

CORSO DI PREPARAZIONE AL CONCORSO PER REFERENDARIO T.A.R.

**Rassegna Dottrinale a cura di
Cons. Emiliano Raganella**

Interdittiva antimafia e incapacità giuridica speciale: un difficile equilibrio, Nota a: Consiglio di Stato ad. plen., 06 aprile 2018, n.3, a cura di Calogero Commandatore pag. 2

Diritto di iniziativa economica dell'impresa sospettata di essere collusa con la mafia e diritto della collettività ad un mercato concorrenziale., Nota a: Corte Costituzionale, 26 marzo 2020, n.57, a cura di Lorenzo Delli Priscoli pag. 12

L'adunanza plenaria del consiglio di stato alle prese con l'interdittiva prefettizia antimafia e la teoria dell'interpretazione, a cura di Giovanni Leone pag.34

L'informazione antimafia prefettizia è incostituzionale? Nota a: Corte Costituzionale, 26 marzo 2020, n.57, a cura di Giuseppe Marino pag. 46

I più recenti orientamenti della giurisprudenza amministrativa sul complesso sistema antimafia, a cura di Massimiliano Noccelli pag. 49

Il deficit di tipicità delle interdittive antimafia, a cura di Alessandra Amore (*) pag. 82

INTERDITTIVA ANTIMAFIA E INCAPACITÀ GIURIDICA SPECIALE: UN DIFFICILE EQUILIBRIO

Nota a: **Consiglio di Stato ad. plen. , 06 aprile 2018, n.3**

Autori: **Calogero Commandatore**

(*)Sommaro 1. La fattispecie. — 2. Il provvedimento di interdittiva antimafia e l'incapacità giuridica speciale. — 3. Obbligazioni della P.A. e provvedimento di interdittiva antimafia. — 4. Il giudicato amministrativo risarcitorio e l'interdittiva antimafia. Riflessioni a margine.

Nella decisione in commento, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato qualifica l'effetto del provvedimento di interdittiva antimafia in capo al soggetto attinto (persona fisica o persona giuridica) in termini di incapacità giuridica speciale, parziale e temporanea, da riferire non solo al momento di stipula dei contratti con la P.A., ma più generale alla titolarità di qualsivoglia situazione giuridica soggettiva — anche di matrice risarcitoria e accertata con sentenza passata in giudicato — derivante da tali contratti. Con la sentenza in rassegna si amplia ulteriormente la lettura estensiva dell'art. 67, comma 1, d.lgs. 6 settembre n. 2011, n. 159, inaugurata dalla Adunanza Plenaria con la sentenza 5 giugno 2012, n. 19. L'ampliamento, però, alle questioni risarcitorie e il richiamo alla nozione di incapacità giuridica suggeriscono riflessioni sul carattere sistematico della scelta operata dal massimo consesso della giustizia amministrativa.

The Plenary Assembly of the Italian Council of State qualifies the disqualification from public contracts laid down by anti-mafia legislation as a special form of legal incapacity; it is a temporary and partial inability of entering into contract with the public administration as well as of holding rights deriving from judicial decisions connected with similar contracts, even in case of res judicata about compensation for damages. This decision extends the broad interpretation of article 67 par. 1 of the legislative decree 6th September 2011, no. 159, given by the Plenary Assembly in its decision 5th June 2012, no. 19. Due to the reference to compensation for damages and to the notion of legal capacity, this decision provides the opportunity to reflect on the systematic implications of the interpretative option chosen by the Council of State.

1. LA FATTISPECIE

La sentenza dell'Adunanza Plenaria in commento si innesta in un'articolata vicenda giudiziaria che origina da un giudizio promosso dinnanzi al TAR, nell'anno 2007, da un'impresa che, avendo partecipato ad una gara d'appalto indetta da un Comune, aveva lamentato l'illegittimità dell'aggiudicazione a un altro soggetto e, di conseguenza, richiesto il risarcimento del danno. Il giudizio di primo grado si concludeva nell'anno 2010 con una pronuncia favorevole al ricorrente e conseguente condanna generica dell'Amministrazione ai sensi dell'allora vigente art. 34 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 (oggi trasfuso, con modifiche, nell'art. 30, comma 4, c.p.a.). Tale sentenza, a seguito della dichiarazione di irricevibilità dell'appello, nell'anno 2011, acquistava autorità di cosa giudicata. In ragione del persistente contrasto tra l'Amministrazione e la ricorrente sulla quantificazione del

risarcimento, veniva nuovamente adito il TAR che, con sentenza resa il 26 settembre 2013, statuiva sul punto. È bene evidenziare che, nelle more del giudizio di ottemperanza per la determinazione del *quantum* dinanzi al TAR (segnatamente nella fase di redazione della sentenza), l'impresa ricorrente era attinta da un provvedimento di c.d. informativa antimafia di cui agli artt. 84, comma 3, e 91, comma 6, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159. Tale circostanza non era dedotta nel successivo giudizio di appello proposto avverso alla sentenza resa dal TAR (sentenza che veniva in parte riformata dal Consiglio di Stato con pronuncia emessa l'11 febbraio 2014, n. 644) e veniva comunicata all'Amministrazione soccombente solo con nota del 2 febbraio 2015. Avuta contezza dell'esistenza del provvedimento di interdittiva antimafia, l'Amministrazione comunale promuoveva giudizio di revocazione della sentenza n. 644/2014 ex artt. 106 c.p.a. e 395, n. 1 e n. 3, c.p.c. Il Consiglio di Stato, con sentenza della Quinta Sezione del 16 marzo 2016, n. 1078, rigettava l'azione di revocazione, evidenziando come il provvedimento di interdittiva antimafia non fosse intervenuto nelle more del giudizio di cognizione, definito con sentenza passata in giudicato, ma fosse sopravvenuto in sede di giudizio di ottemperanza, sicché l'ambito di soluzione della questione non ineriva alla corretta formazione del giudicato. L'impresa così adiva nuovamente il Consiglio di Stato per ottenere l'esecuzione della sentenza n. 644/2014, rimasta nel frattempo ineseguita.

In seno a tale giudizio, la Sezione veniva investita della questione attinente l'applicabilità dell'art. 67, comma 1, lett. g), del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (ai sensi del quale « 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: (...) 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 ») anche alle somme erogate dalla P.A. a titolo di risarcimento del danno riconosciuto con sentenza passata in giudicato.

La Quinta Sezione del Consiglio di Stato, qualificando tale questione come di massima importanza e foriera di potenziali contrasti giurisprudenziali, ai sensi dell'art. 99 c.p.a., rimetteva all'Adunanza Plenaria i seguenti quesiti:

« i) se la previsione di cui al comma 1, lettera g), dell'articolo 67 del "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;

ii) se osti a tale prospettazione il generale principio dell'intangibilità della cosa giudicata ».

La soluzione offerta dall'Adunanza Plenaria — oggetto del presente commento — poggia sostanzialmente su tre argomenti:

- l'incidenza degli effetti del provvedimento amministrativo di interdittiva antimafia sulla capacità

giuridica del soggetto destinatario;

- la riconducibilità delle somme dovute a titolo di risarcimento del danno in connessione all'attività d'impresa alla nozione di « erogazioni » previste dall'art. 67;
- la piena compatibilità di tale soluzione con il principio di intangibilità del giudicato giacché l'obbligazione risarcitoria ivi accertata non si estingue, ma incide solo temporaneamente sull'idoneità dell'imprenditore ad esserne titolare.

La ricostruzione dell'Adunanza Plenaria ha suscitato notevoli perplessità nella dottrina sia in ordine all'utilizzo della nozione di incapacità giuridica parziale sia in ordine alla sua relazione con il giudicato (1) sia, infine, rispetto alla possibilità di ricondurre il risarcimento alle « erogazioni » (2) di cui all'art. 67, d.lgs. n. 159/2011.

Inoltre, la sentenza non precisa se la speciale incapacità di essere titolare di erogazioni pubbliche (comprendenti anche il risarcimento del danno) debba essere ancorata e connessa esclusivamente alle obbligazioni derivanti dall'attività imprenditoriale soggetta, in qualche modo, alla documentazione antimafia (come il settore degli appalti pubblici) ovvero sia relativa a tutte le obbligazioni, anche risarcitorie, vantate dall'imprenditore nei confronti della P.A. in ambiti non sottoposti alla normativa antimafia.

2. IL PROVVEDIMENTO DI INTERDITTIVA ANTIMAFIA E L'INCAPACITÀ GIURIDICA SPECIALE

Non potendo in questa sede esaminare l'evoluzione del complesso e articolato sistema della documentazione antimafia (3), è sufficiente, ai fini della presente trattazione, ricordare che l'art. 84 del d.lgs. n. 159/2011 distingue, in tale ambito, la comunicazione e l'informazione antimafia.

La comunicazione antimafia ha un contenuto vincolato, riconducibile alla potestà certificativa della P.A., puramente ricognitivo della sussistenza, a carico di determinati soggetti, delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'art. 6 del d.lgs. n. 159/2011 scaturenti da un provvedimento giurisdizionale definitivo (e in certi casi puramente interinale) di applicazione di una delle misure di prevenzione previste dal Libro I, Titolo I, Capo II, del d.lgs. n. 159/2011.

In altre parole, la Pubblica Amministrazione, in tali casi, si limita a prendere atto dell'esito di un provvedimento giurisdizionale e ad attestarne le conseguenze ai sensi dell'art. 67 del d.lgs. n. 159/2011.

Il provvedimento di informazione antimafia, invece, si caratterizza per il suo contenuto di discrezionalità tecnica (4), in quanto avente ad oggetto la valutazione circa la sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa nell'attività d'impresa, tendenti a condizionare le scelte o gli indirizzi della società o delle

imprese interessate.

La giurisprudenza amministrativa ha individuato nell'incidenza sulla capacità giuridica (5) del destinatario il principale effetto del provvedimento d'interdittiva antimafia.

Nello specifico, l'incapacità giuridica discendente dal provvedimento di interdittiva antimafia si annovera tra le incapacità speciali relative, in quanto implica l'inedoneità del soggetto ad essere titolare solo di specifici diritti, rapporti o uffici nei confronti di determinati soggetti, differenziandosi così dalla c.d. incapacità giuridica speciale « assoluta », predicabile, per esempio, in capo al fallito (6) (rispetto al quale la preclusione, pur riguardando solo una determinata categoria di atti o rapporti, sussiste nei confronti di chiunque (7).

La sussistenza della categoria dell'incapacità giuridica speciale è molto dibattuta in dottrina.

Alcuni autori ne ammettono la persistente validità sistematica (8); altra parte della dottrina civilistica sottolinea come, nell'attuale quadro costituzionale e di diritto sovranazionale, la capacità giuridica, ossia l'astratta idoneità di un soggetto di essere titolare di diritti, obblighi e altre situazioni giuridiche soggettive, non possa essere limitata (9) o graduata (10), di guisa che le tradizionali ipotesi di c.d. « incapacità giuridica speciale » (o relativa (11), o parziale) non sono altro che questioni attinenti alla capacità di agire o alla legittimazione al compimento di atti giuridici (12); altre opinioni, infine, rilevano la mera valenza nominalistica di tali distinzioni: « *Chi parla d'incapacità giuridica relativa, guarda alle conseguenze dei divieti e delle limitazioni stabiliti dalla legge; e forse gli si può rimproverare di usare un termine così vasto (qual è appunto « incapacità giuridica ») per ridurre ad unità, sotto una qualifica meramente formale, ipotesi disparate, trascurandone la ragione storica ed il profilo sociologico (attinente, quest'ultimo, alla valutazione ed alla comparazione legislativa degli interessi in contrasto) »* (13).

Nella consapevolezza dell'esistenza dei riferiti contrasti dottrinari circa la configurabilità dell'istituto dell'incapacità giuridica speciale, la prevalente dottrina ammette singole ipotesi di incapacità speciale (non essendo tale possibilità esclusa dalla portata dell'art. 22 Cost., che ne impedisce la configurabilità solo ove qualora si basi su motivazioni ideologiche o discriminatorie) ed evidenzia come, in ogni caso, la limitazione della capacità giuridica non possa incidere sui diritti inviolabili dell'uomo, sul principio di eguaglianza e debba fondarsi su una legge che, nel determinarne esattamente la portata soggettiva e oggettiva, miri alla tutela dello stesso soggetto ritenuto incapace ovvero di interessi sovraordinati di carattere generale (14).

Sulla base di tali coordinate, appare corretta la qualificazione degli effetti contemplati nell'art. 67 del d.lgs. n. 159/2011 quale ipotesi di incapacità giuridica speciale, posto che la norma di legge è indubbiamente diretta alla tutela di interessi generali di chiara matrice costituzionale: la tutela dell'ordine pubblico economico e del buon andamento della P.A. (15).

Sotto altro profilo, la soluzione nel senso dell'incapacità giuridica speciale del soggetto attinto appare conforme a quella adottata dallo stesso legislatore in altre previsioni codicistiche.

Emblematica, sul punto, è la disciplina prevista dall'art. 2231 c.c. — norma posta a tutela di interessi generali e a garanzia dell'ordine pubblico — il quale prevede che, in assenza del provvedimento amministrativo di iscrizione all'albo professionale, si configuri un'incapacità giuridica relativa del soggetto non iscritto (16) che impedisce il sorgere, nei confronti del cliente, di qualsiasi pretesa *lato sensu* creditoria (obbligazione contrattuale, naturale, da arricchimento senza causa, risarcitoria) (17).

Rispetto agli effetti sul titolo esecutivo di formazione giudiziale, l'Adunanza Plenaria ritiene che l'incapacità giuridica del soggetto attinto configuri un fatto sopravvenuto rispetto al giudicato amministrativo formatosi (18), impeditivo della sua eseguibilità.

3. OBBLIGAZIONI DELLA P.A. E PROVVEDIMENTO DI INTERDITTIVA ANTIMAFIA

Secondo la prevalente dottrina (19), l'art. 67 comma 1, lett. g), del d.lgs. n. 159/2011, nel prevedere che « 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: [...] 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 », fa riferimento all'ampio *genus* delle sovvenzioni, ossia alle erogazioni pubbliche prive di qualsiasi valenza sinallagmatica rispetto all'arricchimento del soggetto beneficiario.

Si tratta, pertanto, di una *species* di obbligazioni pubbliche aventi la loro giustificazione causale in « un pubblico interesse specifico da curare realizzato da soggetto diverso dall'Amministrazione concedente » (20).

A fronte di un'attribuzione patrimoniale per scopi di interesse pubblico di promozione imprenditoriale o di giustizia sociale, la dottrina ha ritenuto proporzionato e coerente con gli obiettivi di contrasto alla criminalità mafiosa la lettura estensiva offerta dall'Adunanza Plenaria nella sentenza 5 giugno 2012, n. 19, in cui correttamente il giudice amministrativo ha escluso la rilevanza della distinzione tra indennizzo a funzione puramente reintegrativa e indennizzo a valenza incentivante.

Emerge, in tale ambito, la ricchezza contenutistica della nozione di « aiuto di Stato », alla quale — come osservato di recente dalla Commissione europea (21) — possono ricondursi fattispecie diverse: le sovvenzioni dirette e indirette (tramite servizi sovvenzionati), le agevolazioni fiscali, i prestiti a condizioni non rinvenibili nel mercato concorrenziale e gli altri tipi di condizioni preferenziali di finanziamento in cui si sostanzia l'ampia attività dello Stato finanziatore.

Nella sentenza in commento, l'Adunanza Plenaria ha ritenuto di unificare in un'unica categoria tutte le « obbligazioni pubbliche » che, pur avendo natura e cause diverse, sono caratterizzate da un dato comune: la presenza di una parte pubblica nel rapporto obbligatorio e la sottoposizione a regimi speciali (anche sotto il profilo della capacità giuridica) rispetto alle obbligazioni tra privati.

L'identificazione di un'unitaria categoria di « obbligazioni pubbliche », a cui applicare un differente regime, è stata generalmente smentita dalla pressoché unanime dottrina (22).

In particolare, il risarcimento del danno non ubbidisce alle logiche dello Stato finanziatore e, così come già evidenziato dalla più recente giurisprudenza di legittimità, svolge una funzione poliedrica (23): in primo luogo, reintegrativa della sfera giuridica del danneggiato; in secondo luogo, general-preventiva e sanzionatoria-punitiva.

Nell'ambito del giudizio amministrativo, poi, il risarcimento del danno assume una rilevanza fondamentale nella tutela dell'interesse legittimo con un chiaro addentellato nell'art. 24 Cost.

La Corte costituzionale, nella sentenza 6 luglio 2004, n. 204, ha chiaramente sancito come « *il potere riconosciuto al giudice amministrativo di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto non costituisce sotto alcun profilo una nuova "materia" attribuita alla sua giurisdizione, bensì uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo), da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della Pubblica Amministrazione.*

L'attribuzione di tale potere non soltanto appare conforme alla piena dignità di giudice riconosciuta dalla Costituzione al Consiglio di Stato (sub 3), ma anche, e soprattutto, essa affonda le sue radici nella previsione dell'art. 24 Cost., il quale, garantendo alle situazioni soggettive devolute alla giurisdizione amministrativa piena ed effettiva tutela, implica che il giudice sia munito di adeguati poteri; e certamente il superamento della regola (avvenuto, peraltro, sovente in via pretoria nelle ipotesi olim di giurisdizione esclusiva), che imponeva, ottenuta tutela davanti al giudice amministrativo, di adire il giudice ordinario, con i relativi gradi di giudizio, per vedersi riconosciuti i diritti patrimoniali consequenziali e l'eventuale risarcimento del danno (regola alla quale era ispirato anche l'art. 13 della legge 19 febbraio 1992, n. 142, che pure era di derivazione comunitaria), costituisce null'altro che attuazione del precetto di cui all'art. 24 Cost. ».

L'illegittimo espletamento di una procedura concorsuale di evidenza pubblica, a prescindere dalla sussistenza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ex art. 133, comma 1, n. 6, lett. b), del d.lgs. n. 104/2010, involge indubbiamente posizioni di interesse legittimo cui il risarcimento del danno accede quale strumento per garantire l'effettività della tutela ex art. 24 Cost.

L'incapacità giuridica speciale, seppure parziale e temporanea, così come definita dall'Adunanza

Plenaria, incide, quindi, direttamente sull'art. 24 Cost., con rilevanti dubbi sulla compatibilità di tale interpretazione con i principi CEDU in ordine alle limitazioni del diritto all'accesso al giudice previsto dall'art. 6 della Convenzione e all'effettività della tutela giurisdizionale previsto dal successivo art. 13 della Convenzione.

Evidenza, infatti, la Corte di Strasburgo che le limitazioni all'accesso al giudice sono ammissibili solo ove perseguano una finalità legittima e sia rispettato il rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito, non potendosi, mai, in ogni caso, giungere ad una compromissione dell'essenza stessa del diritto (24).

Impedire, infatti, seppure temporaneamente, l'accesso alla tutela garantita dal giudizio di ottemperanza, e quindi alla tutela del processo esecutivo, può costituire violazione dell'obbligo convenzionale sussistente in capo agli Stati di prevedere tutte le azioni che rendano il rimedio giurisdizionale effettivo e non meramente formale (25).

Il diritto all'esecuzione delle decisioni giurisdizionali costituisce parte integrante dell'art. 6 (26) della Convenzione nonché dell'art. 24 Cost. che indubbiamente contempla non solo un diritto alla tutela cognitoria, ma anche un fondamentale diritto all'esecuzione (27).

Il rischio connesso alle conclusioni dell'Adunanza Plenaria è ancora più evidente se si considera che l'impossibilità di ottenere somme a titolo di risarcimento del danno patito dall'impresa attinta dall'interdittiva antimafia potrebbe spingersi fino ad abbracciare anche le pretese risarcitorie legate, non all'attività provvedimentale della P.A., bensì all'attività materiale (si pensi all'ipotesi al risarcimento del danno per un'occupazione di mero fatto di un terreno dell'impresa). A ciò si aggiungano, inoltre, le ipotesi di indebito oggettivo ex art. 2033 c.c. mediato da un'attività amministrativa della P.A. (esempio il rimborso di imposte versate in eccedenza).

La soluzione cui è approdata l'Adunanza Plenaria appare anche in contrasto con l'art. 94, comma 2, del d.lgs. n. 159/2011, ove si prevede che, nel caso di impresa attinta dall'interdittiva, i soggetti di cui all'art. 83, comma 1 e 2 del citato d.lgs. (ossia 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 e i contraenti generali) « recedono dai contratti, fatto salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite ».

A fronte della previsione di recesso (quasi) vincolato (28) dal contratto, il legislatore prevede il riconoscimento della controprestazione economica, seppure con temperamenti e limitazioni.

Il successivo art. 94, comma 3, del d.lgs. n. 159/2011, consente, poi, ai soggetti di cui all'art. 83, già

citati, di non procedere alle revoche o ai recessi di cui al precedente comma « 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 ».

Tale norma sembra confutare l'esistenza di un'incapacità giuridica speciale dell'impresa attinta dal provvedimento di interdittiva, nei sensi in cui è stata intesa nella sentenza in commento, giacché, anche in pendenza della stessa, la P.A. può, esistenti le suddette ragioni, continuare ad essere parte del rapporto contrattuale, con le necessarie conseguenze in ordine al diritto al pagamento della prestazione eseguita e alle connesse pretese risarcitorie (sol anche relative al pagamento di interessi moratori).

Sottolinea attenta dottrina (29) come, per una lettura limitativa della portata dell'art. 67, comma 1, lett. g) del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, militi l'art. 83 del d.lgs. che esclude l'applicabilità della disciplina sulla documentazione antimafia « per i provvedimenti, gli atti ed i contratti il cui valore complessivo non supera i 150.000 euro ». Invero, la possibilità che trovino accoglimento richieste risarcitorie ancorate a provvedimenti, atti e contratti contenuti entro i limiti di valori indicati dalla norma citata implica un serio rischio di violazione dell'art. 3 Cost. per l'irragionevole differenziazione della capacità giuridica del danneggiato (30).

Nulla, infine, esclude che soluzioni differenti a quelle adottate dall'Adunanza Plenaria possano provenire dal giudice ordinario e dalla Corte di cassazione, giacché, preclusa la via dell'esecuzione amministrativa tramite il giudizio di ottemperanza, il risarcimento portato dal giudicato amministrativo, costituendo indubbiamente titolo esecutivo ex art. 474 c.p.c., potrà fondare un'esecuzione forzata ai sensi del Terzo Libro del codice di procedura civile.

4. IL GIUDICATO AMMINISTRATIVO RISARCITORIO E L'INTERDITTIVA ANTIMAFIA. RIFLESSIONI A MARGINE

Si è fin qui detto che la soluzione dell'Adunanza Plenaria appare, invero, lineare rispetto al regime delle sopravvenienze di fatto. La sentenza in commento, però, nel ribadire l'intangibilità del giudicato relativo alla sentenza e alle conseguenti obbligazioni risarcitorie, sembra prospettare un'efficacia paralizzante dell'interdittiva antimafia non solo nel caso in cui essa costituisca solo una sopravvenienza di fatto, ma anche ove l'interdittiva sia stata adottata nelle more del giudizio di cognizione e non sia stata, in detta sede, dedotta. La soluzione, ove si trattasse, del tradizionale giudizio di annullamento sarebbe facilmente rinvenibile nel principio secondo cui il giudicato amministrativo — a differenza del giudicato civile — copre solo il dedotto e non anche il deducibile poiché la sua formazione è limitata alle singole censure sollevate dal ricorrente e ritenute fondate dal giudice, sicché l'Amministrazione può, dopo l'annullamento, riesercitare il potere valutando eventuali profili non dedotti nel giudizio amministrativo e decisi dal giudice amministrativo.

Tale conclusione, però non appare corretta giacché, da un lato, per il risarcimento del danno connesso all'annullamento di atti e provvedimenti amministrativi si realizzerebbe un'ingiustificabile disparità di disciplina rispetto ai rapporti risarcitori tra privati e, per altro, verso, il risarcimento del danno concesso dal giudice amministrativo implica un giudizio di spettanza sul bene della vita, quantomeno in relazione alla perdita di *chances*(31), che impone l'applicazione della medesima regola del giudicato civile (32).

A ben vedere, la rilevanza del provvedimento di interdittiva antimafia non deve essere valutato alla luce dei differenti limiti oggettivi del giudicato amministrativo e del giudicato civile, ma in relazione ai limiti soggettivi dello stesso così come disciplinati ai sensi dell'art. 2909 c.c. secondo cui « L'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa ».

Ed invero, con il provvedimento amministrativo di c.d. interdittiva antimafia il Prefetto, territorialmente competente ai sensi dell'art. 90 del d.lgs. n. 159/2011, fa valere un interesse pubblico ed esercita un potere un amministrativo totalmente diverso e differente rispetto alle vicende amministrative coinvolgenti l'impresa ed altre Amministrazioni.

L'obbligo di dare esecuzione al giudicato (e alle sentenze del giudice amministrativo), infatti, riguarda esclusivamente l'Amministrazione soccombente o quella divenuta *medio tempore* competente (33), ma non anche altre Amministrazioni estranee a tale vicenda procedimentale e processuale che, in quanto portatrici di autonomi e differenti interessi pubblici, possono, con il loro provvedimento, incidere sul rapporto giuridico accertato in sentenza.

Note:

(*) Contributo approvato dai Referee.

(1) Gullo, Interdittiva antimafia e crediti risarcitori, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 770.

(2) D'Angelo, nota a Cons. Stato, ad. plen., 6 aprile 2018, n. 3, in *Foro it.*, 2018, 429; Tonnara, Risarcimento del danno e interdittive antimafia, in *Urb. app.*, 2018, 805 ss.; Leone, L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato alle prese con l'interdittiva prefettizia antimafia e la teoria dell'interpretazione, in *Foro amm.*, 2018, 1103 ss.

(3) Limitando l'esame ai contributi posto Codice antimafia cfr. Nocelli, I più recenti orientamenti della giurisprudenza sulla legislazione antimafia, in www.giustizia-amministrativa.it, 2018; M. Mazzamuto, Profili di documentazione amministrativa antimafia, in www.giustamm.it, 2016; Armao, Brevi considerazioni su informativa antimafia e rating di legalità ed aziendale nella prevenzione delle infiltrazioni criminali nei contratti pubblici, *ivi*, 2017; G.F. Scoca, Razionalità e costituzionalità della documentazione antimafia in materia di appalti pubblici, *ivi*, 2013.

(4) Durante, Ambiti di discrezionalità in materia di documentazione antimafia per le imprese, in www.giustizia-amministrativa.it, 2013.

- (5) Così già Cons. Stato, Sez. V, 10 aprile 2017, n. 4680; Cons. Stato, Sez. IV, 20 luglio 2016, n. 3247; Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., Sez. giur., 8 febbraio 2016, n. 34.
- (6) Norelli, Gli effetti personali del fallimento, in Panzani-Cagnasso, Crisi d'impresa e procedure concorsuali, Torino, 2016, 913.
- (7) Turco, Diritto Civile I, Torino, 2014, 90.
- (8) Cecchini-Amadio, Lezioni di diritto privato, Torino, 2015, 93.
- (9) Giardina, sub. Art. 1, in Aa.Vv., Commentario del Codice Civile, Delle Persone, Torino, 2012, 353.
- (10) Falzea, Capacità, II, Teoria generale, in Enc. dir., VI, Milano, 1960, 16.
- (11) Cfr. Cass. civ., 4 febbraio 2014, n. 2447, ove si riconduce il divieto speciale di acquistare di cui all'art. 1471, commi 1, n. 1 e 2, c.c., ad un'ipotesi di incapacità giuridica relativa.
- (12) Di Majo, Legittimazione, I, Legittimazione negli atti giuridici, in Enc. dir., XXIV, Milano, 1974.
- (13) Rescigno, Legittimazione, in Digesto civ., Torino, 1993.
- (14) Turco, Diritto Civile I, cit., 90.
- (15) Cons. Stato, Sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743.
- (16) Santoro Passarelli, Professioni intellettuali, in Noviss. Dig. it., XIV, Torino, 1968, 24, citato da A. Pisu, sub. Art. 2231 c.c., in Aa.Vv., Commentario del Codice Civile, Torino, 2014, 728.
- (17) Albanese, Violazione di norme imperative e nullità del contratto, Napoli, 2003, 142, in giurisprudenza cfr. Cass. civ., 11 giugno 2010, n. 14085; e Cass. civ., 12 ottobre 2007, n. 21495.
- (18) Si consenta il rinvio a Commandatore, I limiti oggettivi del giudicato amministrativo all'esame della Plenaria, in Urb. app., 2016, 1371 ss.; Id., Il giudicato a formazione progressiva: problema o risorsa?, in Giur. it., 2016, 2718 ss. In giurisprudenza v. Cons. Stato, Ad. Plen., 9 giugno 2016, n. 11; e Cass. civ., 16 giugno 2016, n. 12415.
- (19) Leone, L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato alle prese con l'interdittiva prefettizia antimafia e la teoria dell'interpretazione, in Foro amm., 2018, passim.
- (20) Giannini, Diritto amministrativo, Milano, 1970, II, 1177, citato da D'Angelo, nota a Cons. Stato, ad. plen., 6 aprile 2018, n. 3, cit.
- (21) Comunicazione della Commissione, Orientamenti sugli aiuti di Stato agli aeroporti e alle compagnie aeree, 2014/C 99/03, 20 febbraio 2014, in G.U.U.E. 4 aprile 2014.
- (22) Giannini, Le obbligazioni pubbliche, Roma, 1964; Barettoni Arleri, Obbligazioni pubbliche, in Enc. dir., XXXIX, Milano, 1979, 383. Per un rifiuto della teoria, Cerulli Irelli, Corso di diritto amministrativo, Torino, 1997, 718 ss., citato in Mattarella, L'attività, in Aa.Vv., Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale, Milano, 2003, 772.
- (23) Cfr. Sez. Un. civ., 5 luglio 2017, n. 16601; e Cons. Stato, Ad. Plen., 23 febbraio 2018, n. 1.
- (24) Corte EDU, 28 maggio 1985, n. 57, Ashingdane c. Regno Unito, citata in Trocker, Dal giusto processo all'effettività dei rimedi: l'« azione » nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2007, 35 ss.
- (25) Corte EDU, 19 marzo 1997, Hornsby c. Grecia, in Riv. intern. dir. uomo, 1997, 409-416.
- (26) Sudre, Droit européen et international des droits de l'homme, Paris, 2006, 352.
- (27) Capponi, Manuale di diritto dell'esecuzione civile, Torino, 2010, 20.
- (28) Così Cons. Stato, Sez. III, 26 gennaio 2017, n. 319.

(29) D'Angelo, nota a Cons. Stato, ad. plen., 6 aprile 2018, n. 3, cit.

(30) Tonnara, Risarcimento del danno e interdittive antimafia, cit.

(31) Si consenta il rinvio a Commandatore, Il risarcimento della chance oppositiva da aggiudicazione, in Urb. app., 2014, 691 ss.

(32) Baccarini, "Scelta" delle azioni e valutazione della "necessità" dell'annullamento per la tutela del ricorrente, in Dir. proc. amm., 2011, 7; Travi, La reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo fra azione di adempimento e azione risarcitoria, ivi, 2003, 229; Cons. Stato, Sez. IV, 22 gennaio 2013, n. 356.

(33) Maruotti, Il giudicato, in Aa.Vv., Diritto processuale amministrativo, diretto da Cirillo, Torino, 2017, 958 ss.

Diritto di iniziativa economica dell'impresa sospettata di essere collusa con la mafia e diritto della collettività ad un mercato concorrenziale.

Fonte: **Giurisprudenza Commerciale**, fasc.1, 2021, pag. 44

Nota a: **Corte Costituzionale**, 26 marzo 2020, n.57

Autori: **Lorenzo Delli Priscoli**

Sommario: 1. L'impresa mafiosa e le penetranti misure di contrasto, basate sul mero sospetto, previste dal codice antimafia. — 2. Le misure di prevenzione antimafia emesse dal Tribunale: genericità, secondo la Corte di Strasburgo, della descrizione delle condotte vietate. — 3. Le interdittive antimafia emesse dal Prefetto: sufficienza di meri indizi e impossibilità di partecipare al procedimento amministrativo. — 4. Le difficoltà di sanzionare le condotte di dumping poste in essere dall'impresa che abbia accumulato in passato ingenti patrimoni in attività mafiose. — 5. Il pericolo mafioso e la concorrenzialità del mercato quali esigenze che secondo la Consulta impongono di comprimere drasticamente il diritto di iniziativa economica. — 6. L'amministrazione giudiziaria e il controllo giudiziario quali misure per bilanciare le esigenze della collettività con quella di garantire la continuità aziendale.

1. *L'impresa sospettata di essere collusa con la mafia e le penetranti misure di contrasto, basate sul mero sospetto, previste dal codice antimafia.* — La sentenza in commento ha ad oggetto alcune norme del codice antimafia: in effetti le associazioni mafiose stanno progressivamente abbandonando la componente violenta e militare tipica del loro metodo a favore di relazioni di scambio e collusione, non solo nei mercati illegali (contrabbando, droga, prostituzione, lavoro nero) ma anche in quelli legali, cosicché, accanto alla tradizionale normativa penalistica dell'associazione per delinquere di stampo mafioso di cui all'art. 416-*bis* c.p., si è ad essa affiancata una complessa disciplina di diritto amministrativo — di cui il corpus normativo più importante è il codice antimafia (d.lgs. n. 159 del 2011) — avente per oggetto l'impresa sospettata di essere collusa con la mafia (1).

In particolare la sentenza della Consulta affronta la questione di legittimità costituzionale degli artt. 89-*bis* e 92 del codice antimafia in riferimento agli artt. 3 e 41 della Costituzione sotto il profilo della lesione

della libertà di iniziativa economica, lamentandosi che con le norme censurate si sono estese ai destinatari di un mero provvedimento amministrativo quale è l'informazione interdittiva antimafia (basata o su elementi fattuali più sfumati di quelli che si pretendono in sede giudiziaria — perché solo sintomatici e indiziari — o sulla sussistenza di meri tentativi di infiltrazione mafiosa e senza la possibilità di partecipare al relativo procedimento amministrativo) le conseguenze pesantemente negative previste dalle misure di prevenzione, emesse invece dal Tribunale all'esito di un procedimento molto più garantista. Tali conseguenze negative — consistenti nell'impossibilità di fatto di svolgere una attività imprenditoriale (2) — erano state ritenute eccessive dal giudice rimettente, ma la Corte costituzionale, nel dichiarare infondata la questione, le ha ritenute adeguate e proporzionate in relazione alla gravità del fenomeno mafioso.

Il concetto di impresa sospettata di essere collusa con la mafia può inquadrarsi, dal punto di vista costituzionale, nella materia "tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico" (3), la quale, secondo l'art. 117, comma 2, lett. h), Cost. è attribuita alla competenza esclusiva statale (4), con l'esclusione della polizia amministrativa locale, mentre, a livello di legislazione ordinaria, l'ordine e la sicurezza pubblica «concernono le misure preventive e repressive dirette al mantenimento dell'ordine pubblico, inteso come il complesso dei beni giuridici fondamentali e degli interessi pubblici primari sui quali si regge l'ordinata e civile convivenza nella comunità nazionale, nonché alla sicurezza delle istituzioni, dei cittadini e dei loro beni» (5).

I procedimenti finalizzati a tutelare l'ordine e la sicurezza pubblica dalle imprese sospettate di essere colluse con la mafia sono da un lato le misure di prevenzione antimafia e dall'altro la documentazione antimafia — a sua volta suddivisa in comunicazione interdittiva antimafia e informativa interdittiva antimafia — tutte disciplinate dal codice antimafia.

2. *Le misure di prevenzione antimafia emesse dal Tribunale: genericità, secondo la Corte di Strasburgo, della descrizione delle condotte vietate.* — Le misure di prevenzione antimafia sono emesse dal Tribunale, disciplinate dagli artt. 1 ss. del codice antimafia, non hanno una funzione punitiva e possono essere personali o patrimoniali: le prime hanno una funzione prettamente *preventiva* mirando a limitare la libertà di movimento del suo destinatario per impedirgli di commettere ulteriori reati mentre le seconde, consistenti nel sequestro o nella confisca di beni, hanno una funzione meramente *ripristinatoria* della situazione *quo ante*, perché l'ablazione di tali beni costituisce non già una sanzione, ma solo la naturale conseguenza della loro illecita acquisizione, la quale determina un vizio genetico nella costituzione dello stesso diritto di proprietà (6). Entrambe le tipologie di misure di prevenzione dunque non possono essere equiparate alle pene (che hanno invece una funzione punitiva) e conseguentemente non soggiacciono a tutte lo strumentario di garanzie che ruota intorno al processo penale (7).

Le misure di prevenzione personali, oggi organicamente disciplinate nel codice antimafia, rappresentano l'apporto di una lunga evoluzione storica, le cui origini risalgono alla legislazione di

polizia ottocentesca (8): il requisito della pericolosità (9) per la sicurezza pubblica del destinatario delle misure di prevenzione personali accomuna le stesse alle misure di sicurezza disciplinate dal codice penale, dalle quali tuttavia le prime si differenziano in quanto non presuppongono l'instaurazione di un processo penale nei confronti del soggetto.

La Corte EDU nel 2017 con la sentenza De Tommaso (10) ha espressamente escluso che le misure di prevenzione personali costituissero sanzioni di natura sostanzialmente punitiva, come tali soggette ai vincoli che la Convenzione detta in relazione alla materia penale. La Corte di Strasburgo ha tuttavia condannato l'Italia per violazione dell'art. 2 del IV Protocollo della Convenzione — che garantisce la libertà di circolazione — da parte del codice antimafia in tema di misure di prevenzione nei confronti di soggetti “pericolosi”, in quanto tale norma non garantisce adeguatamente la prevedibilità della misura e la sua applicazione è rimessa alla discrezionalità del giudice in contrasto con il principio di determinatezza e tassatività.

Anche la Corte costituzionale ha sempre affermato, sin dalle sue prime sentenze in materia, che le misure di prevenzione personale comportano una restrizione della libertà personale sancita dall'art. 13 Cost. con la conseguenza che esse in tanto possono considerarsi legittime in quanto rispettino i requisiti cui l'art. 13 Cost. subordina la liceità di ogni restrizione alla libertà personale, tra i quali vanno in particolare sottolineate la riserva assoluta di legge (rinforzata, stante l'esigenza di predeterminazione legale dei «casi e modi» della restrizione) e la riserva di giurisdizione. La riconduzione delle misure in parola all'alveo dell'art. 13 Cost. comporta, infatti, che alle garanzie, richieste anche nel quadro tracciato dalla Corte EDU) di una idonea base legale delle misure in questione e della necessaria proporzionalità della misura rispetto ai legittimi obiettivi di prevenzione dei reati (proporzionalità che è requisito di sistema nell'ordinamento costituzionale italiano, in relazione a ogni atto dell'autorità suscettibile di incidere sui diritti fondamentali dell'individuo), debba affiancarsi l'ulteriore garanzia della riserva di giurisdizione, non richiesta in sede europea per misure limitative di quella che la Corte EDU considera come mera libertà di circolazione (11).

Emerge dunque che le misure di prevenzione personali, pur formalmente rispettose del principio di legalità e irretroattività, non lo sono però — come evidenziato dalla Corte di Strasburgo — sotto l'aspetto sostanziale di quello di determinatezza e tassatività, cosicché il *punctum dolens* di tali misure è che è sostanzialmente inutile conoscere in anticipo una condotta che rende suscettibile chi la commette di una misura di prevenzione se tale condotta è descritta in maniera eccessivamente generica.

Assai più recente è stato l'ingresso nell'ordinamento italiano delle misure di prevenzione patrimoniali della confisca e del correlato sequestro. Il presupposto giustificativo della confisca di prevenzione — e pertanto dello stesso sequestro, che ne anticipa provvisoriamente gli effetti — è la ragionevole presunzione che il bene sia stato acquistato con i proventi di una sospetta attività illecita (12). La Corte di cassazione, con riferimento tanto al sequestro che alla confisca, ha circoscritto l'area dei beni

confiscabili a quelli acquisiti in un arco temporale ragionevolmente correlato a quello in cui il soggetto risulti essere stato coinvolto in attività criminose (13). La finalità dell'ablazione patrimoniale ha dunque carattere meramente ripristinatorio della situazione che si sarebbe avuta in assenza dell'illecita acquisizione del bene. Quest'ultimo potrà, così, essere sottratto al circuito criminale, ed essere invece destinato — quanto meno ove non sia possibile restituirlo a un precedente titolare, che ne fosse stato illegittimamente spogliato — a finalità di pubblico interesse, come quelle istituzionalmente perseguite dall'Agenzia nazionale dei beni confiscati.

Pur non avendo natura penale, sequestro e confisca di prevenzione restano peraltro misure che incidono pesantemente sui diritti di proprietà e di iniziativa economica, tutelati a livello costituzionale (artt. 41 e 42 Cost.) e convenzionale (art. 1 Prot. addiz. CEDU). Esse dovranno, pertanto, soggiacere al combinato disposto delle garanzie cui la Costituzione e la stessa CEDU subordinano la legittimità di qualsiasi restrizione ai diritti in questione, tra cui in particolare: a) la sua previsione attraverso una legge (artt. 41 e 42 Cost.) che possa consentire ai propri destinatari, in conformità alla costante giurisprudenza della Corte EDU sui requisiti di qualità della “base legale” della restrizione, di prevedere la futura possibile applicazione di tali misure (art. 1 Prot. addiz. CEDU); b) l'essere la restrizione “necessaria” rispetto ai legittimi obiettivi perseguiti (art. 1 Prot. addiz. CEDU), e pertanto proporzionata rispetto a tali obiettivi, ciò che rappresenta un requisito di sistema anche nell'ordinamento costituzionale italiano per ogni misura della pubblica autorità che incide sui diritti dell'individuo, alla luce dell'art. 3 Cost.; c) la necessità che la sua applicazione sia disposta in esito a un procedimento che — pur non dovendo necessariamente conformarsi ai principi che la Costituzione e il diritto convenzionale dettano specificamente per il processo penale — deve tuttavia rispettare i canoni generali di ogni “giusto” processo garantito dalla legge (artt. 111 Cost. e 6CEDU), assicurando in particolare la piena tutela al diritto di difesa (art. 24 Cost.) di colui nei cui confronti la misura sia richiesta (14).

3. *Le interdittive antimafia emesse dal Prefetto: sufficienza di meri indizi e impossibilità di partecipare al procedimento amministrativo.* — Mentre le misure di prevenzione sono emesse dal Tribunale, la documentazione antimafia (artt. 84 ss. del codice antimafia) è di competenza prefettizia; si è inoltre già detto che la documentazione antimafia si suddivide in comunicazione interdittiva antimafia e informativa interdittiva antimafia.

La comunicazione interdittiva antimafia consiste nell'attestazione da parte del Prefetto dell'attuale sussistenza di una misura di prevenzione antimafia: tale informazione è ottenuta mediante la consultazione di un'unica banca dati nazionale: essa ha dunque un contenuto vincolato dal momento che presupposto per la sua emissione è appunto la semplice attestazione che a carico del soggetto sottoposto a verifica siano state emesse dal Tribunale misure di prevenzione definitive.

L'informativa interdittiva antimafia consiste, invece, nell'attestazione da parte del Prefetto o della sussistenza di una misura di prevenzione antimafia (e quindi per questo aspetto è identica alla comunicazione interdittiva antimafia) oppure nella sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa

tendenti a condizionare le scelte o gli indirizzi delle società o delle imprese interessate e quindi si distingue dalla comunicazione interdittiva antimafia sia per quest'ultimo aspetto sia perché quest'ultima valutazione è discrezionale e non vincolata.

L'informativa interdittiva antimafia, pur non necessitando della sussistenza di sentenze di condanna passate in giudicato, si fonda su una serie di elementi fattuali taluni dei quali tipizzati dal legislatore mentre altri, "a condotta libera", sono lasciati al prudente e motivato apprezzamento discrezionale dell'autorità amministrativa, che "può" desumere il tentativo di infiltrazione mafiosa da provvedimenti di condanna non definitiva per reati strumentali all'attività delle organizzazioni criminali ma anche da sentenze di proscioglimento o di assoluzione, da cui pure emergano valutazioni del giudice competente su fatti che, pur non superando la soglia della punibilità penale, sono però sintomatici della contaminazione mafiosa unitamente a concreti elementi da cui risulti che l'attività di impresa possa, anche in modo indiretto, agevolare le attività criminose o esserne in qualche modo condizionata (15). La formulazione della fattispecie normativa a struttura aperta, propria dell'informazione interdittiva antimafia, consente all'autorità amministrativa (16) e, ove insorga contestazione in sede giurisdizionale, al giudice amministrativo (17) di apprezzare, in sede di sindacato sull'eccesso di potere, tutta una serie di elementi sintomatici dai quali evincere l'influenza delle organizzazioni mafiose sull'attività di impresa (18).

L'informativa interdittiva antimafia è una misura di tipo preventivo, quindi secondo la Consulta formalmente priva di connotazione sanzionatoria (19), volta alla salvaguardia dell'ordine pubblico economico, della libera concorrenza fra le imprese e del buon andamento della pubblica amministrazione (20) e che, proprio per questo, non richiede la prova di fatti penalmente rilevanti e nemmeno la "prova piena" (in senso penalistico) del collegamento con ambienti malavitosi, essendo sufficiente un quadro indiziario tale da rendere "non implausibile" tale collegamento (21). Tuttavia è innegabile che, in relazione all'estrema incisività della interdittiva prefettizia antimafia sulla possibilità di svolgere una attività imprenditoriale (22), la distinzione tra misura preventiva e misura sanzionatoria — distinzione che permette all'interdittiva antimafia di eludere la disciplina costituzionale dei reati e delle pene — suoni quanto mai artificiosa; si è visto inoltre che le misure di prevenzione sono state tacciate dalla Corte di Strasburgo di rappresentare una violazione del principio di tassatività e determinatezza e tale sospetto non può che esservi anche per le interdittive antimafia (data l'estrema genericità dell'espressione "eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa"), con l'aggravante che queste ultime sono emesse all'esito di un procedimento molto meno garantista, perché pronunciate non da un tribunale ma a seguito di un procedimento amministrativo (23), al quale oltretutto il soggetto coinvolto non partecipa «atteso che si tratta di procedimento in materia di tutela antimafia, come tale intrinsecamente caratterizzato da profili del tutto specifici connessi ad attività d'indagine, oltre che da finalità, da destinatari e da presupposti incompatibili con le procedure partecipative, nonché da oggettive e intrinseche ragioni di urgenza» (24).

Sembra quindi probabilmente più ragionevole ritenere che la possibilità di collocare l'interdittiva

prefettizia antimafia fuori dalle garanzie del processo penale si giustifichi “semplicemente” in relazione all'estremo disvalore che la criminalità mafiosa ha nel nostro ordinamento, specie alla luce del principio costituzionale di cui all'art. 41 comma 2, secondo cui l'iniziativa economica privata (nel nostro caso dell'impresa sospettata di essere collusa con la mafia) incontra un limite nell'utilità sociale e nella tutela della sicurezza, della libertà e della dignità umana (25).

4. *Le difficoltà di sanzionare le condotte di dumping poste in essere dall'impresa che abbia accumulato in passato ingenti patrimoni in attività mafiose.* — Qualora l'imprenditore mafioso decida di abbandonare definitivamente il mercato illegale e voglia dedicarsi in maniera assorbente ad una attività legale senza che possa evidenziarsi alcun attuale tentativo di infiltrazione mafiosa così che l'imprenditore non possa essere colpito né da sanzioni penali né da alcuna misura interdittiva antimafia egli godrà comunque di un formidabile vantaggio concorrenziale, consistente nel disporre del patrimonio illegittimamente accumulato in precedenza. Infatti un imprenditore onesto e intelligente, che abbia lavorato una vita per offrire sul mercato un bene o un servizio di qualità ad un prezzo accessibile, soffrirà in particolar modo la concorrenza dell'imprenditore mafioso (che a questo punto possiamo considerare “ex” mafioso), il quale usufruisce dei vantaggi, che aveva conseguito illecitamente in settori illegali, consistenti nel poter vendere quegli stessi beni o servizi offerti dall'imprenditore che non è mai stato mafioso ad un prezzo inferiore rispetto a lui (attingendo alle suddette riserve di capitale accumulate in precedenza grazie alle attività illecite) (26), così provocando, prima o poi, l'inevitabile fuoriuscita dal mercato dell'imprenditore onesto, conquistandone conseguentemente la sua fetta di mercato, per poi, una volta eliminato il concorrente e essersi così costruita o aver rafforzato una situazione di posizione dominante, alzare i prezzi per sfruttare tale posizione di dominio sul mercato (27). Si tratta di una tipica condotta di *dumping* predatorio, che quando faccia sentire i suoi effetti sull'intero territorio nazionale o in una sua parte rilevante, integra allo stesso tempo, a prescindere dalla circostanza che a porla in essere sia stata o meno un'impresa mafiosa, una ipotesi sia di concorrenza sleale ex art. 2598 c.c. sia di abuso di posizione dominante ex art. 3 della legge n. 287 del 1990 (cd. legge *antitrust*) (28).

Non sempre però il *dumping* fa sentire i suoi effetti sull'intero territorio nazionale o in una sua parte rilevante (presupposto questo a cui è subordinata l'applicabilità della disciplina *antitrust*); e tuttavia la Cassazione ritiene che la vendita sottocosto realizzi una ipotesi di concorrenza sleale solo nell'ipotesi in cui sia al contempo integrata una condotta rilevante ai fini della legge n. 287 del 1990(29). Ciò determina una significativa limitazione dello spazio di rilevanza anticoncorrenziale delle vendite sottocosto in quanto perché possa configurarsi la concorrenza sleale occorre che la condotta sia di notevoli dimensioni, dovendo far sentire i suoi effetti per lo meno su una parte rilevante del territorio nazionale; non è anche però necessario — si ritiene — che la vendita sottocosto si traduca, una volta eliminati i concorrenti non in grado di sostenere prezzi così bassi, in un forte aumento dei prezzi stessi, perché anche la semplice vendita sottocosto di per sé, qualora faccia sentire i suoi effetti almeno in una parte rilevante del territorio nazionale mettendo in difficoltà i concorrenti, integra un abuso di posizione dominante (art. 3 della legge *antitrust*). Secondo questa norma infatti è vietato l'abuso da parte di una o

più imprese di una posizione dominante all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, ed inoltre è vietato — alla lett. a) — imporre direttamente o indirettamente prezzi di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali “ingiustificatamente gravose”. Anche a voler prescindere dalla circostanza che l'art. 3 accanto alle ipotesi tipizzate di abuso presenta (un po' come l'art. 2598 c.c.) una clausola generale che vieta l'abuso di posizione dominante anche fuori dalle ipotesi tipizzate — è evidente che la scelta dell'aggettivo “gravoso” riferito ai prezzi (invece di quelli più specifici “elevato” o alto”) testimonia l'intenzione del legislatore di considerare abusivi non solo i prezzi ingiustificatamente alti ma anche quelli ingiustificatamente bassi, così da comprendere le vendite sottocosto (30), dal momento che l'art. 3 cit. (e quindi l'aggettivo “gravoso” in esso contenuto) tutela tutti i protagonisti del mercato, imprenditori e consumatori e non solo quest'ultimi, e dunque se un prezzo particolarmente basso non può certo dirsi gravoso per i consumatori lo è senz'altro per i concorrenti, effettivi e potenziali. Né infatti contro tale interpretazione può obiettarsi che la vendita sottocosto di per sé non costituisca un'alterazione del mercato fino a quando l'impresa che abbia venduto sottocosto non approfitti dell'uscita di scena dei concorrenti per alzare decisamente i prezzi: questo perché per un verso già di per sé la vendita sottocosto determina un'alterazione del mercato in quanto mette in crisi i concorrenti costringendoli il più delle volte ad uscirne (31); per un altro verso poi la legge *antitrust* conosce già un'altra ipotesi anticoncorrenziale “a condotta anticipata” (ossia un'ipotesi in cui, analogamente al tentativo per il diritto penale, la condotta viene punita prima che si verifichi il danno in funzione preventiva in considerazione della elevata probabilità che tale danno si verifichi nel futuro): si tratta delle concentrazioni (art. 6 della legge n. 287 del 1990, che sanzionano la sola formazione di una posizione dominante a prescindere dal suo futuro e meramente eventuale abuso).

La Cassazione (32) afferma altresì che la clausola indeterminata di cui all'art. 2598 c.c., comma 1, n. 3, va concretizzata sulla base di parametri desunti da altre norme, o da ulteriori principi generali, rinvenibili nell'ordinamento e che l'art. 41 Cost. sulla libertà d'iniziativa economica costituisce il principio generale in materia cosicché la scelta di un imprenditore in ordine alla politica dei prezzi è in via di principio lecita mentre l'“utilità sociale”, dalla medesima disposizione costituzionale prevista a limite della libertà d'impresa, va intesa con riguardo al c.d. interesse del mercato, ossia a quello che nuoce o giova al buon funzionamento del medesimo, e, quindi alla generalità dei consumatori e non al mero interesse di un altro concorrente a non essere messo in difficoltà, perché la vendita sottocosto è favorevole ai consumatori ed al mercato sino a quando non giunga alla soppressione della concorrenza e, perciò, si traduca in un danno per gli stessi consumatori ed il mercato.

Tuttavia deve osservarsi che la concorrenza sleale ha come riferimento costituzionale non l'utilità sociale di cui all'art. 41 Cost. (ossia una prospettiva macroeconomica, riguardante interessi della collettività) ma la solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost. (norma di cui sono espressione gli artt. 1175 e 1375 c.c. e che prende in considerazione una prospettiva microeconomica, riguardante gli interessi dei singoli): deve inoltre considerarsi che la “correttezza professionale” è una clausola generale che va riempita di contenuti mediante il riferimento a regole e principi non necessariamente provenienti dall'ordinamento giuridico, perché se così non fosse essa si rivelerebbe pressoché inutile, limitandosi a

svolgere la funzione di norma di mero rinvio. L'art. 2598 c.c. n. 3, è invece una norma di chiusura (33) che sanziona la scorrettezza professionale di un imprenditore secondo regole che spetta al giudice, con una adeguata motivazione (34), arricchire di contenuti, facendosi interprete della coscienza sociale (35), nonché delle regole, delle esigenze e dei principi che governano il mondo imprenditoriale (36).

L'irragionevolezza della soluzione giurisprudenziale diretta a subordinare la configurabilità di un'ipotesi di concorrenza sleale a quella anche di una condotta *antitrust* rende di fatto inutile l'azione per responsabilità ex art. 2598 c.c., dal momento che a quel punto si può agire per il risarcimento del danno anche ex art. 33 della legge n. 287 del 1990, tenendo conto che l'inibitoria della condotta anticoncorrenziale viene già ordinata dal provvedimento sanzionatorio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Inoltre, appare estremamente artificiosa la distinzione tra vendita sottocosto fine a sé stessa e un *dumping* articolato attraverso la sequenza di tre fasi — vendita sottocosto, esclusione dei concorrenti e rialzo dei prezzi — tesa a ipotizzare che possa concepirsi un *dumping* “lecito”, ossia che non abbia anche come scopo ulteriore quello di danneggiare gli altri concorrenti e quindi anche, direttamente o indirettamente, i consumatori. Infatti nessuna impresa ha interesse a praticare prezzi non remunerativi (e anzi non potendo nemmeno configurarsi in tal caso un'impresa in senso tecnico, difettando l'elemento del cd. lucro oggettivo) (37) se non, appunto, quello di eliminare i propri concorrenti per poter poi rialzare i prezzi approfittando della situazione di monopolio così venutasi a determinare. Il *dumping* infatti va considerato come una condotta anticoncorrenziale complessa e a formazione progressiva ma unitaria, cosicché non può distinguersi tra vendita sottocosto, eliminazione dei concorrenti e successivo rialzo dei prezzi, costituendo questi tutti aspetti di una medesima condotta. Quando dunque al *dumping* non consegua l'esclusione dei concorrenti e il successivo rialzo dei prezzi, neppure può essere ipotizzabile la contrarietà alle regole della concorrenza di tale condotta (38). Si tratta esattamente della stessa situazione che si realizza per le intese anticoncorrenziali dirette a praticare prezzi più alti ai consumatori di quelli che si erano formati prima dell'intesa stessa: in tale condotta non avrebbe senso fermarsi all'intesa a monte tra imprenditori — diretta ad accordarsi sul prezzo da praticare ai consumatori — senza prendere in considerazione anche i cd. contratti a valle, che costituiscono parte integrante della condotta anticoncorrenziale e che infatti sono colpiti da una nullità di protezione proprio a causa della nullità che colpisce l'accordo a monte in virtù dell'art. 2, comma 3, della legge *antitrust*(39).

Le vendite sottocosto non hanno una esplicita e diretta regolamentazione per quanto riguarda l'aspetto della tutela della concorrenza — riservata dalla Costituzione alla competenza esclusiva dello Stato: art. 117, comma 2, lett. e) — mentre ne hanno una, peraltro alquanto scarna, relativa alla disciplina del commercio (che è una materia riservata alla competenza concorrente Stato-Regioni, ex art. 117, comma 3, Cost.) affidata in grande parte non ad un atto avente forza di legge ma ad una fonte di rango regolamentare: l'articolo 15 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 114 (Riforma della disciplina relativa al settore del commercio), si limita infatti solo a stabilire al settimo comma che per vendita sottocosto si intende la

vendita al pubblico di uno o più prodotti effettuata ad un prezzo inferiore a quello risultante dalle fatture di acquisto maggiorato dell'imposta sul valore aggiunto e di ogni altra imposta o tassa connessa alla natura del prodotto e diminuito degli eventuali sconti o contribuzioni riconducibili al prodotto medesimo purché documentati. In parole più semplici per vendita sottocosto può intendersi una vendita ad un prezzo inferiore rispetto ai costi affrontati per produrre il bene o il servizio messo in vendita, includendo tra i costi anche le imposte pagate durante il processo produttivo.

L'art. 15 cit. rinvia poi ad un successivo regolamento governativo, che è stato emanato con il D.P.R. 6 aprile 2001, n. 218 (Regolamento recante disciplina delle vendite sottocosto, a norma dell'art. 15, comma 8, del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 114), secondo cui è vietata la vendita sottocosto effettuata da un esercizio commerciale che, da solo o congiuntamente a quelli dello stesso gruppo di cui fa parte, detiene una quota superiore al cinquanta per cento della superficie di vendita complessiva esistente nel territorio della provincia dove ha sede l'esercizio, con riferimento al settore merceologico di appartenenza.

Il citato regolamento governativo dunque fa dipendere l'ammissibilità o meno della vendita sottocosto da una circostanza scarsamente rilevante ai fini della concorrenza, ossia la dimensione della superficie di vendita, in tal modo compiendo però — si ritiene — due fondamentali errori concettuali.

Il primo errore consiste nel ritenere che la quota di superficie di vendita complessiva relativa a un determinato settore merceologico cui il d.P.R. citato fa riferimento possa essere assimilata alla quota di mercato e che, quand'anche così fosse, essa abbia una incidenza decisiva al fine della sussistenza o meno di una posizione dominante sul mercato, concezione che però è alquanto imprecisa, dato che la posizione dominante consiste nella possibilità di disporre di una barriera all'ingresso sul mercato di altri concorrenti, potenziali o effettivi (40), a prescindere dalla quota di mercato detenuta. La posizione dominante può infatti essere definita come una situazione che, pur non coincidendo necessariamente con il monopolio, ad esso si avvicina, ed è tale da consentire a chi la detiene di tenere un comportamento significativamente indipendente nei confronti delle imprese concorrenti e dei consumatori: questo perché un'impresa possiede un grado significativo di monopolio solo se abbia intorno a sé un'ideale barriera che la protegga dalla concorrenza delle altre imprese. Ciò le consentirà infatti di essere l'unica impresa a vendere un certo prodotto in una certa zona, e di conseguenza di tenere dei comportamenti che, almeno in parte, possano prescindere dalle condotte dei concorrenti (41).

Il secondo errore concettuale consiste nella troppo rigida ripartizione tra esercizi commerciali che non superino il 50% della superficie di vendita, per i quali esisterebbe una presunzione assoluta di impossibilità di porre in essere una vendita sottocosto giuridicamente rilevante, e esercizi commerciali che invece la superino per i quali varrebbe la presunzione assoluta opposta. Infatti la vendita sottocosto di per sé costituisce un abuso di una posizione dominante, a prescindere dalla percentuale di superficie di vendita detenuta o dalla quota di mercato; inoltre la vendita sottocosto non svolge solo la funzione di

abusare di una posizione dominante ma la crea anche, cosicché anche una impresa che abbia una piccola quota di mercato e persino una impresa appena creata — purché disponga della necessaria disponibilità economica — ben può porre in essere in maniera fruttuosa una vendita sottocosto, per attrarre a sé clienti e sottrarli ai concorrenti.

L'attuale disciplina anticoncorrenziale del *dumping* predatorio, quando ad accostarsi ad un nuovo mercato sia una nuova impresa (che in quanto nuova non disponga di una quota di mercato o di una superficie di vendita superiore al 50% e quindi possa procedere a vendite sottocosto ai sensi del d.P.R. n. 218 del 2001) *ex mafiosa* (che quindi in quanto anche solo formalmente “*ex*” non sia più destinataria di una interdittiva antimafia del Prefetto) e che ponga in essere una condotta anticoncorrenziale che non faccia sentire i suoi effetti sull'intero territorio nazionale o in una sua parte nazionale (cosicché non potranno trovare applicazione né la disciplina codicistica della concorrenza sleale né quella *antitrust*) rischia dunque di lasciare impunita tale condotta.

Si ritiene dunque che, a prescindere sia dalla configurabilità o meno di un illecito *antitrust* sia da eventuali benefici per i consumatori, sia ben ipotizzabile la concorrenza sleale ex art. 2598 c.c., n. 3, per vendite sottocosto, quando — in ragione della loro durata ed entità (da intendersi come la differenza tra i costi e il prezzo di vendita), senza che sia necessaria la prova di un *animus nocendi* (si ricordi che in virtù dell'art. 2600 c.c. una volta accertato l'atto di concorrenza sleale il dolo o la colpa si presumono) e alla luce delle complessive condizioni di mercato — tali vendite oggettivamente e ragionevolmente abbiano quale effetto quello di eliminare o perlomeno di danneggiare gravemente anche uno solo dei concorrenti.

5. *Il pericolo mafioso e la concorrenzialità del mercato quali esigenze che secondo la Consulta impongono di comprimere drasticamente il diritto di iniziativa economica.* — Con la sentenza in commento il giudice rimettente ha sollevato questioni di legittimità costituzionale degli artt. 89-*bis* e 92 del codice antimafia in riferimento all'eccessiva compressione della libertà di iniziativa economica, osservando che con le norme censurate si sono estese ai destinatari di un provvedimento amministrativo, quale è l'informazione prefettizia antimafia (basata o su elementi fattuali più sfumati di quelli che si pretendono in sede giudiziaria — perché solo sintomatici e indiziari — o sulla sussistenza solo di tentativi di infiltrazione mafiosa), le conseguenze pesantemente negative previste dall'art. 67 del d.lgs. n. 159 del 2011 ossia il divieto non solo di intrattenere rapporti con la pubblica amministrazione (in particolare di partecipare a gare di appalto) ma anche di esercitare una attività economica puramente privatistica, così privando il destinatario del diritto di esercitare l'iniziativa imprenditoriale e ponendolo nella stessa situazione di colui che risulti destinatario di una misura di prevenzione personale applicata da un Tribunale con le relative garanzie giurisdizionali.

Secondo il rimettente infatti, nonostante l'estrema nocività del fenomeno dell'infiltrazione mafiosa nell'economia e la necessità di una risposta efficace che elimini i soggetti economici mafiosi dall'economia legale in genere e non si limiti solo ad escluderli dai rapporti con la pubblica

amministrazione, tale disciplina determinerebbe una irragionevolmente eccessiva compressione del diritto costituzionalmente protetto dall'art. 41 Cost.(42) all'esercizio dell'iniziativa economica (di cui l'iniziativa imprenditoriale è l'estrinsecazione più significativa e importante), tanto più che l'effetto dell'informazione interdittiva antimafia è immediato e non è subordinato alla definitività del provvedimento e l'autorità amministrativa non può procedere ad alcuna esclusione delle decadenze e dei divieti, a differenza di quanto può invece fare il tribunale nel caso in cui per effetto degli stessi vengano a mancare i mezzi di sostentamento all'interessato e alla famiglia.

Senonché, secondo la sentenza in commento, la mafia costituisce un fenomeno così grave e pericoloso da legittimare gravi e incisive limitazioni ad una importante libertà personale quale è quella di svolgere una iniziativa imprenditoriale (43), pur se tali limitazioni si basano su un provvedimento amministrativo, ed è per questo che la questione sollevata viene dichiarata infondata (sia pure non manifestamente).

Afferma tuttavia la Corte costituzionale che a giovare dell'interdittiva antimafia prefettizia non è solo l'interesse della collettività alla sicurezza e all'ordine pubblico, ma anche il mercato in generale. Il corretto funzionamento del meccanismo concorrenziale e quindi del mercato costituisce infatti un diritto fondamentale della collettività (44) ed è dunque ragionevole, in una prospettiva di bilanciamento tra valori costituzionali, che per il bene della collettività (sono attori attivi sul mercato infatti non solo gli imprenditori ma anche i consumatori) venga sacrificato il diritto fondamentale di un singolo, quando questi abbia tenuto una condotta tale da far ragionevolmente ritenere una contiguità con la mafia. In effetti, la Corte di Cassazione a sezioni unite ha nel 2005 (45) per la prima volta riconosciuto che anche i consumatori — e non solo gli imprenditori concorrenti (circostanza che invece era già pacifica) — subiscono un danno dalla violazione della legge *antitrust* e che tale danno è risarcibile ex art. 2043 c.c. e consiste nella differenza tra il prezzo effettivamente pagato e quello che il consumatore avrebbe pagato in condizioni di concorrenza. Ebbene, l'argomento principale delle Sezioni unite consiste nel riconoscimento del mercato quale bene giuridico tutelato dalla legge *antitrust*: il mercato è infatti il luogo ove operano, con pari dignità e importanza, imprenditori e consumatori, soggetti entrambi parimenti meritevoli di essere risarciti in caso di condotte anticoncorrenziali che li possano danneggiare.

Inoltre, negli ultimi anni la tutela della concorrenza ha acquistato nuova linfa e una centralità che non aveva prima della riforma del titolo V della Costituzione (riforma che come si è visto ha introdotto per la prima volta — nell'art. 117, comma 2, lett. e) della Costituzione — la parola concorrenza nella Legge fondamentale), mentre ha sempre avuto un rilievo di primo piano tra i principi fondanti il diritto dell'Unione europea (46). Ma, più che per la circostanza di essere per la prima volta citata nella Costituzione (trattandosi “semplicemente” di una norma relativa alla ripartizione di competenze legislative tra Stato e Regione, anche se l'assegnazione di tale competenza allo Stato e la sua dimensione trasversale acquisita nella giurisprudenza della Consulta le attribuiscono sicuramente una centralità nell'ordinamento costituzionale in precedenza assolutamente ignota) gli ultimi anni di attività della Corte costituzionale dimostrano una importanza della concorrenza in virtù della valorizzazione

della portata precettiva dell'art. 41 Cost.(47), che nel ventunesimo secolo ha conquistato una vitalità prima sconosciuta.

Pertanto, ed è questo il passaggio decisivo nel ragionamento della sentenza in commento, sia quanto al profilo della ragionevolezza (e quindi dell'art. 3 Cost.), sia quanto al profilo del sacrificio del diritto all'iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost. (che peraltro non viene compromessa in perpetuo dato il carattere provvisorio della misura (48) — dodici mesi l'informazione antimafia e sei mesi la comunicazione antimafia — proprio per scongiurare il rischio della persistenza di una misura non più giustificata e quindi di un danno irreversibile al destinatario dell'interdittiva antimafia prefettizia), la risposta amministrativa non si può ritenere sproporzionata rispetto ai valori che grazie a questa misura interdittiva sono tutelati, ossia da un lato la sicurezza, l'ordine pubblico, la pacifica convivenza, le esigenze di difesa sociale e di contrasto alla criminalità (49) e dall'altro la concorrenza e l'utilità sociale.

Dunque, sempre secondo la sentenza della Consulta, sarebbe erroneo limitare l'interdizione dell'attività economica dell'impresa mafiosa ai soli rapporti con la pubblica amministrazione, dovendosi ritenere altrettanto dannosa la semplice permanenza sul mercato dell'impresa mafiosa, perché ne altera il corretto funzionamento concorrenziale fondato sulla legge della domanda e dell'offerta, che dovrebbe premiare non l'impresa mafiosa ma l'impresa che è in grado di offrire sul mercato l'idea migliore alla migliore qualità e al miglior prezzo (50).

Tuttavia, la Corte costituzionale si spinge ancora oltre: il pericolo mafioso è in grado di incidere in maniera così incisiva sul corretto funzionamento del mercato che il danno che si determina investe non solo la concorrenza, ma anche la libertà e la dignità umana. Infatti, l'uscita dal mercato dell'impresa corretta e onesta (ad esempio a seguito del *dumping* posto in essere dall'impresa mafiosa) significano il fallimento dell'imprenditore e la disoccupazione per i suoi lavoratori, con inevitabili conseguenze in termini di povertà, frustrazione, sfiducia nelle istituzioni e nei propri ideali, tentazione di scendere a compromessi con le imprese mafiose e ad assoggettarsi alla sue regole pur di ottenere i mezzi di sostentamento per sé e per la propria famiglia: tutto questo provoca la perdita non solo delle libertà economiche ma anche di quelle personali e quindi, in definitiva, della dignità della persona, principio supremo del nostro ordinamento, il quale opera come limite all'attività di impresa, ai sensi dell'art. 41, comma 2, Cost., laddove la disposizione costituzionale prevede che l'iniziativa economica privata, libera, non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno — in un crescendo valoriale — alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana (51), principi che permeano l'intero ordine costituzionale, connotando la forma di Stato in termini di democrazia sostanziale e trovano uno specifico ambito di applicazione anche nelle disposizioni riguardanti le libertà economiche (52).

6. *L'amministrazione giudiziaria e il controllo giudiziario quali misure per bilanciare le esigenze della collettività con quella di garantire la continuità aziendale.* — In definitiva, a prescindere dall'uso della violenza e della forza intimidatoria del vincolo associativo, il fenomeno mafioso è di dimensioni e di pericolosità tali e la mole di capitali provenienti da attività illecite che si riversano nei mercati legali è

così ingente da determinare comportamenti che inquinano e falsano in maniera spesso decisiva il libero e naturale gioco della concorrenza. Infatti, proprio perché l'impresa che abbia abbandonato le attività illecite — in quanto (almeno formalmente) non più mafiosa — potrebbe non essere più destinataria di una interdittiva prefettizia antimafia, è quanto mai decisivo che l'autorità amministrativa disponga degli strumenti adeguati ad anticiparne le mosse, a prevenirla, con un costante monitoraggio del fenomeno, la conoscenza delle sue specifiche manifestazioni, la individuazione e valutazione dei relativi sintomi, la rapidità di intervento, con l'inevitabile conseguenza che l'informazione antimafia prefettizia non può che essere fondata su elementi fattuali più sfumati di quelli che si pretendono in sede giudiziaria (53), perché, paradossalmente, se fosse fondata su elementi più concreti e solidi e su prove più consistenti, arriverebbe troppo tardi, quando ormai i danni commessi dall'impresa mafiosa sarebbero irreversibili (54).

Tale conclusione si impone a maggior ragione in considerazione di una giurisprudenza di Cassazione particolarmente (e ingiustificatamente) restrittiva in tema di *dumping*, in quanto volta a riconoscere la concorrenza sleale per vendite sottocosto solo qualora la stessa condotta abbia al contempo posto in essere un illecito *antitrust*, circostanza che si è visto non ricorre in ipotesi in cui ad essere danneggiato non sia il mercato in genere ma solo singoli imprenditori.

Rimarrebbero però irrisolti due problemi, entrambi legati alla circostanza che il sistema di prevenzione antimafia finora descritto sembrerebbe non ammettere mezze misure, nel senso che l'impresa o è considerata mafiosa, con conseguenze devastanti quanto alla sua libertà di iniziativa economica oppure non lo è, pur essendolo stato in passato, con la conseguenza che essa si può avvantaggiare mediante condotte aggressive di *dumping*, tollerate dalla Corte di Cassazione. Deve tuttavia tenersi conto degli artt. 34 e 34-*bis* del codice antimafia, che, nell'ambito delle misure di prevenzione emesse dal Tribunale, disciplinano rispettivamente l'amministrazione giudiziaria e il controllo giudiziario: la prima misura viene disposta quando un'impresa riceva delle agevolazioni da infiltrazioni o suoi contatti con soggetti o organizzazioni mafiose; la seconda invece quando tale agevolazione sia occasionale. Mentre l'amministrazione giudiziaria ha per conseguenza la nomina di un giudice delegato e di un amministratore giudiziario, il quale esercita tutte le facoltà spettanti all'imprenditore, il controllo giudiziario può consistere o nell'imposizione all'impresa dell'obbligo di comunicare al questore e al nucleo di polizia tributaria gli atti di disposizione, di acquisto o di pagamento effettuati, gli atti di pagamento ricevuti, gli incarichi professionali, di amministrazione o di gestione fiduciaria ricevuti e gli altri atti o contratti indicati dal tribunale che superino una certa soglia di valore oppure la nomina (analogamente a quanto si è detto avvenire per l'amministrazione giudiziaria) di un giudice delegato e di un amministratore giudiziario, il quale però si limita a controllare e a riferire periodicamente all'autorità giudiziaria in merito all'attività dell'impresa (non si verifica dunque il fenomeno dello spossessamento dei beni come nell'amministrazione giudiziaria).

Ebene tali misure, garantendo la continuità aziendale, possono costituire un equilibrato bilanciamento di valori tra l'interesse dell'impresa solo sospettata di essere collusa con la mafia a continuare l'attività

imprenditoriale e gli interessi alla sicurezza e all'ordine pubblico da un lato e di concorrenzialità del mercato dall'altro ad estromettere tale impresa dal mercato (55). Infatti, l'impresa sospettata di essere collusa con la mafia, accedendo a tale misura di prevenzione, potrà almeno in parte salvaguardare l'efficienza dell'apparato produttivo, l'avviamento e i posti di lavoro, mentre, con riferimento all'impresa "ex" mafiosa che si renda protagonista di condotte di *dumping*, ben potrà rinvenirsi per lo meno un collegamento occasionale — in ragione della pregressa attività mafiosa e del forte sospetto che una mole ingente di denaro non possa che provenire da precedenti traffici illeciti — con la sua precedente attività mafiosa che consenta all'autorità giudiziaria, mediante il predetto controllo giudiziale di cui all'art. 34-bis del codice antimafia, di prevenire la pratica dei prezzi predatori.

Note:

(1) Cfr. Pellegrini, L'impresa grigia. Le infiltrazioni mafiose nell'economia legale, Roma, Ediesse, 2018, 55; Centonze, Contiguità mafiose e contiguità criminali, Milano, Giuffrè, 2013, 68 ss.; Basile, Gli incerti confini dell'associazione per delinquere nel contesto della criminalità d'impresa, in questa Rivista, 2014, II, 514, il quale sottolinea la difficoltà di ordine squisitamente probatorio nel distinguere tra le vicende aziendali e quelle criminali dell'impresa mafiosa. La commistione da parte dell'impresa mafiosa tra affari leciti e illeciti è testimoniata da un nutrito indirizzo giurisprudenziale in tema di misure di prevenzione patrimoniali che consente la confisca di tutto il patrimonio dell'impresa mafiosa quand'anche non sia possibile distinguere tra proventi frutto di attività lecite o illecite: cfr. ad esempio Cass. pen. 4 luglio 2019 n. 49750; Cass., 8 marzo 2019 n. 32017.

(2) Secondo gli artt. 67 e 84 del codice antimafia infatti l'imprenditore destinatario di una misura di prevenzione o di una comunicazione o informazione interdittiva antimafia non può né avere rapporti con la pubblica amministrazione né esercitare una qualsiasi attività imprenditoriale perché destinatario del divieto o decadenza da autorizzazioni, licenze o iscrizioni in albi. Il caso che ha dato origine al procedimento davanti al giudice ordinario il quale ha sollevato la questione di legittimità costituzionale da cui è scaturita la sentenza in commento nasce infatti proprio dalla cancellazione di un artigiano dal relativo albo.

(3) Cfr. Caia, L'ordine e la sicurezza pubblica, in Aa.Vv., Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale, a cura di Cassese, I, Milano, Giuffrè, 2003, 284, secondo cui la legislazione richiama ripetutamente le due locuzioni in maniera congiunta e mostra di voler esprimere un unico concetto per mezzo di due termini coordinati; analogamente Lopilato, Manuale di diritto amministrativo², Torino, Giappichelli, 2019, 1401, secondo cui ordine e sicurezza pubblica non rappresentino valori diversi ma costituiscono una endiade.

(4) Deve altresì osservarsi che, sul piano dei soggetti titolari delle funzioni amministrative di contrasto alla mafia, si è in presenza di un settore in cui esistono, normalmente, esigenze unitarie le quali giustificano l'attribuzione dei compiti pubblici ad autorità centrali, in coerenza con il principio di sussidiarietà amministrativa (art. 118 Cost.): la figura soggettiva più importante è il Ministro dell'interno, mentre a livello provinciale operano il Prefetto e il Questore (cfr. legge n. 121 del 1981).

(5) Così si esprime l'art. 159, comma 2, del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112.

(6) Corte cost. 27 febbraio 2019 n. 24.

(7) Cfr. Cass., 8 ottobre 2019 n. 50202, secondo cui nel giudizio di prevenzione, considerata l'autonomia del procedimento rispetto al giudizio di merito, la prova indiretta o indiziaria non deve essere dotata dei caratteri prescritti dall'art. 192 c.p.p. (secondo cui la prova di un fatto non può essere desunta da indizi a meno che questi non siano gravi, precisi e concordanti), né le chiamate in correità o in reità devono essere necessariamente sorrette da riscontri individualizzanti.

(8) Gallo Misure di prevenzione, in Enc. giur., vol. XX, Roma, Treccani, 1990, appendice agg. 1996; Fiandaca, voce Misure di prevenzione, profili sostanziali, in Dig. disc. pen., vol. III, Torino, Utet, 1994, 123.

(9) Cass., 22 marzo 2019 n. 27855, secondo cui in tema di misure di prevenzione, l'appartenenza ad una associazione mafiosa integra un'ipotesi di pericolosità sociale qualificata anche quando la condotta del proposto, pur non riconducibile ad una vera e propria partecipazione al gruppo criminale, sia apprezzabile in termini di vicinanza all'associazione tale da risultare, attraverso un contributo fattivo alle attività ed allo sviluppo del sodalizio, funzionale agli interessi della stessa.

(10) Corte EDU, sentenza 23 febbraio 2017, De Tommaso contro Italia, par. 143. La Corte di Strasburgo, esaminando il ricorso del De Tommaso — soggetto cui era stata applicata da parte del Tribunale di Bari nel 2008 una misura di prevenzione personale ai sensi dell'art. 1 della legge n. 1423 del 1956 (cd. pericolosità generica) — ha ritenuto sussistente la violazione dell'art. 2 Prot. 4 Conv. EDU (disposizione che tutela la libertà di circolazione). In particolare, la violazione è stata ricollegata al giudizio negativo quanto alla tassatività e determinatezza della norma italiana, essendosi rilevato un deficit di chiarezza tale da determinare una scarsa prevedibilità — in capo ai destinatari — delle conseguenze sfavorevoli delle proprie azioni, con eccesso di discrezionalità del giudice in sede di deliberazione dei presupposti applicativi delle misure di prevenzione.

(11) Corte cost. 27 febbraio 2019 n. 24, (nt. 6).

(12) Corte cost. 27 febbraio 2019, n. 24, (nt. 6) e 24 luglio 2019, n. 195; Cass., Sez. un., 26 giugno 2014, n. 4880, in dirittopenalecontemporaneo.it, 2014, con nota adesiva di Menditto, Le Sezioni unite verso lo statuto della confisca di prevenzione: la natura giuridica, la retroattività e la correlazione temporale; Cass. pen. 13 novembre 2019, n. 49479, secondo cui in tema di confisca di prevenzione disposta nei confronti di soggetto indiziato di appartenere ad una associazione mafiosa, anche nel caso in cui la fattispecie concreta consenta di determinare il momento iniziale e finale della pericolosità qualificata, è legittimo disporre la misura ablativa su beni acquisiti in periodo successivo a quello di cessazione della pericolosità sociale, purché l'acquisto risulti effettuato attraverso il reimpiego dei frutti dell'attività illecita, da accertare sulla base di una pluralità di indici fattuali altamente dimostrativi della diretta derivazione causale delle acquisizioni patrimoniali dalla provvista formatasi nel periodo di compimento dell'attività delittuosa.

(13) Cass. pen. 6 giugno 2018 n. 36499, secondo cui, in tema di confisca disposta ai sensi dell'art. 12-sexies del d.l. n. 306 del 1992, convertito in legge n. 356 del 1992, il giudice non può esimersi dal considerare il momento di acquisizione del bene al fine di verificare che esso non risulti talmente lontano dall'epoca di commissione del "reato spia" da rendere ictu oculi irragionevole la presunzione di derivazione del bene stesso da un'attività illecita, sia pure complementare rispetto a quella per cui è

intervenuta condanna. Corte cost. 27 febbraio 2019, n. 24, (nt. 6) e 18 gennaio 2018, n. 4; Cass., Sez. un., 26 giugno 2014, n. 4880 (nt. 12).

(14) Cfr. Tar Lazio, 3 marzo 2020, n. 2762, il quale osserva che la Corte di Strasburgo ha già avuto modo di pronunciarsi sulla legittimità della confisca disposta quale misura di prevenzione antimafia, affermando in particolare che la confisca come misura di prevenzione non solo non confligge con le norme della CEDU ma anzi è una misura indispensabile per contrastare il crimine (Corte EDU 20 gennaio 2009, Sud Fondi s.r.l. c. Italia, in causa 75909/01, secondo cui la confisca deve essere, in ogni caso, conforme alle prescrizioni dell'art. 1, par. 1, del Prot. n. 1 alla Convenzione, ed a tal fine deve rispettare due limiti: deve essere irrogata sulla base di una espressa previsione di legge e deve realizzare il giusto equilibrio tra l'interesse generale e la salvaguardia dei diritti dell'individuo).

(15) Cons. Stato, 16 aprile 2020, n. 2651, secondo cui possono giustificare l'interdittiva antimafia anche i rapporti di parentela, i contatti o i rapporti di frequentazione, conoscenza, colleganza, amicizia con soggetti legati alla mafia e persino l'attività di strumentale pubblico sostegno a iniziative, campagne antimafia, antiusura, antiriciclaggio, allo scopo di mostrare un "volto di legalità" idoneo a stornare sospetti della contaminazione mafiosa. L'art. 84 del codice antimafia riconosce quale elemento fondante l'informazione antimafia la sussistenza di "eventuali tentativi" di infiltrazione mafiosa "tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate". Eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa e tendenza della mafia ad influenzare la gestione dell'impresa sono all'evidenza tutte nozioni che delineano una fattispecie di pericolo, propria del diritto della prevenzione, finalizzate, appunto, a prevenire un evento che, per la stessa scelta del legislatore, non necessariamente è attuale o invero, ma anche solo potenziale. Cfr. Cons. Stato, 3 marzo 2020, n. 1546, secondo cui ai fini della valida emissione del provvedimento antimafia, non è necessario che le pressioni attingano la soglia del penalmente rilevante.

(16) La pubblica amministrazione è infatti tenuta a rispettare il principio fondamentale di legalità sostanziale, che presiede all'esercizio di ogni attività amministrativa e che si estrinseca nell'equilibrata ponderazione dei contrapposti valori costituzionali in gioco, la libertà di impresa, da un lato, e la tutela dei fondamentali beni che presidiano il principio di legalità sostanziale dall'altro. La prefettura è dunque tenuta ad una attenta valutazione di tali elementi attraverso una motivazione accurata ed esauriente, che deve offrire un quadro chiaro, completo e convincente delle ragioni dell'interdittiva antimafia, provvedimento amministrativo poi peraltro soggetto ad un vaglio della giurisdizione amministrativa pieno ed effettivo, perché il giudice amministrativo procede ad un esame sostanziale degli elementi raccolti dal prefetto, verificandone la consistenza e la coerenza. Il risultato di questo impegno è, secondo la Consulta, la individuazione di un nucleo consolidato (Cons. Stato, 5 settembre 2019, n. 6105) di situazioni indiziarie, che sviluppino e completano le indicazioni legislative, costruendo un sistema di tassatività sostanziale.

(17) Caringella, Il sindacato del giudice amministrativo e le garanzie difensive nel procedimento antitrust, in Aa.Vv., Giurisprudenza e autorità indipendenti nell'epoca del diritto liquido, in Studi in onore di Pardolesi, a cura di Di Ciommo e Troiano, Piacenza, La tribuna, 2018, 399, il quale, conformemente all'insegnamento di Cons. Stato, Ad. Plen., 9 gennaio 2015, nn. 3 e 11, sottolinea che, in ossequio ai canoni costituzionali ed europei, è necessario che il giudice amministrativo non si fermi al riscontro

estrinseco della legittimità dell'atto ma, entro i limiti consentiti dalla non sostituibilità di valutazioni e scelte discrezionali, si spinga oltre, scrutinando il rapporto regolato dall'atto e giudicando in merito alla pretesa sostanziale relativa al bene della vita inerente alla posizione soggettiva del cittadino.

(18) Cons. Stato, 5 settembre 2019, n. 6105.

(19) Corte cost. 27 febbraio 2019, n. 24, (nt. 6).

(20) Cons. Stato, ad. plen., 6 aprile 2018, n. 3.

(21) Cfr. Tar Lazio 4 marzo 2020, n. 2844; Cons. Stato 9 febbraio 2017, n. 565 e 8 marzo 2017, n. 1109, i quali sottolineano che l'interdittiva prefettizia antimafia costituisce un ineludibile strumento per l'efficace contrasto dell'ingerenza delle cosche nell'attività pubblicitaria, fenomeno capace di ledere al massimo grado il corretto svolgersi dell'attività economica pubblica e privata.

(22) Cfr. Cons. Stato, 24 marzo 2020, n. 2064, secondo cui, in presenza di un'informazione antimafia interdittiva, le stazioni appaltanti devono procedere alla revoca dell'aggiudicazione o, se la stipula del contratto è già intervenuta, alla risoluzione del contratto come previsto all'art. 94, commi 1 e 2, d.lgs. 159 del 2011. Una deroga è prevista in linea generale al successivo comma 3 ai sensi del quale le stazioni appaltanti "non procedono alle revoche o ai recessi di cui al comma precedente nel caso in cui l'opera sia in corso di ultimazione ovvero, in caso di fornitura di beni e servizi ritenuta essenziale per il perseguimento dell'interesse pubblico, qualora il soggetto che la fornisce non sia sostituibile in tempi rapidi". La prosecuzione del contratto pubblico costituisce tuttavia rimedio di carattere straordinario, destinato a trovare applicazione negli stretti limiti dei casi definiti dagli artt. 32, comma 10, del d.l. n. 90 del 2014 e 94, comma 3, del d.lgs. n. 159 del 2011. Il rischio di infiltrazione mafiosa non inibisce la sollecita aggiudicazione a terzi, essendo l'interesse pubblico alla celere realizzazione delle opere o all'acquisizione delle risorse o dei servizi assolutamente prevalente rispetto alle vicende dell'impresa impegnata a ottenere una "riabilitazione" in sede amministrativa. Si è poi detto (nt. 2) che dalle misure di prevenzione e dalle comunicazioni o informazioni interdittive antimafia scaturisce il divieto, la sospensione o la decadenza da autorizzazioni, licenze o iscrizioni in albi: è evidente dunque l'impossibilità di fatto di svolgere una qualsiasi iniziativa imprenditoriale.

(23) Si pensi solo alla circostanza che a seguito della citata sentenza della Corte di Strasburgo De Tommaso (nt. 10) la Cassazione si è sforzata di tenerne conto formulando il principio secondo cui in tema di misure di prevenzione, il giudizio di pericolosità, necessario in base ad un'interpretazione convenzionalmente orientata del quadro normativo interno alla luce della sentenza della Corte EDU, Grande Camera, 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia, si fonda su un'interpretazione restrittiva dei presupposti per l'applicazione della misura ai c.d. "pericolosi generici" e, dunque, sull'oggettiva valutazione di fatti specifici e non su meri sospetti, significativi di un'effettiva tendenza a delinquere del proposto (Cass., 20 giugno 2019, n. 27656); principi analoghi invece non sono espressi nell'ambito dei procedimenti amministrativi diretti all'emanazione di interdittive antimafia.

(24) Cons. Stato, 31 gennaio 2020, n. 820; Cons. Stato, 28 ottobre 2016, n. 4555. Specifica in particolare. Cons. Stato, 6 maggio 2020, n. 2854 che il procedimento finalizzato all'emissione dell'informazione antimafia conosce una interlocuzione solo eventuale, prevista dall'art. 93, comma 7, d.lgs. n. 159 del 2011, 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 utile.

(25) Ad ogni modo, il problema della tipicità e della tassatività posto per le misure di prevenzione si pone a maggior ragione per le misure interdittive antimafia, basate sull'uso di strumenti, accertamenti, collegamenti, risultanze, necessariamente anche atipici.

(26) Saccà, *Impresa individuale e societaria illecita*, Milano, Giuffrè, 1988, 127; Panuccio, *Impresa illecita*, in *Enc. giur.*, Roma, Treccani, 1989, XVI, 76.

(27) Si pensi ad esempio al caso di un imprenditore (ex) mafioso che decida di aprire un albergo sul lungomare di un piccolo paese ove è già presente solo un altro albergo ed esercitare tale attività in maniera perfettamente lecita (senza assumere alcun dipendente in nero, esattamente in regola con tutte le normative a tutela del lavoro e della prevenzione incendi, pagando regolarmente tutte le imposte di tutti i tipi etc.) che entri in concorrenza con un imprenditore che non sia mai stato mafioso. Immaginiamo altresì per ipotesi che l'imprenditore (ex) mafioso non sfrutti in maniera particolare il suo pregresso patrimonio di rapporti e conoscenze e che dunque i suoi vecchi "clientes" che vogliono recarsi in vacanza in questo piccolo paese — come anche tutti gli altri villeggianti — non vadano per partito preso in uno o nell'altro albergo ma che questo venga scelto esclusivamente in ragione del miglior rapporto qualità-prezzo. È evidente che l'imprenditore (ex) mafioso non ha il problema — come quello non mafioso — di recarsi in banca a chiedere un finanziamento per aprire l'albergo, di illustrare l'idea imprenditoriale per convincere il direttore della banca a erogare il prestito e soprattutto non avrà il problema di restituire, con gli interessi, il prestito ricevuto, potendo contare sul proprio patrimonio precedentemente accumulato in attività illecite, che gli permetterà di offrire le sue camere doppie con servizio di mezza pensione in alta stagione per ipotesi a 100 euro a camera, quando il prezzo appena remunerativo, praticato anche dall'altro concorrente, sarebbe di 150 euro. L'imprenditore non mafioso, assillato dalla necessità di guadagnare per restituire il prestito alla banca e pagare tutti i costi fissi dell'albergo è dunque posto davanti ad una scelta tra due alternative entrambe per lui disastrose: continuare con il suo prezzo di 150 euro a notte, perdendo tutti i clienti, o abbassare il prezzo a 100 euro consapevole però di poter tenere quel prezzo per poco tempo: in quest'ultima ipotesi l'imprenditore (ex) mafioso, sapendo che il suo concorrente potrà resistere per poco, continuerà a tenere il prezzo della camera doppia con mezza pensione a 100 euro fino a che il suo rivale non avrà chiuso l'albergo. A questo punto potrà immediatamente alzare i prezzi a 200 euro, sfruttando la sua posizione dominante appena raggiunta grazie all'eliminazione dell'unico concorrente presente nel paese. È evidente dunque che, non avendo l'(ex) mafioso più rapporti con ambienti mafiosi avendo egli tagliato tutti i ponti con le sue precedenti attività illecite, riuscirà anche ad ottenere una informativa antimafia prefettizia contenente un nulla osta allo svolgimento di un'attività imprenditoriale: l'unica tutela per l'impresa non mafiosa sarebbe dunque quella fondata sulla tutela civilistica della concorrenza sleale e/o su quella pubblicistica della legge antitrust. Ma la tutela in realtà è offerta solo laddove la condotta di dumping integri effettivamente un abuso di posizione dominante, ossia quando la condotta anticoncorrenziale faccia sentire i suoi effetti sull'intero territorio nazionale o in una sua parte rilevante: nell'esempio appena fatto invece, in cui sono stati presi in considerazione solo due alberghi su uno stesso lungomare di una stessa località di villeggiatura, è evidente che la legge antitrust non potrà

trovare applicazione, perché, riprendendo le parole di Cass., SU, 4 febbraio 2005, n. 2207 (in questa Rivista, 2006, II, 256, con nota adesiva di Delli Priscoli, Equilibrio del mercato ed equilibrio del contratto”), «la legge antitrust non si occupa dell'intesa tra i barbieri di un piccolo paese», ove è evidente che la parola “barbieri” ben si può sostituire con quella di “albergatori” o simili.

(28) Guizzi, Il mercato concorrenziale: problemi e conflitti, Milano, Giuffrè, 2010, 281 ss., il quale sottolinea la molteplicità delle funzioni svolte dalle discipline poste a tutela della concorrenza.

(29) Cass., 7 febbraio 2020, n. 2980, secondo cui la vendita sottocosto o comunque a prezzi non immediatamente remunerativi, è contraria ai doveri di correttezza ex art. 2598, comma 1, n. 3), c.c. solo se si connota come illecito antitrust, in quanto posta in essere da un'impresa in posizione dominante e praticata con finalità predatorie di soppressione della concorrenza, traducendosi così in un danno per i consumatori ed il mercato, realizzandosi in tale ipotesi l'illecito concorrenziale da dumping interno; Cass. 26 gennaio 2006, n. 1636, in Foro it., 2006, I, 687, sentenza secondo la quale la vendita sottocosto (o comunque a prezzi non immediatamente remunerativi) in tanto è contraria ai doveri di correttezza di cui all'art. 2598, n. 3, c.c., in quanto a parla in essere sia un'impresa che muove da una posizione di dominio e che, in tal modo, frapponga barriere all'ingresso di altri concorrenti sul mercato o comunque indebitamente abusi di quella sua posizione, non avendo alcun interesse a praticare simili prezzi se non quello di eliminare i propri concorrenti per poi rialzare i prezzi approfittando della situazione di monopolio così venutasi a determinare; nello stesso senso Cass. 20 marzo 2009, n. 6865 e App. Firenze, 24 maggio 2019, n. 1236, in De Jure Giuffrè, secondo cui la vendita sottocosto è contraria ai doveri di correttezza evocati dall'art. 2598 c.c., n. 3, c.c. solo se a parla in essere sia un'impresa che muove da una posizione di dominio e che, in tal modo, ostacoli l'ingresso di altri concorrenti sul mercato o comunque indebitamente abusi di quella sua posizione.

(30) Arnaudo e Pardolesi, Sul giusto prezzo, tra Asquino e Aspen, in Merc. conc. reg., 2016, 479; Delli Priscoli, I controlli sui prezzi nei contratti d'impresa, in Riv. dir. comm., 2000, II, 100.

(31) Cfr. Amato, I fondamenti e i fini della concorrenza, in Giurisprudenza e autorità indipendenti nell'epoca del diritto liquido, in Studi in onore di Pardolesi, a cura di Di Ciommo e Troiano, Piacenza, La tribuna, 2018, 373, il quale, criticando il modello efficientistico di Amazon, sottolinea il valore della concorrenza come pluralismo degli imprenditori e non solo come possibilità per il consumatore di ottenere un certo bene al prezzo più basso possibile.

(32) Cass. 7 febbraio 2020, n. 2980 (nt. 30).

(33) Usa questa efficace espressione Cass. 22 ottobre 2003, n. 15761.

(34) Cfr. Cass. 10 ottobre 2018, n. 25607, secondo cui le ipotesi previste dall'art. 2598, n. 3, c.c. si riferiscono a comportamenti idonei a danneggiare l'altrui azienda con mezzi non conformi ai principi della correttezza professionale; essa si riferisce a mezzi diversi e distinti da quelli relativi ai casi tipici di cui ai precedenti nn. 1 e 2 della medesima disposizione, sicché occorre fornire una adeguata motivazione relativa al perché una certa condotta imprenditoriale possa essere considerata professionalmente scorretta.

(35) Cass. 7 novembre 2018, n. 28492; Cass. 13 aprile 2004, n. 7009; Cass., Sez. un., 25 settembre 1974, n. 3810.

(36) In questa prospettiva si ritiene non esatta la frase ad effetto contenuta nella sentenza citata Cass. 26 gennaio 2006, n. 1636 (nt. 29) laddove si afferma che «la valutazione di eventuale scorrettezza di un dato comportamento debba essere compiuta non nell'interesse dei mercanti, ma in quello del mercato». Infatti è proprio il contrario perché la valutazione di eventuale scorrettezza della vendita sottocosto deve essere computa non nell'interesse del mercato ma nell'interesse dei mercanti: il che non significa disconoscere la disciplina antitrust, ma semplicemente riconoscergli un ambito distinto rispetto alla concorrenza sleale.

(37) Cfr. Cass. 10 ottobre 2019, n. 25478, secondo cui è individuabile l'attività di impresa tutte le volte in cui sussista una obiettiva economicità dell'attività esercitata, intesa quale proporzionalità tra costi e ricavi (c.d. lucro oggettivo); chiarisce meglio il concetto Cass. 24 marzo 2014, n. 6835, affermando che ciò che rileva per la configurabilità di un'impresa, accanto all'autonomia gestionale, finanziaria e contabile, è il perseguimento di un cd. lucro oggettivo, ossia il rispetto del criterio di economicità della gestione, quale tendenziale proporzionalità di costi e ricavi, in quanto questi ultimi tendano a coprire i primi (almeno nel medio-lungo periodo). La nozione di imprenditore ai sensi dell'art. 2082 c.c. va intesa in senso oggettivo, dovendosi riconoscere il carattere imprenditoriale all'attività economica organizzata che sia ricollegabile a un dato obiettivo inerente all'attitudine a conseguire la remunerazione dei fattori produttivi.

(38) Così Corte Giust. 19 ottobre 2017, in causa C-295/16; Corte Giust. 3 luglio 1991, in causa C 62-86.

(39) Cass., Sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207 (nt. 27), sentenza secondo cui «il contratto “a valle” costituisce lo sbocco dell'intesa, essenziale a realizzarne gli effetti. Esso in realtà, oltre ad estrinsecarla, la attua». Cfr. Delli Priscoli, Rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione, contraente debole e tutela del mercato, in questa Rivista, 2015, II, 982.

(40) Delli Priscoli, La posizione dominante come presenza di una barriera, in Riv. dir. comm., 1999, II, 227; Gentili, La nullità dei “contratti a valle” come pratica concordata anticoncorrenziale, in Giust. civ., 2019, 675.

(41) D'Orsi, Nullità dell'intesa e contratto a valle nel diritto antitrust, in questa Rivista, 2019, II, 580; Manzini, Le restrizioni verticali della concorrenza al tempo di internet, in Dir. comm. int., 2018, 289.

(42) L'art. 41 della Costituzione, formato da tre commi, è il frutto dell'accordo tra le tre anime presenti in sede di Assemblea Costituente, quella liberale (si pensi a Luigi Einaudi), di cui è espressione il comma 1 (libertà d'iniziativa economica), quella cattolica (si pensi a Alcide De Gasperi), di cui è espressione il comma 2 (l'utilità sociale e i c.d. limiti “negativi” alla libertà d'iniziativa economica), quella comunista/socialista (si pensi a Palmiro Togliatti) di cui è espressione il comma 3 (c.d. limiti “positivi” alla libertà d'iniziativa economica): ogni anima dell'Assemblea Costituente ispira dunque in particolare un comma dell'art. 41, ma l'articolo va letto unitariamente e proprio da questa lettura complessiva emerge il tentativo, se non di una fusione armoniosa tra queste tre anime, di un “compromesso” (per citare la parola che usa Togliatti); in altre parole un tentativo di instaurare una pacifica convivenza tra ideologie e principi apparentemente difficilmente conciliabili: cfr. Silvestri, La nascita della Costituzione italiana ed i suoi valori fondamentali, in Riv. trim. dir. pubbl., 2006, 593, il quale rileva che la fusione delle tre anime dell'assemblea Costituente è talmente riuscita, anche grazie al lavoro della Corte

costituzionale, che dopo tanti anni non ci poniamo più il problema se un certo valore sia principio liberale, democratico o marxista: nello stesso senso, con particolare riferimento a questa avvenuta fusione nell'art. 41 Cost., Delli Priscoli, Il limite dell'utilità sociale nelle liberalizzazioni, in questa Rivista, 2014, I, 532; Libertini, La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana, in Giur. cost., 2005, 84, il quale distingue tra libertà di concorrenza dell'individuo, situazione giuridica soggettiva attribuita a persone e imprese (avendo come punto di riferimento, deve ritenersi, l'art. 41, comma 1, Cost.), e la concorrenza effettiva (o concorrenza in senso oggettivo), come modo di funzionamento reale di un mercato, ritenendo che riceva una tutela costituzionale anche quest'ultima (attraverso — si ritiene — i commi 1 e 2 dell'art. 41 Cost.).

(43) L'esigenza di limitare il fenomeno mafioso consente anche di limitare il diritto costituzionale ad essere informati: cfr. Cass., 11 ottobre 2019, n. 48522, secondo cui è legittimo il provvedimento di parziale limitazione nella ricezione della stampa periodica (nella specie un settimanale nazionale), imposto ai sensi dell'art. 18-ter della legge 26 luglio 1975, n. 354, ad un detenuto in regime differenziato ex art. 41-bis della stessa legge, avente ad oggetto le sole parti dello stampato contenenti notizie su clan mafiosi i cui esponenti siano ristretti insieme al predetto, in quanto rispondente alle esigenze di prevenzione dei reati e di ordine e sicurezza interne dell'istituto, insite nella necessità di impedire che questi ultimi possano venire a conoscenza, per il tramite del medesimo, di fatti di cronaca concernenti la loro zona di provenienza, mantenendosi così aggiornati sulle relative dinamiche criminali e verificando l'esecuzione di eventuali ordini fatti pervenire all'esterno.

(44) Delli Priscoli, I diritti fondamentali della collettività, tra tutela del mercato da parte della Corte di Giustizia e dei diritti fondamentali dell'uomo da parte della Corte di Strasburgo, in Riv. dir. comm., 2018, I, 182.

(45) Cass., Sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, (nt. 27).

(46) La "tutela della concorrenza", è prevista dall'art. 3 del Trattato dell'Unione europea, secondo cui la UE mira ad una economia sociale di mercato fortemente competitiva, e dal Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (artt. 3, lett. b), 101 e 102). Secondo l'art. 3, lett. b), del Trattato, la UE ha competenza esclusiva nella definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno, mentre gli artt. 101 e 102 vietano rispettivamente le intese e gli abusi di posizione dominante; le concentrazioni sono invece disciplinate dal regolamento CE n. 139/2004 del 20 gennaio 2004.

(47) Sulla riconducibilità della concorrenza all'art. 41 Cost. cfr. Corte cost. 26 marzo 2020, n. 56 e 27 giugno 2018, n. 137, sentenze secondo le quali la nozione di "concorrenza" comprende sia le misure legislative di tutela in senso proprio, intese a contrastare gli atti e i comportamenti delle imprese che incidono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati, sia le misure legislative di promozione, volte a eliminare limiti e vincoli alla libera esplicazione della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese, ovvero a prefigurare procedure concorsuali di garanzia che assicurino la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici. Che la tutela della concorrenza trovasse e trovi tuttora il suo punto di riferimento, la sua "copertura" costituzionale, nell'art. 41 Cost. lo si deduce anche da un preciso dato legislativo costituito dall'art. 1 della legge antitrust, il quale afferma

esplicitamente che le disposizioni della presente legge costituiscono “attuazione dell'art. 41 Cost., a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica”.

(48) Cfr. Tar Lazio, 25 febbraio 2020, n. 2651, il quale afferma che la preclusione ad avere rapporti giuridici con la Pubblica Amministrazione in capo al soggetto destinatario di un provvedimento di c.d. interdittiva antimafia è qualificabile come una particolare forma di incapacità speciale ad tempus. In tale prospettiva l'interdittiva antimafia è provvedimento amministrativo al quale deve essere riconosciuta natura cautelare e preventiva, in un'ottica di bilanciamento tra la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica e la libertà di iniziativa economica; tale atto dunque determina un'incapacità “parziale”, in quanto limitata ai rapporti giuridici con la Pubblica Amministrazione e “tendenzialmente temporanea”, potendo venire meno per il tramite di un successivo provvedimento dell'autorità amministrativa competente (in termini Cons. Stato, Ad. Plen., 17 gennaio 2018, n. 3).

(49) Corte cost. 14 febbraio 2020, n. 18 e 24 luglio 2019, n. 195 (nt. 7), sentenze che specificano altresì che il perseguimento degli interessi costituzionali alla sicurezza, all'ordine pubblico e alla pacifica convivenza, infatti, è affidato dalla Costituzione in via esclusiva allo Stato (art. 117, comma 1, lett. h, Cost.). Si tratta di diritti fondamentali della collettività che sempre più spesso trovano spazio nelle sentenze della Corte costituzionale quali valori che entrano in bilanciamento e sono in grado di limitare diritti fondamentali del singolo. Tali diritti fondamentali della collettività non hanno un riferimento ad una precisa norma della costituzione semplicemente perché spesso non possono essere confinate entro una sola norma in quanto trasversali a gran parte dei valori e delle norme costituzionali. Una comunità in balia della criminalità, priva di ordine pubblico e ove non siano garantite la pacifica convivenza e vi sia disinteresse per la difesa sociale non sarebbe infatti in grado di assicurare la tutela di alcun diritto fondamentale dell'individuo.

(50) Van den Bergh, Efficiency based competition law and the new populism: the remake of a golden oldie, in *Giurisprudenza e autorità indipendenti nell'epoca del diritto liquido*, in *Studi in onore di Pardolesi*, a cura di Di Ciommo e Troiano, Piacenza, La tribuna, 2018, 487.

(51) Cons. Stato, sentenza 30 gennaio 2019, n. 758.

(52) Delli Priscoli, *Mercato e diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2011, 182.

(53) Sottolineano questo aspetto, oltre alla sentenza in commento, anche la n. 4 del 2018 (nt. 9): entrambe dichiarano infondate questioni di legittimità costituzionale dell'interdittiva prefettizia antimafia. La Consulta infatti, pur non negando che le garanzie del singolo imprenditore siano oggettivamente minori rispetto a quelle che sarebbero garantite non da un procedimento amministrativo ma da un processo giurisdizionale, ammette che questo sacrificio del singolo si giustifica in relazione ad un bilanciamento di valori che impone di privilegiare le ragioni dell'urgenza e della possibilità per la collettività di agire su di un mercato ove non sia inquinato il gioco concorrenziale.

(54) Ad esempio perché l'impresa mafiosa si è aggiudicata un appalto oppure quella ex mafiosa con delle politiche anticoncorrenziali di dumping è riuscita ad escludere dal mercato e a far fallire delle imprese rispettose della legalità.

(55) Cfr. Tar Napoli, 29 aprile 2020, n. 1588, che a proposito dei citati artt. 34 e 34-bis del codice antimafia si esprime in termini di “misure di salvaguardia della continuità aziendale”.

L'ADUNANZA PLENARIA DEL CONSIGLIO DI STATO ALLE PRESE CON L'INTERDITTIVA PREFETTIZIA ANTIMAFIA E LA TEORIA DELL'INTERPRETAZIONE

Fonte: **Foro Amministrativo (II)**, fasc.6, 1 SETTEMBRE 2018, pag. 1103

Autori: **Giovanni Leone**

1. Si sostiene da più parti che quando i poteri dello Stato non funzionano o, comunque, non funzionano a dovere, e si aprono spazi per una sorta di legge della fisica valida anche nel campo del diritto pubblico, gli altri poteri profittano e tendono ad occupare tali spazi lasciati vuoti dal mancato esercizio del potere inerte o incapace.

Questo fenomeno è caratteristico di talune democrazie occidentali le quali attualmente, poiché attraversano momenti di crisi istituzionale, vedono (e tollerano, bene o male è da vedere) sovente l'invasione dei cd. limiti esterni non solo del potere giudiziario nei confronti del potere legislativo e di quello amministrativo, ma anche del potere legislativo e di quello amministrativo nei confronti degli altri poteri. Questi conflitti di attribuzione si verificano anche all'interno del potere giudiziario considerato nella sua unitarietà, pur con le sue varie articolazioni, provocando con grande frequenza esondazioni (che taluno definisce 'straripamento') di prerogative proprie di giudici ordinari rispetto a giudici speciali e viceversa; i rimedi esistenti o prospettati (protocolli di intesa ed altro, come l'auspicato Tribunale dei conflitti), in disparte la generalizzata non fiduciosa accoglienza, non sembrano avere alcun effetto pratico dissuasivo.

La recente sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 6 aprile 2018, n. 3(1), in tema di rapporti tra obbligazioni, misure di prevenzione antimafia, giudicato, si iscrive, a mio modesto avviso, in questo filone per il pericolo che il Giudice abbia 'integrato', con la sua interpretazione, una norma di legge.

2. Un breve riepilogo della questione sottoposta al Giudice della nomofilachia amministrativa.

Un'amministrazione comunale, condannata al pagamento, in favore di una ditta, di un importo statuito in sede di giudizio cognitorio dinanzi al Giudice amministrativo per un'illegittima procedura di gara, con un ricorso per revocazione oppone la circostanza che tale ditta, essendo destinataria di un'informativa antimafia prima della conclusione della vertenza conclusasi con la sentenza di condanna, di cui era venuta a conoscenza solo dopo la pubblicazione della sentenza poi passata in giudicato, non avrebbe potuto essere destinataria del pagamento. In sede di revocazione, il Consiglio di Stato respinge la tesi del Comune, precisando che il giudicato "deve restare intangibile rispetto ad un provvedimento particolarmente grave e tra l'altro confermato nella sua legittimità dal giudice amministrativo in primo e secondo grado, ma sempre successivo a ciò che in uno Stato di diritto non può essere più messo in

discussione.”

La ditta, stante l'inadempimento perdurante dell'amministrazione, propone quindi ricorso per l'ottemperanza alla sentenza del Consiglio di Stato passata in cosa giudicata, per conseguire la somma stabilita a titolo di risarcimento dei danni subiti (ed accertati), come detto, per l'illegittima mancata aggiudicazione di una gara di appalto.

In sede di esecuzione, l'amministrazione comunale ribadisce e sviluppa la tesi avanzata in sede di revocazione, ossia l'impossibilità di pagare un soggetto attinto dall'interdittiva. La V Sezione del Consiglio di Stato, con ordinanza 28 agosto 2017, n. 4078, ritiene necessario deferire, ai sensi dell'art. 99 c.p.a., all'Adunanza Plenaria i seguenti punti di diritto sottoposti al suo esame: “i) se la previsione di cui al comma 1, lettera g), dell'articolo 67 del ‘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; ii) se osti a tale prospettazione il generale principio dell'intangibilità della cosa giudicata”.

In altre parole, il primo punto di diritto sottoposto alla Plenaria consiste nella richiesta d'interpretazione dell'art. 67, comma 1, lettera g), del Codice antimafia, che si riporta: “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:... 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”. La Sezione prospetta due interpretazioni, una letterale “compatibile con il carattere evidentemente afflittivo della disposizione in esame”, che “condurrebbe ad escludere che il risarcimento del danno presenti una eadem ratio rispetto “[ai] contributi, finanziamenti o mutui agevolati” di cui è menzione nell'ambito della stessa lettera g), ed una di carattere logico — sistematica ‘capace di valorizzare la funzione dalla norma e l'obiettivo con essa perseguito di contrasto a fenomeni di criminalità su base associativa’ ... (che) dovrebbe condurre a ritenere che il ‘catalogo’ delle ipotesi di cui alla lettera g) sia ‘aperto’ e che la locuzione ‘altre erogazioni dello stesso tipo’, lungi dal ‘chiudere’ l'elencazione, presenti piuttosto una valenza — per così dire — ‘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.”

Il secondo punto di diritto consiste nello “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 interdittiva antimafia mai entrata nella dialettica processuale, anche se precedente alla formazione del giudicato, oppure se le finalità e la ratio dell'informativa interdittiva antimafia diano vita ad una situazione di incapacità legale ex lege (tendenzialmente temporanea e capace di venir meno con un successivo provvedimento dell'autorità prefettizia) che produca corrispondente sospensione temporanea dell'obbligo per

l'amministrazione di eseguire quel giudicato.”

La Plenaria muove dalla considerazione degli effetti determinati dall'interdittiva prefettizia, che provoca “una particolare forma di incapacità giuridica, e dunque la 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 (Cons. Stato, sez. IV, 20 luglio 2016 n. 3247). Si tratta di una incapacità giuridica prevista dalla legge a garanzia di valori costituzionalmente garantiti e conseguente all'adozione di un provvedimento adottato all'esito di un procedimento normativamente tipizzato e nei confronti del quale vi è previsione delle indispensabili garanzie di tutela giurisdizionale del soggetto di esso destinatario. Essa è: — parziale, in quanto limitata ai rapporti giuridici con la Pubblica Amministrazione, ed anche nei confronti di questa limitatamente a quelli di natura contrattuale, ovvero intercorrenti con esercizio di poteri provvedimentali, e comunque ai precisi casi espressamente indicati dalla legge (art. 67 d.lgs. n. 159/2011); — tendenzialmente temporanea, potendo venire meno per il tramite di un successivo provvedimento dell'autorità amministrativa competente (il Prefetto)”. Ciò premesso, la decisione in discorso richiama il proprio precedente n. 19 del 2012, il quale, riferendosi ad una controversia attinente ad un pagamento di un esborso di matrice indennitaria, in un obiter dictum riferisce che “non si vede perché nella suddetta ratio dovrebbero rientrare unicamente le erogazioni dirette ad arricchirlo (l'imprenditore colpito da interdittiva) 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”.

A me sembra che la fattispecie trattata dalla Plenaria con la sentenza del 5 giugno 2012, n. 19, sia essenzialmente diversa da quella successivamente trattata e decisa nel 2018 (come del resto riconosce pure quest'ultima), oggetto delle presenti riflessioni e conduca a conseguenze differenti. Ben vero, con la decisione del 2018 la Plenaria sembra voler assicurare le ditte colpite da provvedimento interdittivo, affermando che l'incapacità giuridica conseguente al provvedimento prefettizio è ‘parziale’ e ‘temporanea’. Parziale, in quanto tali ditte non possono intrattenere rapporti limitatamente alle pubbliche amministrazioni; temporanea (o meglio, tendenzialmente temporanea), perché destinata ad avere efficacia sino alla sua revoca disposta dal Prefetto una volta constatata la sopravvenuta carenza dei presupposti che avevano imposto l'atto inibitorio. Senonché, diversamente dalla fattispecie in cui la ditta interdetta riesca ad ottenere una sentenza di condanna al risarcimento dei danni, valida ma caratterizzata da una condizione legale di natura sospensiva, nel caso di mancato rilascio di provvidenze, contributi, ecc. (nella specie trattavasi di contributi richiesti e negati per l'abbattimento di capi bufalini infetti da brucellosi), se l'interdittiva resta inoppugnata, oppure viene reputata legittima dal giudice dell'impugnazione, il beneficio non potrà giammai essere conseguito.

Da qui una riflessione. Dall'esame della casistica sono assai rari i casi in cui l'autorità prefettizia, pur in presenza di ampio decorso del tempo dall'interdittiva, oppure di sentenze assolutorie rese in sede penale, emana un atto per così dire riabilitativo, revocando l'interdittiva (2). L'unica possibilità offerta ai

titolari della ditta in precedenza interdetta per poter conseguire la 'riabilitazione' sembra consistere nella cessione dell'impresa, ovviamente a soggetti che non siano legati da rapporti di parentela e non abbiano subito alcun intervento vuoi dell'autorità di polizia giudiziaria (o della magistratura inquirente, men che meno di quella giudicante penale), vuoi dell'autorità prefettizia. Generalmente si assiste al fenomeno del controllo 'debole' operato dal Giudice amministrativo sull'esercizio del potere, ritenuto latamente discrezionale, dell'autorità prefettizia.

Ora, tornando all'esame della decisione del 2018, il supremo Giudice della nomofilachia amministrativa pone a fondamento della sua asserzione due aspetti:

a) "In sostanza — ed è questa la ratio della norma — il legislatore intende impedire ogni attribuzione patrimoniale da parte della Pubblica Amministrazione in favore di tali soggetti, di modo che l'art. 67, comma 1, lett. g) del Codice delle leggi antimafia non può che essere interpretato se non nel senso di riferirsi a qualunque tipo di esborso proveniente dalla p.a. E tale finalità — in linea con quanto innanzi affermato in ordine agli effetti della interdittiva antimafia — è perseguita dal legislatore per il tramite di una tendenzialmente (temporanea) perdita, per l'imprenditore, della possibilità di essere titolare, nei confronti della Pubblica Amministrazione, delle posizioni giuridiche riferite alle ipotesi puntualmente indicate nell'art. 67 cit.”;

b) “non può assumere rilievo in senso contrario l'argomento che sembrerebbe potersi trarre dalla disposizione citata, laddove, oltre al divieto di disporre 'contributi, finanziamenti e mutui agevolati' (casi specificamente indicati), si ricomprendono nel divieto (in senso, per così dire, più 'generale') anche 'altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate'. L'argomento sostenuto dalla ricorrente (v. pagg. 6-7 memoria cit.) — e che fa leva sull'espressione 'dello stesso tipo' che indicherebbe una riconducibilità delle erogazioni al genus delle 'provvidenze' e quindi escluderebbe le somme da corrispondersi a titolo di risarcimento — appare, come spesso nelle interpretazioni meramente letterali, poco persuasivo, essendo facilmente controvertibile. Ed infatti, alla ricostruzione interpretativa ora riportata, ben può opporsi che gli istituti espressamente contemplati dal legislatore (contributi, finanziamenti, mutui agevolati) rientrano tutti nella più ampia categoria delle obbligazioni pecuniarie pubbliche, di modo che lo 'stesso tipo' entro il quale rientrano le 'altre erogazioni' interdette, ben può essere inteso come il genus delle obbligazioni pecuniarie poste a carico della Pubblica Amministrazione, quale che ne sia la fonte e la causa.”

3. Entrambi questi punti motivazionali non paiono convincenti.

Iniziamo con il secondo. Se è condivisibile l'opinione espressa dal Supremo Giudice amministrativo, secondo cui contributi, finanziamenti e mutui agevolati non appartengono al genus delle 'provvidenze', tra i quali, a detta della difesa della ditta interdetta, vi sarebbe da ricomprendere anche la corresponsione di una somma a titolo risarcitorio: infatti, posta la impalpabilità giuridica del concetto 'provvidenza', di certo non sembra che possa rinvenirsi nell'ordinamento un'astratta fattispecie o

categoria di tal tipo; tuttavia, di contro, non pare che possano sussumersi, come prospetta la Plenaria, i contributi, finanziamenti e mutui agevolati nel genus in cui far confluire ogni tipologia o fattispecie di pagamento dello Stato e delle pubbliche amministrazioni in favore di terzi (pubblici o privati che siano). La dottrina (3) ha da tempo fornito un'esaustiva definizione di sovvenzioni — genericamente intese — quali aiuti che, nello Stato moderno, sono erogati senza che sia contemplata una controprestazione di tipo economico. Le esigenze di stimolare l'economia, pur nella disorganicità della disciplina normativa, hanno prodotto una diversificazione dell'intervento pubblico in numerose fattispecie, che in comune possiedono il carattere della mancanza di corrispettività, da un lato, e l'unilateralità della prestazione pubblica, dall'altro; tant'è che sotto la voce 'aiuti di Stato' la normativa europea comprende ogni forma di erogazione di somme, di cui molte proprie dello Stato sociale.

Trattasi, quindi, di varie species che possono essere comprese nel vasto genus delle obbligazioni pubbliche, ossia in tutte quelle vicende in cui si ravveda un impegno dello Stato e delle pubbliche amministrazioni, aventi fondamento nel diritto pubblico (4). L'aiuto di Stato (species legittima o meno che sia, nel senso della sua conformità al diritto europeo) o, se si vuole, i contributi, i finanziamenti, i mutui ed altre forme agevolative, anche di carattere fiscale, sono radicalmente diversi dal corrispettivo di un contratto o dall'importo dovuto per un danno contrattuale o extracontrattuale, species estranea “alla categoria delle obbligazioni pubbliche ... 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” (5). Species che trova diretta fonte nel diritto privato o, se si vuole, nel codice civile, comprensiva di ogni tipologia di prestazioni contrattuali delle amministrazioni pubbliche.

Quindi, un dissenso che può essere espresso nei confronti della motivazione della Plenaria testé riportata consiste proprio nell'aver ritenuto che le cd. provvidenze, quali contributi, finanziamenti e mutui agevolati, ed altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, appartengono allo stesso genus delle obbligazioni pubbliche e sono equiparabili alle (contro)prestazioni che trovano diretta fonte nel codice civile.

Anche la prima argomentazione che fa parte del corredo motivazionale della sentenza in esame non appare convincente.

Accanto all'ontologica diversità tra contributi, finanziamenti e mutui agevolati, ed altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, ed obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali, v'è una riflessione che tocca la ratio della norma in commento: il legislatore, con l'articolo 67, ha voluto far discendere dal provvedimento interdittivo il diniego del rilascio di provvedimenti amministrativi ampliativi della sfera giuridica della ditta interdetta (comma 1, lettere a-f ed h), ed il conseguimento di benefici di carattere economico, legati vuoi alla discrezionalità amministrativa, vuoi alla presenza di specifici requisiti previsti dall'ordinamento, consistenti in provvedimenti aventi natura di “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” (lettera g). In altre parole, non è sembrato morale (qui, si vuole che il profilo giuridico-normativo coincida con quello etico) che un'impresa, 'sospettata' di avere infiltrazioni o condizionamenti di tipo mafioso, goda di un aiuto economico da parte delle amministrazioni pubbliche.

Ma da qui ad estendere la proibizione del pagamento di qualunque somma dovuta dalle amministrazioni pubbliche di natura diversa dalle erogazioni di contenuto (detto in senso meramente semplificativo, 'liberali') ne corre un bel po'. La Plenaria vuol sorreggere il proprio convincimento con l'asserire che “la finalità del legislatore è, in generale, quella di evitare ogni 'esborso di matrice pubblicistica' in favore di imprese soggette ad infiltrazioni criminali”, attribuendo al legislatore una cosa che egli non ha affatto detto. Il divieto cade non su tutti gli esborsi di matrice pubblicistica (ossia, emanati da pubbliche amministrazioni), ma solo su quelli aventi natura agevolativa, che trovano fonte in norme emanate per favorire lo sviluppo economico nazionale (o locale) e siano tradotti in provvedimenti amministrativi.

Ed è 'giusto' che così sia, ci sarebbe da aggiungere.

Se è stato adottato un provvedimento interdittivo che limita sensibilmente la capacità imprenditoriale di un'impresa (tale da fare ritenere una ridotta, parziale capacità giuridica, come riferisce la Plenaria), di conseguenza non si vede come si possa ampliare la sua sfera giuridica mediante provvedimenti amministrativi che dispongano il pagamento di somme o consentano agevolazioni in favore di tale impresa; e che codesti benefici, in definitiva, siano a carico dell'intera collettività. Tuttavia, sostenere che “il legislatore intende impedire ogni attribuzione patrimoniale da parte della Pubblica Amministrazione in favore di tali soggetti”, appare di certo eccessivo.

La Plenaria, nel suo dictum dispositivo, riferisce dell'impossibilità, sia pure tendenzialmente temporanea (6), “di percepire somme dovute a titolo di risarcimento del danno patito in connessione all'attività di impresa”.

Di qui alcune domande. Se l'impresa interdetta, per lo svolgimento della sua attività, ha acquistato ed è proprietaria di un immobile sottoposto ad una procedura espropriativa (legittima o meno che sia), non dovrebbe aver diritto a conseguire l'indennizzo (ex art. 42 Cost.) o il risarcimento del danno (ex art. 2043 c.c.)? Se all'impresa interdetta è stato arrecato un danno di un suo bene da parte di un'amministrazione (con una mera attività non provvedimentoale), non ha diritto al risarcimento (es., un incidente stradale provocato da un automezzo pubblico)? (7) La logica, il buon senso ed i principi generali del diritto militano per una risposta affermativa, salvo che non si dimostri che il bene appreso o violato sia stato acquistato con proventi illeciti (chè, in tal caso, esso dovrebbe essere sottoposto alla confisca).

4. L'apparato motivazionale sembra porsi anche in contrasto con il comma 3 dell'art. 92 del Codice antimafia (così sostituito dall'art. 3, comma 1, lett. b), n. 3), del d.lgs. 13 ottobre 2014, n. 153), secondo cui "i soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2" (ossia, 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) "revocano le autorizzazioni e le concessioni o recedono dai contratti, fatto salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite". Ben vero nella specie, accanto alla quasi automaticità della revoca o del recesso (quasi, in quanto per talune fattispecie va accertata la presenza di requisiti che escludono la risoluzione contrattuale o la revoca provvedimento), il legislatore statuisce che alla ditta interdetta debba essere corrisposto l'importo di quanto eseguito e di quanto speso per eseguire la rimanente prestazione, nei limiti delle utilità conseguite. Per la verità, anche se non fosse stata introdotta una disposizione di tal genere, il pagamento dell'importo nascente dall'obbligazione o derivante dalla lesione del diritto soggettivo sembrerebbe comunque costituire atto dovuto.

Ciò significa che, ferma restando l'interruzione del rapporto giuridico per la risoluzione contrattuale, la norma ora riportata statuisce comunque il diritto della ditta interdetta a percepire la controprestazione economica, senza poter però vantare alcunché a titolo risarcitorio. La ragione del conseguimento del tantumdem è evidente, per almeno due aspetti: a) in forza del principio generale del diritto del prestatore a percepire il corrispettivo, totale o parziale che sia, da colui che ha beneficiato della prestazione (art. 1173 e ss. c.c.), in ragione di un contratto valido, ancorché successivamente divenuto inefficace (art. 1464 c.c. sull'impossibilità parziale sopravvenuta); b) la necessità da parte della ditta interdetta di dover far fronte ai pagamenti dei propri dipendenti e fornitori per le prestazioni eseguite (il che, peraltro, potrebbe comunque non porla del tutto al riparo da eventuali azioni risarcitorie per la risoluzione dei contratti: salvo, poi, appurare se questa risoluzione sia imputabile ad un *factum principis*, ad una sopravvenuta oggettiva impossibilità, o ad un fatto imputabile al committente interdetto).

In questi casi, come efficacemente ed autorevolmente sostenuto (8), le somme discendenti da prestazioni relative al contratto o dall'accertato risarcimento fanno parte del patrimonio dell'impresa, che va reintegrato; ed essa vanta un diritto soggettivo pieno, che trova fonte e riferimento nel codice civile, e non un interesse legittimo a conseguire gli importi dovuti dall'amministrazione; interesse legittimo che, invece, sorge per effetto del provvedimento ampliativo, con il quale le pubbliche amministrazioni dispongono le erogazioni o 'provvidenze' di matrice pubblicistica di cui alla lettera g) dell'art. 67 cit.

5. La sentenza in discorso rifugge dall'interpretazione meramente letterale, che non limita l'esecuzione della sentenza passata in cosa giudicata, attributiva della somma di cui in condanna, e preferisce sposare la "interpretazione logico — sistematica (capace di valorizzare la funzione dalla

norma e l'obiettivo con essa perseguito di contrasto a fenomeni di criminalità su base associativa)".

Questo profilo rimanda alla riflessione sui rischi che si corrono nel caso di interpretazioni *praeter legem*.

È noto, difatti, che accanto all'interpretazione letterale esistono altri criteri ermeneutici: esegesi grammaticale, logica, sistematica, estensiva, storico-evolutiva, teleologica, tutti ispirati "allo sforzo di sfuggire al mero dettato della legge e al tentativo di attualizzarlo, d'inserirlo, cioè, nel vivo contesto dei suoi interessi attuali o addirittura di negare la possibilità di questo inserimento denunciando il sorgere di una lacuna" (9). In proposito, non può non richiamarsi l'insegnamento, secondo cui "l'interpretazione del diritto è operazione difficile e complessa, che costituisce oggetto di una sottile dottrina e di una delicatissima arte, nonché di apposite regole anch'esse giuridiche che taluni ordinamenti hanno creduto opportuno stabilire a guida dell'interprete, specialmente per i casi in cui le norme che egli deve interpretare sono ambigue o inadeguate o, per essere espresse, rimangono latenti nella massa più o meno opaca dell'intero ordinamento al quale appartengono" (10).

Ma quando è opportuna l'opzione dell'interpretazione logico-sistematica o di quella evolutiva in luogo di quella letterale? Si risponde: quando la norma non ha alcun senso o concreta applicazione se presa in assoluto quale monade, *ex se*, oppure allorquando è stata emanata molto tempo addietro e, se incastonata nel vigente ordinamento giuridico, può avere un determinato valore ed esprimere, solo con tale attività ermeneutica, un certo significato. Per questa ragione la dottrina sopra richiamata preferisce escludere ogni riferimento all'interpretazione evolutiva della norma, ma preferisce parlare di evoluzione dell'ordinamento giuridico (11). L'interpretazione non può essere evolutiva senza trasformarsi in qualche cosa di assolutamente diverso (12).

Anche se non si volesse aderire a tale corrente di pensiero, il vero problema della interpretazione diversa da quella letterale consiste nella constatazione della "insufficienza della formola legislativa e inammissibilità di un suo isolamento dalla totalità dell'ordinamento giuridico e dalla evoluzione storica di questo" (13). E se "l'ordinamento giuridico non è qualcosa di bell'e fatto (come può credere una visione statica e immobilizzante, alla Kelsen), né un organismo che si sviluppi da sé per mera legge naturale: è qualcosa che non è, ma si fa, in accordo con l'ambiente sociale di storicamente condizionato, proprio per opera assidua d'interpretazione", occorre interrogarsi se la formula adottata dal legislatore sia insufficiente o meno, siano riscontrabili lacune originarie, sopravvenute, di valutazione, di previsione, di ambiguità, o di semplice cognizione (14); e via stato un *minus dixit quam voluit*. L'interpretazione non letterale ed estensiva sarebbe plausibile solo in considerazione dell'oggettiva problematicità delle possibili alternative esegetiche.

In questi casi, il rischio, però, è che l'interpretazione giudiziale integrativa di norme lacunose non applichi, ma crei il diritto. Ed occorre interrogarsi se l'interprete (giudice, avvocato, giurista) possa colmare la lacuna e l'ambiguità della legge, oppure non sia il caso di escluderne l'applicazione o la previsione dell'astratta fattispecie al caso concreto, ovvero ancora se non sia il caso di chiedere, nelle

forme e con le modalità consentite, l'intervento della Corte costituzionale.

Anche la Consulta ha con grande accortezza esclusa l'interpretazione estensiva a fattispecie non espressamente previste dalla norma di cui veniva contestata l'incostituzionalità (1° febbraio 1983, n. 15 e 14 aprile 1976, n. 86). Solo se dovesse scaturire un'impossibile applicazione della norma si potrebbe dar luogo ad un'interpretazione costituzionalmente orientata, sicché, diversamente opinando, la disposizione non si potrebbe sottrarre a rilevanti dubbi di legittimità costituzionale sotto il profilo della sua intrinseca ragionevolezza (Cass., 17 luglio 2015, n. 15070(15)). L'estensione del dato normativo sarebbe consentita proprio allo scopo di evitare questioni di legittimità costituzionale laddove esso limita la disposizione ad alcune categorie di soggetti, di tal che si potrebbe avere un'interpretazione adeguatrice e conforme alla Costituzione; ancorché non sfugga di certo che sarebbe opportuna la rimessione degli atti alla Consulta in presenza di una norma di tal genere (è quanto si evince dalla lettura di Cons. Stato, III Sez., 3 gennaio 2014, n. 1(16)).

La sentenza in esame cerca abilmente di sfuggire al pericolo che si paventa, reputando che « il “catalogo” delle ipotesi di cui alla lettera g) sia “aperto” » e non tipizzato. Quindi sembra voler sostenere che *lex ubi voluit dixit*.

Ebbene, non è senza significato che la dottrina autorevole da ultimo richiamata precisa che “un'eterointegrazione siffatta è ammessa in via eccezionale nelle ipotesi in cui sia deferita ad organi giudicanti una giurisdizione di equità, o venga loro rimesso un apprezzamento equitativo... In tali ipotesi può dirsi che il giudice venga sollevato sul piano del ‘legislatore’, sempre, però, limitatamente al caso singolo sottoposto alla sua decisione” (17). Trattandosi di un principio generale affrontato dalla Plenaria, e non del singolo caso sottoposto al suo esame, non pare che questa operazione esegetica eterointegrativa sia plausibile.

6. Vediamo dappresso, ovviamente nell'economia del presente lavoro, l'ausilio offerto dal legislatore per l'interprete e, quindi, in particolare gli storici principi dettati dalle disposizioni preliminari al codice civile.

6.1. Innanzi tutto, non può di certo tacersi che l'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale statuisce che “Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore”.

Invero, è dato ampiamente condiviso dalla giurisprudenza che quando l'interpretazione letterale di una norma di legge sia sufficiente ad esprimere un significato chiaro ed univoco, l'interprete non deve ricorrere al criterio ermeneutico sussidiario costituito dalla ricerca, attraverso l'esame complessivo del testo, della *mens legis*, specialmente se, con ciò, si tenda a modificare la volontà di legge inequivocabilmente espressa (18), laddove soltanto quando la lettera della norma sia ambigua e sia altresì infruttuoso il ricorso al predetto criterio ermeneutico sussidiario, l'elemento letterale e l'intenzione

del legislatore, rivelatisi insufficienti in quanto utilizzati singolarmente, acquistano, nel procedimento interpretativo della norma, un ruolo paritetico, sì che il secondo funge da criterio comprimario di ermeneutica atto ad ovviare all'equivocità della formulazione del testo da interpretare (19); potendo, peraltro, assumere rilievo prevalente rispetto all'interpretazione letterale soltanto nel caso, eccezionale, in cui l'effetto giuridico risultante dalla formulazione della disposizione sia incompatibile con il sistema normativo, atteso che non è consentito all'interprete correggere la norma, nel significato tecnico proprio delle espressioni che la compongono, nell'ipotesi in cui ritenga che tale effetto sia solo inadatto rispetto alla finalità pratica cui la norma è intesa (20). Del resto, "secondo i più elementari principii ermeneutici applicabili alle norme penali e 'para-penali' (id est: a contenuto sanzionatorio-afflittivo), l'interpretazione analogico-estensiva — fisiologicamente preposta a colmare lacune normative (che peraltro nella fattispecie non è dato rilevare) — non può essere utilizzata al fine di inasprire un regime sanzionatorio; ... comunque, secondo una regola ermeneutica arcinota, fra due possibili interpretazioni di una norma posta a garanzia di una determinata categoria di soggetti, deve prevalere quella c.d. 'di miglior favore' e non certo quella volta a ridurre al minimo la garanzia che il Legislatore ha voluto accordare e valorizzare" (21).

L'articolo 12 disp. prelim. prescrive rigorosamente che l'unico criterio interpretativo è il senso fatto palese dal significato delle parole secondo la loro connessione: "non si può attribuire altro senso", recita la norma.

Ebbene, se il legislatore, con l'art. 67 lettera g) — norma dall'evidente valenza para-penale — ha voluto circoscrivere l'incapacità giuridica della ditta interdetta alle sole obbligazioni pubbliche e non anche a quelle private, non si vede come possa darsi un senso diverso rispetto a quello fatto palese dal significato proprio delle parole. Il 'catalogo' non può che riguardare solo i provvedimenti amministrativi ampliativi della sfera giuridica del destinatario dell'interdittiva prefettizia e non estendersi anche alle obbligazioni di contenuto privatistico che trovano fonte nel diritto privato o in un contratto.

6.2. Il comma 2 dell'art. 12 citato consente il ricorso all'interpretazione analogica. Sembra, dalla lettura della motivazione della decisione della Plenaria, che il divieto temporaneo del pagamento della somma dovuta a titolo risarcitorio risieda nel "catalogo" che lo stesso legislatore ha inteso non tipizzare, espresso dalla locuzione "altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate", analoghe, quindi, ai contributi, finanziamenti, ecc. Ebbene, dalla semplice lettura emerge il riferimento al dato richiesto dalla stessa norma di una sorta di rinvio di contenuto analogico a fattispecie simili, in quanto quest'ultima non ha inteso limitare il divieto ai provvedimenti indicati espressamente, ma l'ha esteso ad altre erogazioni dello stesso tipo che l'interprete deve rinvenire nell'ordinamento; la ricerca non può che essere effettuata, quindi, se non con lo strumento dell'analogia. Sicché emerge spontanea la domanda: sono analoghe le somme richieste a titolo di 'liberalità' fondate su atti amministrativi o in base a peculiari disposizioni di legge rispetto a quelle forme negoziali che trovano fonte e radice nel codice civile?

Prima si è risposto negativamente (22).

Inoltre, il comma 2 dell'art. 12 delle disp. prelim. consente il ricorso all'analogia (quindi, mediante un'interpretazione estensiva) esclusivamente ai casi in cui "una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione", avendosi "riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe." Il ricorso all'analogia è consentito, perciò, solo allorquando manchi una specifica disposizione nell'ordinamento regolante la fattispecie concreta e si renda conseguentemente necessario porre rimedio ad un vuoto normativo altrimenti incolmabile in sede giudiziaria. Orbene, anche in questa occasione ci si dovrebbe domandare se rispondono alle medesime finalità le norme codicistiche (di rispetto delle obbligazioni assunte in sede contrattuale o degli obblighi tipici derivanti dall'illecito extracontrattuale) ed i contributi, i finanziamenti, le provvidenze in genere che l'ordinamento introduce per favorire lo sviluppo economico del Paese o difendere determinate categorie di operatori economici 'deboli'.

6.3. L'articolo 12 riportato non va, infine, disgiunto dal successivo art. 13, secondo cui « Le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati ». Qui non par dubbio che nella vicenda trattata dalla Plenaria si sia discettato di leggi eccezionali (di contenuto para-penalistico), limitative della capacità giuridica, come efficacemente puntualizza la medesima Plenaria.

Ebbene, il rischio che si corre qualora il giudice decidesse di attivare il criterio dell'interpretazione evolutiva o logico-sistematica in luogo di quella letterale potrebbe consistere nella proliferazione di leggi di interpretazione autentiche della norma che, pur essendo nella sua primitiva formulazione chiara, viene ricostruita in sede interpretativa in maniera difforme da quanto in origine enunciato dal legislatore, il quale si sente costretto ad intervenire perché vede traditi i fini perseguiti con la produzione della propria legge.

Il problema di carattere costituzionale è assai delicato ed investe i rapporti tra funzione legislativa e funzione giurisdizionale. La teoria dell'interpretazione sganciata dall'intenzione del legislatore porta a dilatare la funzione giurisdizionale in danno della funzione legislativa, sì da far immaginare che il fenomeno della produzione delle leggi si ponga come un dato meramente storico di configurazione di un tema e di un vago schema di regolamento al quale l'interprete darà, invece, liberamente la sua soluzione (23).

Occorre, a mio avviso, tener presente che l'unica fonte di produzione delle leggi (statali, ma il principio è valido per le altre norme, dalle europee alle regionali) è rinvenibile nella produzione operata dal Parlamento e che la legge, una volta pubblicata sulla gazzetta ufficiale, non è un'entità che, appena distaccatasi dal legislatore, vive di vita autonoma e rivendica una sua propria volontà (24) e, pertanto, può esser sostituita dalla volontà del giudice-interprete. Il quadro costituzionale lo impedisce. Pur nella sua indipendenza ed autonomia da qualsiasi potere, il magistrato è soggetto solo alla legge (art. 101

Cost.) e non può violare il rigoroso limite posto nei confronti di chi è l'autore della produzione delle regole giuridiche da applicare al caso concreto. Il pericolo che l'approdo di tale corrente di pensiero reca con sé consiste nel fatto che, al di là dell'interpretazione della norma nel caso concreto, ogni precedente giurisprudenziale, soprattutto se promanante dagli Organi giurisdizionali nomofilattici, dia luogo al cd. precedente o alla giurisprudenza consolidata (*ius receptum*), avente il medesimo valore della volontà del legislatore, o meglio sostitutivo della oramai sua svalutata volontà.

Note:

(1) In Foro amm., 2018, fasc. 3, 429 e ss.

(2) Esprime severe perplessità sulla normativa antimafia con particolare riferimento alla cd. riabilitazione Raimondi, La parabola dell'informativa antimafia, in Scritti in memoria di Giuseppe Abbamonte, di prossima pubblicazione.

(3) Amorth, I contributi pecuniari concessi dallo Stato ad enti pubblici e privati, in Studi urbinati, 1931; Pericu, Le sovvenzioni come strumento di azione amministrativa, I e II, Milano, 1967; Spagnuolo Vigorita, Problemi giuridici dell'ausilio finanziario pubblico a privati, in Rass. econ. Banco di Napoli, 1963; e, di recente, B. Lubrano, Le sovvenzioni nel diritto amministrativo, Torino, 2008).

(4) Per tutti v. Barettoni Arleri, Obbligazioni pubbliche, voce in Enc. dir., XIX, Milano, 1979, 403.

(5) Così Barettoni Arleri, op. cit., 403.

(6) Sulla temporaneità del provvedimento cautelare prefettizio dovrebbe aprirsi un altro discorso, soprattutto dopo aver acquisito i dati, elaborati dall'Amministrazione dell'interno, sul numero dei provvedimenti di revoca.

(7) L'esempio è tratto da Scoca: Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta 'anticipata' alla criminalità organizzata, in giust.amm.it, 6/2018.

(8) Scoca, op. cit.

(9) Così Paresce, Interpretazione (filosofia), voce in Enc. Dir., XXII, Milano, 1972, 224.

(10) Santi Romano, Frammenti di un dizionario giuridico, Milano, 1947, 121.

(11) Santi Romano, op. cit., 125.

(12) Id., op. cit., 123.

(13) Betti, Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica, Milano, 1949, 33.

(14) Betti, op. cit., 45 ss.

(15) In De Jure.

(16) In De Jure.

(17) Betti, op. cit., 51 s., con acute osservazioni e richiami della filosofia aristotelica sul concetto di equità e diritto.

(18) Cass., 3 dicembre 1970, n. 2533; 17 novembre 1993, n. 11359.

(19) Cass., 26 febbraio 1983, n. 1482.

(20) Cass., 13 aprile 1996, n. 3495; da ultimo Cass., 6 aprile 2001, n. 5128).

(21) Cons. giust. amm., 31 luglio 2017, n. 346.

(22) Esprime serie perplessità, sull'equiparazione seguita dall'Adunanza Plenaria, D'Angelo, che annota per il Foro it., 2018, III, 323, la decisione in esame, per il quale “la distanza tra erogazioni, ancorché di carattere indennitario, a sostegno dell'attività di impresa e somme dovute dalla pubblica amministrazione a titolo di risarcimento del danno appare incolmabile in via interpretativa”.

(23) Leone G. sr., Aspetti costituzionali dell'interpretazione della legge, in Scritti giuridici, Napoli, 1987, 643.

(24) Così Leone G. sr., op. cit., 645.

L'informazione antimafia prefettizia è incostituzionale?

Fonte: **Diritto & Giustizia**, fasc.63, 2020, pag. 5

Nota a: **Corte Costituzionale**, 26 marzo 2020, n.57

Autori: **Giuseppe Marino**

Informazione antimafia interdittiva: le censure del giudice a quo. La pronuncia in commento trae origine dalla questione di legittimità costituzionale degli artt. 89 -bis e 92, commi 3 e 4, d.lgs. n. 159/2011 (c.d. Codice antimafia), che hanno esteso gli effetti della informazione antimafia interdittiva agli atti elencati nell'art. 67, co. 1, del medesimo Codice ? tradizionalmente interessati dalla comunicazione antimafia interdittiva - ed, in particolare, a quelli funzionali all'esercizio di una attività imprenditoriale puramente privatistica.

Quotidiano del 27 marzo 2020

Secondo il giudice a quo, tale disciplina priverebbe il destinatario della predetta misura del diritto, sancito dall'art. 41 Cost., di esercitare l'iniziativa economica - nella fattispecie, era in gioco l'iscrizione all'albo delle imprese artigiane - ponendolo nella stessa situazione di colui che risulti interessato da una misura di prevenzione personale applicata con provvedimento definitivo.

Inoltre, secondo il rimettente, sarebbe violato anche l'art. 3 Cost., atteso che sarebbe irragionevole ricollegare ad un provvedimento di natura amministrativa gli stessi effetti di una misura di prevenzione applicata con un provvedimento di natura giurisdizionale. Irragionevolezza che sarebbe ulteriormente aggravata dall'effetto immediato della misura interdittiva, non subordinato alla definitività del provvedimento.

Infiltrazioni mafiose nel tessuto economico: alterano la concorrenza e ledono la dignità umana. La pronuncia in commento osserva, preliminarmente, che la disciplina censurata incide su un contesto caratterizzato dalla costante e crescente capacità di penetrazione della criminalità organizzata nell'economia. La Commissione parlamentare antimafia, nella relazione conclusiva del 7 febbraio 2018, ha rilevato che sono vulnerabili anche i mercati privati e, in particolare, i settori connotati da elevato numero di piccole imprese, basso sviluppo tecnologico, lavoro non qualificato e basso livello di sindacalizzazione, dove il ricorso a pratiche non conformi con la legalità formale diviene prassi diffusa. In questi settori, le mafie possono offrire diversi tipi di servizi alle imprese, come la protezione, l'elusione della libera concorrenza, il contenimento del conflitto con i lavoratori, l'immissione di liquidità.

Inoltre, nei mercati privati è possibile ravvisare anche le forme più evidenti di imprenditoria mafiosa, quando sono gli stessi boss, famiglie o affiliati ad assumere in vario modo il controllo delle imprese, investendo in attività legali i capitali ricavati da estorsioni e traffici illeciti.

Ne emerge un quadro preoccupante, non solo per le dimensioni, ma anche per le caratteristiche del fenomeno, e, in particolare, per la sua pericolosità (cfr. Corte Cost., n. 4/2018). Difatti, la forza intimidatoria del vincolo associativo e la mole ingente di capitali provenienti da attività illecite sono inevitabilmente destinate a tradursi in atti e comportamenti che inquinano e falsano il libero e naturale sviluppo dell'attività economica nei settori infiltrati, con grave vulnus, non solo per la concorrenza, ma per la stessa libertà e dignità umana.

Informazione antimafia prefettizia: prevenire è meglio che curare. La Consulta ritiene che la scelta di affidare all'autorità amministrativa questa misura interdittiva - che pure si caratterizza per la sua particolare gravità - debba essere valutata alla luce degli elementi appena ricordati.

Quello che si chiede alle autorità amministrative non è di colpire pratiche e comportamenti direttamente lesivi degli interessi e dei valori sopra menzionati - compito naturale dell'autorità giudiziaria - bensì di prevenire tali evenienze, con un costante monitoraggio del fenomeno, la conoscenza delle sue specifiche manifestazioni, l'individuazione e la valutazione dei relativi sintomi, la rapidità di intervento.

È in questa prospettiva anticipatoria della difesa della legalità che si colloca il provvedimento in questione, al quale, infatti, viene riconosciuta dalla giurisprudenza natura 'cautelare e preventiva' (Cons. Stato, Ad. Plen., n. 3/2018), comportando un giudizio prognostico circa probabili sbocchi illegali della infiltrazione mafiosa. Dalla natura stessa dell'informazione antimafia discende che essa risulti fondata su elementi fattuali più sfumati di quelli che si pretendono in sede giudiziaria, in quanto sintomatici ed indiziari.

Tale provvedimento implica una valutazione tecnico-discrezionale dell'autorità prefettizia in ordine al

pericolo di infiltrazione mafiosa: da una parte, devono essere considerati una serie di elementi fattuali tipizzati dal legislatore (cc.dd. delitti spia; cfr. art. 84, co. 4, Codice antimafia) e, dall'altra, il tentativo di infiltrazione mafiosa può essere desunto da altri fatti, secondo il prudente e motivato apprezzamento discrezionale dell'autorità amministrativa (cfr. art. 91, co. 6).

L'azione amministrativa soggiace, comunque, al principio di legalità. Tutto ciò, peraltro, non comporta che si debba ritenere violato il principio fondamentale di legalità sostanziale, che presiede all'esercizio di ogni attività amministrativa. Al riguardo, è stato precisato l'equilibrata ponderazione dei contrapposti valori costituzionali in gioco richiede alla prefettura un'attenta valutazione di tali elementi, che devono offrire un quadro chiaro, completo e convincente del pericolo di infiltrazione mafiosa (cfr., ex plurimis, Cons. Stato, n. 565/2017). Tale quadro deve, poi, emergere da una motivazione accurata. Inoltre, queste complesse valutazioni - che sono, sì, discrezionali, ma dalla forte componente tecnica - sono soggette ad un vaglio giurisdizionale pieno ed effettivo.

A ciò si aggiunge che la giurisprudenza amministrativa ha costruito un sistema di tassatività sostanziale, individuando un nucleo consolidato di situazioni indiziarie che sviluppino e completano le indicazioni legislative (cfr. Cons. Stato, n. 1743/2016 e n. 6105/2019): i provvedimenti 'sfavorevoli' del giudice penale; le sentenze di proscioglimento o di assoluzione da cui pure emergano fatti che, pur non superando la soglia della punibilità penale, sono però sintomatici della contaminazione mafiosa; la proposta o il provvedimento di applicazione di taluna delle misure di prevenzione previste dal Codice antimafia; i rapporti di parentela che assumano un'intensità tale da far ritenere una conduzione familiare ed una regia mafiosa dell'impresa; i contatti o i rapporti di frequentazione, conoscenza, colleganza, amicizia; ecc.

Informazione antimafia prefettizia: nessuna lesione dei valori costituzionali. Il dato normativo, arricchito dall'articolato quadro giurisprudenziale sopra ricordato, esclude, dunque, la fondatezza dei dubbi di costituzionalità avanzati dal rimettente in ordine all'ammissibilità del ricorso allo strumento amministrativo e, quindi, alla legittimità della pur grave limitazione della libertà di impresa che ne deriva. Quanto al profilo della ragionevolezza, la Consulta ritiene che la risposta amministrativa non si possa ritenere sproporzionata rispetto ai valori in gioco, la cui tutela impone di colpire in anticipo il fenomeno mafioso, di cui sono note la particolare gravità e pericolosità. In questa valutazione complessiva dell'istituto, la ragionevolezza della disciplina censurata è, poi, ulteriormente avvalorata dal carattere provvisorio della misura.

La questione sollevata dal tribunale rimettente viene, quindi, dichiarata non fondata dal Giudice delle

leggi.

I più recenti orientamenti della giurisprudenza amministrativa sul complesso sistema antimafia

Fonte: **Foro Amministrativo (II)**, fasc.12, 1 MARZO 2017, pag. 2524

Autori: **Massimiliano Nocelli**

Sommario: 1. La documentazione antimafia (art. 82 e ss. del d. lgs. n. 159 del 2011). — 2. Lo scioglimento del Consiglio comunale o provinciale per infiltrazioni della criminalità organizzata (art. 143 del d. lgs. n. 267 del 2000).

1. La documentazione antimafia (art. 82 e ss. del d. lgs. n. 159 del 2011).

Il sistema della documentazione antimafia, previsto dal c.d. Codice antimafia (d. lgs. n. 159 del 2011) in attuazione della legge delega n. 136 del 13 agosto 2010 (art. 2), si fonda sulla distinzione tra le comunicazioni antimafia e le informazioni antimafia (art. 84 del d. lgs. n. 159 del 2011) (1), che costituiscono le fondamentali misure di prevenzione amministrative previste dal Codice nel libro II e tuttora confermate, nel loro impianto, anche dalla recente modifica del Codice antimafia, di cui alla l. n. 161 del 17 ottobre 2017, entrata in vigore il 19 novembre 2017.

La nuova legislazione antimafia persegue, per finalità di sicurezza pubblica e di contrasto alla criminalità organizzata di stampo mafioso, l'obiettivo di prevenire le infiltrazioni mafiose nelle attività economiche non solo nei rapporti dei privati con le pubbliche amministrazioni (contratti pubblici, concessioni e sovvenzioni), mediante lo strumento delle informazioni antimafia (art. 90-95 del d. lgs. n. 159 del 2011), ma anche quello di inibire l'esercizio dell'attività economica, nei rapporti tra i privati stessi, mediante lo strumento delle comunicazioni antimafia (artt. 87-89 del d. lgs. n. 159 del 2011), richieste per l'esercizio di qualsivoglia attività soggetta ad autorizzazione, concessione, abilitazione, iscrizione ad albi, o anche alla segnalazione certificata di inizio attività (c.d. s.c.i.a) e alla disciplina del silenzio assenso (art. 89, comma 2, lett. a) e lett. b) del d. lgs. n. 159 del 2011).

La collocazione sistematica della documentazione antimafia — nel libro II del Codice, dedicato appositamente alle « *Nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia* » — ne rivela, nell'intendimento del legislatore, l'estraneità già solo formale rispetto all'apparato di misure aventi carattere penale o parapenale e, dunque, anche al sistema delle misure di prevenzione personali, separatamente regolato dal libro I del Codice antimafia.

Se le comunicazioni antimafia mantengono, infatti, un legame di tipo almeno formale con tale apparato, per il loro *contenuto vincolato*, poiché il presupposto della loro emissione consiste nell'attestazione che a carico di determinati soggetti, individuati dall'art. 85 del d. lgs. n. 159 del 2011, non siano state emesse dal Tribunale misure di prevenzione personali definitive, le informazioni antimafia, invece, si distinguono per uno spiccato momento di autonomia valutativa da parte del Prefetto, nel soppesare il rischio di permeabilità mafiosa dell'impresa, di *contenuto discrezionale*, poiché ben possono prescindere dagli esiti delle indagini preliminari o dello stesso giudizio penale, che comunque la Prefettura ha il dovere di esaminare in presenza dei cc.dd. delitti spia (art. 84, comma 4, del d. lgs. n. 159 del 2011), non vincolanti per l'apprezzamento che, a fini preventivi, la Prefettura è chiamata a compiere in ordine al rischio di condizionamento mafioso (2).

La delicatezza degli interessi sottesi alla previsione della documentazione antimafia e l'esigenza di ordine pubblico che la legislazione antimafia difende, proprio a livello preventivo, giustificano la portata derogatoria degli istituti della legislazione amministrativa antimafia rispetto alle generali regole sul procedimento amministrativo, consacrate dalla l. n. 241 del 1990 e delle successive leggi di riforma (si pensi, per tutte e da ultimo, alla l. n. 124 del 2015), e l'attenuazione delle garanzie procedurali che, come pure il Consiglio di Stato non manca di ricordare nella sua giurisprudenza più recente (3) e sulla scorta, peraltro, di un più generale e consolidato orientamento del diritto vivente in materia di provvedimenti antimafia (4), non sono un valore assoluto, da preservare ad ogni costo e in ogni caso, ma solo beni di ordine procedimentale, meritevoli di protezione se e in quanto compatibili con la tutela di valori differenti, di rango superiore, come quelli di ordine pubblico e di contrasto al crimine organizzato che qui vengono in rilievo.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato ribadisce, così, che in questo tipo di procedimenti non sono previsti né la comunicazione di avvio, di cui all'art. 7 della l. n. 241 del 1990, né le ordinarie garanzie partecipative, (5) e che il vincolo dei provvedimenti prefettizi antimafia, rispetto alle amministrazioni destinatarie della documentazione antimafia tenute a recepirne l'effetto interdittivo senza margini di residua discrezionalità (6), rende irrilevante l'esistenza di errori procedurali da queste compiuti nell'emissione dei provvedimenti consequenziali al documento antimafia (si pensi alla doverosa revoca delle aggiudicazioni o ai recessi dai contratti già stipulati), vizi che non sortiscono efficacia c.d. invalidante ai sensi dell'art. 21-*octies*, comma 2, della stessa l. n. 241 del 1990 per il contenuto vincolato, appunto, dei provvedimenti stessi (7).

Anche sul piano processuale, peraltro, la portata derogatoria degli istituti in questione, conforme del resto alla loro peculiare funzione, non manca di far sentire il proprio effetto, sia quanto alla giurisdizione, che compete al giudice amministrativo anche quando i provvedimenti vincolati emessi dalle amministrazioni sopraggiungano in una avanzata fase del rapporto contrattuale (8); sia quanto alla competenza, che si radica, per l'esigenza del *simultaneus processus* propria di una tutela giurisdizionale rapida, effettiva e concentrata, in capo al Tribunale Amministrativo Regionale, ove ha sede la Prefettura che ha emesso il provvedimento antimafia, anche nell'ipotesi in cui siano impugnati

diversi atti di revoca/recesso/decadenza da parte delle singole amministrazioni dislocate sull'intero territorio nazionale (9); sia quanto, infine, al rito e alla scansione processuale, che è e resta quella del giudizio ordinario, anche quando siano impugnati atti di revoca e/o di recesso, adottati dalle stazioni appaltanti, senza che sia quindi possibile applicare la dimidiazione dei termini prevista dall'art. 119, comma 2, c.p.a. per il rito degli appalti pubblici (10).

Si è accennato alla fondamentale, e tuttora vigente, distinzione tra le comunicazioni antimafia e le informazioni (o informative) antimafia.

Devono — o dovrebbero — ormai ritenersi definitivamente escluse dall'attuale sistema le cc.dd. *informative atipiche*, in precedenza previste dall'art. 1-*septies* del d.l. n. 629 del 1982, conv. in l. n. 726 del 1982, per quanto non formalmente abrogato, e dall'art. 10, comma 9, del d.P.R. n. 252 del 1998, come del resto pare confermare la giurisprudenza del Consiglio di Stato sul punto (11).

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 (art. 84, comma 2, del d. lgs. n. 159 del 2011) e, cioè, l'applicazione, con provvedimento definitivo, di una delle misure di prevenzione personali previste dal libro I, titolo I, capo II, del d. lgs. n. 159 del 2011 e statuite dall'autorità giudiziaria.

Al riguardo la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha chiarito che per « definitivo », ai sensi dell'art. 84, comma 2, del d. lgs. n. 159 del 2011, nel sistema del Codice antimafia, alla luce di una interpretazione sistematica delle disposizioni in materia, si deve intendere il provvedimento non impugnato o non più impugnabile, che ha acquisito, quindi, la stabilità connessa o, comunque, equivalente al giudicato (12).

La comunicazione antimafia fotografa, quindi, il cristallizzarsi di una situazione di *permeabilità mafiosa* contenuta in un provvedimento giurisdizionale ormai definitivo, con il quale il Tribunale ha applicato una misura prevenzione personale prevista dal Codice antimafia, ed ha un contenuto vincolato, di tipo accertativo, che attesta l'esistenza, o meno, di tale situazione tipizzata nel provvedimento di prevenzione.

Le comunicazioni antimafia, come si è accennato, hanno efficacia interdittiva rispetto a tutte le iscrizioni e ai provvedimenti autorizzatori, concessori o abilitativi per lo svolgimento di attività imprenditoriali, comunque denominati, nonché a tutte le attività soggette a segnalazione certificata di inizio attività (c.d. s.c.i.a.) e a silenzio assenso (art. 89, comma 2, lett. a) e b), del d. lgs. n. 159 del 2011), a differenza di quanto ordinariamente la legge prevede per le informazioni antimafia (di cui si dirà), e comportano, altresì, il divieto di concludere contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, di cottimo fiduciario e relativi subappalti e subcontratti, compresi i cottimi di qualsiasi tipo, i noli a caldo e le forniture con posa in opera (art. 84, commi 1 e 2, del d. lgs. n. 159 del 2011).

L'*informazione antimafia* consiste nell'attestazione della sussistenza, o meno, di una delle cause di

decadenza, di sospensione o di divieto, di cui all'art. 67 (l'esistenza, come detto, di un provvedimento di prevenzione definitivo), nonché nell'attestazione della sussistenza, o meno, di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare la scelte o gli indirizzi della società o delle imprese interessate (art. 84, comma 3, del d. lgs. n. 159 del 2011).

Tale forma di documentazione antimafia, dunque, ha un *duplice contenuto*, di tipo vincolato, da un lato, e analogo a quello della comunicazione antimafia, nella parte in cui attesta o meno l'esistenza di un provvedimento definitivo di prevenzione personale emesso dal Tribunale, e di tipo *discrezionale*, dall'altro, nella parte in cui, invece, il Prefetto ritenga la sussistenza, o meno, di tentativi di infiltrazione mafiosa nell'attività di impresa, desumibili o dai provvedimenti e dagli elementi, tipizzati nell'art. 84, comma 4, del d. lgs. n. 159 del 2011, o dai provvedimenti di condanna anche non definitiva per reati strumentali all'attività delle organizzazioni criminali unitamente a concreti elementi da cui risulti che l'attività di impresa possa, anche in modo indiretto, agevolare le attività criminose o esserne in qualche modo condizionata.

Sino al 2016 si erano registrati in questa materia diversi orientamenti, soprattutto tra i Tribunali Amministrativi Regionali, che adottavano un diverso criterio di giudizio, talvolta più rigoroso, talvolta più flessibile, nell'apprezzare il *grado dimostrativo* degli elementi sintomatici dell'infiltrazione mafiosa posti a base dei provvedimenti interdittivi.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato, nella pronuncia n. 1743 del 3 maggio 2016 (13) della III sezione competente sui provvedimenti emessi dal Ministero dell'Interno, ha cercato di fornire indicazioni interpretative univoche e chiare per consentire alle Prefetture e ai Tribunali Amministrativi Regionali di orientarsi in questa materia.

Il supremo giudice amministrativo ha chiarito che le situazioni sintomatiche di infiltrazione mafiosa, tipizzate dal legislatore, comprendono una serie di elementi del più vario genere e, spesso, eterogenei se non, addirittura, di segno contrario, « *frutto e cristallizzazione normativa di una lunga e vasta esperienza in questa materia* », situazioni che, tra quelle previste dal Codice antimafia, spaziano, ad esempio, dalla condanna, anche non definitiva, per taluni delitti da considerare sicuri indicatori della presenza mafiosa (art. 84, comma 4, lett. a), del d. lgs. n. 159 del 2011), alla mancata denuncia di delitti di concussione e di estorsione, da parte dell'imprenditore vessato dagli abusi mafiose, dalle condanne da questo riportate per reati strumentali alle organizzazioni criminali (art. 91, comma 6, del d. lgs. n. 159 del 2011), alla sussistenza di vicende organizzative, gestionali o anche solo operative che, per le loro modalità, evidenzino l'intento elusivo della legislazione antimafia.

Tali situazioni, ben lungi tuttavia 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, anzitutto sul piano sociale, del fenomeno mafioso, ad un preciso inquadramento* » (14).

Il legislatore, ben consapevole di questa mutevolezza della fenomenologia mafiosa nello spazio e nel tempo, ha previsto pertanto un catalogo di situazioni sintomatiche del condizionamento « aperto » al costante « aggiornamento » della prassi.

Il Consiglio di Stato, nel passare in rassegna le principali e più ricorrenti di tali situazioni, ha comunque evidenziato che l'impianto motivazionale dell'informazione antimafia (*ex se* o col richiamo agli atti istruttori) deve fondarsi su una rappresentazione complessiva, imputabile all'autorità prefettizia, degli elementi di permeabilità criminale che possano influire anche indirettamente sull'attività dell'impresa, la quale si viene a trovare in una condizione di potenziale asservimento — o comunque di condizionamento — rispetto alle iniziative della criminalità organizzata di stampo mafioso.

Il quadro indiziario dell'infiltrazione mafiosa posto a base dell'informativa deve dar conto in modo organico e coerente, ancorché sintetico, di quei fatti aventi le caratteristiche di gravità, precisione e concordanza, dai quali, sulla base della regola causale del « *più probabile che non* » (15), il giudice amministrativo, chiamato a verificare l'effettivo pericolo di infiltrazione mafiosa, possa pervenire in via presuntiva alla conclusione ragionevole che tale rischio sussiste.

È infatti estranea al sistema delle informazioni antimafia, non trattandosi di provvedimenti nemmeno latamente sanzionatori, qualsiasi logica penalistica di certezza probatoria raggiunta al di là del ragionevole dubbio, poiché simile logica, propria del giudizio penale, vanificherebbe la *finalità anticipatoria dell'informazione antimafia*, che è quella di prevenire un grave pericolo e non già quella di punire, nemmeno in modo indiretto, una condotta penalmente rilevante.

Secondo il Consiglio di Stato occorre, invece, valutare il rischio di inquinamento mafioso in base al consolidato criterio del « *più probabile che non* », alla luce di una regola di giudizio di tipo probabilistico, cioè, che ben può essere integrata da dati di comune esperienza, evincibili dall'osservazione dei fenomeni sociali, qual è, anzitutto, anche quello mafioso.

Per questo gli elementi posti a base dell'informazione antimafia possono essere anche non penalmente rilevanti o non costituire oggetto di procedimenti o di processi penali o, addirittura e per converso, possono essere già stati oggetto del giudizio penale, con esito di proscioglimento o di assoluzione.

I fatti che l'autorità prefettizia deve valorizzare prescindono, infatti, dall'atteggiamento antiggiuridico della volontà mostrato dai singoli e finanche da condotte penalmente rilevanti, non necessarie per la sua emissione, ma sono rilevanti nel loro valore oggettivo, storico, sintomatico, perché rivelatori 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.

Tra questi fatti la sentenza n. 1743 del 2016 ha indicato, nell'esemplificazione della vasta casistica giurisprudenziale, l'esistenza di legami affettivi che rivelino una regia familiare dell'impresa, considerata

anche la struttura « familiare » o clanica delle associazioni mafiose; le vicende societarie anomale, come i *walzer* nelle cariche sociali occupate e rivestite, a rotazione, sempre dai medesimi soggetti o da prestanome; le frequentazioni ripetute con soggetti malavitosi disvelanti una costante vicinanza alle locali cosche, i rapporti di cointeressenza economica e di compartecipazione societaria con soggetti malavitosi o imprese già colpite da provvedimenti antimafia, secondo la nota teoria del contagio (16); la c.d. contiguità soggiacente e, ovviamente, le condanne per i cc.dd. delitti-spia, tra i quali, da ultimo, hanno assunto una particolare rilevanza, per lo sviluppo delle cc.dd. ecomafie e il crescente interesse delle associazioni criminali nella gestione del territorio, delle risorse energetiche e dei rifiuti, quelli ambientali, come il traffico illecito di rifiuti (art. 260 del d. lgs. n. 152 del 2006) (17).

Va segnalato che, successivamente alla sentenza n. 1743 del 2016, molte Prefetture hanno recepito le principali indicazioni, provenienti dall'orientamento interpretativo ormai costantemente seguito dal Consiglio di Stato, e si sono impegnate in un maggiore *sforzo motivazionale* dei provvedimenti antimafia in coerenza con le linee dettate in detta sentenza, al punto che la percentuale di annullamento di tali provvedimenti, nel secondo e definitivo grado del giudizio amministrativo, risulta allo stato molto bassa e, sostanzialmente, inferiore al 10%.

La giurisprudenza più recente del Consiglio di Stato, dunque, si è attestata su una interpretazione per la quale la finalità preventiva dell'istituto e la conseguente necessità di valutarne la motivazione secondo un criterio di probabilità logica devono misurarsi con il quadro indiziario, sovente eterogeneo a seconda delle realtà locali e comunque sempre mutevole nel tempo, del fenomeno infiltrativo mafioso nel mondo imprenditoriale, dovendo porsi al passo con la rapida evoluzione dell'economia nell'ambito di un sistema ormai improntato alla c.d. globalizzazione e alla dimensione internazionale dei flussi finanziari e degli scambi economici.

Proprio questa necessità, finalizzata ad evitare che la mafia si insinui nell'economia legale in forme e situazioni nuove che sfuggono ai controlli antimafia, ha indotto il legislatore, ad opera del decreto correttivo (d. lgs. n. 153 del 2014), ad introdurre l'art. 89-*bis* del d. lgs. n. 159 del 2011, il cui comma 1 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 interdittiva antimafia e ne dà comunicazione ai soggetti richiedenti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, senza emettere la comunicazione antimafia* », e in tal caso, come espressamente sancisce il comma 2, « *l'informazione antimafia adottata ai sensi del comma 1 tiene luogo della comunicazione antimafia richiesta* ».

A differenza delle comunicazioni antimafia, il cui effetto interdittivo, come visto, è esteso non solo ai contratti e alle concessioni, ma anche alle autorizzazioni, le informazioni antimafia, normalmente, esplicano i loro effetti solo in rapporto ai contratti pubblici, alle concessioni e alle sovvenzioni.

Questa rigida tradizionale ripartizione degli effetti interdittivi, propria del binomio

comunicazioni/informazioni antimafia, è stata tuttavia in parte superata dal legislatore del decreto correttivo (d. lgs. n. 153 del 2014) che, proprio per evitare il pericolo di fenomeni infiltrativi mafiosi nell'economia legale anche a prescindere da eventuali contratti, concessioni o sovvenzioni pubblici e, quindi, dai rapporti dell'impresa con la pubblica amministrazione, ha esteso l'efficacia interdittiva delle informazioni antimafia anche alle autorizzazioni e, dunque, anche ai rapporti tra privati.

Una simile innovazione ha un enorme *impatto di sistema*, al punto che al riguardo è stata sollevata questione di costituzionalità, con l'ordinanza n. 2337 del 28 settembre 2016, dal T.A.R. per la Sicilia, sezione staccata di Catania, il quale ha sottoposto alla Corte costituzionale la questione di compatibilità dell'art. 89-*bis* del d. lgs. n. 159 del 2011 in relazione ad un presunto eccesso di delega ai sensi degli artt. 76,77, primo comma, e 3 della Cost., questione, come ora si dirà, decisa di recente dalla Corte costituzionale.

Il Consiglio di Stato si era invero già espresso sul punto, in sede consultiva, con il parere della sez. I, 17 novembre 2015, n. 497 (18), sia soprattutto, in sede giurisdizionale, con le sentenze della sez. III, 9 febbraio 2017, n. 565 e 8 marzo 2017, n. 1109 (19), in una linea di sostanziale continuità e di approfondimento rispetto all'indirizzo già inaugurato con la sentenza n. 1743 del 2016.

Nella sentenza n. 565 del 2017, che costituisce la « punta » più avanzata della giurisprudenza amministrativa sul tema, il Consiglio di Stato ha affermato che « *lo Stato non riconosce dignità e statuto di operatori economici, e non più soltanto nei rapporti con la pubblica amministrazione, a soggetti condizionati, controllati, infiltrati ed eterodiretti dalle associazioni mafiose* » (20).

Questa valutazione, che ha natura preventiva e non sanzionatoria ed è, dunque, avulsa da qualsivoglia logica penale o *lato sensu* punitiva (come già chiarito dalla sentenza n. 1743 del 2016 più volte richiamata), costituisce un severo limite all'iniziativa economica privata, che tuttavia è giustificato dalla considerazione che il metodo mafioso, per sua stessa ragion di essere, costituisce un « *danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana* » (art. 41, comma secondo, Cost.), già sul piano dei rapporti tra privati (prima ancora che in quello con le pubbliche amministrazioni), oltre a porsi in contrasto, ovviamente, con l'utilità sociale, limite, quest'ultimo, allo stesso esercizio della proprietà privata.

Secondo il Consiglio di Stato, « *il metodo mafioso è e resta tale, per un essenziale principio di eguaglianza sostanziale prima ancora che di logica giuridica, non solo nelle contrattazioni con la pubblica amministrazione, ma anche tra privati, nello svolgimento della libera iniziativa economica* » (21).

La legislazione antimafia più recente, con l'introduzione dell'art. 89-*bis* del d. lgs. n. 159 del 2011, non ha di certo ignorato che tra l'economia pubblica e l'economia privata sussista un intreccio tanto profondo, anche nell'attuale contesto di una economia globalizzata, che « *non è pensabile e possibile contrastare l'infiltrazione della mafia « imprenditrice » e i suoi interessi nell'una senza colpire anche gli*

altri e che tale distinzione, se poteva avere una giustificazione nella società meno complessa di cui la precedente legislazione antimafia era specchio, viene oggi a perdere ogni valore, ed efficacia deterrente, per entità economiche che, sostenute da ingenti risorse finanziarie di illecita origine ed agevolate, rispetto ad altri operatori, da modalità criminose ed omertose, entrino nel mercato con una aggressività tale da eliminare ogni concorrenza e, infine, da monopolizzarlo » (22).

Il chiaro indirizzo ermeneutico seguito dal Consiglio di Stato sia in sede consultiva che giurisdizionale ha trovato ora, come si è accennato, l'autorevole conforto della Corte costituzionale che, nel respingere la questione di costituzionalità sollevata dal T.A.R. per la Sicilia, sezione staccata di Catania, ha chiarito, nella recente sentenza n. 4 del 18 gennaio 2018, che « *nel contesto del d.lg. n. 159 del 2011, e sulla base della legge delega n. 136 del 2010, nulla autorizza quindi a pensare che il tentativo di infiltrazione mafiosa, acclarato mediante l'informazione antimafia interdittiva, non debba precludere anche le attività di cui all'art. 67, oltre che i rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione, se così il legislatore ha stabilito* ».

In quest'ottica il giudice delle leggi, ricordando il più recente orientamento assunto dal Consiglio di Stato, non ha mancato nemmeno di rilevare, nella sentenza n. 4 del 2018, che la giurisprudenza amministrativa, e lo stesso giudice rimettente, hanno interpretato l'art. 89-bis del d.lg. n. 159 del 2011 nel senso che esso impone di adottare l'informazione antimafia, non soltanto quando l'accertamento eseguito in base all'art. 88, comma 2, permette di riscontrare la sussistenza di una delle cause impeditive di cui all'art. 67, ma anche quando emerge una precedente documentazione antimafia interdittiva in corso di validità, come è accaduto nel processo principale.

All'apertura del sistema antimafia e al superamento della tradizionale impermeabilità dei dati posti a fondamento della comunicazione antimafia con quelli posti a fondamento dell'informazione antimafia, come il Consiglio di Stato ha rilevato nelle sue ultime pronunce, ha contribuito peraltro, e finalmente, l'istituzione, in attuazione dell'art. 2 della legge delega (la l. n. 136 del 13 agosto 2010), della Banca dati nazionale unica della documentazione amministrativa (art. 98, comma 1, del d. lgs. n. 159 del 2011), ora operativa, peraltro, per effetto dell'adozione del d.P.C.M. n. 193 del 2014, che consente all'autorità prefettizia « *di avere una cognizione ad ampio spettro e aggiornata della posizione antimafia di una impresa* » (23) e di potere venire a conoscenza, nella consultazione della Banca dati per il rilascio della comunicazione, di ulteriori elementi che la inducano a più seri approfondimenti circa la possibile permeabilità mafiosa dell'impresa e al rilascio di una informazione antimafia.

La Banca dati nazionale unica, come è stato autorevolmente rilevato, costituisce anche sotto tale profilo il punto più incisivo della riforma in materia di legislazione antimafia e uno dei « *perni del nuovo sistema* » (24).

Non a caso, e da ultimo, nella citata sentenza n. 4 del 18 gennaio 2018 la Corte costituzionale, nel respingere la questione di costituzionalità sollevata dal T.A.R. per la Sicilia, sezione staccata di

Catania, anche con riferimento all'art. 3 Cost., ha valorizzato il fondamentale rilievo informativo della Banca dati ed ha affermato non essere manifestamente irragionevole che, secondo l'interpretazione dell'art. 89-*bis* del d. lgs. n. 159 del 2011 seguita dalla giurisprudenza amministrativa, « *a fronte di un tentativo di infiltrazione mafiosa, 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* ».

Va qui ricordato, peraltro, che il sistema della documentazione antimafia ora rafforzato dall'istituzione della Banca dati, per sua stessa struttura mutevole nel tempo, è soggetto a costante *aggiornamento* (art. 91, comma 5, del d. lgs. n. 159 del 2011), perché, come prevede l'art. 86 del d. lgs. n. 159 del 2011, le comunicazioni antimafia hanno validità semestrale (comma 1) e le informazioni antimafia hanno validità annuale (comma 2).

Al riguardo il Consiglio di Stato, nella sua più recente giurisprudenza, ha chiarito che la validità annuale dell'informazione antimafia, che va richiesta da ogni singola amministrazione in ogni singolo procedimento per il quale è prevista e deve essere rinnovata di volta in volta dalla Prefettura per ogni singolo procedimento (non essendo prevista nel nostro ordinamento una informazione antimafia c.d. *erga omnes*), deve intendersi riferita al valore legale del *documento antimafia*, che comunque mantiene i propri effetti interdittivi per una durata annuale, e non già per gli *elementi indiziari* posti a base dell'informativa, che non « scadono », come è ovvio, né perdono la loro valenza sintomatica solo per il decorso del termine annuale, sicché ben potrà la Prefettura, ove richiesta dall'amministrazione interessata, emettere una nuova informativa, decorso l'anno, sulla base degli stessi elementi già posti a fondamento della precedente e purché non ne sopraggiungano di nuovi che elidano l'efficacia indiziante degli elementi pregressi (25).

In ogni caso, come pure il Consiglio di Stato ha osservato, il bilanciamento tra i valori costituzionali rilevanti in materia — l'esigenza, da un lato, di preservare i rapporti economici tra lo Stato e i privati (o tra i privati stessi) dalle infiltrazioni mafiose in attuazione del superiore principio di legalità sostanziale e, dall'altro, la libertà di impresa — trova proprio nella previsione dell'aggiornamento, ai sensi dell'art. 91, comma 5, del d. lgs. n. 159 del 2011, « *un punto di equilibrio fondamentale* », sia in senso favorevole che sfavorevole all'impresa, poiché impone all'autorità prefettizia di considerare i fatti nuovi, laddove sopravvenuti, o anche precedenti — se non noti — e consente alla stessa parte interessata di rappresentarli all'autorità stessa, laddove da questa non conosciuti (26).

Naturalmente, ha precisato ancora il Consiglio di Stato, più tempo trascorrerà dal verificarsi di tali fatti, maggiore dovrà essere lo sforzo motivazionale, da parte dell'autorità prefettizia, nel valutarne la loro perdurante *attualità*, quanto alla loro idoneità a dimostrare il concreto e persistente attuale di infiltrazione mafiosa, con l'ovvia precisazione, però, che il mero trascorrere del tempo, comunque, è un elemento in sé neutro, che da solo non elide la portata indiziante di tali fatti, se non eccessivamente

risalenti, in mancanza di nuovi elementi sopraggiunti di segno contrario (27).

Ma questo è un profilo che attiene, intrinsecamente, al valore indiziario degli elementi posti a fondamento dell'informativa e non già, estrinsecamente, alla sua efficacia nel tempo.

Si deve qui segnalare come, anche nella nostra esperienza giuridica, accanto al sistema *legislativo* delle misure antimafia si affianchi il c.d. sistema *pattizio* delle misure antimafia, espresso dalla prassi dei cc.dd. *Protocolli di legalità* o *Patti di integrità* (28), che ha trovato un riconoscimento legislativo, peraltro, anche nell'art. 1, comma 17, della l. n. 190 del 2012, secondo cui « *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 costituisce causa di esclusione dalla gara* », e nell'art. 176, comma 3, del d. lgs. n. 163 del 2006, ora abrogato, per le cc.dd. opere strategiche.

Al riguardo la Corte di Giustizia, sez. X, 22 ottobre 2015, in C-425/14, con una pronuncia relativa proprio alla previsione dei cc.dd. *Protocolli di legalità*, ma la cui portata sistematica « *impatta* » sull'intero impianto della legislazione antimafia, ha rilevato che « *va riconosciuto agli Stati membri un certo potere discrezionale nell'adozione delle misure destinate a garantire il rispetto del principio della parità di trattamento e dell'obbligo di trasparenza, i quali si impongono alle amministrazioni aggiudicatrici in tutte le procedure di aggiudicazione di un appalto pubblico* », perché « *il singolo Stato membro è nella posizione migliore per individuare, alla luce di considerazione di ordine storico, giuridico, economico o sociale che gli sono proprie, le situazioni favorevoli alla comparsa di comportamenti in grado di provocare violazioni del rispetto del principio e dell'obbligo summenzionati* » (29).

È stato ricordato, al riguardo, che i protocolli di legalità traggono origine dal patto di integrità sviluppato negli anni '90 del secolo scorso da *Transparency International Italia* per aiutare il Governo italiano nella lotta alla corruzione nel settore degli appalti pubblici (30).

Lo sviluppo della legislazione antimafia, anche in funzione di contrasto alla corruzione che inscindibilmente si lega alle infiltrazioni mafiose, ha condotto al riconoscimento legislativo dei protocolli o patti di legalità, nell'art. 1, comma 17, della l. n. 190 del 2012, e alla consacrazione della loro (eventuale) efficacia espulsiva, se prevista dalla *lex specialis*, nell'ipotesi del loro mancato rispetto.

La Corte di Giustizia, però, ha ricordato un importante limite alla loro operatività e, cioè, la loro soggezione al *principio di proporzionalità*, sicché gli impegni assunti e le dichiarazioni contenute 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.

Anche il Consiglio di Stato si è espresso sulla portata dei protocolli di legalità in una nota vicenda,

legata ai lavori di *Expo 2015*.

Nella sentenza della IV sezione, 20 gennaio 2015, n. 143, il supremo giudice amministrativo ha infatti negato, sulla scorta di diversi argomenti di carattere letterale e sistematico, che vi fossero elementi tali per ritenere violato, da parte dell'aggiudicatario dei lavori pubblici di *Expo*, il protocollo di legalità, e ciò in ragione anche del fatto che nessuna violazione emerse né fu accertata durante la fase selettiva, essendo le notizie delle indagini penali e gli arresti di molto successivi all'aggiudicazione ed alla stessa stipulazione del contratto d'appalto (31).

La sentenza del Consiglio di Stato, tuttavia, ha posto l'accento anche sulla normativa sopravvenuta del d.l. n. 90 del 2014, convertito con mod. nella l. n. 114 del 2014, che, riformando radicalmente la materia dell'anticorruzione, ha inciso notevolmente sulla normativa antimafia e, per quanto qui rileva, in una duplice direzione.

L'art. 29, comma 1, del d.l. n. 90 del 2014, infatti, è intervenuto sul sistema delle c.d. *white list* e, cioè, su quell'apposito elenco « *di fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativi di infiltrazione mafiosa operanti* » in delicati settori delle opere pubbliche, tenuto dalla Prefettura, il cui provvedimento negativo si fonda sugli stessi elementi che devono essere posti a base dell'informazione antimafia, in quanto 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* » (32).

Il potenziamento della c.d. *white list*, modulo ormai generalizzato nella legislazione antimafia dopo le recenti esperienze delle ricostruzioni postsismiche in Abruzzo e in Emilia, e l'« *accreditamento* » antimafia degli operatori economici in appositi elenchi, tenuti dalle Prefetture, marginalizza la problematica dei protocolli di legalità e del sistema pattizio delle misure antimafia, che pure tuttavia mantiene una propria vitalità, in quanto scongiura *a priori* il rischio di infiltrazioni mafiose in imprese chiamate a svolgere attività di particolare rilievo, tenute, per svolgere la loro attività (anche nei rapporti con privati, laddove sovvenzionati dallo Stato, come per la ricostruzione postsismica), ad essere iscritte in appositi elenchi, previa verifica, appunto, della loro impermeabilità mafiosa da parte delle Prefetture.

Su altro versante, e *a posteriori*, la riforma del 2014 ha introdotto, con l'art. 32, comma 4, del d.l. n. 90, una serie di misure straordinarie, a carattere c.d. conservativo, intese a garantire la conclusione del contratto già avviato in funzione dell'interesse pubblico, considerato preminente, alla realizzazione dell'opera, del servizio o della fornitura, come nel caso della temporanea e straordinaria gestione dell'impresa, alla quale concorrono, in diversa misura a seconda dei casi, l'intervento dell'A.N.A.C. e del Prefetto.

Il Consiglio di Stato ha chiarito, nella propria più recente giurisprudenza, che l'attività di temporanea e straordinaria gestione dell'impresa « *è considerata di pubblica utilità ad ogni effetto* » (art. 32, comma 4,

del dl. n. 90 del 2014), poiché essa risponde al solo interesse generale di assicurare la realizzazione dell'opera, del servizio o della fornitura (33).

Tale misura può essere adottata dal Prefetto, ai sensi dell'art. 32, comma 10, del d.l. n. 90 del 2014, anche *« nei 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 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 di cui all'articolo 94, comma 3, del d. lgs. 6 settembre 2011, n. 159 »*.

Il Consiglio di Stato ha evidenziato che la misura straordinaria può dunque seguire l'emissione dell'informazione antimafia e non deve necessariamente precederla, come prevede, del resto, chiaramente l'art. 32, comma 10, del d.l. n. 90 del 2014, non mancando peraltro di segnalare *« i delicati problemi di coordinamento tra gli effetti interdittivi scaturenti dall'informativa e quelli conservativi propri della temporanea e straordinaria gestione »*.

Il più recente legislatore, consapevole degli effetti che un provvedimento informativo antimafia (o anche un diniego di iscrizione nella c.d. *white list*) esplica sulla realizzazione delle opere pubbliche, ha dunque privilegiato una misura, quella della temporanea e straordinaria gestione dell'impresa, che può anche seguire l'emissione dell'informativa e consentire la realizzazione dell'opera, della fornitura e del servizio da parte dell'impresa colpita da informativa e « guidata » dai nuovi organi sociali o, nei casi più gravi, dagli amministratori, nominati dal Prefetto, che deve informarne l'ANAC.

Un esempio, assai recente, si è avuto, proprio nell'applicazione giurisprudenziale, con le cooperative legate all'oscuro mondo di « Mafia capitale » o con le società compromesse con esponenti ancora vitali della banda della Magliana.

Nella legislazione più recente e nell'orientamento del Consiglio di Stato, dunque, è emerso l'indirizzo inteso a privilegiare, a date severe condizioni che assicurino la sterilizzazione del pericolo mafioso in seguito all'intervento dell'ANAC e della competente Prefettura, la conclusione dell'opera, del servizio e della fornitura da parte dell'impresa bonificata da soggetti compromessi con le associazioni criminali o, addirittura, « traghettata » dagli amministratori di nomina esterna.

Proprio nella citata sentenza n. 143 del 2015, relativa all'*Expo 2015*, il Consiglio di Stato ha evidenziato, infatti, *« l'opzione normativa in favore del mantenimento in essere del rapporto contrattuale scaturito dall'originario affidamento »*, come è come dimostrato dall'aver *« il legislatore bilanciato unicamente i due interessi pubblici alla sollecita realizzazione dell'opera pubblica e ad impedire al possibile reo di lucrare sul proprio illecito »*.

Riassumendo nei termini essenziali questa rapida rassegna sulla normativa inerente alle varie documentazioni antimafia e alle misure di prevenzione amministrative, quale « vive » nell'applicazione quotidiana che di essa fa la giurisprudenza amministrativa e particolarmente, nella sua opera di nomofilassi il Consiglio di Stato, si possono qui richiamare le seguenti direttrici ermeneutiche:

a) la natura formalmente e sostanzialmente preventiva di tali misure, finalizzata nell'architettura del Codice antimafia ad arginare la minaccia dell'infiltrazione mafiosa, e la loro peculiare struttura, parzialmente derogatoria rispetto alle regole generali del procedimento amministrativo, con l'attenuazione delle garanzie previste dalla l. n. 241 del 1990 in ragione delle imperative e preminenti esigenze di ordine pubblico sottese alle misure antimafia, e anche rispetto ad alcuni principi processuali in tema di giurisdizione, competenza territoriale e rito applicabile;

b) l'estraneità delle misure amministrative antimafia (siano esse comunicazioni ed informazioni) a logiche repressive, di stampo penale, « parapenale » o « panpenale », di cui esse non sono appendice in un rapporto di ancillarità rispetto alle vicende e agli esiti del giudizio penale, e il loro autonomo fondarsi, quanto alle informazioni antimafia, sull'apprezzamento discrezionale, da parte dell'autorità prefettizia, di un complessivo quadro indiziario che, alla stregua della logica del « *più probabile che non* », lasci ritenere concreto, e attuale, il pericolo di infiltrazione mafiosa nell'attività imprenditoriale, apprezzamento discrezionale soggetto ad un attento sindacato del giudice amministrativo;

c) l'applicazione delle informazioni antimafia anche alle attività economiche tra privati e non solo ai rapporti, contrattuali o concessori, con le pubbliche amministrazioni, per la necessità, riconosciuta dall'art. 89-*bis* del d. lgs. n. 159 del 2011, di preservare il sistema dell'economia legale, pubblica e privata, da infiltrazioni mafiose, laddove elementi di infiltrazione emergano dalla « mappatura » a tutto tondo dell'impresa, ora resa possibile dalla Banca dati nazionale unica (art. 98, comma 1, del d. lgs. n. 159 del 2011);

d) l'efficacia comunque limitata delle singole misure preventive antimafia, quanto al tempo e ai destinatari (le amministrazioni richiedenti), e il loro costante aggiornamento nel tempo (art. 91, comma 5, del d. lgs. n. 159 del 2011) su richiesta del privato stesso, per consentire la rimozione di quelle situazioni « indizianti », che hanno condotto ad un provvedimento interdittivo, e la riacquisizione di una piena capacità o, se si preferisce, onorabilità dell'impresa colpita da precedente comunicazione o informazione antimafia mediante l'adozione di una successiva comunicazione o informazione liberatoria;

e) la tendenza legislativa a privilegiare strumenti generalizzati di « accreditamento » preventivo, come le *white list*, accanto ai tradizionali fenomeni pattizi e « spontaneistici » come i Protocolli di legalità (di cui pure è riconosciuta l'efficacia dall'art. 1, comma 17, della l. n. 190 del 2012), e ad introdurre strumenti di conservazione successiva del rapporto contrattuale interdetto e/o gravemente compromesso dall'infiltrazione mafiosa, come nel caso della misura straordinaria della temporanea

gestione dell'impresa, prevista dall'art. 32, comma 10, del d.l. n. 90 del 2014, anche per l'ipotesi di informazione antimafia già emessa.

Valga qui ricordare ancora quanto il Consiglio di Stato ha chiarito nelle sentenze n. 565 del 9 febbraio 2017 e n. 1109 dell'8 marzo 2017 (« confermate », come detto, dalla recentissima pronuncia n. 4 del 2018 della Corte costituzionale) e, cioè, che l'ordinamento positivo in materia, dalla legge delega (l. n. 153 del 2010) al Codice antimafia sino alle più recenti integrazioni di quest'ultimo negli anni successivi e recenti, ha voluto apprestare, per l'individuazione del pericolo di infiltrazione mafiosa nell'economia e nelle imprese, strumenti sempre più idonei e capaci di consentire valutazioni e accertamenti tanto variegati e adeguabili alle circostanze, quanto variabili e diversamente atteggiati sono i mezzi che le mafie usano per cercare di moltiplicare i loro illeciti profitti.

Nella ponderazione degli interessi in gioco infatti, come ha chiarito la sentenza citata, « *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* » (34).

L'interpretazione rigorosa e chiarificatrice che la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha cercato di fornire in questa materia negli ultimi due anni, nello sforzo di evidenziarne la natura preventiva e di « codificarne », a livello pretorio, i presupposti in modo da renderne prevedibile e compatibile con il dettato costituzionale la portata precettiva, dovrebbe porre il sistema delle misure amministrative antimafia al riparo dalle censure che, pur di recente, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha mosso al sistema delle misure di prevenzione personali, nella sentenza *De Tommaso c. Italia* (35)), per la insufficiente determinazione della fattispecie legale tipica che giustifica l'emissione di tali misure (36).

Del resto l'irrinunciabilità di questo strumento preventivo di contrasto alla mafia, nel nostro ordinamento e in un contesto eurounitario, è ben avvertita dal nostro legislatore ed è stata ribadita anche dalla recente l. n. 161 del 17 ottobre 2017, entrata in vigore il 19 novembre 2017, laddove ha previsto, all'art. 25 (che modifica l'art. 83 del d. lgs. n. 159 del 2011), come obbligatorie le informazioni antimafia 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, ed ha altresì chiarito, riformulando l'art. 83, comma 3, lett. e), del d. lgs. n. 159 del 2011, che le informazioni sono obbligatorie per le sovvenzioni sempre e comunque, anche quando queste siano inferiori ad € 150.000,00 (37).

L'equilibrata ponderazione dei contrapposti valori costituzionali in gioco, la libertà di impresa, da un lato, e la tutela dei fondamentali beni che presidiano il principio di legalità sostanziale e il contrasto alla criminalità organizzata di stampo mafioso, richiedono alla Prefettura un'attenta valutazione di tali elementi, che devono offrire un quadro indiziario chiaro, attuale e convincente del pericolo di

infiltrazione mafiosa (38), e a sua volta impongono al giudice amministrativo un altrettanto approfondito esame di tali elementi, singolarmente e nella loro intima connessione, per assicurare una tutela giurisdizionale piena ed effettiva contro ogni eventuale eccesso di potere da parte del Prefetto nell'esercizio di tale ampia, ma non indeterminata, discrezionalità amministrativa che non di rado, come è stato efficacemente ricordato, per gli operatori economici determina un « *ergastolo imprenditoriale* » (39).

Si può quindi concludere questa breve analisi ricordando ancora quanto il Consiglio di Stato ha chiarito nella sentenza n. 565 del 9 febbraio 2017 e, cioè, che l'ordinamento positivo in materia, dalla legge-delega (l. n. 153 del 2010) al Codice antimafia sino alle più recenti integrazioni di quest'ultimo negli anni successivi e recenti, ha voluto apprestare, per l'individuazione del pericolo di infiltrazione mafiosa nell'economia e nelle imprese, strumenti sempre più idonei e capaci di consentire valutazioni e accertamenti tanto variegati e adeguabili alle circostanze, quanto variabili e diversamente atteggiati sono i mezzi che le mafie usano per cercare di moltiplicare i loro illeciti profitti.

Nella ponderazione degli interessi in gioco, infatti, « *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* » (40).

2. Lo scioglimento del Consiglio comunale o provinciale per infiltrazioni della criminalità organizzata (art. 143 del d. lgs. n. 267 del 2000).

Lo scioglimento dei Consigli comunali o provinciali per infiltrazioni mafiose, previsto dall'art. 143 del d. lgs. n. 267 del 2000 (il T.U.E.L.), costituisce una misura di carattere eccezionale e cautelare prevista dall'ordinamento degli enti locali per situazioni straordinarie, che si hanno nelle ipotesi di collusione, anche indiretta, o comunque di interferenza, non solo voluta ma anche subita, degli organi elettivi e burocratici di Comuni e Province con la criminalità organizzata di stampo mafioso (41).

Si tratta di un istituto introdotto dal d.l. n. 164 del 1991, convertito nella l. n. 221 del 1991, che ha inserito l'art. 15-*bis* nella l. n. 55 del 1990, poi trasfuso nell'art. 143 dell'attuale T.U.E.L. e, infine, ritoccato con l'intervento della l. n. 94 del 2009 (il c.d. *Pacchetto sicurezza bis*).

L'eccezionalità dell'istituto, nato al principio degli anni '90 del secolo scorso in uno dei periodi più caldi della lotta intrapresa dallo Stato contro la minaccia mafiosa, lo ha subito posto, come è noto, al centro di dibattute questioni relative alla sua compatibilità con l'assetto costituzionale e, in particolare, con i parametri di cui agli artt. 3 della Cost., quanto al profilo della vaghezza della fattispecie nei suoi presupposti e alla responsabilità personale degli amministratori locali, e agli artt. 24 e 113 Cost., quanto al profilo della ridotta tutela giurisdizionale derivante dalla labilità e incontrollabilità degli elementi sui quali si fonda, e quanto agli artt. 48 e 51 Cost., quanto al profilo dell'elettorato passivo.

È pure noto che molte di queste questioni sono state respinte dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 103 del 19 marzo 1993, che ha osservato come lo straordinario potere di scioglimento operi solo in presenza di situazioni fattuali evidenti e, quindi, necessariamente suffragate da obiettive risultanze, che rendano attendibili le ipotesi di collusioni anche indirette degli organi elettivi con la criminalità organizzata, sì da rendere pregiudizievole per i legittimi interessi della comunità locale il permanere di quegli organi.

Il giudice delle leggi, più in particolare, ha ritenuto che si sarebbe in presenza di una « *misura di carattere sanzionatorio, che ha come diretti destinatari gli organi elettivi, anche se caratterizzata da rilevanti aspetti di prevenzione sociale per la sua ricaduta sulle comunità locali che la legge intende sottrarre, nel suo complesso, all'influenza della criminalità organizzata* » e, valorizzando le finalità e la qualificazione della misura enunciata nel titolo stesso della legge di conversione (la l. n. 221 del 1991), ne ha concluso che « *tale qualificazione, collegando la misura ad una emergenza straordinaria, attribuisce a quell'emergenza il valore di limite e di misura del potere, esercitabile perciò solo nei luoghi e fino a quando si manifesti tale straordinario fenomeno eversivo* » (42).

Le coordinate interpretative tracciate dalla Corte hanno conosciuto uno sviluppo e una rimodulazione nella successiva giurisprudenza del Consiglio di Stato, chiamato ad affrontare in ultima istanza i delicati nodi applicativi dell'istituto.

Il Consiglio di Stato, in numerose pronunce, ha privilegiato una lettura dell'istituto incentrata sulla sua finalità cautelare più che sull'aspetto sanzionatorio, pur presente, per valorizzarne la finalità preventiva di contrasto all'infiltrazione della criminalità organizzata nella vita, politica e amministrativa, degli enti locali.

La stessa Corte, del resto, ha inteso riferirsi al carattere sanzionatorio della misura nei confronti dell'organo elettivo nel suo complesso e non già dei singoli, giacché l'adozione dello scioglimento prescinde dalla responsabilità dei singoli e, anzi, in molti casi è determinata dall'influenza dominante delle cosche mafiose, che si impongono con la loro forza intimidatrice, profittando del clima omertoso, sugli amministratori locali.

L'orientamento ermeneutico del supremo giudice amministrativo, ormai consolidato nel privilegiare la finalità preventiva e cautelare dell'istituto, ne rimarca comunque la straordinarietà e la natura di atto di alta amministrazione, quasi *extrema ratio* dell'ordinamento intesa a salvaguardare la funzionalità dell'amministrazione pubblica (43), ove non siano appropriate, e sufficienti, le ordinarie misure previste dall'art. 141 del T.U.E.L.

Lo scioglimento dell'ente può essere determinato non solo dal *collegamento* di politici e burocrati locali con la criminalità organizzata, ma anche dal loro *condizionamento*, e tali situazioni — il collegamento e

il condizionamento previsti entrambi dall'art. 143 del T.U.E.L. — convivono purtroppo, e quotidianamente, nella vita amministrativa degli enti locali influenzate dalle cosche mafiose (44).

La misura interviene ad interrompere, e a sanzionare, un rapporto di connivenza e/o di convenienza degli amministratori locali con la mafia, che non di rado alligna nella c.d. *contiguità compiacente* alimentata da clientelismi e corruzione (45) mentre in altri casi, invece, sopraggiunge a spezzare l'influenza di questa sulla vita dell'ente, esercitata con pressioni, minacce, atti intimidatori, finanche gesti ed allusioni in un clima di c.d. *contiguità soggiacente*.

Come mostra la vasta casistica venuta all'esame del Consiglio di Stato, le mafie, in molti contesti locali, sono in grado di condizionare *in modo genetico* la vita dell'ente, con accordi preelettorali, ed esercitano un controllo, nemmeno troppo larvato, persino sulle urne, non limitandosi ad incidere solo *ex post* e *sul piano funzionale* sulla sua attività (46).

Può dirsi un dato ormai pacificamente condiviso, sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza, che la misura in questione non abbia una finalità sanzionatoria – intesa *stricto sensu* quale misura afflittiva destinata a colpire un soggetto per una condotta a lui personalmente ascrivibile — nei confronti dei singoli consiglieri (47), quand'anche collusi con la mafia e sebbene essa possa incidere, come si dirà, temporaneamente sul loro *status* elettivo, ed è estranea, dunque, al concetto sostanziale di sanzione, quale enucleato a livello europeo, secondo i cc.dd. criteri *Engel*, dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Una diversa conclusione, che ne predicasse invece il senso proprio e tecnico di sanzione, si porrebbe, del resto, in irrimediabile contrasto con la giurisprudenza ormai consolidata della Corte costituzionale in ordine alla nozione di incandidabilità, con riferimento alla sospensione di diritto dalle cariche elettive prevista in diverse fattispecie del d. lgs. n. 235 del 2012 (c.d. « legge Severino ») (48), non dovendosi dimenticare, come si dirà, degli effetti che, ai sensi dell'art. 143, comma 11, del T.U.E.L. lo scioglimento del Consiglio, comunale o provinciale, produce sulla temporanea incandidabilità dei consiglieri dell'ente disciolto, ove ritenuti responsabili del malfunzionamento che ne è stato causa.

Si sono già delineati, nell'analisi della complessa ed eterogenea finalità dell'istituto, i due fondamentali presupposti dello scioglimento e, cioè, il condizionamento o il collegamento degli amministratori locali con le consorterie mafiose, che devono tradursi, concretamente ed effettivamente, in una influenza sui processi decisionali, a livello di organi politici o amministrativi, dell'ente, con conseguente compromissione del suo buon andamento, inquinato dalle infiltrazioni criminali, e pericolo per la sicurezza pubblica.

La riformulazione dell'art. 143 T.U.E.L. voluta dalla riforma del 2009, nel consolidare a livello normativo l'orientamento ormai consolidato assunto dalla giurisprudenza costituzionale ed amministrativa, ha condotto ad una più rigorosa tipizzazione della fattispecie, con la previsione, da un lato, di più specifici

elementi « *concreti, univoci e rilevanti* », sulla base dei quali evincere la valutazione di condizionamento o di collegamento da parte delle associazioni criminali di stampo mafioso, e, dall'altro, la nozione di *disfunzionalità dell'ente*, completando i principî prima mancanti e, cioè, l'imparzialità, e il raggio di azione, che riguarda anche l'ambito amministrativo e non solo politico, in attuazione della distinzione tra politica ed amministrazione (49).

L'art. 143, comma 1, del T.U.E.L., nel testo novellato dall'art. 2, comma 30, della l. n. 94 del 2009, richiede che l'infiltrazione mafiosa, nei termini del condizionamento e/o del collegamento, sia resa significativa da elementi « *concreti, univoci e rilevanti* », che assumano valenza tale da determinare « *un'alterazione del procedimento di formazione della volontà degli organi amministrativi e da compromettere l'imparzialità delle amministrazioni comunali e provinciali* », aspetto, quest'ultimo, che riveste carattere essenziale per l'adozione della misura di scioglimento dell'organo rappresentativo della comunità locale (50).

La giurisprudenza del Consiglio di Stato, nel dettare anche in questa materia precise coordinate ermeneutiche, ha chiarito che, pur nell'ampiezza dell'apprezzamento discrezionale che compete all'autorità amministrativa, gli elementi sintomatici del condizionamento criminale posti a fondamento della misura devono però caratterizzarsi per *concretezza* ed essere, anzitutto, assistiti da un obiettivo e documentato accertamento nella loro realtà storica; per *univocità*, intesa quale loro chiara direzione agli scopi che la misura di rigore è intesa a prevenire; per *rilevanza*, che si caratterizza per l'idoneità all'effetto di compromettere il regolare svolgimento delle funzioni dell'ente locale.

La definizione di questi precisi parametri — che possono, poi, nella casistica pratica esaminata dalla giurisprudenza amministrativa essere i più vari (legami familiari, amicizie e frequentazioni con soggetti contigui alle cosche, rapporti di cointeressenza economica, accordi preelettorali con consorterie mafiose, etc.) — costituisce un vincolo con il quale il legislatore della l. 94 del 2009 non ha voluto elidere quella discrezionalità, ma controbilanciarla, ancorandola a fatti concreti e univoci, in funzione della necessità di commisurare l'intervento più penetrante dello Stato a contrasto del fenomeno mafioso con i più alti valori costituzionali alla base del nostro ordinamento, quali il rispetto della volontà popolare espressa con il voto e l'autonomia dei diversi livelli di governo (51).

Le vicende « sintomatiche » del legame condizionante con ambienti mafiosi, che costituiscono il presupposto del provvedimento di scioglimento di un Consiglio comunale, devono essere però considerate nel loro insieme, e non soltanto da una visuale angustamente atomistica, e risultare idonee a delineare, con una ragionevole ricostruzione, il quadro complessivo del condizionamento mafioso.

Con una efficace espressione, che ricorre in alcune pronunce, il Consiglio di Stato ha chiarito che il sindacato del giudice amministrativo non può arrestarsi ad una atomistica e riduttiva analisi dei singoli elementi, senza tener conto dell'imprescindibile contesto locale e dei suoi rapporti con l'amministrazione del territorio, ma deve valutare la concreta permeabilità degli organi elettivi a logiche

e condizionamenti mafiosi sulla base di una loro complessiva, unitaria e ragionevole valutazione, costituente « *bilanciata sintesi e non mera somma dei singoli elementi stessi* » (52).

Assumono pertanto rilievo anche situazioni non traducibili in episodici addebiti personali, come frequentazioni, rapporti di amicizia o di affari, legami familiari o vincoli sentimentali, accordi preelettorali, cointeressenze economiche del più vario genere, vicende amministrative, o anche solo conversazioni, oggetto di intercettazioni telefoniche e ambientali, o altri elementi emergenti da eventuali investigazioni penali o acquisiti dalla Commissione d'indagine nominata dal Prefetto in fase di istruttoria, ma tali da rendere, nel loro insieme, plausibile, nella concreta realtà contingente e in base ai dati dell'esperienza, l'ipotesi di una soggezione o di una pericolosa contiguità degli amministratori locali alla criminalità organizzata, e ciò anche quando il valore indiziario degli elementi raccolti non sia sufficiente per l'avvio dell'azione penale o per l'adozione di misure individuali di prevenzione (53).

La disfunzionalità dell'ente e la compromissione del suo buon andamento per via delle infiltrazioni mafiose, secondo la ormai vastissima casistica giurisprudenziale venuta all'attenzione dei giudici amministrativi, si manifestano poi in moltissimi (e talvolta imprevedibili e astuti) modi, di cui qui si può dare solo un fugace ragguaglio, ma che lumeggiano la situazione di corruzione e di illegalità presenti in molte amministrazioni locali, modi che spaziano, assai spesso, dalle gravi irregolarità e dai malcelati favoritismi nella gestione degli appalti pubblici, come del resto prevede espressamente l'art. 143, comma 4, del T.U.E.L. all'affidamento diretto di commesse a imprese colpite da informative antimafia; dai ritardi, più o meno voluti, nell'esazione dei contributi comunali in favore di soggetti « in odore » di mafia al riconoscimento di contributi, elargizioni ed aiuti comunali a non aventi diritto, favoriti per la loro vicinanza a consorterie mafiose o addirittura parenti di mafiosi.

Il carattere di straordinarietà della misura in esame e la sua natura di atto di alta amministrazione, rimarcata da ultimo anche dalla Corte costituzionale (54), che comporta l'intervento sostitutivo dello Stato, con il coinvolgimento dei suoi massimi organi (il provvedimento è adottato con d.P.R., che recepisce la delibera del Consiglio dei Ministri su proposta del Ministero dell'Interno, a sua volta sulla base della relazione prefettizia) (55), e la sospensione temporanea delle libertà democratiche e dei risultati elettorali nell'ente per prevenire e bloccare una illegale situazione di disfunzionalità dell'ente determinata dall'intromissione delle consorterie mafiose nella sua vita, politica e amministrativa, ne giustificano la portata derogatoria rispetto a diversi principî generali che regolano il procedimento amministrativo.

La procedura, pur nella sua complessità, si connota infatti per una particolare *speditezza* e *riservatezza*, giustificate dalla delicatezza degli interessi coinvolti, attinenti alla sicurezza collettiva, e degli accertamenti richiesti (sovente legati o dovuti a pregresse e/o concomitanti indagini preliminari per vaste operazioni antimafia condotte dalle Procure distrettuali), che comportano, inevitabilmente, il sacrificio delle garanzie procedurali previste in linea di principio dalla l. n. 241 del 1990, sacrificio conforme, del resto, all'elevato tasso di *amministrativizzazione* che contraddistingue un tipico, per

quanto straordinario, procedimento c.d. di ordine pubblico come quello in esame (56).

Sul punto la giurisprudenza amministrativa, in sintonia con l'orientamento al riguardo assunto dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 309 del 1993 (57), è ben ferma nel ribadire che, ad esempio, l'avvio del procedimento, di cui all'art. 143 del T.U.E.L., non deve essere preceduto dalla comunicazione, di cui all'art. 7 della l. n. 241 del 1990, né da particolari garanzie procedurali (58), non solo per il tipo di interessi coinvolti che non concernono, se non indirettamente, le persone, ma la complessiva rappresentazione operativa dell'ente locale e, quindi, in ultima analisi, gli interessi dell'intera collettività comunale, ma anche perché la difesa delle ragioni degli amministratori coinvolti e dei componenti del Consiglio disciolto, scaturenti dal principio del giusto procedimento, è comunque assicurata — per quanto posticipata — alla sede del controllo giurisdizionale.

È dunque sul piano della tutela giurisdizionale che si sposta, essenzialmente, il controllo sull'emissione di queste misure preventive, straordinarie ed eccezionali.

La questione della loro *giustiziabilità*, garantita dalla apposita previsione, peraltro, del rito abbreviato (art. 119, comma 1, lett. e), c.p.a.), avente una *ratio* acceleratoria, e dalla competenza funzionale concentrata in capo al solo Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sede di Roma (art. 135, comma 1, lett. q), c.p.a.) (59), è molto avvertita dagli interpreti più sensibili alla delicata tematica e dalla giurisprudenza amministrativa, chiamata a sindacare la legittimità di tali provvedimenti anche sotto il profilo, invero forse il più critico, dell'eccesso di potere per difetto di istruttoria.

D'altro canto, come pure si è osservato, i provvedimenti di scioglimento adottati ai sensi dell'art. 143 del T.U.E.L. vanno moltiplicandosi (60), tanto nel nord quanto nel sud del nostro Paese, non solo per l'infiltrazione delle associazioni mafiose nella vita pubblica locale che si fa più intensa e pervasiva con fenomeni ormai, e purtroppo, diffusi di illegalità, di corruzione e favoritismi nelle amministrazioni locali venuti all'attenzione anche dell'opinione pubblica, ma anche per l'espansione e il radicamento di alcune consorterie malavitose — in particolar modo la *'ndrangheta* — in molte Regioni settentrionali.

In generale, tuttavia, la percentuale degli annullamenti, da parte del giudice amministrativo e, in particolare, in ultima istanza ad opera del Consiglio di Stato, risulta molto bassa ed inferiore al 10%, poiché i provvedimenti di scioglimento, soprattutto quelli preceduti dall'attenta istruttoria della Commissione d'indagine di cui all'art. 143, comma 2, del T.U.E.L. che abbia esercitato l'accesso presso gli uffici dell'ente, risultano essere perlopiù ben motivati, per quanto non sempre esenti, per la enorme mole dei dati da esaminare, da errori e inesattezze, e assistiti da rigorosi accertamenti, condotti dalla Commissione d'indagine e ben riassunti nelle relazioni prefettizie, accertamenti autonomi — nella maggior parte dei casi — dalle risultanze investigative delle indagini penali, da cui spesso traggono occasione e prendono avvio i procedimenti di scioglimento in esame.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato si è fatta, sul piano interpretativo, rigorosa e attenta interprete

dell'art. 143 T.U.E.L., norma indubbiamente di chiusura del sistema, ed ha adottato, in alcune più recenti pronunce, un criterio di valutazione di simili provvedimenti, improntato ad un sindacato « forte » sui fatti sintomatici del condizionamento e/o del collegamento mafioso, non dissimile da quello adottato, come si è veduto nel cap. 1, nel giudizio sulle misure di prevenzione amministrative previste dal Codice antimafia e, in particolare, con le informative antimafia a carico di imprese permeabili alle influenze mafiose e, cioè, il criterio del « *più probabile che non* », che ben si accorda e si giustifica, del resto, con *la natura eminentemente o, comunque, prevalentemente preventiva* del provvedimento in esame (61).

Né sono mancate anche di recente, a riprova di tale rigoroso indirizzo ermeneutico e di tale sindacato « forte », pronunce del Consiglio di Stato, assai significative, che hanno annullato per difetto di istruttoria provvedimenti di scioglimento di vari Consigli comunali, tanto nell'Italia settentrionale, come nel caso di Ventimiglia (IM), che nell'Italia meridionale, come nel caso di Joppolo (VV) (62).

Va qui ricordato che, ai sensi dell'art. 143, comma 11, del T.U.E.L., « *fatta salva ogni altra misura interdittiva ed accessoria eventualmente prevista* », gli amministratori responsabili delle condotte, che hanno dato causa allo scioglimento dell'ente locale, « *non possono essere candidati alle elezioni regionali, provinciali, comunali e circoscrizionali, che si svolgono nella regione nel cui territorio si trova l'ente interessato dallo scioglimento, limitatamente al primo turno elettorale successivo allo scioglimento stesso, qualora la loro incandidabilità sia dichiarata con provvedimento definitivo* ».

La giurisdizione, trattandosi di diritti politici, spetta al giudice ordinario, poiché, ai fini della dichiarazione d'incandidabilità, come prevede ancora il comma 11 dell'art. 143 del T.U.E.L., il Ministro dell'Interno invia senza ritardo la proposta di scioglimento di cui al comma 4 al tribunale competente per territorio, che valuta la sussistenza degli elementi di cui al comma 1 con riferimento agli amministratori indicati nella proposta stessa (63).

Si tratta, come è stato autorevolmente osservato, di un *unicum* nel nostro ordinamento, con il quale il legislatore del 2009 ha arricchito di un altro tassello il *range* degli interventi di carattere tutorio nei confronti degli enti locali mediante una misura interdittiva di carattere personale (64).

Il Consiglio di Stato, riguardo tale misura, ha comunque chiarito che la dichiarazione di incandidabilità o, comunque, l'esito del giudizio civile relativo a tale misura interdittiva, di tale carattere personale, non può influire in modo determinante sul giudizio amministrativo avente ad oggetto lo scioglimento dell'ente, in quanto, anche ammettendo, in armonia con le risultanze dell'apposito giudizio civile, che gli amministratori locali siano ritenuti candidabili per essere insussistenti, in tale giudizio, le responsabilità personali loro ascritte, non per questo verrebbe meno automaticamente, *ex post*, la gravità del quadro indiziario posto a base del provvedimento di scioglimento del Consiglio comunale che si fonda su una pluralità differenziata e circostanziata di elementi indiziari anche diversi da quelli esaminati nel giudizio di cui all'art. 143, comma 11, del T.U.E.L. (65).

Mentre dunque il giudizio civile è in rapporto di pregiudizialità necessaria, ai sensi dell'art. 295 c.p.c., rispetto all'esito del giudizio amministrativo, vertente sulla legittimità del provvedimento dissolutorio, essendo un presupposto indefettibile della declaratoria di incandidabilità, comunque, la validità dello scioglimento stesso (art. 143, comma 11, del T.U.E.L.), non è vera, come ha chiarito il Consiglio di Stato, l'ipotesi inversa, perché l'esito del giudizio amministrativo può prescindere dall'esito del giudizio civile, celebrato con rito camerale, in ordine alla incandidabilità.

L'esame delle misure complessivamente previste dall'art. 143 del T.U.E.L. — non solo quella dell'incandidabilità, di cui al comma 11, ma anche quelle più gradate, previste dal comma 5 con riferimento al personale amministrativo, e intese a « *far cessare immediatamente il pregiudizio in atto e ricondurre alla normalità la vita amministrativa dell'ente, ivi inclusa la sospensione dall'impiego del dipendente, ovvero la sua destinazione ad altro ufficio o altra mansione con obbligo di avvio del procedimento disciplinare da parte dell'autorità competente* », o le misure urgenti, di cui al comma 12 — dimostra che lo scioglimento del Consiglio comunale e provinciale si connota ormai prevalentemente, nel diritto « vivente » della giustizia amministrativa, per la sua finalità, preventiva e cautelare, e risponde all'esigenza straordinaria di fronteggiare la minaccia mafiosa e di ripristinare senza indugio la legalità violata, con una misura eccezionale, di carattere « tutorio », che costituisce un rimedio di *extrema ratio* da parte dell'ordinamento.

Ciò la avvicina dunque, come si è già sopra accennato, alle misure preventive antimafia, previste dal Codice antimafia (d. lgs. n. 159 del 2011) e, in particolare, alle informazioni antimafia, con le quali condivide, secondo un significativo parallelismo, anche *l'effetto interdittivo*.

Proprio la funzione inibitoria e l'effetto interdittivo, tipici dell'intervento cautelare e « tutorio » del Governo nella vita politica e amministrativa dell'ente, giustificano dunque la previsione di potere eccezionale, nell'ambito del nostro ordinamento, e la sua compatibilità con i principî costituzionali sopra brevemente ricordati.

Non va trascurato che, ancora di recente, la Corte costituzionale ha qualificato i provvedimenti in esame come « *atti dell'amministrazione centrale dello Stato (in quanto emessi da organi che operano come longa manus del Governo) finalizzati a soddisfare interessi che trascendono quelli delle comunità locali* » ed attinenti alla materia dell'ordine pubblico e della sicurezza (66).

D'altro canto, ai sensi dell'art. 144 del T.U.E.L. l'eccezionale potere esercitato dal Governo in via sostitutiva determina, insieme con lo scioglimento degli organi elettivi, l'insediamento di una Commissione straordinaria per la gestione dell'ente che svolge l'essenziale funzione di ripristinare la legalità violata, con il potere di annullare e revocare atti già adottati dalla disciolta amministrazione collusa con la mafia e di condurre entro tempi brevi l'ente a nuove elezioni, con il conseguente ripristino degli organi elettivi.

A tal fine la Commissione dispone di poteri eccezionali, previsti dall'art. 145 del T.U.E.L., con il compito di eliminare, con strumenti di tipo amministrativo, le fonti di condizionamento criminale, diretto od indiretto, dell'amministrazione pubblica nei settori di attività concernenti l'affidamento degli appalti pubblici e la gestione di pubblici servizi (67).

Il che conferma, ancora una volta, la natura prevalentemente tutoria e preventiva dell'istituto in esame e degli strumenti che lo caratterizzano.

Note:

(1) V., sul punto, S. Gambacurta, La documentazione antimafia: tipologia e contenuto, in A. Cisterna, M.V. De Simone, B. Frattasi e S. Gambacurta, Codice antimafia, San Marino, 2013, 169 e ss.; R. Cantone, La riforma della documentazione antimafia: davvero solo un restyling?, in Giorn. dir. amm., 2013, 8-9, pp. 888-111, nonché l'ampio contributo di M. Mazzamuto, Profili di documentazione amministrativa antimafia, in Giustamm, 2016, 3, 2-3. Di rilievo anche i contributi sull'argomento di G. Armao, Brevi considerazioni su informativa antimafia e rating di legalità ed aziendale nella prevenzione delle infiltrazioni criminali nei contratti pubblici, in Giustamm, 2017, 3, 3-5, e di F. G. Scoca, Razionalità e costituzionalità della documentazione antimafia in materia di appalti pubblici, in Giustamm, 2013, 6, 13-14, che esprime forti riserve sulla razionalità della legislazione antimafia vigente e sulle situazioni giuridiche soggettive — non solo la libertà imprenditoriale, ma anche l'onorabilità delle persone — da essa incise. Il sistema delle misure antimafia in esame ha sempre superato, nelle rare occasioni in cui è venuto all'attenzione della Consulta, il vaglio di costituzionalità. Sul sistema delle misure, prima della legge delega, v. ad esempio Corte cost., 24 febbraio 2010, n. 58. Sulla recentissima sentenza n. 4 del 18 gennaio 2018, che ha fornito fondamentali indicazioni sistematiche nella interpretazione di questa delicata materia, v., infra, §§ 39-40. Per un quadro dell'istituto prima del Codice antimafia v. R. Papalia, Notazioni in tema di efficacia interdittiva delle informative antimafia, in Foro amm.CDS, 2011, 321 e ss.

(2) Si tratta di una giurisprudenza ormai consolidata del Consiglio di Stato, sez. V, inter multas, Cons. St., sez. III, 2 marzo 2017, n. 892, la quale ha rimarcato che il provvedimento prefettizio deve fondarsi su di un autonomo apprezzamento degli elementi delle indagini svolte, o dei provvedimenti emessi in sede penale: « il Prefetto, in altri termini, deve necessariamente tenere in conto l'emissione o, comunque, il sopravvenire di un provvedimento giurisdizionale, nel suo valore estrinseco, tipizzato dal legislatore, di fatto sintomatico dell'infiltrazione mafiosa a fronte di uno dei delitti-spia previsti dall'art. 84, comma 4, lett. a), del codice delle leggi antimafia, ma deve nel contempo effettuarne un autonomo apprezzamento, nel suo contenuto intrinseco, delle risultanze penali, senza istituire un automatismo tra l'emissione del provvedimento cautelare in sede penale e l'emissione dell'informativa ad effetto interdittivo ».

(3) Cons. St., sez. III, 9 febbraio 2017, n. 565, in Urb. e app., 2017, 2, 223 e ss., con nota di P. Tonnara, Informative antimafia e discrezionalità del prefetto, pronuncia di sicuro impatto sistematico, per le ragioni sulle quali si ritornerà amplius più avanti, la quale ha precisato che « la delicatezza di tale ponderazione intesa a contrastare in via preventiva la minaccia insidiosa ed esiziale delle

organizzazioni mafiose, richiesta all'autorità amministrativa, può comportare anche un'attenuazione, se non una eliminazione, del contraddittorio procedimentale, che del resto non è un valore assoluto, slegato dal doveroso temperamento di esso con interessi di pari se non superiore rango costituzionale, né un bene in sé, o un fine supremo e ad ogni costo irrinunciabile, ma è un principio strumentale al buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.) e, in ultima analisi, al principio di legalità sostanziale (art. 3, comma secondo, Cost.), vero e più profondo fondamento del moderno diritto amministrativo» e che, per altro verso, « il contraddittorio procedimentale non è del tutto assente nemmeno nelle procedure antimafia, se è vero che l'art. 93, comma 7, del d. lgs. n. 159 del 2011 « 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 » ».

(4) Ci si riferisce, in particolare, alla nota pronuncia n. 309 del 19 marzo 1993 della Corte costituzionale sullo scioglimento dei Consigli comunali per infiltrazioni mafiose (previsto al tempo dall'art. 15-bis della l. n. 55 del 1990 e oggi, come si dirà, dall'art. 143 del T.U.E.L.), di cui meglio si dirà nell'apposita scheda. Qui basti ricordare, comunque, che in tale pronuncia il giudice delle leggi, con una affermazione di principio estensibile anche alle misure di prevenzione antimafia qui in esame, ha enunciato, a chiare lettere, l'orientamento secondo cui, a fronte di « misure caratterizzate dal fatto di costituire la reazione dell'ordinamento alle ipotesi di attentato all'ordine ed alla sicurezza pubblica », non è ipotizzabile alcuna violazione dell'art. 97 Cost. per l'assenza o la diminuzione delle garanzie partecipative, « dato che la disciplina del procedimento amministrativo è rimessa alla discrezionalità del legislatore nei limiti della ragionevolezza e del rispetto degli altri principi costituzionali, tra i quali [...] non è compreso quello del « giusto procedimento » amministrativo, dato che la tutela delle situazioni soggettive è comunque assicurata in sede giurisdizionale dagli artt. 24 e 113 Cost. ».

(5) V., inter multas, Cons. St., sez. III, 28 ottobre 2016, n. 4555, secondo cui l'amministrazione è esonerata dall'obbligo di comunicazione di cui all'art. 7 della l. 7 agosto 1990, n. 241 nonché da altre garanzie partecipative, relativamente all'informativa antimafia, « 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 ».

(6) Salva l'ipotesi eccezionale, prevista dall'art. 94, comma 3, del d. lgs. n. 159 del 2011, in cui l'opera sia in corso di ultimazione o, 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, perché in questa ipotesi viene in rilievo un preminente interesse pubblico all'ultimazione dell'opera o alla continuità del servizio, non interrompibile senza un grave nocumento per la collettività.

(7) V., sul punto, Cons. St., sez. III, 12 marzo 2015, n. 1292, nonché Cons. St., sez. III, 24 luglio 2015, n. 3653, la quale ribadisce che ogni statuizione della stazione appaltante o dell'amministrazione, successiva all'emissione dell'informazione antimafia a carattere interdittivo, si configura dovuta e vincolata « a fronte del giudizio di disvalore dell'impresa con la quale è stato stipulato il contratto e il provvedimento di revoca o recesso da essa adottato non deve essere corredato da alcuna specifica motivazione, salvo la diversa ipotesi, del tutto eccezionale, in cui a fronte dell'esecuzione di gran parte

delle prestazioni e del pagamento dei corrispettivi dovuti, venga riconosciuto prevalente l'interesse alla conclusione della commessa con l'originario affidatario ».

(8) Cons. St., sez. III, 26 gennaio 2017, n. 319, la quale richiama il costante orientamento delle Sezioni Unite della Cassazione (v., ex plurimis, Cass., sez. Un., 29 agosto 2008, ord. n. 21928; Cass., sez. Un., 18 novembre 2016, ord. n. 23468), secondo cui la deliberazione di recedere dal contratto di appalto, consequenziale all'informativa prefettizia di infiltrazioni mafiose nell'impresa appaltatrice, resa in precedenza ai sensi dell'art. 10 del d.P.R. 3 giugno 1998, n. 252 e, ora, dall'art. 92, comma 4, del d. lgs. n. 159 del 2011, è espressione di un potere di valutazione di natura pubblicistica, diretto a soddisfare l'esigenza di evitare la costituzione o il mantenimento di rapporti contrattuali, fra i soggetti indicati nell'art. 1 del medesimo d.P.R. n. 252 e le imprese, nei cui confronti emergano sospetti di legami con la criminalità organizzata. Resta salva, naturalmente, la facoltà, per le amministrazioni, di cui si è detto alla nt. 6.

(9) Cons. St., ad. plen., 7 novembre 2014, n. 29, in Foro amm., 2014, 11, 2738, secondo cui si realizza una particolare forma di connessione per accessorietà in base alla quale, ai fini della determinazione del giudice competente, la causa principale (avente ad oggetto l'informativa prefettizia) attrae a sé quella accessoria (avente ad oggetto gli atti applicativi adottati dalla stazione appaltante), senza che a ciò siano di ostacolo le norme sulla competenza funzionale.

(10) V. Cons. St., sez. III, 31 agosto 2016, n. 3754, nonché la già citata sentenza di Cons. St., sez. III, 26 gennaio 2017, n. 319, la quale rileva che anche nell'ipotesi di recesso conseguente all'informazione antimafia non vengono impugnati propriamente, insieme all'informativa antimafia, atti stricto sensu inerenti alla procedura di gara, di cui all'art. art. 119, comma 1, lett. a), c.p.a., per i quali sussiste l'interesse pubblico specifico alla sollecita definizione delle relative controversie, sotteso alla disposizione che dimezza i termini processuali, poiché « il potere di recedere dal contratto, in seguito all'emissione dell'informativa, è [...] l'espressione di una speciale potestà amministrativa che compete alla stazione appaltante ai sensi dell'art. 92, comma 4, del d. lgs. n. 159 del 2011, anche nella fase esecutiva del contratto, e non già del generale potere « selettivo » attribuitole dall'ordinamento per la scelta del miglior contraente ». In senso contrario, tuttavia, Cons. St., sez. IV, 20 luglio 2016, n. 3247.

(11) Cons. St., sez. III, 13 maggio 2015, n. 2410. Più dubbioso, al riguardo, R. Cantone, La riforma della documentazione antimafia, cit., 899, il quale osserva che la mantenuta vigenza dell'art. 1-septies del d.l. n. 629 del 1982, da cui erano gemmate le informative « atipiche » poi ratificate dal d.P.R. n. 252 del 1998, lascerebbe risorgere le informative atipiche, pure espunte dal nuovo Codice antimafia, al pari di una novella « araba fenice » anche nell'attuale sistema della documentazione antimafia. Sulla spinosa questione, tuttora aperta e dibattuta, v. anche B. Macrillò, La sopravvivenza delle informative atipiche dopo il « correttivo » del Codice antimafia, in Giustamm, 2014, 1.

(12) Cons. St., sez. III, 1° aprile 2016, n. 1234, il quale ribadisce la « distinzione, ben netta ed ancorata a tassativi presupposti, tra informazione antimafia e comunicazione antimafia, vincolata, quest'ultima, alla definitività della misura di prevenzione ».

(13) Cons. St., sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743, in Foro amm., 2016, 5, 1163. Circa la necessità di una rigorosa tipizzazione dei presupposti che fondano l'emissione dell'informazione antimafia, seppure con diversa sfumatura, v. Cons. Giust. Amm. Sic., 29 luglio 2016, n. 247 e 28 agosto 2017, n. 379.

(14) Cons. St., sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743.

(15) Cons. St., sez. III, 7 ottobre 2015, n. 4657, secondo cui tale il criterio della certezza oltre ogni ragionevole dubbio può trovare spazio nel giudizio penale, laddove viene in gioco la libertà personale dell'imputato, ma non nel giudizio amministrativo, che investa la legittimità del provvedimento interdittivo antimafia, ispirato ad una ben diversa logica preventiva e improntato alla regola, di stampo civilistico, del « più probabile che non » nonché, su tale ultimo criterio come applicato dalla giurisprudenza della Cassazione, Cass. civ., sez. III, 18 luglio 2011, n. 15709, in Giust. civ., Mass., 2011, 9, 1209, laddove si evidenzia, in generale, « la diversità del regime probatorio applicabile, in ragione dei differenti valori sottesi ai due processi: nel senso che, nell'accertamento del nesso causale in materia civile, vige la regola della preponderanza dell'evidenza o del « più probabile che non », mentre nel processo penale vige la regola della prova « oltre il ragionevole dubbio » ». Sul significato di questa regola, quanto al grado di incisività probatoria rispetto alla regola dell'oltre il ragionevole dubbio, v. in particolare anche Cons. St., sez. III, 26 aprile 2017, n. 1923, e Cons. St., sez. III, 28 giugno 2017, n. 3173.

(16) Sulla teoria del c.d. contagio v., in particolare, Cons. St., sez. III, 22 giugno 2016, n. 2274.

(17) V. sul punto, e in particolare, Cons. St., sez. III, 2 marzo 2017, n. 981, già citata, avente ad oggetto la legittimità di informazioni antimafia emessa dalla Prefettura di Roma contro società che nella Capitale gestivano lo smaltimento dei rifiuti, che, pur ribadendo come il Prefetto, nel tenere necessariamente in conto l'emissione o, comunque, il sopravvenire di un provvedimento giurisdizionale, nel suo valore estrinseco, tipizzato dal legislatore, di fatto sintomatico dell'infiltrazione mafiosa a fronte di uno dei delitti-spia previsti dall'art. 84, comma 4, lett. a), del codice delle leggi antimafia, debba nel contempo « effettuare un autonomo apprezzamento, nel suo contenuto intrinseco, delle risultanze penali, senza istituire un automatismo tra l'emissione del provvedimento cautelare in sede penale e l'emissione dell'informativa ad effetto interdittivo », ha però rammentato che la consolidata giurisprudenza secondo cui il delitto di cui all'art. 260 del d. lgs. n. 152 del 2006 costituisce « elemento in sé bastevole a giustificare l'emissione dell'informativa, perché il disvalore sociale e la portata del danno ambientale connesso al traffico illecito di rifiuti rappresentano, già da soli, ragioni sufficienti a far valutare con attenzione i contesti imprenditoriali, nei quali sono rilevati, in quanto oggettivamente esposti al rischio di infiltrazioni di malaffare che hanno caratteristiche e modalità di stampo mafioso ». V. comunque, nella consolidata giurisprudenza di Palazzo Spada, ex plurimis, Cons. St., sez. III, 21 dicembre 2012, n. 6618; Cons. St., sez. III, 28 aprile 2016, n. 1632; Cons. St., sez. III, 28 ottobre 2016, n. 4555 e n. 4556.

(18) Cons. St., sez. I, 17 novembre 2015, n. 497, in Foro it., 2016, III, 214, con nota di G. D'Angelo.

(19) Cons. St., sez. III, 9 febbraio 2017, n. 565, cit., 223-229, con nota di P. Tonnara, Informativa antimafia e discrezionalità del prefetto, e anche, di poco successiva, Cons. St., sez. III, 8 marzo 2017, n. 1109, in Giur. it., 2017, 6, 1414, con nota di M. Giustiniani e P. Fontana, La tutela nei confronti delle infiltrazioni mafiose nelle attività economiche, nonché in Guida al dir., 2017, 14, 90, con nota di D. Ponte.

(20) Cons. St., sez. III, 9 febbraio 2017, n. 565, cit., 226.

(21) Cons. St., sez. III, 9 febbraio 2017, n. 565, cit., 227.

(22) Cons. St., sez. III, 9 febbraio 2017, n. 565, cit., 227. Dubbioso, circa l'estensione delle informazioni antimafia alle autorizzazioni e, quindi, al settore dell'economia privata, P. Tonnara, Informativa antimafia e discrezionalità del prefetto, cit., 238, il quale segnala il rischio che « se, tuttavia, si estende l'informativa antimafia all'economia privata, l'ampia discrezionalità del prefetto potrebbe stridere con un principio portante della moderna economia, quello della certezza e della prevedibilità delle decisioni dell'autorità amministrativa ».

(23) Cons. St., sez. III, 9 febbraio 2017, n. 565, cit., 227.

(24) Così R. Cantone, La riforma della documentazione amministrativa, cit., 892, il quale evidenzia che la Banca dati dovrebbe consentire in tempi rapidi il rilascio della certificazione antimafia, ma v., sul punto, anche N. Gullo, Il regolamento per il funzionamento della Banca dati nazionale unica della documentazione amministrativa, in Giorn. dir. amm., 2015, 4, 476, il quale lo definisce « lo strumento fondamentale per la semplificazione delle procedure di rilascio della documentazione antimafia ».

(25) Cons. St., sez. III, 5 ottobre 2016, n. 4121, in Urb. e app., 2016, 12, 1389. Ma v. già, in questo senso, anche Cons. St., sez. V, 1° ottobre 2015, n. 4602, 199-200, con nota di C. Contessa, Ancora sul regime temporale di efficacia delle informative interdittive antimafia.

(26) V., in questo senso, Cons. St., sez. III, 5 ottobre 2016, n. 4121, in Urb. e app., 2016, 12, 1389 e, da ultimo, la già richiamata sentenza del Cons. St., sez. III, 8 febbraio 2017, n. 565, cit., 228, con nota di P. Tonnara, Informativa antimafia e discrezionalità del prefetto, cit., 238, il quale dubita che l'istituto dell'aggiornamento possa rivelarsi del tutto efficace, laddove l'informazione antimafia si fondi su rapporti di parentela o su legami affettivi, a meno che la persona decida di interrompere qualsivoglia rapporto con la famiglia o con il partner. Ma il rilievo prova troppo, tuttavia, perché trascura che il legame familiare, per la consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato, rileva solo se sia indice di una « regia familiare » dell'impresa e, parimenti, il legame affettivo rileva solo se denoti il rischio di una eterodirezione dell'impresa da parte del partner o dell'amico.

(27) V., ex plurimis, Cons. St., sez. III, 24 luglio 2015, n. 3653, in Foro amm., 2015, 7-8, 1911, secondo cui l'informazione interdittiva antimafia può fondarsi anche su fatti più risalenti nel tempo, ma a condizione che dal complesso delle vicende esaminate e sulla base degli indizi raccolti risulti sussistente un condizionamento attuale dell'attività dell'impresa, con la conseguenza che, se l'esame dei fatti più recenti non lo conferma, ancorché tale condizionamento sia ipotizzabile sulla base dei fatti più risalenti, l'informativa deve essere annullata. Il problema della attualità ai fini della prevenzione antimafia è stato fortemente avvertito e dibattuto, parallelamente, anche dalla giurisprudenza della Cassazione in ordine alle misure personali ed ha trovato un recente punto di svolta nella pronuncia delle Sezioni Unite, 4 gennaio 2018, n. 111, di cui si accennerà, infra, alle note n. 35 e n. 37.

(28) V., su questa peculiare figura, M. Frontoni, Contratto e antimafia. Il percorso dai « Patti di legalità » al rating di legalità, Torino, 2015, p. 9 e ss., F. Di Cristina, Informativa antimafia e protocolli di legalità: i rischi di ossificazione del sistema, in F. Manganaro, A. Romano Tassone e F. Saitta (a cura di), Diritto amministrativo e criminalità, Milano, 2013, 131 e ss. nonché gli Autori citati nelle note successive.

(29) C. Giust. Ue, sez. X, 22 ottobre 2015, causa C-425/14, in Giur. it., 2016, 6, 1459, con nota 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, nonché in Giorn. dir. amm., 2016, 3, 318 e ss., con nota di S. Vinti, I protocolli di legalità e il diritto europeo.

(30) F. Saitta, Informativa antimafia e protocolli di legalità, tra vecchio e nuovo, in Riv. trim. app., 2014, 2, 425.

(31) Cons. St., sez. IV, 20 gennaio 2015, n. 143, in Giorn. dir. amm., 2016, 1, 78 e ss., con nota di B. Barmann, Lotta alla corruzione e completamento di opere pubbliche. Quale priorità?

(32) V. ancora la citata pronuncia di Cons. St., sez. III, 9 febbraio 2017, n. 565, cit., il quale ricorda che « la c.d. legge anticorruzione (l. n. 190 del 2012), nell'art. 1, commi 52 e 53, ha istituito la c.d. white list, con la creazione di appositi elenchi, presso le Prefetture, dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa per attività economiche particolarmente sensibili » e ha citato, quale recente esempio, quanto previsto per il terremoto che ha colpito le province di Bologna, Modena, Ferrara, Mantova, Reggio Emilia e Rovigo il 20 e il 29 maggio 2012, dall'art. 5-bis, comma 4, del d.l. n. 74 del 2012, inserito in sede di conversione dalla l. n. 122 del 1° agosto 2012, laddove esso ha disposto che i controlli antimafia, relativi alle imprese iscritte in tali elenchi, si estendessero « sugli interventi di ricostruzione affidati da soggetti privati e finanziati con le erogazioni e le concessioni di provvidenze pubbliche », sicché, ha ribadito il Consiglio di Stato, la distinzione tra economia pubblica ed economia privata, in taluni settori — 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, etc. — è « del tutto inidonea e inefficace a descrivere, e a circoscrivere, la vastità e la pervasività del pericolo mafioso in esame ».

(33) Cons. St., sez. III, 28 aprile 2016, n. 1630 nonché la già citata sentenza di Cons. St., sez. III, 24 luglio 2015, n. 3653. Nella citata pronuncia del 2016, giova qui segnalarlo, il Consiglio di Stato ha ribadito che « fino all'adozione della misura in questione — laddove, ovviamente, il Prefetto ritenga sussistenti i presupposti di cui all'art. 32, comma 10, del D.L. n. 90 del 2014 — l'informativa mantiene inalterati tutti gli effetti interdittivi, di cui all'art. 94, commi 1 e 2, del d. lgs. n. 159 del 2011, salva l'eccezionale ipotesi di cui al suo comma 3, che consente alla stazione appaltante di non procedere alle revoche e ai recessi di cui al comma 2, « nel caso in cui l'opera sua 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 » ».

(34) Cons. St., sez. III, 9 febbraio 2017, n. 565, cit., 228-229.

(35) Il riferimento è alla ben nota sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia, in Giur. it., 2017, 3, 580-581, e in Dir. pen. e proc., 2017, 1039 e ss., con nota di V. Maiello, De Tommaso c. Italia e la Cattiva coscienza delle misure di prevenzione, che ha criticato aspramente il sistema delle misure di prevenzione, quale previsto dall'art. 1 della l. n. 1423 del 1956, ma anche alle prime applicazioni giurisprudenziali e, in particolare, al dispositivo pronunciato dalle Sezioni Unite penali il 27 aprile 2017 in riferimento all'art. 75 del d. lgs. n. 159 del 2011, in una interpretazione « convenzionalmente » orientata di tale disposizione, sul quale v. V. Maiello, De Tommaso c. Italia, cit., 1045-1046. Al dispositivo è poi seguita la sentenza n. 40076 del 5 settembre 2017 delle Sezioni Unite. Sulla questione delle presunzioni che devono sorreggere la valutazione di pericolosità sociale, alla luce di quanto ha statuito la Corte europea dei diritti dell'uomo,

v. l'ord. n. 48441 del 23 ottobre 2017 della I sez. della Cass. pen. e, in esito a tale ordinanza, la recentissima pronuncia della Cass., sez. Un, pen., 4 gennaio 2018, n. 111, di grande rilievo sistematico, e sulla quale v., tra i primi commentatori, A. Quattrocchi, Lo statuto della pericolosità qualificata sotto la lente delle Sezioni Unite, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 1/2018, in particolare a p. 78.

(36) Sul punto, però, occorre attentamente meditare sui dubbî espressi sulla « tenuta » del sistema della prevenzione amministrativa, per la c.d. « onda lunga » della sentenza De Tommaso anche in questo settore della legislazione antimafia, dalla dottrina penalistica più sensibile al tema, rimandandosi, in particolare, alle recenti riflessioni di V. Manes, Dalla « fattispecie » al « precedente »: appunti di « deontologia ermeneutica », in *Dir. pen. cont.*, 17 gennaio 2018, in particolare 23-24, e all'analisi condotta da 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. n. 159/2011?, in *Dir. pen. cont.*, 8 ottobre 2017, in particolare 11-13. Un'interessante recente applicazione dei principî affermati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, quanto al foglio di via obbligatorio e alla sua compatibilità con il diritto all'unità familiare di cui all'art. 8 C.E.D.U., si è avuto con la pronuncia del T.A.R. per l'Umbria, sez. I, 20 novembre 2017, n. 720, in *Dir. pen. cont.*, 19 gennaio 2018, con nota di A. Fiori, Misure di prevenzione personali: foglio di via obbligatorio e violazione dell'art. 8 C.E.D.U.

(37) Sulla tematica v., in generale, E. Morcavallo, Contributi comunitari in agricoltura e informazione interdittiva antimafia, in Giustamm, 2013, 9.

(38) L'esigenza che il quadro indiziario debba essere corroborato attraverso la valorizzazione di specifici elementi di fatto a loro sostegno, al fine di aggiornare il giudizio circa la contiguità mafiosa, è stata fortemente sottolineata, di recente, proprio dalla sopra richiamata sentenza della Cassazione, sez. Un., 4 gennaio 2018, n. 111, sulla quale v. A. Quattrocchi, Lo statuto della pericolosità qualificata, cit., 78. Mostra scetticismo sulla razionalità dell'intero sistema antimafia F. G. Scoca, Razionalità e costituzionalità della documentazione antimafia, cit., 13-14, auspicando un sindacato del giudice amministrativo penetrante sulle misure in questione, sindacato che, per quanto si è visto, la giurisprudenza del Consiglio di Stato più recente si propone di assicurare nella tutela effettiva delle situazioni giuridiche soggettive incise da tali misure.

(39) V., sul punto, M. Mazzamuto, Profili di documentazione amministrativa, cit., 56.

(40) Cons. St., sez. III, 9 febbraio 2017, n. 565, cit., 228-229.

(41) Su questo istituto v., tra i numerosi contributi, A. Crismani, Lo scioglimento degli organi di governo degli enti locali per infiltrazioni mafiose, in F. Manganaro, A. Romano Tassone e Fabio Saitta (a cura), *Diritto amministrativo e criminalità*, Milano, 2013, n. 3-33, e B. Gagliardi, Lo scioglimento dei consigli comunali per infiltrazioni della criminalità organizzata, in *Foro amm.*, C.d.S., 2015, 11, 3334-3341; F. Piemontese, Scioglimento degli enti locali per infiltrazioni mafiose: prospettive di riforma dell'attuale previsione legislativa, in Giustamm, 2017, 1, il quale, alle pp. 10-16, evidenzia talune criticità dell'istituto vigente che, a suo avviso, necessiterebbero di un intervento legislativo riformatore, soprattutto attraverso la previsione di « elementi maggiormente concreti e sindacabili ». Di estremo interesse, anche per la prospettiva storico-sociologica, l'analisi di C. Cavaliere, *La democrazia mafiosa. Mafia e democrazia nell'Italia dei Comuni (1946-1991)*, Castrovillari, 2017, con prefazione di N. Gratteri, ove si possono anche leggere utili dati statistici sugli scioglimenti dei Consigli comunali alla p. 219 e ss.

(42) Corte cost., 19 marzo 1993, n. 103, in Foro it., 1993, I, 2410. Ma v., più di recente, anche Corte cost., 23 giugno 2014, n. 182, in Foro amm., 2014, 10, 2482, la quale ha respinto la questione di costituzionalità dell'art. 135, comma 1, lett. q), c.p.a., che ha stabilito la competenza territoriale funzionale del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sede di Roma, in ordine all'impugnativa dei provvedimenti di cui all'art. 143 del T.U.E.L., questione sollevata dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, e ha ribadito incidenter tantum, con secco riferimento al precedente del 1993, la natura « sanzionatoria » della misura.

(43) V., al riguardo, tra le numerose pronunce Cons. St., sez. III, 24 aprile 2015, n. 2054, in Giorn. dir. amm., 2015, 5, 681 e ss., con nota di F. V. Virzì, Lo scioglimento dei consigli comunali per infiltrazione mafiosa, e più di recente Cons. St., sez. III, 24 febbraio 2016, n. 748, in Giur. it., 2016, 6, 1722 e ss., con nota di F. G. Scoca, Scioglimento di organi elettivi per condizionamento della criminalità organizzata.

(44) Collegamento e condizionamento di stampo mafioso, previsti dall'art. 143 comma 1, del T.U.E.L., sono due situazioni « assolutamente compatibili sul piano logico ed anzi spesso compresenti in realtà locali ad alta densità criminale, nelle quali collegamento e condizionamento sono espressioni concorrenti di uno stesso clima, fatto nel contempo di connivenze e intimidazioni, lusinghe e minacce, e dove la sola verità che emerge, nel preoccupante spaccato della vita amministrativa locale, è l'asservimento della res publica, nell'uno e/o nell'altro modo, a perverse logiche mafiose»: così, plasticamente, Cons. St., sez. III, 14 febbraio 2014, n. 727, in Foro amm., 2014, 2, 412. La giurisprudenza del Consiglio di Stato sul problema è ormai molto vasta. Si ricordano, da ultimo, i casi di Tropea, esaminato nella recente sentenza n. 96 del 10 gennaio 2018, e quello del Comune di Monte Sant'Angelo (Fg), esaminato da Cons. St., sez. III, 2 ottobre 2017, n. 4578.

(45) Il protocollo di intesa relativo ai rapporti di collaborazione tra l'A.N.A.C. — Autorità Nazionale Anticorruzione e la Direzione Nazionale Antimafia e Antiterrorismo, stipulato il 13 novembre 2017, rammenta nelle sue premesse, e non a caso, che « la corruzione rappresenta uno degli strumenti fondamentali con cui le associazioni con fini delinquenziali si assicurano il controllo dell'azione amministrativa, anche attraverso il condizionamento degli apparati politici locali, come evidenziano i numerosi provvedimenti di scioglimento di consigli comunali per infiltrazioni e/o condizionamenti di tipo mafioso ».

(46) Cons. St., sez. III, 20 gennaio 2016, n. 196. F. G. Scoca, Scioglimento di organi elettivi, cit., 1725-1726, insiste particolarmente su questo determinante elemento costitutivo della fattispecie, consistente nell'alterazione comprovata della libertà decisoria degli organi politici o, comunque, delle decisioni amministrative, sottolineando, in particolare, che il condizionamento, per essere tale, « comporta che gli amministratori intendano favorire la criminalità organizzata, non che questa possa casualmente giovare di decisioni prese nell'esclusivo interesse pubblico ».

(47) Cons. St., sez. III, 8 giugno 2016, n. 2454: ai sensi dell'art. 143 del T.U.E.L. lo scioglimento del Consiglio comunale non è una sanzione rivolta alle persone dei consiglieri comunali, ma è una misura organizzativa che riguarda l'ente locale, nel suo insieme, e l'incidenza sullo status dei singoli amministratori è solo indiretta e consequenziale. Sullo status dei singoli consiglieri, conseguente

all'adozione del provvedimento, e sulla loro temporanea incandidabilità, ai sensi dell'art. 143, comma 11, del T.U.E.L., si tornerà comunque più avanti.

(48) V., sul punto, Corte cost., 19 novembre 2015, n. 236, in *Giur. it.*, 2015, I, 205 e ss., con nota di F. Bailo, La c.d. « legge Severino » sul tavolo della Corte costituzionale: partita chiusa o rinviata?, nonché, ancor più di recente e sulla stessa linea interpretativa che nega la natura sanzionatoria delle misure incidenti sulla candidabilità, Corte cost., 16 dicembre 2016, n. 276, in *Giur. it.*, 2017, 2, 449 e ss., con nota sempre di F. Bailo, Una « pietra tombale » sulla « natura afflittiva » della limitazione dell'elettorato passivo? Sulla complessa questione della incandidabilità dei condannati v., comunque, anche A. L. Tarasco, Il problema dell'incandidabilità dei condannati, in F. Manganaro, A. Romano Tassone e Fabio Saitta (a cura), *Diritto amministrativo e criminalità*, cit., 207 e ss.

(49) V., sul punto, A. Crismani, Lo scioglimento degli organi di governo degli enti locali per infiltrazioni mafiose, cit., 24, nonché, tra le tante, la già citata sentenza del Cons. St., sez. III, 20 gennaio 2016, n. 196.

(50) Al riguardo le osservazioni di F. G. Scoca, *Scioglimento di organi elettivi*, cit., 1724.

(51) Cons. St., sez. III, 19 ottobre 2015, n. 4792.

(52) Cons. St., sez. III, 2 luglio 2014, n. 3340, in *Foro amm.*, 2014, 7-8, 1932, già citata: è il ben noto caso, venuto all'attenzione del supremo consesso amministrativo, dello scioglimento del Consiglio comunale di Reggio Calabria. La giurisprudenza prevalente del Consiglio di Stato, in particolar modo quella della sez. III, è orientata nel valutare con attenzione anche il contesto territoriale e, più in generale, le circostanze di luogo e di tempo nel quale si cala, hic et nunc, la vicenda dell'infiltrazione mafiosa dell'ente comunale, circostanze ritenute « imprescindibili per valutare e illuminare i singoli episodi », rivelatori del condizionamento: così Cons. St., sez. III, 20 gennaio 2016, n. 196, già menzionata. In senso solo apparentemente difforme, tuttavia, Cons. St., sez. IV, 3 marzo 2016, n. 876, in *Foro amm.*, 2016, 3, 852, secondo cui non può costituire parametro utile, in difetto di ulteriori elementi, « la collocazione territoriale dell'ente locale », perché nessuna realtà locale dovrebbe scontare in linea di principio, ovvero pregiudizialmente, la mera appartenenza ad un più vasto territorio ritenuto, sotto il profilo giuridico, ma anche sotto quello storico, pervasivamente interessato dalla presenza di fenomeni criminali radicati e organizzati nel territorio. La diversità di accenti tra i due filoni giurisprudenziali in senso al Consiglio stesso è rilevata da F. G. Scoca, *Scioglimento di organi elettivi*, cit., 1726, ma si tratta di un contrasto di vedute solo apparente, perché la stessa sentenza n. 876 del 2016 si premura di chiarire, a più riprese, che l'analisi degli elementi non può astrarre dal contesto, evidentemente anche territoriale, precisando correttamente che quest'ultimo da solo non può bastare a sorreggere la motivazione del provvedimento dissolutivo.

(53) Cons. St., sez. III, 28 settembre 2015, n. 4529, in *Foro amm.*, 2015, 9, 2226.

(54) V. la già richiamata sentenza n. 182 del 2014 della Corte costituzionale che, tra l'altro, rileva come le caratteristiche del relativo procedimento lo collocano certamente sul piano degli atti di alta amministrazione, « adottati dagli organi esponenti dei vertici dell'amministrazione dello Stato »: tale peculiare connotazione emerge con evidenza dalle caratteristiche proprie della fase istruttoria, dalla natura apicale delle autorità amministrative coinvolte in tale fase, dalla forma del provvedimento

(d.P.R., adottato su proposta del Ministro dell'Interno, previa deliberazione del Consiglio dei ministri), nonché dalla sua pubblicazione in Gazzetta Ufficiale.

(55) Il procedimento, giova ricordarlo, è molto articolato perché prevede l'impulso del Prefetto competente per territorio, la Commissione di indagine attraverso la quale l'autorità prefettizia esercita i poteri di accesso e di accertamento delegati dal Ministero dell'Interno, il Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica, integrato con la partecipazione del Procuratore della Repubblica, il Ministro dell'Interno, destinatario della relazione prefettizia, nella quale il Prefetto dà conto degli eventuali elementi idonei a determinare lo scioglimento del Consiglio comunale. Come ricorda A. Crismani, *Lo scioglimento degli organi di governo*, cit., 15, « è alla proposta del Ministro dell'interno che va attribuito il ruolo, al contempo, di sede conclusiva dell'attività di istruttoria, ovvero di vaglio e ponderazione degli elementi contenuti nella relazione prefettizia, e di atto propulsivo dell'ultimo segmento procedimentale, costituito dalla deliberazione del Consiglio dei ministri e dalla emanazione del decreto del Presidente della Repubblica ».

(56) V., sul punto, F. V. Virzì, *Lo scioglimento dei consigli comunali*, cit., 685, nonché più in generale G. Corso, *L'ordine pubblico*, Bologna, 1979, 279.

(57) In tale pronuncia, già ampiamente ricordata, il giudice delle leggi, con una affermazione di principio fondamentale, ha enunciato, a chiare lettere, l'orientamento secondo cui, a fronte di « misure caratterizzate dal fatto di costituire la reazione dell'ordinamento alle ipotesi di attentato all'ordine ed alla sicurezza pubblica », non è ipotizzabile alcuna violazione dell'art. 97 Cost. per l'assenza o la diminuzione delle garanzie partecipative, « dato che la disciplina del procedimento amministrativo è rimessa alla discrezionalità del legislatore nei limiti della ragionevolezza e del rispetto degli altri principi costituzionali, tra i quali [...] non è compreso quello del « giusto procedimento » amministrativo, dato che la tutela delle situazioni soggettive è comunque assicurata in sede giurisdizionale dagli artt. 24 e 113 Cost. ».

(58) V., ex plurimis, Cons. St., sez. III, 15 marzo 2016, n. 1038, in *Foro amm.*, 2016, 3, 558.

(59) V., sul punto, A. Crismani, *Lo scioglimento degli organi di governo*, cit., 29. La Corte costituzionale, con la già sopra richiamata sentenza n. 182 del 2014, ha respinto la questione di costituzionalità relativa a tale previsione processuale, perché, secondo il giudice delle leggi, la deroga agli ordinari criteri di riparto della competenza risulta coerente ed adeguata rispetto alla finalità di assicurare tutela a fronte di atti dell'amministrazione centrale dello Stato, oltre che a quella di assicurare l'uniformità della giurisprudenza sin dal primo grado di giudizio e, conseguentemente, il perseguimento di tali fini giustifica e legittima il regime processuale differenziato e la concentrazione della competenza funzionale in capo al solo Tribunale Amministrativo per il Lazio, sede di Roma.

(60) A. Crismani, *Lo scioglimento degli organi di governo*, cit., 31. Emblematico, per tutti, è la recente vicenda del disciolto Consiglio comunale di Brescello, esaminata da Cons. St., sez. III, 7 dicembre 2017, n. 5782.

(61) La prevalente natura preventiva e cautelare di questo eccezionale istituto, affidata all'interpretazione della giurisprudenza costituzionale e, soprattutto, di quella amministrativa che ha cercato di scolpirne gli elementi costitutivi, soprattutto dopo la riforma del 2009, entro salde e determinate linee ermeneutiche, oltre a scongiurare il rischio di un suo inquadramento entro il

panorama delle « sanzioni » codificato secondo i cc.dd. criteri Engel dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, dovrebbe porlo al riparo, anche nell'imminente futuro, dalle censure di indeterminatezza mosse sul piano sistematico, e con una portata espansiva non agevolmente immaginabile ad oggi, dalla Corte di Strasburgo, nella sentenza De Tommaso c. Italia, alle fattispecie nazionali di prevenzione personale e, soprattutto, dall'obiezione di non sufficiente prevedibilità degli elementi indiziari che, posti a fondamento della misura secondo le coordinate dell'art. 143, giustificano una così drastica limitazione delle libertà democratiche e, come ora subito si dirà, dell'elettorato passivo. Il riferimento appena esplicitato è alla ben nota sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, 1039 e ss., con nota di V. Maiello, De Tommaso c. Italia e la Cattiva coscienza delle misure di prevenzione, che ha criticato aspramente il sistema delle misure di prevenzione, quale previsto dall'art. 1 della l. n. 1423 del 1956, ma anche alle prime applicazioni giurisprudenziali e, in particolare, al dispositivo pronunciato dalle Sezioni Unite penali il 27 aprile 2017 in riferimento all'art. 75 del d. lgs. n. 159 del 2011, in una interpretazione « convenzionalmente » orientata di tale disposizione, sul quale v. V. Maiello, De Tommaso c. Italia, cit., 1045-1046. Per la questione v. comunque, supra, cap. 1, § 70, nt. 35 e nt. 36.

(62) V., per il primo caso, Cons. St., sez. III, 24 febbraio 2016, n. 748, *Giur. it.*, 2016, 6, 1722 e ss., già citata, e, per il secondo caso, Cons. St., sez. IV, 3 marzo 2016, n. 876, in *Foro amm.*, 2016, 3, 852, sentenze entrambe già citate. Accanto alla tutela demolitoria non va, naturalmente, dimenticata anche la eventuale tutela risarcitoria nei confronti dei soggetti — sindaco e consiglieri comunali — comunque lesi dall'illegittimo provvedimento dissolutivo. V., sul punto, ancora le riflessioni di A. Crismani, *Lo scioglimento degli organi di governo*, cit., 31 e la giurisprudenza ivi citata.

(63) Su questa misura, introdotta con la riforma della l. n. 94 del 2009 di cui si è già detto, v., in giurisprudenza, Cass., sez. I, 22 settembre 2015, n. 18696, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 5, 768 e ss., con nota di R. Cantone e P. Parisi, Incandidabilità degli amministratori responsabili dello scioglimento di un ente locale per infiltrazioni mafiose. V., per la sua importanza sistematica, anche la recente sentenza della Cass. civ., sez. I, 11 gennaio 2017, n. 516, la quale, riferendosi, più in generale, alla fattispecie dell'art. 143 del T.U.E.L., rammenta, in consonanza con la giurisprudenza del Consiglio di Stato, che esso è un procedimento peculiare finalizzato alla difesa della collettività dalle infiltrazioni mafiose, culminante nel potere straordinario dell'autorità di scioglimento del consiglio comunale, « quale rimedio di extrema ratio volto a salvaguardare beni primari dell'intera collettività nazionale, messi in pericolo o compromessi dalla collusione tra amministratori locali e criminalità organizzata o dal condizionamento comunque subito dai primi, non fronteggiabile con altri apparati preventivi o sanzionatori dell'ordinamento; di cui la proposta di incandidabilità del comma 11, costituisce il necessario completamento, e nel contempo una importante misura preventiva nei confronti degli amministratori locali che con le loro condotte abbiano determinato lo scioglimento del consiglio dell'ente locale ».

(64) Così R. Cantone e P. Parisi, *Incandidabilità degli amministratori*, cit., 770.

(65) Cons. St., sez. III, 28 giugno 2017, n. 3170.

(66) Corte cost., 23 giugno 2014, n. 182, in *Foro amm.*, 2014, 10, 2482, già citata, la quale richiama, tra l'altro, il precedente della stessa Corte cost., 26 giugno 2007, n. 237, in *Dir. proc. amm.* 2008, 2, 491,

con nota di F. De Leonardis, La Corte costituzionale accresce la competenza funzionale del Tar Lazio: verso un nuovo giudice centrale dell'emergenza?

(67) V., sul punto, Cons. St., sez. V, 22 dicembre 2005, n. 7335, in Corr. giur., 2006, 4, 477, con nota di L. Carbone e M. D'Adamo, Revoca di contratti stipulati dal Comune sciolto per infiltrazioni mafiose. Sul punto v., comunque, anche B. Gagliardi, Lo scioglimento dei consigli comunali, cit., 3336.

ASSOCIAZIONI DI TIPO MAFIOSO SICUREZZA PUBBLICA - IL DEFICIT DI TIPICITÀ DELLE INTERDITTIVE ANTIMAFIA

di Alessandra Amore (*)

Cons. Stato Sez. III, 05 settembre 2019, n. 6105

D.Lgs. 06-09-2011, n. 159, Art. 84 - Definizioni

Nel 2019, secondo la relazione redatta dall'Autorità nazionale anticorruzione, risultano interdette 2044 imprese italiane, delle quali 1458 con sede nelle Regioni del Mezzogiorno. Un dato allarmante che, se per un verso, sembrerebbe condivisibile per scongiurare l'infiltrazione delle associazioni mafiose nell'economia nazionale nel sistema degli appalti pubblici e nei finanziamenti erogati dallo Stato; dall'altro, potrebbe ragionevolmente comprendersi a causa del quadro normativo molto ampio ed articolato che connota il sistema della documentazione antimafia.

Il presente lavoro muovendo dall'impianto motivazione della sentenza del 5 settembre del 2019, n. 6105 si propone di indagare, anzitutto, il deficit di tipicità dell'art. 84, comma 4, lett. d) ed e), D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159 e di rivalutare l'applicazione dell'art. 7 ss., L. 7 agosto 1990, n. 241, nella materia in esame. In secondo luogo, si rifletterà sulla possibile operatività del principio di tassatività sostanziale e processuale, in presenza di una disposizione normativa, qual è l'art. 84, comma 4, lett. d) ed e), D.Lgs. n. 159/2011, priva di una classe c.d. premessa.

Sommario: Premessa - Il fatto - L'inquadramento normativo dell'interdittiva antimafia e la necessità di rivalutare il giusto procedimento, ex art. 7 ss. L. n. 241 del 1990, tra Prefetto e imprese. - (Segue) il rapporto tra la portata escludente dell'interdittiva antimafia e il self cleaning - L'(in)operatività della tassatività sostanziale e processuale in materia di interdittiva antimafia - Considerazioni conclusive
Premessa

Innanzitutto, alla crescita esponenziale dell'economia globale, l'esperienza quotidiana dimostra che le cosche mafiose, in alcuni settori come: le opere pubbliche; la gestione dei rifiuti; lo sfruttamento di nuovi fonti energetiche (...), impiegano o controllano, direttamente o indirettamente, ingenti capitali e risorse umane. I motivi per cui il fenomeno criminoso si infiltra nell'economia nazionale del sistema degli appalti pubblici e/o nel conseguimento di concessioni di costruzioni o di finanziamenti erogati da parte dello Stato sono molteplici; basti pensare: all'interesse ad impiegare i proventi dell'attività criminosa nello svolgimento delle attività legali, al fine di far apparire leciti i guadagni agli occhi della società e del fisco; l'intento di aggiudicarsi l'appalto per appropriarsi delle risorse pubbliche ad esso destinate.

In tal contesto, dunque, se emerge sempre come maggiore la necessità di una regolamentazione flessibile che riconosca discrezionalità in capo alle amministrazioni appaltanti, appare come fisiologico il contrasto degli aspetti patologici (pratiche corruttive, di infiltrazione mafiosa) ed il bisogno di intervenire attraverso regole di prevenzione (ex ante) e di strumenti di controllo (ex post).

Come noto, l'interdittiva antimafia, artt. 84, comma 4, e 91, D. Lgs. 6 settembre del 2011, n. 159 (da qui in poi anche Codice antimafia o Cad) è uno degli strumenti principali (c.d. misura cautelare e preventiva), idonei a contrastare eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa nel tessuto economico tra P.A. e imprenditori, a presidio dell'ordine pubblico economico, della tutela della concorrenza, art. 117, comma 2, lett. e), Cost. tra le imprese, e del buon andamento e imparzialità della P.A, art. 97 Cost.

Tuttavia, negli ultimi anni, si riscontra un significativo incremento statistico del rilascio delle interdittive antimafia, al punto da determinare, in via generalizzata, una progressiva espansione applicativa di tale potere prefettizio.

Basti pensare che nel 2018, secondo la relazione redatta dall'Autorità nazionale anticorruzione, i Prefetti hanno emesso 573 interdittive antimafia, il 370% in più rispetto al 2014, quando ne furono rilasciate appena 122; giungendo così, ad interdire 2044 imprese italiane, delle quali 1458 con sede nelle Regioni del Mezzogiorno (1) . Un dato allarmante che, se per un verso, sembrerebbe condivisibile per preservare la sicurezza pubblica, dall'altro, potrebbe ragionevolmente comprendersi, a causa del quadro normativo molto ampio ed articolato che connota il sistema della documentazione antimafia nonché dall'accentuata discrezionalità riconosciuta al Prefetto, art. 84, comma 4, lett. d) ed e), D.Lgs. n. 159/2011.

Ebbene, la sentenza in rassegna del 5 settembre del 2019, n. 6105 rappresenta un'ulteriore testimonianza della particolare attenzione che la giurisprudenza amministrativa riserva in relazione ai presupposti necessari per l'adozione delle interdittive antimafia ed al ruolo estremamente delicato del giudice amministrativo in tale materia.

Proprio muovendo dall'impianto motivazione racchiuso nella sentenza in commento, il presente lavoro si propone di indagare la tematica dell'interdittiva antimafia, sotto un duplice profilo. Anzitutto, si rifletterà in ordine al deficit di tipicità di cui all'art. 84, comma 4, lett. d) ed e), Codice antimafia e sulla necessità di rivalutare l'operatività della disciplina del giusto procedimento, art. 7 ss. L. 7 agosto 1990, n. 24, nella materia in esame. In secondo luogo, si rifletterà in ordine alla possibile operatività del principio di tassatività sostanziale e processuale, in presenza di una disposizione normativa, qual è l'art. 84, comma 4, lett. d) ed e), cit., priva di una classe c.d. premessa.

Il fatto

La vicenda trae origine da un'interdittiva antimafia rilasciata dalla Prefettura di Reggio Calabria, ex artt. 89

bis e 91, D.Lgs. n. 159/2011.

Secondo la Prefettura reggina la società interdetta - che gestisce delle strutture alberghiere, destinate all'accoglienza di turisti e di migranti - sarebbe strumentale all'infiltrazione delle cosche mafiose calabresi nel delicato settore della gestione dei centri di accoglienza.

La società in questione propone ricorso innanzi al T.A.R. Calabria, sez. staccata di Reggio Calabria, denunciando la violazione degli artt. 84, 85, commi 1 e 3, 91 D.Lgs. n. 159/2011, per eccesso di potere per carenza e travisamento dei presupposti nonché per violazione dell'art. 3 della L. n. 241/1990.

Avverso la sentenza di primo grado è proposto appello innanzi al Consiglio di Stato che ha ritenuto privi di fondamento i motivi dell'appellante, per le seguenti considerazioni.

Anzitutto, il Collegio ha ribadito che in materia di interdittiva antimafia, le situazioni sintomatiche della permeabilità mafiosa devono essere provate secondo la regola civilistica del "più probabile che non".

In secondo luogo, il giudice amministrativo ritiene di dover disattendere la tesi prospettata dalla difesa in ordine alla qualificazione dell'art. 84, comma 4, D.Lgs. n. 159/2011 come una norma c.d. in bianco (2).

Ove si propendesse per questa tesi, infatti, secondo il giudice amministrativo, si finirebbe per ancorare l'informazione antimafia a soli elementi tipici previsti dal legislatore, con contestuale annullamento della discrezionalità amministrativa e qualificazione del provvedimento prefettizio come atto vincolato, inadeguato alla "specificità della singola vicenda", proprio in una materia in cui la normativa deve essere massima "l'efficacia adeguatrice di una norma elastica al caso concreto" (3) . Altresì, il Consiglio di Stato - muovendo dalle considerazioni condotte dalla Corte costituzionale con la sent. n. 24/2019 - ritiene che il deficit di tipicità della disposizione in esame sia stato colmato dalla giurisprudenza amministrativa, mediante l'individuazione di alcune fattispecie concrete, ha consentito agli operatori economici di prevedere ragionevolmente le condotte rilevanti per il rilascio dell'interdittiva antimafia (4) .

Infine, il Consiglio di Stato, conclude specificando che il sistema della prevenzione amministrativa antimafia "deve comunque rispettare l'irrinunciabile principio di legalità, non solo in senso formale ma anche sostanziale" e spetta al giudice amministrativo, tenuto a sindacare il corretto esercizio del potere prefettizio nel prevenire l'infiltrazione mafiosa, il ruolo di custode "delle irrinunciabili condizioni di tassatività sostanziale e di tassatività processuale di questo potere per una tutela giurisdizionale piena ed effettiva di diritti aventi rango costituzionale, come quello di libera iniziativa imprenditoriale (art. 41 Cost.), nel necessario, ovvio, bilanciamento con l'altrettanto irrinunciabile, vitale, interesse dello Stato a contrastare l'insidia delle mafie". L'inquadramento normativo dell'interdittiva antimafia e la necessità di rivalutare il giusto procedimento, ex art. 7 ss. L. n. 241 del 1990, tra Prefetto e imprese.

Com'è noto, ai sensi dell'art. 83 D. Lgs. n. 159/2011, "le P.a. e gli enti pubblici, anche costituiti in stazioni uniche appaltanti, gli enti e le aziende vigilati dallo Stato o da un altro ente pubblico" (...) "devono acquisire la documentazione antimafia di cui all'articolo 84 prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture pubbliche, ovvero prima di rilasciare o consentire i provvedimenti indicati nell'articolo 67".

Il rilascio dell'interdittiva antimafia da parte del Prefetto, dunque, esclude che un imprenditore possa stipulare contratti di appalto di lavori, servizi e forniture con la P.A. ovvero possa ottenere concessioni, elargizioni o altri titoli abilitativi, individuati dalla legge, da parte delle Istituzioni (5) .

L'effetto precipuo dell'interdittiva antimafia, infatti, va rintracciato "nell'attivazione di una particolare forma di incapacità giuridica", la quale preclude al destinatario la "possibilità di essere titolare di quelle situazioni giuridiche soggettive (diritti soggettivi, interessi legittimi) che determinino (sul proprio c.d. lato esterno) rapporti giuridici con la pubblica amministrazione" (6) .

Attualmente, il sistema della documentazione antimafia - disciplinato dal capo II del libro II del D.Lgs. n. 159/2011, confermato dalla L. 17 ottobre 2017, n. 161 - risulta composto dalla comunicazione antimafia e dall'informativa c.d. tipica. Mentre la prima ha natura vincolante, poiché attesta "la sussistenza o

meno delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto, art. 67", conseguente alle misure di prevenzione personali applicate dall'autorità giudiziaria.

La seconda documentazione, invece, si presenta connotata da un contenuto vincolato, laddove attesta la misura di prevenzioni personale "la sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'art. 67", e da un'accentuata discrezionalità, se adottata sulla base di elementi idonei a provare "tentativi di infiltrazione mafiosa e a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o delle imprese interessate", art. 84, comma 3, Cda.

Gli elementi indiziari sono valutati dall'Autorità prefettizia a conclusione degli accertamenti svolti nei confronti dei soggetti che sono soci ovvero esercitano funzioni direzionali o di indirizzo presso associazioni, imprese, società, consorzi e rti (ossia raggruppamenti temporanei di impresa), ovvero svolgono attività imprenditoriali e intrattengono rapporti con le P.A., art. 85, Codice antimafia. L'art. 84, comma 3, Codice antimafia, dunque, riconosce quale elemento fondante dell'interdittiva antimafia la configurazioni di condizioni sintomatiche di infiltrazione mafiosa tendenti a generare un asservimento da parte dell'operatore economico nei confronti delle organizzazioni criminali (7) .

Sicché, il Prefetto sarà tenuto a valutare il pericolo di infiltrazione mafiosa sulla base "di indizi gravi, precisi e concordanti, sì da far ritenere 'più probabile che non', il pericolo di infiltrazione mafiosa" (8) .

Per la giurisprudenza amministrativa, quindi, ai fini dell'adozione dell'interdittiva antimafia non è richiesta la certezza probatoria di un fatto, secondo il principio "al di là di ogni ragionevole dubbio" (c.d. b.a.r.d.), ma la mera presenza di elementi sintomatici e indiziari, idonei a provare che l'attività di impresa possa essere direttamente o indirettamente collegata con organizzazione mafiose ovvero essere condizionate da queste (9) .

Così chiarito, il giudice amministrativo ritiene di dover escludere il sistema della documentazione antimafia da qualsiasi logica penalistica di certezza probatoria raggiunta al di là di ogni ragionevole dubbio, al fine di preservare la natura di misura cautelare e la funzione di controllo del provvedimento prefettizio (10) .

Attraverso, dunque, l'applicazione del criterio civilistico, la sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa, volti a condizionare le scelte delle società interessate, si potrà ritenere provata se risulta più probabile "rispetto a tutte le altre (ipotesi) messe insieme", ossia se rappresenti il 50% + 1 di possibilità, c.d. probabilità cruciale (11) .

Dalle considerazioni suesposte emerge indubbiamente il carattere squisitamente ricognitivo che connota il provvedimento prefettizio; tramite interferenze causali il Prefetto è tenuto: a valutare la rilevanza dei fatti acquisiti in sede istruttoria, ai fini della prognosi di rischio di condizionamento mafioso; a provare il nesso causale (tra fatti e conclusione, costituita dalla sussistenza di elementi idonei a provare il pericolo di infiltrazione mafiosa); infine, ad assolvere il delicato compito di garantire l'equilibrio tra i molteplici interessi che si configurano: da un lato, il principio di non colpevolezza dell'imputato, art. 27 Cost., e la libertà di iniziativa economica privata, art. 41 Cost., dall'altro, la tutela della sicurezza pubblica ed il buona andamento della P.A., art. 97 Cost. (12) .

Chiarito il metodo che guiderà la valutazione discrezionale cui è tenuto il Prefetto, l'attenzione si catalizza sugli elementi idonei a disegnare il quadro indiziario e sulla rilevanza temporale del carattere attuale dei medesimi (elementi).

In ordine al primo profilo, se per un verso, il legislatore ha cristallizzato alcune situazioni idonee a comprovare un eventuale tentativo di infiltrazione mafiosa (i.e.: la presenza di provvedimenti giurisdizionali di condanna, anche non definitivi, in ordine ad alcuni delitti, art. 84, comma 4, lett. a, D.Lgs. n. 159/2011); per altro, l'art. 84, comma 4, lett. d) ed e), D.Lgs. n. 159/2011 contiene una clausola generale che consente al Prefetto di desumere l'infiltrazione mafiosa da condizioni di volta in volta differenti da individuarsi, a seconda delle realtà criminali.

Proprio la formulazione generica prevista dall'art. 84, comma 4, Codice antimafia farebbe ritenere che il legislatore abbia previsto una norma c.d. in bianco, per riservare all'Autorità prefettizia ampia discrezionalità in ordine agli elementi da valutare ai fini del rilascio del provvedimento in esame.

Precisamente, secondo la tesi difensiva, prospettata nella sentenza in commento, il legislatore, individuando solo l'obiettivo sotteso alla disposizione normativa, sembrerebbe aver conferito un potere amministrativo vasto al Prefetto, in violazione al principio di legalità sostanziale, posto a base dello Stato di diritto. Tale scelta legislativa se parrebbe condivisibile alla luce dell'esigenza preminente di tutelare la sicurezza pubblica, allo stesso tempo, risulterebbe altamente opinabile, laddove l'esigenza di tipizzare gli elementi risulta preminente per: conformare l'operato del Prefetto, al principio di certezza del diritto; disciplinare i casi di restrizione della libertà di iniziativa economica privata, nel rispetto della riserva di legge c.d. implicita che copre l'art. 41 Cost.; infine, scongiurare il c.d. ergastolo imprenditoriale.

Non sembra militare in tal senso, però, il giudice amministrativo, che puntualizza: "l'ancoraggio dell'informazione antimafia a soli elementi tipici darebbe vita ad un atto vincolato"; subordinato a presunzioni ex lege, inadeguate alla materia in esame, per la quale è indispensabile una disposizione normativa elastica, idonea a modellarsi sui differenti casi concreti (13) .

Anche tale ultima considerazione non parrebbe esente da critiche.

Con la positivizzazione degli elementi tipici, infatti, il provvedimento prefettizio non si configurerebbe come atto connotato da discrezionalità tecnica, quanto piuttosto da discrezionalità mista. La disposizione normativa, infatti, se da un lato, si limiterebbe a predeterminare gli elementi rilevanti ai fini dell'interdittiva antimafia, dall'altro, riserverebbe al Prefetto la valutazione circa l'attualità e la concretezza degli elementi idonei a formare una prognosi di permeabilità mafiosa.

Quanto al secondo profilo, la giurisprudenza amministrativa ha più volte chiarito che: il carattere attuale degli elementi permane fino a quando non sopravvengono circostanze nuove, ulteriori, e idonee a comprovare il venir meno della situazione di pericolo, ossia l'inattendibilità del quadro indiziario ab origine valutato dal Prefetto. Per converso, quindi, potrebbe considerarsi legittimo un provvedimento prefettizio adottato anche sulla base di elementi risalenti nel tempo, purché dal complesso delle vicende esaminate emerga un quadro indiziario, idoneo a giustificare il "giudizio di attualità e di concretezza del pericolo di infiltrazione mafiosa nella gestione dell'attività di impresa" (14) .

Quest'ultimo indirizzo giurisprudenziale sembrerebbe individuare alcuni principi corollari su cui si regge la materia oggetto di studio.

Per un primo aspetto, il mero trascorrere del tempo non implica di per sé la perdita del requisito di attualità del tentativo di infiltrazione mafiosa, essendo, piuttosto, necessari fatti nuovi che consentono di ritenere l'impresa fuoriuscita dal cono d'ombra della mafiosità (15) .

In secondo luogo, la scelta di subordinare la revoca dell'interdittiva antimafia alla configurazione di situazioni nuove implicherebbe una rivalutazione degli interessi in gioco, degli elementi di fatto e di diritto posti originariamente a fondamento dell'informativa antimafia; circoscrivendo, allo stesso tempo, il potere discrezionale riservato al Prefetto in sede di revoca dell'interdittiva antimafia nonché di adozione di una nuova interdittiva (16) .

Orbene, nonostante sia riconosciuta al Prefetto un'ampia discrezionalità, tale valutazione non è per nulla semplice e, frequentemente, le interdittive antimafia sono impugnate da parte dei soggetti interessati, per asserita assenza di elementi sintomatici, idonei a provare un effettivo o tentativo condizionamento da parte della criminalità organizzata.

Questi alcuni aspetti problematici, ci si chiede se esiste un istituto che consenta all'impresa di cooperare con il Prefetto ex ante all'adozione dell'interdittiva antimafia.

Una chiave di soluzione a tale problema la si potrebbe individuare nel diritto di partecipazione al procedimento amministrativo, di cui all'art. 10, L. 7 agosto 1990, n. 241, indispensabile per garantire un fase procedimentale fondata sul contraddittorio e improntata su una maggiore trasparenza amministrativa.

Infatti, attraverso il diritto di partecipazione il privato può: prendere visione ed estrarre documenti; presentare memorie ed osservazioni utili per la valutazione degli indizi sintomatici del pericolo di infiltrazione mafiosa; contribuire alla definizione del quadro indiziario rilevante nonché far sorgere un maggior onere motivazionale in capo al Prefetto, tenuto a motivare le ragioni per le quali ritiene di disattendere le osservazioni presentate dal privato.

La partecipazione al procedimento, quindi, assolve una duplice funzione: difensiva e collaborativa. Quanto al primo aspetto, il privato ha facoltà di rappresentare nel procedimento amministrativo gli stessi interessi che potrebbe far valere in sede processuale. In ordine al secondo, invece, la partecipazione del cittadino consente di far emergere gli interessi di natura privata, sottesi all'agire amministrativo, al fine di orientare il potere della P.A., attraverso una ponderata valutazione di tutti gli interessi pubblici e privati in gioco, per il miglior soddisfacimento dell'interesse pubblico (17) .

Tale impostazione ermeneutica non sembrerebbe essere condivisa dalla giurisprudenza amministrativa, la quale, considerando il procedimento amministrativo in materia di interdittiva antimafia connotato da un'intrinseca riservatezza ed urgenza, ritiene il Prefetto non obbligato a comunicare l'avvio del procedimento amministrativo ai soggetti interessati, ex art. 7, L. n. 241/1990 (18) .

Orbene, nonostante tale indirizzo giurisprudenziale si sia consolidato nel tempo, la lettura combinata tra gli artt. 7, 10, e 13 della L. n. 241/1990 potrebbe implicare una rivisitazione del superiore indirizzo.

Anzitutto, la clausola di riserva "Ove non sussistano ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento (...)", art. 7, L. n. 241/1990, che consente di derogare all'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento, non potrebbe trovare applicazione nella materia dell'interdittiva antimafia, per un duplice motivo: in primo luogo, l'etimologia del termine "celerità" consentirebbe di ovviare all'obbligo in questione solo nel caso in cui la P.A. dovrebbe fronteggiare situazioni emergenziali, ossia quelle circostanze in cui l'applicazione del termine ordinario del procedimento amministrativo potrebbe compromettere il corretto perseguimento dell'interesse pubblico (19) .

Tale situazione di celerità se, per un verso, parrebbe sussistere, ad esempio, in materia di ordinanze contingibili ed urgenti, in cui la P.A. adotta l'ordinanza precitata per fronteggiare e disciplinare situazione emergenziali ed impreviste, non disciplinabili attraverso il ricorso agli strumenti ordinari; per

altro, non sembrerebbe ravvisarsi in materia di interdittiva antimafia, provvedimento ormai rilasciato ordinariamente dalle Prefetture, entro il termine ordinario di 30 giorni, analogo a quello di cui all'art. 2, L. n. 241/1990.

In secondo luogo, tra le attività compiute dalla P.A. non soggette all'applicazione delle disposizioni in materia di partecipazione al procedimento amministrativo (i.e. adozione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione ...) non vi rientra quella diretta all'emanazione dell'interdittiva antimafia, art. 13, L. n. 241/1990.

Altresì, si rammenta che non tutti i provvedimenti prefettizi sono adottati sulla base di fatti coperti da segreto di Stato e riservatezza. Sulla scorta di tali considerazioni, quindi, sembrerebbe maggiormente condivisibile la tesi, in tale sede proposta, secondo la quale in capo al Prefetto dovrebbe sorgere l'obbligo di dare comunicazione dell'avvio del procedimento al soggetto interessato, art. 7, L. n. 241/1990; fermo restando che, al fine di preservare la segretezza di alcuni documenti, in sede procedimentale, si dovrebbe scindere l'ipotesi in cui l'interdittiva antimafia è adottata dal Prefetto sulla base di informazioni da lui possedute, da quella in cui l'informativa assume come atti presupposti le informazioni coperte da segreto istruttorio (i.e. informazioni acquisite in sede di indagini dalla polizia...) ovvero quelle afferenti le operazioni di polizia in corso, per contrastare la delinquenza organizzata e preservare la sicurezza pubblica.

Mentre nel primo caso, il soggetto interessato avrebbe il diritto di prendere visione ed estrarre copia degli atti del procedimento; nella seconda fattispecie, invece, i documenti consultati dal Prefetto non potrebbero essere oggetto di ostensione, poiché coperti da segreto istruttorio, ex art. 10, comma 1, lett. a), L. n. 241/1990 (i.e. secondo l'art. 329 c.p.p.: "gli atti di indagine compiuti dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria sono coperti dal segreto fino a quando l'imputato non ne possa avere conoscenza e, comunque, non oltre la chiusura delle indagini preliminari").

(Segue) il rapporto tra la portata escludente dell'interdittiva antimafia e il self cleaning

Al di là delle congetture teoriche e giuridiche che giustificerebbero l'applicazione delle norme sulla partecipazione al procedimento amministrativo, l'importanza reale del diritto di partecipazione da riconoscere al soggetto privato la si coglie attraverso l'analisi di alcuni esempi funzionali al discorso in svolgimento (20). Ad esempio, occorrerebbe riflettere sulla portata escludente o meno dell'interdittiva antimafia dalla procedura di appalto, art. 80, comma 2, Codice dei contratti pubblici nell'ipotesi in cui l'operatore economico, autore di illeciti, si sia ravveduto ed abbia ricorso all'istituto del self cleaning.

Preliminarmente, giova rammentare che una delle novità previste dal Codice dei contratti pubblici del 2016, infatti, riguarda proprio l'istituto del self cleaning. Nello specifico, ai sensi del comma 7, art. 80,

D.Lgs. n. 50/2016, l'operatore economico o il subappaltatore che sia stato condannato con sentenza definitiva ad una pena non superiore a 18 mesi di reclusione, per una delle ipotesi di reato di cui all'art. 80, comma 1, cit., ovvero che sia autore di una delle condotte di cui al comma 5 può comunque partecipare alla procedura di gara se prova di aver risarcito qualunque danno causato dal reato o dall'illecito e di aver adottato provvedimenti di carattere tecnico, organizzativo, idonei a prevenire ulteriori illeciti o reati.

In particolare, secondo le Linee guida dell'Anac n. 6, l'operatore economico è tenuto a provare la propria affidabilità dimostrando: di aver adottato "provvedimenti volti a garantire adeguata capacità professionale dei dipendenti (...); l'adozione di misure finalizzate a migliorare la qualità delle prestazioni attraverso interventi di carattere organizzativo, strutturale e/o strumentale; la rinnovazione degli organi societari (...)"

(21) .

Tali misure devono essere state adottate prima della presentazione della domanda di partecipazione alla procedura di gara. In tal caso, la stazione appaltante sarà tenuta ad avviare un procedimento in

contraddittorio con l'offerente a conclusione del quale, se ritiene le misure adottate dall'operatore economico sufficienti a garantire l'affidabilità del concorrente stesso, lo ammetterà alla gara di appalto.

Così chiarito, cosa accadrebbe se l'operatore economico, condannato con una sentenza penale di condanna per un periodo non superiore a 18 mesi, fosse ammesso alla procedura di gara, in virtù dell'art. 80, comma 7, D.Lgs. n. 50/2016 e successivamente attinto da interdittiva antimafia?

Da un'analisi complessiva del quadro normativo tratteggiato dall'art. 80, D.Lgs. n. 50/2016, la stazione appaltante dovrebbe escludere l'operatore economico per le considerazioni di seguito esposte.

Per un primo aspetto, le interdittive antimafia adottate dal Prefetto, previa valutazione degli elementi sintomatici di tentativi di infiltrazione mafiosa, costituiscono causa di esclusione dalla gara di appalto, ex art. 80, comma 2, D.Lgs. n. 50/2016 (22) .

Per un secondo aspetto, l'operatività del self cleaning solo in ordine ai commi 1 e 5, art. 80, D.Lgs. n. 50/2016 sembrerebbe valorizzare ulteriormente l'applicabilità del comma 2 in luogo del ricorso al self cleaning.

Se tale soluzione sembrerebbe condivisibile nell'ipotesi in cui l'interdittiva antimafia fosse adottata sulla base di elementi indiziari differenti da quelli valutati in sede di self cleaning, non parrebbe così immediata nel caso che ci occupa.

Nell'esempio in esame, infatti, si presume che la P.A. ed il Prefetto abbiano condotto una valutazione ponendo a fondamento il medesimo fatto, ossia una sentenza penale definitiva, che condanna a 18 mesi di reclusione. In tal caso il processo valutativo condotto dalle P.A. interessate afferisce il medesimo fatto, ma è mosso da logiche differenti. Mentre la stazione appaltante è tenuta a valutare in sede procedimentale l'affidabilità dell'operatore economico, autore precedentemente di reati, il Prefetto valuterà se adottare un'informativa antimafia, per scongiurare l'inquinamento dell'economia sana da parte delle imprese strumentalizzate o condizionate dalla criminalità organizzata.

In tal contesto, nell'intento di garantire un equo bilanciamento tra i delicatissimi interessi sottesi, si potrebbe riconoscere carattere c.d. atipico alla interdittiva antimafia e, di conseguenza, in assenza di un effetto interdittivo immediato, spetterebbe alla stazione appaltante il compito di valutare l'affidabilità dell'operatore economico nonché l'idoneità del quadro indiziario posto a fondamento del provvedimento prefettizio a provare la permeabilità mafiosa.

Tale ricostruzione, però, se sembrerebbe preservare la logica pro - concorrenziale sottesa all'istituto del self cleaning, per altro, colliderebbe con quanto previsto dall'art. 80, comma 2, D.Lgs. n. 50/2016.

Da quanto sopra, è chiaro come sia impellente la necessità di sganciare il provvedimento prefettizio da aspetti inquisitori e di consentire all'imprenditore la possibilità di partecipare al procedimento amministrativo per presentare le proprie difese. L'adozione di una misura interdittiva, quindi, dovrebbe essere preceduta dall'ordine del Prefetto di compiere, entro un certo lasso di tempo, condotte idonee a prevenire l'infiltrazione della criminalità organizzata (c.d. self cleaning) ed applicata solo in caso di inadempimento da parte dell'imprenditore interessato.

Per le considerazioni suesposte, dunque, parrebbe auspicabile una rimeditazione dell'orientamento giurisprudenziale, che esclude, sino ad oggi, l'operatività dell'art. 7, L. n. 241/1990, in tema di interdittiva antimafia.

La comunicazione di avvio del procedimento amministrativo, dunque, si presenta come presupposto indispensabile, da un lato, per garantire l'instaurazione del contraddittorio con il soggetto interessato; dall'altro, per consentire alla P.A., alla luce delle osservazioni e memorie depositate dal privato, di valutare tutti gli elementi di conoscenza utili o indispensabili, per un corretto esercizio del potere discrezionale e per un equo bilanciamento degli interessi coinvolti nel procedimento (libertà di iniziativa

economica privata, art. 41 Cost., e la tutela della sicurezza pubblica, mediante contrasto con la criminalità organizzata).

Altresì, dalla partecipazione del soggetto interessato al procedimento amministrativo potrebbero derivare i seguenti risvolti sul piano processuale: la riduzione del contenzioso amministrativo; un sindacato giurisdizionale maggiormente incisivo da parte del giudice amministrativo, per valutare l'eventuale illogicità ed irragionevolezza del contenuto dell'informativa antimafia; la possibilità per l'imprenditore interdetto di esercitare in maniera più efficiente il diritto di difesa, art. 24 Cost.; infine, un maggior onore motivazionale in capo al Prefetto, tenuto ad motivare dettagliatamente le ragioni per le quali ritiene di doversi discostare dalle ragioni ed osservazioni fatte valere dal privato in sede di procedimento.

L'(in)operatività della tassatività sostanziale e processuale in materia di interdittiva antimafia

Nel paragrafo precedente si sono condotte alcune considerazioni in merito alla qualificazione dell'art. 84, comma 4, Codice antimafia come norma in bianco.

Secondo la tesi sostenuta da parte appellante, infatti, la scelta legislativa - di non delimitare alcun parametro oggettivo che possa circoscrivere il margine di discrezionalità del Prefetto in sede di adozione dell'interdittiva antimafia - sembrerebbe poco sostenibile in "un ordinamento democratico che rifugga degli antichi spettri del diritto polizia o dalle pene del sospetto e voglia ancorare qualsiasi provvedimento restrittivo di diritti fondamentali a basi legali precise e determinate".

Tale impostazione sembrerebbe condivisibile, poiché la misura interdittiva restrittiva della libertà di iniziativa economica privata preclude all'impresa la possibilità di produrre reddito; pertanto, pur se sprovvista dal carattere sanzionatorio deve essere ricondotta al genus di provvedimenti con portata afflittiva (in chiave preventiva) e adottata nel rispetto del principio di determinatezza della descrizione normativa dei comportamenti o degli elementi presi in considerazione come fonte di giustificatrice di dette limitazioni.

Così, l'art. 84, comma 4, D.Lgs. n. 159/2011, restrittivo dei diritti tutelati a livello costituzionale, artt. 41 e 42 Cost., e convenzionale, art. 1 Protocollo Cedu, potrebbe essere legittimo solo previa sussistenza dei seguenti presupposti.

Prima di tutto, occorrerebbe una previsione legislativa che consenta ai destinatari di prevedere gli elementi che legittimano l'adozione della misura interdittiva; secondariamente, la restrizione di tali diritti deve essere

"necessaria" e proporzionata agli obiettivi da perseguire; infine, tale misura deve essere adottata all'esito di un procedimento, svolto nel contraddittorio tra le parti.

Analogamente alle misure di prevenzione, dunque, anche in materia di adozione dell'interdittiva antimafia, il processo valutativo ha natura bifasica, in quanto il Prefetto dovrebbe accertare: preliminarmente, la sussistenza dei fatti, degli elementi previsti dal legislatore; in un secondo momento, valutare il grado di attualità, di concretezza dei medesimi ai fini del tentativo di infiltrazione mafiosa.

Così, la tipizzazione degli elementi si configura come condizione necessaria, ma non sufficiente per l'adozione dell'interdittiva antimafia. Infatti, se l'individuazione di tali elementi circoscrive i confini entro cui deve essere esercitato il potere prefettizio allo stesso tempo riserva alla discrezionalità dell'Amministrazione dell'Interno il compito di valutare se i medesimi siano idonei a provare il collegamento dell'impresa con le organizzazioni criminali.

Di parere discordante, però, è la giurisprudenza amministrativa, che, nella sentenza in commento, puntualizza: "come ha ben posto in rilievo la Corte costituzionale nella sentenza n. 24 del 2019 al di fuori della materia penale non può del tutto escludersi che l'esigenza di predeterminazione delle condizioni in presenza delle quali può legittimamente limitarsi 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". A parere del Collegio adito, quindi, è da considerarsi priva di fondamento l'argomentazione giuridica sostenuta dalla difesa, poiché la predeterminazione delle condizioni rilevanti per rilascio dell'interdittiva antimafia, seppur non espressamente indicate nell'art. 84, comma 4, D.Lgs. n. 159/2011, è stata individuata puntualmente dalla giurisprudenza amministrativa.

Grazie all'interpretazione giurisprudenziale affermata a partire dalla sent. n. 1743/2016, infatti, il Collegio ribadisce che gli operatori economici possono prevedere ragionevolmente le condotte rilevanti ai fini del rilascio dell'interdittiva antimafia. Successivamente, spetterà al giudice amministrativo il compito di sindacare il corretto esercizio del potere prefettizio nel prevenire l'infiltrazione mafiosa, facendosi "attento custode delle irrinunciabili condizioni di tassatività sostanziale e di tassatività processuale di questo potere per una tutela giurisdizionale piena ed effettiva di diritti di rango costituzionale, come quello previsto dall'art. 41 Cost."

Così, con la superiore considerazione, il giudice amministrativo sancisce due principi corollari in tema di interdittiva antimafia: l'interpretazione sistematica della giurisprudenza amministrativa soddisfa l'esigenza di predeterminazione degli elementi rilevanti ai fini del rilascio dell'interdittiva antimafia, ex art. 84, comma 4, lett. d), D.Lgs. n. 159/2011; il dovere per il giudice amministrativo di garantire il

rispetto del principio di tassatività sostanziale e processuale, a presidio del corretto bilanciamento tra interesse privato, art. 41 Cost., e interesse pubblico (tutela della sicurezza pubblica).

Muovendo da quest'ultimo aspetto, occorrerebbe chiedersi se tali principi operino in tema di interdittiva antimafia, ex art. 84, comma 4, lett. d) ed e), D.Lgs. n. 159/2011.

Preliminarmente, per evitare sovrapposizioni tra i due concetti, è opportuno chiarire che se la tassatività sostanziale è relativa al thema probandum, quella c.d. processuale, invece, riguarda il quomodo della prova. Altresì, mentre la prima si riferisce al rispetto del principio di legalità, inteso come parametro di precisione, determinatezza e prevedibilità degli elementi costitutivi della fattispecie legale oggetto di prova.

La seconda, invece, attiene alle modalità di accertamento probatorio in giudizio e, di conseguenza, riconducibile ai principi costituzionali di cui agli artt. 24 e 111 Cost. ed a quelli convenzionali, art. 6 CEDU. Ponendo l'attenzione sulla tassatività c.d. sostanziale, tale principio, si applica - secondo la giurisprudenza costituzionale - solo ove il legislatore abbia predeterminato le c.d. classi di comportamento, ossia un insieme di comportamenti (c.d. "base legale") entro cui ricondurre gli elementi valutati dalla P.A., nel pieno rispetto del principio di determinatezza e di legalità sostanziale.

La classe di premessa, quindi, si presenta indispensabile, da un lato, perché l'operatore economico può prevedere ragionevolmente i comportamenti rilevanti in materia di interdittiva antimafia; dall'altro, per consentire al giudice amministrativo di accertare la coerenza tra il giudizio di valore concreto espresso dai singoli fatti valorizzati dalla P.a. e il giudizio di valore astratto espresso nella disposizione normativa.

Quanto sopra non parrebbe riscontrarsi in tema di interdittiva antimafia, poiché l'ampia e generica dizione normativa apposta nell'art. 84, comma 4, lett. d) ed e), D.Lgs. n. 159/2011 sembrerebbe escludere la presenza di una c.d. clausola-premessa.

In tal scenario, quindi, l'interdittiva antimafia sarebbe adottata sulla base di un quadro indiziario valutato attraverso un procedimento creativo della c.d. base della prognosi, non conforme al principio di determinatezza e a quello di legalità c.d. sostanziale.

Ne consegue che, in assenza di una classe premessa all'interno dell'art. 84, comma 4, lett. d) ed e), Codice antimafia, il principio di tassatività sostanziale e processuale non potrebbe applicarsi in tema di interdittiva antimafia.

Per quanto concerne l'interpretazione conforme della giurisprudenza amministrativa - che consente di individuare i comportamenti da ascrivere nella fattispecie di cui all'art. 84, comma 4, D.Lgs. n. 159/2011 - il Consiglio di Stato specifica: l'autorità prefettizia deve valutare il rischio di infiltrazione mafiosa nell'attività di impresa, in modo concreto ed attuale, sulla base dei seguenti elementi: a) i provvedimenti "sfavorevoli" del giudice penale; b) le sentenze di proscioglimento o di assoluzione; c) la proposta o il provvedimento di applicazione di taluna delle misure di prevenzione previste dallo stesso D.Lgs. n. 159/2011; d) i rapporti di parentela; e) i contatti o i rapporti di frequentazione, conoscenza, colleganza, amicizia; f) le vicende anomale nella formale struttura dell'impresa; g) le vicende anomale nella concreta gestione dell'impresa; h) la condivisione di un sistema di illegalità, volto ad ottenere i relativi 'benefici'; i) l'inserimento in un contesto di illegalità o di abusivismo, in assenza di iniziative volte al ripristino della legalità.

Esaminando dettagliatamente tali elementi, la giurisprudenza amministrativa puntualizza: per provvedimenti sfavorevoli del giudice penale, devono intendersi i provvedimenti che dispongano "una misura cautelare o il giudizio o che rechino una condanna, anche non definitiva, di titolari, soci, amministratori di fatto e di diritto, (...), per uno dei delitti-spia previsti dall'art. 84, comma 4, lett. a), D.Lgs. n. 159/2011; a titolo meramente esemplificativo si richiamano il reato di: turbata libertà degli incanti, art. 353 c.p.; turbata libertà di scelta del contraente, art. 353 bis c.p.; estorsione, art. 629 c.p.; usura, art. 644 c.p.; associazione semplice e associazione di stampo mafioso, artt. 416 e 416 bis c.p." (23) .

Altresì, rilevano i provvedimenti del giudice civile, penale, contabile, amministrativo o tributario, se dalla motivazione emergono situazioni sintomatiche di condizionamenti delle organizzazioni criminali dell'attività di impresa; infine, i provvedimenti di condanna anche non definitivi se relativi a fattispecie delittuose strumentali all'attività delle organizzazioni criminali, ex art. 91, comma 6, Codice antimafia ovvero sentenze di proscioglimento o di assoluzione se i soggetti imputati pur esenti da responsabilità penale, abbiano comunque subito un condizionamento mafioso che pregiudichi la libertà di scelta imprenditoriale.

Tali categorie, individuate dalla giurisprudenza amministrativa, invero, non sembrerebbero di per sé sufficienti ad individuare in maniera analitica e puntuale le fattispecie rilevanti ai fini del rilascio dell'interdittiva antimafia.

Dall'analisi della casistica giurisprudenziale, infatti, si colgono spesso orientamenti giurisprudenziali divergenti. Addentrandoci, nella disamina di alcune fattispecie concrete, l'attenzione si pone sulle ipotesi in cui l'imprenditore risulti condannato per associazione mafiosa. In tal caso, ai fini dell'emissione dell'interdittiva antimafia, il Prefetto dovrà valutare se l'operatore economico abbia rivestito il ruolo di partecipante all'associazione mafiosa ovvero di mero concorrente eventuale. Il

campo di azione della mafia appare oramai caratterizzato da una struttura circolare a forma di spirale, in cui i mafiosi agiscono, a seconda delle circostanze, come mediatori, patroni, protettori nell'ambito dei rapporti che intessono con gli operatori economici; sicché, secondo parte della giurisprudenza amministrativa, il disvalore della contiguità punibile è rilevante ai fini del rilascio dell'interdittiva antimafia dovrebbe essere valutata diversamente a seconda se il soggetto abbia contribuito al rafforzamento dell'organizzazione criminale ovvero abbia apportato un mero contributo occasionale.

Mentre, nel primo caso, il partecipe (i.e. promotore; organizzatore dell'associazione) deve aver fornito un apporto quotidiano e assiduo, senza il quale l'associazione mafiosa non raggiungerebbe i suoi scopi; nella seconda ipotesi, il concorrente eventuale è "colui che non vuole far parte della associazione (...) ma si rivolge alla medesima, ad esempio, per colmare temporanei vuoti in un determinato ruolo, sia, soprattutto (...) nel momento in cui la fisiologia dell'associazione entra in fibrillazione, attraversa una fase patologica, che, per essere superata, esige il contributo temporaneo, limitato, di un esterno" (24) .

Conclusa tale valutazione, il Prefetto dovrà emettere un'interdittiva antimafia, solo se fondata su elementi sintomatici ed indiziari emersi durante la fase istruttoria, validi ad indurre "con efficienza causale e con carattere di attualità la situazione di condizionamento da parte della criminalità organizzata dell'impresa sottoposta a monitoraggio" (25) .

Dalla lettura delle sentenze del giudice amministrativo, però, emerge che i provvedimenti prefettizi sono adottati prescindendo dalla distinzione tra delinquente abituale e concorrente eventuale (26) . Il provvedimento prefettizio, infatti, basandosi frequentemente su una pronuncia giudiziale intervenuta illo tempore e sulla scorta di elementi risalenti nel tempo, sembrerebbe adottato sulla base di un rapporto di automatismo tra sentenza di condanna e pericolo di infiltrazione mafiosa (27) .

In ordine ai rapporti di parentela tra titolari, soci, amministratori etc., invece, assumono rilevanza le situazioni indiziarie idonee a provare, secondo il principio del più probabile che non, che l'impresa abbia una conduzione collettiva e una regia familiare, ossia che le scelte dell'imprenditore siano influenzate dalle organizzazioni criminali.

Non si può, dunque, desumere che le normali frequentazioni fra due persone legate da un rapporto di parentela (i.e. il rapporto con il marito pregiudicato e con il figlio che frequenta soggetti condannati) comportino un automatico coinvolgimento con l'ambiente criminale (28) . Pur essendo vero che il legame di parentela o di affinità potrebbe esporre maggiormente l'imprenditore all'influenza delle associazioni malavitose, l'attendibilità di tale influenza non può che dipendere dalla sussistenza di circostanze obiettive: la convivenza; la cointeressenza di interessi economici il coinvolgimento nei medesimi fatti, anche se non hanno dato luogo ad una sentenza di condanna (29) .

Anche in ordine a tale fattispecie si riscontrano interdittive antimafia rilasciate in assenza di tali presupposti, probabilmente per mera paura di infiltrazione mafiosa. Al riguardo, basti pensare che il Prefetto di Napoli ha emesso un'interdittiva antimafia nei confronti di una società e del suo amministratore unico, poiché legati da un rapporto di parentela con soggetti malavitosi. Tale provvedimento è stato successivamente, annullato dal Consiglio di Stato, con sentenza del 26 febbraio 2014, n. 930, perché l'ascritta frequentazione era ricondotta a due soli riscontri, risalenti nel tempo.

Da ultimo riguardo alle vicende anomale nella formale struttura dell'impresa e nella concreta gestione dell'impresa, la giurisprudenza vi ascrive: "scissioni, fusioni, affitti di azienda o anche solo di ramo da azienda, acquisti di pacchetti azionari; (...) walzer di cariche sociali tra i medesimi soggetti, partecipazioni in altre società colpite da interdittiva antimafia; (...) aumenti di capitale sociale (...); cessione ramo di azienda (30)". Possono altresì, assumere nella valutazione Prefettizia le assunzioni di dipendenti aventi precedenti penali legati alla criminalità organizzata, anche se non emergano specifici riscontri oggettivi sull'influenza nelle scelte dell'impresa. A parere del Consiglio di Stato, infatti, il condizionamento mafioso, che giustifica l'adozione dell'interdittiva antimafia, può derivare anche dalla presenza di dipendenti dell'impresa che, pur non svolgendo ruoli apicali, siano stati assunti "senza alcun criterio selettivo e filtri preventivi" nonché nell'ipotesi in cui il dipendente si possa qualificare come "infiltrato", del quale le associazioni mafiose si servono per controllare e condizionare le logiche imprenditoriali (31).

Quanto affermato dal Consiglio di Stato, invero, parrebbe avulso da qualsiasi principio costituzionale, artt. 1, 3 e 41 Cost. Nello specifico, ritenere che la mera presenza di operai con precedenti penali esporrebbe l'impresa al rischio di condizionamento mafioso implicherebbe "un'indebita, gratuita e totalmente inaccettabile assimilazione tra delinquenti e parenti di pregiudicati", con contestuale violazione del principio di uguaglianza, intesa in senso sostanziale che formale nonché dell'art. 1 Cost., che qualifica il lavoro come il principale mezzo per il progresso materiale e spirituale della società.

Altresì, ove fosse condiviso quanto affermato dai giudici di Palazzo Spada, se ne ricaverebbe che un soggetto pregiudicato non possa mai essere assunto non solo dall'impresa, attiva nel mercato delle commesse pubbliche, ma anche da quelle operanti in via esclusiva nell'economia privata (32).

Per le considerazioni sin qui esplicate, quindi, potrebbe affermarsi che non può esistere alcun automatismo fra presenza di dipendenti con precedenti penali o parenti di esponenti mafiosi e tentativo di infiltrazione mafiosa. Diversamente opinando, il soggetto pregiudicato si vedrebbe preclusa la possibilità di lavorare presso un'impresa ovvero - ove fosse già assunto - incorrerebbe nel rischio di essere immediatamente licenziato (33). In conclusione, anche in ipotesi di dipendenti controindicati, il provvedimento prefettizio deve trovare fondamento in quadro indiziario dal quale emergano elementi indicativi della possibilità del potere della criminalità organizzata di incidere sulle politiche assunzionali

e, mediante ciò, di influenzare le scelte gestionali dell'impresa (34) . Tra gli elementi idonei a provare la permeabilità dell'impresa, il Prefetto deve valutare se al momento dell'assunzione l'operatore economico si sia avvalso degli strumenti previsti dall'ordinamento (i.e. casellario giudiziario e carichi penali pendenti), per scongiurare l'assunzione dei soggetti controindicati. Ritenendo in caso contrario configurato il rischio di infiltrazione mafiosa nella società, mediante il lavoratore assunto.

In conclusione, le fattispecie concrete, in parte analizzate sin qui, non rappresentando un numerus claus, potrebbero configurare una notevole compromissione della libertà di iniziativa economica privata dell'operatore economico, con contestuale c.d. ergastolo imprenditoriale. L'interpretazione giurisprudenziale ormai consolidata, quindi, non sembrerebbe di per sé per offrire certezza agli operatori economici circa le condotte rilevanti né parrebbe circoscrivere - come sostenuto nella sentenza in commento dal giudice amministrativo - l'ampia discrezionalità del potere prefettizio.

Considerazioni conclusive

Nonostante negli anni la prassi legislativa e la giurisprudenza amministrativa si siano sforzate di far chiarezza in ordine all'applicazione della disciplina in materia di interdittiva antimafia, oggi, permangono alcuni coni d'ombra. Ne è un esempio il deficit di tipicità di cui all'art. 84, comma 4, lett. d) ed e), Codice antimafia, che, riconoscendo ampia discrezionalità al potere prefettizio, ha incrementato il rilascio delle interdittive antimafia, con contestuale compromissione della libertà d'impresa. In tale quadro normativo, quali sarebbero gli interventi necessari per fronteggiare tale fenomeno?

Dalle argomentazioni condotte nel presente lavoro emerge indubbiamente la necessità di un intervento legislativo che, anche, recependo le fattispecie individuate dalla giurisprudenza amministrativa, colmi il deficit di tipicità dell'art. 84, comma 4, lett. d) ed e), D.Lgs. n. 159/2011. Solo conseguentemente all'individuazione di una classe di premessa all'interno della disposizione normativa, infatti, il giudice amministrativo potrebbe assolvere il ruolo di custode dei principi irrinunciabili di tassatività sostanziale e processuale e garantire il corretto bilanciamento tra gli interessi in gioco, previa verifica della coerenza logica tra la fattispecie concreta valutata dal Prefetto e quella astratta positivizzata dal legislatore.

Inoltre, occorrerebbe rivalutare il giusto procedimento tra il Prefetto e l'impresa, che, sede di partecipazione democratica, riuscirebbe a garantire la posizione giuridica dell'impresa, i principi costituzionali di cui agli artt. 41, 97 Cost., la sicurezza pubblica, nonché l'art. 41 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea.

(*) Il presente contributo è stato sottoposto, in forma anonima, al vaglio del Comitato di valutazione.

(1) Relazione Anac, "Le imprese destinatarie di interdittive antimafia (2014-2018)", sulla base delle informazioni contenute nel Casellario informatico delle imprese, in www.anac.it. Le 2044 imprese interdette risultano così ripartite: il 12,3% nel Nord-ovest; il 10% nel Nord-est; il 6,4% nel Centro Italia; il 44,9% al Sud ed il 26% nelle Isole.

(2) Il Collegio, ciò premesso, non ignora che voci fortemente critiche, come ben ricorda anche l'appellante, si sono levate rispetto alla presunta indeterminatezza dei presupposti normativi che legittimano l'emissione dell'informazione antimafia, soprattutto dopo la recente pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo del 23 febbraio 2017, ric. n. 43395/09, nel caso De Tommaso c. Italia, riguardante le misure di prevenzione personali, e taluni autori, nel preconizzare l'"onda lunga" di questa pronuncia anche nella contigua materia della documentazione antimafia, hanno fatto rilevare come anche l'informazione antimafia "generica", nelle ipotesi dell'art. 84, comma 4, lett. d) ed e), D.Lgs. n. 159/2011 (accertamenti disposti dal Prefetto da compiersi anche avvalendosi dei poteri di accesso), sconterebbe un deficit di tipicità non dissimile da quello che, secondo i giudici di Strasburgo, affligge l'art. 1, lett. a) e b), del medesimo D.Lgs. n. 159/2011. Per ulteriori approfondimenti sulla sentenza De Tommaso si v.: F. Menditto

, La sentenza De Tommaso C. Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 4, 2017; F. Viganò, La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 3, 2017.

(3) La tesi proposta dal Cons. Stato in ordine al carattere elastico dell'art. 84, comma 4, lett. d) ed e), Codice antimafia sembrerebbe trovare fondamento in quanto sostenuto da E. Betti, Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica, Milano, 1949, 33: "l'ordinamento giuridico non è qualcosa bell'e fatto (come può credere una visione statica e immobilizzante, alla Kelsen), né un organismo che si sviluppi da sé per mera legge naturale: è qualcosa che non è, ma si fa, in accordo con l'ambiente sociale e storicamente condizionato, proprio per opera assidua d'interpretazione".

(4) Cons. Stato, 5 settembre 2019, n. 6105, in www.giustizia-amministrativa.it, e Corte cost., 27 febbraio 2019, n. 24: "Al di fuori della materia penale, non può del tutto escludersi che l'esigenza di predeterminazione delle condizioni in presenza delle quali può legittimamente limitarsi 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", in lpenalista.it, con nota di F. Corinna, La Consulta espunge dal sistema le

misure di prevenzione nei confronti dei soggetti "abituamente dediti a traffici delittuosi; Cons. Stato, 3 maggio 2017,

n. 1743, in www.giustizia-amministrativa.it.

(5) Per ulteriori approfondimenti in tema di interdittiva antimafia si v.: M. Mazzamuto, Pagamento di imprese colpite da interdittiva antimafia e obbligatorietà delle misure anticorruzione, in *Giur. it.*, 2019, 1, 157 ss.; C. Contessa, Sui rapporti fra l'informativa interdittiva c.d. "successiva" e la revoca di contributi pubblici, in questa *Rivista*, 2019, 3, 375 ss.; R. Di Giglio, Informativa antimafia successiva e restituzione dei contributi pubblici nei limiti delle "utilità conseguite", in *Foro amm. (II)*, 2019, 7-8, 1267 ss.; C. Commandatore, Interdittiva antimafia e incapacità giuridico speciale: un difficile equilibrio, in *Resp. civ. prev.*, 2019, 3, 917 ss.; G. Leone, L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato alle prese con l'interdittiva prefettizia antimafia e la teoria dell'interpretazione, in *Foro amm. CDS*, 2018, 1103 ss.; M. Nocelli, I più recenti orientamenti della giurisprudenza amministrativa sul complesso sistema antimafia, *ivi*, 2017, 12, 2524 ss.; G. Armao, Brevi considerazioni su informativa antimafia e rating di legalità ed aziendale nella prevenzione delle infiltrazioni criminali nei contratti pubblici, in www.giustamm.it, 2017; M. Mazzamuto, Profili di documentazione amministrativa, in www.giustamm.it, 2016; Id., Lo scettro alla prefettocrazia: l'indefinitiva pervasività del sottosistema antimafia delle grandi opere e il caso emblematico della "filiera", in F. Manganaro - A. Romano Tassone - F. Saitta (a cura di), *Diritto amministrativo e criminalità. Atti del Convegno di Copanello, 28-29 giugno 2013, Torino, 2014*, 177 ss.; R. De Nictolis, La riforma del codice appalti - Nuovamente rimessa alla plenaria la questione della competenza territoriale sulla interdittiva antimafia connessa con atti di gara di appalti, in questa *Rivista*, 2014, 6, 617 ss.; M. Immordino, Gli appalti pubblici tra documentazione antimafia ed esigenza di efficienza, in *Dir. proc. Amm.*, 2013, 625 ss.; R. Cantone, La riforma della documentazione antimafia: davvero solo un restyling?, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 888 ss.; G. D'angelo, Il recesso dal contratto da parte della stazione appaltante a seguito

di un'informazione antimafia interdittiva, in questa *Rivista*, 2013, 12, 1300 ss.; P. Pirruccio, L'informativa antimafia prescinde dall'accertamento di fatti penalmente rilevanti, in *Giur. mer.*, 2009, 2, 503 ss.

(6) In tal senso, Cons. Stato, Sez. IV, 20 luglio 2016, n. 324, in www.giustizia-amministrativa.it. e in dottrina N. Gullo, Interdittiva antimafia e crediti risarcitori, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 6, 766 ss.

(7) Cons. Stato, Sez. III, 30 gennaio 2019, n. 759, in www.giustizia-amministrativa.it: "per la stessa scelta del legislatore, non necessariamente è attuale, o inveratosi, potendo essere anche solo potenziale, purché desumibile da elementi non meramente immaginari o aleatori".

(8) Cons. Stato, Sez. III, 11 giugno 2018, n. 3506, in Redaz. Giuffrè amm., 2018; Id., Sez. III, 7 ottobre 2015, n. 4657; Cass., Sez. III, 18 luglio 2011, n. 15709: "Il quadro indiziario dell'infiltrazione mafiosa posto a base dell'informativa deve dar conto in modo organico e coerente, ancorché sintetico, di quei fatti aventi le caratteristiche di gravità, precisione e concordanza, dai quali, sulla base della regola causale

del 'più probabile che non' affinché il Giudice amministrativo, chiamato a verificare l'effettivo pericolo di infiltrazione mafiosa, possa pervenire in via presuntiva alla conclusione ragionevole che tale rischio

sussista, valutatene e contestualizzatene tutte le circostanze di tempo, di luogo e di persona" (ex multis: Cons. Stato, Sez. III, 27 novembre 2018, n. 6727; Id., Sez. III, 6 luglio 2017, n. 3333; Id., Sez. III, 28

giugno 2017, n. 3173).

(9) T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, 18 febbraio 2020, n. 275, afferma: "(...) il collegamento può essere:

a) compiacente, quando il soggetto destinatario di interdittiva partecipa attivamente (o si teme che possa partecipare) alle attività criminali; b) soggiacente, quando si reputa che il soggetto destinatario di interdittiva partecipi passivamente (o si tema che possa partecipare), o ancora, per meglio dire,

subisce l'influenza della criminalità, soprattutto quando vi sono stretti legami familiari", in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 1° febbraio 2019, n. 553, in Red. Giuffrè amm., 2019; Cons. Stato, Sez. III, n. 669/2017, in www.giustizia-amministrativa.it; Id., Sez. III, 3 maggio 2016,

n. 1743, in D& G, 2016; Id., Sez. III, 28 giugno 2017, n. 3171, in www.giustizia-amministrativa.it. Per converso, T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 19 marzo 2019, n. 589: "non possono reputarsi sufficienti fattispecie fondate sul semplice sospetto o su mere congetture prive di riscontro fattuale, occorrendo l'individuazione di idonei e specifici elementi di fatto, obiettivamente sintomatici e rilevatori di concrete connessioni o collegamenti con la criminalità organizzata", in Red. Giuffrè, 2019. Cons. Stato, Sez. III, 20 febbraio 2019, n. 1182; Id., Sez. III, 8 marzo 2017, n. 1109: questa ultima regola si palesa "consentanea

alla garanzia fondamentale della 'presunzione di non colpevolezza', di cui all'art. 27 Cost., comma 2, cui è ispirato anche il p. 2 del citato art. 6 CEDU", sicché è evidente come la vicenda in esame in alcun modo possa essere ricondotta nell'alveo del principio anzidetto, desunto dalla giurisprudenza di Strasburgo dall'art. 6 CEDU, in quanto "non attiene ad ipotesi di affermazione di responsabilità penale",

è "estranea al perimetro delle garanzie innanzi ricordate", ma riguarda la prevenzione amministrativa antimafia, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Giust. amm., 9 luglio 2018, n. 385, il quale precisa che la regola del più probabile che non "isolatamente considerata sarebbe aberrante in un sistema ispirato al rispetto dei diritti fondamentali ed ai principi del giusto procedimento e del giusto processo"; essa può essere applicata con la "regola della massima attendibilità dell'induzione", in www.giustizia-amministrativa.it.

(10) Ed invero, come statuito da Cons. Stato, Sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743, "è estranea al sistema delle informative antimafia, non trattandosi di provvedimenti nemmeno latamente sanzionatori, qualsiasi logica penalistica di certezza probatoria raggiunta al di là del ragionevole dubbio...poiché simile logica vanificherebbe la finalità anticipatoria dell'informativa, che è quella di prevenire un grave pericolo e non già quella di punire, nemmeno in modo indiretto una condotta penalmente rilevante. Occorre invece valutare il rischio di inquinamento mafioso in base all'ormai consolidato criterio del 'più probabile che non', alla luce di una regola di giudizio, cioè, che ben può essere integrata da dati di comune esperienza, evincibili dall'osservazione dei fenomeni sociali, qual è, anzitutto anche quello mafioso", op cit. In dottrina, 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 *Dir. dell'economia*, 2018, 3, 1160, l'A. afferma che: l'ipotesi di infiltrazione mafiosa "provata con certezza ("oltre ogni ragionevole dubbio") non troverebbe operatività in tema di interdittiva antimafia", poiché imporrebbe "una prova quasi diabolica, dovendosi falsificare ogni ipotesi contraria" e "richiederebbe probabilmente all'amministrazione uno sforzo istruttorio considerevole e certamente assai dispendioso".

(11) In tema di criterio del "più probabile che non" 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 *Dir. dell'economia*, cit., 1161, l'A. ritiene che in tale ipotesi la "giurisprudenza dovrebbe incaricarsi di verificare dall'interno e compiutamente la coerenza delle inferenze seguite dall'Amministrazione dell'Interno (...)". Cons. Giust. amm., 31 dicembre 2019, n. 1104: "la regola causale del più probabile che non integra un criterio di giudizio di tipo empirico- induttivo, che ben può essere integrato da dati di comune esperienza, evincibili dall'osservazione dei fenomeni sociali (qual è quello mafioso) e che risente della estraneità al sistema delle informazioni antimafia da qualsiasi logica penalistica (...)"; Cons. Stato, Sez. III, 26 settembre 2017, n. 4483 ;

Cons. Stato, 5 settembre 2019, n. 6105, cit. ; Id., 28 giugno 2017, n. 3171, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

(12) Cons. Stato, Sez. III, 27 giugno 2019, n. 4421; Id., Sez. III, 20 settembre 2018, n. 5480, in

www.giustizia-amministrativa.it.

(13) Cons. Stato, Sez. III, 5 settembre 2019, n. 6105, cit.

(14) Cons. Stato, Sez. III, 16 maggio 2017, n. 2327; Id., Sez. III, 5 maggio 2017, n. 2085, tutte in

www.giustizia-amministrativa.it.

(15) Cons. Stato, Sez. III, 2 gennaio 2020, n. 2, in www.giustizia-amministrativa.it.; Id., Sez. III, 9 aprile 2019, n. 2324; Id., Sez. III, 21 gennaio 2019, n. 515; Id., Sez. III, 2014, n. 292; Id., Sez. V, 2015, n. 4602, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

(16) T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 1° febbraio 2019, n. 546, Foro Amm. (II), 2019, 2, 308 il quale statuisce: "Allo scopo di stabilire se un atto amministrativo sia meramente confermativo (e perciò non impugnabile) o di conferma in senso proprio (e, quindi autonomamente lesivo e da impugnarsi nei termini), occorre verificare se l'atto successivo sia stato adottato o meno senza una nuova istruttoria e una nuova ponderazione degli interessi; in particolare, non può considerarsi meramente confermativo rispetto ad un atto precedente l'atto la cui adozione sia stata preceduta da un riesame della situazione che aveva condotto al precedente provvedimento, giacché l'esperimento di un ulteriore adempimento istruttorio, sia pure mediante la rivalutazione degli interessi in gioco, e un nuovo esame degli elementi di fatto e di diritto che caratterizzano la fattispecie considerata, può condurre a un atto propriamente confermativo in grado, come tale, di dare vita ad un provvedimento diverso dal precedente e quindi

suscettibile di autonoma impugnazione; ricorre invece l'atto meramente confermativo quando la pubblica amministrazione si limita a dichiarare l'esistenza di un suo precedente provvedimento senza compiere alcuna nuova istruttoria e senza una nuova motivazione"; si v. anche: T.A.R. Calabria, Sez. II, 9 gennaio 2019, n. 30, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. II, 26 settembre 2018, n. 1052, in www.giustizia-amministrativa.it.

(17) Tale considerazione sembrerebbe trovare fondamento nella recente sentenza del 13 gennaio 2020,

n. 28, con la quale la III Sez. del T.A.R. Bari rimette alla Corte di giustizia europea la seguente questione pregiudiziale, ex art. 267 TFUE: "se gli artt. 91, 92 e 93 del Decreto Legislativo 6 settembre

2011, n. 159 nella parte in cui non prevedendo il contraddittorio endoprocedimentale in favore del soggetto nei

cui riguardi l'Amministrazione si propone di rilasciare un'informazione antimafia, siano compatibili con il principio del contraddittorio, così come ricostruito e riconosciuto quale principio del diritto dell'Unione", in www.giustizia-amministrativa.it

(18) T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 24 ottobre 2016, n. 4843, Red. giuffrè 2016; Cons. Stato, Sez. VI, 29 febbraio 2008 n. 756; Id., Sez. V, 28 febbraio 2006, n. 851; Id., Sez. V, 12 giugno 2007, n. 3126 e 28 febbraio 2006, n. 851. Sul punto il Cons. Stato ha affermato: "Per il consolidato indirizzo di questo Consiglio, anzitutto, l'Amministrazione è esonerata dall'obbligo di comunicazione di cui all'art. 7 della L. 7 agosto 1990, n. 241, relativamente all'informativa antimafia e al successivo provvedimento di revoca

un'aggiudicazione rilasciata, atteso che si tratta di procedimento in materia di tutela antimafia, come tale intrinsecamente caratterizzato da profili d'urgenza", si v. ex plurimis: T.A.R. Torino, Sez. I, 16 gennaio 2019, n. 58; Cons. Stato, Sez. V, 2 marzo 2009, n. 1148; Id., Sez. VI, 7 luglio 2006, n. 6555; Id., Sez.

III, 24 ottobre 2016, n. 4454.

(19) Con la sentenza del 13 gennaio del 2020, n. 28 la III Sez. del T.A.R. Puglia, Bari, ha affermato: il provvedimento prefettizio non è una "misura provvisoria e strumentale" (...), ma un "atto conclusivo del procedimento amministrativo avente effetti definitivi, conclusivi e dissolutivi del rapporto giuridico tra l'impresa e la P.A., con riverberi assai durevoli nel tempo, se non addirittura permanenti, indelebili e inemendabili (...). Da ciò, ne consegue, l'esigenza di garantire il contraddittorio tra il Prefetto e

l'impresa, a presidio, anzitutto, "del diritto di ogni persona ad essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che rechi pregiudizio", art. 41 Carta europea dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, e dell'art. 6, par. 3, del Trattato sull'unione Europea.

(20) Cons. Stato, Sez. III, 9 ottobre 2018, n. 5784: "I tentativi di infiltrazione mafiosa, che danno luogo all'adozione dell'informativa antimafia interdittiva, possono essere desunti anche da una sentenza penale che, ancorché intervenuta tempo prima ed ancora oggetto d'impugnazione, ha condannato l'interessato, atteso che ritenere che detta sentenza è irrilevante solo perché ha ad oggetto fatti risalenti nel tempo, significa introdurre un elemento della fattispecie - l'attualità del fatto di reato, oggetto di condanna - che non è previsto dalla disposizione, la quale si limita a prevedere che la condanna per

uno dei delitti-spia, quale che sia il tempo in cui è intervenuta, debba essere presa in considerazione del Prefetto ai fini del rilascio dell'informativa".

(21) Linee guida dell'Anac n. 6, di attuazione del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti "Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80,

comma 5, lett. c) del Codice", in www.anticorruzione.it. Per ulteriori approfondimenti in materia di Linee guida dell'Anac si rinvia a: V. Neri, Disapplicazione delle linee guida ANAC e rilevanza penale della loro violazione, in questa Rivista, 2018, ??; F. Cintioli, Il sindacato del giudice amministrativo sulle Linee guida, sul parere del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni dell'ANAC, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 381 ss.; R. Giovagnoli, Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale, in www.giustizia-amministrativa.it; C. Deodato, Nuove riflessioni sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo, in www.federalismi.it, 2017, 2; F. Marone, Le linee guida dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nel sistema delle fonti, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 743; R. De Nictolis, Lo stato dell'arte dei provvedimenti attuativi del codice. Le Linee guida Anac sui gravi illeciti professionali, in www.giustamm.it, 2017, 2, 1; S. Licciardello, Prime note sulla funzione di regolazione dell'ANAC nel nuovo codice degli appalti, in www.federalismi.it, 2016, 2; G. Morbidelli, Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?, in *Dir. amm.*, 2016; C. Deodato, Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?, in www.giustizia-amministrativa.it; R. De Nictolis, Il codice dei contratti pubblici, la semplificazione che verrà, in www.giustizia-amministrativa.it; Id., Dalla legge delega al nuovo "Codice": opportunità e profili di criticità, in www.giustizia-amministrativa.it.

(22) Per ulteriori approfondimenti in materia di cause di esclusione di cui all'art. 80, D.Lgs. n. 50/2016, si v. R. De Nictolis, Le novità sui contratti pubblici recate dal d. l. n. 32/2019, in www.giustizia-amministrativa.it; A. Amore, Gli operatori economici nel "labirinto dei gravi illeciti professionali" e il periodo triennale di esclusione dalla gara dall'accertamento definitivo, in questa Rivista, 6, 2019; S. Caldarelli, L'esclusione dalle procedure ad evidenza pubblica per "grave illecito professionale", in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 2, 149; C. Lamberti, Gli illeciti professionali alla Corte di giustizia, in *Giur. it.*, 2018, 2240; C. Contessa, Il nuovo "Codice dei contratti" e la polimorfa nozione di "gravi illeciti professionali", in questa Rivista, 2018, 5, 667; A.G. Pietrosanti, Sui gravi illeciti professionali previsti dall'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50/2016, in *Riv. giur. ed.*, 2018, 4, 209; S.C. Foà - R. Michele, I "gravi illeciti professionali" dell'operatore economico come elenco semplificativo, in *Giur. it.*, 2018, 7, 170.

(23) Cons. Stato, Sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743, cit.

(24) Cass. Pen., 5 ottobre 1994, n. 16, c.d. sentenza Demitry.

(25) Cons. Stato, Sez. III, 15 gennaio 2013, n. 204.

(26) In tal caso, la scelta del Prefetto di rilasciare l'interdittiva antimafia, se da un lato, potrebbe trovare la sua ratio giustificatrice nell'esigenza di preservare la sicurezza pubblica, dall'altro, sembrerebbe collidere

con il carattere attuale degli indizi considerati nonché eccessivamente restrittiva della libertà di iniziativa economica privata.

(27) In contrasto con l'orientamento giurisprudenziale - Cons. Giust. amm., 3 agosto 2016, n. 257 - secondo cui: "per essere considerato mafioso non è sufficiente aver subito un procedimento penale poi conclusosi con proscioglimento o con una assoluzione; o un procedimento di prevenzione antimafia

conclusosi - magari svariati anni prima - con formula liberatoria, o avere subito una misura di prevenzione annullata per difetto dei presupposti applicativi; o essere stato illo tempore condannato per associazione di stampo mafioso (...) pur avendo ormai scontato la pena ed ottenuto la riabilitazione".

(28) Cons. Stato, Sez. III, 15 gennaio 2019, n. 389; Id., Sez. III, 7 febbraio 2018, n. 820; T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, 14 marzo 2018, n. 347; Id., Sez. II, 770/2017; Cons. Stato, Sez. III, 10 gennaio 2013, n. 96; Id., Sez. III, 5 settembre 2011, n. 4995; Id., Sez. VI, 18 agosto 2010, n. 5880, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

(29) Cons. Stato, Sez. III, 15 febbraio 2019, n. 803, in Foro amm. (II), 2019, 2, 244; Id, Sez. III, 27 giugno 2019, n. 4431; Id, Ad. Plen., 6 aprile 2018, n. 3; Id., Sez. III, sentt. nn. 5547, 5480 e 5410 del 2018, in www.giustizia-amministrativa.it.

(30) Cons. Stato, Sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743, op. cit.; Id., Sez. III, 9 maggio 2016, n. 1846, in [giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

(31) Cons. Stato, Sez. III, 14 settembre 2018, n. 5410, in www.giustiziamministrativa.it.

(32) Cons. Stato, Sez. III, 9 febbraio 2017, n. 565, in www.giustizia-amministrativa.it.

(33) Ciò, in contrasto con quanto statuito con la sent. 10 gennaio 2018, n. 331, dalla Corte di cassazione, Sez. I, i cui approdi ermeneutici optano per una maggior cautela prima di licenziare il lavoratore.

(34) Considerazioni differenti, invece, devono essere effettuate nell'ipotesi in cui nel bando di gara delle clausole sociali. Al riguardo, il Cons. Stato, Sez. III, 25 maggio 2018, n. 3138 ha affermato: "È noto che la clausola sociale volta a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato presso

il gestore uscente, è imposta, nella formulazione dei bandi di gara, dall'art. 50 del vigente codice dei contratti pubblici 'per gli affidamenti dei contratti di concessione e di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli relativi a contratti ad alta intensità di manodopera...'. Essa deve essere incondizionatamente accettata dal subentrante, pena l'esclusione dalla gara, salva la possibilità di quest'ultimo di armonizzare l'indiscriminato dovere di assorbimento del personale dell'impresa uscente con il fabbisogno richiesto dall'esecuzione del nuovo contratto e con la pianificazione e l'organizzazione del lavoro propria del subentrante (cfr. da ultimo, Cons. Stato, Sez. III, 5 maggio 2017, n. 2078). Dinanzi a questo obbligo giuridico, temperato - all'attuale stato della giurisprudenza - dai soli aspetti organizzativi e oggettivi peculiari del subentrante, non è seriamente esigibile dall'imprenditore un controllo personale, e un giudizio, altrettanto personale, sull'esistenza e influenza delle parentele dell'assumendo, sulle sue frequentazioni, o sulle indagini non ancora giunte ad un rinvio a giudizio (evento a seguito del quale la notizia è evincibile dal certificato dei carichi penali pendenti), e soprattutto, non è esigibile che esso imprenditore si sottragga agli obblighi assunzionali per ragioni soggettive (e non oggettive) in assenza di previsioni di legge che vietino l'instaurazione o la

prosecuzione del rapporto, o comunque di informazioni qualificate, in quanto provenienti dalla Prefettura o dagli organi di Polizia, che rendano verosimile la sussistenza del rischio che l'assumendo possa essere un 'cavallo di Troia' delle associazioni mafiose o anche semplicemente un soggetto 'controindicato' ai fini antimafia, avuto riguardo al tipo di attività e al luogo di svolgimento della stessa".