza via sta altra soluzione interpretativa, maturata consapevolmente dopo gli arresti CEDU. Precisamente, la natura di Autorità Amministrativa Indipendente, non solo imparziale ma anche neutrale nel perseguire interessi pubblicistici a elevato contenuto specialistico che, se avvinti nel circuito politica-amministrazione di cui all’art. 95 Cost., potrebbero essere compromessi, renderebbe la titolarità del potere sanzionatorio funzione propria e non prestata dall’autorità giurisdizionale ordinaria, come invece accade, si ribadisce, per le sanzioni *ex l. n. 689/81*. Sì che, seguendo questa dottrina, il sindacato del giudice amministrativo, cui è devoluta la cognizione sulle sanzioni amministrative da questa irrogate, altro non è che il “comune” sindacato di legittimità sull’esercizio del “potere altrui” (salvo per quello esteso al merito per il *quantum* della sanzione)⁷⁹⁶.

Cerchiamo, allora, di meglio traslare questo reticolato interpretativo nella materia che ci occupa. Nelle interdittive antimafia, si è visto che il D. Lgs. 159/2011 individua, dal punto di vista oggettivo, solo alcuni indicatori dell’infiltrazione della criminalità organizzata. Per il resto, dunque, la contestualizzazione delle risultanze istruttorie è rimessa alla discrezionalità del Prefetto. A tale dato si aggiunge il fatto che per l’emanazione dell’interdittiva è sufficiente il tentativo di infiltrazione, avente la finalità di condizionare le scelte dell’impresa, anche ove tale scopo non si sia realizzato in concreto. Ebbene, i due elementi appena citati consentono di delineare una discrezionalità peculiare, bifida, perché combina la prognosi sul pericolo di infiltrazione mafiosa (tipica dell’interdittiva antimafia) al momento della scelta discrezionale caratterizzata da opinabilità (tipica, appunto, della discrezionalità tecnica).

⁷⁹⁴ Cita questa ricostruzione R. GIOVAGNOLI, *Approfondimenti per il concorso in magistratura*, Edizioni Giuridiche Simone, 2014, 2, 167.

⁷⁹⁵ Anche questa impostazione è riportata in R. GIOVAGNOLI, *Approfondimenti per il concorso in magistratura, cit.*, 167.

⁷⁹⁶ R. GIOVAGNOLI, *Approfondimenti per il concorso in magistratura, cit.*, 172-173.

Vi è poi chi sostiene che la valutazione rimessa al Prefetto sia certamente opinabile e soggettiva ma non discrezionale, attenendo alla conoscenza di fatti, alla determinazione del loro valore indiziario, alla prova (anche non piena) della possibilità che un'impresa sia esposta a infiltrazioni da parte della criminalità organizzata. Secondo questa impostazione, *“il ricorso alla nozione di discrezionalità appare come la giustificazione di un sindacato giurisdizionale debole, che non intende accertare autonomamente la sussistenza dei presupposti di fatto necessari per la legittimità dei provvedimenti impugnati (...) e non si può trascurare che la tenuità del controllo giudiziale può spingere, e di fatto certamente spinge, l'Amministrazione a intravedere tentativi di infiltrazione sulla base di indizi insufficienti”*⁷⁹⁷.

Tant'è che non manca, infine, chi ritiene che in questo caso *“l'amministrazione non sia chiamata a compiere una valutazione comparativa dell'interesse pubblico primario rispetto a tutti gli altri interessi, quanto a esprimere un giudizio prognostico, connotato da un'evidente finalità preventiva, attraverso il quale verificare, anche in via induttiva, l'eventuale prossimità del soggetto destinatario della misura con rappresentanti della criminalità organizzata”*⁷⁹⁸. Ancora più precisamente, viene sostenuto che il procedimento logico alla base della decisione prefettizia deve essere scomposto *“in due momenti, tra loro nettamente distinti”*, consistenti, nell'ordine, *“in un'attività preliminare, volta a individuare e selezionare i fatti che verranno posti a fondamento della decisione”* e una successiva, *“più propriamente di tipo valutativo, attraverso la quale trarre gli elementi giustificativi della determinazione emanata ai sensi dell'art. 91 D. Lgs. n. 159/2011”*⁷⁹⁹. Ed è proprio questa segmentazione interna al procedimento di verifica antimafia, secondo la ricostruzione degli Autori appena richiamati, conferente a recente giurisprudenza amministrativa, soprattutto di merito, che connota il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti interdittivi antimafia.

Normalmente, infatti, si apprende che lo scrutinio giurisdizionale sul potere tecnico discrezionale prefettizio *“si arresta alla soglia dell'individuazione degli elementi sintomatici*

⁷⁹⁷ F.G. SCOCA, *Le interdittive antimafia*, cit., 5859.

⁷⁹⁸ F. FIGORILLI, W. GIULIETTI, *Contributo allo studio della documentazione antimafia*, cit., 90.

⁷⁹⁹ F. FIGORILLI, W. GIULIETTI, *Contributo allo studio della documentazione antimafia*, cit., 90. Lo studio applica analogicamente i risultati interpretativi maturati per l'istituto dello scioglimento ex art. 143 TUEL da F.G. SCOCA, *Scioglimento di organi elettivi per condizionamento della criminalità organizzata*, *Commento a Cons. Stato*, sez. III, 24 febbraio 2016, n. 748, in *Giur. It.*, 2016, 1724 ss.

*dell'eccesso di potere, rilevabili ictu oculi*⁸⁰⁰. Sì che, il vaglio del giudice amministrativo continuerebbe a ispirarsi all'impostazione tradizionale, incentrata sul controllo estrinseco della discrezionalità tecnica, vincibile, pertanto, solo in caso di (manifesta) illogicità, incoerenza e contraddittorietà.

La censurabilità delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere, lieve già secondo i canoni del diritto amministrativo comune⁸⁰¹, subirebbe nella materia che ci occupa una flessione ulteriore, alla luce di altri due fattori, specie se operanti sinergicamente.

Si fa riferimento, precisamente, alla valutazione del rischio di inquinamento mafioso in base al criterio della preponderanza sull'evidenza e all'apprezzamento (anche) non atomistico delle circostanze. Quanto a quest'ultimo, secondo la giurisprudenza prevalente, infatti, la valutazione del prefetto può ragionevolmente basarsi “*anche su un solo indizio, che comporti una presunzione, qualora essa sia ritenuta di tale precisione e gravità da rendere inattendibili gli elementi di giudizio ad essa contrari*”⁸⁰². Del pari, se è vero che il Prefetto è tenuto a esaminare tutti gli indizi di cui dispone, ben può valutarli nell'insieme, e non considerando gli stessi in maniera isolata, “*senza negare valore ad uno o più di essi sol perché equivoci, così da stabilire se sia comunque possibile ritenere accettabilmente probabile l'esistenza del fatto da provare*”⁸⁰³.

⁸⁰⁰ Sul punto, significativo il contenuto di A. LEVATO, *Potestà discrezionale del Prefetto e regime di impugnazione delle interdittive antimafia*, cit. che, nel riconoscere indubbio valore speciale della disciplina della legislazione amministrativa di contrasto alla criminalità organizzata di stampo mafioso, ricostruisce la categoria della discrezionalità prefettizia, confrontandola con lo statuto della discrezionalità tecnica nel diritto amministrativo in generale. Ancora, vd. C. FÈ, *Informativa prefettizia e sindacato del G.A.*, in *Corr. Mer.*, 8-9/2012, 8-9, 841 ss.; M.N. GRIBAUDI, *L'informativa prefettizia relativa ai tentativi di infiltrazione mafiosa: caratteri ed effetti*, in *Corr. mer.*, 2/2010, 211 ss.; V. NERI, *Informativa antimafia e contrasto alla criminalità organizzata*, in *Corr. mer.*, 8/9 2010, 801 ss.

⁸⁰¹ Sul vizio di legittimità dell'eccesso di potere, quanto a nozione, evoluzione e figure sintomatiche, in questa sede ci limitiamo a citare fonti autorevoli nella teoria generale, come G. SACCHI MORSIANI, *Eccesso di potere amministrativo*, in *Noviss. Dig. It.*, App., vol. III, Utet giuridica, 1982, 219 ss.; P. GASPARRI, *Eccesso di potere*, in *Enc. Dir.*, vol. XIV, Giuffrè, 1965, 124 ss.; F. BASSI, *Lo straripamento di potere (Profilo storico)*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1964, 245 ss. Più di recente, R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli, ed. 2017, 469-553.

⁸⁰² In termini, V. SALAMONE, *Il sistema della documentazione antimafia*, cit. Per la giurisprudenza sul punto, vd., tra più, Cons. Stato, sez. III, sent. n. 4555/2016. Nella giurisprudenza civile, del resto, si legge che “*il ragionamento indiziario può fondarsi anche su un unico elemento presuntivo, purché non contrastato da altro ragionamento presuntivo si segno contrario, con la conseguenza che il requisito della concordanza, previsto dall'art. 2729 c.c., perde il carattere di requisito necessario e finisce per essere elemento eventuale della valutazione presuntiva, destinato ad operare solo laddove ricorra una pluralità di presunzioni*”, Cass. Civ., sez. I, sent. n. 4472/2003.

⁸⁰³ In termini, A. LEVATO, *Potestà discrezionale del Prefetto*, cit.

Discorso più articolato deve essere svolto, invece, relativamente alla valutazione del rischio di inquinamento mafioso in base al criterio della preponderanza sull'evidenza. In prospettiva più generale, la dottrina nota che la disciplina del processo amministrativo non offre “*decisive indicazioni*” circa i “*modelli esplicativi della modalità di scrutinio utilizzate dal giudice amministrativo*”⁸⁰⁴. Superando i consueti canoni maturati per risolvere, nel caso concreto, il “rompicapo” del riparto di giurisdizione, solo astrattamente decodificato dall’art. 7 c.p.a., la dottrina ora in commento studia le tipologie di sindacato giurisdizionale con la lente delle (altrettante tipologie) di regole di inferenze logica. Per inferenza logica si intende il complesso “*di canoni, appunto logici, relativi a quel processo attraverso il quale, partendo da una premessa, si giunge a un enunciato conclusivo che può essere (anche cumulativamente) una qualificazione giuridica, la prova di un elemento della fattispecie, la valutazione circa l’integrazione di un presupposto per l’applicazione di una norma, il contenuto decisivo di una statuizione e così via*”⁸⁰⁵. La peculiarità della prospettiva percorsa da questa dottrina sta nell’individuare i casi e le modalità in cui il ricorso alla inferenza logica sia fatto prima dalla P.A. e, successivamente, in sede giurisdizionale, dal momento che non necessariamente esiste una perfetta coincidenza tra “*metodo logico sostanziale applicato dall’ente pubblico decisore e quello processuale utilizzato dal giudice*”⁸⁰⁶. Sì che, nella generalità di casi, si nota come la regola di inferenza sia uno “*strumento utilizzato esclusivamente dal giudice nell’ambito processuale*”⁸⁰⁷.

Nella materia della documentazione antimafia, invece, accade che la regola di inferenza per cui da determinati fatti è più probabile che non la sussistenza del pericolo di infiltrazione mafiosa è stata già applicata dalla Prefettura e il giudice adito è chiamato “soltanto” a verificarne l’impiego, arrestandosi così le regole di inferenza “*a una soglia*”

⁸⁰⁴ F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Il giudice amministrativo e l’inferenza logica: “più probabile che non” e “oltre”, “rilevante probabilità” e “oltre ogni ragionevole dubbio”. Paradigmi argomentativi e rilevanza dell’interesse pubblico*, in *Il dir. dell’ec.*, 2018, 3, 1127.

⁸⁰⁵ F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Il giudice amministrativo e l’inferenza logica, cit.*, 1128. Ricordano questi Autori che “l’inferenza può essere di tre tipi: induttiva (che, sulla base di una serie di elementi fattuali, procede “verso” la definizione di una regola o di una spiegazione causale); deduttiva (che procede “da” una regola, con un ragionamento a priori, tale per cui la conclusione può essere raggiunta prima ancora di verificarne la verità alla luce dei dati dell’esperienza); abduttiva (che fa perno sulla definizione di una ipotesi possibile da sottoporre a successivo vaglio)”.

⁸⁰⁶ F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Il giudice amministrativo e l’inferenza logica, cit.*, 1130.

⁸⁰⁷ F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Il giudice amministrativo e l’inferenza logica, cit.*, 1130.

*inferiore*⁸⁰⁸. Secondo la dottrina in commento, lo standard probatorio richiesto al giudice in sede di controllo è comunque rigoroso, ancorché non sia necessario dimostrare “*l’insussistenza di qualsivoglia ipotesi alternativa plausibile e, dunque, che si scartino – falsificandole progressivamente e neutralizzandole – tutte le ricostruzioni alternative, o che, addirittura, il prefetto provi che esse si configurerebbero come ipotesi solo teoriche, sfornite di appigli nella realtà (esterne al “mondo possibile”)*”⁸⁰⁹.

Come rilevato nel costante orientamento giurisprudenziale in materia “*il quadro indiziario dell’infiltrazione mafiosa posto a base dell’informativa deve evidenziare fatti aventi le caratteristiche di gravità, precisione e concordanza dai quali (...) il Prefetto, prima, e il giudice amministrativo, dopo, chiamato a verificare l’effettivo pericolo di infiltrazione mafiosa, possa pervenire in via presuntiva alla conclusione ragionevole e più probabile (...) che sussista il mero “rischio” di permeabilità dell’impresa, e non dell’avvenuta infiltrazione, da parte di associazioni mafiose, valutate e contestualizzate tutte le circostanze di tempo, di luogo e di persona*”⁸¹⁰. La regola di giudizio che verifica la sussistenza di un rapporto di probabilità cruciale⁸¹¹ tra determinati accadimenti storici e il pericolo di infiltrazione mafiosa si atteggia in modo peculiare rispetto ad altri settori proprio perché viene “*integrata da dati di comune esperienza, evincibili dall’osservazione di fenomeni sociali, quale è, anzitutto, anche quello mafioso*”⁸¹². Ebbene anche questa dottrina, “imparziale” nell’affrontare il tema che ci occupa perché interessata a studiare le inferenze logiche giurisdizionali in generale, non ritiene patologica ma, piuttosto, necessaria, la peculiare flessione che l’argomento oggetto di disamina subisce al cospetto delle esigenze funzionali-pubblicistiche che il sistema della documentazione antimafia si propone di soddisfare. La stessa, difatti, non solo condivide che l’interdittiva costituisce “*la frontiera più avanzata della prevenzione da contaminazioni mafiose nella economia legale e dunque in ossequio ai valori di libertà, sicurezza e dignità umana che costituiscono limiti costituzionali all’esercizio della iniziativa economica*”⁸¹³ ma,

⁸⁰⁸ F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Il giudice amministrativo e l’inferenza logica*, cit., 1143.

⁸⁰⁹ F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Il giudice amministrativo e l’inferenza logica*, cit., 1147.

⁸¹⁰ Tra più, Cons. Stato, sez. III, 12 marzo 2018, n. 1563; Id., 12 settembre 2017, n. 4295; Id., 28 giugno 2017, n. 3171.

⁸¹¹ Cons. Stato, sez. III, 27 novembre 2018, n. 6727; Id., 6 luglio 2017, n. 3333; Id., sez. III, 28 giugno 2017, n. 3173.

⁸¹² Cons. Stato, sez. III, 27 novembre 2018, n. 6707; Id., 12 luglio 2018, n. 4278.

⁸¹³ In termini, Cons. Stato, sez. III, ord. 13 dicembre 2018, n. 6025.

altresì, riconosce espressamente che così “*si giustifica qualora osservata dal punto di vista della gravità delle limitazioni che ne derivano per i soggetti colpiti*”⁸¹⁴.

Tutto quanto finora riportato, come già si è detto anche nel corso del Capitolo III, secondo altri studi, non pone ancora al riparo dalla possibile violazione dell’art. 6 CEDU⁸¹⁵. Dall’altro, comunque, non giustifica a sufficienza l’arretramento che la giurisprudenza amministrativa compie rispetto alla nota pronuncia delle Sezioni Unite n. 1013/2014 *cit.* che, pur resa in punto di valutazioni economiche complesse dell’A.G.C.M., offre un principio generale sui limiti del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti frutto di discrezionalità tecnica⁸¹⁶. Per scongiurare i rischi derivanti da un sindacato giurisdizionale tenue sui provvedimenti interdittivi, la recente dottrina avverte che il perno attorno cui ruota il fondamento preventivo di queste misure è costituito dalla “*veridicità dei fatti (...), per cui non si comprendono quali ragioni inibiscano al giudice ogni accertamento che esuli dalla verifica della sola ragionevolezza e illogicità del provvedimento impugnato*”⁸¹⁷. Il timore di sconfinare nel perimetro della “riserva di Amministrazione”, da cui deriva un sindacato giurisdizionale debole sui provvedimenti interdittivi antimafia, si acquieta “*tenendo nettamente distinto (...) il tratto dell’azione amministrativa finalizzato alla raccolta dei dati e degli elementi di fatto meritevoli di attenzione da parte dell’autorità prefettizia dalla loro successiva valutazione in termini di pericolosità*”⁸¹⁸. Soltanto recentemente si scorge qualche pronuncia ove viene affermato che “*il giudice amministrativo è, a sua volta, chiamato a valutare la gravità del quadro indiziario, posto a base della valutazione prefettizia in ordine al pericolo di*

⁸¹⁴ F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Il giudice amministrativo e l’inferenza logica, cit.*, 1145.

⁸¹⁵ Sul punto, tra i numerosi contributi, utile è il contributo di C.E. PALIERO, *Materia penale e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo: una questione “classica” e una svolta radicale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1985, 894 ss.

⁸¹⁶ Il problema dei limiti di sindacato sulla discrezionalità tecnica nelle interdittive antimafia pare poi duplicarsi se si pensa alla cd. informativa prefettizia atipica o supplementare, di cui all’art. 1 *septies* d.l. n. 629/1982 (conv. In l. n. 726/1982) che, non vincolando la stazione appaltante, rimette a quest’ultima un secondo momento di valutazione, caratterizzato da ulteriore discrezionalità, circa l’idoneità e l’affidabilità dell’operatore economico. Sull’istituto ci siamo soffermati nel corso del capitolo II.

⁸¹⁷ F. FIGORILLI, W. GIULIETTI, *Contributo allo studio della documentazione antimafia, cit.*, 91.

⁸¹⁸ F. FIGORILLI, W. GIULIETTI, *Contributo allo studio della documentazione antimafia, cit.*, 92, coltivano il parallelismo con la giurisprudenza sviluppatasi sullo scioglimento dei consigli comunali e provinciali ex art. 143 TUEL spiegato da F.G. SCOCA, *Scioglimento di organi elettivi per condizionamento della criminalità organizzata, cit.*, 1724, secondo il quale “qualsiasi limitazione del sindacato giurisdizionale sui fatti, “sotto il profilo della loro idoneità probatoria, o sintomatica, non è giustificata ed è anzi in pieno contrasto con il codice del processo amministrativo...e, più in generale, con i principi del giusto processo e della effettività della tutela giurisdizionale (artt. 1 e 2 del codice)”.

*infiltrazione mafiosa, e il suo sindacato sull'esercizio del potere prefettizio consente non solo di sindacare l'esistenza o meno di questi fatti, che devono essere gravi, precisi e concordanti, ma di apprezzare la ragionevolezza e la proporzionalità della prognosi inferenziale che l'autorità amministrativa trae da quei fatti*⁸¹⁹. Si può discutere, tuttavia, sull'operatività in concreto e sulle modalità di pieno accesso al fatto in un campo, quelle delle verifiche antimafia, ove non pare potersi fare ricorso ai consueti strumenti della CTU e della verifica, cui sopra è stato accennato, alla luce del peculiare concetto giuridico indeterminato, quello del tentativo di infiltrazione mafiosa, richiesto dall'art. 84 co. 4 D. Lgs. n. 159/2011.

Come ricordato nel corso del lavoro, il rilascio del provvedimento interdittivo poggia, in molti casi, su una relazione riservata a opera delle forze dell'ordine, dei nuclei interforze ovvero dell'autorità giudiziaria. Sì che, almeno prima della riforma del 2021, il pieno accesso al fatto da parte del giudice amministrativo andrebbe di pari passo con la facoltà dei destinatari del provvedimento di contestare, in giudizio, la veridicità di elementi unilateralmente acquisiti dal prefetto nel corso del procedimento e "svelati" soltanto a corredo di un'interdittiva già efficace. Come riconosciuto dallo stesso Consiglio di Stato, "*è evidente che la deduzione, per la sua natura indiziaria, è suscettibile di verifica, positiva o negativa, e questa trova il suo principale banco di prova, più ancora che nel contraddittorio procedimentale, nella dialettica processuale, allorché l'impresa destinataria della misura interdittiva è messa in condizione di offrire letture alternative dei fatti posti a fondamento del provvedimento, inficiando il giudizio di condizionabilità criminale espresso nei suoi confronti*"⁸²⁰. Del resto, come si è già avuto modo di evidenziare in più luoghi di questo lavoro, è vero che la stessa Corte EDU ha individuato nel canone della *full jurisdiction* la via per compensare e recuperare il contraddittorio mancato in seno al procedimento, ma a tale approdo è pervenuta in ipotesi relative all'esercizio di poteri sanzionatori ascrivibili alla "materia penale".

A ben vedere, effettivamente, come nota attenta dottrina, "*non tutte le sanzioni che orbitano nella galassia della materia penale soggiacciono allo stesso identico regime.*

⁸¹⁹ Cons. Stato, sez. III, 5 settembre 2019, n. 6105. Riprende questo precedente, implementandone l'argomentazione a sostegno, Cons. Stato, sez. III, 20 aprile 2021, n. 3182, con nota di G. D'ANGELO, *Il tentativo d'infiltrazione mafiosa ai fini dell'adozione dell'informazione interdittiva, tra garanzie procedurali, tassatività sostanziale e sindacato giurisdizionale*, in *Foro It.*, 2021, 146, 10, 517 ss.

⁸²⁰ Cons. Stato, sez. III, 12 agosto 2019, n. 5678.

All'interno dell'ampia ed inclusiva nozione di accusa penale, la Corte di Strasburgo tende, infatti, a distinguere tra il cd. <<hard core of criminal law>>⁸²¹ e le c.d. <<minor offences>>⁸²². Questa distinzione, allora, consente di attribuire alle “minor offences” una riconducibilità parziale allo statuto convenzionale riservato alla materia penale, nel senso che, appunto, eventuali violazioni delle garanzie previste dall'art. 6 CEDU in sede procedimentale possono essere superate nella successiva fase giurisdizionale, nella misura in cui al giudice adito sia consentito, appunto, un sindacato di “full jurisdiction”⁸²³. Detto altrimenti, “se è vero che per i giudici europei anche le sanzioni più lievi possono essere ricondotte nella materia penale, non è men che men vero che per questi giudici la minore entità della sanzione influisce sul grado delle garanzie richieste nella fase procedimentale”⁸²⁴.

Così, anche accedendo alla loro qualificazione in termine di sanzione sostanzialmente penale, lo stesso principio risulterebbe applicabile alla materia dei provvedimenti interdittivi antimafia, “in conseguenza della progressiva affermazione di una concezione ampia del diritto di difesa, in grado di estendere le garanzie previste dall'art. 6 CEDU anche nel corso dello svolgimento dell'azione amministrativa”⁸²⁵. Se è vera, come pare, la funzione recuperatorio-compensativa della “full jurisdiction”, in prospettiva rovesciata si rileva che permangono differenze sostanziali tra giusto processo e giusto procedimento. È dato acquisito che la categoria dogmatica del “contraddittorio” è “polisemica” e comprensiva di diritti e facoltà che cambiano a seconda del tipo di procedimento e, in sede giurisdizionale, del tipo di processo⁸²⁶.

Come nota altra dottrina, “il più alto livello di contraddittorio è certamente quello di matrice processuale: il contraddittorio orizzontale e paritario (...) con il riconoscimento del diritto, in capo al soggetto interessato, di interloquire in ogni fase del procedimento. (...) Il contraddittorio procedimentale è, invece, normalmente di tipo verticale (...) ed ha

⁸²¹ Così Corte EDU, 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlandia*.

⁸²² P. PROVENZANO, *Note minime in tema di sanzioni amministrative e “materia penale”*, cit., 1094. Distingue le “minor offences”, Corte EDU, 21 febbraio 1984, *Oztürk c. Germania*.

⁸²³ L'affermazione così si lega a quella dottrina che afferma «che la regola è quella della soddisfazione fin da subito, nel procedimento amministrativo, delle garanzie del giusto processo [e che,] ove ciò non sia possibile, nei limiti delle minor offences, è ammessa anche — in via d'eccezione — sulla soddisfazione ex post, in sede giurisdizionale». Così, F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, cit., 69.

⁸²⁴ S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, cit., 173.

⁸²⁵ F. FIGORILLI, W. GIULIETTI, *Contributo allo studio della documentazione antimafia*, cit., 95 e bibliografia ivi richiamata.

⁸²⁶ Cons. Stato, sez. VI, 26 marzo 2016, n. 1596.

*essenzialmente una funzione collaborativa e partecipativa, piuttosto che difensiva*⁸²⁷. Tanto avviene fisiologicamente, perché, mentre il contraddittorio processuale è strutturato tra due parti in posizione paritetica, P.A. e privato destinatario dell'esercizio del potere, quello procedimentale è conformato come relazione tra due parti di cui una, il privato, risulta subordinata rispetto all'Amministrazione titolare del potere, che cumula funzioni istruttorie e decisorie. Sì che, una corretta anticipazione delle garanzie del giusto processo al procedimento amministrativo richiederebbe, a ben vedere, *“una separazione (non solo funzionale ma soggettiva) tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie”*⁸²⁸. E però, anche nella materia delle verifiche prefettizie antimafia, abbiamo già riscontrato la coincidenza tra autorità amministrativa che compie l'istruttoria e quella che rilascia il provvedimento finale. Anche se questa naturale distonia tra dialettica procedimentale e dialettica processuale tuttora permane, il lamentato *deficit* del contraddittorio procedimentale nella materia delle verifiche prefettizie antimafia si ritiene superato dalla riforma dell'art. 92 D. Lgs. n. 159/2011, su cui molto ci si è spesi nel corso del Capitolo III.

Esaurito questo brevissimo parallelismo tra contraddittorio procedimentale e processuale, tornando al sindacato giurisdizionale sui provvedimenti interdittivi antimafia, vi è un ulteriore elemento da rilevare per suscitare un ripensamento in quella, pur cospicua e autorevole, parte della dottrina che ritiene ancora insufficiente “l'accesso” che il giudice amministrativo ha alla manifestazione provvedimento prefettizia. Si è detto che l'accesso ai fatti oggetto della prognosi di pericolosità dell'infiltrazione mafiosa si compone delle evidenze raccolte dal Prefetto e dei fatti impeditivi, estintivi o comunque contrari offerti dai destinatari della verifica antimafia.

Il complesso di questi, come normalmente accade nel sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica, è suscettibile di verità o falsità, in termini di accadimento o non accadimento. Ma un conto è verificare l'accadimento o meno di determinati fatti storici, altro conto è verificare la correttezza del giudizio di condizionabilità criminale, come prognosi di pericolo di infiltrazione mafiosa. In disparte dagli aspetti pertinenti l'inferenza logica della probabilità cruciale, su cui prima ci siamo soffermati, la peculiarità del concetto giuridico indeterminato richiamato all'art. 84 D. Lgs. n. 159/2011 impone di interrogarsi sulla base

⁸²⁷ R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 469.

⁸²⁸ R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 470.

gnoseologica cui il giudice amministrativo può attingere per verificare se da determinati fatti storici possa desumersi il pericolo dell'infiltrazione mafiosa. Ebbene anche su questo punto, metaforicamente a chiusura del perimetro delle problematiche che abbiamo evidenziato nel corso di ciascun paragrafo del presente capitolo, si nota come un ruolo fondamentale e dirimente sia svolto dalla "cultura del precedente"⁸²⁹.

Con questa espressione, si allude, in generale, alla stratificazione coerente e omogenea delle interpretazioni giurisprudenziali. Vi è però acuta dottrina che propone un ampliamento di questa nozione, tanto da ricomprendere e coinvolgere sinergicamente sia il giudice che la P.A., in qualità di pari istituzioni che concorrono a riempire di significato il concetto giuridico indeterminato. Sì che, anche nella materia delle interdittive antimafia, potrebbe operare, e, anzi, sembra che già bene operi, "*un continuum tra giurisdizione e amministrazione*"⁸³⁰ nell'elaborare regole stabili e prevedibili, *ex ante*, nonché sindacabili, *ex post*, per gli operatori economici coinvolti, pur senza mai compromettere il valore della certezza del diritto e delle situazioni giuridiche soggettive. Del resto, sebbene l'Autore ora in commento sviluppi la sua indagine sull'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, non si vedono motivi per escludere il precipitato cui lo stesso perviene al sistema della documentazione antimafia, per almeno due ordini di ragioni. In primo luogo, perché anche questa materia risente di quel "*radicale mutamento del rapporto tra autorità, società e ruolo del diritto pubblico, cessando quest'ultimo, di essere sempre e comunque strumento di limitazione del potere e caratterizzandosi, invece, per una funzionalizzazione alla garanzia della concorrenza*"⁸³¹. In secondo luogo, pur consapevoli delle differenze strutturali che intercorrono tra Autorità Amministrative Indipendenti e Autorità Amministrative "tradizionali", ossia rientranti nel circuito congegnato all'art. 95 Cost., perché le verifiche antimafia richiedono valutazioni di tipo investigativo, rispetto alle quali "*il prefetto (e gli organi di polizia che a lui si rapportano) possiede una competenza difficilmente replicabile all'esterno della pubblica*

⁸²⁹ S. PIVA, *Concetti giuridici indeterminati, sindacato del Giudice amministrativo e principi CEDU*, cit., 12 e bibliografia ivi richiamata.

⁸³⁰ S. PIVA, *Concetti giuridici indeterminati, sindacato del Giudice amministrativo e principi CEDU*, cit., 12.

⁸³¹ F. CRUPI, *Interdittive a cascata*, op. cit., 11.

amministrazione”, caratterizzata da “*peculiare ed elevata competenza*” specialistica, “*diversamente da quanto accade in altri campi*” del diritto amministrativo⁸³².

⁸³² L. CESTARO, *L'impugnazione dell'informazione antimafia e il sindacato del giudice amministrativo*, in AA. VV., G. Amarelli, S. Sticchi Damiani (a cura di), *Le interdittive antimafia*, *op. cit.*, 145-146.

CONCLUSIONI

Nel tentativo di assicurare una certa tenuta sistematica nei risultati scientifici, l'esito del percorso di ricerca conduce verso le conclusioni che qui seguono. Prima di tirare le fila dell'indagine, però, è utile e opportuno riepilogare i principali elementi che compongono lo statuto giuridico del sistema della documentazione antimafia. Ancora una volta, soccorre la giurisprudenza amministrativa, che sintetizziamo, riportandone i passi essenziali, in questi punti:

“a) la valutazione prefettizia deve fondarsi su elementi gravi, precisi e concordanti che, alla stregua della logica del ‘più probabile che non’, consentano di ritenere razionalmente credibile, oltre che fondato su irrinunciabili dati di esperienza, il pericolo di infiltrazione mafiosa in base ad un complessivo, oggettivo, e sempre sindacabile in sede giurisdizionale, apprezzamento dei fatti nel loro valore sintomatico;

b) gli elementi di inquinamento mafioso, ben lungi dal costituire un numerus clausus, assumono forme e caratteristiche diverse secondo i tempi, i luoghi e le persone e sfuggono, per l'insidiosa pervasività e mutevolezza, innanzitutto sul piano sociale, del fenomeno della criminalità organizzata, ad un preciso inquadramento⁸³³, ma devono pur sempre essere ricondotti ad una valutazione unitaria e complessiva, che imponga all'autorità e consenta al giudice di verificare la ragionevolezza o la logicità dell'apprezzamento discrezionale, costituente fulcro e fondamento dell'informativa, in ordine al serio rischio di condizionamento mafioso;

c) quest'ultima regola si palesa consentanea alla garanzia fondamentale della ‘presunzione di non colpevolezza’ di cui all'art. 27, comma 2, Cost., alla quale è ispirato anche l'art. 6 CEDU, cosicché è evidente che l'istituto dell'informativa antimafia non possa in alcun modo ricondursi all'alveo della garanzia anzidetta, in quanto non attiene ad ipotesi di affermazione di responsabilità penale, ma riguarda la prevenzione amministrativa antimafia, secondo una logica che nulla ha a che fare con le esigenze del diritto punitivo e del sistema sanzionatorio;

d) per un'equilibrata ponderazione dei contrapposti valori costituzionali in gioco – la libertà di impresa, da un lato, e la salvaguardia della legalità sostanziale delle attività economiche

⁸³³ Cons. Stato, sez. III, n. 1743/2016, *cit.*

dalle infiltrazioni mafiose– non può pensarsi che l'autorità statale contrasti con 'armi impari' la pervasiva diffusione delle organizzazioni mafiose, che hanno, nei sistemi globalizzati, vaste reti di collegamento e profitti criminali quale 'ragione sociale' per tendere al controllo di interi territori"⁸³⁴.

Il problema della natura giuridica dei provvedimenti interdittivi antimafia resta da sciogliere come un nodo gordiano. La difficoltà nel concludere nel senso della natura sostanzialmente penale o meno risente, in fondo, del timore che l'effettività della legislazione di contrasto alla criminalità organizzata sia, in certa misura, pregiudicata o, comunque, minata. Ciò non comporta, evidentemente, l'eliminazione dall'ordinamento giuridico degli istituti di prevenzione amministrativa, specie se in funzione di contrasto all'odioso fenomeno della criminalità organizzata di stampo mafioso, quanto, piuttosto, richiede di rimodellarne la fisionomia, per garantire la certezza del diritto, l'uniformità nella sua applicazione e deflazionare un contenzioso che pare in costante ascesa. Del pari, come si è detto, l'autoqualificazione interna degli istituti, a livello legislativo ovvero giurisprudenziale, pur se condivisa pacificamente, non resta perciò immune da censure da parte della giurisprudenza sovranazionale.

Ciò che sembra tanto più verosimile con riferimento all'istituto della documentazione antimafia guardando al terzo criterio *Engel*, quello del "grado di severità" della misura "sanzionatoria". Anche a prescindere da questo articolato quesito interpretativo, forse destinato, *jure sic stante*, a rimanere insoluto, l'obbiettivo che questa ricerca si è posta risiede nell'intercettare un denominatore comune sull'applicazione del principio di legalità di matrice convenzionale. L'esigenza di prevedibilità, che si pone al bivio tra perseguimento dell'interesse pubblico e limitazione dei diritti della persona, non si pone in termini pieni quando si parla di libertà di iniziativa economica privata, *rectius*, di impresa, che costituisce diritto fondamentale soltanto nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea. Sì che, avendo quest'ultima lo stesso valore giuridico dei Trattati Istitutivi, ne deriva una diretta vincolatività per gli Stati membri.

Ci si è chiesto, allora, se, sul piano normativo, l'art. 41 co. 2 Cost. possa fungere da controlimite per legittimare o, più precisamente, per giustificare la scarna determinatezza

⁸³⁴ Tra più, Cons. Stato, sez. III, sent. n. 1109/2017; Id., sent. n. 1080/2017; Id., sent. n. 672/2017; Id., sent. n. 565/2017; Id., sent. n. 4121/2016.

dell'art. 84 D. Lgs. 159/2011, con riferimento particolare alla informativa interdittiva generica di cui all'art. 84 co. 4 lett. d) ed e) *cit.* Detto altrimenti, sebbene l'iniziativa economica privata non possa svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana, difficilmente può ritenersi che la tutela di questi valori sia del tutto inconciliabile con una maggior tipizzazione dei comportamenti che mirano a recarvi pregiudizio. Non solo. Secondo la prospettiva di diritto costituendo, sembra a chi scrive ancora attuale la critica manifestata dalla dottrina che evidenzia l'opportunità di sottrarre "*in qualche misura l'interdittiva alla sua attuale impostazione come misura di polizia*"⁸³⁵.

Sebbene questa conclusione sia contenuta in scritti del recente passato, alcune delle questioni problematiche sollevate possono essere utilizzate ancora oggi. Ad avviso di questo Autore, precisamente, profili di illegittimità costituzionale investirebbero la competenza, il procedimento, gli effetti delle informazioni interdittive e le forme di tutela. Sì che, quanto alla competenza, dovrebbe essere quantomeno devoluta ad un'autorità collegiale, ferma l'adozione della misura interdittiva da parte dell'Autorità amministrativa e non da quella giurisdizionale.

Circa il procedimento, emerge l'opportunità di applicare la disciplina generale del procedimento amministrativo, dato, altresì, l'immediato effetto inibitorio/caducatorio sui rapporti in essere con la P.A. e l'efficacia territoriale nazionale dell'interdittiva. Tanto varrebbe a scongiurare la violazione dell'art. 97 Cost. Relativamente all'art. 3 Cost. (come ragionevolezza e parità di trattamento), invece, l'automaticità nell'adozione della misura al riscontro del pericolo di infiltrazione e l'omogeneità nell'effetto interdittivo sono oggi certamente risolte o, almeno, temperate, dall'adozione delle misure di mitigazione.

Per le forme di tutela, il baricentro ruota intorno al rapporto tra diritti fondamentali della persona e libertà costituzionalmente garantite dell'impresa. Non si può dubitare del fatto che le informative prefettizie possano incidere, oltre che, direttamente, sull'impresa, anche indirettamente sulle persone fisiche (un esempio per tutti: il tentativo di infiltrazione desunto da rapporti parentali o altre relazioni sociali compromettenti).

Ebbene, se per la dimensione impugnatoria dell'interdittiva le criticità si concentrano per lo più, come visto, sull'intensità della cognizione devoluta al giudice amministrativo,

⁸³⁵ F.G. SCOCA, *Razionalità e costituzionalità della documentazione antimafia in materia di appalti pubblici*, in *Giustamm.*, 2013, 6, *passim*.

permane comunque, secondo la riportata dottrina, il problema della tutela della persona fisica, quando indirettamente lambita dall'adozione dell'interdittiva⁸³⁶. Sì che, anche alla luce di quanto riferito circa i limiti di sindacabilità della discrezionalità tecnica, la valutazione complessiva sull'esposizione dell'ente all'infiltrazione criminale sconterebbe una tutela inappropriata per l'onorabilità e dignità delle persone fisiche, almeno ogni volta in cui gli elementi raccolti a loro carico si risolvano in un giudizio di personale vicinanza e strumentalità alla mafia.

L'assunto è quanto mai attuale se si pone mente alla recentissima sentenza dell'Adunanza Plenaria del 28 gennaio 2022, n. 3, che esclude la legittimazione attiva a impugnare il provvedimento interdittivo antimafia per gli amministratori e i soci della persona giuridica dello stesso destinatari, ponendo fine a impostazioni distinte sorte nel tempo in seno alla giurisprudenza amministrativa⁸³⁷. Per un primo orientamento, il ricorso proposto da soggetti diversi dall'impresa è ritenuto inammissibile perché *“il decreto prefettizio può essere impugnato solo dal soggetto che ne patisce gli effetti diretti sulla sua posizione giuridica di interesse legittimo”*⁸³⁸. Di contrario avviso alcuni precedenti, di poco più risalenti, che ammettono tale legittimazione a tutela di un proprio interesse morale, unitamente alla pronuncia di rimessione⁸³⁹. Quest'ultima, precisamente, argomenta per la legittimazione attiva delle persone fisiche in termini di “compensazione” rispetto alla pretermissione delle garanzie procedimentali, ancorché detti soggetti⁸⁴⁰ non siano destinatari formali del

⁸³⁶ Si vd., in argomento, anche A. CARIOLA, *Che contenuto ha la libertà personale? Interdittive antimafia, sindacato sull'esercizio del potere amministrativo e problemi di giurisdizione*, in *Diritti fondamentali.it*, 4 marzo 2021.

⁸³⁷ Il deferimento della questione risale alla sentenza non definitiva 19 luglio 2021 n. 726, con cui il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana chiede, per quel che qui interessa, “se in materia di impugnazione di interdittive antimafia vada, o meno, riconosciuta, in capo ad ex amministratori e soci della società attinta, autonoma legittimazione a ricorrere, avuto riguardo alla situazione giuridica dedotta in giudizio, e se gli stessi vadano ritenuti soggetti che patiscano “effetti diretti” dall'adozione di provvedimenti di siffatta natura”.

⁸³⁸ Cons. Stato, sez. III, 14 ottobre 2020 n. 6205; Id., 22 gennaio 2019, n. 539; Id., 16 maggio 2018, n. 2895; Id., 11 maggio 2018, nn. 2824 e 2829.

⁸³⁹ In Cons. Stato, sez. III, 4 aprile 2017 n. 1559, a impugnare il provvedimento interdittivo sono ex amministratori della società, o loro parenti, menzionati nell'interdittiva quali soggetti partecipi degli elementi indiziari da cui viene desunto il pericolo di condizionamento di stampo mafioso. Ebbene, come rileva l'Adunanza Plenaria nella pronuncia in discorso, ivi la legittimazione attiva viene ritenuta sussistente “in ragione della lesione concreta ed attuale della situazione professionale e patrimoniale dei soggetti che abbiano dovuto rinunciare all'incarico di amministratori della società, nonché sotto il profilo della potenziale lesione dell'onore e reputazione personale dei soggetti sui quali nel provvedimento venga ipotizzato un condizionamento mafioso”. Ad analoga conclusione perviene Cons. Stato, sez. III, 7 aprile 2021 n. 2793, nella diversa fattispecie di scioglimento dell'organo consiliare comunale ex art. 143 del D. Lgs. n. 267/2000.

⁸⁴⁰ Cons. giust. Amm. Reg. Sic., 19 luglio 2021, n. 726 *cit.*, precisamente distingue i pregiudizi patiti a seconda della posizione della compagine societaria. Così, dal rilascio del provvedimento interdittivo, i soci perderebbero “ogni

provvedimento interdittivo antimafia, stigmatizzando una “*evidente tensione (...) con i principi eurounitari (n.d.r.: cioè il principio del contraddittorio prima dell’adozione di provvedimenti che incidono sensibilmente su interessi di soggetti specifici), oltre che con i principi costituzionali di cui agli artt. 24 e 111 Cost.*”. Dal combinato disposto degli artt. 24 e 113 Cost., tuttavia, si ricava che la legittimazione ad agire nel processo amministrativo si fonda sulla presenza di un interesse legittimo che viene leso dall’esercizio del potere amministrativo. Ebbene, l’Adunanza Plenaria si mostra consapevole delle diverse sfumature che la legge n. 241/90 attribuisce alla partecipazione procedimentale, ora secondo il suo art. 7, ora secondo il suo art. 9, altrettanto compendiate in sede processuale, nei distinti istituti della legittimazione ad agire o a resistere e dell’intervento (*ad adiuvandum* o *ad opponendum*)⁸⁴¹, come pure delle recenti modifiche operate dal d.l. 6 novembre 2021 n. 152 agli artt. 92 e 93 del D. Lgs. n. 159/2011.

Il richiamo alla novella, tuttavia, non risulta funzionale soltanto a mitigare l’asserita scarsità delle garanzie procedurali quanto, piuttosto, a confermare che di esse possono fruire, per espressa scelta dell’ordinamento, soltanto i soggetti (formalmente) destinatari della verifica antimafia e del suo epilogo provvedimento. Sì che, a ben notare, le persone fisiche che “partecipano”, a vario titolo, alla compagine della persona giuridica destinataria del provvedimento interdittivo solo indirettamente sono colpite dall’esercizio del potere e, per l’effetto, non possono dirsi titolari di un interesse legittimo nei confronti della Pubblica Amministrazione procedente. In questi termini l’Adunanza Plenaria risolve, in senso preclusivo, la questione della mancata legittimazione attiva di soci e amministratori a impugnare, in nome e conto proprio, il provvedimento interdittivo antimafia, pur certamente non disconoscendo la possibilità che dal rilascio di questo possano derivare pregiudizi, patrimoniali e non patrimoniali, si aggiunge, nella loro sfera giuridica. Di questi, tuttavia, non è il *petitum* di annullamento provvedimento che può farsi carico né la giurisdizione generale di legittimità la *sedes* naturale per dolersene.

controllo sulla gestione aziendale ove sovente sono stati investiti ingenti capitali” e gli ex amministratori, subirebbero “la sostanziale espunzione da un’attività professionale che spesso costituisce l’unica fonte di reddito”. A ciò si aggiunge, per tutti, “il discredito e la lesione alla reputazione ed onore dei soggetti le cui vicende personali ed i precedenti giudiziari vengono ampiamente richiamati, interpretati ed esternati con grave connotazione negativa negli atti di cui si discute”.

⁸⁴¹ La pronuncia richiama Cons. Stato, sez. V, 8 aprile 2021 n. 2836; sez. IV, 16 febbraio 2010 n. 887.

Posto quanto sopra, il cortocircuito della legalità, per rievocare l'efficace espressione coniata da una dottrina nella nota vicenda *Contrada*, proprio con riferimento al delitto di associazione di stampo mafioso *ex art. 416 bis c.p.*⁸⁴², tra tutela dell'interesse pubblico e delle garanzie dell'individuo, si snoda e, con ogni probabilità, si risolve, tra due poli.

A un estremo, che potremmo definire *ex ante*, una rinnovata concezione della legalità sostanziale nel diritto amministrativo, colta nella sua estensione qualitativa; a un altro, che potremmo definire *ex post*, la rilettura dei poteri del giudice amministrativo⁸⁴³.

Quanto al primo profilo, chi scrive ritiene che non si ponga realmente un problema di scarsa predeterminazione delle fattispecie sintomatiche del pericolo di infiltrazione mafiosa, specie se lo si intende come canone orientativo del comportamento dei consociati rispetto alla calcolabilità dei rischi derivanti dalla propria condotta. Ciò per almeno due ordini di ragioni.

In primo luogo, perché, a ben vedere, la determinatezza che caratterizza i presupposti applicativi dell'informativa antimafia cd. generica, più che insufficiente dovrebbe essere definita impropria. La formulazione delle lett. d) ed e) dell'art. 84 D. Lgs. n. 159/2011, infatti, rinvia a modalità attraverso cui è condotta l'istruttoria prefettizia e non al contenuto dell'accertamento che da quelle modalità di conduzione procedimentale porta al rilascio del provvedimento interdittivo. Sì che, pare allo scrivente fuorviante "sfruttare" un'effettiva inadeguatezza del dato positivo per richiedere una tipizzazione di condotte che, comunque, giammai potrebbe dirsi fenomenologicamente esaustiva delle manifestazioni dell'organizzazione mafiosa. Ciò che del resto collima con la stessa esistenza del concetto giuridico indeterminato. Entro questa linea di ragionamento, lo scrivente condivide e muta

⁸⁴² Il riferimento è a F. PALAZZO, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, 1061-1067. Come noto, nella sentenza del 13 aprile 2015, *Bruno Contrada c. Italia*, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo afferma l'avvenuta violazione del principio di legalità di cui all'art. 7 della Convenzione perché la figura del concorso esterno in associazione mafiosa, ritenuta di elaborazione pretoria, non era ancora sufficientemente consolidata al momento dei fatti commessi, accentuando il cortocircuito già manifestatosi tra legalità convenzionale e legalità costituzionale. Come evidenzia l'Autore, "la legalità convenzionale, indubbiamente ispirata al potenziamento delle garanzie individuali, dà però per scontato un assetto delle fonti difficilmente compatibile con la legalità costituzionale in materia penale", ponendo così l'ordinamento nazionale "nella difficile situazione, non solo di individuare gli strumenti tecnici per dare attuazione alla sentenza nel caso specifico e nei casi "fratelli", ma anche e soprattutto di pervenire presto ad un'integrazione di lungo termine tra le due facce della legalità penale, per i casi cioè tutt'altro che rari in cui si versi in uno stato di incertezza applicativa della norma incriminatrice".

⁸⁴³ Si precisa che i due parametri hanno come momento di riferimento il rilascio del provvedimento prefettizio di verifica antimafia.

nella materia che ci occupa l'assunto di quella dottrina che, relativamente al diverso campo delle ordinanze di necessità e urgenza (sopra analizzate), rinviene nell'istituto "*non una deroga al principio di legalità ma un diverso modello di giuridicità dell'azione amministrativa rispetto a quello fondato sul principio di legalità*" (in senso stretto)⁸⁴⁴.

In secondo luogo perché, mimando i risultati interpretativi cui si è pervenuti in materia di misure di prevenzione, anche la materia della documentazione antimafia può essere assistita dalla cd. "tassatività giurisprudenziale", come ha riconosciuto la stessa Corte Europea dei Diritti dell'Uomo con riferimento alle misure di prevenzione. Anche nella materia della documentazione antimafia, la giurisprudenza amministrativa, specialmente negli ultimi anni, ha sviluppato un fascio interpretativo convergente e unito nella finalità di individuare le fattispecie sintomatiche del tentativo di infiltrazione mafiosa. Senonché, ciò che poche volte si ricorda, il precedente giurisprudenziale, pur espressivo di un principio giuridicamente rilevante - ma non certamente vincolante, almeno nei Paesi di *civil law* - fiorisce da una vicenda concreta, in misura certamente maggiore rispetto a quanto fa la reazione dell'ordinamento normativo nel positivizzare una determinata fenomenologia sociale. Come rilevato dalla recentissima giurisprudenza amministrativa, "*In considerazione della natura non repressiva ma preventiva, e (del)la varietà di comportamenti con cui le mafie ricercano attrattive occasioni di infiltrazione in società e relativi settori economici, questo Consiglio ha ripetutamente - con la conferma della Corte Costituzionale adita in sede incidentale - affermato che la "tipizzazione giurisprudenziale", in costante evoluzione, effettuata dal Supremo organo di giustizia amministrativa costituisce parametro sufficientemente adeguato a evitare ogni pericolo di discrezionali se non arbitrarie azioni, nella vaghezza dei loro presupposti, da parte della autorità prefettizia nel definire i comportamenti sintomatici della infiltrazione mafiosa*"⁸⁴⁵.

È altrettanto difficilmente revocabile in dubbio che l'accesso a questa peculiare tipologia di "fatto" non sia possibile per il giudice alla stregua di quanto accade per altre forme di concetto giuridico indeterminato.

⁸⁴⁴ M. RAMAJOLI, *Poteri di ordinanza e Stato di diritto*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Editoriale Scientifica, 2011. L'assunto è trattato e condiviso anche da G. PIVA, *L'ordinanza prefettizia ex art. 2 TULPS, cit.*, 76.

⁸⁴⁵ Cons. Stato, sez. III, 25 ottobre 2021, n. 7165.

Questo elemento ci conduce a legare il secondo “polo” oggetto di attenzione, quello che poco fa abbiamo definito come afferente la “prospettiva *ex post*”. Sul punto, anche volendo ammettere che i provvedimenti interdittivi antimafia abbiano natura giuridica di “*sanzioni sostanzialmente penali*”, la riconducibilità nell’alveo delle “*minor offences*” consente oggi di riportare a sistema, anche nella prospettiva convenzionale, la materia della documentazione antimafia. Grazie all’introduzione di nuove garanzie procedurali, specie partecipative, a opera del d.l. n. 152/2021, come convertito dalla l. n. 233/2021, infatti, si anticipa e, anzi, si viene a raddoppiare, la tutela del destinatario del potere amministrativo richiesta dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, rendendo pienamente conforme l’istituto a quanto richiesto dall’art. 6 CEDU.

In chiosa, sia consentita qualche breve riflessione finale. È ragionevole e opportuno, come ricordato nel corso del lavoro, promuovere la costruzione di un unico e unitario “diritto sanzionatorio amministrativo”, idoneo, per un verso, a limitare l’esposizione di misure di incerta qualificazione giuridica a censure a opera della dimensione sovranazionale e, per altro verso, a delineare specificamente “la”, ovvero “le” discipline applicabili alla ricca costellazione delle sanzioni amministrative “in senso stretto” e “in senso lato”⁸⁴⁶. Altrettanto potrebbe valere per il sistema normativo preposto alla disciplina della documentazione antimafia, ove, tuttavia, a prescindere dal nodo della qualificazione giuridica dell’istituto, sia nell’ordinamento interno, ora come forma di incapacità giuridica speciale *ex lege*, ora come “sanzione” con funzione ripristinatoria, che nella dimensione sovranazionale, la maggiore legalità sostanziale della norma attributiva del potere amministrativo risulterebbe, secondo chi scrive, sempre inadeguata.

Sì che l’intervento del legislatore dovrebbe essere orientato, piuttosto, a estendere l’ambito di applicazione, oggettivo e soggettivo, della documentazione antimafia, recependo gli strumenti e i “comportamenti” amministrativi più virtuosi nel predisporre solidi avamposti per il contrasto della mafia, come testimoniato dall’esperienza dei protocolli di legalità e dei piani di prevenzione della corruzione e della trasparenza.

Ciò in ragione di una caratteristica, tipica ed esclusiva della criminalità organizzata mafiosa, tanto valorizzata nella sociologia quanto poco tenuta di conto dalla scienza giuridica.

⁸⁴⁶ M. LIPARI, *Il sindacato pieno del giudice amministrativo sulle sanzioni secondo i principi della CEDU e del diritto UE*, cit., 30. Conf. P. PROVENZANO, *Note minime in tema di sanzioni amministrative*, cit., 1103.

Come sottolineato dal Prof. dalla Chiesa, e ricordato anche nel capitolo I, la “*risorsa discriminante della mafia*”, che la rende “*una specie criminale superiore*” rispetto alla “semplice” delinquenza organizzata e al clientelismo politico-amministrativo è l’esigenza di controllo del territorio che, tuttavia, risulta perennemente contesa con lo Stato⁸⁴⁷. Sì che, sin dall’Unità d’Italia⁸⁴⁸, accade che questi contendenti hanno prediletto “*stabilire tra loro un patto di convivenza*” più che prevaricare l’uno sull’altro, alternativa pure possibile, come ricordava il giudice Paolo Borsellino. La presenza di questa speciale condizione di “*convivenza asimmetrica*” spiega perché “*la mafia è il primo, più alto problema della sicurezza con cui ha a che fare lo Stato se intende far valere le sue prerogative di titolare del monopolio della forza*”⁸⁴⁹. Oltre a essere cuore della teoria dello Stato, la sicurezza è, allo stesso tempo, un suo diritto e dovere, in qualità di condizione necessaria a garantire democrazia e pacifica convivenza civile.

Come insegna sempre il Prof. dalla Chiesa, l’insieme dei significati attribuibili alla sicurezza fa di questa, allo stesso tempo, una “parola insicura”, bisognosa di costante contestualizzazione e storicizzazione. Così, quando si parla di contrasto alla criminalità organizzata mafiosa, concorre inevitabilmente alla sua conformazione un insieme di diverse variabili aggiuntive rispetto a quella della convivenza asimmetrica. Tra queste, per quel che qui interessa, figura, in primo luogo, il cd. lassismo autoritario, intendendo per tale la “*particolare combinazione di permissivismo diffuso e di spirito autoritario*” che contrasta la criminalità organizzata con misure da Stato di polizia combinate a “*un pigro disinteresse verso i suoi effetti pratici*”⁸⁵⁰. In secondo luogo, compare, con tratti altrettanto asimmetrici, l’insieme dei modelli organizzativi delle risorse adibite alla sicurezza, che ricalcano la geografia fondamentale del territorio italiano senza tener conto che la “distribuzione” della criminalità

⁸⁴⁷ N. DALLA CHIESA, *La sicurezza come variabile dipendente: la lotta alla mafia tra asimmetrie ed emergenze*, cit., 1.

⁸⁴⁸ Il riferimento temporale all’Unità di Italia non è certamente casuale, alla luce dell’attenta e illuminante inchiesta di L. FRANCHETTI, *Condizioni Politiche e amministrative della Sicilia*, riedito da Donzelli Editore, 2011.

⁸⁴⁹ N. DALLA CHIESA, *La sicurezza come variabile dipendente: la lotta alla mafia tra asimmetrie ed emergenze*, cit., 1-2.

⁸⁵⁰ N. DALLA CHIESA, *La sicurezza come variabile dipendente: la lotta alla mafia tra asimmetrie ed emergenze*, cit., 4.

organizzata mafiosa segue una logica autonoma e, tendenzialmente, diversa dall'organizzazione territoriale della Repubblica⁸⁵¹.

Ebbene l'insieme delle variabili finora citate, senza considerarne di ulteriori, che pur ci sono, ha senza dubbio concorso a connotare storicamente di una certa debolezza le politiche della sicurezza nel nostro Paese. Storicamente può dirsi sì, perché, almeno secondo chi scrive, l'introduzione di quello che abbiamo definito "sistema della documentazione antimafia" contribuisce oggi a mitigare la gracilità di quelle politiche. La stessa attribuzione del potere di verifica antimafia in capo al Prefetto, quale istituzione dello Stato chiamata ad attuare i valori della Costituzione e sua espressione principe sul territorio, in fondo, lo dimostra. Così questo speciale ramo del diritto amministrativo evidenzia la volontà di approntare una nuova forma di contrasto alla criminalità organizzata mafiosa che dimostri la tenuta di un istituto, quello della documentazione antimafia, in termini di efficacia. In questi termini si realizza il principio, prestatò dall'ordinamento eurounitario, secondo cui una determina norma deve essere interpretata, di preferenza, in modo da favorire il raggiungimento dell'obiettivo in essa prefissato, richiedendo alla Pubblica Amministrazione di correre prima, e più velocemente, non soltanto del legislatore ma, prima di tutto, della criminalità organizzata mafiosa.

⁸⁵¹ N. DALLA CHIESA, *La sicurezza come variabile dipendente: la lotta alla mafia tra asimmetrie ed emergenze*, cit., 9.

BIBLIOGRAFIA

- ACQUARONE G., *La denuncia di nuova attività. Profili storici*, Giuffrè, 2000.
- AGAMBEN G., *Stato di eccezione*, Bollati Boringhieri, 2003.
- ALASCIA F., *Legalità e lotta alle agromafie, cosa prevede il "Protocollo Antoci"*, in *www.nebrodine.it*, 29 settembre 2017.
- ALBINI A., *L'autorità del giudicato amministrativo nella teoria generale dell'autorità degli atti giuridici*, Giuffrè, 1968, 221 ss.
- ALLEN M., *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Editoriale Scientifica, 2012.
- ALLEN M., *La rilevanza dell'art. 6, par. 1 CEDU per il procedimento e il processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2012, 4 ss.
- ALLEN M., CAPANTINI M. (a cura di), *I grandi eventi: la parola al giurista. Oltre l'esperienza di Expo 2015*, in *Il dir. dell'economia*, Approfondimenti, 2015, 2, 9-28.
- ALPA G., ANSALDO A., *Le persone fisiche*, in *Commentario Schlesinger*, Giuffrè, 1996.
- AMARELLI G., *Interdittive antimafia e «valori fondanti della democrazia»: il pericoloso equivoco da evitare*, in *dirittodidifesa.eu*, 17 luglio 2020.
- AMARELLI G., *La Cassazione riduce i presupposti applicativi del controllo giudiziario volontario ed i poteri cognitivi del giudice ordinario*, in *sistemapenale.it*, 10 marzo 2021.
- AMARELLI G., *La contiguità politico-mafiosa. Profili politico-criminali, dommatici ed applicativi*, Dike Giuridica Editrice, 2016.
- AMARELLI G., *L'onda lunga della sentenza De Tommaso: ore contate per l'interdittiva antimafia "generica" ex art. 84, co. 4, lett. d) ed e) D. Lgs. 159/2011?*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017, 4, 290-299.
- AMARELLI G., STICCHI DAMIANI S. (a cura di) *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Giappichelli, 2019.
- AMORTH A., *I contributi pecuniari concessi dallo Stato ad enti pubblici e privati*, in *Studi urbinati*, 1931.
- ANGIONI V.F., *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, Giuffrè, 1994.
- ANTOLISEI F., *L'azione e l'evento del reato*, Istituto Editoriale Scientifico, 1928.
- ANTONIAZZI S., *Obbligazioni pubbliche e giurisdizione amministrativa*, Giappichelli, 2010.
- ARLACCHI P., DALLA CHIESA N., *La palude e la città*, Mondadori, 1987.
- ARLACCHI P., *La mafia imprenditrice. L'etica mafiosa e lo spirito del capitalismo*, Il Mulino, 1983.

- ARMAO G., *Brevi considerazioni su informativa antimafia e rating di legalità ed aziendale nella prevenzione delle infiltrazioni criminali nei contratti pubblici*, in *Giustamm.it.*, 2017, 3, 1-13.
- ARMELI IAPICHINO L., *I vicerè delle agromafie. Storia di sbirri, bovini, malarazza, antimafia e mascariamenti*, Armenio, 2020.
- ASPRONE M., MARASCA M., RUSCITO A., *La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Giuffrè, 2009.
- ATTARDI A., *In tema di questioni pregiudiziali e giudicato*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Cedam, I, 1973.
- BACHELET V., *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Giuffrè, 1967.
- BACHELET V., *Legge, attività amministrativa e programmazione economica*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1961, 904 ss.
- BALSAMO A., RECCHIONI S., *Mafie al nord. L'interpretazione dell'art. 416 bis c.p. e l'efficacia degli strumenti di contrasto*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 18 ottobre 2013.
- BARATTA S., *Prefazione* al volume di S. Moccia, *La perenne emergenza, Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997.
- BARDUSCO A., *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni. Atti amministrativi e negozio di diritto privato*, Giuffrè, 1974.
- BARETTONI ARLERI A., *Obbligazioni e obblighi pubblici e prestazioni amministrative*, Giuffrè, 1969.
- BARETTONI ARLERI A., *Obbligazioni pubbliche* (voce), in *Enciclopedia del Diritto*, XIX, Giuffrè, 1979, 403 ss.
- BARONE G., *Discrezionalità (Diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1989, XI, *passim*.
- BASILE F. (con la collaborazione di E. Zuffada), *Manuale delle misure di prevenzione*, Giappichelli, 2020.
- BASILE F., *Brevi considerazioni introduttive sulle misure di prevenzione*, in ID. (a cura di), *Le misure di prevenzione dopo il c.d. codice antimafia. Aspetti sostanziali e aspetti procedurali*, in *Giurisprudenza italiana*, 2015, 1520-1548.
- BASILE F., *Esiste una nozione ontologicamente unitaria di pericolosità sociale? spunti di riflessione, con particolare riguardo alle misure di sicurezza e alle misure di prevenzione*, in *La pena, ancora fra attualità e tradizione*, *Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile e G.L. Gatta, Tomo I e II, 960-961.
- BASILE F., MARIANI E., *La dichiarazione di incostituzionalità della fattispecie preventiva dei soggetti "abituamente dediti a traffici delittuosi": questioni aperte in tema di pericolosità*, in *DisCrimen*, 10 giugno 2019.
- BASILE F., *Quale futuro per le misure di prevenzione dopo le sentenze De Tommaso e Paternò?*, in *Giurisprudenza italiana*, 2018, 2, 455 ss.

- BASILE F., *Riflessioni sparse sul delitto di associazione mafiosa*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 26 aprile 2016.
- BASILE F., *Tassatività delle norme ricognitive della pericolosità sociale nelle misure di prevenzione: Strasburgo chiama, Roma risponde*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 20 luglio 2018.
- BASSI F., *Lo straripamento di potere (Profilo storico)*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1964, 245 ss.
- BENNATI A., *Manuale di contabilità di Stato*, Jovene, 1980.
- BENVENUTI F., *Autotutela (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del diritto*, 1959, IV, 537 ss.
- BENVENUTI F., *Funzione (teoria generale)*, in *Enciclopedia Giuridica*, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1988, XIV, 1126 ss.
- BENVENUTI F., *Le sanzioni amministrative come mezzo dell'azione amministrativa*, in AA.VV. (a cura di U. Pototsching), *Le sanzioni amministrative, Atti del XXVI Convegno di scienza dell'amministrazione* tenutosi a Varenna nel 1980, Giuffrè, 1982.
- BENVENUTI F., *Scritti Giuridici*, Vita e Pensiero, 2006.
- BENVENUTI F., *Sul concetto di sanzione*, Jus, 1955, I, 223 ss.
- BENVENUTI F., voce *Autotutela (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, 1959, IV, 537-541.
- BENVENUTI F., voce *Giudicato (Diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del diritto*, 1969, XVIII, 893-912.
- BENVENUTI L., *La discrezionalità amministrativa*, Cedam, 1986.
- BERLOCO R., *Gli istituti di premialità nelle gare d'appalto: uno sguardo al rating d'impresa e al rating di legalità*, 3 luglio 2018, in lavoripubblici.it.
- BERTOLINI P., *Delle garanzie della legalità in ordine alla funzione amministrativa*, Fratelli Bocca, 1980.
- BERTONAZZI L., *Natura giuridica della s.c.i.a. e tecniche di tutela del terzo nella sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 15/2011 e l'art. 19, comma 6 – ter, della legge n. 241/90, nota a Consiglio di Stato, ad. plen., 29/07/2011, n. 15*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2012, 1, 215 ss.
- BESSONE M., FERRANDO G., *Persona fisica (diritto privato)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, XXXIII 1983, 193 ss.
- BETTI E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Giuffrè, 1949.
- BEVILACQUA F.C., *Reati associativi e responsabilità degli enti: spunti a margine di una ricerca*, in *Rivista di Studi e Ricerche sulla Criminalità Organizzata*, 2016, 4, 2, 116-154.

- BIANCA M., *Diritto civile, I. La norma giuridica. I soggetti*, Giuffrè, 1978.
- BIFULCO R., *Art. 41. Diritto ad una buona amministrazione*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti*, Il Mulino, 2001.
- BIGLIAZZI GERI L., BRECCIA U., BUSNELLI F.D., NATOLI U., *Diritto civile, Utet*, 1987, I, 75 ss.
- BIN R., PITRUZZELLA G., *Diritto costituzionale*, Giappichelli, 2020.
- BONOMI A., PAVICH G., *DASPO e problemi di costituzionalità*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 6 giugno 2015.
- BORRELLI G., *Il metodo mafioso, tra parametri normativi e tendenze evolutive*, in *Cassazione penale*, 2007, 2781 ss.
- BORTOLOTTI D., (voce) *Contratti della amministrazione pubblica*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, UTET Giuridica, 1989, IV, 36 ss.
- BOSCHETTI B.L., *Natura oggettiva della responsabilità per danni in materia di appalti: nuovi fondamenti tra norme e principi*, in *Urbanistica e appalti*, 2012, 165 ss.
- BOTTINO G., *Introduzione alla "segnalazione certificata di inizio attività"*, in *Foro Amministrativo TAR*, 2011, 3, 1053 ss.
- BRICOLA F., *Il costo del principio "societas delinquere non potest" nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1970, 1010 ss.
- BRIGANTE V., *Contributo allo studio della corruzione nei contratti pubblici: precisazioni terminologiche e valutative, tra esigenze di uniformità nazionale e opportunità di declinazione locale*, in *Istituzioni del federalismo*, 2019, 2, 485-523.
- BRUZZONE G., CASELLA M., MARZULLI R., *Portata del divieto di gold plating*, in A. Pajno, L. Torchia (a cura di), *La nuova disciplina dei contratti pubblici: le regole, i controlli, il processo*, 19 ss.
- BULFONI F., *Il "criterio dell'efficacia" quale canone interpretativo della competenza territoriale dei Tribunali Amministrativi Regionali*, in *Il Nuovo Diritto Amministrativo*, Dike Giuridica, 2013, 3, 165 ss.
- BULFONI F., *La competenza territoriale dei Tribunali Amministrativi Regionali*, in *Il Nuovo Diritto Amministrativo*, Dike Giuridica, 2013, 4, 172 ss.
- BUSCEMA A., *L'informativa prefettizia antimafia tra esigenze di prevenzione e libertà d'iniziativa economica privata*, in *Giustamm.it*, 2012, 1-24.
- BUSCEMA L., *Linee guida in materia di ordinanze contingibili ed urgenti tra vecchie costruzioni dogmatiche e nuove prospettive di sviluppo*, in *Annali della Facoltà di Economia dell'Università degli Studi di Messina*, 2011, I, 133-164.
- BUSNELLI F.D., *Il diritto delle persone*, in *I cinquant'anni del codice civile*, Atti del Convegno, 4-6 giugno 1992, Giuffrè, 1993, I, 99 ss.

CACACE P., *Conformità dell'interdittiva antimafia alle norme costituzionali, euro unitarie e internazionali pattizie*, Nota a Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 25 ottobre 2021, n. 7165, in *Giustamm.it-Rivista di diritto pubblico*, 30 novembre 2021.

CAFAGNO M., *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi. Fini pubblici e reazioni di mercato*, Giuffrè, 1996.

CAIA G., *L'Amministrazione della pubblica sicurezza e le forze di polizia: l'assetto delle competenze ed il coordinamento in relazione ai recenti interventi normativi*, in AA. Vv., *Nuovi orizzonti della sicurezza urbana dopo la legge 24 luglio 2008, n. 125 ed il decreto del Ministro dell'Interno*, 79, Atti del Convegno tenutosi presso la Prefettura di Bologna il 25 settembre 2008 in <http://www.prefettura.it/>.

CAIANIELLO V., *Rapporti tra procedimento amministrativo e processo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1993, 241 ss.

CALABRÒ C., voce *Giudicato* (Diritto processuale amministrativo), in *Enciclopedia giuridica, Aggiornamento*, Treccani, 2002, *passim*.

CALZOLAIO E., *Il valore di precedente delle sentenze della Corte di giustizia*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2009, 1, 41-72.

CAMERLENGO Q., *Il nuovo assetto costituzionale delle funzioni legislative tra equilibri intangibili e legalità sostanziale*, in <https://www.giurcost.org/decisioni/2003/0307s-03.html>.

CAMMEO F., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1911-1914, ristampa a cura di G. Miele, Cedam, 1960.

CANEPEPE S., *Le mafie dentro gli appalti: casi di studio e modelli preventivi* (a cura di), in AA. Vv., *Le mafie dentro gli appalti: casi di studio e modelli preventivi*, Angeli, 2014, 27 ss.

CANNADA BARTOLI E., *Una nozione necessaria: la legittimità degli atti amministrativi*, in *Foro Italiano*, 1955, IV, 201-206.

CANTONE R., *La riforma della documentazione antimafia: davvero solo un restyling?*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2013, 8-9, 899 ss.

CANTONE R., COCCAGNA B., *Commissariamenti prefettizi e controllo giudiziario delle imprese interdette per mafia: problemi di coordinamenti e prospettive evolutive*, in *Diritto Penale Contemporaneo, Rivista trimestrale*, 2018, 10, 151- 170.

CANTONE R., GAROFOLI R., GRATTERI N., *Per una moderna politica antimafia*, in *AREL seminari*, AREL, 2014, 4 ss.

CAPOTORTO D., *Le misure di prevenzione dell'Anac e il loro impatto sulla contrattualistica pubblica*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2021, 1, 61 ss.;

CARANTA R., *La responsabilità extracontrattuale della Pubblica Amministrazione*, Giuffrè, 1993.

CARBONE A., *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Giappichelli, 2016, 84 ss.

- CARBONE P., *Normativa antimafia e contratti pubblici*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2012, 2, 137-183.
- CARDI E., *Le manifestazioni di interessi nei procedimenti amministrativi*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1984.
- CARDONE M., *Il rating di impresa: disciplina, criticità e prospettive di un istituto mai applicato*, in *Federalismi.it.*, 30 dicembre 2020.
- CARIOLA A., *Che contenuto ha la libertà personale? Interdittive antimafia, sindacato sull'esercizio del potere amministrativo e problemi di giurisdizione*, in *Diritti fondamentali.it.*, 4 marzo 2021.
- CARINGELLA F., *Compendio di diritto amministrativo*, Dike giuridica, 2021.
- CARINGELLA F., *L'assetto delegificato della normativa antimafia e la nuova disciplina del subappalto*, in *lexitalia.it.*, 3.
- CARINGELLA F., *Manuale di diritto amministrativo*, Dike Giuridica, 2018.
- CARLASSARE L., voce *Legalità* (principio di), in *Enciclopedia Giuridica*, Treccani, Roma, 1988, XVIII, 1-2.
- CARLOTTI G., *La partecipazione procedimentale: Feliciano Benvenuti e la riforma della legge n. 241 del 1990*, Relazione svolta il 23 aprile 2008 al convegno organizzato dal Consiglio di Stato in memoria di Feliciano Benvenuti, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>.
- CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale*, il Mulino, 1993, 44-45.
- CARTABIA M., *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo. La legge n. 241/1990 alla luce dei principi comunitari*, Giuffrè, 1991.
- CASSETTA E., *L'illecito degli enti pubblici*, Giuffrè, 1953.
- CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2011.
- CASSESE S., "Maladministration" e rimedi, in *Foro italiano*, 1992, V, 243 ss.
- CASSESE S., *La costituzionalizzazione del diritto amministrativo*, in AA.VV., *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Giappichelli, 2016, 516 ss.
- CASSESE S., *La disciplina legislativa del procedimento amministrativo. Una analisi comparata*, in *Foro Italiano*, 1993, V, 27 ss.
- CASSESE S., *Le basi costituzionali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, Giuffrè, 2003.
- CASSESE S., *Negoziazione e trasparenza nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Giappichelli, 1999, 42 ss.
- CASTORINA E., *Considerazioni sui profili costituzionali dei limiti di partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Diritto e processo amministrativo*, 1994, 70.
- CATANZARO R., *Il delitto come impresa. Storia sociale della mafia*, Liviana, 1988.

- CATENACCI M., *I reati di pericolo presunto tra diritto e processo penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C.E. Paliero, Giuffrè, 2006, II, 1110 ss.
- CAVALLARO M.C., *Potere amministrativo e responsabilità civile*, Giappichelli, 2004.
- CAVALLO PERIN R., *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Giuffrè, 1990.
- CELONE C., *Il diritto a una buona amministrazione tra ordinamento europeo ed italiano*, in *Il diritto dell'economia*, 2016, 3, 669-704.
- CELONE C., *La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici*, Giuffrè, 2012.
- CENTONZE A., *Le fattispecie associative e i reati-fine: riunione e separazione processuale di fronte alla regola di giudizio dell'oltre ogni ragionevole dubbio*, in G. TINEBRA, R. ALFONSO, A. CENTONZE (a cura di), *Fenomenologia del maxiprocesso: venti anni di esperienze*, Giuffrè, 2011, 117.
- CENTORRINO M., *L'altra economia in economia e potere mafioso in Sicilia*, Giuffrè, 1984.
- CENTORRINO M., LA SPINA A., SIGNORINO G., *Il nodo gordiano. Criminalità mafiosa e sviluppo nel Mezzogiorno*, Laterza, 1999, 47.
- CERAMI R. (a cura di), *Codificazione e decodificazione: sulle ragioni sociali, economiche e culturali della crisi del modello dello Stato di diritto. Le misure di prevenzione del nuovo codice antimafia*, in *Quaderni del Centro Siciliano di studi sulla giustizia*, XII, Giuffrè, 2013.
- CERBO P., *Le sanzioni amministrative*, in AA.VV. (a cura di S. Cassese), *Trattato di diritto amministrativo*, Parte Speciale, Vol. I, Giuffrè, 2003, 585 ss.
- CERESA GASTALDO M., *L'insanabile antinomia della "giustizia penale preventiva"*, in *Rivista di diritto processuale*, 2016, 2, 294-330.
- CERESA GASTALDO M., *Misure di prevenzione e giurisdizione senza fatto*, in *Archivio della nuova procedura penale*, 2016, 3, 213-216.
- CERESA GASTALDO M., *Misure di prevenzione e pericolosità sociale: l'incolmabile deficit di legalità della giurisdizione senza fatto*, Relazione al convegno Nazionale dell'Associazione tra gli Studiosi del Processo Penale "G.D. Pisapia", tenutosi a Cagliari il 29-31 ottobre 2015, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 3 dicembre 2015.
- CERQUA L.D., *L'ente intrinsecamente illecito nel sistema delineato dal D. Lgs. n. 231/2001*, in *Responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2012, 2, 8 ss.
- CERULLI IRELLI G., *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Diritto Pubblico*, 2007, 345 ss.
- CERULLI IRELLI V., *Corso di diritto amministrativo*, Giappichelli, 1997.
- CERULLI IRELLI V., *La discrezionalità tecnica sotto la lente del giudice amministrativo*, in *Urbanistica e appalti*, 2001, 878 ss.

- CERULLI IRELLI V., *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1984, 463 ss.;
- CHIBELLI A., *L'illegittimità sopravvenuta delle sanzioni sostanzialmente penali e la rimozione del giudicato di condanna: la decisione della Corte Costituzionale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 3 aprile 2017.
- CHIEPPA R., GIOVAGNOLI R., *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2017.
- CHIEPPA R., *Viaggio di andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione alla natura della responsabilità per i danni arrecati nell'esercizio dell'attività amministrativa*, in *Il dir. proc. amm.*, 21/2003, 683-734.
- CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Jovene Editore, I, 1935.
- CHIURULLI P., *I diritti dei partecipanti al procedimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Giuffrè, 2017, 615 ss.
- CIMELLARO L., *Le garanzie del procedimento amministrativo*, Cedam, 1997.
- CIMINI S., *Buona fede e responsabilità da attività provvedimento della P.A.*, in F.G. SCOCA, A.F. DI SCIASCIO (a cura di), *Il procedimento amministrativo ed i recenti interventi normativi: opportunità o limiti per il Sistema Paese?*, Editoriale scientifica, 2015, 121.
- CIMINI S., *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, Editoriale Scientifica, 2017.
- CIMINI S., *La colpa nella responsabilità civile delle amministrazioni pubbliche*, Giappichelli, 2008.
- CIMINI S., *La tutela risarcitoria in materia di contratti pubblici: tra novità normative e assestamenti giurisprudenziali*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2012, 508 ss.
- CIMMINO U., *La nuova certificazione e le altre cautele antimafia*, Quattrosoli, 1995, 4.
- CINTIOLI F., *I regolamenti delle autorità indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenze della regolazione e prospettive della giurisdizione*, 2003, in www.giustiziaamministrativa.it.
- CLARICH M., *Manuale di diritto amministrativo*, il Mulino, 2019.
- CLARICH M., MATTARELLA B.G., *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, in B.G. Mattarella, M. Pellissero, (a cura di), Giappichelli, 2013, 60.
- CODINI E., *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Jus, Vita e Pensiero*, 2011, 3, 393-401.
- COGNETTI S., *"Quantità" e "qualità" della partecipazione*, Giuffrè, 2000.
- COGNETTI S., *Il controllo giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica: indeterminatezza della norma e opinabilità del fatto da sussumere*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2013, 349 ss.
- COGNETTI S., *Normative sul procedimento, regole di garanzia ed efficienza*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1990, 94 ss.

- COGNETTI S., *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Giuffré, 1993.
- COLAPINTO M., *L'Adunanza Plenaria sulla competenza territoriale in materia di informativa antimafia*, in *ItaliAppalti.it*, 17 novembre 2014.
- COMPORTE G.D., *Responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Dizionario di Diritto Pubblico*, a cura di S. Cassese., vol. V, Giuffré, 2006.
- COMPORTE G.D., *Torto e contratto nella responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, 2014.
- CONTESSA C., *Ancora sul regime temporale di efficacia delle informative interdittive antimafia*, in *Urbanistica e appalti*, 2/2016, 20, 200-204.
- CONTI R., *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Dalla pratica alla teoria*, Atti dell'incontro di studio tenutosi a Brescia il 21 settembre 2012 sul tema "Gli strumenti a disposizione del giudice nazionale per l'applicazione del diritto europeo" organizzato dal formatore decentrato per il diritto europeo del Distretto della Corte di appello di Brescia, in *Questione Giustizia online*, in www.academia.edu.
- CORSO G., *L'attività amministrativa*, Giappichelli, 1999.
- CORSO G., *Profili costituzionali delle misure di prevenzione: aspetti teorici e prospettive di riforma*, in G. FIANDACA, S. COSTANTINO (a cura di), *La legge antimafia tre anni dopo*, Franco Angeli, 1986.
- CORSO G., voce *Ordine pubblico (diritto pubblico)*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffré, 1980, XXX,1061.
- CORTESI M.F., *Le misure di prevenzione*, in L. FILIPPI, M.F. CORTESI, *Il sistema di prevenzione penale*, Giappichelli, 2011, 20.
- CORTESI M.F., *Per la Suprema Corte è infondata la questione di legittimità costituzionale delle misure interdittive applicate dal questore: decisione da condividere?*, *Nota a Cass. pen., sez. I, n. 28551 del 14 ottobre 2020*, in *Diritto Penale e Processo*, 2021, 27, 8, 1098-1107.
- CRAVERO C., *Protocolli di legalità o Patti di integrità: la compatibilità con il diritto UE della sanzione di esclusione automatica dell'operatore economico inadempiente* in *Giurisprudenza Italiana*, 2016, 6, 1459 ss.
- CRISAFULLI V., *Principio di legalità e "giusto procedimento"*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1962, 130-143.
- CRISMANI A., *Interdittiva antimafia e ius retentionis (nota ad Adunanza Plenaria 26 10 2020 n. 23)*, in giustiziainsieme.it, 19 dicembre 2020.
- CRISMANI A., *L'influenza della criminalità organizzata sul libero esercizio dell'azione amministrativa degli enti locali*, in *Federalismi.it*, 2 aprile 2014.
- CROSETTI A., FRACCHIA F., *Procedimento amministrativo e partecipazione*, Giuffré, 2002.

- GRUPI F., *Atti del V corso di formazione per l'accesso alla qualifica iniziale alla carriera prefettizia per l'anno 2017*, in <http://culturaprofessionale.interno.gov.it>.
- CUPELLI C., *La Corte Costituzionale chiude il caso Taricco e apre a un diritto penale europeo 'certo'*, in *Diritto Penale Contemporaneo, Rivista Trimestrale*, 2018, 3, 227-236.
- CUSUMANO V., PORRACCILO A., *La documentazione antimafia (D. Lgs. 6.9.2011 n. 159: artt. 82-101)*, in *Legislazione Penale*, 2012, XXXII, 2, 283-310.
- D'ALOIA A., *Europa e diritti. Luci e ombre dello schema di protezione multilevel*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2014, 1, 1 ss.
- D'ALTO F., *La capacità negata, Il soggetto giuridico femminile nella giurisprudenza postunitaria*, Giappichelli, 2020.
- D'AMICO M., *Legalità (diritto costituzionale)*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, 2006, 3365-3373.
- D'ANGELO G., *Il tentativo d'infiltrazione mafiosa ai fini dell'adozione dell'informazione interdittiva, tra garanzie procedurali, tassatività sostanziale e sindacato giurisdizionale*, in *Foro Italiano*, 2021, 146, 10, 517-525.
- D'ANGELO G., *La documentazione antimafia: profili critici*, in *Urbanistica e appalti*, 2017, 3, 256-267.
- DALLA CHIESA N., *Contro la mafia*, Einaudi, 2010.
- DALLA CHIESA N., *L'impresa mafiosa. Tra capitalismo violento e controllo sociale*, Cavallotti University Press, 2012.
- DALLA CHIESA N., *La sicurezza come variabile dipendente: la lotta alla mafia tra asimmetrie ed emergenze*, in *Studi sulla questione criminale*, Carocci, 2012.
- DALLA CHIESA N., *Le mafie al nord. La fine dei luoghi comuni*, Narcomafie, 2011.
- DALLA CHIESA N., *Passaggio a Nord. La colonizzazione mafiosa*, Edizioni Gruppo Abele, 2016.
- DALLA CHIESA N., DINO A., GRIBAUDI G., MARMO M., SANTORO M., SCIARRONE R., *La violenza delle mafie*, *Forum*, coordinamento di Monica Massari, in *Meridiana, Rivista di storia e scienze sociali*, n. 90/2017, 255-292.
- DALLA CHIESA N., PANZARASA M., *Buccinasco. La 'ndrangheta al Nord*, Einaudi, 2012.
- DAVIGO P., *Il sistema della corruzione*, Laterza, 2017.
- DE PRETIS D., *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*, nota a Consiglio di Stato, sent. n. 601/1999, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1999, 1179 ss.
- DE PRETIS D., *Valutazioni tecniche della Pubblica Amministrazione*, in *Dizionario di Diritto Pubblico*, 2006, 6176 ss.
- DE VERO G., *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2008.
- DE VERO G., *Tutela dell'ordine pubblico*, Giuffrè Lefebvre, 1988.

- DEAMBROGIO C., *Famiglia di sangue e mafia: un'analisi socio-criminologica*, in *Archivio Penale*, 2012, 3, 1-19.
- DEGNI F., *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in *Trattato di Diritto Civile Italiano Vassalli*, Utet, 1939.
- DELFINO R., GERACI M., RINALDO S., SQUILLACI E., *Art. 34 bis D. Lgs. n. 159/2011. Il controllo giudiziario delle aziende, Dossier Centro di ricerca sulle misure di prevenzione e sull'economia della criminalità*, febbraio 2018, in <http://www.cerpec.unirc.it>.
- DELLA CANANEA G., FRANCHINI C., *I principi dell'amministrazione europea*, Giappichelli, 2010.
- DELLA PORTA D., VANNUCCI A., *Corruzione politica e amministrazione pubblica, risorse, meccanismi, attori*, Il Mulino, 1994.
- DELLI PRISCOLI L., *Imprese mafiose e alterazioni concorrenziali del mercato*, pubblicato il 2 aprile 2020 in <https://www.magistraturaindipendente.it>.
- DELLI PRISCOLI L., *L'informativa prefettizia antimafia e il diritto della collettività ad un mercato concorrenziale*, in ildirittoamministrativo.it.
- DI CARLO L.M., *La sicurezza nell'ambito delle manifestazioni sportive*, in M. DI RAIMONDO (a cura di), *Appunti di diritto dell'ordine e della sicurezza pubblica*, Editoriale Scientifica, 2016, 192-194.
- DI CARLO L.M., *Prime riflessioni sul cd. "Daspo urbano"*, in *Federalismi.it*, 13 settembre 2017.
- DI COSIMO G., *Decreto Minniti, il DASPO urbano e la libertà personale*, in www.lacostituzione.info, 20 marzo 2017.
- DI CRISTINA F., *La nuova vita dell'Anac e gli interventi in materia di appalti pubblici in funzione anticorruzione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2014, 11, 1028 ss.
- DI SAN LUCA G.C., *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche in materia ambientale*, in *Giustamm.it*, 2016, 7.
- DOGLIOTTI A. M., FIGONE A., *Le persone, I, Persone fisiche*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza, Trattato Cendon*, Utet, 2000.
- DOGLIOTTI A.M., *Le persone fisiche*, in *Trattato Rescigno*, 2, I, Utet, 1982.
- DOLSO G.P., *Le misure di prevenzione tra giurisprudenza costituzionale e giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Archivio Penale*, 2017, 3 ss.
- DOLSO G.P., *Misure di prevenzione atipiche e diritto di difesa*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1997, 1586 ss.
- DONI N., *L'affidamento mediante gara di contratti pubblici: l'importanza della reputazione*, in *Politica economica*, 2005, 2, 310.
- DONINI M., *Il diritto penale di fronte al "nemico"*, in *Cassazione penale*, 2006, 735 ss.

- DONINI M., PAPA M., (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Giuffrè, 2007.
- DORO F., *SCIA e DIA denuncia, dichiarazione e segnalazione certificata di inizio attività dopo i dd. ll. 78/2010, 70/2011, 138/2011 e 83/2012*, Exeo Edizioni, 2012.
- DOVERE S., *Osservazioni in tema di attribuzione all'ente collettivo dei reati previsti dall'art. 25 septies del D. Lgs. n. 231/2001*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2008, 322 ss.
- DRAGHETTI L., *Strumenti di prevenzione e contrasto alla criminalità e di promozione della legalità*. Atti del convegno "Legalità e appalti alla prova del terremoto", Bologna, in <http://territorio.regione.emilia-romagna.it>, 8 maggio 2013.
- DROGHINI L., *Alla Corte costituzionale l'assenza di deroghe all'adozione dell'interdittiva antimafia*, in *lamministrativista.it*, 16 dicembre 2020.
- DURANTE N., *I tentativi di infiltrazione mafiosa*, relazione al convegno "L'interdittiva antimafia", Vibo Valentia, 15 dicembre 2016, in *italiappalti.it*.
- DURANTE N., *L'interdittiva antimafia, tra tutela anticipatoria ed eterogenesi dei fini*, "Criticità gestionali di beni e aziende sequestrate", tavola rotonda organizzata dall'Università di Catanzaro e dal Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, 24 novembre 2018, in *giustizia-amministrativa.it*.
- ELIA L., *Libertà personale e misure di prevenzione*, Giuffrè Francis Lefebvre, 1962.
- ENGISCH K., *Introduzione al pensiero giuridico*, Giuffrè, 1970, 223.
- FALCONE G. (con Marcelle Padovani), *Cose di Cosa Nostra*, Rizzoli, 1991.
- FALCONE G., *Cose di cosa nostra*, Fabbri editore, 1991.
- FALCONE G., TURONE G., *Tecniche di indagine in materia di mafia*, in *Convegno di Castel Gandolfo*, 4-6 giugno 1982, relazione riprodotta integralmente in *Rivista di Studi e Ricerche sulla criminalità organizzata*, 2015, vol. 1, n. 1, 116-153.
- FALZEA A., *Capacità giuridica* (voce), in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, 1995, VI, 10 ss.
- FALZEA A., *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Giuffrè, 1939.
- FANTÒ E., *L'impresa a partecipazione mafiosa. Economia legale ed economia criminale*, Edizioni Dedalo, 1999.
- FATTORE M., *Il rumore sordo e prolungato della battaglia -(riflessioni a partire dalla 9ordinanza di rimessione della questione di legittimità costituzionale dell'art. 67, co. 8, codice antimafia, sollevata da t.a.r. friuli-venezia giulia con ordinanza n. 160 del 26.5.2020)*, in <https://dirittodidifesa.eu.>, 6 maggio 2021.
- FÈ C., *Informativa prefettizia e sindacato del G.A.*, in *Corriere del merito*, 2012, 8-9, 841 ss.
- FELICIONI S., *Revoca prefettizia della patente di guida per condanne in materia di stupefacenti: la misura può essere applicata retroattivamente perché non è una sanzione*

penale ma è illegittima la sua applicazione automatica, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 14 marzo 2018.

FEROCI M., *Brevi considerazioni sul D. Lgs. 6 settembre 2011, n. 159, con particolare riguardo all'informazione antimafia degli appalti pubblici*, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2014, 4, 44-98.

FERRARA F. SR., *Diritto delle persone e di famiglia*, Jovene, 1941.

FERRARI G., *Il cd. protocollo di legalità nell'affidamento degli appalti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, 1, 86 ss.

FERRARI G., TARANTINO L., *Interdittiva antimafia*, in *Urbanistica. e appalti*, 2015, 856 ss.

FERRI C., *Sentenze a contenuto processuale e cosa giudicata*, in *Rivista diritto processuale*, 1966, 419 ss.

FERRONI M.V., *I principi generali delle sanzioni nel diritto comunitario e la loro rilevanza nel diritto interno*, in A. CAGNAZZO, S. TOSCHEI (a cura di), *Le sanzioni amministrative. Principi generali*, Giappichelli, 2012.

FIANDACA G., *La contiguità mafiosa degli imprenditori tra rilevanza penale e stereotipo criminale*, in *Foro Italiano*, 1991, II, 472 ss.

FIANDACA G., *La prevenzione antimafia tra difesa sociale e garanzie di legalità*, in *Foro italiano*, 1987, II, 365 ss.

FIANDACA G., *Misure di prevenzione (fondamenti costituzionali)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Utet giuridica, 1995, IX, 566 ss.

FIANDACA G., *Misure di prevenzione (Profili sostanziali)*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, IV ed., UTET Giuridica, 1994, 108 ss.

FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, 2009.

FIANDACA G., *Note sui reati di pericolo*, in *Il Tommaso Natale, Scritti in memoria di Giacomo Bellavista*, I, 1977, 180.

FIANDACA G., VISCONTI C., *Codice delle leggi antimafia: risultati, omissioni e prospettive*, in *Legislazione Penale*, 2012, 2, 181-184.

FIDONE G., *Lotta alla corruzione e perseguimento dell'efficienza*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 2016, 3 ss.

FIGORILLI F., GIULIETTI W., *Contributo allo studio della documentazione antimafia: aspetti sostanziali, procedurali e di tutela giurisdizionale*, in *Federalismi.it*, 2 giugno 2021.

FIGORILLI F., *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo (dal processo al procedimento con pluralità di parti)*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.

FILIERI L., *Le Regioni alla prova della pandemia da COVID-19*, in G. CARULLO, P. PROVENZANO (a cura di), Editoriale Scientifica, 2020, II, 597-657.

- FILIERI L., *Nuovi modelli di mafia: tra delocalizzazione di mafie storiche, mafie autoctone e mafie straniere*, in AA. VV., a cura di Dario Simeoli, *Temi di diritto civile, penale, amministrativo*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, 181-192.
- FILIPPI L., CORTESI M.F., *Il codice delle misure di prevenzione*, Giappichelli, 2011.
- FIORENTIN F., *Le misure di prevenzione personali nel Codice Antimafia, in materia di stupefacenti e nell'ambito delle manifestazioni sportive*, Giuffrè, 2012.
- FIORITTO A., *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, il Mulino, 2008.
- FIORITTO A., *Nuove forme e discipline del partenariato pubblico-privato*, Giappichelli, 2017, 9 ss.
- FLICK G.M., *Dalla repressione alla prevenzione e viceversa?* in *Diritto Penale Contemporaneo*, 6 luglio 2014.
- FLICK G.M., *L'associazione a delinquere di tipo mafioso. Interrogativi e riflessioni sui problemi proposti dall'art. 416-bis c.p.*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1988, 855 ss.
- FOA S., *La tendenziale indipendenza delle autorità di regolazione rispetto al Governo*, in *Federalismi.it*, 12 ottobre 2020.
- FOIS F., voce *Legalità* (principio di), in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, 1973, XXIII, 659-703.
- FOLLIERI E., *Risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi*, Solfanelli, 1985.
- FONDAROLI D., *La prevenzione patrimoniale: dall'applicazione in ambito penale tributario all'amministrazione giudiziaria dei beni*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1 giugno 2017, 2, 600 ss.
- FRACCHIA F., *Diritto comunitario e sviluppo del diritto amministrativo*, in G. FALCON (a cura di), *Il procedimento amministrativo nei diritti europei e nel diritto comunitario*, Cedam, 2008, 259 ss;
- FRACCHIA F., *Elemento soggettivo e illecito civile dell'amministrazione pubblica*, Editoriale Scientifica, 2009.
- FRACCHIA F., OCCHIENA M., *Il giudice amministrativo e l'inferenza logica: "più probabile che non" e "oltre", "rilevante probabilità" e "oltre ogni ragionevole dubbio". Paradigmi argomentativi e rilevanza dell'interesse pubblico*, in *Il diritto dell'economia*, 2018, 3, 1125-1164.
- FRANCARIO F., *L'accertamento del fatto illecito nel giudizio amministrativo e nel giudizio penale: problemi ed interferenze*, in *Pubblica amministrazione, diritto penale e criminalità organizzata* (Atti del convegno), 14-16 luglio 2016, ora in *Studi in onore di Vincenzo Spagnuolo Vigorita*, Napoli, 2008, 93 ss.
- FRANCHETTI L., *Condizioni Politiche e amministrative della Sicilia*, riedito da Donzelli Editore, 2011.
- FRONTONI M., *Contratto e antimafia. Il percorso dai "Patti di legalità" al rating di legalità*, Giappichelli, 2015, 9 ss.

FURCINITI G., *L'impresa mafiosa*, Lezioni del Corso di Economia della Criminalità tenuto da N. Gratteri presso la Facoltà di Giurisprudenza di Reggio Calabria, 08 aprile 2013, in <https://www.unirc.it>.

FURFARO S. (a cura di), *Misure di prevenzione*, UTET Giuridica, 2013.

GALETTA D.U., *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005, 824 ss.

GALETTA D.U., *Il diritto ad una buona amministrazione nei procedimenti amministrativi oggi (anche alla luce delle discussioni sull'ambito di applicazione dell'art. 41 della Carta dei diritti UE)*, in M.C. PIERRO (a cura di), *Il diritto a una buona amministrazione nei procedimenti tributari*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, 1-32.

GALLI L., RAMAJOLI M., *Il ruolo della reputazione nel mercato dei contratti pubblici: il rating di impresa*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 2017, 1, 84 ss.

GALLI R., *Nuovo corso di diritto penale*, Cedam, 2017.

GAMBACURTA S., *La documentazione antimafia: tipologia e contenuto*, in A. CISTERNA (a cura di), *Codice Antimafia*, Maggioli Editore, 2013, *passim*.

GAMBETTA D., *La mafia siciliana. Un'industria della protezione privata*, Torino, 1992.

GANGI C., *Persone fisiche e persone giuridiche*, Giuffrè, 1948.

GARBAGNATI E., voce *Questioni pregiudiziali (dir. proc. civ.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè Francis Lefebvre, 1987, XXXVIII, 69 ss.

GARDANI D.L., *Appunti in tema di questioni pregiudiziali nel processo civile*, in *Giurisprudenza italiana*, UTET, 2000, I, 1982.

GARDINI S., *Le ordinanze sindacali contingibili e urgenti. Nuovi scenari e nuovi poteri*, in federalismi.it, 18 luglio 2018, 1-25.

GARGANI A., *Il danno qualificato dal pericolo*, Giappichelli, 192.

GAROFOLI R., FERRARI G., *Manuale di diritto amministrativo*, Nel Diritto Editore, 2018/2019, 1521-1528.

GAROFOLI R., *Il contrasto ai reati di impresa nel D. Lgs. 231/2001 e nel d.l. 90/2014: non solo repressione, ma prevenzione e continuità aziendale*, relazione al convegno "Le ragioni dell'impresa e le ragioni dell'amministrazione della giustizia" tenutosi a Roma presso il Consiglio Superiore della Magistratura il 24 settembre 2015, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 30 settembre 2015.

GARRI F. e G., *La responsabilità civile della Pubblica Amministrazione*, Utet Giuridica, 2007, 743-756.

GASPARRI P., *Eccesso di potere*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, 1965, XIV, 124 ss.

- GAZZI I., *In tema di limiti oggettivi del giudicato* (nota a sent. Cass., Sez. III, 11 agosto 1997 n. 7548), in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1998, I, 655 ss.
- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2003.
- GIAMPAOLINO L., *Le misure anticorruzione negli appalti, rimedio adeguato al male?*, in *www.giustamm.it*, 2014, 7.
- GIANNINI D., *La Scia*, in *Il Dossier di Luglio 2013*, De Jure, Giuffré, 2013.
- GIANNINI D., *Le interdittive antimafia*, in *Iusexplorer*, Dossier luglio 2016.
- GIANNINI M.S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Giuffré, 1939, 72 ss, ora in M.S. GIANNINI, *Scritti*, vol. I, Giuffré, 2000.
- GIANNINI M.S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffré, 2000, 261 ss.
- GIANNINI M.S., *Le obbligazioni pubbliche*, Jandi Sapi Editori, 1964.
- GIANNINI M.S., *Potere di ordinanza e atti necessitati*, già in *Giurisprudenza completa della Corte Suprema di Cassazione*, 1948, ora in *Scritti*, II, 1939-1948, Giuffré, 954 ss.
- GIANNINI M.S., *Problemi relativi al merito amministrativo e problemi connessi*, in *Stato e diritto*, 1941, 493.
- GIARDINA A., *Le persone fisiche*, in *Trattato Lipari Rescigno*, I, Giuffré, 2009.
- GILETTI M., *Le Dannate. Storia Delle Sorelle Napoli Che Non Si Arrendono Alla Mafia*, Mondadori, 2019.
- GIOVAGNOLI R., *Approfondimenti di diritto amministrativo*, Itaedizioni, 2018, 125-138.
- GIOVAGNOLI R., *Approfondimenti per il concorso in magistratura*, Edizioni Giuridiche Simone, 2014, 2, 165-174.
- GIOVAGNOLI R., *Autorità Indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, Relazione tenuta al Convegno “*Le Autorità amministrative indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati*”, tenutosi presso la sede del Consiglio di Stato, il 28 febbraio 2013, 13.
- GIOVAGNOLI R., *Il silenzio e la nuova SCIA. Obbligo di provvedere, danno da ritardo e nuove forme di liberalizzazione e semplificazione*, Giuffré, 2011.
- GIOVAGNOLI R., *L'elemento soggettivo*, in AA.VV. (a cura di F. Caringella e M. Protto), *La responsabilità civile della Pubblica Amministrazione*, Zanichelli, 2009.
- GIUFFRÉ G.A., *Interdittive antimafia annullate: errore scusabile o condanna al risarcimento del danno*, in *www.lamministrativista.it*, 07 settembre 2018.
- GIUSTINIANI M., *Autorità Nazionale Anticorruzione, nuove forme di controllo sui contratti pubblici e altre novità in materia di gare pubbliche*, in F. Caringella, M. Giustiniani, O. Toriello (a cura di), *La riforma Renzi della Pubblica Amministrazione*, Dike Giuridica Editrice, 2014, 147.

- GOISIS F., *Discrezionalità e autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in *Rivista di diritto comunitario*, 2013, 79 ss.
- GOISIS F., *Garanzie procedurali e Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'Uomo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2009, pp. 1356 ss.
- GOISIS F., *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzioni e nodi irrisolti*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2015, 3 ss.
- GOISIS F., *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Giappichelli, 2014.
- GOISIS F., *Nuove prospettive per il principio di legalità in materia sanzionatoria-amministrativa: gli obblighi discendenti dall'art. 7 CEDU*, in *Foro Amministrativo-Tar*, 2013, 1228 ss.
- GOISIS F., *Un'analisi critica delle tutele procedurali e giurisdizionali attraverso la potestà sanzionatoria della Pubblica Amministrazione, alla luce dei principi dell'art. 6 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo. Il caso delle sanzioni per pratiche commerciali scorrette*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2013, 669 ss.
- GRASSO T., VARANO A., *Upizzu. L'Italia del racket e dell'usura*, Baldini e Castoldi, 2002.
- GRECO G., *Ancora sulla scia: silenzio e tutela del terzo (alla luce del comma 6-ter dell'art. 19 L. 241/90)*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2012, 645 ss.
- GRECO G., *Argomenti di Diritto Amministrativo, Lezioni*, vol. I, Giuffrè, 2013.
- GRECO G., in Aa.Vv., *Argomenti di diritto amministrativo*, a cura di G. Greco, M. Cafagno, D.U. Galetta, M. Ramajoli, M. Sica, Giuffrè Editore, 2019, II.
- GRECO G., *Scia e tutela del terzo al vaglio della Corte costituzionale: è troppo auspicare un ritorno al passato (o quasi)?* in *Giustamm.it*, 2018, 6.
- GRECO R., *I contratti dell'Amministrazione tra diritto pubblico e privato (i contratti ad evidenza pubblica)*, Giuffrè, 1988.
- GRIBAUDI M.N., *L'informativa prefettizia relativa ai tentativi di infiltrazione mafiosa: caratteri ed effetti*, in *Corriere del merito*, 2010, 2, 211 ss.
- GROSSO C.F., *Le contiguità alla mafia tra partecipazione, concorso in associazione mafiosa ed irrilevanza penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1993, 4, 1200 ss.
- GUASTINI R., *Legalità (principio di)* (voce), in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, UTET, 1994, IX, 84-97.
- GUERRINI R., MAZZA L., RIONDATO S., *Le misure di prevenzione. Profili sostanziali e processuali*, Cedam, 2004.
- GUICCIARDI E., *La giustizia amministrativa*, Cedam, 1957.
- GULLO N., *Emergenza criminale e diritto amministrativo*, Editoriale Scientifica, 2017.

- GULLO N., *Il regolamento per il funzionamento della Banca Dati nazionale unica della documentazione amministrativa*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2015, 4, 476 ss.
- IACHELLI S., *Il rapporto di presupposizione tra atti amministrativi: la recente sentenza del Consiglio di stato*, in *Rivista Cammino Diritto*, 2021, 2.
- IADECOLA G., *La spiegazione causale del “più probabile che non” nelle pronunce della Cassazione: una possibile svolta verso (auspicata) posizioni di maggior equilibrio nella responsabilità civile del medico*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2010, 6, 849 ss.
- IANNUZZI A., *Dalla funzione ai provvedimenti di polizia*, *Dike Giuridica*, 2015, 1-125.
- INGRASCÌ O., *La violenza delle mafie. Pratiche, significati e conseguenze*, in *Rivista di Studi e Ricerche sulla criminalità organizzata*, 2018, 4, 90-98.
- LA SPINA A. (a cura di), *I costi dell'illegalità. Mafia ed estorsioni in Sicilia*, Il Mulino, 2008.
- LA SPINA A., *Riconoscere le organizzazioni mafiose oggi: neo-formazione, trasformazione, espansione e repressione in prospettiva comparata*, in M. SANTORO, (a cura di), *Riconoscere le mafie*, Il Mulino, 2015, 95 ss.
- LAZZARA P., *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, Cedam, 2001.
- LEOTTA E., *I poteri certificativi del Prefetto quali strumenti di contrasto alla criminalità organizzata: inquadramento sistematico ed aspetti problematici*, relazione alla Conferenza Nazionale su “*Le nuove disposizioni penali in materia di sicurezza pubblica - strumenti e poteri di prevenzione antimafia*”, organizzata dall'Osservatorio Permanente sulla Criminalità organizzata, Siracusa, 25 - 27 giugno 2010, in *segretarietilocali.it*.
- LEVATO A., *Potestà discrezionale del Prefetto e regime di impugnazione delle interdittive antimafia. Criticità e prospettive di risoluzione*, V corso di formazione per l'accesso alla qualifica iniziale della carriera prefettizia, 2017, in <http://culturaprofessionale.interno.gov.it>.
- LEVI F., *Legittimità (diritto amministrativo) (voce)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, XXIV, 1974, 125.
- LICATA F., *Le misure di prevenzione patrimoniali*, Catania, 20 febbraio 2015, in <http://www.dsps.unict.it>.
- LIEBMAN E. T., *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, Giuffrè, 2012.
- LIEBMAN E.T., *Giudicato (voce)*, in *Enciclopedia giuridica*, Treccani, Roma, 1989.
- LIGUORI F., *Le incertezze degli strumenti di semplificazione: lo strano caso della d.i.a.-s.c.i.a.*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2015, 4, 1223-1261.
- LIPARI M., *Il sindacato pieno del giudice amministrativo sulle sanzioni secondo i principi della CEDU e del diritto UE. Il recepimento della direttiva n. 2014/104/EU sul private enforcement (D. Lgs. 3/2017): le valutazioni tecniche opinabili riservate all'AGCM*, relazione al Convegno “*Le sanzioni in un ordinamento multilivello: categorie in cerca di nuove identità*”, organizzato dal Dipartimento di Giurisprudenza e dalla SSPL dell'Università di Siena, 27 maggio 2017, in *federalismi.it*, 2018, 8.

- LIPARI N. (a cura di), *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, Laterza, 1974.
- LONGO A., *La Corte costituzionale e le informative antimafia, Minime riflessioni a partire dalla sentenza n. 57 del 2020*, in www.nomos-leattualitaneldiritto.it.
- LONGO A., *La “massima anticipazione di tutela”. Interdittive antimafia e sofferenze costituzionali*, in *Federalismi.it.*, 16 ottobre 2019.
- LONGO E., *La Corte Costituzionale e il tifo violento: un caso particolarmente interessante di Drittwirkung*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2003, 11, 2003-2007.
- LUBRANO B., *Le sovvenzioni nel diritto amministrativo*, Giappichelli, 2008.
- LUCCIARDELLO S., *Le sanzioni interdittive*, in AA.VV., *Le sanzioni amministrative. Principi generali*, a cura di A. Cagnazzo, S. Toschei, Giappichelli, 2012.
- LUCIANI M., *Conclusioni all’incontro di studio A.I.P.D.A. – A.I.C. “Riflessioni sull’incertezza delle regole: il dibattito sulle sanzioni “nascoste”*, tenutosi presso l’Università deli Studi Roma Tre, 6 febbraio 2014, in diritto-amministrativo.org.
- MACHEDA A., *Natura giuridica della SCIA alla luce della riforma Madia. Le implicazioni pratiche in tema di poteri amministrativi e tutela del terzo*, in www.ildirittoamministrativo.it.
- MACRILLÒ B., *La sopravvivenza delle informative atipiche dopo il “correttivo” del Codice Antimafia*, in www.giustamm.it, 2014, 1, 1-27.
- MAGRI M., *Lo scioglimento dei consigli comunali e provinciali per infiltrazioni della criminalità di tipo mafioso: tra vecchi e nuovi dubbi di costituzionalità*, paper per il convegno annuale AIPDA “Decisioni amministrative e interessi pubblici sensibili”, Bergamo, 7 ottobre 2017, 2, in <https://aipda.it>.
- MANACORDA C., *Decreto 231 e legge 190: l’anticorruzione allinea privato e pubblico*, in <https://www.rivista231.it>.
- MANACORDA C., *Le nuove frontiere del decreto 231: l’attività economica pubblica*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2011, 3, 37 ss.
- MANCINI M., *La “materia penale” negli orientamenti della Corte EDU e della Corte costituzionale*, con particolare riguardo alle misure limitative dell’elettorato passivo”, in *Federalismi.it*, 25 giugno 2018.
- MANES V., *Commento all’art. 7 C.E.D.U.*, in S. BERTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo*, Cedam, 2012, 182 ss.
- MANES V., *Dalla “fattispecie” al “precedente”: appunti di “deontologia ermeneutica”*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 17 gennaio 2018.
- MANFREDI G., *La nozione di polizia amministrativa nel diritto italiano, Report annuale 2011*, in www.ius-publicum.com.
- MANGANARO F., A. ROMANO TASSONE, F. SAITTA (a cura di), *Diritto amministrativo e criminalità, Atti del Convegno di Copanello*, 28-29 giugno 2013, Giuffré, 2014.

- MANNA A., *Natura giuridica delle misure di prevenzione: legislazione, giurisprudenza, dottrina*, in *Archivio Penale*, 2018, 3, 1- 18.
- MANNINO A., *Determinazione della competenza dei T.A.R. nel caso di ricorso diretto all'annullamento di una informativa antimafia emessa dalla Prefettura, nota a Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, ordinanza 4 febbraio 2013, n. 4*, in *Ilnuovodirittoamministrativo.it*.
- MARANDOLA A., DELLA RAGIONE L., ZAMPAGLIONE A. (a cura di), *Misure di prevenzione, interdittive antimafia e procedimento*, Giuffrè Feancis Lefebvre, 2022.
- MARCHIANÒ G., *White list, elenchi di merito e rating di legalità: semplificazione amministrativa?*, in *Munus, Rivista giuridica dei servizi pubblici*, 2013, 2 ss.
- MARESCA C., *Manuale di legislazione antimafia*, Rogiosi Editore, 2019.
- MARESO M. e PEPINO L. (a cura di), *Dizionario enciclopedico di mafie e antimafia*, Edizioni Gruppo Abele, Torino, 2013.
- MARINUCCI G., DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2009.
- MAROI F., *Libro I. Persone e famiglia*, in *Comm. D'Amelio*, Barbera, 1940.
- MARUOTTI L., *Trattato di diritto amministrativo*, Cedam, 2015.
- MARZUOLI C., *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, in *Annuario Aipda, Il diritto amministrativo dell'emergenza*, Giuffrè, 2005.
- MARZUOLI C., *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Giuffrè, 1982.
- MASERA L., *La nozione costituzionale di materia penale*, Giappichelli, 2018.
- MASINI S., *"Agromafie": tipologia criminale e connotazione normativa dell'associazione per delinquere*, in *Diritto Agroalimentare*, Giuffrè, 2018, 3, 593-620.
- MASSUCCI R., GALLO N., *La sicurezza negli stadi: profili giuridici e risvolti sociali*, Franco Angeli, 2011.
- MATTARELLA G.B., *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2013, 2, 123 ss.
- MAZZACUVA F., *Le pene nascoste*, Giappichelli, 2017
- MAZZAMUTO M., *Lo scettro alla prefettocrazia: l'indefinita pervasività del sottosistema antimafia delle grandi opere e il caso emblematico della 'filiera'*, in *Diritto dell'Economia*, 2013, 3, 619-635;
- MAZZAMUTO M., *Misure giurisdizionali di salvataggio delle imprese versus misure amministrative di completamento dell'appalto: brevi note sulle modifiche in itinere del Codice Antimafia*, 20 aprile 2016, in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>.
- MAZZAMUTO M., *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, in *Giustamm.it*, 2016, 3.

- MAZZONI C.M., *Persona fisica*, in *Digesto civile*, UTET, 1995, XIII, 379 ss.
- MEALE G., *I Limiti costituzionali alla tutela preventiva*, Jovene, 1968.
- MELE E., *I contratti delle Pubbliche Amministrazioni*, Giuffrè, 2011.
- MELONI G., *Le ordinanze (forse non solo) ordinarie dei sindaci in materia di sicurezza urbana tra legalità sostanziale e riserve relative (Il detto e il non detto nella sentenza n. 115/2011 della Corte costituzionale)*, in *federalismi.it*, 12 luglio 2011.
- MENCHINI S., *Il giudicato civile*, UTET, 2002.
- MENDITTO F., *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019.
- MERENDA I., VISCONTI C., *Metodo mafioso e partecipazione associativa nell'art. 416bis tra teoria e diritto vivente*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 24 gennaio 2019.
- MERUSI F., *Giustizia amministrativa ed autorità amministrative indipendenti*, in *Diritto amministrativo*, 2, 2002, 181 ss.
- MERUSI F., *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme*, in *Diritto amministrativo*, 1993, 21 ss.
- MERUSI F., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, in *Diritto Pubblico*, 2007, 2, 427-444.
- MERUSI F., *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Il Mulino, 2012.
- MEZZOTERO A., *Le informative prefettizie antimafia: natura, tipologie ed effetti interdittivi*, in *Giurisprudenza di merito*, 2009, 4, 1073 ss;
- MIELE G., *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Anonima Romana Editoriale, 1931.
- MINI G., *La mafia sui Nebrodi e le frodi europee nel settore agro-zootecnico. L'attività di contrasto alla luce dei recenti interventi legislativi*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021.
- MOCCIA S., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.
- MOCCIA S., *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Cedam, 1988.
- MOLASCHI V., *Responsabilità extracontrattuale, responsabilità precontrattuale e responsabilità da contatto: la disgregazione dei modelli di responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Foro italiano*, 2002, III, 4 ss.
- MOLINARI P.V., PAPADIA U., *Le misure di prevenzione nella legge fondamentale, nelle leggi antimafia e nella legge anti violenza nelle manifestazioni sportive*, Giuffrè, 2002.
- MONGILLO V., *Crimine organizzato e corruzione: dall'attrazione elettiva alle convergenze repressive*, in *Diritto Penale Contemporaneo, Rivista Trimestrale*, 2019, 1, 158 ss.

- MONTARULI V., *Le novità normative e giurisprudenziali su documentazione antimafia*, white list e protocolli di legalità, in *Rivista di Polizia*, 2015, 6, Aracne, 495 ss.
- MONTELEONE G., *I Limiti soggettivi del giudicato civile*, Cedam, 1978.
- MORBIDELLI G., *Delle ordinanze libere a contenuto normativo*, in *Diritto Amministrativo*, 2016, 1, 38 ss.
- MORBIDELLI G., *Il principio di legalità e i cd. poteri impliciti*, in *Diritto amministrativo*, 2007, 712 ss.
- MORBIDELLI G., *Il procedimento amministrativo*, in AA.V.V., *Diritto Amministrativo*, a cura di L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.C. SCOCA, Monduzzo, 2005, I, 638-639.
- MORTATI C., *Discrezionalità* (voce), in *Novissimo Digesto Italiano*, Giappichelli, 1964, V, 1098 ss.
- MORTATI C., *Note sul potere discrezionale*, in *Studi dell'Istituto di diritto pubblico e legislazione sociale dell'Università di Roma*, Roma, 1936, ora in *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*, III, Giuffrè, 1972.
- MOSA G., *Dalla "legge obiettivo" al "nuovo codice degli appalti": la rivisitazione dell'istituto del contraente generale*, in *Italiappalti.it*, 25 giugno 2016.
- MUCCIARELLI F., *Sanzioni e attività d'impresa: qualche nota*, in C.E. PALIERO, F. VIGANÒ, F. BASILE, G.L. GATTA (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2018, II, 1150.
- NAPOLI M., *Imprese vittime della criminalità organizzata ed esclusione dalle pubbliche gare*, in *Urbanistica e appalti*, 2009, 12, 1413.
- NAPOLITANO G., ORLANO M., BEZZON E., PICCIONI F., *Disposizioni urgenti in materia di sicurezza delle città – Note di commento al d.l. 20 febbraio 2017, n. 14*, Maggioli, 2016.
- NERI V., *Informativa antimafia e contrasto alla criminalità organizzata*, in *Corriere del merito*, 2010, 8/9, 801 ss.
- NICOTRA I.A., *L'Autorità nazionale Anticorruzione e la soft regulation nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici*, in I.A. NICOTRA (a cura di), *L'Autorità Nazionale Anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*, Giappichelli, 2016, 34.
- NICOTRA V., *Sicurezza urbana e legalità*, in P. TESTA (a cura di), *Per una città più sicura. Dalle ordinanze agli strumenti di pianificazione e regolamentazione della convivenza cittadina*, studio pubblicato da ANCI e Fondazione Cittalia, 2011, 61 ss.
- NINNI L., *Aggravante del metodo mafioso: la Suprema Corte propone una sintesi degli elementi probatori rilevanti per l'integrazione della circostanza di cui all'art. 7 d.l. 152/1991. Nota a Cass., Sez. VI, sent. 1 marzo 2017 (dep. 23 marzo 2017), n. 14249, Pres. Ippolito, Rel. Bassi, Imp. Barbieri*, in *Diritto Penale Contemporaneo, Rivista trimestrale*, 2017, 9, 165-169.

- NINNI L., *Alle Sezioni Unite la questione della configurabilità del delitto di associazione di tipo mafioso con riguardo ad articolazioni periferiche di un sodalizio mafioso in aree "non tradizionali"*, in *Diritto Penale Contemporaneo, Rivista Trimestrale*, 2019, 6, 23-35.
- NINNI L., *Contiguità alla mafia: strumenti normativi di prevenzione e contrasto*, 2020, in corso di pubblicazione, ora in *air.unimi.it*.
- NOCCELLI M., *I più recenti orientamenti della giurisprudenza sulla legislazione antimafia*, 2018, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>.
- NUVOLONE P., *Misure di prevenzione e misure di sicurezza* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Giuffré, 1976, XXVI, 640.
- OPPO G., *Declino del soggetto e ascesa della persona*, in *Rivista di diritto civile*, 2002, I, 830 ss.
- OTTAVIANO V., *Poteri dell'amministrazione e principi costituzionali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1964, 913-929.
- PACE A., *Misure di prevenzione personale contro la violenza negli stadi ed esercizio del diritto di difesa con forme "semplificate"*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1997, 1584 ss.
- PADOVANI T., *Diritto penale della prevenzione e mercato finanziario*, in *Rivista italiana diritto e procedura penale*, 1995, *passim*.
- PALAZZO F., *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Questione Giustizia*, 2006, 4, 674 ss.
- PALAZZO F., *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, in *Diritto penale e processo*, 2015, 1061-1067.
- PALAZZO F., *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità del contenuto di norme penali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1998, 362.
- PALICI DI SUNI PRAT E., *I diritti al procedimento. Profili di diritto comparato*, Giappichelli, 1993.
- PALIERO C.E., *La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri di imputazione*, in *Il nuovo diritto penale delle società*, Ipsoa, 2002, *passim*.
- PALIERO C.E., *Materia penale e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione "classica" e una svolta radicale*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1985, 894 ss.
- PALIERO C.E., TRAVI A., *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Giuffré, 1988.
- PALUMBO C., *La vis espansiva delle interdittive antimafia alla luce dei recenti interventi legislativi e giurisprudenziali*, in <http://culturaprofessionale.interno.gov.it>.
- PAMPANIN V., *Legittimo affidamento e irretroattività della legge nella giurisprudenza costituzionale e amministrativa*, in *Giustamm.it*, 2015, 11, 1- 20.
- PANTALONE P., *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Editoriale Scientifica, 2018.

- PAOLANTONIO N., *Discrezionalità tecnica e giurisprudenza pratica, nota a Cons. Stato, sez. VI, 3 luglio 2002, n. 3637*, in *Foro amministrativo*, 2002, 2587 ss.
- PARISI S., *Dimenticare l'obiezione di Zagrebelsky? Brevi note su legalità sostanziale e riserva relativa nella sent. n. 115/2011*, 2011, in *Forum di Quaderni costituzionali.it*.
- PARODI GIUSINO M., *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Giuffrè, 1990.
- PARODI GIUSINO M., *La condotta nei reati a tutela anticipata*, in *Indice penale*, 1999, 700 ss.
- PASTORI G., *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro amministrativo*, 1987, 3165 ss.
- PATRONI GRIFFI F., *Valori e principi tra procedimento amministrativo e responsabilizzazione dei poteri pubblici (con un'attenzione in più per invalidità non invalidante del provvedimento, efficienza e trasparenza, danno da ritardo)*, Relazione al convegno "La disciplina dell'azione amministrativa a vent'anni dalla legge n. 241 del 1990", Roma, Palazzo Spada, 12 gennaio 2011, in www.giustizia-amministrativa.it.
- PEDRAZZI C., *Problemi del delitto di aggio*, Giuffrè, 1958.
- PELLEGRINI S., *L'impresa grigia. Le infiltrazioni mafiose nell'economia legale*, Ediesse, 2018.
- PERFETTI L.R., *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Diritto Amministrativo*, 2013, 3, 309 ss.
- PERFETTI L.R., *Il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro amministrativo*, 1997, I, 1742 ss.
- PERICU G., *Le sovvenzioni come strumento di azione amministrativa*, Giuffrè Francis Lefebvre, 1967.
- PERLINGIERI P., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Jovene, 1972.
- PERONACI L., *Dalla confisca al controllo giudiziario delle aziende: il nuovo volto delle politiche antimafia. I primi provvedimenti applicativi dell'art. 34 bis D. Lgs. 158/2011*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2018, 9, 1-24.
- PETRINI D., *La prevenzione inutile: illegittimità delle misure praeter delictum*, Jovene, 1996.
- PETRONELLI A., *Il potere del prefetto ai sensi dell'art. 32 del d.l. 90/2014: prosecuzione del rapporto contrattuale con l'impresa interessata da fenomeni criminosi*, V corso di formazione per l'accesso alla qualifica iniziale della carriera prefettizia, 2017, 17, in <http://culturaprofessionale.interno.gov.it>.
- PICARDI I., *Il T.a.r. per il Friuli Venezia Giulia dubita della legittimità costituzionale dell'art. 67, comma 8, D. Lgs. 159 del 2011 nella parte in cui fa automaticamente derivare dalla abusiva captazione di finanziamenti pubblici (artt. 640, secondo comma, n. 1 e 640 bis c.p.) i divieti, le sospensioni e le decadenze previste dalla medesima norma*, in appaltiecontratti.it, 5 giugno 2020.
- PICOZZA E., *Il regime giuridico del procedimento amministrativo comunitario*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico comunitario*, 1994, 321.

PIEMONTESE F., *Le sanzioni interdittive tra codice antimafia e responsabilità degli enti da reato*, in *Federalismi.it*, 2 giugno 2021.

PIGNATONE G., *Mafia e corruzione: tra confische, commissariamenti e interdittive*, relazione sul tema “*Legalità corrotta*”, al convegno “*Le ragioni dell’impresa e le ragioni dell’amministrazione della giustizia. I teatri della crisi*”, Roma, 24 settembre 2015, in *Diritto Penale Contemporaneo, Rivista Trimestrale*, 2015, 4, 259-266.

PILIERO M., *Prevenire il fenomeno mafioso con interventi gradualisti e collegati: i nuovi strumenti dell’amministrazione giudiziaria e del controllo giudiziario*, in <https://www.ildirittoamministrativo.it>.

PIOGGIA A., *La lezione dell’epidemia di Covid-19 sul sistema sanitario e il suo ruolo*, in *Istituzioni del Federalismo, Rivista di studi giuridici e politici*, 2020, n. speciale, 17-27.

PIOGGIA A., *Il contributo di Francesco Merloni agli studi sull’organizzazione nella prospettiva della funzione costituzionale della pubblica amministrazione*, in Aa.Vv., *Lo sguardo del giurista e il suo contributo all’amministrazione in trasformazione*, *Scritti in onore di Francesco Merloni*, a cura di E. Carloni, A. Pioggia e B. Ponti, Giappicchelli, 2021, 77 ss.

PIOMBINO R., *A quali costi? L’efficacia estensiva dell’informazione interdittiva antimafia*, *Nota a sentenza – Corte Costituzionale 14.01.2020 n. 57*, in *dirittodidifesa.eu*, 11 maggio 2020.

PIPITONE G., *Giuseppe Antoci, dietro l’agguato la mafia dei pascoli che dal furto di bestiame ora vuole mettere le mani sui fondi europei*, in www.ilfattoquotidiano.it, 18 maggio 2016.

PIRAS A., *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Giuffrè, II, 1962.

PISANESCHI A., *La sentenza 68 del 2021. Le sanzioni amministrative sostanzialmente penali ed il giudicato*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2021, 4, 266 ss.

PIVA S., *Concetti giuridici indeterminati, sindacato del Giudice amministrativo e principi CEDU*, in *Federalismi.it*, 22 febbraio 2017, 4.

PIZZORUSSO A., *Delle persone fisiche*, in *Commentario Scialoja-Branca, Libro primo. Delle persone e della famiglia*, Zanichelli-Società Editrice del Foro Italiano, 1988, sub art. 1-4, 1.

PIZZORUSSO A., ROMBOLI R., BRECCIA U., DE VITA A., *Persone fisiche*, Zanichelli, 1988.

PRESUTTI E., *I limiti al sindacato di legittimità*, Milano, 1911.

PROTO PISANI A., *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*, in *Rivista di diritto processuale civile*, 1990, 386.

PROVENZANO P., *Art. 41 della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea e integrazione postuma della motivazione*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2013, 5, 1114-1134.

PROVENZANO P., *Note minime in tema di sanzioni amministrative e “materia penale”*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2018, 6, 1072-1103.

PUGLIATTI S., *Gli istituti del diritto civile*, I, Giuffrè, 1943.

PULITANÒ D., *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2008, 1004 ss.

PULITANÒ D., *La responsabilità 'da reato' degli enti: i criteri d'imputazione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2002, 425 ss.

QUATTROCCHI A., *Lo statuto della pericolosità qualificata sotto la lente delle Sezioni Unite*, in *Rivista di Diritto Penale Contemporaneo*, 2018, 1, 51-86.

RACCA G.M., *L'evoluzione della responsabilità della pubblica amministrazione*, in AA.VV. (a cura di) R. Garofoli, G.M. Racca, M. De Palma, *La responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno dinanzi al giudice amministrativo*, Giuffrè, 2003.

RACCA G.M., *La prevenzione e il contrasto della corruzione nei contratti pubblici (art. 1, commi 14-25, 32 e 52-58)*, in B.G. MATTARELLA (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, G. Giappichelli Editore, 2013.

RAIMONDI S., *L'informativa antimafia interdittiva: profili di costituzionalità*, relazione all'incontro di studio su "Le informative antimafia nella giurisprudenza amministrativa. Profili di compatibilità con le garanzie costituzionali e con la CEDU", Palermo, 24 giugno 2014.

RAMAJOLI M., *Poteri di ordinanza e Stato di diritto*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Editoriale Scientifica, 2011.

RANELLETTI O., *Concetto della polizia di sicurezza*, Scritti Scelti, Jovene, 1992.

RANELLETTI O., *Principii di diritto amministrativo*, Jovene, 1912.

RANIELI C., *Il Consiglio di Stato chiarisce quando la lesione ad un interesse legittimo oppositivo integra il danno ingiusto di cui all'art. 2043 c.c.*, in *Il Nuovo Diritto Amministrativo*, 2014, 6, 168-179.

RAPALIA R., *Notazioni in tema di efficacia delle informative antimafia*, in *Foro Amministrativo, Consiglio di Stato*, 2011, *passim*.

RESCIGNO G.U., *Ordinanza e provvedimenti di necessità e urgenza*, in *Novissimo Digesto*, UTET, 1965, XII, 89 ss.

RESCIGNO G.U., *Sul principio di legalità*, in *Diritto pubblico*, 1995, 247-310.

RESCIGNO P., *Capacità giuridica*, in *Digesto civile*, Giappichelli, 1988, II, 218 ss.

RESCIGNO P., *Persona e comunità*, Il Mulino, 1966.

ROCCO A., *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Giappichelli, 1912.

ROLLI R., MAGGIOLINI M., *Interdittiva antimafia e giudicato penale*, nota a Consiglio di Stato, sez. III, 4 febbraio 2021, n. 1049, in <https://www.giustiziainsieme.it>.

ROLLI R., SAMMARRO D., *Il parere del Consiglio di Stato sul nuovo codice dei contratti pubblici e la creazione di Adamo*, in <http://www.judicium.it/>, 2017, 11, 8.

- ROMANO A., *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, in *Diritto amministrativo*, 1999, 111-142;
- ROMANO A., *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, in AA.VV., *Atti del convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Giuffrè, 1947.
- ROMANO A., *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Diritto amministrativo*, 1998, *passim*.
- ROMANO M., *Ripensare il diritto penale (a dieci anni dalla scomparsa di Federico Stella)*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2017, 6 ss.
- ROMANO TASSONE A., *I problemi di un problema. Spunti in tema di risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Diritto amministrativo*, 1997, *passim*.
- ROMANO TASSONE A., *La responsabilità della P.A. tra provvedimento e comportamento (a proposito di un libro recente)*, in *Diritto Amministrativo*, 12/2004, 209-229.
- ROSSI G., *Il DASPO e la giustizia amministrativa*, in *Rivista di diritto ed economia dello sport*, 2015, 1, 150-151.
- RUPERTI R., *Sul contraddittorio procedimentale in materia di informazioni antimafia*, in *Giurisprudenza italiana*, 2020, 3.
- RUSSO R., *I grandi eventi: strategie di intervento punitivo*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 29 aprile 2015.
- RUSSO R., *Le misure patrimoniali antimafia applicabili agli enti*, in *Archivio Penale*, 2012, 3, 1-18.
- SACCHI MORSIANI G., *Eccesso di potere amministrativo*, in *Novissimo Digesto Italiano, Appendice*, Utet giuridica, 1982, III, 219 ss.
- SAITTA F., *Informativa antimafia e protocolli di legalità, tra vecchio e nuovo*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2014, 2, 425 ss.
- SALA G., *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Giuffrè, 1993.
- SALAMONE V., *Il sistema della documentazione antimafia. Normativa e giurisprudenza*, Atti del seminario tenuto presso la Scuola di Perfezionamento per le Forze di Polizia a Roma, 5 dicembre 2018, in www.sipotra.it.
- SALAMONE V., *La documentazione antimafia nella normativa e nella giurisprudenza*, Editoriale Scientifica, Il Grifone, 2019.
- SALAMONE V., *Le misure di mitigazione degli effetti delle interdittive antimafia*, relazione tenuta nel corso del Seminario di Studi svoltosi presso la Prefettura di Palermo sul tema "La prevenzione delle attività mafiose nell'economia legale, le interdittive del Prefetto e le sue fonti di conoscenza", 3 dicembre 2018, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>.
- SALMONI F., *Le norme tecniche*, Giuffrè, 2001.

- SALVATORE P., *La legalità nell'amministrazione*, in *Giurisprudenza Amministrativa*, 2007, 3, 98 ss.
- SANDULLI A., *Procedimento (voce)*, in M. CLARICH, G. FONDERICO (a cura di), *Dizionario di diritto amministrativo*, Il Sole 24 Ore, 2007, 515 ss.
- SANDULLI A.M., *Fonti del diritto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, UTET, 1961, 531 ss.
- SANDULLI A.M., *Il procedimento amministrativo*, Giuffré, 1959.
- SANDULLI A.M., *Legge. Forza di legge. Valore di legge*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, VII, 1957, 269 ss., oggi in *Scritti scelti* di Aldo M. Sandulli, Giuffré, 2005, 3 ss.
- SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene Editore, 1989.
- SANDULLI M.A., *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, Jovene, 1983.
- SANTINO U., LA FIURA G., *L'impresa mafiosa. Dall'Italia agli Stati Uniti*, Franco Angeli, 1990.
- SANTORIELLO C., *Le misure di prevenzione patrimoniali diverse dalla confisca*, in (AA.VV.) A. Gaito, B. Romano, M. Ronco, G. Spangher, *Le misure di prevenzione*, UTET, 2013, 517.
- SANTORO PASSARELLI F., *Lineamenti di diritto civile. Persone fisiche*, Cedam, 1940.
- SATTA F., *Ordine e ordinanza amministrativa*, in *Enciclopedia giuridica*, Treccani, Roma, 1990.
- SATTA F., *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello stato democratico*, Cedam, 1969.
- SCARPINATO R., *La dimensione imprenditoriale della criminalità organizzata e le sue nuove forme di manifestazione: l'analisi sociologica, l'accertamento giudiziario e l'applicabilità della normativa di prevenzione ai nuovi fenomeni criminali*, in www.csm.it.
- SCIARRONE R., *Mafie vecchie, mafie nuove. Radicamento ed espansione*, Donzelli, 2009.
- SCOCA F.G., *Attività amministrativa (voce)*, in *Enciclopedia del Diritto, Aggiornamento*, 2002, VI, 76 ss.
- SCOCA F.G., *Diritto amministrativo*, Giappichelli, 2019.
- SCOCA F.G., *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2000, 1050 ss.
- SCOCA F.G., *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta "anticipata" alla criminalità organizzata*, in *Giustamm.it*, 2018, 6, 5848 ss.
- SCOCA F.G., *Razionalità e costituzionalità della documentazione antimafia in materia di appalti pubblici*, in *Giustamm.*, 6/2013, 1-19.
- SCOCA F.G., *Scioglimento di organi elettivi per condizionamento della criminalità organizzata*, *Commento a Consiglio di Stato*, sez. III, 24 febbraio 2016, n. 748, in *Giurisprudenza Italiana*, 2016, 1724 ss.

- SCREPANTI S., *La partecipazione ai procedimenti regolatori delle Autorità indipendenti*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2007, 377 ss.
- SEMPREVIVA M.T. (a cura di), *Ordinamento e attività istituzionali del Ministero dell'Interno*, Dike Giuridica, 2017.
- SGUBBI F., GUERINI T., *L'art. 32 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90. Un primo commento*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 24 settembre 2014.
- SIGISMONDI G., *Eccesso di potere e clausole generali. Modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, Jovene, 2012.
- SIMEOLI D., *Appunti sul principio di legalità amministrativa*, in *Questione Giustizia*, 2016, 4, 174-189.
- SISTO S.M., *I protocolli di legalità e la lotta alla mafia e alla corruzione negli appalti pubblici, Progetto di ricerca per l'università LUISS Guido Carli – Centro di ricerca sulle Amministrazioni pubbliche “Vittorio Bachelet” e dall'Associazione “Avviso Pubblico. Enti locali e Regioni per la formazione civile contro le mafie”*, in *Amministrazione in cammino*, 28 giugno 2019.
- SORRENTINO F., *Lezioni sul principio di legalità*, Giappichelli, 2007.
- SOTIS G., *Il diritto senza codice: uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Giuffrè, 2007.
- SPAGNOLO G., *L'associazione di tipo mafioso*, Cedam, 1990, 130.
- SPAGNUOLO VIGORITA R., *Problemi giuridici dell'ausilio finanziario pubblico a privati*, in *Rassegna economica del Banco di Napoli*, 1963.
- SPANGHER G., MARANDOLA A., *Commentario Breve al Codice Antimafia e alle altre procedure di prevenzione*, Cedam, 2019.
- SPARAGNA R.M., *Metodo mafioso e c.d. mafia silente nei più recenti approdi giurisprudenziali*, Relazione svolta presso la Scuola Superiore della Magistratura, nell'ambito del corso “*Indagini e giudizio nei reati di criminalità organizzata*”, Scandicci, 5-7 ottobre 2015, in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>.
- SPECIALE A.M., *Interdittive antimafia tra vecchi confini e nuovi scenari*, in *madeappalti.com*, 28 ottobre 2020.
- STELLA F., *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale. Il nesso di condizionamento fra azione e evento*, Giuffrè, 1975.
- TAMBURRINO G., *Le persone fisiche*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, Utet, 1990.
- TESAURO G., *Diritto comunitario*, Cedam, 2003.
- TORIELLO O., *L'Adunanza Plenaria fa il punto sui criteri di individuazione della competenza territoriale del T.A.R.: il criterio dell'efficacia territoriale dell'atto è prevalente qualora essa si esaurisca nella circoscrizione territoriale di un Tribunale periferico*, nota a Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, ordinanza 4 febbraio 2013, n. 4, in *italiAppalti.it*, 7 novembre 2014.

- TRAMONTANO L., *La tutela risarcitoria dell'interesse legittimo*, Cedam, 2008.
- TRAVI A., *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Diritto Pubblico*, 1995, 91 ss.
- TRAVI A., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia, Presentazione del tema del Convegno*, Varenna, 20-22 settembre 2007, Giuffrè, 2008.
- TRAVI A., *Tutela risarcitoria e giudice amministrativo*, in *Diritto Amministrativo*, 7/2001, 201 ss.
- TROMBETTA G., *L'ordinanza prefettizia ex art. 2 TULPS. Una lettura "realista" dentro i principi costituzionali*, in *federalismi.it*, 2021, 22, 72-119.
- TURONE G., *Il delitto di associazione mafiosa*, Giuffrè, 2015, 124 ss.
- UBIALI M.C., *Illegittimità sopravvenuta della sanzione amministrativa sostanzialmente penale: per la Corte Costituzionale resta fermo il giudicato*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 21 marzo 2017.
- VAIANO D., *Preavviso di rigetto e principio del contraddittorio nel procedimento amministrativo*, in R. PREFETTI (a cura di), *Le riforme della l. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Cedam, 2008, 54 ss.
- VALAGUZZA S., *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Giuffrè, 2016.
- VANNUCCI A., *L'evoluzione della corruzione in Italia: evidenza empirica, fattori facilitanti, politiche di contrasto*, in ASTRID, *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, a cura di F. Merloni e L. Vandelli, Passigli, 2010.
- VASSALLI F., *Lineamenti del diritto delle persone nel nuovo codice civile*, Giuffrè, 1939.
- VENAFRO E., *L'impresa del crimine. Il crimine dell'impresa*, Giappichelli, 2012.
- VENEZIANO S., *Il controllo giurisdizionale sui concetti giuridici a contenuto indeterminato e sulla discrezionalità tecnica in Italia, testo della relazione all'XI Convegno di diritto amministrativo "Concetti giuridici a contenuto indeterminato e giurisdizione amministrativa"*, Associazione Giudici amministrativi tedeschi, italiani e francesi, Palermo, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 14 ottobre 2005.
- VIGANÒ F., *Diritti umani e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e per i giudici italiani*, *Working paper* per Università L. Bocconi, Milano, 25 novembre 2015.
- VIGANÒ F., *Il nullum crimen conteso: legalità "costituzionale" vd legalità "convenzionale"?*, in *archivioldpc.dirittopenaleuomo.org*, 5 aprile 2017.
- VIGANÒ F., *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017, 3, 370-382.
- VILLANACCI C., *Gli effetti civilistici dell'interdittiva antimafia*, in *Norma, Quotidiano d'informazione giuridica*, 2020, <http://www.norma.dbi.it/>.
- VILLATA R., RAMAJOLI M., *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli, 2017.

- VILLATA R., *Riflessioni in tema di partecipazione al procedimento e legittimazione processuale*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1992, 171 ss.
- VINTI S., *I protocolli di legalità e il diritto europeo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, 3, 318 ss.
- VIRGA G., *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Giuffrè, 1998.
- VIRGA P., *Appunti sulla cosiddetta discrezionalità tecnica*, JUS, 1957.
- VIRGA P., *I contratti della pubblica amministrazione*, LED Edizioni Universitarie, 1971.
- VISCONTI C., *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Giappichelli, 2003, 364.
- VISCONTI C., *Criminalità economica e criminalità organizzata. Strategie di contrasto dell'inquinamento criminale dell'economia: il nodo dei rapporti tra mafie e imprese*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2014, 2, 705 ss.
- VISCONTI C., *I giudici di legittimità ancora alle prese con la "mafia silente" al Nord: dicono di pensarla allo stesso modo, ma non è così*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 5 ottobre 2015.
- VISCONTI C., *Mafie straniere e 'ndrangheta al Nord. Una sfida alla tenuta dell'art. 416 bis?*, in *Diritto Penale Contemporaneo, Rivista Trimestrale*, 2015, 353-381.
- VISONE V., *Il Consiglio di Stato sulla nozione di atto presupposto*, in *Rivista Cammino Diritto*, 2021, 1.
- WEBER M., *Economia e società. Teoria delle categorie sociologiche*, Edizioni di Comunità, 1995.
- ZANOBINI G., *L'attività amministrativa e la legge*, in G. ZANOBINI, *Scritti vari di diritto pubblico*, Giuffrè, 1955, 203-218.
- ZANOBINI G., *Le sanzioni amministrative*, Fratelli Bocca Editore, 1924.
- ZITO A., *Il danno da illegittimo esercizio della funzione amministrativa*, Cedam, 2003.
- ZITO A., *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Giuffrè, 1996.
- ZUFFADA E., *Revoca prefettizia della patente ex art. 120 codice della strada: una "sanzione" ragionevole?*, in *Diritto Penale Contemporaneo, Rivista trimestrale*, 2017, 9, 192-198.

Il percorso di ricerca non traccia soltanto un percorso di studi ma, altrettanto, un percorso di vita. Per questo la tesi racconta, dietro le sue righe, quello che è accaduto in questi anni, cercando di far tesoro delle persone incontrate sul mio cammino e delle esperienze professionali che hanno, ciascuna, via via consentito di rendere sempre più viva la trattazione dell'argomento scelto.

Desidero, perciò, ringraziare l'Università degli Studi di Milano, per aver istituito il primo Dottorato in Studi sulla criminalità organizzata, il primo Osservatorio sulla criminalità organizzata – CROSS – e per avermi accolto, dal “lontano” 2018.

Altrettanto, ringrazio il nostro Collegio Docenti, autorevolmente rappresentato dal Suo coordinatore, il Prof. Fabio Basile, per aver insegnato con passione e umanità questioni difficili, delicate, a volte dolorose al solo ricordo, e per aver rivolto un sorriso e una parola di conforto in ogni momento.

Debbo ringraziare, in particolare, il Dott. Paolo Provenzano, che mi ha seguito in questi anni come tutor, per avermi dato pieno mandato nella ricerca, nell'articolazione degli argomenti da trattare, oltre che preziose opportunità di approfondimento, scrittura e insegnamento.

Rivolgo un pensiero ai miei colleghi di Dottorato, affinché i desideri di ognuno trovino la loro realizzazione e, tra questi, sento di dedicarne uno in particolare a Gabriele, che ci unirà sempre nel suo ricordo.

Un ringraziamento speciale va al Prof. Nando dalla Chiesa, per avermi fatto crescere coinvolgendomi in imprese che mai avrei pensato di intraprendere o portare a termine con Sua grande soddisfazione e, soprattutto, per aver instillato in me la necessità di cambiare la prospettiva di ricerca, da studentessa non sempre consapevole che quel che si legge sui libri può non corrispondere alla realtà e ai bisogni della società civile.

La possibilità di frequentare il Dottorato senza borsa di studio è stata, tuttavia, possibile soltanto grazie alla mia famiglia, la mamma, il babbo e mio fratello Vittorio, che mi hanno sostenuta in questa scelta, nonostante tutte le difficoltà sorte in questi anni, senza farmi mai mancare nulla.

Devo anche a Francesco, e alla sua grande pazienza, la riconoscenza per essermi stato vicino, dando sempre la precedenza agli impegni di studio, e per avermi insegnato a coltivare sempre sentimenti positivi.

Sento di rivolgere, poi, un sentito grazie ai grandi esperti, professionisti, funzionari e dirigenti con cui ho avuto modo di lavorare e confrontarmi in questi anni.

Tra tutti, in particolare, la Direzione Tecnica del Comune di Milano, primo mio impiego nella Pubblica Amministrazione, per aver compreso il valore aggiunto dell'attività di ricerca scientifica, consentendomi di coordinare le esigenze di studio con quelle d'ufficio e di offrire i contenuti appresi anche nello svolgimento della prestazione lavorativa.

Insieme a questa, con la preziosa collaborazione della Dott.ssa Mariangela Zaccaria, il Comitato Antimafia del Comune di Milano, per i cui insegnamenti e spunti di approfondimento sono grata, auspicando che questa tesi costituisca non soltanto un punto di arrivo ma, altresì, una buona base di partenza per futuri progetti.

Da ultimo, but non least, ringrazio i miei amici e tutte le persone con cui, ora a Firenze, ora a Milano, ora in altre città, nonostante la velocità dei tempi di oggi, ci siamo incontrati, ritrovati, uniti.