



UNIVERSITÀ DI SIENA 1240

Dipartimento di Giurisprudenza

Dottorato in Scienze giuridiche

XXXV° Ciclo

Coordinatore: Prof. Lorenzo Gaeta

Le misure amministrative antimafia

Settore scientifico disciplinare: *IUS/10 - Diritto amministrativo*

Candidato

Tommaso Muiesan
Università degli Studi di Siena

Firma digitale del candidato

Supervisore

Prof. Gian Domenico Comporti
Università degli Studi di Siena

Anno accademico di conseguimento del titolo di Dottore di ricerca
2022/2023

Università degli Studi di Siena
Dottorato in Scienze giuridiche
XXXV° Ciclo

Data dell'esame finale
17 aprile 2023

Commissione giudicatrice
Prof. Simone Lucattini
Prof.ssa Alessandra Sanna
Prof. Stefano Villamena

LE MISURE AMMINISTRATIVE ANTIMAFIA

INDICE

Introduzione

(pag. 6)

CAPITOLO PRIMO

LA NORMATIVA ANTIMAFIA. EVOLUZIONE STORICA E STATO DELL'ARTE

1. Un'avvertenza preliminare (pag. 9)
2. Prevenzione e repressione: due paradigmi a confronto
3. Polisemia del concetto di 'prevenzione'
4. Genesi della normativa: dalle vecchie misure di polizia ad una più moderna funzione di controllo
5. La codificazione della normativa antimafia intervenuta con il d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 tra esigenze di tutela dell'ordine pubblico economico e garanzie dello Stato di diritto
 - 5.1. Il primo correttivo al codice antimafia recato dal d.lgs. 15 novembre 2012, n. 218
 - 5.2. Il secondo correttivo al codice antimafia recato dal d.lgs. 13 ottobre 2014, n. 153: verso un timido superamento del modello duale. Spunti di riflessione
 - 5.3. (Segue) Una postilla sulla c.d. informativa atipica
6. Considerazioni conclusive: critica alla tesi della riconducibilità della normativa antimafia al sistema della prevenzione

CAPITOLO SECONDO

LA DOCUMENTAZIONE ANTIMAFIA TRA DIRITTO SOSTANZIALE E DIRITTO PROCESSUALE

1. Premessa (pag. 77)
2. La documentazione antimafia: profili di diritto sostanziale
 - 2.1. La natura del potere prefettizio
 - 2.2. La pressoché totale carenza di garanzie partecipative: il carattere solo eventuale del contraddittorio procedimentale
 - 2.2.1. L'imbarazzo della giurisprudenza nazionale per la violazione del principio '*audiatur et altera pars*' e i '*non liquet*' della giurisprudenza europea
 - 2.2.2. Le novità introdotte dal d.l. 6 novembre 2021, n. 152
3. La documentazione antimafia: profili di diritto processuale
 - 3.1. Dalle (presunte) certezze in punto di giurisdizione...
 - 3.2. (*Segue*) ... alle conclamate incertezze in punto di competenza...
 - 3.3. (*Segue*) ... passando per i dilemmi in punto di rito applicabile
 - 3.4. Il principio '*audiatur et altera pars*' nel processo: le difficoltà di affermazione di un pieno contraddittorio processuale
 - 3.5. Dall'ampiezza valutativa riconosciuta all'autorità prefettizia ai limiti angusti del sindacato dall'autorità giudiziaria. Critica alla tesi del sindacato deferente
4. Notazioni di sintesi. La documentazione antimafia alla luce dei principi del giusto procedimento e del giusto processo

CAPITOLO TERZO

LA DOCUMENTAZIONE ANTIMAFIA NEL PRISMA DELLA CONTRATTUALISTICA PUBBLICA

1. Premessa **(pag. 160)**
2. L'impatto della documentazione antimafia sulle procedure ad evidenza pubblica. Dal sistema di etero-integrazione proprio del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 al meccanismo del rinvio espresso operato dal d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 al d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159
3. La *vexata quaestio* della compatibilità eurounitaria dell'art. 80, comma 2, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 alla luce del principio del divieto di *gold plating*
4. La tesi della incapacità giuridica e gli effetti dell'inibitoria antimafia in relazione alle fasi della procedura di gara
 - 4.1. Gli effetti dell'inibitoria antimafia preventiva e la sorte dell'operatore economico monosoggettivo
 - 4.2. Gli effetti dell'inibitoria antimafia successiva e la sorte del contratto
 - 4.3. Gli effetti dell'inibitoria antimafia nell'ipotesi di operatore economico che partecipi o che abbia partecipato alla gara in forma plurisoggettiva. Difficoltà di coordinamento tra i due plessi normativi.
5. Inibitoria antimafia illegittima e prospettiva rimediale alla prova del principio di effettività della tutela giurisdizionale
6. Sulla incerta configurabilità di una responsabilità da inibitoria antimafia legittima
7. Notazioni di sintesi

CAPITOLO QUARTO

TRA ADIACENZE E POSSIBILI SOVRAPPOSIZIONI.

LA PERENNE DIALETTICA TRA *ADMINISTRATIO* E *IURISDICTIO*

1. Premessa **(pag. 228)**
2. Le misure giurisdizionali di ‘bonifica’ dell’impresa infiltrata
 - 2.1. L’amministrazione giudiziaria di cui all’art. 34 del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159
 - 2.2. Il controllo giudiziario di cui all’art. 34 *bis* del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159
 - 2.2.1. Il controllo giudiziario volontario: l’affermarsi di un modello premiale
 - 2.2.2. (Segue) Le interrelazioni esistenti tra giurisdizione penale e giurisdizione amministrativa
3. Le misure prefettizie di ‘salvataggio’ del contratto: l’art. 32 del d.l. 24 giugno 2014, n. 90 tra prevenzione anticorruzione e prevenzione antimafia
4. Le interrelazioni esistenti tra giurisdizione e amministrazione
5. Notazioni di sintesi

Conclusioni **(pag. 292)**

Bibliografia **(pag. 302)**

INTRODUZIONE

Dopo anni in cui è stato considerato un argomento di nicchia, per lo più lasciato alla curiosità di una sparuta cerchia di studiosi appassionati di tematiche di confine, la disciplina antimafia ha catalizzato l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza. Le ragioni sono da ricercarsi, essenzialmente, nell'esplosione di un contenzioso multilivello, anche di matrice sovranazionale, che ha messo in evidenza l'attitudine della materia a sollecitare la domanda di tutela di cittadini ed operatori economici di fronte a provvedimenti idonei ad incidere pesantemente su posizioni soggettive dotate di copertura costituzionale.

La pervasività e la mutevolezza del fenomeno delle infiltrazioni criminali nell'economia sana hanno reso infatti necessaria una risposta ordinamentale celere e rigorosa. Da qui l'introduzione della documentazione prefettizia con i suoi effetti inabilitanti sia sul versante dei rapporti autorizzatori, latamente intesi, che di quelli contrattuali. Tuttavia, l'approccio adottato, nel puntare sulla tempestività dell'intervento pubblico, sconta quale inevitabile effetto collaterale un indebolimento delle garanzie del soggetto che ne risulta attinto.

Soprattutto nell'interazione con il microcosmo della contrattualistica, da sempre fortemente influenzato dal diritto europeo, la disciplina in esame manifesta tutta la propria incisività alimentando non pochi dubbi circa la sua compatibilità con la normativa unionale. Del resto, il mercato delle commesse pubbliche si candida ad essere il segmento economico che maggiormente sollecita gli appetiti della criminalità organizzata in ragione della mole di capitali dallo stesso movimentati. Non stupisce quindi che proprio su questo fronte si sia appuntata l'attenzione dell'ordinamento nell'approntare una risposta quanto più possibile efficace. Tuttavia, se non maneggiato con cura, lo strumento interdittivo rischia di condurre ad esiti tutt'altro che auspicati, nella misura in cui una reazione eccessivamente anticipata potrebbe colpire operatori economici solo apparentemente contigui ad ambienti malavitosi, di fatto risolvendosi in un'eterogeneità dei fini che, con l'espungere dal mercato imprese sane, finisce

per favorire, in ragione della conseguente dimidiata concorrenza, imprese illegali o, comunque, contaminate.

Questo, unito alla metamorfosi che negli ultimi anni ha interessato le cosche criminali mutandone la fisionomia da consorterie localmente radicate a strutture con ramificazioni interregionali e franco transfrontaliere, ha imposto un ripensamento complessivo dell'assetto normativo originariamente incentrato sulla sola inibitoria prefettizia. In ossequio ad un approccio gradualista, si è così sviluppata la tendenza ad una progressiva implementazione dei poteri sia dell'autorità amministrativa che dell'autorità giudiziaria – alcuni a contenuto ablatorio, altri a contenuto conformativo – funzionali al disinquinamento dell'unità produttiva e al suo riallineamento a parametri di legalità. Si pensi, al riguardo, agli istituti dell'amministrazione e del controllo giudiziario (rispettivamente, artt. 34 e 34 *bis* del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159), al commissariamento prefettizio (art. 32 del d.l. n. 24 giugno 2014, n. 90) e, da ultimo, alla prevenzione collaborativa, introdotta dal d.l. 6 novembre 2021, n. 152, convertito con modificazioni dalla legge 29 dicembre 2021, n. 233, che ha interpolato il codice antimafia tramite l'inserimento dell'art. 94 *bis*.

Seguendo quindi la parabola di sviluppo del sistema, il percorso di ricerca prende avvio dall'analisi diacronica del formante legislativo quale risultato della sedimentazione intervenuta nel corso del tempo, per poi focalizzarsi sull'impianto normativo vigente e sulle sue aporie a livello di diritto sostanziale e processuale, con particolare riferimento al settore degli appalti.

L'obiettivo dell'indagine consiste nel verificare la razionalità e la compatibilità costituzionale ed eurounitaria dell'assetto ordinamentale della prevenzione antimafia, anche alla luce delle intersezioni che si generano tra il piano della giurisdizione e quello della amministrazione, tra la sfera del diritto penale e quella del diritto amministrativo. Solo una visione olistica delle strategie di contrasto al fenomeno delle infiltrazioni mafiose consente di cogliere le specificità che connotano il settore oggetto di studio. Del resto, se nel fluire della storia la prevenzione ha avuto una collocazione sistematica altalenante, venendo a fasi alterne ricondotta ora alla sfera del diritto penale ora a quella del diritto amministrativo, la disciplina antimafia costituisce plastico esempio della

ibridazione dei due modelli. Dall'impollinazione reciproca di elementi, stilemi e metodi germinano soluzioni che spingono verso un superamento di rigidi incasellamenti dogmatici a vantaggio di percorsi che, rifuggendo suddivisioni *more geometrico*, si collocano nel solco di una maggiore fluidità delle strategie di politica del diritto in nome della unitarietà del fenomeno giuridico. Comprendere se la combinazione di strumenti sia frutto di un oculato dosaggio è questione molto rilevante a livello teorico, ma dai riflessi pratici non meno significativi.

CAPITOLO PRIMO

LA NORMATIVA ANTIMAFIA. EVOLUZIONE STORICA E STATO DELL'ARTE

SOMMARIO: 1. *Un'avvertenza preliminare* - 2. *Prevenzione e repressione: due paradigmi a confronto* - 3. *Polisemia del concetto di 'prevenzione'* - 4. *Genesi della normativa: dalle vecchie misure di polizia ad una più moderna funzione di controllo* - 5. *La codificazione della normativa antimafia intervenuta con il d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 tra esigenze di tutela dell'ordine pubblico economico e garanzie dello Stato di diritto* - 5.1. *Il primo correttivo al codice antimafia recato dal d.lgs. 15 novembre 2012, n. 218* - 5.2. *Il secondo correttivo al codice antimafia recato dal d.lgs. 13 ottobre 2014, n. 153: verso un timido superamento del modello duale. Spunti di riflessione* - 5.3. *(Segue) Una postilla sulla c.d. informativa atipica* - 6. *Considerazioni conclusive: critica alla tesi della riconducibilità della normativa antimafia al sistema della prevenzione*

1. *Un'avvertenza preliminare*

Nel 1920 l'illustre giurista tedesco Willibalt Apelt, riferendosi al diritto amministrativo, lo definì «*das jüngste Kind der neueren Rechtswissenschaft*» (tradotto, «*il più giovane figlio della scienza giuridica moderna*»)¹.

La metafora, tanto felice quanto pregnante, si fondava sulla constatazione, condivisa anche in ambiente italiano, che tale disciplina avesse

¹ W. APELT, *Der Verwaltungsrechtliche Vertrag. Ein Beitrag zur Lehre von der rechtswirksamen Handlung im öffentlichen Recht*, Leipzig, 1920 (ripubblicato nel 1964), 1.

natali piuttosto recenti rispetto ad altre branche ordinamentali, che potevano invece vantare una tradizione plurisecolare².

² L'atto di nascita del diritto amministrativo viene convenzionalmente individuato nel celebre *arrêt Blanco* dell'8 febbraio 1873, allorché il *Tribunal des Conflits* francese, chiamato a pronunciarsi su una causa di risarcimento danni promossa da privati nei confronti dello Stato, affermò che la responsabilità di quest'ultimo non trovava fondamento nel diritto comune, cioè a dire nelle disposizioni del codice civile, essendo piuttosto retta da principi speciali, e che la specialità del detto regime giuridico si giustificava in ragione della necessità di contemperare le finalità perseguite dai pubblici poteri con gli interessi dei privati: «*La responsabilité qui peut incomber à l'État pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans les divers services publics n'est pas régie par les principes établis, dans les art. 1382 et suivant C. civ., pour les rapports de particulier à particulier. Cette responsabilité, qui n'est ni générale ni absolue, a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés. C'est, des lors, à l'autorité administrative, et non aux tribunaux ordinaires, qu'il appartient de l'apprécier*» (cfr.: S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000, *passim*).

Tuttavia, corre l'obbligo di segnalare che sul punto non vi è unanimità di vedute in dottrina. Taluni, infatti, retrodatano il momento di emersione del diritto amministrativo al 28 piovoso dell'anno VIII (17 febbraio 1800), quando, dopo la Rivoluzione, fu promulgata la legge francese di organizzazione amministrativa, che fece seguito alla costituzione del 22 frimaio dello stesso anno (13 dicembre 1799) cfr.: S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo. Principi generali*, Padova, 1937, 20; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1958, 40. Altri, pur rinvenendo nella Rivoluzione francese un fattore decisivo per il riconoscimento del diritto amministrativo come disciplina autonoma, nondimeno ritengono che lo stesso sia il portato di un lungo processo di sedimentazione di accadimenti e di esperienze statuali diverse, tra cui anche quelle comunali di età medioevale, cfr.: E. CANNADA BARTOLI, *Vanum disputare de potestate: riflessioni sul diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 2, 155 ss.; E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2020, 11 ss. Certo è che il tornante rivoluzionario e la conseguente ascesa napoleonica hanno determinato una cesura netta rispetto al passato, sancendo la definitiva frattura tra le due sfere della *administratio* e della *iurisdictio* o, più propriamente, la definitiva emancipazione della prima dalla seconda. Nella coscienza medioevale la nozione di 'giurisdizione' si presentava, infatti, come un concetto dai contorni piuttosto dilatati, tanto da ricomprendere nel proprio perimetro semantico qualsivoglia manifestazione di pubblica autorità (cfr.: P. COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella giuspubblicistica medievale*, Milano, 1969, *passim*; P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 1995, 130 ss.). Di contro, con la fine dell'«Antico Regime»

Nello stesso senso si ponevano, del resto, le considerazioni di Massimo Severo Giannini, il quale sempre nella prima metà del Novecento osservava: «(...) a chi rifletta che vi sono altre scienze giuridiche più che millenarie, converrà che con cinque quarti di secolo, una scienza giuridica è ancora giovane (...)»³.

Ora, è difficile stabilire – e, forse, avrebbe anche poco senso farlo – se il diritto amministrativo abbia a tutt’oggi conservato questo primato oppure se lo abbia perduto con l’emergere di nuove conoscenze e il conseguente dischiudersi di orizzonti disciplinari rimasti sino a poco tempo fa inesplorati, che reclamano una propria autonomia⁴.

In ogni caso, se confrontata con altre, è indubbio che si tratti di una scienza di recente formazione, in quanto tale sottratta all’opera di

l’*administration* si candida al ruolo di parola chiave di un nuovo lessico capace di individuare un’area funzionale che, pur collocandosi a pieno titolo nella sfera del potere, è contrapposta alla ‘giurisdizione’ (cfr.: M. BOULET-SAUTEL, *Police et administration en France à la fin de l’Ancien Régime. Observations terminologiques*, in A.A.V.V., *Actes du XIV colloque franco-allemande*, Zurig-Munich, 1980, 47 ss.; J.L. MESTRE, *Introduction historique au droit administratif français*, Paris, 1985, 165 ss.; A. CREMER, *L’administration dans les encyclopédies et dictionnaires français du XVIIème et XVIIIème siècle*, in *Jahrbuch für Europäische Verwaltungsgerichte*, 1989, 15 ss.).

Per una ricostruzione del diritto amministrativo (e del suo giudice) in chiave ‘economico-finanziaria’ si rinvia infine all’approfondimento condotto da F. MERUSI, *Debito pubblico e giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 1, 3 ss.

³ M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Studi sassaresi*, vol. XVIII, 1940, 133, poi ripubblicato in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1973, 179. Analogamente cfr.: S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, 1971, 5; L. MANNORI – B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2013, *passim*.

⁴ Il pensiero va, in particolare, all’informatica giuridica, che nel corso degli ultimi decenni ha faticosamente conquistato una propria autonomia disciplinare nel panorama degli insegnamenti universitari. Sul tema cfr.: G. TADDEI ELMI, *Informatica e Diritto. Presupposti, storia, disciplina, insegnamento, ius condendum*, in *Informatica e Diritto*, 2014, 2, 85.

sistematizzazione recata dalle codificazioni ottocentesche⁵. Ciò, se da un lato non le ha comunque impedito di prestarsi a fortunati tentativi di sintesi dogmatica⁶, dall'altro ha contribuito a conferirle una configurazione marcatamente poliedrica.

Di questa poliedricità partecipa la normativa antimafia, che, anzi, ne rappresenta uno dei più vividi esempi. E non poteva essere altrimenti se solo si pone mente alla circostanza che proprio il suo carattere multiforme rivendica una complessità e varietà di contenuti che si snodano lungo la dorsale diritto penale/diritto amministrativo inserendosi nell'orbita di un discorso ampio ed

⁵ Con il che, lungi dal negare che il diritto amministrativo sia stato interessato da quella stagione di razionalizzazione legislativa culminata con l'adozione di molteplici testi unici, si intende semplicemente affermare che – diversamente da quanto accaduto per altre branche ordinamentali che, nonostante la tendenza alla decodificazione, hanno comunque conservato un impianto 'codicecentrico' – la morfologia delle fonti normative nel diritto amministrativo appare senz'altro policentrica e dai contorni frastagliati. Il che si spiega anche alla luce della sua genesi giurisprudenziale, come rileva F. MERUSI, *Sullo sviluppo giurisprudenziale del diritto amministrativo italiano*, in AA.VV., *Legge, giudici, politica: le esperienze italiana e inglese a confronto*, Milano, 1983, 119 ss. In tema si veda anche: M. CLARICH, *I materiali della legge nel giudizio amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2022, 2.

⁶ Per un approfondimento si rinvia alla lucida analisi di B. SORDI, *Tra Weimar e Vienna. Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra*, Milano, 1987, 22 ss., il quale sottolinea come, a cavallo tra il XIX e il XX secolo, si sviluppi una dimensione dell'amministrazione e del suo diritto che trascende i confini nazionali per convergere su una piattaforma in cui le specificità dei singoli ordinamenti si stemperano nelle concettologie dogmatiche. D'altronde, questa tendenza alla rarefazione, che dapprincipio aveva investito il diritto romano e il diritto civile, con la post-pandettistica fu estesa anche al diritto pubblico. Tale corrente di pensiero, sorta in Germania sul finire dell'Ottocento, suscitò particolare interesse nella cultura giuridica italiana, trovando nello Zanobini uno dei propri maggiori esponenti. È a quest'ultimo, infatti, che si deve l'elaborazione, in termini astratti, delle definizioni dei principali istituti della pubblicistica, definizioni che il Giannini – suo successore alla cattedra di diritto amministrativo alla Sapienza – ebbe a descrivere come vere e proprie «mitologie giuridiche» (M.S. GIANNINI, *Vita e opere di Guido Zanobini*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1965, 3). Sull'argomento cfr. anche: M. D'ALBERTI, *La prolusione romana di Massimo Severo Giannini*, in *Riv. it. scien. giur.*, 2018, 3 ss. Per una panoramica della letteratura italiana, è d'obbligo il rinvio a G. CIANFEROTTI, *Storia della letteratura amministrativistica italiana*, Milano, 1998.

articolato, per affrontare il quale si reputa necessario muovere da un dato definitorio di sintesi.

Con l'espressione normativa antimafia si è soliti fare riferimento a tutte quelle misure, di varia natura e di diversa pervasività, con cui l'ordinamento mira a colpire ed arginare il diffondersi del fenomeno mafioso, al fine di salvaguardare la pubblica sicurezza e l'ordine pubblico (economico)⁷.

⁷ Pur senza scendere nel dettaglio di un dibattito che ha visto per lungo tempo impegnata la dottrina, basti qui ricordare che, secondo una lettura più risalente, 'ordine pubblico' e 'sicurezza pubblica' sarebbero concetti distinti, il primo ancorato ad una dimensione oggettiva e teleologicamente rivolto alla conservazione della pace sociale nel contesto del vivere civile, il secondo legato ad una dimensione soggettiva e funzionalmente proiettato verso la protezione degli individui e del loro patrimonio, cfr.: P. BARILE, *Il soggetto privato nella costituzione italiana*, Padova, 1953, 117. Tale demarcazione, ancorché valida sotto il profilo descrittivo, si perde nell'unicità del regime giuridico, che tende a considerare 'ordine pubblico' e 'sicurezza pubblica' due sintagmi di una formula sintetica avente il medesimo referente concettuale, cioè a dire la 'tranquillità pubblica' latamente intesa. A conferma di ciò si pone non solo il dato testuale dell'art. 117, comma 2, Cost. che, non a caso, iscrive i due lemmi all'interno della medesima lettera h), ma anche l'art. 159, comma 2, del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112, a tenore del quale le funzioni e i compiti amministrativi relativi alle nozioni in parola sono quelli concernenti «*le misure preventive e repressive dirette al mantenimento dell'ordine pubblico, inteso come 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*». Propende per la tesi dell'endiadi: Corte cost., 23 dicembre 2019, n. 285, in *Giur. cost.*, 2019, 3279. Sul tema, in dottrina: G. CORSO, voce *Ordine pubblico nel diritto amministrativo*, in *Dig. pubbl.*, Torino, 1995, 439 ss.; G. NAPOLITANO, *L'ordine pubblico*, in S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2012, 40 ss.

Indipendentemente dall'opzione ermeneutica prescelta, il significato dei due lemmi muta al variare del contesto in cui gli stessi vengono impiegati. A titolo esemplificativo, restringendo l'analisi alla nozione di 'ordine pubblico', mentre nell'accezione civilistica esso si pone quale limite estrinseco alla libertà di autonomia negoziale, giusto il combinato disposto degli artt. 1343 e 1418, comma 2 c.c., nella materia penale assurge ad autonoma oggettività giuridica di categoria presidiata da apposite norme incriminatrici di parte speciale (segnatamente, artt. da 414 a 452 e da 650 a 681 c.p.). Parimenti, anche in ambito sovranazionale il medesimo concetto assume una peculiare sfumatura, complice la declinazione che ne viene data dalla giurisprudenza delle corti. In riferimento al diritto unionale, si veda la

Trattasi di una definizione piuttosto ampia, che riflette una morfologia a vocazione intrinsecamente duale: così descritta, infatti, la disciplina finisce col ricomprendere in sé sia l'armamentario tipico della repressione sia lo strumentario proprio della logica preventiva. Il primo si sostanzia essenzialmente o nella previsione di autonomi titoli di reato strutturati in guisa di delitti a dolo specifico di offesa⁸ (i.e. l'art. 416 *bis* c.p.) o nella descrizione di fattispecie circostanziali in cui l'elemento della mafiosità colora di maggior disvalore il reato base (i.e. art. 416 *bis*.1 c.p.), mentre il secondo consiste in un ampio ventaglio di istituti, variamente dislocati in discipline settoriali, che, come meglio si dirà nel prosieguo, afferiscono ora al sistema del diritto penale ora a quello del diritto amministrativo, con conseguenti riflessi in punto di intersezione tra il piano della *administratio* e quello della *iurisdictio*.

Questa vastità di contenuti, pur costituendo una risorsa preziosa per verificare la tenuta degli equilibri tra poteri dello Stato, potrebbe portare lo studioso, che avesse l'ambizione di cimentarsi in un'analisi unitaria, a perdersi in un itinerario di ricerca dai molti rivoli e dalle poche confluenze.

Da qui la scelta non solo di circoscrivere il perimetro dell'indagine a quello specifico ambito della normativa antimafia che, con espressione compendiosa, potremmo chiamare 'il microcosmo della prevenzione amministrativa', ma anche di ulteriormente delimitarne i confini alle misure destinate ad impattare sulla materia della contrattualistica pubblica, con ciò escludendo dal presente studio il versante della prevenzione, parimenti ricco di

pregevole ricostruzione di O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2012.

Ciò precisato, data l'ampiezza semantica propria dell'espressione 'ordine pubblico' – non a caso assai felicemente definito da Karl Binding «*Rumpelkammer von Begriffen*» (tradotto, «*ripostiglio di concetti*») - va da sé che l'aggettivazione 'economico' mira a delimitarne il perimetro, istituendo tra i due un rapporto di *genus ad speciem*.

⁸ Sulla tripartizione dei delitti a dolo specifico cfr.: F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2017, 213.

questioni problematiche⁹, legato ai controlli statali sulle amministrazioni pubbliche locali, di cui l'istituto dello scioglimento dei consigli comunali e provinciali *ex art. 143 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267* rappresenta il precipitato più significativo.

Tale decisione, dettata da ragioni di ordine squisitamente metodologico, costituisce l'esito di una riflessione che vede nei poteri amministrativi di prevenzione della criminalità organizzata un «fascio di funzioni a contenuto tutorio»¹⁰ riconducibili a due ambiti di intervento accomunati nei presupposti ma funzionalmente distinti, in quanto destinati l'uno a preservare il mercato delle commesse pubbliche contro il rischio che le stazioni appaltanti intrattengano rapporti con operatori infiltrati o comunque condizionati (c.d. prevenzione dal pericolo esterno) e l'altro finalizzato a scongiurare il rischio che la criminalità possa annidarsi e proliferare tra i gangli degli stessi apparati pubblici (c.d. prevenzione dal pericolo interno).

All'analisi e all'approfondimento del primo è rivolto il presente contributo¹¹.

⁹ Si consideri che, stando ai dati pubblicati nella *Relazione annuale sul contenzioso antimafia 2020* predisposta dall'Avvocatura di Stato, il numero degli affari legati allo scioglimento dei consigli comunali e provinciali è quasi quadruplicato nell'arco di un quadriennio, passando da sei affari nel corso del 2016 a ventuno affari nel corso del 2020, toccando quota ventitré affari durante il 2018. Il documento è consultabile al seguente *link*: <http://www.avvocaturastato.it/files/files/RELAZIONE%20ANNUALE%20CONTENZIOSO%20ANTIMAFIA%202020.pdf>.

¹⁰ L'espressione è di M. MAGRI, *Lo scioglimento dei consigli comunali e provinciali per infiltrazioni della criminalità di tipo mafioso: vecchi e nuovi dubbi di costituzionalità, in attesa di una riforma dell'art. 143 del TUEL*, in *Dir. amm.*, 2018, 1, 78.

¹¹ Il tema dello scioglimento degli organi consiliari delle amministrazioni locali ha suscitato un interesse soltanto saltuario in dottrina. Tra i contributi che si rinvengono, oltre a quello già citato (v. *supra* nt. 10): F. GIACALONE, *La tenuta dell'assetto democratico nella lotta alla criminalità organizzata: riflessioni sullo scioglimento dei consigli comunali e provinciali conseguente a fenomeni di infiltrazione e condizionamento mafioso*, in M. IMMORDINO – N. GULLO (a cura di), *Diritto amministrativo e misure di prevenzione della criminalità organizzata*, Napoli, 2021, 233; V. MONTARULI, *Lo scioglimento degli organi elettivi negli enti locali per infiltrazioni della criminalità organizzata*, Napoli, 2014; V. FOGLIAME, *Lo scioglimento degli*

2. Prevenzione e repressione: due paradigmi a confronto

Prima di addentrarci nell'indicato tema di studio, merita soffermarsi sul contesto in cui esso si inserisce.

Già si è dato conto di come la disciplina antimafia possa contare su uno strumentario variegato, che ruota intorno alla diade concettuale repressione/prevenzione. In quest'ottica, essa costituisce un banco di prova privilegiato per vagliare la tenuta del moderno Stato costituzionale di diritto, stretto nella morsa della perenne dialettica tra necessità di tutela delle libertà fondamentali dell'individuo ed esigenze di difesa sociale della collettività.

Infatti, sebbene tale dialettica rappresenti un'invariante universale, rinvenendosi in tutti i sistemi giuridici, la latitudine delle due sfere antagoniste muta al variare del modello di Stato storicamente dato, così che il pendolo della lotta alla criminalità oscilla tra i due opposti poli della repressione e della prevenzione a seconda che l'ordinamento assuma connotati liberali ovvero autoritari. Ciò risulta evidente se solo si pone mente alla circostanza che mentre la repressione partecipa del momento punitivo, estrinsecandosi come reazione

organi elettivi conseguente ad infiltrazioni di stampo mafioso, in *Federalismi*, 10 settembre 2014; R. ROLLI, *Il comune degli altri. Lo scioglimento degli organi di governo degli enti locali per infiltrazioni mafiose*, Roma, 2013; P. CLARIZIA, *La nuova disciplina dello scioglimento degli organi elettivi*, in F. RAMACCI – G. SPANGHER (a cura di), *Il sistema della sicurezza pubblica*, Milano, 2010, 379; F. LONGO, *Lo scioglimento dei consigli comunali per fenomeni di infiltrazione e condizionamento di tipo mafioso è questione di contesto*, in *Foro amm. CDS*, 2008, 3, 880; F. CELLE, *Lo scioglimento dei consigli comunali o provinciali per infiltrazioni o condizionamento di tipo mafioso*, in *Foro amm. TAR*, 2004, 4, 1209; T. GROPPI, *Lo scioglimento dei consigli comunali e provinciali per collegamento mafioso*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, 3, 254.

Con riguardo alla letteratura formatasi sulla normativa precedente al d.lgs. n. 267 del 2000, cfr.: A. CIANCIO, *Lo scioglimento dei consigli comunali per motivi di inquinamento da criminalità organizzata nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. it.*, 1996, 4, 17; G. CORSO, *Criminalità organizzata e scioglimento dei consigli comunali e provinciali: osservazioni critiche alla giurisprudenza costituzionale*, in *Nuove Autonomie*, 1993, 117; P. VIRGA, *Infiltrazioni mafiose negli enti locali*, in *Corr. giur.*, 1991, 821.

ad una condotta antiggiuridica¹², le misure di prevenzione – essendo fondate su una prognosi di pericolosità – comportano un’anticipazione della soglia di tutela rispetto a condotte neppure suscettibili di lambire la figura del tentativo punibile.

Fino a che punto sia tollerabile una simile espansione della sfera del giuridicamente rilevante a fini sanzionatori e, dunque, un allentamento delle garanzie poste a presidio dei diritti e delle libertà individuali è questione di politica del diritto destinata ad avere ricadute sistemiche, per comprendere le quali è utile un breve *excursus* storico.

Dapprincipio, la distinzione tra diritto penale e diritto della prevenzione era tutt’altro che netta. Le ragioni di questa ‘osmosi concettuale’ risiedevano nell’originaria concezione soggettivistica del cosiddetto ‘diritto penale dell’oppressione’: quest’ultimo, infatti, tendeva a perseguire e neutralizzare «non solo la pericolosità oggettiva delle condotte ma anche la pericolosità soggettiva degli individui, non solo i fatti offensivi di determinati beni ma anche i soggetti pericolosi»¹³. Si pensi che nei codici penali preunitari e in particolare

¹² Il concetto di repressione è strettamente connesso a quello di sanzione e quest’ultima, a sua volta, costituisce momento indefettibile di ogni sistema normativo. Sebbene, infatti, sia inimmaginabile che l’osservanza delle leggi dipenda dalla mera coercizione, essendo piuttosto la condivisione dei valori di cui esse sono foriere la miglior garanzia della loro effettività, nondimeno va da sé che nessun ordinamento può rinunciare alla dimensione repressivo-sanzionatoria. Sul tema, a livello di teoria generale illuminanti sono le pagine di N. BOBBIO, voce *Sanzione*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XVI, Torino, 1969, 530 ss. In proposito si veda anche: A. CATANIA, *Diritto positivo ed effettività*, Napoli, 2009; R. BALDWIN, *Rules and Government*, Oxford, 1995.

¹³ F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 852. La letteratura in tema è molto ampia. Tra i tanti che si sono interessati all’argomento, si veda: F.P. LASALVIA, *La prevenzione ragionevole. Le misure di prevenzione personali tra legalità e proporzionalità*, Roma, 2022; R. GUERRINI – L. MAZZA – S. RIONDATO, *Le misure di prevenzione. Profili sostanziali e processuali*, Padova, 2004; E. GALLO, voce *Misure di prevenzione*, in *Enc. giur.*, vol. XX, Roma, 1990, 3 ss.; N. D’ARGENTO, *Misure di prevenzione*, Napoli, 1979; F. BRICOLA, *Politica criminale e politica penale dell’ordine pubblico*, in *La Quest. crim.*, 1975, 221; G. VASSALLI, *Misure di prevenzione e diritto penale*, in *Scritti in onore di Biagio Petrocelli*, vol. III, Milano, 1972, 1591 ss.; G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967.

in quello sardo – esteso, a seguito dell’unificazione, a tutto il territorio italiano con la sola eccezione della Toscana - figuravano disposizioni incriminatrici fondate sul mero sospetto (i.e. i reati di oziosità e di vagabondaggio). In un assetto di tal fatta l’ambito della repressione veniva quindi ad ampliarsi al punto da ricomprendere quello della prevenzione, che, per converso, ne usciva svuotata della propria stessa *ratio essendi*.

Quest’ultima sarebbe tornata ad espandersi solo con l’avvento del liberismo penale, di cui il codice Zanardelli del 1889 rappresentò compiuta espressione, cioè a dire con l’affermarsi di un nuovo modello di diritto penale che, nel recepire i principi, di ascendenza illuministica, di legalità, materialità e offensività (compendiati nella formula *nullum crimen sine lege, sine actione, sine iniuria*), subì un mutamento di baricentro dal soggetto al fatto tipico¹⁴.

Fu proprio a seguito di questa ‘torsione garantista’ che si sviluppò il dibattito circa la necessità e la collocazione sistematica della prevenzione *ante e praeter delictum*. La prima questione – relativa all’*an* della prevenzione – costringeva il pensiero giuridico a fare i conti con insopprimibili istanze

¹⁴ In verità, già all’indomani dell’unificazione e, segnatamente, nel passaggio dalla disciplina transitoria a quella stabile, intervenuto con la legge 20 marzo 1865, n. 2248 («*Per l’unificazione amministrativa del Regno d’Italia*»), si iniziò a scorgere i primi segnali di quel mutamento di prospettiva che avrebbe poi condotto al varo del codice Zanardelli. In particolare, l’Allegato B del richiamato provvedimento legislativo, nel prevedere il carcere per i soggetti accusati di oziosità e vagabondaggio, lo subordinava all’ipotesi in cui questi, a seguito dell’ammonizione del Pretore, non si fossero adeguati alle prescrizioni impartite loro. Il reato veniva così ad essere ancorato non tanto ad una qualità subiettiva dell’accusato quanto piuttosto alla disobbedienza di questi all’ordine dell’autorità (cfr.: P. TRONCONE, *Origine ed evoluzione delle misure preventive antimafia*, in G. AMARELLI – S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all’infiltrazione mafiosa negli appalti*, Torino, 2019, 4).

Per un approfondimento sull’evoluzione delle discipline oggetto delle leggi di unificazione è imprescindibile il rinvio ai volumi contenenti le relazioni tenutesi durante il Convegno celebrativo del centocinquantesimo delle leggi di unificazione amministrativa del Regno d’Italia organizzato a Firenze nel 2015 (cfr.: L. FERRARA – D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall’unificazione amministrativa italiana*, Firenze, 2016).

securitarie, giungendo alla conclusione di considerarla un male necessario e, per ciò stesso, irrinunciabile¹⁵. In ordine invece al problema della sua *sedes materiae*, per la scuola classica essa doveva considerarsi estranea alla materia penale e, dunque, venne demandata a misure di competenza dell'autorità amministrativa di pubblica sicurezza.

L'amministrativizzazione del sistema di prevenzione, ancorché frutto del liberalismo penale, rischiava tuttavia di tradire l'ispirazione garantista propria di quest'ultimo, poiché il refluire degli istituti preventivi nella sfera di pertinenza dell'autorità amministrativa significava sottrarli alle garanzie del processo giurisdizionale penale per lasciarli ai possibili arbitri della *administratio*¹⁶.

Ecco allora che, conclusa la parentesi autoritaria del regime fascista durante la quale fu fatto largo uso delle misure di polizia come surrogati della sanzione penale¹⁷, onde superare le segnalate criticità – frattanto rese insuperabili dall'avvento della Costituzione repubblicana che introduceva una riserva di giurisdizione a garanzia della libertà personale – fu scelto di intervenire su un duplice fronte.

¹⁵ In questi termini si espresse l'allora Ministro dell'Interno Giovanni Filippo Galvagno nel corso di un intervento tenuto il 17 dicembre 1851 presso la Camera del Parlamento subalpino in occasione della presentazione del progetto di legge relativo ai provvedimenti provvisori di pubblica sicurezza approvato il 26 febbraio dell'anno successivo.

¹⁶ Sulla dialettica dei rapporti tra azione penale e azione amministrativa, cfr.: E. MORLINO, *Amministrare e punire*, Milano, 2020; G.D. COMPORI – E. MORLINO, *La difficile convivenza tra azione penale e funzione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1, 129; B. TONOLETTI, *La pubblica amministrazione sperduta nel labirinto della giustizia penale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1, 77; T. PADOVANI, *Poteri discrezionali e processo penale. Note e riflessioni su un fenomeno cangiante*, in *Scritti in onore di Antonio Cristiani*, Torino, 2001, 583 ss. Interessante anche l'analisi condotta, con specifico riferimento al bacino del governo del territorio, da S. LUCATTINI, *Le sanzioni a tutela del territorio*, Torino, 2022, che mette in luce la necessità di una rinnovata fiducia nei confronti del potere discrezionale della pubblica amministrazione quale fattore di rivitalizzazione del sistema.

¹⁷ E. DE CRISTOFARO, *Legalità e pericolosità. La penalistica nazifascista e la dialettica tra retribuzione e difesa dello Stato*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2007, 1046 ss.

Da un lato, sulla scorta dell'insegnamento della Corte costituzionale¹⁸, nell'ampio *genus* delle misure di prevenzione personale fu operato un distinguo tra quelle a minor impatto sulla libertà individuale, affidate alla competenza del questore, e quelle a contenuto maggiormente afflittivo, che furono invece assegnate alla competenza dell'autorità giudiziaria penale. Dall'altro, con riferimento tanto alle une quanto alle altre, furono previsti presupposti applicativi più stringenti sia sul versante oggettivo sia sul versante soggettivo così da limitare la discrezionalità o, *rectius*, l'arbitrio dell'organo decidente.

Il sistema di prevenzione così delineato – a competenza bicefala – fu inaugurato dalla legge 27 dicembre 1956, n. 1423 e, *mutatis mutandis*, è arrivato sino ai giorni nostri¹⁹.

La parziale giurisdizionalizzazione degli istituti di prevenzione, unita ad un – sia pure imperfetto – sforzo tassativizzante delle fattispecie di pericolosità²⁰,

¹⁸ Il riferimento è ai seguenti arresti: Corte cost., 23 giugno 1956, n. 2, in *Riv. it. dir. pen.*, 1956, 441, con nota di P. NUVOLONE, *Appunti e spunti tra precetti e sanzioni*; Corte cost., 3 luglio 1956, sent. n. 11, in *Foro it.*, 1956, 1037. Con le richiamate pronunce furono dichiarate costituzionalmente illegittime le disposizioni del Testo Unico delle leggi di pubblica sicurezza recanti la disciplina rispettivamente dell'esecuzione coattiva dell'ordine di rimpatrio disposto dal questore e dell'ammonizione. In entrambi i casi, dirimenti ai fini della decisione fu la riserva di giurisdizione di cui all'art. 13 Cost.

¹⁹ L'economia del presente scritto non consente di analizzare *funditus* la disciplina della prevenzione nei suoi aspetti sostanziali e processuali. Per un aggiornato quadro d'insieme della materia si rinvia a: L. DELLA RAGIONE - A. MARANDOLA - A. ZAMPAGLIONE (a cura di), *Misure di prevenzione, interdittive antimafia e procedimento*, Milano, 2022, nonché a F. MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, Milano, 2019.

²⁰ Conviene rammentare, tuttavia, che il principio di legalità e il canone della tassatività/determinatezza, che di quest'ultimo è corollario indefettibile, assumono una consistenza differente, trovando diversa declinazione nel mondo della repressione e in quello della prevenzione. Detto altrimenti, la legalità repressiva non è identica alla legalità preventiva, essendo estranea alla prima quel margine di elasticità che è connaturale alla seconda e che le consente di adattarsi alle contingenti situazioni di fatto. In tema, cfr.: P. TRONCONE, *Origine ed evoluzione delle misure preventive antimafia*, in G. AMARELLI - S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti*, cit., 4, il quale a tal proposito parla di «legalità con struttura ambivalente». Similmente anche: F.

rappresentò senz'altro un significativo avanzamento del percorso di allineamento della materia in esame al dettato della Carta costituzionale, dalla cui trama emerge con assoluto nitore la preminenza assiologica assegnata alla persona umana e, conseguentemente, ai diritti e alle libertà fondamentali che alla stessa afferiscono. Un percorso scandito da plurimi arresti del Giudice delle leggi²¹ e delle giurisdizioni sovranazionali²², che, per quanto lodevoli nei termini

COLAO, *La legalità "diversa" per la prevenzione. Una vicenda italiana dall'Unità ad oggi*, in E. DE CRISTOFORO (a cura di), *Il domicilio coatto. Ordine pubblico e politiche della sicurezza in Italia dall'unità alla Repubblica*, Acireale – Roma, 2015, 29.

²¹ Cfr.: Corte cost., 23 marzo 1964, sent. n. 23, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, 1, 106, con nota di R.G. DE FRANCO, *Riserva di legge e "determinatezza" delle previsioni di pericolosità sociale ex legge n. 1423 del 1956*; Corte cost., 22 dicembre 1980, sent. n. 177, in *Foro. it.*, 1981, 327; Corte cost., 23 giugno 1988, sent. n. 721, in www.cortecostituzionale.it; Corte cost., 8 ottobre 1996, sent. n. 335, in *Corr. giur.*, 1997, 5, 536, con nota di R. GAROFOLI, *Al vaglio della Corte costituzionale i principi del sistema di prevenzione patrimoniale*.

²² Si veda in particolare: Corte E.D.U., *De Tommaso c. Italia*, ricorso n. 43395/09, sentenza del 23 febbraio 2017, in www.hudoc.echr.coe.int, con la quale la Corte di Strasburgo ebbe a condannare l'Italia, ravvisando una violazione dell'art. 2 del IV Protocollo addizionale alla Convenzione E.D.U. da parte della normativa nazionale che contemplava, in materia di prevenzione, fattispecie cosiddette 'a pericolosità generica' (art. 1 della legge n. 1423 del 1956, oggi art. 1 del d.lgs. n. 159 del 2011), giacché le stesse finivano coll'attribuire al giudice un'illimitata discrezionalità, conseguentemente annullando qualsiasi forma di prevedibilità della misura prevenzionale. Tra i molteplici commenti alla pronuncia si segnala: F. MENDITTO, *La sentenza De Tommaso contro Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione*, in www.penalecontemporaneo.it, 26 aprile 2017; R. MAGI, *Per uno statuto unitario dell'apprezzamento della pericolosità sociale. Le misure di prevenzione a metà del guado*, in www.penalecontemporaneo.it, 13 marzo 2017; A.M. MAUGERI, *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte Europea condanna l'Italia per la mancanza di "qualità" della legge, ma una rondine non fa primavera*, in www.penalecontemporaneo.it, 6 marzo 2017; F. VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in www.penalecontemporaneo.it, 3 marzo 2017; V. MAIELLO, *De Tommaso c. Italia e la cattiva coscienza delle misure di prevenzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 8, 1039.

Sulla scia della richiamata sentenza, cfr.: Corte cost., 27 febbraio 2019, sent. n. 24, in *Cass. pen.*, 2019, 5-6, 1864, con nota di E. APRILE, *La Corte costituzionale "riscrive" la disciplina delle misure di prevenzione "generiche" per garantire maggiore determinatezza nei*

sopra descritti, non sono comunque stati in grado di sopire l'insofferenza di quella parte della dottrina – per il vero minoritaria – che scorge nel sistema di prevenzione un residuo illiberale, contestandone in radice la stessa legittimità²³.

Al di là delle posizioni radicali da ultimo richiamate che, nel peccare per eccesso, scontano un difetto di pragmatismo, va da sé che in ogni Stato di diritto il potere di prevenzione solleva delle riserve di ordine giuridico e morale, non potendosi non guardare con diffidenza quegli istituti che proprio sul sospetto (ancorché circostanziato e corroborato da riscontri esterni) trovano la propria ragion d'essere²⁴.

3. Polisemia del concetto di 'prevenzione'

L'analisi che precede ha consentito non soltanto di tracciare le coordinate teoriche di riferimento e comprendere la rilevanza delle questioni che fanno da

loro presupposti applicativi e negli effetti penalistici della violazione delle relative prescrizioni; in Giust. pen., 2019, 5, 151, con nota di F. BASILE – E. MARIANI, La dichiarazione di incostituzionalità della fattispecie preventiva dei soggetti "abituamente dediti a traffici delittuosi": questioni aperte in tema di pericolosità; in Quad. cost., 2019, 3, 691, con nota di G.P. DOLSO, La Corte costituzionale fa i conti con la giurisprudenza Edu in materia di misure di prevenzione; in Giur. cost., 2019, 1, 332, con nota di V. MAIELLO, La prevenzione 'ante delictum' da pericolosità generica al bivio tra legalità costituzionale e interpretazione tassativizzante; in Studium iuris, 2019, 11, 1294, con nota di A. MARANDOLA, La Corte costituzionale definisce lo statuto di garanzia di (alcuni) presupposti delle misure di prevenzione; in Riv. it. dir. proc. pen., 2019, 2, 987, con nota di F. MAZZACUVA, L'uno-due della Consulta alla disciplina delle misure di prevenzione: punto di arrivo o principio di un ricollocamento sui binari costituzionali?.

²³ L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962, *passim*; ID., *Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e l'art. 25 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1964, 938 ss. In senso critico alla luce delle carte convenzionali sovranazionali anche G. FIANDACA, voce *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig. pen.*, 1994, 108.

²⁴ In questo senso si veda: A. MANNA, *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, Pisa, 2019.

sfondo alla presente disamina, ma anche di sgombrare il campo da un possibile equivoco terminologico.

Almeno a far data dalla promulgazione della legge 6 novembre 2012, n. 190, nel dibattito pubblico e scientifico si è soliti associare il concetto di prevenzione al diritto amministrativo, quello di repressione al diritto penale.

Tale tendenza si giustifica alla luce dell'impianto e delle finalità del citato testo normativo, recante «*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*».

Nell'incipit di uno dei primi commenti alla novella autorevole dottrina osservava: «Nel linguaggio giuridico italiano, il termine “corruzione” è stato finora un termine essenzialmente penalistico, con il quale ci si è riferiti a specifiche figure di reato. Questa accezione, restrittiva, è coerente con la circostanza che la lotta alla corruzione si è svolta principalmente sul piano della repressione penale. Esiste, tuttavia, anche nel linguaggio giuridico, un'accezione più ampia del termine, che è connessa alla prevenzione del malcostume politico e amministrativo, da operare con gli strumenti propri del diritto costituzionale e del diritto amministrativo»²⁵.

Già da queste poche parole si evince la portata innovativa della novella, che ha rappresentato davvero uno spartiacque fondamentale in materia di anticorruzione; da allora, infatti, si è imposta nel nostro ordinamento una strategia di contrasto al malaffare che, pur senza affrancarsi dall'archetipo originario della repressione, ha trovato nella prevenzione il proprio punto di forza²⁶.

²⁵ B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 2, 123.

²⁶ Conviene rammentare che la novella costituiva il portato non soltanto di precisi obblighi derivanti da fonti sovranazionali (la Convenzione Onu di Mérida del 2003, la Convenzione di Strasburgo del 1999 adottata dal Consiglio d'Europa, la Convenzione Oece del 1997, ratificate dal nostro Paese, rispettivamente, nel 2009, 2012 e nel 2000), ma anche di indicazioni provenienti da strumenti di *soft law*, quali le raccomandazioni formulate da Gruppi di lavoro operanti in seno a organizzazioni internazionali, segnatamente il WGB (*World Group Bribery*) e il GRECO (*Groupe d'États contre la corruption*).

Più precisamente, a partire dal 2012, il sistema di profilassi amministrativa contro il fenomeno della monetizzazione del *munus* pubblico si è evoluto secondo plurime direttrici, restando pur sempre nell'alveo di una prospettiva immunopoietica volta a potenziare la capacità delle amministrazioni di rendersi autonomamente impermeabili a qualsivoglia forma di malcostume, non necessariamente integrante un'ipotesi delittuosa. In questo senso vanno lette sia le disposizioni che impongono l'adozione, da parte di ciascun plesso organizzativo, di piani appositi da calibrarsi sul singolo contesto al fine di un'efficace mappatura e gestione del rischio corruttivo (*risk assessment* e *risk management*), sulla scorta di quanto già previsto nel settore privato dal d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231, sia quelle funzionali a valorizzare il principio di trasparenza dell'azione amministrativa.

Questo sforzo di affrancamento dalla «assorbente prospettiva pan-penalistica»²⁷ che in passato aveva condizionato l'approccio dell'ordinamento al fenomeno del mercimonio delle pubbliche funzioni, ha surrettiziamente determinato la tralatizia convinzione che la prevenzione sia una strategia di esclusivo appannaggio del diritto amministrativo, laddove invece essa trova nel diritto penale il proprio alveo originario per le ragioni storiche sopra evidenziate.

Talché, già questo sarebbe bastevole per dare contezza della estrema poliedricità della nozione di prevenzione, la quale si appalesa come un concetto oltremodo sfaccettato e intrinsecamente polisemico.

Ma vi è di più. Non solo la prevenzione penale è qualcosa di altro rispetto alla prevenzione amministrativa, ma anche all'interno di quest'ultima confluiscono modelli del tutto eterogenei.

Confrontando la disciplina anticorruzione con quella antimafia, emerge con evidenza lo iato esistente tra le due. Entrambe partecipano della stessa

La letteratura in tema è molto vasta. Per un approfondimento si rinvia, *ex plurimis*, a: M. D'ALBERTI (a cura di), *Corruzione e pubblica amministrazione*, Napoli, 2017; R. CANTONE – F. MERLONI (a cura di), *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, Torino, 2016.

²⁷ L'espressione, ancorché utilizzata in un diverso contesto, è mutuata da G.D. COMPORTI, *La nuova sfida delle direttive europee in materia di appalti e concessioni*, in *Federalismi*, 25 marzo 2015, 7.

finalità di prevenzione nella misura in cui mirano a scongiurare il realizzarsi di un illecito latamente inteso, ma si differenziano nel metodo utilizzato per perseguirla.

La prima, specificamente calibrata su particolari forme di aggressione ai beni dell'imparzialità e del buon andamento della pubblica amministrazione e rivolta a determinate categorie di destinatari, si fonda sulla valorizzazione del principio di *accountability* dei funzionari pubblici quale veicolo di consolidamento dell'etica delle istituzioni²⁸. Si pensi, a titolo esemplificativo, all'art. 6 *bis* della legge 7 agosto 1990, n. 241, che, nell'estendere il dovere di astensione del responsabile del procedimento e degli altri funzionari che intervengono nello stesso ai conflitti di interesse anche soltanto potenziali, demanda a questi ultimi – in un'ottica di responsabilizzazione dei medesimi – il compito di individuare e segnalare tali situazioni²⁹.

Di contro, la seconda – come meglio si vedrà nel prosieguo – si rivolge ad una platea più variegata di soggetti (gli operatori economici) e basa la propria azione non già su una strategia di sensibilizzazione volta ad orientare e conformare le altrui condotte a parametri di onestà e correttezza, bensì su un generalizzato effetto inibitorio che la colloca in una terra di confine tra controllo e repressione.

4. *Genesi della normativa: dalle vecchie misure di polizia ad una più moderna funzione di controllo*

²⁸ Per un approfondimento in tema si rinvia a: S. BATTINI, *Responsabilità e responsabilizzazione dei funzionari e dipendenti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 1, 53; ID., *De la responsabilité à la responsabilisation des fonctionnaires. L'expérience italienne*, in *Revue internationale de droit comparé*, 2016, 1, 57.

²⁹ Per un approfondimento in tema si rinvia al contributo di G. D'ANGELO, *Conflitto di interessi ed esercizio della funzione amministrativa*, Torino, 2020.

Il d.lgs. n. 159 del 2011 – intitolato «*Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136*» - rappresenta l'approdo di una lunga e travagliata evoluzione storica, che ha portato a compendiare in un unico corpo normativo discipline settoriali precedentemente disseminate in una variegata congerie di fonti.

Prima di intraprendere l'esame della normativa vigente, conviene chiedersi come si sia arrivati all'attuale assetto normativo³⁰.

La disciplina antimafia ha fatto irruzione nel panorama ordinamentale in tempi piuttosto recenti. Il primo intervento in materia risale alla metà degli anni Sessanta. Si tratta della legge 31 maggio 1965, n. 575, recante «*Disposizioni contro la mafia*»³¹. Prima di allora il termine 'mafia' non era mai comparso in un testo legislativo della Repubblica Italiana, quantomeno in uno a contenuto precettivo³². Fu dunque una significativa presa d'atto da parte del legislatore nazionale non solo dell'esistenza del fenomeno ma anche della circostanza che, date le sue peculiarità, esso non poteva essere 'trattato' con gli strumenti all'epoca vigenti, imponendone un adattamento³³.

³⁰ In prospettiva diacronica, *funditus*: L. LACCHÈ, *Uno "sguardo fugace". Le misure di prevenzione in Italia tra ottocento e novecento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 2, 413; P. TRONCONE, *La legislazione penale dell'emergenza in Italia. Tecniche normative di incriminazione e politica giudiziaria dallo Stato liberale di diritto allo Stato democratico di diritto*, Napoli, 2001; R. MARTUCCI, *Emergenza e tutela dell'ordine pubblico nell'Italia liberale*, Bologna, 1980; I. MEREU, *Storia dell'intolleranza in Europa. Sospettare e punire*, Milano, 1979.

³¹ Il titolo attuale, come modificato ad opera della legge 15 luglio 2009, n. 94, è il seguente: «*Disposizioni contro le organizzazioni criminali di tipo mafioso, anche straniere*».

³² Il termine 'mafia', invero, era già presente nella intestazione della legge 20 dicembre 1962, n. 1720, istitutiva della prima Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno in argomento.

³³ Per una ricostruzione in chiave storica e socio-antropologica del fenomeno mafioso, *ex plurimis*, cfr.: A. NICASO, *Mafia*, Torino, 2016; I. SALES, *Storia dell'Italia mafiosa. Perché le mafie hanno avuto successo*, Soveria Mannelli, 2015; R. SCIARRONE, *Mafie vecchie mafie nuove. Radicamento ed espansione*, Roma, 2009; S. LUPO, *Storia della mafia. Dalle origini ai giorni nostri*, Roma, 2004; H. HESS, *Mafia. Le origini e la struttura*, Bari, 1993.

Se, da un lato, venivano estese ai soggetti indiziati di appartenere ad associazioni mafiose le misure prevenzionali personali di cui alla precedente legge n. 1423 del 1956, dall'altro, veniva operato un netto distinguo tra la 'pericolosità qualificata', di cui questi ultimi erano portatori, e la 'pericolosità comune', riferita alle classiche categorie di persone emarginate contenute nel citato testo normativo. In particolare, mentre per le seconde le misure della sorveglianza speciale e dell'obbligo di soggiorno scattavano solo qualora il soggetto avvisato non avesse cambiato condotta, per i primi il preventivo avviso non era contemplato.

Non solo. Altro elemento di specialità della disciplina recata dalla novella del 1965 era dato dal fatto che, in presenza di soggetti indiziati di appartenere a consorterie mafiose, lo *ius postulandi* in relazione alle predette misure veniva riconosciuto – oltre che al questore – al procuratore della Repubblica. La scelta di attribuire il potere di iniziativa del procedimento di prevenzione anche al pubblico ministero costituiva il recepimento della proposta formulata dalla prima Commissione antimafia, istituita con la legge 20 dicembre 1962, n. 1720, ed era giustificata dall'esigenza di rendere più efficaci le misure di prevenzione evitando di disperdere il patrimonio probatorio raccolto durante il procedimento penale, ogni qual volta lo stesso, ancorché insufficiente a sostenere l'accusa in dibattimento, fosse stato ritenuto bastevole ai fini dell'applicazione di dette misure³⁴.

³⁴ Cfr.: Senato, IV Legislatura, Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della mafia in Sicilia, *Relazione e proposte della Commissione al termine della prima fase dei lavori comunicata alle Presidenze delle Camere 7 agosto 1963*, doc. 6, 2, reperibile sul sito istituzionale del Senato della Repubblica al seguente link: <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/285892.pdf>.

Sulla rilevanza di questa scelta in ordine alle sorti del procedimento di prevenzione, si segnala l'interessante disamina di R. ORLANDI, *Il Sistema di prevenzione tra esigenze di politica criminale e principi fondamentali*, in *Criminalia*, 2015, 560 ss. L'Autore instaura una correlazione tra il potere di iniziativa riconosciuto al magistrato requirente e il buon esito del procedimento di prevenzione in ragione del fatto che, data la sua appartenenza all'autorità giudiziaria, questi ben potrebbe avvantaggiarsi delle prove raccolte nel corso delle indagini preliminari – e, magari, anche inutilizzabili in sede penale - ai fini della richiesta di applicazione

Sin da subito, dunque, la legislazione antimafia assunse una connotazione specifica che le conferiva caratteri di marcata autonomia rispetto alla normativa generale e che rappresentò l'archetipo su cui modellare la risposta ad altre forme di criminalità reputate particolarmente aggressive³⁵.

Nondimeno, per quanto significativa nei termini che precedono, la riforma del 1965 mancò del coraggio necessario a fronteggiare un fenomeno sempre più pervasivo e dilagante, in parte tradendo le aspettative che su di essa erano state riposte. Il legislatore dell'epoca, infatti, si limitò ad intervenire sul fronte della prevenzione, senza nulla aggiungere allo strumentario della repressione. La specialità del regime giuridico introdotto con riguardo al versante preventivo non trovava adeguato riscontro sul versante punitivo, che rimase imperniato sulla generica fattispecie di cui all'art. 416 c.p., la quale sin da subito si rivelò inadeguata ad intercettare le forme dell'associazionismo mafioso.

Non è questa la sede per ripercorrere l'ampio dibattito dottrinale sviluppatosi in ordine alla *vexata quaestio* della riconducibilità del fenomeno nel perimetro della richiamata disposizione normativa. Sia qui sufficiente rammentare che alla tesi secondo cui il reato di associazione per delinquere non sarebbe stato applicabile alle aggregazioni criminali di stampo mafioso, data l'impossibilità di individuare in esse l'elemento finalistico dello specifico

della misura preventiva. Sulla circolazione della prova dall'uno all'altro procedimento e sulle rispettive regole probatorie da rispettare cfr.: Cass. pen., sez. VI, 10 gennaio 2008, n. 1161, in *Cass. pen.*, 2008, 12, 4788; Cass. pen., sez. VI, 3 novembre 2005, n. 39953, in *Giur. it.*, 2006, 7, 1482, nonché in *Cass. pen.*, 2007, 4, 1733, con nota di P.V. MOLINARI, *Sulla utilizzabilità delle intercettazioni nel procedimento di prevenzione*; Cass. pen., sez. V, 9 aprile 2004, n. 16851, in *Cass. pen.*, 2005, 6, 2062.

³⁵ Il riferimento è alla legge 22 maggio 1975, n. 152, recante «*Disposizioni a tutela dell'ordine pubblico*» – la c.d. Legge Reale – con la quale, in forza dell'art. 18, la prevenzione antimafia fu estesa ad altre categorie di soggetti al fine di contrastare fenomeni sovversivi dell'ordine democratico, in particolare il terrorismo politico, nonché, più di recente, al d.l. 23 maggio 2008, n. 92, convertito con modificazioni dalla legge 24 luglio 2008, n. 125, che prevedeva l'applicabilità delle misure di cui alla legge n. 575 del 1965 ai soggetti indiziati di uno dei delitti di cui all'art. 51, comma 3 *bis* c.p.p.

programma a commettere una serie di delitti, se ne contrapponeva un'altra che ne ammetteva l'integrazione ogni qual volta fosse stato possibile provare per ciascun singolo sodale non solo l'appartenenza alla consorterìa ma anche l'adesione a quel dato progetto criminale³⁶.

A questa seconda tesi, per così dire 'possibilista', guardò con favore anche la giurisprudenza prevalente, la quale, tuttavia, fu costretta a fare i conti con difficoltà probatorie di non poco momento. La dimostrazione dell'adesione al programma criminoso costituiva infatti una sorta di *probatio diabolica*, tanto da comportare un esito assolutorio per molti dei processi che in quegli anni si andavano instaurando³⁷.

Fu così che, onde superare le criticità emerse nella prassi giudiziaria, a distanza di diciassette anni dal precedente provvedimento normativo, fu varata la legge 16 settembre 1982, n. 646, meglio nota come legge Rognoni-La Torre, con la quale il dettato codicistico fu interpolato tramite l'introduzione dell'art. 416 *bis*.

Invero, le novità della legge n. 646 del 1982 erano molteplici, segnalandosi l'intervento anche per un considerevole ampliamento dei poteri istruttori riconosciuti al magistrato requirente con riferimento sia all'utilizzo delle intercettazioni nei confronti delle persone sottoposte a misura di prevenzione personale (art. 16), sia alla facoltà di disporre indagini patrimoniali pervasive nei riguardi dell'indiziato e dei suoi familiari (art. 14), cui si aggiungeva il potere attribuito al tribunale investito dell'istanza applicativa della misura preventiva di disporre – anche *ex officio* - il sequestro e, successivamente, la confisca dei beni che si trovavano nella disponibilità del sospetto mafioso e che, sulla base di sufficienti indizi come la notevole sperequazione fra il tenore

³⁶ In senso favorevole: V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. VI, Torino, 1983, 199 ss.; G. FALCONE – G. TURONE, *Tecniche di indagine in materia di mafia*, in *Cass. pen.*, 1983, 4, 1039. *Contra*: F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. II, Milano, 1966, 630.

³⁷ In tema, *funditus*: G. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, Milano, 2015, 10 ss.

di vita e l'entità dei redditi apparenti o dichiarati, si aveva motivo di ritenere fossero il frutto di attività illecite o ne costituissero il reimpiego (art. 14).

Nondimeno, come anticipato, la novella è ricordata soprattutto per la giustapposizione, accanto al delitto base di cui all'art. 416 c.p., di una fattispecie appositamente costruita sul paradigma della criminalità mafiosa, che, quanto a risultati conseguiti, si è dimostrata il frutto di una felice operazione di ingegneria normativa, tant'è che l'assetto così raggiunto è rimasto pressoché invariato sino ai giorni nostri³⁸.

I plurimi interventi successivi, lungi dallo stravolgere le linee portanti dell'architettura complessiva, si sono piuttosto concretizzati in frammenti di una legislazione emergenziale che, sull'onda lunga dell'emotività, ha prioritariamente interessato il profilo patrimoniale, conducendo ora ad un rafforzamento dei poteri di indagine del pubblico ministero (legge 19 marzo 1990, n. 55), ora ad una variazione dello schema di accertamento presuntivo dell'origine illecita tramite assegnazione di autonomo rilievo alla sproporzione dei beni rispetto al reddito dichiarato (legge 24 luglio 1993, n. 256), ora alla progressiva sovrapposizione dell'ambito di applicazione soggettiva delle misure di prevenzione patrimoniali rispetto a quelle personali, cui si è contrapposta

³⁸ La letteratura in tema è sterminata. Oltre alla monografia citata nella nota che precede, ci si limita a segnalare, *inter alios*: I. MERENDA – C. VISCONTI, *Metodo mafioso e partecipazione associativa nell'art. 416 bis tra teoria e diritto vivente*, in www.penalecontemporaneo.it, 24 gennaio 2019; G. AMARELLI, *Mafie delocalizzate all'estero: la difficile individuazione della natura mafiosa tra fatto e diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 3, 1197; G. INSOLERA – T. GUERINI, *Diritto penale e criminalità organizzata*, Torino, 2018; P. POMANTI, *Principio di tassatività e metamorfosi della fattispecie: l'art. 416 bis c.p.*, in *Arch. pen.*, 2017, 1, 1; L. FORNARI, *Il metodo mafioso: dall'effettività dei requisiti al 'pericolo di intimidazione' derivante da un contesto criminale?*, in www.penalecontemporaneo.it, 9 giugno 2016; A. BARGI (a cura di), *Il "doppio binario" nell'accertamento dei fatti di mafia*, Torino, 2013; A. CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo. Le ipotesi delle associazioni per delinquere e di tipo mafioso*, Napoli, 2003; G. SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, Padova, 1997; G. FIANDACA, *L'associazione di tipo mafioso nelle prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Foro it.*, 1985, 5, 301.

l'autonomizzazione dei rispettivi procedimenti applicativi (d.l. 23 maggio 2008, n. 92, convertito con modificazioni nella legge 24 luglio 2008, n. 125).

Questa essendo, in estrema sintesi, la trama lungo la quale si è dipanata la legislazione antimafia, una precisazione è d'obbligo. Al di là dell'introduzione di un'apposita fattispecie incriminatrice, l'aspetto più rilevante della disciplina attiene all'affinamento del versante della prevenzione. Con riguardo a tale segmento, essa si presta ad essere analizzata, in chiave diacronica, da due distinti angoli visuali: quello relativo alle misure prevenzionali propriamente intese – già esaminate nelle pagine che precedono - e quello attinente agli effetti indiretti derivanti dalla loro applicazione, cioè a dire il grande tema della cosiddetta documentazione antimafia.

I due ambiti, pur se strettamente interconnessi, hanno mantenuto e mantengono tutt'oggi una propria autonomia, ragion per cui si è reputato opportuno muovere dal primo per poi concentrarsi sul secondo.

Venendo a quest'ultimo, è interessante notare come tale settore sia accomunato all'altro per genesi storica. La legge n. 575 del 1965 non si limitò ad estendere gli istituti di prevenzione personale ai soggetti in odore di mafia, introducendo per costoro un regime giuridico differenziato e deteriore, ma intervenne anche sul versante della titolarità di posizioni giuridiche con la pubblica amministrazione, riconnettendo ai detti istituti effetti impedimenti indifferentemente sia sui rapporti autorizzatori sia su quelli negoziali³⁹.

In questo modo mirava ad assicurare una tutela rafforzata contro la criminalità organizzata, andando ad incidere sui suoi stessi interessi economici ed evitando che persone raggiunte da una misura di prevenzione personale per fenomeni legati alla delinquenza mafiosa potessero avvantaggiarsi e trarre utilità dall'instaurazione di relazioni giuridiche con soggetti pubblici.

³⁹ Nella sua formulazione originaria l'art. 10 della legge n. 575 del 1965 prevedeva quanto segue: «*Divenuti definitivi, ai sensi dell'articolo 4 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423, i provvedimenti di cui all'articolo 3 della legge stessa, decadono di diritto le licenze di polizia, di commercio, di commissionario astatore presso i mercati annonari all'ingrosso, le concessioni di acque pubbliche o di diritti ad esse inerenti, nonché le iscrizioni agli albi di appaltatori di opere o di forniture pubbliche di cui fossero titolari le persone soggette ai detti provvedimenti*».

Ciononostante, l'innovazione introdotta lasciava ampie zone grigie con riguardo a quelle situazioni nelle quali gli indizi raccolti non erano sufficienti a fondare un provvedimento preventivo e, tuttavia, era comunque ravvisabile il tentativo di infiltrazione nella compagine della società o dell'impresa. Al fine di colmare tali vuoti, con riferimento al versante dell'attività contrattuale, l'art. 1, comma 1, lett. d) della legge 17 gennaio 1994, n. 47 («*Delega al Governo per l'emanazione di nuove disposizioni in materia di comunicazioni e certificazioni di cui alla legge 31 maggio 1965, n. 575*») attribuì autonoma rilevanza ai tentativi di infiltrazione svincolandoli dall'applicazione di una misura prevenzionale⁴⁰. In seguito, sulla stessa scia, il d.P.R. 3 giugno 1998, n. 252 («*Regolamento recante norme per la semplificazione dei procedimenti relativi al rilascio delle comunicazioni e delle informazioni antimafia*») confermò tale impostazione, configurando l'informazione come specifica documentazione richiesta per l'instaurazione di rapporti negoziali (art. 10) e demandando alla comunicazione la tutela sul fronte dei rapporti autorizzatori (art. 3).

Alla luce dell'evoluzione che precede, è innegabile che l'affresco normativo sopra tratteggiato sia il frutto di una stratificazione di interventi a carattere occasionale, pensati per rispondere ad esigenze emergenziali e privi di una visione sistematica. Nondimeno, è possibile trarre alcune considerazioni di sintesi.

Guardandolo in una prospettiva storica dall'unità d'Italia ad oggi, il sistema prevenzionale appare radicalmente mutato. Gli elementi che ne hanno accompagnato il cammino sono essenzialmente tre: la giurisdizionalizzazione, la patrimonializzazione e l'introduzione della disciplina antimafia con il proprio autonomo statuto giuridico.

La prima si pone lungo la direttrice della maggior tutela dei diritti personali. L'attrazione nell'orbita della giurisdizione delle misure limitative della libertà personale ha determinato un significativo avanzamento in punto di garanzie per il soggetto attinto dal provvedimento restrittivo.

⁴⁰ La delega di cui alla legge n. 47 del 1994 è stata esercitata con il d.lgs. 8 agosto 1994, n. 490.

La seconda si muove nel solco della implementazione della capacità di neutralizzazione di situazioni di pericolo. La valorizzazione delle misure a carattere patrimoniale e la loro autonomizzazione ha reso più efficace la lotta ai fenomeni delinquenziali. Non più concepita come ancillare e cadetta rispetto alle misure personali, la prevenzione patrimoniale assurge oggi a strumento principe del sistema di contrasto alla criminalità lucrogenetica, essendo capace di colpirne i gangli vitali attraverso l'ablazione dei profitti di origine illecita⁴¹.

Parimenti animata dalla medesima *ratio* efficientista fu la disciplina antimafia. Nata per gemmazione dal tronco delle vecchie misure di prevenzione, essa sin da subito assunse tratti di assoluta specialità, che, tuttavia, non le impedirono di fungere da catalizzatore del processo di ammodernamento dell'intero sistema di prevenzione.

La distanza dal paradigma di riferimento appare dunque notevole. Fatto salvo qualche residuo della legislazione di polizia ottocentesca, l'impronta originaria che risentiva dell'influenza proveniente dal modello prussiano – di ispirazione illuministica - del *Polizeistaat*⁴² ha progressivamente lasciato il posto a strumenti più dinamici, capaci di meglio attagliarsi al mutato contesto storico in cui erano chiamati ad operare: sorto per fronteggiare fenomeni di marginalità sociale⁴³, il sistema si è affrancato da questo paradigma per rispondere a nuove esigenze⁴⁴.

In questa chiave di lettura va interpretata anche la legislazione antimafia e, segnatamente, la documentazione antimafia, che è tra i più vividi esempi di questo nuovo modo di essere della prevenzione amministrativa.

⁴¹ In tema cfr.: A. CIMMINO, *Le misure di prevenzione patrimoniale antimafia. Tra norme interne e prospettive sovranazionali*, Milano, 2019.

⁴² P. SCHIERA, voce *Stato di polizia*, in N. BOBBIO – N. MATTEUCCI – G. PASQUINO (a cura di), *Dizionario di politica*, Torino, 2016, 948 ss.

⁴³ E. LOMONTE, *Marginalità sociale e prognosi di pericolosità nelle misure di prevenzione personale. Le ragioni di un disagio*, in *Quest. giust.*, 1999, 734.

⁴⁴ R. ORLANDI, *Il Sistema di prevenzione tra esigenze di politica criminale e principi fondamentali*, in *Criminalia*, cit., 566. *Contra*: P. TRONCONE, *Origine ed evoluzione delle misure preventive antimafia*, cit., 1 ss.

Con il che, lungi dal voler affermare che quest'ultima abbia visto stravolto il proprio assetto strutturale, si intende semplicemente evidenziare come essa non graviti più unicamente intorno alla coercizione diretta personale e/o reale, esplicandosi anche attraverso misure destinate a riverberarsi solo di riflesso sul patrimonio dei privati, conculcandone l'attitudine ad essere destinatari di provvedimenti ampliativi della propria sfera giuridica, quando non ad intraprendere o mantenere rapporti negoziali con soggetti pubblici.

In ciò la prevenzione si è spogliata della propria originaria vocazione di controllo sociale per farsi estrinsecazione di una più moderna funzione di controllo in senso tecnico-giuridico. Se quest'ultima può essere intesa come «giudizio di conformità a regole, che comporta in caso di difformità una misura repressiva o preventiva o rettificativa»⁴⁵, va da sé che l'attività operata dall'autorità prefettizia si iscrive perfettamente in tale schema, qualificandosi proprio come una forma di controllo esterno su soggetti privati⁴⁶. Del resto, il legislatore non solo tipizza le ipotesi in cui la verifica deve necessariamente aver luogo, ma ne individua anche i destinatari, i parametri di valutazione e la misura giuridica che consegue ad un esito negativo della medesima.

5. La codificazione della normativa antimafia intervenuta con il d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 tra esigenze di tutela dell'ordine pubblico economico e garanzie dello Stato di diritto

⁴⁵ M.S. GIANNINI, *Controllo: nozioni e problemi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1974, 1264. In tema, v. anche: G. D'AURIA, *I controlli*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 2000, 1217 ss.; E. D'ALTERIO, *I controlli sull'uso delle risorse pubbliche*, Milano, 2015.

⁴⁶ Cfr.: F. FIGORILLI – W. GIULIETTI, *Contributo allo studio della documentazione antimafia: aspetti sostanziali, procedurali e di tutela giurisdizionale*, in *Federalismi*, 2 giugno 2021, 61; F. HINNA DANESI, *I controlli antimafia e le relative sanzioni in materia di pubblici appalti*, in *Riv. trim. app.*, 1995, 461 ss.

Già prima dell'introduzione del d.lgs. n. 159 del 2011, il sistema della documentazione antimafia si reggeva su una logica duale, in quanto fondato su due distinti modelli provvedimentali che si ponevano in una dimensione di alternatività reciproca. Da un lato, vi era la comunicazione, rilevante nell'ambito dei rapporti latamente autorizzatori, che consisteva nella attestazione circa la sussistenza di cause di per sé interdittive tipizzate a monte dal legislatore; dall'altro, vi era l'informazione o, *rectius*, le informazioni (o informative, che dir si voglia), alle quali era demandata una funzione di tutela circoscritta ai rapporti contrattuali.

Con riferimento a queste ultime, l'utilizzo del termine al plurale non è casuale, posto che si distinguevano quattro differenti tipologie di informazioni prefettizie⁴⁷:

- 1) le 'informazioni meramente ricognitive', di cui all'art. 4, comma 4, del d.lgs. n. 490 del 1994;
- 2) le 'informazioni ricognitive', di cui all'art. 10, comma 7, lett. a) e b), del d.P.R. n. 252 del 1998;
- 3) le 'informazioni accertative', di cui all'art. 10, comma 7, lett. c), del d.P.R. n. 252 del 1998;
- 4) le 'informazioni supplementari o atipiche', di cui all'art. 1 *septies* del d.l. 6 settembre 1982, n. 629, aggiunto dall'art. 2 della legge 15 novembre 1988, n. 486 e richiamato dall'art. 10, comma 9, del d.P.R. n. 252 del 1998.

Le prime, al pari della comunicazione, avevano un contenuto soltanto dichiarativo. Il meccanismo di produzione dell'effetto giuridico si articolava,

⁴⁷ Per una ricognizione, in dottrina cfr.: G. D'ANGELO, *Le interdittive antimafia*, in T. EPINDENDIO – G. VARRASO, *Codice delle confische*, Milano, 2018, 1125; R. PAPALIA, *Notazioni in tema di efficacia interdittiva delle informazioni antimafia*, in *Foro amm. CDS*, 2011, 1, 321 ss.; A. MEZZOTERO, *Le informative prefettizie antimafia: natura, tipologia ed effetti interdittivi*, in *Giur. mer.*, 2009, 1073 ss. In giurisprudenza: Cons. Stato, sez. VI, 28 aprile 2010, n. 2441, in *Foro it.*, 2011, 4, III, 205; Cons. Stato, sez. IV, 14 aprile 2010, n. 2078, in *Foro it.*, 2011, 4, III, 205; Cons. Stato, sez. VI, 11 dicembre 2009, n. 7777, in *Foro it.*, 2011, 4, III, 206; Cons. Stato, sez. VI, 25 novembre 2008, n. 5780, in *Foro amm. CDS*, 2008, 11, 3109; Cons. Stato, sez. VI, 17 maggio 2006, n. 2867, in *Riv. giur. ed.*, 2006, 6, I, 1422.

quindi, secondo la sequenza trifasica norma-fatto-effetto, discendendo direttamente dall'esistenza di fattori ostativi individuati *ex lege*, di cui l'autorità prefettizia si limitava a prendere atto.

Le seconde e le terze erano riconducibili al medesimo *genus*, giacché entrambe si riferivano a tentativi di infiltrazione mafiosa, la cui verifica era rimessa ad una valutazione del prefetto. Tuttavia, mentre nelle une l'attività valutativa era ancorata all'accertamento di situazioni tassative – in ciò stava il punto di contatto con le informazioni meramente ricognitive – nelle altre il margine di opinabilità lasciato al prefetto era molto più ampio, essendo i tentativi di ingerenza nell'economia legale desumibili da circostanze non previamente tipizzate, rimesse ad un autonomo apprezzamento della prefettura medesima. Il meccanismo di produzione di efficacia giuridica, in questo caso, si snodava secondo lo schema norma-fatto-potere-effetto⁴⁸.

Infine, vi erano le informazioni atipiche. Espressione di un'attenuata funzione di collaborazione tra autorità amministrativa inquirente e stazione appaltante⁴⁹, esse davano vita ad una fattispecie complessa a formazione progressiva, nella quale l'efficacia impediente si riconnetteva ad una valutazione discrezionale dell'amministrazione destinataria. Più propriamente, le controindicazioni emerse in sede di accertamento di polizia compiuto dalla prima venivano trasmesse alla seconda, la quale, valutatele, era libera di determinarsi in ordine all'esercizio dei poteri di autotutela decisoria⁵⁰. Talché,

⁴⁸ Sulle dinamiche di produzione degli effetti giuridici in dottrina cfr.: A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 62 ss. Nella manualistica, *ex multis*, cfr.: E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2020, 307; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2022, 110 ss.; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 2014, 161 ss.; E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, 1983, 267.

⁴⁹ Sul principio di leale collaborazione tra istituzioni come fondamento dell'informativa suppletiva, cfr.: R. URSI, *Certificazioni e normativa antimafia*, in F. FRACCHIA – M. OCCHIENA (a cura di), *I sistemi di certificazione tra qualità e certezza*, Milano, 2007, 113 ss.

⁵⁰ Sulla distinzione tra informazione tipica e atipica cfr.: Cons. Stato, sez. VI, 8 giugno 2009, n. 3491, in *Foro amm. CDS*, 2009, 6, 1534; T.a.r. Lazio, Roma, sez. I, 9 luglio 2008, n. 6487, in *Giur. mer.*, 2009, 4, 1070, con nota di A. MEZZOTERO, *Le informative prefettizie antimafia: natura, tipologie ed effetti interdittivi*; Cons. Stato, sez. V, 7 novembre 2006, n. 6536,

mentre nelle informazioni c.d. tipiche il momento del potere assorbiva anche quello dell'accertamento dei presupposti del medesimo, nelle informazioni c.d. atipiche l'originaria unitarietà logica dei due momenti era scissa in una bipolarità normativa dalle rilevanti conseguenze sia sul piano sostanziale – segnatamente, in punto di responsabilità da informativa illegittima – sia sul piano della tutela giurisdizionale – in particolare, con riguardo alla corretta individuazione dell'atto da impugnare⁵¹.

In questo contesto si inserì il d.lgs. n. 159 del 2011, il quale vedeva la luce dopo un ampio dibattito sviluppatosi tra gli studiosi e gli operatori del settore⁵². L'obiettivo, dichiarato nella legge delega (la legge 13 agosto 2010, n. 136) ed esplicitato nella relazione illustrativa, era quello di far confluire in un unico *corpus* normativo l'intera legislazione antimafia. Nondimeno, almeno nelle intenzioni del legislatore, il testo non doveva avere un carattere meramente compilativo. Se, da un lato, esso si candidava a diventare strumento di razionalizzazione dell'esistente, punto di riferimento unitario per l'intera materia della prevenzione e della documentazione antimafia, dall'altro, ambiva ad

in *Foro amm.* CDS, 2006, 11, 3059; T.a.r. Campania, Napoli, sez. I, 30 dicembre 2005, n. 20720, in *Foro amm. TAR*, 2005, 12, 4060.

⁵¹ F.G. SCOCA, *Razionalità e costituzionalità della documentazione antimafia in materia di appalti pubblici*, in *Giustamm*, 2013, 6, 5 ss. In giurisprudenza costituisce *ius receptum* il principio secondo cui l'informativa atipica è insuscettibile di formare oggetto di autonoma impugnazione, in quanto atto endoprocedimentale cui è estranea qualunque connotazione volitiva di tipo provvedimentale, cfr.: Cons. Stato, sez. III, 13 maggio 2015, n. 2410, in *Foro amm.*, 2015, 5, 1394; T.a.r. Sicilia, Palermo, sez. I, 6 marzo 2015, n. 614, in www.giustizia-amministrativa.it; T.a.r. Campania, Napoli, sez. I, 7 marzo 2012, n. 1153, in *Foro amm. TAR*, 2012, 3, 873; T.a.r. Campania, Napoli, sez. I, 27 ottobre 2006, n. 9181, in *Foro amm. TAR*, 2006, 10, 3285; T.a.r. Campania, Napoli, sez. I, 20 giugno 2006, n. 7090, in *Foro amm. TAR*, 2006, 6, 2142.

⁵² Ne dà conto F. MENDITTO, *Lo schema di decreto legislativo del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione (Libri I, II, IV e V): esame, osservazioni e proposte. Primo commento al c.d. Codice antimafia, attualmente all'esame del Parlamento*, in www.penalecontemporaneo.it, 3 agosto 2011.

innovare la disciplina nel segno della semplificazione delle procedure e del superamento di un paludato bizantinismo burocratico.

Il codice consta di quattro libri: il primo dedicato alle misure di prevenzione (artt. 1 – 81), il secondo alla documentazione antimafia (artt. 82 – 101), il terzo alle attività informative ed investigative nella lotta contro la criminalità organizzata (artt. 102 – 114) e il quarto recante modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e alla legislazione penale complementare, nonché abrogazioni, disposizioni transitorie e di coordinamento (artt. 115 – 120). Un testo articolato, dunque, a vocazione intrinsecamente trasversale, rispetto al quale l'attenzione della presente ricerca si focalizzerà sul libro secondo.

Quest'ultimo, dopo alcuni articoli dedicati alle disposizioni di carattere generale, si apre con una norma a contenuto definitorio - l'art. 84, comma 1 - che conferma l'assetto duale del sistema: *«La documentazione antimafia è costituita dalla comunicazione antimafia e dall'informazione antimafia»*.

Trattasi di due *«attestazioni»* – questo è il termine utilizzato dal legislatore – dall'ambito operativo molto diverso.

In via di prima approssimazione si potrebbe affermare che mentre la comunicazione è richiesta per lo svolgimento di attività sottoposte a regime autorizzatorio o concessorio, l'informazione assume rilievo nell'ambito dei rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione. Nessuna rilevanza viene accordata alla documentazione antimafia con riguardo, invece, alle relazioni interprivate⁵³.

⁵³ In argomento cfr.: Cons. Stato, sez. III, 20 gennaio 2020, n. 452, in *Foro it.*, 2020, 4, III, 232. La sentenza, nel chiarire l'ambito applicativo della documentazione, ha specificato che lo stesso non può essere esteso ai rapporti tra privati neppure in forza di un protocollo di legalità stipulato tra un'associazione di imprenditori e il Ministero dell'Interno.

In verità, però, il quadro è più complesso e merita di essere approfondito. A mente dell'art. 83, fatte salve alcune eccezioni⁵⁴ e eccezioni nell'eccezione⁵⁵,

⁵⁴ L'art. 83, comma 3 enuclea una nutrita serie di ipotesi in cui è ammessa una deroga alla regola generale della doverosità della acquisizione della documentazione antimafia. Ai sensi della detta disposizione: «*La documentazione di cui al comma 1 non è comunque richiesta: a) per i rapporti fra i soggetti pubblici di cui al comma 1; b) per i rapporti fra i soggetti pubblici di cui alla lettera a) ed altri soggetti, anche privati, i cui organi rappresentativi e quelli aventi funzioni di amministrazione e di controllo sono sottoposti, per disposizione di legge o di regolamento, alla verifica di particolari requisiti di onorabilità tali da escludere la sussistenza di una delle cause di sospensione, di decadenza o di divieto di cui all'articolo 67; c) per il rilascio o rinnovo delle autorizzazioni o licenze di polizia di competenza delle autorità nazionali e provinciali di pubblica sicurezza; d) per la stipulazione o approvazione di contratti e per la concessione di erogazioni a favore di chi esercita attività agricole o professionali, non organizzate in forma di impresa, nonché a favore di chi esercita attività artigiana in forma di impresa individuale e attività di lavoro autonomo anche intellettuale in forma individuale; e) per i provvedimenti, ivi inclusi quelli di erogazione, gli atti ed i contratti il cui valore complessivo non supera i 150.000 euro.*».

⁵⁵ Ferme le deroghe di cui al comma precedente, l'art. 83, comma 3 bis, stabilisce quanto segue: «*La documentazione di cui al comma 1 è sempre prevista nelle ipotesi di concessione di terreni agricoli e zootecnici demaniali che ricadono nell'ambito dei regimi di sostegno previsti dalla politica agricola comune, a prescindere dal loro valore complessivo, nonché su tutti i terreni agricoli, a qualunque titolo acquisiti, che usufruiscono di fondi europei per un importo superiore a 25.000 euro o di fondi statali per un importo superiore a 5.000 euro.*».

Sempre in una prospettiva derogatoria viene in considerazione anche l'art. 1, commi 52 e 53 della legge 6 novembre 2012, n. 190, a mente del quale: «*52. Per le attività imprenditoriali di cui al comma 53 la comunicazione e l'informazione antimafia liberatoria da acquisire indipendentemente dalle soglie stabilite dal codice di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, è obbligatoriamente acquisita dai soggetti di cui all' articolo 83, commi 1 e 2, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, attraverso la consultazione, anche in via telematica, di apposito elenco di fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativi di infiltrazione mafiosa operanti nei medesimi settori. [...] 53. Sono definite come maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa le seguenti attività: c) estrazione, fornitura e trasporto di terra e materiali inerti; d) confezionamento, fornitura e trasporto di calcestruzzo e di bitume; e) noli a freddo di macchinari; f) fornitura di ferro lavorato; g) noli a caldo; h) autotrasporti per conto di terzi; i) guardiania dei cantieri; i-bis) servizi funerari e cimiteriali; i-ter) ristorazione, gestione delle mense e catering; i-quater) servizi ambientali, comprese le attività*

tutti i soggetti pubblici, latamente intesi, sono tenuti ad «*acquisire la documentazione antimafia prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture pubblici, ovvero prima di rilasciare o consentire i provvedimenti indicati dall'art. 67*».

La norma, volutamente generica, non specifica le rispettive sfere di rilevanza delle due attestazioni. A tale scopo viene in soccorso l'art. 91, che, per singoli rapporti tassativamente individuati, fissa soglie di valore superate le quali è necessario acquisire l'informativa⁵⁶.

Dalla lettura combinata delle richiamate disposizioni, oltre che dell'art. 67⁵⁷, è dunque possibile ricavare in negativo il campo di applicazione della

di raccolta, di trasporto nazionale e transfrontaliero, anche per conto di terzi, di trattamento e di smaltimento dei rifiuti, nonché le attività di risanamento e di bonifica e gli altri servizi connessi alla gestione dei rifiuti.».

⁵⁶ L'art. 91, commi 1 e 1 bis stabilisce: «*1. I soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, devono acquisire l'informazione di cui all'articolo 84, comma 3, prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti, ovvero prima di rilasciare o consentire i provvedimenti indicati nell'articolo 67, il cui valore sia: a) pari o superiore a quello determinato dalla legge in attuazione delle direttive comunitarie in materia di opere e lavori pubblici, servizi pubblici e pubbliche forniture, indipendentemente dai casi di esclusione ivi indicati; b) superiore a 150.000 euro per le concessioni di acque pubbliche o di beni demaniali per lo svolgimento di attività imprenditoriali, ovvero per la concessione di contributi, finanziamenti e agevolazioni su mutuo o altre erogazioni dello stesso tipo per lo svolgimento di attività imprenditoriali; c) superiore a 150.000 euro per l'autorizzazione di subcontratti, cessioni, cottimi, concernenti la realizzazione di opere o lavori pubblici o la prestazione di servizi o forniture pubbliche. 1-bis. L'informazione antimafia è sempre richiesta nelle ipotesi di concessione di terreni agricoli demaniali che ricadono nell'ambito dei regimi di sostegno previsti dalla politica agricola comune, a prescindere dal loro valore complessivo, nonché su tutti i terreni agricoli, a qualunque titolo acquisiti, che usufruiscono di fondi europei per un importo superiore a 25.000 euro.».*

⁵⁷ L'art. 67, comma 1 stabilisce: «*Le persone alle quali sia stata applicata con provvedimento definitivo una delle misure di prevenzione previste dal libro I, titolo I, capo II non possono ottenere: a) licenze o autorizzazioni di polizia e di commercio; b) concessioni di acque pubbliche e diritti ad esse inerenti nonché concessioni di beni demaniali allorché siano richieste per l'esercizio di attività imprenditoriali; c) concessioni di costruzione e gestione di opere riguardanti la pubblica amministrazione e concessioni di servizi pubblici; d) iscrizioni negli elenchi di appaltatori o di fornitori di opere, beni e servizi riguardanti la*

comunicazione. Quest'ultima – *sub specie* di comunicazione liberatoria – costituisce *condicio sine qua non* per il conseguimento di provvedimenti ampliativi della sfera giuridica, per instaurare e mantenere con soggetti pubblici rapporti negoziali di valore superiore ad euro 150.000,00 ed inferiore alle soglie di rilevanza europea, nonché – giusto il disposto dell'art. 89, comma 2 – per intraprendere attività sottoposte a regime di segnalazione certificata ovvero di silenzio-assenso.

Il complesso quadro normativo che precede rende palese la scelta del legislatore di optare per un sistema a soglie imperniato su una progressione di tutela variamente calibrata in funzione della rilevanza economica della fattispecie da preservare.

pubblica amministrazione, nei registri della camera di commercio per l'esercizio del commercio all'ingrosso e nei registri di commissionari astatori presso i mercati annonari all'ingrosso; e) attestazioni di qualificazione per eseguire lavori pubblici; f) altre iscrizioni o provvedimenti a contenuto autorizzatorio, concessorio, o abilitativo per lo svolgimento di attività imprenditoriali, comunque denominati; g) contributi, finanziamenti o mutui agevolati ed altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati da parte dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità europee, per lo svolgimento di attività imprenditoriali; h) licenze per detenzione e porto d'armi, fabbricazione, deposito, vendita e trasporto di materie esplosive.».

Sulla portata della richiamata disposizione, in giurisprudenza cfr.: Cons. Stato, ad. pl., 6 aprile 2018, n. 3, in *Foro it.*, 2018, 6, III, 317, con nota di G. D'ANGELO, *Nota a Cons. Stato, 6 aprile 2018, n. 3*; in *Giur. it.*, 2019, 1, 157, con nota di M. MAZZAMUTO, *Pagamento di imprese colpite da interdittiva antimafia e obbligatorietà delle misure anticorruzione*; in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 6, 766, con nota di N. GULLO, *Interdittiva antimafia e crediti risarcitori*; in *Foro amm.*, 2018, 3, 429 e sempre in *Foro amm.*, 2018, 6, 1103, con nota di G. LEONE, *L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato alle prese con l'interdittiva prefettizia antimafia e la teoria dell'interpretazione*. Nella citata pronuncia il Giudice della nomofilachia amministrativa ha ritenuto applicabile l'art. 67, comma 1, lett. g), del d.lgs. n. 159 del 2011 anche alle somme dovute a titolo di risarcimento del danno patito in connessione all'attività d'impresa. Similmente, sotto la vigenza della previgente normativa (sostanzialmente recepita dalla prefata disposizione), in riferimento alle erogazioni di tipo indennitario era pervenuto ad analoghe conclusioni anche Cons. Stato, ad. pl., 5 giugno 2012, n. 19, in *Foro amm. CDS*, 2012, 6, 1522, nonché in *Dir e giur. agr.*, 2012, 11, 730.

Se ragioni di opportunità legate all'esigenza di non ossificazione del sistema impongono di soprassedere rispetto ad erogazioni e contratti di valore tutto sommato modesto (sino ad euro 150.000,00)⁵⁸ - ad eccezione di quelli riferiti ad attività ritenute sensibili e, dunque, meritevoli di maggiore attenzione (art. 1, commi 52 e 53, della legge n. 190 del 2012)⁵⁹ - il meccanismo di tutela si attiva in presenza di taluni provvedimenti a contenuto concessorio, autorizzatorio o abilitativo, nonché in presenza di commesse pubbliche il cui valore, ancorché inferiore alle soglie di rilevanza europea, sia comunque superiore ad euro 150.000,00, diventando poi più penetrante laddove le dette soglie siano raggiunte o superate⁶⁰.

Viene così a delinarsi una scala progressiva di misure di protezione nell'ambito della quale la comunicazione assume un ruolo 'cadetto' rispetto all'informazione. Cadetto non già in punto di effetti giuridici, in nulla differenziandosi l'efficacia impediante dell'uno rispetto a quella dell'altro provvedimento, quanto piuttosto in punto di perimetro di operatività e, soprattutto, di contenuto.

Proprio in riferimento a quest'ultimo aspetto, la circostanza che l'informazione rappresenti un *quid pluris* rispetto alla comunicazione trova conferma nelle definizioni che dei due atti sono offerte dall'art. 84, commi 2 e 3, del d.lgs. n. 159 del 2011. Mentre la comunicazione è definita come

⁵⁸ M. MAZZAMUTO, *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, in *Giustamm*, 2016, 3, 21 ss. L'Autore evidenzia, in particolare, come, *a fortiori* alla luce dell'art. 89 *bis*, «l'ordinamento non abbia ritenuto di far cadere nell'irrilevanza amministrativa eventuali situazioni di incidenza della criminalità nei rapporti sotto soglia». Sull'incidenza della richiamata disposizione nel quadro dei rapporti tra comunicazione e informazione antimafia, v. *infra* § 5.2.

⁵⁹ In tema, cfr.: T.a.r. Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 22 aprile 2017, n. 184, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶⁰ Il sistema a soglie conosce un'eccezione. Giusto il disposto dell'art. 100 del d.lgs. n. 159 del 2011, indipendentemente dal valore economico del contratto da stipulare ovvero del provvedimento da rilasciare, è sempre necessaria l'acquisizione dell'informazione antimafia da parte dell'ente locale sciolto ai sensi dell'art. 143 del d.lgs. n. 267 del 2000 nei cinque anni successivi allo scioglimento (una sorta di 'periodo di raffreddamento').

l'attestazione della sussistenza (comunicazione antimafia interdittiva) o meno (comunicazione antimafia liberatoria) di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto previste dall'art. 67 del medesimo decreto, l'informazione concerne la sussistenza (informazione antimafia interdittiva) o meno (informazione antimafia liberatoria) delle dette cause ovvero di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate.

Il riferimento al rischio infiltrativo contenuto nella richiamata disposizione segna una breccia nel sistema di tipizzazione posto a presidio del meccanismo antimafia, che si apre a eterointegrazioni capaci di determinarne un indubbio salto di qualità verso una più penetrante efficacia inabilitante. Accanto ad un contenuto vincolato, comune ad entrambi i summenzionati atti, ve ne è un altro suscettibile di autonomo apprezzamento da parte dell'autorità prefettizia, che è proprio della sola informazione⁶¹. Il che – è opportuno precisarlo - non significa un'apertura incondizionata alla 'discrezionalità', dovendo pur sempre i tentativi di infiltrazione essere desunti dagli indici sintomatici di cui all'art. 84,

⁶¹ M. NOCELLI, *I più recenti orientamenti della giurisprudenza amministrativa sul complesso sistema antimafia*, in *Foro amm.*, 2017, 12, 2524.

comma 4⁶², tramite ragionamento inferenziale basato sul criterio della probabilità cruciale⁶³.

⁶² L'art. 84, comma 4 così dispone: «*Le situazioni relative ai tentativi di infiltrazione mafiosa che danno luogo all'adozione dell'informazione antimafia interdittiva di cui al comma 3 sono desunte: a) dai provvedimenti che dispongono una misura cautelare o il giudizio, ovvero che recano una condanna anche non definitiva per taluni dei delitti di cui agli articoli 353, 353-bis, 603-bis, 629, 640-bis, 644, 648-bis, 648-ter del codice penale, dei delitti di cui all'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale e di cui all'articolo 12-quinquies del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306 convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356; b) dalla proposta o dal provvedimento di applicazione di taluna delle misure di prevenzione; c) salvo che ricorra l'esimente di cui all'articolo 4 della legge 24 novembre 1981, n. 689, dall'omessa denuncia all'autorità giudiziaria dei reati di cui agli articoli 317 e 629 del codice penale, aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, da parte dei soggetti indicati nella lettera b) dell'articolo 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, anche in assenza nei loro confronti di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione o di una causa ostativa ivi previste; d) dagli accertamenti disposti dal prefetto anche avvalendosi dei poteri di accesso e di accertamento delegati dal Ministro dell'interno ai sensi del decreto-legge 6 settembre 1982, n. 629, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 ottobre 1982, n. 726, ovvero di quelli di cui all'articolo 93 del presente decreto; e) dagli accertamenti da effettuarsi in altra provincia a cura dei prefetti competenti su richiesta del prefetto procedente ai sensi della lettera d); f) dalle sostituzioni negli organi sociali, nella rappresentanza legale della società nonché nella titolarità delle imprese individuali ovvero delle quote societarie, effettuate da chiunque conviva stabilmente con i soggetti destinatari dei provvedimenti di cui alle lettere a) e b), con modalità che, per i tempi in cui vengono realizzati, il valore economico delle transazioni, il reddito dei soggetti coinvolti nonché le qualità professionali dei subentranti, denotino l'intento di eludere la normativa sulla documentazione antimafia.*».

⁶³ In giurisprudenza cfr. *ex multis*: Cons. Stato, sez. III, 5 settembre 2019, n. 6105, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. III, 13 novembre 2017, n. 5214, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. III, 26 aprile 2017, n. 1923, in *Foro amm.*, 2017, 4, 827. In dottrina, per un approfondimento sul tema dell'inferenza causale nel processo amministrativo si rinvia a F. FRACCHIA – M. OCCHIENA, *Il giudice amministrativo e l'inferenza logica: "più probabile che non" e "oltre", "rilevante probabilità" e "oltre ogni ragionevole dubbio"*. *Paradigmi argomentativi e rilevanza dell'interesse pubblico*, in *Il dir. dell'economia*, 2018, 3, 1125.

Nondimeno, non solo – come chiarito dal formante pretorio – l’elencazione di cui alla predetta disposizione non è esaustiva, imponendo la pervasività e la mutevolezza del fenomeno mafioso di prescindere da rigidi parametri precostituiti che, nell’ingessare il sistema, finirebbero per favorire le organizzazioni criminali, le quali ben potrebbero sfruttarne le lacune e le ambiguità per insinuarsi negli interstizi del medesimo e così minare l’economia legale⁶⁴, ma vi è di più.

Tra le situazioni enucleate alcune presentano contorni ben definiti. Basti pensare all’art. 84, comma 4, lett. a), che fa derivare il pericolo infiltrativo dalla applicazione di specifici provvedimenti giurisdizionali connessi a titoli di reato tassativamente individuati. In questo caso, è evidente la volontà del legislatore di selezionare a monte le fattispecie intorno alle quali - sulla base di un giudizio assiologico previamente dato – gravita con maggiore probabilità statistica il mondo della criminalità organizzata⁶⁵. Lo stesso dicasi per la previsione di cui all’art. 84, comma 4, lett. b), che conferisce rilievo alla proposta ovvero all’applicazione di taluna delle misure di prevenzione - personali o patrimoniali

⁶⁴ Cons. Stato, sez. III, 8 marzo 2017, n. 1109, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743, in *Foro amm.*, 2016, 5, 1163.

⁶⁵ Esclude qualsiasi margine valutativo in capo all’autorità prefettizia Cons. Stato, sez. III, 27 novembre 2018, n. 6727, in www.giustizia-amministrativa.it, che, proprio in riferimento, all’elenco delle ipotesi delittuose contemplate dall’art. 84, comma 4, lett. a), si esprime nei seguenti termini: «Trattasi di un catalogo di reati che, nella valutazione ex ante fattane dal legislatore, integrano una 'spia' di per sé sola sufficiente ad imporre, nella logica anticipata e preventiva che permea la materia delle informative antimafia, l'effetto interdittivo nei rapporti con la pubblica amministrazione. Pertanto, ove il Prefetto abbia contezza della commissione di taluni dei delitti menzionati nell'art. 84, comma 4, lett a), e sino quando non intervenga una sentenza assolutoria, deve limitarsi ad 'attestare' la sussistenza del rischio infiltrativo siccome desunto dalla mera ricognizione della vicenda penale nei termini e nei limiti in cui è contemplata dalla disposizione più volte richiamata».

Contra: Cons. Stato, sez. III, 2 marzo 2017, n. 982, in www.giustizia-amministrativa.it, che invece demanda al prefetto un autonomo apprezzamento in ordine alle risultanze della vicenda penale, escludendo ogni automatismo tra provvedimento giurisdizionale limitativo e misura interdittiva e riconoscendo al primo valore di mera *praesumptio iuris tantum*, suscettibile di prova contraria.

– previste dal medesimo codice e, parimenti, per quella contenuta alle successive lettere c) ed f).

Altre, invece, si atteggiano a clausole generali e presentano un contenuto estremamente rarefatto, rinviando genericamente agli esiti degli accertamenti disposti dall'autorità prefettizia. Il pensiero corre, in particolare, agli indici di cui all'art. 84, comma 4, lett. d) ed e), nonché a quanto previsto dall'art. 91, comma 6. In tali ipotesi il giudizio circa il potenziale di complicità mafiosa dell'impresa è disancorato da qualsivoglia presupposto oggettivo per essere lasciato al vaglio critico dell'amministrazione procedente che – sia pure nel rispetto di un obbligo motivazionale viepiù pregnante e rigoroso – appare libera nelle proprie valutazioni⁶⁶.

Alla luce di quanto sopra, dunque, non pare revocabile in dubbio la tendenza del codice a prediligere un approccio gradualista alla materia, incentrato su di un rafforzamento della tutela in relazione alle più perniciose forme di aggressione all'ordine pubblico economico, mediante anticipazione della stessa secondo il modello penalistico della 'fattispecie di pericolo'. In questa prospettiva, risulterebbe quindi confermato lo statuto disciplinare previgente, basato su un sistema a tutele crescenti, che – al suo apice – si appalesava tricefalo. Oltre alle informazioni meramente ricognitive, anche il codice contempla, infatti, informazioni fondate su tentativi di infiltrazione mafiosa, nell'alveo delle quali è possibile discernere tra informazioni specifiche e informazioni generiche, rispettivamente corrispondenti – secondo la nomenclatura precodicistica – alle informazioni ricognitive e a quelle accertative.

A questo punto, prima di passare oltre con la disamina di alcune delle principali novelle che nel corso degli anni hanno interessato il *corpus* normativo in oggetto, merita soffermarsi su un aspetto che sino ad ora è stato solo fugacemente toccato, vale a dire quello relativo alla classificazione degli atti in esame. La questione, lungi dall'appalesarsi come il velleitario tentativo di una

⁶⁶ Indaga la latitudine dello spettro valutativo del prefetto G. SIGISMONDI, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle corti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 2, 719.

sterile opera di sistematizzazione dogmatica, assume rilievo non solo ai fini della corretta qualificazione delle funzioni attribuite, *in subiecta materia*, all'autorità prefettizia ma anche in un'ottica rimediale, nella prospettiva cioè dei mezzi di tutela approntati dall'ordinamento per reagire contro un accertamento ritenuto illegittimo.

Ciò posto, conviene muovere dal dato testuale che, nel riferirsi alla documentazione antimafia, parla genericamente di «*attestazioni*» (l'art. 84, commi 2 e 3, del d.lgs. n. 159 del 2011).

La scelta di utilizzare il medesimo vocabolo sia per la comunicazione sia per l'informazione, ancorché verosimilmente dettata dall'intenzione di rimarcare la funzione latamente dichiarativa di entrambi gli atti, sembra tradire un certo imbarazzo per la difficoltà di ricondurre gli stessi nel rassicurante recinto di un (non così) sicuro inquadramento dogmatico.

La dottrina che si è interessata alla questione li ha iscritti nell'ambito della proteiforme categoria delle certificazioni amministrative⁶⁷, ma tale qualificazione non pare del tutto convincente.

Tramite la documentazione antimafia, la prefettura accerta la sussistenza di condizioni ostative alla instaurazione di un valido rapporto tra il soggetto sottoposto a verifica e l'amministrazione destinataria della nota prefettizia. In tal senso, quest'ultima si propone di soddisfare quell'esigenza di certezza pubblica, che, per quanto atavica, si manifesta in tutta la sua prorompente nei moderni ordinamenti, laddove la stabilizzazione dei rapporti sociali e giuridici diviene presupposto imprescindibile per lo sviluppo delle dinamiche economiche⁶⁸.

Nondimeno, per quanto strumentali a determinazioni che altre amministrazioni sono chiamate ad assumere, pare riduttivo considerare la comunicazione e, soprattutto, l'informazione antimafia come meri atti

⁶⁷ B. FRATTASI – S. GAMBACURTA, *La nuova disciplina della documentazione antimafia*, in A. CISTERNA – M.V. DE SIMONE – B. FRATTASI – S. GAMBACURTA (a cura di), *Codice antimafia*, 2013, 207; S. CIMINI, *La nuova documentazione antimafia: le "informazioni" del prefetto*, in *Foro it.*, 2002, 3, 296; R. TITOMANLIO, *La certificazione antimafia*, in *Cons. Stato*, 1995, 2, 793;

⁶⁸ A. FIORITTO, *La funzione di certezza pubblica*, Padova, 2003, 343.

dichiarativi, manifestazioni di poteri soltanto ricognitivi, il cui unico effetto consisterebbe nel dar «luogo a semplici svolgimenti interni di situazioni giuridiche preesistenti»⁶⁹.

Più precisamente, se tale inquadramento potrebbe attagliarsi alla comunicazione, con la quale l'autorità prefettizia si limita a recepire e cristallizzare un effetto giuridico per il vero già prodotto, perché derivante *ex lege e ab externo* dall'applicazione di una misura giudiziaria di prevenzione, lo stesso non risulta adeguato con riguardo all'informazione, quantomeno nella sua veste di informazione accertativa⁷⁰.

In tale ultima ipotesi, del resto, è difficile dubitare che essa non sia espressione di un potere sì certificativo ma che partecipa di molti dei caratteri propri di quello provvedimentale nella misura in cui conferisce, con effetto costitutivo, al destinatario della verifica un nuovo *status* – quello di 'soggetto in odore di mafia' ovvero di 'soggetto pulito' – che non preesiste all'accertamento compiuto, essendone piuttosto la diretta conseguenza, e che è suscettibile di rilevare *ex se* ai fini della applicazione di ulteriori provvedimenti da parte dell'amministrazione che ha attivato il procedimento.

In questo senso, dunque, l'informazione antimafia ben potrebbe essere ricondotta nell'alveo della categoria – di gianniniana memoria - delle cosiddette 'certazioni', esplicando la propria efficacia direttamente sul piano dell'ordinamento generale e precludendo al richiedente l'accertamento di discostarsi dalle risultanze del medesimo, salvo che nell'ipotesi – del tutto peculiare - di informazione atipica⁷¹.

⁶⁹ A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. Dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, 432 ss.

⁷⁰ In senso analogo cfr.: F. FIGORILLI – W. GIULIETTI, *Contributo allo studio della documentazione antimafia: aspetti sostanziali, procedurali e di tutela giurisdizionale*, cit., 59.

⁷¹ La paternità del termine 'certazioni' va riconosciuta a Massimo Severo Giannini, che, nel ripudiare il concetto di 'accertamento costitutivo', elaborò la predetta nozione, ascrivendo alla medesima tutti quegli atti che si appalesano idonei a creare qualità giuridiche funzionali alla realizzazione di ulteriori effetti. M.S. GIANNINI, voce *Accertamento (Diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, vol. I, Milano, 1958, 220 ss.

In conclusione, dunque, comunicazione e informazione rappresentato l'esito di un'attività di controllo che si articola nella tradizionale sequenza bifasica, ma con una particolarità che riguarda l'allocazione delle funzioni tra i protagonisti della filiera di *enforcement* antimafia: mentre il momento accertativo fa capo al soggetto verificatore (il prefetto), il momento di applicazione della misura giuridica conseguente al controllo esula dalla sfera di competenze di quest'ultimo venendo demandato ad altro plesso organizzativo (quello titolare del procedimento cui l'accertamento antimafia è preordinato), che sarà vincolato all'esito della verifica. Si sviluppa così uno schema di azione ispirato al principio di leale collaborazione tra istituzioni che vede coinvolti due distinti apparati in posizione non perfettamente equiordinata, i quali agiscono di conserva nell'esercizio di eminenti funzioni pubbliche complementari, secondo un modulo procedimentale già sperimentato in altri settori del sistema amministrativo⁷².

5.1. *Il primo correttivo al codice antimafia recato dal d.lgs. 15 novembre 2012, n. 218*

⁷² Interessante paradigma al riguardo è il settore del governo dell'energia, che conosce un modulo procedimentale simile con riferimento ai rapporti tra il Gestore dei Servizi Energetici (G.s.e.), cui compete la verifica circa l'assolvimento da parte degli operatori del settore energetico degli obblighi sui medesimi gravanti, e l'Autorità di regolazione per Energia Reti e Ambiente (A.r.e.r.a.), deputata all'adozione delle misure ripristinatorie e sanzionatorie conseguenti agli esiti dell'accertamento operato dal primo. In tema, cfr.: F. SCALIA, *Controlli e sanzioni in materia di incentivi alle fonti energetiche rinnovabili*, in *Federalismi*, 10 ottobre 2018; S. LUCATTINI, *Rivalità e coordinamento nel governo dei servizi pubblici*, in F. MERUSI – S. ANTONIAZZI (a cura di), *Vent'anni di regolazione accentrata di servizi pubblici locali*, Torino, 2017, 64 ss. In giurisprudenza, il rapporto tra le due autorità è stato indagato da Cons. St., ad. pl., 3 settembre 2019, n. 9, in *Riv. giur. ed.*, 2019, 5, I, 1345; in *Foro amm.*, 2019, 9, 1434; in *Foro it.*, 2019, 11, III, 565.

L'idea di razionalizzare l'intera disciplina antimafia facendola confluire in un corpo unitario era stata accolta con generalizzato favore dalla dottrina e dagli operatori del settore. Del resto, ciò avrebbe consentito di superare le problematiche connesse ad un'ipertrofia normativa, frutto di una legislazione alluvionale dal carattere fortemente emergenziale che si era andata stratificando nel corso del tempo; negli anni precedenti frequente era stato il ricorso alla legislazione tramite i cosiddetti 'pacchetti sicurezza'.

Ciononostante, il testo licenziato dal Governo, che pure aveva recepito alcune delle indicazioni contenute nel parere formulato dalle Commissioni giustizia di Camera e Senato⁷³, suscitò non poche critiche da parte del formante dottrinale⁷⁴, il quale non tardò a metterne in luce i limiti⁷⁵, financo giungendo ad intravedere possibili profili di illegittimità costituzionale⁷⁶.

⁷³ Cfr.: *Parere sullo schema di decreto legislativo recante codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia* (Atto n. 373), in www.penalecontemporaneo.it, 3 agosto 2011.

⁷⁴ F. MENDITTO, *Le luci e le (molte) ombre del c.d. codice antimafia*, in *Cass. pen.*, 2012, 3, 792 ss.; A. BALSAMO – C. MALTESE, *Il codice antimafia*, Milano, 2011.

⁷⁵ F. MENDITTO, *Codice antimafia. Commento organico, articolo per articolo, al D. Lgs. 6 settembre 2011, n. 159 con riferimento alle modifiche apportate alla disciplina previgente*, Napoli, 2011, 10 ss. L'Autore evidenzia come il testo non solo tradiva la propria originaria vocazione, presentando un contenuto non innovativo rispetto alla legislazione precedente, ma – anche nell'ambito della sua funzione meramente compilativa – si dimostrava il frutto di un riordino disorganico ed incompleto. A riprova di ciò, la citata dottrina rammenta come il legislatore abbia scientemente omesso di esercitare la delega relativa all'introduzione di un testo unico delle disposizioni contenute nel codice penale, di procedura penale e nelle leggi speciale, con tutte le inevitabili conseguenze in punto di coordinamento.

In senso critico anche G. D'ANGELO, *La documentazione antimafia nel D. lgs. 6 settembre 2011, n. 159: profili critici*, in *Urb. app.*, 2013, 267, il quale rileva che le maggiori criticità che affliggono il codice sono da ravvisarsi nell'assenza di centralità del diritto amministrativo.

⁷⁶ Al riguardo emblematica è la questione sorta in ordine all'art. 24 del d.lgs. n. 159 del 2011, che, in origine, era stato tacciato di incostituzionalità per eccesso di delega nella misura in cui, anziché limitarsi a definire il termine di efficacia del sequestro preventivo, si spingeva sino a stabilire che entro lo stesso dovesse intervenire il decreto di confisca. In tema, per un

Di qui la scelta di tornare sul testo originario facendo proprie le proposte di modifica frattanto pervenute, frutto delle riflessioni congiunte di accademici e giuristi a vario titolo impegnati nella lotta contro la criminalità organizzata⁷⁷.

Del resto, la necessità di tornare su quanto approvato era stata preventivata dallo stesso legislatore delegante, il quale, nella convinzione che soltanto l'applicazione pratica delle norme avrebbe consentito di testarne l'efficacia, già in sede di legge delega aveva previsto un meccanismo correttivo che offriva all'Esecutivo la facoltà di novellare il codice, purché nel rispetto dei principi e dei criteri direttivi di cui alla delega legislativa.

Fu così che, a distanza di poco più di un anno dall'entrata in vigore del testo, vide la luce il d.lgs. 15 novembre 2012, n. 218 («*Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, recante codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2, della legge 13 agosto 2010, n. 136*»).

L'opera di *maquillage* normativo, per il vero abbastanza minimalista (il testo constava di soli dieci articoli, inclusa la classica clausola conclusiva di invarianza finanziaria), interessò prevalentemente il secondo libro.

Per quanto attiene alle misure di prevenzione, le modifiche sono state infatti marginali ed hanno riguardato il ruolo dell'Avvocatura dello Stato nelle controversie coinvolgenti l'amministratore giudiziario in relazione ai rapporti concernenti i beni sequestrati (art. 1), nonché la rappresentanza e la difesa in

approfondimento si rinvia alla lucida analisi di P. GRILLO, *Durata massima del sequestro di prevenzione e provvedimento di confisca dopo il d.lgs. n. 159 del 2011*, in www.penalecontemporaneo.it, 2 aprile 2012.

⁷⁷ Si pensi al Documento predisposto dall'Osservatorio nazionale sui beni confiscati istituito presso il Dipartimento di Studi Europei e della Integrazione Internazionale (DEMS) dell'Università di Palermo, in collaborazione con magistrati esperti operanti in diversi uffici giudiziari italiani, intitolato *Prime proposte correttive al codice antimafia* e reperibile in www.penalecontemporaneo.it, 18 febbraio 2012.

giudizio dell’Agenzia nazionale per l’amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata (art. 7)⁷⁸.

In tema di documentazione antimafia l’intervento fu invece più incisivo ed articolato. Ne furono interessati gli artt. 84 e 85 del codice, entrambi interpolati tramite introduzione rispettivamente del comma 4 *bis* e dei commi 2 *bis*, 2 *ter* e 2 *quater*, al fine – da un lato – di meglio perimetrare le situazioni indizianti e – dall’altro – di precisare i contorni di una verifica che la frammentazione del fenomeno societario nel contesto della società globalizzata rendeva particolarmente ardua, soprattutto a fronte di episodi di estero-vestizione degli operatori economici (art. 2)⁷⁹.

Modifiche riguardarono inoltre il procedimento di rilascio delle informazioni antimafia (art. 5) e la validità di entrambe le attestazioni (art. 3). In relazione a quest’ultimo profilo, furono sostanzialmente riscritti i commi 1 e 2 dell’art. 86: pur confermando la durata di sei mesi per la comunicazione e di dodici mesi per l’informazione⁸⁰, venne espunto l’inciso che estendeva l’efficacia della documentazione ad altri procedimenti riguardanti i medesimi

⁷⁸ In tema, *funditus*: F. MENDITTO, *Le prime modifiche al c.d. codice antimafia: d.lgs. n. 218/12 e l. n. 228/12*, in www.penalecontemporaneo.it, 31 dicembre 2012, 2 ss.

⁷⁹ M. MAZZAMUTO, *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, cit., 30 ss.; A. CISTERNA, voce *Certificazione antimafia*, in *Dig. pubbl.*, Torino, 2010, 14 ss.

⁸⁰ Pur nel silenzio della legge, in continuità con il prevalente indirizzo formatosi sotto la previgente disciplina, il formante pretorio ritiene che tali limiti temporali si riferiscano alla sola documentazione negativa, conservando la certificazione positiva la propria capacità interdittiva anche oltre i medesimi. Cfr. *ex plurimis*: Cons. Stato, sez. V, 21 agosto 2017, n. 4053, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. VI, 30 dicembre 2011, n. 7002, in *Foro amm. CDS*, 2011, 12, 3826. *Contra*: T.a.r. Sicilia, Palermo, sez. I, 11 giugno 2013, n. 1318, in www.giustizia-amministrativa.it.

Argomenta a sostegno del superamento del principio di ultrattività dell’informazione interdittiva alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 57 del 2020 A.M. SPECIALE, *Interdittive antimafia tra vecchi confini e nuovi scenari*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2020, 25 ss.

soggetti, così avallando l'orientamento giurisprudenziale nel frattempo sviluppatosi⁸¹.

In ogni caso, però, l'aspetto più significativo e controverso della novella era un altro e atteneva al tema delle informazioni supplementari. In sede di correttivo (art. 9, comma 1, lett. b e art. 8, comma 1, lett d), infatti, il riferimento all'art. 1 *septies* del d.l. n. 629 del 1982, in origine contemplato tra le norme abrogate (art. 120, comma 2, lett. a) e tra quelle oggetto di coordinamento (art. 116, comma 4) del codice, fu soppresso.

La circostanza ha dato adito ad un vivace dibattito in dottrina e giurisprudenza circa la sopravvivenza nel complesso sistema antimafia delle informative atipiche giacché nella predetta disposizione – tramite il richiamo operato dall'art. 10, comma 9, del d.P.R. n. 252 del 1998 – queste trovavano la propria fonte normativa (*infra* § 5.3.).

5.2. Il secondo correttivo al codice antimafia recato dal d.lgs. 13 ottobre 2014, n. 153: verso un timido superamento del modello duale. Spunti di riflessione

⁸¹ La giurisprudenza dell'epoca sosteneva la tesi secondo cui l'efficacia della documentazione dovesse essere circoscritta al solo procedimento in seno al quale era stata acquisita. Nondimeno, a stretto giro, si assistette ad un *revirement* del Consiglio di Stato che, valorizzando il dato letterale, si risolse per l'opposta soluzione interpretativa, giungendo ad affermare che l'informazione e la comunicazione dispiegavano i propri effetti su tutto il territorio nazionale. Cfr.: Cons. Stato, ad. pl., 31 luglio 2014, n. 17, in *Foro amm.*, 7-8, 1911.

Si segnala sin d'ora che con il secondo correttivo al codice, recato dal d.lgs. 13 ottobre 2014, n. 153, il *dictum* del Consiglio di Stato fu recepito tramite introduzione del comma 2 *bis*, a mente del quale «*Fino all'attivazione della banca dati nazionale unica, la documentazione antimafia, nei termini di validità di cui ai commi 1 e 2, è utilizzabile e produce i suoi effetti anche in altri procedimenti, diversi da quello per il quale è stata acquisita, riguardanti i medesimi soggetti*».

Per quanto utile a superare alcune problematiche, l'intervento correttivo del 2012 non fu pienamente risolutivo. La prassi applicativa successiva dimostrò che residuavano ancora alcune criticità, alle quali il legislatore cercò di mettere mano con il d.lgs. 13 ottobre 2014, n. 153 («*Ulteriori disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, recante codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136*»)⁸².

Il correttivo incise profondamente sull'articolato, toccando vari profili, tra cui la validità della documentazione antimafia (art. 1)⁸³ e il procedimento di rilascio della medesima (artt. 2 e 3). L'obiettivo era quello di snellire gli adempimenti amministrativi senza tuttavia depotenziare l'azione di controllo preventivo antimafia; anzi, per certi versi, rendendolo più efficace.

In questo senso rileva l'inserimento nella trama codicistica dell'art. 89 *bis*, rubricato «*Accertamento di tentativi di infiltrazione mafiosa in esito alla richiesta di comunicazione antimafia*»⁸⁴.

La richiamata disposizione disciplina il caso in cui, a seguito della richiesta di comunicazione, si accerti che l'impresa abbia una compagine

⁸² Invero, già con la legge 24 dicembre 2012, n. 228 (c.d. legge di stabilità) furono apportati dei ritocchi al testo, ma gli stessi riguardarono – fatta salva la riscrittura dell'art. 24 in tema di efficacia del sequestro preventivo, necessaria per allineare la disposizione alle indicazioni impartite dalla legge delega - aspetti marginali rispetto al tema che ci occupa, involgendo il regime fiscale e tributario dei beni sequestrati e confiscati (art. 1, comma 189, lett. d), nonché il profilo organizzativo dell'Agenzia nazionale deputata ad amministrare i detti beni (art. 1, comma 189, lett. e, f, g, h, i). Per un'analisi puntuale delle novità introdotte dalla legge n. 228 del 2012, cfr.: F. MENDITTO, *Le prime modifiche al c.d. codice antimafia: d.lgs. n. 218/12 e l. n. 228/12*, cit., 3 ss.

⁸³ Cfr. nt. 81.

⁸⁴ L'art. 89 *bis* dispone: «1. *Quando in esito alle verifiche di cui all'articolo 88, comma 2, venga accertata la sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa, il prefetto adotta comunque un'informazione antimafia interdittiva e ne dà comunicazione ai soggetti richiedenti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, senza emettere la comunicazione antimafia.* 2. *L'informazione antimafia adottata ai sensi del comma 1 tiene luogo della comunicazione antimafia richiesta.*».

amministrativa e proprietaria immune dalle cause ostative di cui all'art. 67 del d.lgs. n. 159 del 2011, ma sia comunque oggetto di tentativi di infiltrazione mafiosa dedotti dalla più ampia platea di situazioni stabilite dagli artt. 84, comma 4 e 91, comma 6, del medesimo decreto legislativo.

La *ratio* è chiara. Così facendo, si è inteso colmare vuoti normativi, suscettibili di favorire l'ingerenza nel settore delle commesse e dei rapporti con le pubbliche amministrazioni di operatori non meritevoli della fiducia delle istituzioni, consentendo al prefetto di adottare, in simili ipotesi, un'informazione antimafia interdittiva che tenga luogo della semplice comunicazione richiesta dall'amministrazione precedente⁸⁵.

La scelta di normare tale situazione era sorta alla luce di una discrasia che si era venuta a creare tra il codice antimafia e la disciplina recata dal d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59 (*«Attuazione della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno»*).

Più precisamente, mentre l'art. 71 del d.lgs. n. 59 del 2010 inibiva l'esercizio di attività commerciali di vendita e somministrazione – tra gli altri – a coloro i quali fossero stati attinti da una misura di prevenzione, senza specificarne la tipologia (personale o patrimoniale) e la natura (definitiva o non definitiva), l'art. 67 del d.lgs. n. 159 del 2011 faceva esclusivo riferimento alle misure di prevenzione previste dal libro I, titolo I, capo II del codice, cioè quelle personali, peraltro restringendo ulteriormente il perimetro a quelle a carattere definitivo.

Le ragioni che avevano indotto a circoscrivere così la portata dell'art. 67 - per quanto atteneva al carattere della definitività – trovavano radicamento in un'ormai consolidata tradizione giuridica, posto che già l'art. 10 della legge n. 575 del 1965 conteneva analogo riferimento, mentre - per quanto concerneva l'elemento tipologico – erano da ricercarsi nell'intervenuta presa d'atto della

⁸⁵ In questo senso si esprime la Relazione di accompagnamento al d.lgs. n. 153 del 2014 consultabile sul sito istituzionale della Camera dei Deputati al seguente link: http://documenti.camera.it/apps/nuovosito/attigoverno/Schedalavori/getTesto.ashx?file=0103_F001.pdf&leg=XVII#pagemode=none.

parabola normativa che aveva interessato la prevenzione patrimoniale, sancendone la piena autonomia rispetto a quella personale. Dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 92 del 2008 e la conseguente possibilità di applicazione disgiunta di misure personali e patrimoniali è stato ritenuto logico limitare gli effetti interdittivi dell'art. 67 soltanto alle prime, le uniche per le quali fosse sempre doverosa un'attualizzazione della prognosi di pericolosità. Diversamente, si sarebbe pervenuti a conseguenze abnormi. Dato che per le misure patrimoniali non valeva la regola *mors omnia solvit*, gli eredi del preposto, titolari di una licenza o autorizzazione di commercio, per il sol fatto di essere stati raggiunti da una misura di prevenzione patrimoniale relativa a cespiti illecitamente accumulati dal *de cuius* e ricevuti *iure successionis*, avrebbero altresì dovuto sopportare le conseguenze pregiudizievoli derivanti dall'art. 67, pur non essendo soggetti socialmente pericolosi; il tutto con buona pace del principio di libertà di iniziativa economica.

Il difetto di coordinamento tra i due plessi normativi comportava, tuttavia, una vistosa smagliatura, essendo imperscrutabili le motivazioni poste alla base del diverso regime giuridico previsto per le attività commerciali di vendita e somministrazione, il cui esercizio poteva essere inibito a fronte di una qualsiasi misura di prevenzione (personale e/o patrimoniale, definitiva o non definitiva), rispetto al trattamento riservato alle altre attività economiche, per la cui interdizione era richiesta una misura personale dotata del carattere della definitività.

Si veniva così a determinare un arretramento della soglia di tutela con riguardo alle seconde, acuito dal rapporto di rigida alternatività che caratterizzava le due *species* della documentazione antimafia. Con riguardo alle attività non rientranti nel perimetro dell'art. 71 del d.lgs. n. 59 del 2010, non solo le misure patrimoniali e le misure personali non definitive non erano di per sé sufficienti ad esplicare alcuna efficacia interdittiva, ma, in riferimento all'ambito applicativo della comunicazione, non potevano neppure essere recuperate come

indici sintomatici del rischio infiltrativo *ex art. 84, comma 4, lett. b)*, del codice, cadendo di fatto nell'irrelevanza giuridica⁸⁶.

Per ovviare – almeno parzialmente - a simili inconvenienti fu quindi introdotto l'art. 89 *bis*, disposizione quest'ultima che tra alterne vicende è giunta sino ai giorni nostri.

Accolta con favore dalla dottrina, la norma ha invece suscitato reazioni altalenanti da parte della giurisprudenza. Mentre alcune pronunce ne sottolineavano l'opportunità⁸⁷, venivano intrapresi due giudizi di legittimità costituzionale, entrambi esitati in declaratorie di infondatezza.

La prima volta la questione di costituzionalità fu sollevata dal T.a.r. Sicilia, sezione staccata di Catania, sia per ragioni di ordine formale e, segnatamente, per contrasto con gli artt. 76 e 77 Cost. sul presupposto di un asserito eccesso di delega, sia per ragioni di ordine sostanziale e, precisamente, per violazione del canone della ragionevolezza, desumibile dall'art. 3, comma 1, Cost.⁸⁸.

Quanto al primo profilo, il punto di partenza da cui muoveva il giudice rimettente era che, indipendentemente dal tenore letterale, la norma era destinata a trovare applicazione non soltanto allorquando, a fronte di pregresse cause interdittive, fossero acclarati tentativi di infiltrazione mafiosa – ipotesi quest'ultima espressamente contemplata dal dettato normativo che rimanda al precedente art. 88, comma 2 – ma anche nel caso analogo di tentativi già accertati in seno ad un precedente procedimento concluso con l'adozione di un'informazione antimafia interdittiva ancora efficace. Entrambe le dette situazione condividerebbero, infatti, la *eadem ratio*, consistente nella necessità di approntare misure amministrative più rigorose ogni qual volta venga appurata,

⁸⁶ G. D'ANGELO, *Le interdittive antimafia*, in T. EPINDENDIO – G. VARRASO, *Codice delle confische*, cit., 1134 ss.

⁸⁷ Cfr. *ex multis*: Cons. Stato, sez. III, 9 febbraio 2017, n. 565, in *Foro amm.*, 2017, 2, 275; Cons. Stato, sez. III, 20 luglio 2016, n. 3300, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁸⁸ T.a.r. Sicilia, Catania, sez. II, 28 settembre 2016, ord. n. 2337, in www.giustizia-amministrativa.it.

sia pure a livello di mero rischio infiltrativo, la ‘prossimità’ del soggetto agli ambienti delle consorterie mafiose⁸⁹.

Da qui le censure. In primo luogo, secondo il remittente l’art. 89 *bis* si poneva in contrasto con gli artt. 76 e 77 della Carta fondamentale perché tra i principi e i criteri direttivi dell’art. 2 della legge n. 136 del 2010 non era prevista la possibile estensione del rilascio dell’informazione antimafia per alcuna delle ipotesi in cui l’ordinamento aveva precedentemente previsto la richiesta e il rilascio della mera comunicazione.

In secondo luogo, la norma era tacciata di illegittimità per contrasto con l’art. 3 Cost. Ad avviso del giudice *a quo*, la suddetta estensione ridondava in una violazione del principio di ragionevolezza, in quanto selettivamente circoscritta alle sole due ipotesi sopra descritte, con la conseguenza che la legislazione finiva così per attribuire rilevanza non già alla obiettiva importanza del provvedimento o del contratto, bensì a circostanze contingenti quali la pregressa sussistenza di una causa ostativa ovvero la preesistenza di una informazione interdittiva in corso di efficacia.

Come anticipato, entrambe le censure furono disattese dalla Consulta⁹⁰.

Quanto ai rilievi di ordine formale, fu osservato come la novella si mantenesse pur sempre nell’alveo delle scelte di fondo operate dalla legge delega. D’altronde, i criteri direttivi offerti da quest’ultima non erano così

⁸⁹ Nello stesso senso si erano già espressi: Cons. Stato, sez. III, 8 marzo 2017, n. 1109, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. III, 9 febbraio 2017, n. 565, in *Foro amm.*, 2017, 2, 275, nonché in *Urb. app.*, 2017, 2, 223, con nota di P. TONNARA, *Informativa antimafia e discrezionalità del prefetto*; Cons. Stato, sez. I, 17 novembre 2015, n. 497, in *Foro it.*, 2016, 4, III, 210.

⁹⁰ Corte cost., 18 gennaio 2018, n. 4, in *Giur. cost.*, 2018, 1, 37; in *Foro amm.*, 2018, 4, 558. Sull’onda della detta pronuncia e in senso conforme alla medesima si veda: Cons. Stato, sez. III, 2 settembre 2019, n. 6057, in *Foro it.*, 2019, 1, III, 588, con nota di G. D’ANGELO, *Verifiche antimafia e attività soggette a s.c.i.a.*

stringenti e puntuali da indurre a ritenere che la disciplina recata dall'art. 89 *bis* eccedesse i limiti dagli stessi tracciati⁹¹.

Parimenti, in relazione al profilo sostanziale, l'opzione seguita dal legislatore delegato fu reputata non manifestamente irragionevole, atteggiandosi in guisa di scelta di politica legislativa attuata nel tentativo di trovare un difficile punto di equilibrio tra esigenze di efficientamento, *ex latere* amministrativo, della lotta alla criminalità organizzata e necessità di non appesantimento del sistema dei controlli antimafia. Proprio il bilanciamento tra queste contrapposte prerogative, secondo l'opinione della Corte, era alla base della *voluntas legis* di mantenere ferma la distinzione tra comunicazione e informazione, limitando la sfera di sovrapposizione dei detti atti alle sole ipotesi in precedenza ricordate.

Questo essendo – in estrema sintesi – il percorso argomentativo sviluppato dal Giudice delle leggi in occasione del giudizio attivato dal T.a.r. Catania, lo stesso non doveva essere sembrato troppo convincente se, a pochi mesi di distanza, il Tribunale ordinario di Palermo decideva di ritentare la strada del sindacato di legittimità costituzionale, indicando come parametri di riferimento gli artt. 3 e 41 Cost.

Il ragionamento seguito, per come cristallizzato nell'ordinanza di rimessione⁹², si incentra su un profilo rimasto del tutto inesplorato nel corso del precedente processo.

Conscio degli approdi cui era pervenuta la Corte con la citata sentenza n. 4 del 2018, il rimettente si asteneva dal censurare l'*an* della soluzione legislativa. Anzi, il Tribunale si dichiarava consapevole della profonda lesività dell'infiltrazione mafiosa nell'economia e, dunque, della necessità di una risposta efficace da parte dello Stato che si estendesse a tutto campo, arrivando a sostanzialmente eliminare gli operatori infiltrati dall'intero circuito

⁹¹ In tema di rapporti tra funzione legislativa ed esercizio delegato della medesima si rimanda a: Corte cost., 19 luglio 2013, sent. n. 219, in *Foro it.*, 2014, 2, I, 386.

⁹² Trib. Palermo, sez. V, 10 maggio 2018, ord. n. 131, reperibile al seguente *link*: https://www.gazzettaufficiale.it/atto/corte_costituzionale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.d_ataPubblicazioneGazzetta=2018-10-03&atto.codiceRedazionale=18C00186.

dell'economia legale, non soltanto da quello dei rapporti con la pubblica amministrazione.

Il motivo della doglianza atteneva piuttosto alle modalità con cui tale obiettivo veniva perseguito e, segnatamente, alla circostanza che fossero ricollegati al rilascio di un atto amministrativo, quale era appunto l'informazione antimafia interdittiva, gli stessi effetti che l'art. 67 del d.lgs. n. 159 del 2011 riconnetteva alla definitività di un provvedimento di natura giurisdizionale di applicazione di una misura di prevenzione personale. Secondo il Tribunale ciò risultava irragionevole per due ordini di ragioni.

Anzitutto perché l'effetto dell'informazione antimafia era immediato (art. 91, comma 7 *bis*), mentre i provvedimenti che erano alla base della comunicazione esplicavano la propria efficacia soltanto dopo essere divenuti definitivi. Secondariamente, in quanto mentre, a mente dell'art. 67, comma 5, l'autorità giudiziaria era facoltizzata ad escludere le decadenze e i divieti di cui alla richiamata disposizione ove risultasse che per effetto dei medesimi sarebbero venuti a mancare i mezzi di sostentamento all'interessato e alla famiglia, una simile prerogativa non era riconosciuta all'autorità amministrativa che si fosse determinata ad emettere un'informativa interdittiva. Ne conseguiva che, nella situazione immaginata dall'art. 89 *bis*, l'operatore nei cui confronti fosse stato adottato il più gravoso provvedimento inibitorio in luogo della richiesta comunicazione, si veniva a trovare in una condizione addirittura peggiore rispetto a quella in cui sarebbe stato se, sin da subito, vi fossero stati i presupposti per l'emissione della semplice comunicazione.

La disciplina *in parte qua* si poneva, ad avviso del Tribunale di Palermo, in tensione inconciliabile con il dettato costituzionale, risolvendosi in una patente violazione della libertà di iniziativa economica, di fatto elisa in radice a fronte di una valutazione tecnico-discrezionale della prefettura non circondata dalle garanzie che, per contro, assistevano la decisione giudiziaria di emissione della misura preventiva⁹³.

⁹³ In tema di sperequazione tra le garanzie proprie delle misure di prevenzione personali e le informazioni interdittive già la dottrina si era attardata. Cfr.: A. LONGO, *La «massima*

Anche questa volta, tuttavia, la disposizione fu salvata dalla Corte costituzionale, la quale oppose alle eccezioni mosse dal giudice rimettente la circostanza che il provvedimento in questione era il risultato di una strategia anticipatoria della difesa della legalità. La necessità che l'inibitoria si inserisse in una dimensione preventiva e l'esigenza di celerità della medesima sarebbero stati tali da giustificare – questa la conclusione della Consulta – la scelta di affidare il detto potere all'autorità amministrativa, la quale, in ogni caso, era tenuta ad esercitarlo *cum grano salis*, dando puntualmente conto degli elementi di fatto e delle ragioni di diritto che l'avevano indotta a determinarsi in un senso piuttosto che nell'altro⁹⁴.

Il fervore giurisprudenziale suscitato dall'art. 89 *bis* e testimoniato dai due pronunciamenti della Consulta dianzi analizzati è significativo della portata della norma in esame. Nata per rispondere ad esigenze pratiche, essa ha avuto un impatto sistemico di considerevole rilevanza.

Se, avuto riguardo all'impostazione originaria del d.lgs. n. 159 del 2011, non è dubitabile che il rapporto tra comunicazione e informazione antimafia fosse improntato al principio di rigida alternatività, la novella recata dal d.lgs. n. 153 del 2014 ha rappresentato un punto di svolta sotto questo profilo, configurandosi l'art. 89 *bis* in guisa di deroga al previsto paradigma duale⁹⁵.

anticipazione della tutela». Interdittive antimafia e sofferenze costituzionali, in *Federalismi*, 16 ottobre 2019.

⁹⁴ Corte cost., 26 marzo 2020, n. 57, in *Giur. cost.*, 2020, 2, 678; in *Foro amm.*, 2020, 11, 2082; in *Giur. comm.*, 2020, 1, II, 41. Un interessante commento alla sentenza è quello di A. LONGO, *La Corte costituzionale e le informative antimafia. Minime riflessioni a partire dalla sentenza n. 57 del 2020*, in *Nomos*, 2020, 2. Sulla scia della detta pronuncia e in senso conforme alla medesima si vedano: Cons. Stato, sez. III, 25 ottobre 2021, n. 7165, in *Giustizia insieme*, 11 marzo 2022, con nota di R. ROLLI – M. MAGGIOLINI, *Interdittiva antimafia tra norme costituzionali, eurounitarie e internazionali pattizie (Nota a Consiglio di Stato, sez. III del 25 ottobre 2021, n. 7165)*; Cons. Stato, sez. III, 26 maggio 2021, n. 4061, in *Foro amm.*, 2021, 5, 784; T.a.r. Calabria, Catanzaro, sez. I, 27 luglio 2020, n. 1376, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁹⁵ In tal senso si esprime Cons. Stato, sez. I, 17 novembre 2015, parere n. 3088, in www.giustizia-amministrativa.it, il quale, dopo aver chiarito che «Il rapporto tra i due istituti,

Deroga che trova la propria ragion d'essere nella circostanza che una rigorosa impermeabilità tra l'ambito di applicazione dei due atti ridonderebbe in intollerabili lacune di tutela, capaci di minare dalle fondamenta la coerenza dell'intero impianto normativo. Che si verta in ipotesi di rapporti privato/pubblica amministrazione ovvero di rapporti tra privati poco cambia: in ambedue i detti ambiti l'esistenza di infiltrazioni mafiose inquina l'economia legale, altera il buon funzionamento del gioco concorrenziale e costituisce una minaccia per l'ordine e la sicurezza pubblica.

In questo senso, dunque, l'ampliamento della sfera di incidenza del rischio infiltrativo oltre il suo tradizionale perimetro di rilevanza – quello degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture - si colloca lungo una direttrice di potenziamento del sistema amministrativo di contrasto alla criminalità mafiosa promossa sia dal formante legislativo sia dal formante pretorio.

A fondamento della scelta attuata tramite l'introduzione dell'art. 89 *bis* vi sarebbe cioè la medesima *ratio* che ha ispirato, ad esempio, il controverso istituto dei protocolli di legalità⁹⁶. Sorti dalla prassi sviluppatasi in seno al settore

come delineato dall'art. 84 del d.lgs. 159/2011, è d'alternatività, nel senso che la comunicazione antimafia non dev'essere acquisita quando è necessaria l'informazione antimafia e viceversa», prosegue: «Ciò nondimeno l'informazione antimafia è astrattamente in grado d'assorbire la comunicazione antimafia, attestando, oltre a quanto già previsto per la comunicazione antimafia, anche la sussistenza o meno di eventuali tentativi d'infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle imprese interessate. La disposizione in esame (l'art. 89 *bis*) costituisce una deroga al principio d'alternatività, poiché prevede l'informazione antimafia laddove è richiesta la comunicazione antimafia, e al tempo stesso opera l'assorbimento: l'enunciato normativo equipara l'informazione antimafia alla comunicazione antimafia».

⁹⁶ L'istituto è stato al centro di una *querelle* circa la compatibilità dello stesso con l'ordinamento eurounitario o, *rectius*, circa la compatibilità con il diritto dell'Unione europea della sanzione espulsiva adottata nei confronti di un operatore economico che, nel partecipare ad una procedura evidenziale, si era rifiutato di sottoscrivere la dichiarazione di accettazione del protocollo. Sulla questione la Corte di Lussemburgo si è pronunciata in senso favorevole. Cfr.: Corte di Giustizia dell'U.E., sez. X, 22 ottobre 2015, in causa C-425/14, *Impresa Edilux S.r.l.*, ECLI:EU:C:2015:721, in www.curia.eu. Per un commento alla sentenza si veda: C. CRAVERO, *Protocolli di legalità o Patti di integrità: la compatibilità con il diritto UE della sanzione di esclusione automatica dell'operatore economico inadempiente*, in *Giur. it.*, 2016, 6, 1459.

delle grandi opere (l'art. 176, comma 3, lett. e, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163)⁹⁷, essi hanno trovato generalizzato riconoscimento dapprima con l'art. 1, comma 17, della legge n. 190 del 2012⁹⁸ e, di recente, con il d.l. 16 luglio 2020, n. 76, che ha modificato il codice antimafia introducendovi l'art. 83 *bis*. In disparte la questione circa la loro natura giuridica, ricondotta nelle varie ricostruzioni dogmatiche ora al modello dell'accordo di diritto pubblico di cui all'art. 15 della legge n. 241 del 1990⁹⁹, ora a quello degli atti amministrativi a portata generale¹⁰⁰, ora a quello dei negozi trilaterali di diritto privato¹⁰¹, i protocolli altro non sono che strumenti finalizzati ad estendere il campo degli accertamenti antimafia rispetto alle regole generali, così da «compensare meccanismi legislativi a volte incompleti e/o funzioni di controllo e repressione spesso lenti ed inefficaci»¹⁰².

Similmente, alla luce della stessa logica implementativa deve essere letto l'art. 1, commi 52 e 53, della citata legge n. 190 del 2012, che – in deroga alle

⁹⁷ I protocolli di legalità traggono origine dall'esperienza maturata con i patti di integrità promossi da *Transparency International* al fine di debellare i fenomeni corruttivi e favorire la legalità nel mercato delle commesse pubbliche. Per un approfondimento si rinvia al documento *Salvaguardare gli investimenti finanziati dall'UE con i patti d'integrità. Una guida al monitoraggio collaborativo degli appalti pensata per i decisori pubblici*, sviluppato nell'ambito del progetto *Integrity Pacts – Civil Control Mechanism for Safeguarding EU Funds, Phase 2* finanziato dalla Commissione europea e pubblicato da *Transparency International* nel 2021. La pubblicazione è reperibile al seguente link: https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/policy/how/improving-investment/integrity-pacts/guide_decision_makers_it.pdf.

⁹⁸ In tema: S. FOÀ, *Le novità della legge anticorruzione*, in *Urb. app.*, 2013, 3, 293; B.G. MATTARELLA, *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, *passim*.

⁹⁹ M. MAZZAMUTO, *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, cit., 23.

¹⁰⁰ S. VINTI, *I protocolli di legalità e il diritto europeo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 3, 322.

¹⁰¹ T.a.r. Sicilia, Palermo, sez. II, 25 febbraio 2014, n. 568, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁰² F. SAITTA, *Informative antimafia e protocolli di legalità, tra vecchio e nuovo*, in *Riv. trim. app.*, 2014, 2, 426-427.

soglie fissate dall'art. 83 del d.lgs. n. 159 del 2011 - individua un nutrito elenco di attività considerate a maggior rischio, per le quali la documentazione antimafia è sempre richiesta.

Ma, come dianzi cennato, questa tendenza incrementale non è di esclusivo appannaggio del legislatore, venendo alimentata anche da una parte della giurisprudenza, la quale, favorevole all'idea di concepire le dette soglie come limiti minimi di tutela oltrepassabili a fronte di una valutazione prudenziale dell'amministrazione precedente, ha chiarito che rientra nella facoltà di quest'ultima non soltanto di richiedere l'informazione laddove la legge consideri sufficiente la mera comunicazione, ma anche di pretendere la documentazione antimafia ove non necessaria¹⁰³, se del caso spingendosi al di sotto delle soglie fissate da un protocollo di legalità che già derogava alla disposizione di legge¹⁰⁴. Ciò in quanto i provvedimenti, gli atti e i contratti di valore inferiore ai 150.000 euro (art. 83, comma 3, lett. e) non costituiscono una terra di nessuno lasciata alla libera conquista della criminalità organizzata ma rappresentano, piuttosto, una zona franca in cui l'ordinamento, per ragioni di snellimento procedurale, non impone (pur senza vietarlo) alcun controllo,

¹⁰³ *Ex plurimis*: Cons. Stato, sez. III, 20 luglio 2016, n. 3300, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. III, 21 luglio 2014, n. 3874, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. III, 23 aprile 2014, n. 2040, in *Foro amm.*, 2014, 4, 1057; Cons. Stato, 10 luglio 2013, n. 3713, in www.giustizia-amministrativa.it.

Contra: Cons. Stato, sez. III, 23 maggio 2013, in *Foro amm. CDS*, 2013, 5, 1201; Cons. Stato, sez. V, 19 settembre 2008, n. 4533, in *Foro amm. CDS*, 2008, 9, 2432; Cons. Stato, sez. VI, 29 gennaio 2008, n. 240, in *Foro amm. CDS*, 2008, 1, 167. Tali pronunce, espressione di un orientamento più risalente, ammettevano la possibilità per l'amministrazione di superare il 'limite interno', richiedendo l'informativa prefettizia in relazione ad atti e contratti per i quali sarebbe stata doverosa la sola comunicazione, ma ritenevano insormontabile il 'limite esterno', al di sotto del quale non sarebbe stato esperibile alcun controllo, pena la violazione del divieto di non aggravio del procedimento di cui all'art. 1, comma 2, della legge n. 241 del 1990.

¹⁰⁴ Cons. Stato, sez. III, 7 novembre 2013, ord. n. 4383, in www.giustizia-amministrativa.it. *Contra*: T.a.r. Calabria, Reggio Calabria, 10 maggio 2013, n. 305, www.giustizia-amministrativa.it.

accettando così il rischio che le ingerenze malavitose restino occultate e non affiorino in superficie.

Cercando di trarre le fila di quanto sin qui osservato, il dato di fondo che emerge con evidenza è che, se da un lato il legislatore ha inteso mantenere ferma la distinzione tra comunicazione e informativa antimafia, dall'altro, conscio della circostanza che quanto a vulnerabilità il mercato privato e quello delle commesse pubbliche pari sono, pur diversamente calibrando le modalità e l'incisività della reazione, è intervenuto con dei correttivi allo scopo talvolta di favorire un processo osmotico tra gli strumenti posti a presidio dei rispettivi ambiti e talaltra di direttamente erodere la sfera di incidenza dell'uno rispetto a quella dell'altro strumento.

Entrambe queste soluzioni, tuttavia, nella loro attuazione pratica si sono rivelate non indolori, come dimostra il cospicuo contenzioso (anche costituzionale) dalle stesse ingenerato.

E, allora, forse varrebbe la pena di rimeditare sulla opportunità dell'opzione duale, vero peccato originale dell'attuale ecosistema amministrativo antimafia, che, lungi dal presentarsi come un dogma incontestabile, costituisce semplicemente una scelta di politica normativa suscettibile di essere vagliata e, se del caso, rimessa in discussione.

Del resto, come chiarito anche dalla Consulta nella sentenza n. 4 del 2018, non sussiste alcun ostacolo logico o concettuale che imponga di circoscrivere l'impiego dell'informazione alle attività contrattuali della pubblica amministrazione, tant'è che «nell'impostazione originaria recata dall'art. 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575 (...), la documentazione antimafia allora prevista riguardava, con effetti impedienti, sia l'attività contrattuale, sia quella ulteriore oggi preclusa dall'art. 67 del d.lgs. n. 159 del 2011»¹⁰⁵.

Vero è che, all'epoca, nessun rilievo veniva attribuito al tentativo di infiltrazione. Ma, sebbene l'emersione del rischio infiltrativo ai fini della prevenzione amministrativa sia storicamente coinciso con il trapasso dal modello monista a quello dualista e, dunque, con la nascita dell'informativa

¹⁰⁵ V. § 4 della sentenza.

antimafia, tra i due non vi è alcun nesso di consequenzialità necessaria. In altre parole, allorché fu deciso di disancorare l'inibitoria antimafia dall'applicazione di una misura prevenzionale personale, conferendo rilevanza al tentativo di infiltrazioni, la scelta di circoscrivere il perimetro di incidenza del medesimo soltanto ad alcuni rapporti e non ad altri fu una scelta contingente, dettata non già da ragioni di ordine teleologico o sistematico bensì dalla necessità pratica di non onerare le amministrazioni con aggravii burocratici che avrebbero determinato una dilatazione delle tempistiche procedurali.

Tuttavia, alla prova dei fatti, il mezzo prescelto non si è dimostrato adeguato al fine, posto che l'anelito alla semplificazione in materia non si è affatto affievolito nel corso del tempo. A tacer d'altro, si pensi alla istituzione a norma dall'art. 96 del d.lgs. n. 159 del 2011 della banca dati nazionale unica per la documentazione antimafia, operativa dal 2016, nonché alle novità (per il vero temporalmente limitate) introdotte dall'art. 3 del d.l. n. 76 del 2020, concernenti l'ampliamento della facoltà di rilascio, nelle more dell'espletamento della verifica, di una certificazione liberatoria provvisoria nei confronti di operatori non censiti¹⁰⁶.

¹⁰⁶ L'art. 3 del d.l. n. 76 del 2020, come modificato dal d.l. 31 maggio 2021, n. 77, stabilisce: «1. Al fine di potenziare e semplificare il sistema delle verifiche antimafia per corrispondere con efficacia e celerità alle esigenze degli interventi di sostegno e rilancio del sistema economico-produttivo conseguenti all'emergenza sanitaria globale del COVID-19, fino al 30 giugno 2023, ricorre sempre il caso d'urgenza e si procede ai sensi dell'articolo 92, comma 3, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, nei procedimenti avviati su istanza di parte, che hanno ad oggetto l'erogazione di benefici economici comunque denominati, erogazioni, contributi, sovvenzioni, finanziamenti, prestiti, agevolazioni e pagamenti da parte di pubbliche amministrazioni, qualora il rilascio della documentazione non sia immediatamente conseguente alla consultazione della banca dati di cui all'articolo 96 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, fatto salvo quanto previsto dagli articoli 1-bis e 13 del decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 giugno 2020, n. 40, nonché dagli articoli 25, 26 e 27 del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34. 2. Fino al 30 giugno 2023, per le verifiche antimafia riguardanti l'affidamento e l'esecuzione dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, si procede mediante il rilascio della informativa liberatoria provvisoria, immediatamente conseguente alla consultazione della Banca dati nazionale unica della

Talché, alla luce delle criticità emerse, potrebbe non apparire peregrina l'ipotesi di un riassetto del sistema in chiave monista, magari temperato tramite la conferma di un 'limite esterno' al di sotto del quale l'acquisizione della certificazione sarebbe rimessa al prudente apprezzamento dell'autorità procedente. Ciò consentirebbe di superare la propensione incrementalista che ha orientato le scelte legislative dell'ultimo quarto di secolo¹⁰⁷ o, *rectius*, di incanalare su binari di effettiva semplificazione, senza al contempo trascurare

documentazione antimafia ed alle risultanze delle banche dati di cui al comma 3, anche quando l'accertamento è eseguito per un soggetto che risulti non censito, a condizione che non emergano nei confronti dei soggetti sottoposti alle verifiche antimafia le situazioni di cui agli articoli 67 e 84, comma 4, lettere a), b) e c), del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159. L'informativa liberatoria provvisoria consente di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture, sotto condizione risolutiva, ferme restando le ulteriori verifiche ai fini del rilascio della documentazione antimafia da completarsi entro sessanta giorni. 3. Al fine di rafforzare l'effettività e la tempestività degli accertamenti di cui ai commi 1 e 2, si procede mediante la consultazione della banca dati nazionale unica della documentazione antimafia nonché tramite l'immediata acquisizione degli esiti delle interrogazioni, anche demandate al gruppo interforze tramite il 'Sistema di indagine gestito dal Centro elaborazione dati del Dipartimento della pubblica sicurezza del Ministero dell'interno, di tutte le ulteriori banche dati disponibili. 4. Nei casi di cui al comma 2, qualora la documentazione successivamente pervenuta accerti la sussistenza di una delle cause interdittive ai sensi del decreto legislativo 6 settembre 2011, n.159, i soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, del medesimo decreto legislativo recedono dai contratti, fatti salvi il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite fermo restando quanto previsto dall'articolo 94, commi 3 e 4, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, e dall'articolo 32, comma 10, del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114. 5. Con decreto del Ministro dell'interno, da adottare entro quindici giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, possono essere individuate ulteriori misure di semplificazione relativamente alla competenza delle Prefetture in materia di rilascio della documentazione antimafia ed ai connessi adempimenti. 6. Per quanto non espressamente disciplinato dai commi da 1 a 5, si applicano le disposizioni del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 (...).

¹⁰⁷ In tema cfr.: M. MAZZAMUTO, *Gestione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati tra giurisdizione e amministrazione*, in *Giur. it.*, 2013, 2, 491; F. SAITTA, *Informative antimafia e protocolli di legalità, tra vecchio e nuovo*, cit., 443.

le insopprimibili esigenze securitarie che animano la disciplina, anzi garantendo loro piena soddisfazione. Il dualismo comunicazione/informazione, nato dalla presa d'atto dei fallimenti di un appiattimento della funzione di controllo sulla mera verifica della ricorrenza di misure previamente date, non è stato in grado di superare a pieno l'impostazione originaria, risultando comunque saldamente informato ad una accezione 'forte' della legalità. I reliquati di questa concezione, tendente a svilire l'azione dei pubblici poteri confinandoli entro il recinto di rigidi presupposti tipizzati dalla norma generale e astratta, hanno portato ad un irrigidimento del sistema, venendo a scontrarsi con una realtà fenomenica cangiante e, per ciò stesso, bisognosa di strumenti di intervento dotati di sempre maggiore duttilità. Il ritorno alla certificazione unica, congegnata non più come attestazione meramente ricognitiva ma come atto a connotazione provvedimentale tramite il riconoscimento di piena dignità al rischio infiltrativo, risponde proprio alla necessità manifestata dall'ordinamento di incentivare l'elasticità della funzione pubblica tramite una rinnovata fiducia nella capacità dell'intestatario della medesima di farne un uso ben misurato¹⁰⁸.

5.3. (Segue) *Una postilla sulla c.d. informativa atipica*

Nei paragrafi che precedono si è dato atto di come, accanto alla comunicazione e alla informazione antimafia (tipica), la legislazione precodicistica contemplasse un *tertium genus* di documentazione, cui la giurisprudenza aveva attribuito il nome assai evocativo di informazione atipica o supplementare.

Nomen omen, verrebbe da dire.

¹⁰⁸ In generale, sulla necessità di rivitalizzare la funzione amministrativa, quale unico viatico al rischio di ossificazione del sistema, si rinvia a G.D. COMPORTI, *Il coraggio di amministrare*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, vol. II, Napoli, 2020, 1101. Nello stesso senso, si veda anche l'analisi condotta da S. LUCATTINI, *Le sanzioni a tutela del territorio*, Torino, 2022.

Si trattava, infatti, di un istituto che andava a completare il sistema di prevenzione amministrativa contro la criminalità organizzata, la cui peculiarità era data dal fatto che alla stessa non venivano ricondotti effetti inibitori automatici. Quando gli elementi raccolti dalla prefettura non erano considerati sufficienti ai fini dell'emissione di un'informativa tipica, quest'ultima trasmetteva all'amministrazione interessata una sorta di *caveat* funzionale ad arricchire la sua conoscenza in relazione ad elementi utili ai fini dell'esercizio di poteri discrezionali. Ricevuta la nota spettava poi all'amministrazione decidere il da farsi, puntualmente motivando le proprie determinazioni, qualunque fosse stato il contenuto delle medesime¹⁰⁹.

Tale figura trovava il proprio ancoraggio normativo nel combinato disposto degli artt. 1 *septies* del d.l. n. 629 del 1982 e 10, comma 9, del d.P.R. n. 252 del 1998. Ancorché espressione del principio di collaborazione tra istituzioni dello Stato, alla prova dei fatti si rivelò il 'tallone d'Achille' dell'intero sistema, presentando specificità tali da renderne estremamente complesso l'impiego da parte delle stazioni appaltanti, le quali si trovavano a dover gestire 'a valle' un procedimento dagli esiti incerti con conseguenti difficoltà in relazione alla decisione da assumere.

¹⁰⁹ Cons. Stato, sez. III, 31 dicembre 2014, n. 6465, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. VI, 20 ottobre 2014, n. 5165, in *Foro amm.*, 2014, 10, 2579.

In senso parzialmente difforme si vedano: T.a.r. Campania, Napoli, sez. I, 7 luglio 2011, n. 3622, in *Foro amm. TAR*, 2011, 7-8, 2428, ad avviso del quale: «l'informativa prefettizia atipica non costituisce una mera comunicazione di elementi potenzialmente significativi, ma produce un effetto giuridico parzialmente vincolante per la stazione appaltante che è tendenzialmente vincolata a dare prevalenza alle esigenze di tutela antimafia»; T.a.r. Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 21 giugno 2011, n. 518, in *Foro amm. TAR*, 2011, 6, 2125, secondo cui: «l'informativa atipica consente alla stazione appaltante (che non ha né il potere né l'onere di verificare la portata o i presupposti dell'informativa antimafia), di adottare un provvedimento di diniego di stipula del contratto o di prosecuzione del rapporto che sarà sufficientemente motivato anche "per relationem", essendole riservato un margine assai ristretto di valutazione discrezionale, mentre il dovere di ampia motivazione sussiste solo nel caso della scelta della prosecuzione del rapporto per inderogabili ed indeclinabili necessità della prestazione, non altrimenti assicurabile».

Se è vero che la valutazione prefettizia non poteva comunque fondarsi su semplici congetture o, peggio, su sospetti, essendo pur sempre richiesta una base indiziaria corroborata da riscontri fattuali¹¹⁰, nondimeno si trattava di emergenze probatorie inidonee anche soltanto a lambire gli estremi del tentativo infiltrativo, la cui integrazione avrebbe legittimato l'adozione di un'informazione tipica; il che era perfettamente in linea con la *ratio* dell'istituto, rispondente ad una logica di iper-anticipazione della soglia di difesa sociale.

Fu in ragione di tali criticità che il legislatore del 2011 decise di risolvere in radice ogni problema abrogando le richiamate disposizioni. D'altronde, in presenza di un quadro indiziario sufficientemente specifico, esso poteva comunque essere recuperato per il tramite di un'informazione sì tipica ma generica, mercé il disposto dell'art. 84, comma 4, lett. d) ed e), del d.lgs. n. 159 del 2011.

Tuttavia, le certezze recate dall'originaria formulazione codicistica lasciarono ben presto il posto a dubbi e perplessità, quando in sede di primo correttivo l'art. 1 *septies* del d.l. n. 629 del 1982 fu espunto dal novero delle norme abrogate (art. 120, comma 2, lett. a) e da quelle oggetto di coordinamento (art. 116, comma 4).

Il *repêchage* del citato art. 1 *septies*, sul quale da sempre aleggia un alone di mistero, ha suscitato forti incertezze circa il destino dell'informativa supplementare, peraltro alimentate dalla invece confermata abrogazione dell'art. 10, comma 9, del d.P.R. n. 252 del 1998.

Non v'è dubbio che un argomento forte a sostegno della tesi contraria ad una reviviscenza dell'informazione atipica è quello sistematico. Data la funzione razionalizzatrice del codice, non avrebbe senso mantenere fuori dal detto corpo normativo una figura di tale rilievo¹¹¹.

¹¹⁰ Cons. Stato, sez. VI, 2 ottobre 2007, n. 5069, in *Foro amm. CDS*, 2007, 10, 2829; Cons. Stato, sez. VI, 17 luglio 2006, n. 4574, in *Foro. amm. CDS*, 2006, 7-8, 2249; Cons. Stato, sez. V, 24 ottobre 2000, n. 5710, in *Riv. giur. ed.*, 2001, 1, 213.

¹¹¹ G. D'ANGELO, *Le interdittive antimafia*, in T. EPINDENDIO – G. VARRASO, *Codice delle confische*, cit., 1130.

D'altro canto, però, la riesumazione dell'art. 1 *septies* del d.l. n. 629 del 1982 non offre certezze sufficienti, lasciando la questione aperta, come dimostrano sia le oscillazioni giurisprudenziali¹¹² sia le contrastanti opinioni dottrinali¹¹³.

A legislazione invariata la soluzione maggiormente condivisibile parrebbe dunque quella suggerita da chi propone di interpretare la norma nel senso di attribuire «a siffatta collaborazione un carattere per così dire “confidenziale”, non idoneo in sé ad attivare meccanismi interdittivi, bensì volto soltanto ad attivare con maggiore attenzione i generici poteri di controllo “propri” dell'amministrazione destinataria», di fatto degradando l'informazione atipica ad «una sorta di campanello d'allarme»¹¹⁴.

Va da sé che la tesi da ultimo proposta non è scevra da critiche nella misura in cui non neutralizza il rischio che l'istituto ha sempre recato con sé, cioè a dire quello di fungere da fattore di deresponsabilizzazione degli organi periferici del Ministero dell'Interno, i quali, in assenza di riscontri univoci, avrebbero gioco facile ad esimersi dai propri compiti riversandoli sulle

¹¹² Favorevoli alla tesi della intervenuta espunzione dell'informativa supplementare: T.a.r. Sicilia, Catania, sez. IV, 12 maggio 2015, n. 1217, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. cons., 26 marzo 2014, n. 1023, n. www.giustizia-amministrativa.it.

Contra: T.a.r. Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 14 novembre 2016, n. 1124, in *Foro amm.*, 2016, 11, 2790; T.a.r. Lazio, Roma, sez. I, 8 gennaio 2014, n. 191, in www.lexitalia.it, 26 marzo 2014, con nota di B. MACRILLÒ, *Notazioni sulla supposta abrogazione dell'informativa antimafia atipica*; Cons. Stato, sez. III, 10 luglio 2013, n. 3713, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹¹³ Sostengono la soluzione della irrilevanza della mancata abrogazione dell'art. 1 *septies* del d.l. n. 629 del 1982: N. DURANTE, *Ambiti di discrezionalità in materia di documentazione antimafia*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2013; F.G. COCA, *Razionalità e costituzionalità della documentazione antimafia in materia di appalti pubblici*, cit., 4, il quale richiama, peraltro, la circolare del Ministero dell'Interno dell'8 febbraio 2013.

Di contrario avviso: B. MACRILLÒ, *La sopravvivenza dell'informativa atipica dopo il “correttivo” al Codice antimafia*, in *Giustamm*, 2014; S. GAMBACURTA, *La documentazione antimafia: tipologia e contenuto*, in A. CISTERNA – M.V. DE SIMONE – B. FRATTASI – S. GAMBACURTA (a cura di), *Codice antimafia*, 2013, 206.

¹¹⁴ M. MAZZAMUTO, *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, cit., 26-27.

amministrazioni procedenti e così alimentando quel circuito di difficoltà che aveva caratterizzato la disciplina precodificistica¹¹⁵. Nondimeno, sembra l'unica in grado di conciliare il dato incontestabile (e imprescindibile) della mancata abrogazione della citata disposizione con l'altrettanto innegabile intenzione del legislatore di informare il settore in questione al principio di tipicità, eliminando le fattispecie dai contorni applicativi più sfumati ed indefiniti.

6. Considerazioni conclusive: critica alla tesi della riconducibilità della normativa antimafia al sistema della prevenzione

In giurisprudenza è tralattizia l'affermazione che riconduce i poteri interdittivi propri dell'autorità prefettizia nel rassicurante alveo concettuale della prevenzione (amministrativa). Da qui la descrizione della documentazione antimafia e, segnatamente, dell'informativa come «frontiera avanzata (...) nel continuo confronto tra Stato e anti-Stato»¹¹⁶ o, similmente, come «espressione della logica di anticipazione della soglia di difesa sociale, finalizzata ad assicurare una tutela avanzata nel campo del contrasto alle attività della criminalità organizzata»¹¹⁷.

Le ragioni di una siffatta qualificazione risiedono nella necessità di legittimare la tendenza a dilatare le maglie di una fattispecie in cui l'elemento di frattura della tipicità – i.e. il pericolo di infiltrazioni e condizionamenti malavitosi – tende ad evaporare con esiti che rischiano di mettere in crisi la tenuta stessa del sistema e delle sue garanzie costituzionali. Nel settore in

¹¹⁵ R. CANTONE, *La riforma della documentazione antimafia: davvero solo un restyling*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 8-9, 891.

¹¹⁶ Cons. Stato, sez. III, 5 settembre 2019, n. 6105, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹¹⁷ Cons. Stato, sez. III, 4 giugno 2021, n. 4293, in www.giustizia-amministrativa.it. In senso conforme, *ex plurimis*: Cons. Stato, sez. III, 20 gennaio 2020, n. 452, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. III, 7 aprile 2017, n. 1638, in www.giustizia-amministrativa.it.

questione, infatti, la legislazione prima e l'amministrazione poi sono chiamate ad operare un delicato bilanciamento tra insopprimibili istanze securitarie, da un lato, libertà economiche e tutela dei fondamentali valori che presidiano il principio di legalità sostanziale, dall'altro.

Tuttavia, tali esigenze ben si attaglierebbero anche ad una diversa ipotesi ricostruttiva: quella che guarda alla disciplina antimafia come al precipitato *in subiecta materia* del principio di precauzione.

Quest'ultimo, frutto delle riflessioni filosofiche e sociologiche sviluppate in ambiente tedesco nella seconda metà del Novecento¹¹⁸, è stato mutuato dal mondo giuridico – *in primis* dal diritto internazionale ed europeo¹¹⁹ - per approntare una tutela rafforzata in materia ambientale, salvo poi essere esteso, data la propria enorme duttilità, ad altri settori tra loro assai eterogenei, quali – a mero titolo esemplificativo - quello alimentare¹²⁰, quello farmacologico¹²¹ e financo quello relativo alla lotta al terrorismo¹²². La matrice comune che ha consentito un'applicazione così diversificata della logica precauzionale è data dalla presenza in detti contesti di marcate aspettative di sicurezza connesse ad

¹¹⁸ La prima teorizzazione del principio di precauzione si deve a: H. JONAS, *Das Prinzip Verantwortung*, Frankfurt am Main, 1979, nonché ad U. BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main, 1986.

¹¹⁹ Sulla ascendenza sovranazionale del principio, limitatamente alla letteratura italiana, cfr. *ex multis*: R. TITOMANLIO, *Il principio di precauzione fra ordinamento europeo e ordinamento italiano*, Torino, 2018; L. MARINI – L. PALAZZANI (a cura di), *Il principio di precauzione tra filosofia, biodiritto e biopolitica*, Roma, 2008; F. BASSAN, *Gli obblighi di precauzione nel diritto internazionale*, Napoli, 2006; F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, Milano, 2005; L. MARINI, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario*, Padova, 2004.

¹²⁰ In tema cfr.: F. FOLLIERI, *Decisioni precauzionali e stato di diritto. La prospettiva della sicurezza alimentare*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 6, 1495; M. SOLINI, *Il principio di precauzione nella disciplina comunitaria della sicurezza alimentare*, Milano, 2006.

¹²¹ Per un approfondimento cfr.: B. BERTARINI, *Tutela della salute, principio di precauzione e mercato del medicinale. Profili di regolazione giuridica europea e nazionale*, Torino, 2016.

¹²² C.R. SUNSTEIN, *Laws of Fear: Beyond the Precautionary Principle*, Cambridge, 2005; J. STERN - J.B. WIENER, *Precaution Against Terrorism*, 2006.

elevati coefficienti di rischio, tali da determinare il trapasso da un approccio di tipo preventivo ad un approccio di tipo cautelativo nella gestione del medesimo.

In effetti, prevenzione e precauzione sono due categorie concettuali – prim’ancora che giuridiche - certamente limitrofe ma non perfettamente sovrapponibili. Pur condividendo lo stesso fine (protezione di un bene giuridicamente rilevante) e le stesse modalità di estrinsecazione (entrambe si inverano in tecniche di anticipazione della tutela), differiscono nell’oggetto e quindi nei presupposti di attivazione delle rispettive misure.

La prima si sostanzia nell’insieme di attività volte a limitare e, preferibilmente, neutralizzare rischi oggettivi e provati; la seconda è diretta a limitare e, preferibilmente, neutralizzare rischi incerti o fondati su basi soltanto indiziarie. Ne discende, dunque, che mentre per l’una la prognosi di verificazione dell’evento dannoso deve essere sorretta da un alto grado di probabilità scientifica o logico-statistica, non altrettanto per l’altra, in relazione alla quale è sufficiente anche la sola eventualità. Il diverso statuto epistemologico finisce quindi col ridondare in una distinta nomologia, atteso che la strategia precauzionale impone un grado di anticipazione della risposta ordinamentale a fattori e situazioni di rischio superiore rispetto a quello richiesto dalla logica preventiva, con conseguenti significative ricadute in punto di arretramento delle garanzie riconosciute in favore del destinatario della reazione giuridica¹²³.

È in questa chiave di lettura che si innesta il tema relativo alla riconduzione dei poteri prefettizi antimafia nell’ambito di un approccio precauzionale piuttosto che preventivo.

La dottrina che si è interessata alla questione non ha avuto dubbi ad aderire alla seconda ipotesi ricostruttiva, negando che gli stessi afferiscano alla

¹²³ D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza*, in www.penalecontemporaneo.it, 21 luglio 2011, 3 ss. L’Autore, per spiegare la differenza esistente tra la logica preventiva e quella precauzionale, richiama due miti classici dalla potente forza evocativa, il mito di Prometeo e quello di Cassandra, considerati «spendibili sul piano del mutamento dei paradigmi cognitivi in termini di capacità “previsionali”».

dimensione della precauzione, e ciò sul presupposto che la norma attributiva di tale potere richiederebbe «una fondata, dimostrata e misurabile in concreto situazione di pericolo»¹²⁴.

Orbene, un simile costrutto dogmatico ad avviso di chi scrive non pare pienamente condivisibile, in quanto tendente a confondere l'«essere» con il «dover essere», la dimensione ontica con la dimensione deontica dell'assetto normativo antimafia.

Laddove il diritto penale trova il proprio orizzonte di senso nella dialettica autorità/libertà – una dialettica che negli ultimi anni ha visto senz'altro privilegiato il primo dei due termini della diade concettuale¹²⁵ - il diritto amministrativo post-moderno abbraccia invece una molteplicità di funzioni, alcune delle quali rispondono all'esigenza di rettamente allocare rischi e utilità tra soggetti pubblici e privati, portatori di valori e interessi spesso volte in conflitto. Il punto di attacco della loro manifestazione, vale a dire il momento a partire dal quale è attribuita loro pregnanza giuridica, rappresenta anche l'inizio di una delicata operazione di bilanciamento che segna il confine tra la sfera della prevenzione e quella della precauzione. A caratterizzare nell'uno piuttosto che nell'altro senso la disciplina non è mai soltanto il modo di essere del formante legislativo ma, soprattutto, il modo in cui esso viene declinato nella prassi di coloro che sono chiamati ad attuarlo.

Nel settore *de quo* la normativa già di per sé si pone in bilico su di uno stretto crinale, reso particolarmente scosceso dal fatto che l'inibitoria prefettizia colpisce non già l'infiltrazione mafiosa bensì il tentativo di infiltrazione volto a condizionare le scelte e gli indirizzi dell'operatore sottoposto a controllo.

Ciò detto, non v'è dubbio che, se una chance di recuperare la normativa ai principi della Carta costituzionale sussiste, questa passi attraverso una

¹²⁴ F. FIGORILLI – W. GIULIETTI, *Contributo allo studio della documentazione antimafia: aspetti sostanziali, procedurali e di tutela giurisdizionale*, cit., 71.

¹²⁵ In questa prospettiva si veda: F. SGUBBI, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Bologna, 2019, che mette in guardia dai rischi di una progressiva dilatazione della sfera del penalmente rilevante.

prognosi interdittiva condotta in maniera rigorosa da parte dell'autorità prefettizia in relazione ai presupposti applicativi della misura, con specifico riguardo ai profili della concretezza e dell'attualità del rischio di permeabilità ad interferenze malavitose.

Nondimeno, il dato testuale appare lacunoso sul punto e, quindi, suscettibile di prestare il fianco ad orientamenti applicativi assai diversificati. Vero è che, nel complesso, le prefetture hanno fatto un uso misurato e prudente dello strumento e che, dal canto suo, la giurisprudenza si è fatta carico di arginare possibili derive volte a far trasmodare la discrezionalità in arbitrio attraverso un'esegesi tassativizzante degli indici sintomatici del condizionamento mafioso¹²⁶, ma il deficit di tipicità della *law in books* non può essere integralmente recuperato attraverso la pur meritoria opera ermeneutica condotta dalla *law in action*, salvo che non si voglia aderire ad una concezione debole di legalità suscettibile di perenni tensioni e di difficili assestamenti.

L'individuazione per via pretoria di un nucleo consolidato di situazioni indiziarie, che sviluppano e completano le generiche indicazioni legislative, costruendo un sistema a tassatività sostanziale non pare da solo sufficiente a determinare un mutamento del paradigma di riferimento che continua ad essere quello precauzionale e ciò a maggior ragione in un ordinamento che non conosce la regola dello *stare decisis*, conservando il precedente un'efficacia soltanto persuasiva¹²⁷.

¹²⁶ Cons. Stato, sez. III, 5 settembre 2019, n. 6105, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743, in *Foro amm.*, 2016, 5, 1163.

¹²⁷ Sul tema dell'efficacia del precedente giudiziale la letteratura è sconfinata. In questa sede ci si limita a rinviare anche per gli opportuni riferimenti bibliografici a: A. PROTO PISANI, *Il precedente nella giurisprudenza*, in *Foro it.*, 2017, V, 277 ss.; G. GORLA, voce *Precedente giudiziale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXIII, Roma, 1990.

CAPITOLO SECONDO

LA DOCUMENTAZIONE ANTIMAFIA TRA DIRITTO SOSTANZIALE E DIRITTO PROCESSUALE

SOMMARIO: *1. Premessa - 2. La documentazione antimafia: profili di diritto sostanziale - 2.1. La natura del potere prefettizio - 2.2. La pressoché totale carenza di garanzie partecipative: il carattere solo eventuale del contraddittorio procedimentale - 2.2.1. L'imbarazzo della giurisprudenza nazionale per la violazione del principio 'audiatur et altera pars' e i 'non liquet' della giurisprudenza europea - 2.2.2. Le novità introdotte dal d.l. 6 novembre 2021, n. 152 - 3. La documentazione antimafia: profili di diritto processuale - 3.1. Dalle (presunte) certezze in punto di giurisdizione... - 3.2. (Segue) ...alle conclamate incertezze in punto di competenza... - 3.3. (Segue) ...passando per i dilemmi in punto di rito applicabile - 3.4. Il principio 'audiatur et altera pars' nel processo: le difficoltà di affermazione di un pieno contraddittorio processuale - 3.5. Dall'ampiezza valutativa riconosciuta all'autorità prefettizia ai limiti angusti del sindacato dell'autorità giudiziaria. Critica alla tesi del sindacato deferente - 4. Notazioni di sintesi. La documentazione antimafia alla luce dei principi del giusto procedimento e del giusto processo*

1. Premessa

È noto come per descrivere i rapporti tra procedimento e processo autorevole dottrina ricorresse alla metafora degli specchi che si rimandano

vicendevolmente, ingigantendola sempre di più, la figura dell'atto amministrativo¹²⁸.

Quell'immagine, dalla potente forza evocativa, mirava a ricostruire la relazione tra i due momenti in termini di reciproca integrazione, rifuggendo sia il modello della separazione sia quello della alternatività, l'uno peccando per difetto, in quanto – sulla scorta della legislazione tedesca¹²⁹ – concepiva il procedimento come servente rispetto all'atto finale, immaginandolo del tutto avulso dalle questioni legate alla tutela giurisdizionale, l'altro peccando per eccesso, in quanto lo concepiva di contro come sede elettiva di tutela degli interessi coinvolti, facendo recedere il controllo giurisdizionale ad una

¹²⁸ M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 1, 252, poi confluito in A.A.V.V., *L'azione amministrativa tra garanzia ed efficienza*, Napoli, 1981, 27, ed ora in M. NIGRO, *Scritti giuridici*, vol. II, Milano, 1996, 1427. È alla seconda delle tre collocazioni editoriali che si riferiscono le note successive.

Il rapporto indissolubile tra diritto sostanziale e diritto processuale è una costante del pensiero di Nigro. L'Autore tornerà sul tema anche in altri contributi, tra cui in particolare: ID., *Giurisprudenza amministrativa e trasformazioni dell'amministrazione: riflessioni sulle conseguenze sostanziali di assetti processuali*, in A.A.V.V., *Studi per il Centenario della IV Sezione del Consiglio di Stato*, Roma, 1989, ora in ID., *Scritti giuridici*, vol. III, cit., 2057.

¹²⁹ È noto come la tesi del provvedimento quale riepilogo preformato del procedimento sia stata formulata dalla dottrina tedesca e sostenuta in senso critico rispetto alla *Verwaltungsverfahrensgesetz*, la quale risultava infatti incentrata sulle questioni legate all'atto finale. In tema, cfr.: W. SCHMITT GLAESER, *Pretese, speranze e realizzazioni. Il procedimento amministrativo e la sua legge – un'osservazione introduttiva*, in A. MASUCCI (a cura di), *La codificazione del procedimento amministrativo nella Repubblica federale di Germania*, Napoli, 1979, 377 ss.; W. BROHM, *Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung*, in A.A.V.V., *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, vol. XXX, Berlino, 1972, 290 ss. Più recentemente, per una puntuale analisi della legge tedesca si rinvia a D.U. GALETTA, *La legge tedesca sul procedimento amministrativo (Verwaltungsverfahrensgesetz)*, Milano, 2002.

Per un approfondimento dal taglio comparatistico, cfr.: S. CASSESE, *La disciplina legislativa del procedimento amministrativo. Una analisi comparata*, in *Foro it.*, 1993, V, 27.

dimensione puramente formale ed esteriore¹³⁰. Sullo sfondo restava il provvedimento, manifestazione di potestà pubblicistica, che del primo costituiva esito tangibile - ancorché non scontato - e del secondo *thema decidendum*.

In disparte la questione circa la corrispondenza non necessariamente biunivoca tra procedimento e provvedimento¹³¹, ben potendo la funzione pubblica svolgersi anche attraverso schemi consensuali¹³², va da sé che – ove vi è potere – esso deve estrinsecarsi per il tramite di moduli definiti, sostanziantisi in una concatenazione di atti giuridici teleologicamente orientati alla definizione del miglior assetto possibile degli interessi coinvolti¹³³. È il principio di legalità,

¹³⁰ M. RAMAJOLI, *Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent'anni dalla legge n. 241/90, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 2, 461 ss.

¹³¹ In tema, cfr.: B.G. MATTARELLA, *Fortuna e decadenza dell'imperatività del provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 1, 15.

¹³² Il pensiero corre ai modelli civilistici degli accordi *ex art.* 11 della legge n. 241 del 1990. Per un approfondimento, *ex plurimis* cfr.: E. GUICCIARDI, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2004; F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo*, Padova, 1998; S. GIACCHETTI, *Gli accordi dell'art. 11 della legge n. 241 del 1990 tra realtà virtuale e realtà reale*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 3, 513. Per un'analisi della prassi formatasi antecedentemente alla legge generale sul procedimento si rinvia a: R. FERRARA, *Gli accordi tra i privati e la pubblica amministrazione*, Milano, 1985.

¹³³ Ripercorrere la letteratura in tema di procedimento amministrativo, pur limitandosi al solo panorama scientifico italiano, sarebbe impossibile. Tra gli Autori che per primi si sono occupati in maniera organica della materia, oltre al già citato M. Nigro, merita richiamare il contributo fondamentale di A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940 (ripubblicato nel 1959), nonché quello di F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 1, 118. È a costoro che si devono le felici definizioni di procedimento amministrativo, rispettivamente, come «successione coordinata di atti, preordinati a un fine unitario» e come «forma della funzione», mutate poi dalla manualistica successiva. Cfr.: M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 227; E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 383.

Anche molti Autori di generazione più giovane si sono occupati del tema, a riprova della sua perenne attitudine a catalizzare l'interesse della dottrina. Tra questi si vedano: G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in L. MAZZAROLLI – G. PERICU – A. ROMANO – F.A. ROVERSI MONACO – F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, vol. I, Bologna, 2005,

inteso nella sua accezione forte e nella sua dimensione sostanziale, ad imporre non soltanto che il potere esecutivo trovi il proprio fondamento (il proprio limite positivo) nella legge, ma che sia la legge stessa ad individuare puntualmente i presupposti e le modalità di esercizio del medesimo, poiché è sull'*ordo productionis* che si scarica l'esigenza di legalità dell'azione amministrativa¹³⁴.

La rilettura in termine di strumentalità triangolare del rapporto tra procedimento, atto e processo è alla base di una rivisitazione dello statuto epistemologico del provvedimento amministrativo che trova la propria sintesi nel dovere di motivazione e che mira a spostare il baricentro dell'azione amministrativa da quest'ultimo all'istruttoria procedimentale, così da rendere più effettiva la partecipazione degli interessati e più pregnante il sindacato giurisdizionale.

In questo senso, il procedimento non è prodromico e funzionale soltanto all'atto ma anche al processo, giacché l'incanalarsi del potere all'interno di stilemi procedurali mira ad espandere la latitudine del controllo giudiziale, rendendolo più 'sostanziale' e contribuendo al trapasso da un giudizio sull'atto ad un giudizio sul rapporto. Mutuando ancora le parole della dottrina si potrebbe affermare che «il dispiegarsi del procedimento si rivela estremamente funzionale alla completezza e profondità della cognizione giudiziale»¹³⁵.

531; A. SANDULLI, *Il procedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 2003, 1035; G. PASTORI, *Introduzione generale*, in ID. (a cura di), *La procedura amministrativa*, Vicenza, 1964, 5.

Per un'indagine sulla genesi storica della nozione si rinvia a: G. MELIS, *Per una storia del procedimento amministrativo prima della legge sul procedimento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 2, 571; M.P. CHITI, *Alle origini della legge sul procedimento amministrativo*, in *Ist. fed.*, 2020, 3, 721; F. DELLA SBARBA, *Il procedimento amministrativo*, in F. MONCERI (a cura di), *Diritto amministrativo profili formativi*, Pisa, 2020, 93 ss.; D. D'ORSOGNA, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Napoli, 2005.

¹³⁴ R. VILLATA – G. SALA, *Procedimento amministrativo*, in *Dig. pubbl.*, Torino, 1996, 576. Sul concetto di legalità procedimentale cfr.: S. VALAGUZZA, *La frammentazione della fattispecie nel diritto amministrativo a conformazione europea*, Milano, 2008, 116.

¹³⁵ M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, cit., 42.

Ma il rapporto di integrazione è reciproco; se il processo ottiene rinnovato vigore dall'acquisita centralità del procedimento, parimenti anche il procedimento subisce una metamorfosi in funzione del nuovo volto del sindacato del giudice amministrativo, facendosi fattore di congiunzione dinamica di soggetti ed interessi¹³⁶.

La stretta dialettica che lega i due momenti, pur rappresentando una costante nel diritto amministrativo, risulta amplificata in tema di disciplina antimafia. In questo specifico ambito, infatti, ancor più che in altri, i riflessi sostanziali si perdono nel prisma della giurisdizione, condizionandone il modo di essere o, meglio, il modo in cui essa viene concepita ed esercitata.

Le ragioni sono essenzialmente da attribuire alle peculiarità che caratterizzano il segmento procedurale, il cui regime giuridico – nonostante le innovazioni introdotte dal d.l. 6 novembre 2021, n. 152, convertito con modificazioni dalla legge 29 dicembre 2021, n. 233, recante «*Disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per la prevenzione delle infiltrazioni mafiose*» (*infra* § 2.2.2.) - appare, nella propria specialità, ampiamente derogatorio rispetto alle garanzie fissate dalla legge n. 241 del 1990.

Da qui la scelta di dedicare il presente capitolo all'analisi della materia attraverso la lente dapprima del procedimento e poi del processo, nella consapevolezza che le criticità che affliggono l'uno finiscono col riverberarsi anche sull'altro e viceversa. Con ciò - lungi dall'enfatizzare la tendenza a favorire un'osmosi concettuale tra i due momenti, che nelle elaborazioni della dottrina della metà del secolo scorso era funzionale a modellare in senso

¹³⁶ Similmente, commentando il pensiero di Mario Nigro, A. SANDULLI, *Mario Nigro, giurista dello Stato democratico-sociale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 3, 650, il quale afferma: «L'integrazione tra procedimento e processo deve, da un lato, condurre il primo a cucire dinamicamente soggetti e interessi, in una trama anzitutto organizzativa, non limitandosi a registrare ed utilizzare soggetti e interessi, ma creandoli e stimolandone la nascita; dall'altro, far sì che il secondo si evolva nel senso della piena valorizzazione della sostanza «sociale» dell'opera del giudice amministrativo. Un'amministrazione pluralistica aperta verso la società, cui consegue un giudice amministrativo che diviene solutore di conflitti sociali».

orizzontale la relazione tra amministrazione e amministrati, ma che oggi, una volta appagata l'ansia di democratizzazione dei rapporti amministrativi, rischia di perdersi nella vuota retorica della tanto declamata circolazione di istituti e figure affini¹³⁷ – l'obiettivo è quello di offrire un possibile strumento di lettura delle dinamiche che si instaurano tra i detti piani e di messa a fuoco delle problematiche che caratterizzano ora l'uno ora l'altro, senza tuttavia dimenticare le specificità proprie di ciascuno di essi, le quali, in ultima analisi, derivano dai distinti obiettivi che l'ordinamento assegna loro. Del resto, mentre il processo risponde essenzialmente all'atavica esigenza di risolvere un conflitto di cooperazione attraverso una 'messa in forma' della violenza, non potendo un sistema giuridico ammettere il ricorso generalizzato all'autotutela privata, il procedimento ha invece un carattere intrinsecamente polivalente, rappresentando *in primis* il luogo di emersione di punti di vista, fatti, circostanze, informazioni non immediatamente disponibili ma indispensabili per l'adozione della decisione più ragionevole¹³⁸ e, solo di riflesso, costituendo anche un utile strumento di deflazione del contenzioso, oltre che di coordinamento di plessi organizzativi diversi¹³⁹.

¹³⁷ Mette in guardia da un simile rischio G.D. COMPORTI, *Procedimento e processo: per una specialità razionalmente distribuita*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, 2016, 2, 511.

¹³⁸ Questo profilo è indagato con acume da F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, *passim*; F. LEDDA, *Determinazione discrezionale e domanda di diritto*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, Modena, 1996, 955 ss.

¹³⁹ Di tale carattere multifunzionale si è fatta fedele interprete la legge n. 241 del 1990. Quest'ultima, del resto, originata dallo schema predisposto dalla Commissione Nigro, aveva potuto beneficiare dell'*humus* culturale che si era andato formando negli anni precedenti. Particolarmente significativo, a tal proposito, fu l'apporto di Giorgio Pastori - anch'egli membro della Commissione - che, in continuità con il pensiero del suo Maestro, Feliciano Benvenuti, si adoperò mettendo al centro della propria opera scientifica la costruzione di un'amministrazione aperta e partecipata. Tra i suoi principali contributi antecedenti alla legge generale sul procedimento si segnalano: G. PASTORI, *Introduzione generale*, cit., 5; ID., *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Considerazioni introduttive*, in AA.VV., *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Atti del XXXII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Varenna - Villa Monastero, 18-20 settembre 1986)*, Milano, 1989,

Individuati quindi i principali *vulnera* della normativa, saranno così gettate le basi per progredire nell'itinerario di ricerca tramite l'approfondimento delle ricadute che la stessa ha sul complesso sistema della contrattualistica pubblica e delle soluzioni adottate e adottande per scongiurare il rischio di un'eterogenesi dei fini, conseguente alla carenza di elasticità di un meccanismo di prevenzione imperniato sulla ostracizzazione dell'operatore infiltrato piuttosto che sulla sua risocializzazione e conservazione all'interno del circuito produttivo¹⁴⁰. La previsione di strumenti ispirati ad una logica terapeutica mira, infatti, a trovare un equilibrio tra non negoziabili esigenze di sicurezza e altrettanto irrinunciabili necessità di salvaguardia del tessuto sociale e dei livelli occupazionali potenzialmente compromessi dal provvedimento interdittivo in un settore – quale quello delle commesse pubbliche - fortemente presidiato dal diritto eurounitario¹⁴¹.

2. La documentazione antimafia: profili di diritto sostanziale

Muovendo dai profili di diritto sostanziale, due sono gli aspetti su cui merita focalizzare l'attenzione.

Il primo attiene alla natura del potere prefettizio. Si tratterà, quindi, di verificare se possa effettivamente parlarsi di discrezionalità e, in caso affermativo, di comprendere se essa partecipi dei caratteri propri della discrezionalità cosiddetta 'pura' - intesa nella classica definizione gianniniana

44, ora confluito in ID., *Scritti scelti*, vol. I, Napoli, 2010, 403. Per una panoramica dei saggi dell'Autore successivi alla introduzione della legge n. 241 del 1990, si rinvia invece a: G. MANFREDI, *Gli scritti sul procedimento amministrativo dopo la legge 241 del 1990*, in *Amministrare*, 2018, 2, 271.

¹⁴⁰ In questa prospettiva si veda l'attenta riflessione di N. DURANTE, *L'interdittiva antimafia, tra tutela anticipatoria ed eterogenesi dei fini*, in *Riv. trim. app.*, 2020, 4, 1693 ss.

¹⁴¹ In argomento cfr.: S. CASSESE, *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, 1, 27.

di ponderazione di interessi finalizzata a massimizzare l'interesse pubblico primario con il minor sacrificio possibile degli interessi secondari coinvolti¹⁴² - ovvero di quelli della discrezionalità cosiddetta 'tecnica', espressione quest'ultima con la quale si suole indicare un'attività di giudizio a contenuto latamente scientifico priva di substrato volitivo¹⁴³.

Il secondo afferisce invece al diverso atteggiarsi della dinamica procedimentale e alle numerose eccezioni che il principio '*audiatur et altera pars*' subisce in materia, eccezioni giustificate dalla giurisprudenza alla luce delle finalità di prevenzione connesse al provvedimento in questione, le quali imporrebbero la non attivazione delle garanzie partecipative di cui alla legge n. 241 del 1990, *in primis* il mancato invio della comunicazione di avvio del procedimento¹⁴⁴. L'eccentricità della materia consiglierebbe, infatti, una

¹⁴² M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, 52 ss. Per una ricostruzione del pensiero dell'illustre Autore, si veda: M. PASTORELLI, *L'opera giuridica di Massimo Severo Giannini*, Milano, 2012. Per una recente messa a punto della nozione di 'discrezionalità', calata nell'ambito dei rapporti tra la funzione di indirizzo politico e quella di amministrazione attiva, imprescindibile è il rinvio a: G. MORBIDELLI, *Separazione tra politica e amministrazione e discrezionalità amministrativa*, in *Munus*, 2021, 1, 1.

¹⁴³ C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985, *passim*. È noto come il concetto di discrezionalità tecnica, dapprima considerato come una *species* del più ampio *genus* 'discrezionalità amministrativa', abbia con il tempo assunto una propria autonomia dogmatica e un proprio statuto epistemologico, complice l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale sviluppatasi in tema. In proposito, imprescindibile è il riferimento a: F. CINTIOLI, voce *Discrezionalità tecnica (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. II, Milano, 2008, 476. Il tema, del resto, ha sempre destato particolare interesse tra gli studiosi; innumerevoli sono i contributi che si rinvencono in letteratura. Tra i più recenti si rinvia all'acuta analisi di: V. GIUFFRIDA, *Sul trattamento giurisdizionale della discrezionalità tecnica*, in *Foro amm.*, 2021, 10, 1478, nonché al corposo apparato bibliografico ivi richiamato.

¹⁴⁴ Cfr. *ex multis*: T.a.r. Campania, Napoli, sez. I, 10 giugno 2021, n. 3925, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. III, 20 aprile 2021, n. 3194, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. III, 22 giugno 2020, n. 3959 in www.giustizia-amministrativa.it; T.a.r. Piemonte, Torino, sez. I, 16 gennaio 2019, n. 58, in www.giustizia-amministrativa.it; T.a.r. Campania, Napoli, sez. I, 7 novembre 2018, n. 6465, in *Foro amm.*, 2018, 11, 2056; T.a.r. Umbria, Perugia, sez. I, 5 dicembre 2017, n. 747, in [84](http://www.giustizia-</p></div><div data-bbox=)

differente articolazione dell'*iter* procedimentale, tale da rendere pienamente legittima l'omissione della notizia partecipativa altrimenti prescritta, in quanto formalità che si pone in tensione con l'esigenza di preservare l'efficacia della misura, invero contraddistinta dai caratteri della riservatezza e dell'urgenza¹⁴⁵. Sotto quest'ultimo profilo, si tratterà di vagliare sino a che punto il principio del contraddittorio, canone di civiltà giuridica, possa reputarsi recessivo rispetto alle citate esigenze alla luce del serrato dialogo che sul tema è andato sviluppandosi tra i giudici interni e le corti sovranazionali.

2.1. *La natura del potere prefettizio*

In giurisprudenza costituisce *ius receptum* l'affermazione secondo cui in materia di contrasto alla criminalità organizzata il prefetto gode di un potere caratterizzato da ampia discrezionalità, segnatamente con riguardo all'informativa antimafia¹⁴⁶.

Tale convincimento si basa non tanto sulla constatazione che la legge, nell'ancorare l'emissione del provvedimento interdittivo all'esistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa, abbia fatto ricorso ad una clausola generale. Del resto,

[amministrativa.it](#); T.a.r. Campania, Napoli, sez. I, 4 marzo 2016, n. 1179, in *Foro amm.*, 2016, 3, 734; T.a.r. Calabria, Catanzaro, sez. I, 17 novembre 2015, n. 1722, in [www.giustizia-amministrativa.it](#).

¹⁴⁵ C. MICCICHÈ, *L'azione di contrasto preventivo alla criminalità mafiosa e le informazioni antimafia interdittive: tra legalità ed efficacia*, in *Jus*, 2019, 36 ss.

¹⁴⁶ Cfr., *ex plurimis*: T.a.r. Basilicata, Potenza, sez. I, 26 giugno 2021, n. 473, in [www.giustizia-amministrativa.it](#); T.a.r. Lombardia, Brescia, sez. I, 3 dicembre 2020, in [www.giustizia-amministrativa.it](#); T.a.r. Campania, Napoli, sez. I, 2 luglio 2020, n. 2826, in [www.giustizia-amministrativa.it](#); T.a.r. Puglia, Bari, sez. III, 13 gennaio 2020, n. 28, in [www.giustizia-amministrativa.it](#); T.a.r. Campania, Napoli, sez. I, 1 febbraio 2019, n. 546, in [www.giustizia-amministrativa.it](#); Cons. Stato, sez. III, 25 giugno 2014, n. 3208, in [www.giustizia-amministrativa.it](#); Cons. Stato, sez. III, 23 aprile 2014, n. 2040, in *Foro amm.*, 2014, 4, 1057.

nulla vietava che il detto sintagma fosse riempito di contenuto dallo stesso legislatore attraverso una rigorosa predeterminazione degli indici rivelatori del rischio infiltrativo, sicché per l'autorità prefettizia sarebbe stato tutto sommato semplice verificarne la ricorrenza in concreto e determinarsi di conseguenza. Esso si fonda, piuttosto, sul rilievo che l'opzione legislativa è andata nella direzione opposta, prediligendo una tipizzazione soltanto parziale delle situazioni indizianti, così da aprire a possibili eterointegrazioni di matrice ermeneutica. Ai fini della prognosi di permeabilità mafiosa le valutazioni prefettizie possono infatti fondarsi sia su dati fattuali, il cui riscontro non desta particolari difficoltà, sia su elementi 'a condotta libera', in relazione ai quali è innegabile che sussista in capo al soggetto verificatore un considerevole margine di apprezzamento.

Nelle pagine che precedono già si è dato conto della distinzione tra informazioni specifiche ed informazioni generiche (*supra* cap. I, § 5), le prime riconducibili alle fattispecie di cui all'art. 84, comma 4, lett. a), b), c) ed f), nonché – in parte - all'art. 91, comma 6, del d.lgs. n. 159 del 2011, le seconde invece alle ipotesi di cui all'art. 84, comma 4, lett. d) ed e), del medesimo decreto. Le une si riferiscono a situazioni tipizzate, quali: 1) l'essere stato attinto dal provvedimento che dispone una misura cautelare o il giudizio ovvero che reca una condanna anche non definitiva per ipotesi delittuose specificamente individuate (art. 84, comma 4, lett. a); 2) l'essere destinatario di una misura di prevenzione personale o patrimoniale (art. 84, comma 4, lett. b); 3) l'omessa denuncia all'autorità giudiziaria dei reati di cui agli articoli 317 e 629 c.p., aggravati ai sensi dell'articolo 7 del d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito con modificazioni dalla legge 12 luglio 1991, n. 203 (art. 84, comma 4, lett. c); 4) la presenza di anomalie nella compagine societaria conseguenti a modificazioni o manipolazioni fraudolente della sua struttura (art. 84, comma 4, lett. f); 5) l'essere destinatario di un provvedimento di condanna anche non definitiva per reati strumentali all'attività delle organizzazioni criminali, nonché l'accertamento di violazioni degli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari di cui all'art. 3 della legge 13 agosto 2010, n. 136 (art. 91, comma 6). Le altre chiamano in causa i poteri ispettivi che l'ordinamento attribuisce all'autorità

prefettizia senza specificare quali siano i parametri cui conformare il giudizio prognostico (art. 84, comma 4, lett. d ed e)¹⁴⁷.

Alla luce di quanto sopra, non v'è dubbio che al prefetto sia conferito un potere valutativo ad ampio spettro, invero indispensabile onde assicurare al sistema il grado di flessibilità necessario per consentirne un costante adeguamento al mutevole atteggiarsi del fenomeno mafioso e, dunque, per approntare un'efficace azione di contrasto al medesimo¹⁴⁸. Ciò non significa,

¹⁴⁷ Per un esame analitico delle situazioni indizianti si rinvia a A. LEVATO, *Ratio e requisiti delle informative antimafia*, in G. AMARELLI – S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti*, cit., 42 ss.

Accanto ad elementi sintomatici di matrice legislativa, la prassi, con l'avallo della giurisprudenza, proprio facendo leva sulle fattispecie aperte di cui all'art. 84, comma 4, lett. d) ed e), ha individuato una nutrita serie di 'situazioni-spia' da cui poter ricavare la prova del rischio infiltrativo. Tra queste al centro di un vivace dibattito vi sono soprattutto quelle relative ai rapporti di parentela, frequentazione, conoscenza, amicizia con esponenti della criminalità organizzata. Il tema è delicato perché una progressiva subiettivizzazione degli elementi indizianti, comportando la traslazione del disvalore dal fatto - che verrebbe così a perdere la propria centralità - al soggetto, conterrebbe *in nuce* i germi di una surrettizia riedizione della *Taterschuld*. In proposito, *funditus*: E. GIARDINO, *Le interdittive antimafia tra finalità perseguite e garanzie affievolite*, in M. IMMORDINO – N. GULLO (a cura di), *Diritto amministrativo e misure di prevenzione della criminalità organizzata*, cit., 181 ss.; G. D'ANGELO, *Le interdittive antimafia*, in T. EPINDENDIO – G. VARRASO, *Codice delle confische*, cit., 1143 ss.

¹⁴⁸ In proposito si veda Cons. Stato, sez. III, 30 gennaio 2019, n. 758, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo la quale «la formulazione della fattispecie normativa a struttura aperta, propria dell'informazione interdittiva antimafia, consente all'autorità amministrativa e, ove insorga contestazione in sede giurisdizionale, al giudice amministrativo di apprezzare, in sede di sindacato sull'eccesso di potere, tutta una serie di elementi sintomatici dai quali evincere l'influenza, anche indiretta (art. 91, comma 6, d.lgs. n. 159 del 2011), delle organizzazioni mafiose sull'attività di impresa, nella duplice veste della c.d. contiguità soggiacente o della c.d. contiguità compiacente, elementi che sfuggirebbero, invece, ad una rigorosa, tassativa, asfissiante tipizzazione di tipo casistico, che elenchi un *numerus clausus* di situazioni "sintomatiche". Una simile tecnica legislativa, ove pure sia auspicabile, *in abstracto*, sul piano della certezza del diritto e della prevedibilità delle condotte anche in materia di prevenzione antimafia, frustrerebbe nel suo "fattore di rigidità", per usare un'espressione dottrinaia, la *ratio* che ispira il diritto della prevenzione, il quale deve affidarsi anche, e necessariamente, a "clausole

però, che la norma di conferimento del potere prefettizio sia una ‘norma in bianco’, una sorta di delega all’arbitrio dell’autorità amministrativa, in quanto il pericolo di ingerenze malavitose tendenti a condizionare la *governance* dell’impresa è un giano bifronte, al contempo fondamento della potestà prefettizia ed elemento di demarcazione della portata della sua ‘discrezionalità’.

Talché, dato il margine di apprezzamento riconosciuto all’amministrazione procedente, la questione di fondo da indagare attiene alla corretta qualificazione giuridica di detto potere alla luce dell’attività che, in concreto, svolge l’autorità di pubblica sicurezza¹⁴⁹.

Assumendo la nozione tradizionale di discrezionalità come ponderazione comparativa di interessi, l’indagine finirebbe in un vicolo cieco. Il prefetto non è chiamato a compiere alcun bilanciamento tra contrapposte esigenze. Nella funzione in discorso il contenuto volitivo, che rappresenta il *proprium* dell’amministrare come cura in concreto dei bisogni della collettività, se non del tutto pretermesso, appare comunque marginalizzato a fronte del profilo valutativo. Essa si sostanzia infatti in una manifestazione di giudizio formulato rispetto a parametri previamente dati che – questi sì – costituiscono il risultato di un delicato equilibrio tra i due poli della sicurezza pubblica, da un lato, e della libertà di iniziativa economica, dall’altro.

generali”, come quelle del tentativo di infiltrazione mafiosa, e alla valutazione di situazioni concrete, non definibili a priori, spesso ancora ignote alle stesse forze di polizia prima ancora che alla più avanzata legislazione, attraverso le quali la mafia opera e si traveste, in forme nuove e cangianti, per condizionare le scelte imprenditoriali». In senso conforme, *ex aliis*, Cons. Stato, sez. III, 19 giugno 2020, n. 3945, in www.giustizia-amministrativa.it, che precisa: «L’annullamento di qualsivoglia discrezionalità (...) prova troppo, del resto, perché l’ancoraggio dell’informazione antimafia a soli elementi tipici, prefigurati dal legislatore, ne farebbe un provvedimento vincolato, fondato, sul versante opposto, su inammissibili automatismi o presunzioni *ex lege* e, come tale, non solo inadeguato rispetto alla specificità della singola vicenda, proprio in una materia dove massima deve essere l’efficacia adeguatrice di una norma elastica al caso concreto».

¹⁴⁹ In questo senso anche: F. FIGORILLI – W. GIULIETTI, *Contributo allo studio della documentazione antimafia: aspetti sostanziali, procedurali e di tutela giurisdizionale*, cit., 67.

In altre parole, l'assetto normativo per come declinato dal legislatore è senz'altro il risultato di una delicata operazione di ordine assiologico finalizzata ad un contemperamento dei valori in gioco. Ma in ciò sta l' 'in sé' del legiferare. La soluzione del conflitto valoriale sotteso alla materia antimafia non è demandata alla prefettura – la quale, dunque, non è chiamata ad esercitare un 'potere determinante'¹⁵⁰ - ma viene risolta a monte dalla legge, che legittima la limitazione della sfera giuridica dell'operatore al ricorrere dei prescritti presupposti, reputando così il valore della iniziativa economica privata recessivo rispetto alla garanzia della libera concorrenza tra imprese e del buon andamento della pubblica amministrazione¹⁵¹.

La valutazione prefettizia interviene quindi a posteriori e si snoda secondo una sequenza bifasica che si apre con la diagnosi dei fatti rilevanti per concludersi con la prognosi di condizionamento mafioso, *sub specie* di contiguità soggiacente ovvero compiacente. È proprio in relazione a questi momenti che si espandono i margini di giudizio dell'amministrazione dell'Interno, la cui discrezionalità attiene alla conoscenza degli elementi che compongono la fattispecie concreta e alla (prudente) determinazione del loro valore indiziario secondo canoni di inferenza logica¹⁵². Trattasi, in conclusione, di valutazioni che afferiscono al piano del ragionamento induttivo, tendenti a

¹⁵⁰ F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, 1, 33 ss. Ad avviso dell'Autore il potere discrezionale dell'amministrazione è, alternativamente, «potere di scelta (tra soluzioni diverse) o potere di decisione (sul conflitto di interessi) o potere determinante (scelta del contenuto del provvedimento secondo la scelta dell'ordine degli interessi)».

¹⁵¹ In senso critico rispetto all'ampliamento delle finalità della disciplina antimafia operato dalla giurisprudenza F.G. SCOCA, *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta "anticipata" alla criminalità organizzata*, in *Giustamm*, 2018, 6, 6, il quale nota che il collegamento tra la lotta alla mafia, da un lato, e la salvaguardia dell'ordine pubblico economico e della concorrenza, dall'altro, può esservi come non esservi a seconda dei fatti che, di volta in volta, sono posti a fondamento del provvedimento interdittivo.

¹⁵² F.G. SCOCA, *Razionalità e costituzionalità della documentazione antimafia in materia di appalti pubblici*, cit., 10; ID., *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta "anticipata" alla criminalità organizzata*, cit., *passim*.

verificare se i dati raccolti – considerati nel loro complesso, alla luce dell’adagio ‘*quae singula non prosunt collecta iuvant*’ - siano idonei a delineare un quadro suscettibile di dimostrare, in base alla comune esperienza e secondo la regola probatoria della probabilità cruciale, la prossimità dell’impresa al circuito criminale¹⁵³.

Pertanto, sebbene dalla lettura di alcuni arresti pretori emerga «un’ambiguità di fondo nella qualificazione della fattispecie che resta sospesa tra discrezionalità amministrativa (evocata anche dal riferimento all’esistenza di vizi della funzione amministrativa) e valutazioni tecniche riservate»¹⁵⁴, ad una più attenta analisi pare di poter ragionevolmente affermare che la stessa, senz’altro non riconducibile al paradigma della discrezionalità amministrativa, non è ascrivibile neppure a quello della discrezionalità tecnica, non concretandosi in un’attività di giudizio a contenuto tecnico-scientifico dagli esiti non verificabili. Se infatti la specificità della discrezionalità tecnica consiste,

¹⁵³ In relazione al profilo probatorio, sono state avanzate interpretazioni diverse del requisito del ‘tentativo di infiltrazione mafiosa’. Secondo un primo orientamento, l’oggetto dell’accertamento dovrebbe essere non già il tentativo in quanto tale bensì l’infiltrazione mafiosa, non potendosi accordare rilevanza ad ogni tipo di tentativo ma soltanto a quello che, secondo l’*id quod plerumque accidit*, si reputa aver avuto successo. Cfr.: F.G. SCOCA, *Razionalità e costituzionalità della documentazione antimafia in materia di appalti pubblici*, cit., 9. Secondo una diversa soluzione ermeneutica, invece, ai fini dell’integrazione della fattispecie di pericolo, l’autorità prefettizia dovrebbe limitarsi ad accertare la mera sussistenza del tentativo di ingerenza malavitosa nell’impresa e la sua astratta idoneità a condizionarne gli indirizzi, costituendo l’intervenuta infiltrazione un *post factum* irrilevante. In questo senso, cfr.: Cons. Stato, sez. III, 5 settembre 2019, n. 4708, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. VI, 8 giugno 2009, n. 3491, in *Foro amm. CDS*, 2009, 6, 1534. La questione è molto delicata perché le tesi dianzi richiamate riflettono due opposte sensibilità in ordine alla individuazione del limite massimo di arretramento della tutela che possa considerarsi compatibile con i valori della Carta fondamentale e con il moderno *Rechtsstaat*. Una soluzione intermedia potrebbe essere quella proposta da una parte della dottrina che suggerisce di tenere in non cale il tentativo ogni qual volta l’operatore economico dimostri di averne avuto consapevolezza e di essersi adoperato tramite misure di *self-cleaning* per sterilizzarlo (G. D’ANGELO, *Le interdittive antimafia*, in T. EPINDENDIO – G. VARRASO, *Codice delle confische*, cit., 1144-1145).

¹⁵⁴ G. SIGISMONDI, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle corti*, cit., 721.

almeno secondo la ricostruzione tradizionale, nella opinabilità del risultato raggiunto, cioè a dire nell'esistenza di una pluralità di soluzioni tutte astrattamente possibili e tecnicamente corrette¹⁵⁵, tale tratto distintivo mal si

¹⁵⁵ La letteratura in tema è molto vasta. Tra i molti che si sono interessati all'argomento, i riferimenti imprescindibili sono a: E. PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.*, 1910, 1, 16; M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit.; P. VIRGA, *Appunti sulla c.d. discrezionalità tecnica*, *Jus*, 1957, 1, 95; V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967; C. MORTATI, voce *Discrezionalità*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. V, Torino, 1968, 1108; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985; F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Studi in onore di Vittorio Bachelet*, vol. II, Milano, 1987, 247; G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro amm.*, 1987, 12, 3165; G. PELAGATTI, *Valutazioni tecniche dell'amministrazione pubblica e sindacato giudiziario: un'analisi critica dei recenti sviluppi della dottrina giuspubblicista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, 1, 158; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, 269; ID., *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 12, 1179; N. PAOLANTONIO, *Discrezionalità tecnica e giurisprudenza pratica*, in *Foro amm. CDS*, 2002, 10, 2597; F. CINTIOLI, *Tecnica e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 4, 983; A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 2, 439; F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Potere tecnico e "giurisdizionalizzazione"*, Milano, 2005; G. D'ANGELO, *Giudice amministrativo e valutazioni tecniche dopo la L. 21 luglio 2000 n. 205*, in *Dir. amm.*, 2005, 3, 659; A. GIUSTI, *Contributo allo studio di un concetto ancora indeterminato. La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Napoli, 2007; F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2008, 4, 791; ID., *Eccesso di potere giurisdizionale e limiti al sindacato della discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.*, 2013, 3, 694; F. CANGELLI, *Contaminazioni e suggestioni amministrativistiche nel quadro dogmatico delle Sezioni unite sulle valutazioni tecniche*, in *Arch. pen.*, 2018, 1, 1; A. GIUSTI, *Tramonto o attualità della discrezionalità tecnica? Riflessioni a margine di una recente "attenta riconsiderazione" giurisprudenziale*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 2, 335.

Per una recente rivisitazione della nozione in esame si rinvia al volume collettaneo curato da A. MOLITERNI, *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice. Concrete dinamiche dell'ordinamento*, Napoli, 2021, che – nel rifuggire la tendenza omogenizzante di vacui dogmatismi e in vivificante contatto con la prassi giurisprudenziale – propone di destrutturare il fenomeno in funzione degli ambiti in cui esso è calato e del tipo di sindacato cui è sottoposto. In quest'ottica non esisterebbe 'la' discrezionalità tecnica ma esiterebbero tante

attaglia all'operato prefettizio, che dovrebbe pervenire ad un risultato univoco, seppur ottenuto in termini di giudizio probabilistico.

Di contro, l'attività esercitata dal prefetto è, nella specie, in tutto – fuorché nel criterio probatorio utilizzato - consimile a quella svolta dal giudice penale. Come quest'ultimo deve accertare e valutare i fatti per pervenire ad un giudizio circa le responsabilità dell'imputato, così il primo è tenuto a verificare se, sulla base degli elementi raccolti, sia possibile formulare un giudizio circa la probabilità che l'impresa sia veicolo diretto o indiretto di una consorteria mafiosa. La circostanza che, nel condurre la detta attività, essi debbano attenersi a regole di giudizio differenti (più stringente per l'uno e più blanda per l'altro) non muta la sostanza delle cose.

In questo senso, dunque, la funzione che il prefetto assolve in materia antimafia è una funzione para-giurisdizionale, vincolata sia nei presupposti sia negli esiti¹⁵⁶, che, per riprendere le categorie proprie del diritto amministrativo,

discrezionalità tecniche quanti sono i tipi di scienza applicabile, il che spiega l'assenza di uno *standard* di controllo unitario e uniforme.

¹⁵⁶ Sebbene l'aspirazione illuministica del giudice come freddo applicatore di norme già date, icasticamente rappresentata dall'immagine di montesquieuiana memoria che lo vorrebbe ridotto a *bouche de la loi*, rappresenti un mito destinato a non trovare riscontro nella realtà delle corti dove questi diviene sempre più «valutatore degli interessi in gioco» (cfr.: N. IRTI, *Tramonto della sovranità e diffusione del potere*, in *Dir. soc.*, 2009, 3-4, 480) e, dunque, interprete ed amministratore delle esigenze che innervano il diritto positivo (in tema, cfr.: F. PALAZZO, *Il giudice penale tra esigenze di difesa sociale e dinamica dei poteri pubblici*, in G. CHIODI – D. PULITANÒ (a cura di), *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, Milano, 2013, 119; F. PALAZZO – D. PULITANÒ, *Diritto penale. Una conversazione*, Bologna, 2018, 78), i canoni della tassatività e della determinatezza, corollari indefettibili della legalità penale, conducono o, *rectius*, dovrebbero condurre all'elisione di qualsivoglia momento di discrezionalità, quanto meno nella fase di individuazione della norma incriminatrice che si reputa violata. Per contro, margini di scelta si dischiudono in sede di applicazione della pena, allorquando cioè il giudice è chiamato a dosare la sanzione in relazione alla fattispecie concreta alla luce della cornice edittale prevista dalla disposizione generale e astratta. Nondimeno, anche in relazione a questo segmento decisionale, l'attività giudiziaria – lungi dal configurarsi come *arbitrium plenum* – assume i tratti di una «discrezionalità vincolata o regolata e controllata», poiché non solo racchiusa entro un minimo e un massimo previsti *ex lege*, ma anche in quanto doverosamente ancorata ai parametri

si alimenta non già del bilanciamento di interessi contrapposti, né di valutazioni tecniche riservate, bensì, piuttosto, di meri apprezzamenti rimessi alla stessa amministrazione titolare del potere, rispetto ai quali la tecnicità opera sul piano del ragionamento inferenziale. Il che, come vedremo, dischiude orizzonti nuovi in punto di sindacabilità della potestà prefettizia da parte del giudice amministrativo nell'ambito del giudizio di legittimità, non potendosi precludere a quest'ultimo, data l'ipotesi ricostruttiva avanzata, di misurare ed apprezzare i presupposti di fatto che hanno condotto l'amministrazione dell'Interno a considerare la vicinanza dell'operatore economico al circuito criminale più probabile della sua estraneità (*infra* § 3.5.).

2.2. La pressoché totale carenza di garanzie partecipative: il carattere solo eventuale del contraddittorio procedimentale

In apertura del capitolo, si è dato conto della connotazione multifunzionale del procedimento amministrativo, vale a dire della sua attitudine a rispondere ad una pluralità di esigenze, tra cui anche quella di fungere da fattore di legittimazione della potestà pubblicistica grazie alla valorizzazione del principio del contraddittorio.

Proprio quest'ultimo assume o, *rectius*, dovrebbe assumere una valenza peculiare nella materia che ci occupa, atteso che il rango costituzionale dei valori chiamati in causa impone di prestare particolare attenzione agli interessi sacrificati. Non è un caso che nell'esperienza giuridica inglese, dove tradizionalmente è sempre stato ben radicato un forte sentimento liberale, pur in

di cui all'art. 133 c.p. In tema, vedasi il classico contributo di G. BELLAVISTA, *Il potere discrezionale del Giudice nell'applicazione della pena*, Milano, 1939, 35, che ravvisa proprio in tale caratteristica l'elemento discretivo tra la discrezionalità penale e quella amministrativa propriamente intesa. In senso adesivo, anche S. MESSINA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Roma, 1947.

mancanza di una disciplina generale sul procedimento, si sia sviluppato sin dal XVII sec. un nucleo duro di regole che le amministrazioni erano tenute a rispettare prima di adottare qualsiasi misura che avesse effetti nei confronti di un privato, con conseguente riconoscimento in capo a quest'ultimo di alcuni diritti, tra cui in particolare il *'right to be heard'*¹⁵⁷.

Procedimento amministrativo e contraddittorio procedimentale, quindi, ancorché logicamente distinti - potendosi senz'altro immaginare un *iter* procedurale privo di garanzie partecipative - hanno avuto un destino comune, giacché la cristallizzazione del potere pubblico entro schemi predefiniti è stata essa stessa considerata una forma di tutela contro l'arbitrio del decidente.

In quest'ottica, la legge n. 241 del 1990, intervenuta a distanza di anni da numerose altre codificazioni europee ed occidentali, ha fatto tesoro del patrimonio esperienziale maturato negli ordinamenti che da tempo si erano dotati di una legge generale sull'azione amministrativa, dando formale riconoscimento sia alla regola *'audiatur et altera pars'* – sebbene nella sua declinazione minima di contraddittorio cartolare – sia alla facoltà di accesso al fascicolo procedimentale. Quest'ultima, del resto, pur essendo storicamente emersa in un momento successivo, è strettamente legata alla prima da un nesso di funzionalità necessaria, poiché la luce della trasparenza feconda il seme della conoscenza e concorre a realizzare il cosiddetto diritto alla partecipazione consapevole¹⁵⁸.

¹⁵⁷ M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2022, 235. Il principio *audi alteram partem*, di cui il *right to be heard* rappresenta sicura applicazione, trascende i confini dei singoli Stati per assumere una valenza europea ed internazionale. Parte integrante di quegli elementi connettivi che costituiscono il nucleo comune dei diritti amministrativi dei singoli Stati membri, esso ha quindi assunto un ruolo centrale nell'ordinamento eurounitario, ma tracce se ne rinvencono anche in altri sistemi giuridici. Per un approfondimento in tema, cfr.: G. DELLA CANANEA, *Il nucleo comune dei diritti amministrativi in Europa. Un'introduzione*, Napoli, 2020; ID., *Due process of law beyond the State. Requirements of administrative procedure*, Oxford, 2016; A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino, 2016.

¹⁵⁸ G. DELLE CAVE, *Il diritto di accesso alla luce delle - più recenti - pronunce dei Tribunali Amministrativi Regionali della Lombardia*, in *Il dir. dell'economia*, 2022, 1, 248-249,

Attesa quindi la rilevanza che il contraddittorio assume in sede di spendita dei pubblici poteri, parrebbe scontato che allo stesso sia data attuazione in seno ad un procedimento – quale quello prodromico all’adozione dell’informazione antimafia – destinato ad esitare in un provvedimento potenzialmente idoneo a determinare la ‘morte’ dell’impresa, laddove questa operi prevalentemente nel mercato delle commesse pubbliche¹⁵⁹.

Di contro, complice un dato testuale sul punto abbastanza scarno, l’interpretazione giurisprudenziale sviluppatasi in merito ha portato alla pressoché totale obliterazione delle garanzie partecipative o, comunque, ad un loro forte depotenziamento.

Secondo il formante pretorio, infatti, nella materia che ci occupa è escluso l’obbligo di far precedere l’esercizio dell’azione amministrativa dalla relativa comunicazione *ex art. 7* della legge n. 241 del 1990. La motivazione addotta consiste nel fatto che i procedimenti antimafia sarebbero riservati in quanto tipicamente connessi ad attività di indagine giudiziaria, oltre che caratterizzati da ragioni di urgenza e da finalità di tutela, destinatari e presupposti incompatibili con le ordinarie procedure partecipative. In particolare, l’esonero dall’obbligo in questione rinverrebbe fondamento positivo nell’incipit della

il quale evidenzia la duplice anima dell’accesso documentale, al contempo strumento di trasparenza ed espressione del diritto di difesa: «Partecipazione e trasparenza, quindi, si presentano come un binomio imprescindibile per garantire l’imparzialità della P.A. e delle sue attività, ivi incluso il corretto esplicarsi del diritto di accesso ai documenti amministrativi riconosciuto dalla legge ai soggetti privati. Nell’accesso documentale convivono, in sintesi, due anime: una legata al concetto di trasparenza e l’altra legata più propriamente alla sfera giuridica dell’interessato consentendogli una migliore difesa degli interessi vantati». Similmente, F. FRANCIOSI, *Il diritto di accesso deve essere una garanzia effettiva e non una declamazione retorica*, in *Federalismi*, 22 maggio 2019, 10, il quale sottolinea come rispetto all’impostazione originaria recata dagli artt. 22 ss. della legge n. 241 del 1990 la seconda anima abbia progressivamente fagocitato la prima, complice l’interpretazione giurisprudenziale formatasi sul dato normativo.

¹⁵⁹ M. MAZZAMUTO, *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, cit., 2.

disposizione da ultimo richiamata, ove è contemplata l'esimente delle esigenze di celerità¹⁶⁰.

Analoghe considerazioni presiderebbero poi all'omissione della comunicazione *ex art. 10 bis* della legge n. 241 del 1990¹⁶¹. Se l'urgenza di

¹⁶⁰ Cfr. *ex plurimis*: Cons. Stato, sez. III, 7 dicembre 2021, n. 8178, in www.giustizia-amministrativa.it; Stato, sez. III, 20 aprile 2021, n. 3182, in *Foro it.*, 2021, 10, III, 502; T.a.r. Molise, Campobasso, sez. I, 11 febbraio 2021, n. 39, in *Foro amm.*, 2021, 2, 312; T.a.r. Umbria, Perugia, sez. I, 5 dicembre 2017, n. 747, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. III, 28 giugno 2017, n. 3171, in www.giustizia-amministrativa.it.

Contra: T.a.r. Lombardia, Brescia, sez. I, 17 maggio 2019, n. 480, in www.giustizia-amministrativa.it. Il Tribunale lombardo, valorizzando la funzione giustiziale del contraddittorio endo-procedimentale, ha sostenuto l'applicabilità *in subiecta materia* dell'istituto di cui all'art. 7 della legge n. 241 del 1990, in quanto espressione di un principio generale funzionale alla tutela del diritto di difesa, ma aveva rigettato il motivo di ricorso ammettendo l'operatività della sanatoria processuale *ex art. 21 octies*, comma 2. È d'uopo precisare che la detta pronuncia è stata riformata da Cons. Stato, sez. III, 31 gennaio 2020, n. 820, in www.giustizia-amministrativa.it, che, pur negando l'interesse del Ministero dell'Interno ad impugnare sul punto la statuizione conclusivamente favorevole, nell'ambito di un *obiter dictum*, ha preso posizione in ordine alla questione e, in aderenza all'orientamento maggioritario, ha ritenuto la motivazione doppiamente erronea «non solo perché l'informazione antimafia non richiede la necessaria osservanza del contraddittorio procedimentale, meramente eventuale in questa materia ai sensi dell'art. 93, comma 7, del d.lgs. n. 159 del 2011 (...), ma anche perché l'applicazione dell'art. 21-octies, comma 2, della l. n. 241 del 1990 non è in nessun modo consentita all'informazione antimafia, provvedimento giammai vincolato, ma per sua stessa natura discrezionale».

¹⁶¹ Oltre alla maggior parte delle sentenze citate nella nota precedente, si vedano: Cons. Stato, sez. III, 17 novembre 2020, n. 7146, in www.giustizia-amministrativa.it; T.a.r. Liguria, Genova, sez. I, 4 novembre 2016, n. 1085, in *Foro amm.*, 2016, 11, 2729.

In proposito, *ex aliis*, degna di interesse è T.a.r. Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 27 luglio 2017, n. 740, in *Foro amm.*, 2017, 7-8, 1756. La sentenza da ultimo citata, nell'affrontare il tema in questione, pone un distinguo tra il procedimento conseguente alla richiesta di certificazione antimafia *ex art. 91 ss.* del d.lgs. n. 159 del 2011 – in seno al quale non sussiste alcun obbligo di inoltro del cosiddetto preavviso di diniego stante il carattere derogatorio della disciplina antimafia – e il procedimento conseguente alla richiesta di iscrizione nella *white list* formulata dall'impresa. In questo secondo caso, sussiste il dovere per l'amministrazione adita di comunicare i motivi ostativi all'accoglimento della domanda, giusto il richiamo operato dall'art. 3, comma 3, del d.P.C.M. del 18 aprile 2013 all'art. 10 *bis* della legge n. 241 del 1990.

provvedere è tale da rendere ultroneo l'avviso di avvio del procedimento, altrettanto può dirsi in ordine alla successiva parentesi interlocutoria. Qui, tuttavia, in assenza di un chiaro riferimento normativo cui ancorare l'essenzione – non contemplando l'art. 10 *bis* una clausola analoga a quella contenuta in apertura dell'art. 7 – la giurisprudenza ha motivato la propria tesi alla luce della spiccata specialità che connoterebbe la disciplina prevenzionistica rispetto a quella generale. Quest'ultima, nell'introdurre una normativa di cornice valevole per tutti i procedimenti, sarebbe destinata a conoscere deroghe ed eccezioni ogni qual volta peculiari esigenze ne suggeriscano l'opportunità. Così, nella materia in esame, il legislatore ha ritenuto di dover guardare con sospetto all'apporto partecipativo dei privati, marginalizzandolo ad una dimensione soltanto eventuale (art. 91, comma 7, del d.lgs. n. 159 del 2011), onde sterilizzare il

In senso conforme: T.a.r. Campania, Napoli, sez. I, 14 febbraio 2018, n. 1019, in www.giustizia-amministrativa.it, che si spingeva oltre affermando l'operatività nel caso di specie della regola della dequotazione dei vizi formali. In verità, nel caso in esame, i Giudici partenopei dimostravano di confondere la fattispecie previste dall'art. 21 *octies*, comma 2, primo periodo, con quella contemplata al secondo periodo della stessa disposizione, prova ne è la copiosa giurisprudenza citata a sostegno della tesi della applicabilità analogica della ipotesi di cui al secondo periodo anche al preavviso di provvedimento negativo. A tal proposito, però, alla luce dell'evoluzione normativa che ha investito la disposizione *de qua*, è d'obbligo una precisazione. In presenza di una comunicazione ovvero di un'informazione antimafia ancora in corso di validità, il diniego di iscrizione assume carattere vincolato, di talché – pur nella vigenza delle modifiche introdotte dal d.l. 16 luglio 2020, n. 76 – il provvedimento reiettivo adottato in mancanza della preventiva comunicazione *ex* art. 10 *bis* della legge n. 241 del 1990 parrebbe comunque sussumibile nell'ipotesi di cui all'art. 21 *octies*, comma 2, primo periodo, non incisa dalla novella. Di contro, ove il diniego fosse consequenziale ad un'autonoma valutazione della prefettura in ordine alla presenza di tentativi di infiltrazione mafiosa, si ritiene non più azionabile il meccanismo di sanatoria processuale né ai sensi dell'art. 21 *octies*, comma 2, primo periodo – venendo meno il requisito della vincolatività del potere – né ai sensi dell'art. 21 *octies*, comma 2, secondo periodo, non essendo più la detta disciplina applicabile in via di estensione analogica all'ipotesi prevista dall'art. 10 *bis*. In generale, per un approfondimento sulle modifiche che hanno investito lo statuto giuridico dei vizi formali si veda: N. DURANTE, *I vizi formali del procedimento, alla luce del Decreto-Legge "Semplificazioni" e delle recenti pronunce dell'Adunanza plenaria*, in www.rivistacorteconti.it, 2020, 6, 62.

pericolo che le fasi procedurali siano influenzate dalla capacità pervasiva che il fenomeno mafioso sa assumere in determinate circostanze e in precisi contesti.

La ritrosia della giurisprudenza ad ammettere il contraddittorio in sede di procedimento di rilascio della certificazione antimafia finisce inoltre per proiettarsi anche nel successivo segmento procedurale, quello relativo all'adozione degli atti consequenziali incidenti sul rapporto concessorio o contrattuale. In caso di emissione di una determinazione prefettizia interdittiva, infatti, l'amministrazione si ritiene legittimata a procedere *de plano* alla revoca dell'aggiudicazione, al recesso dal contratto o al ritiro del beneficio concesso¹⁶².

Alla luce del quadro appena tracciato la dequotazione delle pretese partecipative del privato, il cui soddisfacimento era rimesso – nella formulazione originaria del codice - ad una valutazione ampiamente opinabile dell'autorità prefettizia, tradiva la preclusione della giurisprudenza maggioritaria circa l'utilità del contraddittorio procedimentale. Erano lontani i tempi in cui la scansione dialettica veniva invocata come «il presupposto fondamentale per

¹⁶² Cfr. *ex plurimis*: T.a.r. Campania, Napoli, sez. I, 10 febbraio 2020, n. 625, in *Foro amm.*, 2020, 2, 338; T.a.r. Piemonte, Torino, sez. I, 16 gennaio 2019, n. 58, in www.giustizia-amministrativa.it; T.a.r. Campania, Napoli, sez. I, 24 ottobre 2016, n. 4843, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. III, 24 ottobre 2016, n. 4454, in www.giustizia-amministrativa.it; T.a.r. Lombardia, Milano, sez. I, 13 marzo 2013, n. 669, in *Foro amm. TAR*, 2013, 3, 763; T.a.r. Liguria, Genova, sez. II, 29 febbraio 2012, n. 347, in *Foro amm. TAR*, 2012, 2, 414; T.a.r. Sicilia, Catania, sez. III, 13 giugno 2011, n. 1470, in *Foro amm. TAR*, 2011, 6, 2141; T.a.r. Campania, Napoli, sez. I, 1 dicembre 2010, n. 26527, in *Foro amm. TAR*, 2010, 12, 3945.

In proposito, interessante anche T.a.r. Sicilia, Palermo, sez. I, 4 marzo 2014, n. 612, in www.giustizia-amministrativa.it, che estende la regola della superfluità delle garanzie partecipative anche all'ipotesi di informativa atipica. In tal caso, pur ammettendo l'utilità del contributo del privato in assenza di un sicuro vincolo conformativo derivante dalla nota prefettizia, i Giudici siciliani hanno ritenuto di dover fare applicazione analogica del criterio elaborato dalla giurisprudenza in riferimento alle informative tipiche attesa la *eadem ratio* che fonda tanto l'una quanto l'altra fattispecie, cioè a dire l'urgenza di interrompere (o di non instaurare) un rapporto contrattuale con un soggetto controindicato e la riservatezza degli elementi fondanti il giudizio di permeabilità mafiosa.

addivenire ad una decisione corretta e logica»¹⁶³. In giurisprudenza serpeggiava, piuttosto, il convincimento della necessità di adottare un approccio teleologicamente orientato al tema, che guardasse al principio ‘*audi et alteram partem*’ non come un dogma assoluto, ma come un valore strumentale al buon andamento della pubblica amministrazione, per ciò stesso cedevole qualora tale finalità potesse essere utilmente perseguita in altro modo¹⁶⁴.

Proprio allo scopo di preservare i valori costituzionali consacrati nell’art. 97 della Carta fondamentale, ad avviso del formante pretorio, nel settore della prevenzione antimafia, il contraddittorio finiva per ‘cambiar pelle’, tramutandosi da obbligatorio a meramente eventuale. La tradizionale sequenza dialettica delineata dalla legge n. 241 del 1990, pur non essendo completamente elisa, ne usciva fortemente depotenziata, poiché da necessaria diveniva meramente eventuale.

Ad una diversa conclusione non poteva pervenirsi neppure alla luce dell’interpretazione giurisprudenziale sviluppatasi in ordine all’art. 91, comma 5, ultimo periodo, del d.lgs. n. 159 del 2011, che – nel valorizzare l’inciso «*al venir meno delle circostanze rilevanti*» - affermava il potere/dovere del prefetto di vagliare, in sede di aggiornamento della certificazione antimafia, non soltanto

¹⁶³ G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo. Il principio del procedimento*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell’azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, Napoli, 2006, 125.

¹⁶⁴ Cfr.: Cons. Stato, sez. III, 9 febbraio 2017, n. 565, in *Foro amm.*, 2017, 2, 275, che sulla questione si esprime nei seguenti termini: «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 (...) può comportare anche un’attenuazione, se non una eliminazione, del contraddittorio procedimentale, che del resto non è un valore assoluto, slegato dal doveroso contemperamento 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». Tale affermazione si ritrova anche in Cons. Stato, sez. III, 8 marzo 2017, n. 1109, in www.giustizia-amministrativa.it e T.a.r. Piemonte, Torino, sez. I, 12 agosto 2019, n. 945, in www.giustizia-amministrativa.it.

i fatti nuovi, laddove sopravvenuti, ma anche quelli precedenti (e non noti), se del caso rappresentati dall'impresa stessa¹⁶⁵. In questo modo, il contributo partecipativo del privato (con il suo corredo di patrimonio conoscitivo), non richiesto in sede di procedimento di adozione della determinazione interdittiva, poteva comunque essere recuperato su sua iniziativa a posteriori, o per così dire ora per allora. Tuttavia, il modello del contraddittorio postumo, che pure conosce significativi precedenti – basti pensare a quanto previsto dal codice di rito penale in tema di applicazione delle misure cautelari personali - nella materia in esame non era pienamente soddisfacente, e ciò non soltanto perché era rimesso all'iniziativa del privato, ma anche perché scontava comunque il deficit conoscitivo che affliggeva l'impresa attinta dal provvedimento interdittivo, cui era precluso l'accesso a molti degli atti posti a fondamento della decisione prefettizia, laddove invece in favore del soggetto sottoposto a misura cautelare avrebbe operato la cosiddetta *discovery* del fascicolo delle indagini.

2.2.1. *L'imbarazzo della giurisprudenza nazionale per la violazione del principio 'audiatur et altera pars' e i 'non liquet' della giurisprudenza europea*

Pur in presenza di un dato testuale che, in effetti, non valorizzava forme di interlocuzione tra l'autorità prefettizia e il privato sottoposto a controllo, la

¹⁶⁵ Cons. Stato, sez. III, 5 ottobre 2016, n. 4121, in *Foro amm.*, 2016, 10, 2321. Peraltro, in presenza di un'istanza di revisione, essendo l'amministrazione prefettizia chiamata ad esercitare una funzione di secondo grado, la giurisprudenza ritiene che non sia affatto impedito a quest'ultima di riesaminare la pregnanza di precedenti indizi anche alla luce dei fatti rappresentati e delle argomentazioni addotte dall'istante (cfr.: T.a.r. Sicilia, Catania, sez. I, 14 ottobre 2019, n. 2385, in www.giustizia-amministrativa.it; T.a.r. Campania, Napoli, sez. I, 2 febbraio 2018, n. 724, in *Foro amm.*, 2018, 2, 306; T.a.r. Lazio, Roma, sez. I, 3 luglio 2017, n. 7646, in www.giustizia-amministrativa.it; T.a.r. Campania, Napoli, sez. I, 5 giugno 2015, n. 3056, in www.giustizia-amministrativa.it), che tuttavia non delimitano in maniera rigorosa il suo spazio di indagine, ben potendo la prefettura spingersi nell'apprezzamento anche oltre i nuovi elementi indicati dall'impresa (cfr.: Cons. Stato, sez. III, 4 gennaio 2022, n. 21, in www.giustizia-amministrativa.it).

pervicace ostinazione della prevalente giurisprudenza a disconoscere qualsivoglia utilità al contraddittorio endoprocedimentale non pareva giustificabile se non sulla base di ragioni di ordine ideologico. Come ricordato, dalle motivazioni delle sentenze in argomento, l'asserita incompatibilità tra la scansione dialettica prevista dalla legge n. 241 del 1990 e la disciplina in esame trovava fondamento nelle esigenze di urgenza e di riservatezza proprie del procedimento di emissione della certificazione antimafia.

Ora, non v'è dubbio che la tutela della legalità imponga una pronta risposta da parte dell'ordinamento ed è altresì vero che molti degli elementi da cui la prefettura può desumere il pericolo di permeabilità mafiosa sono tratti da attività di indagine sottoposta a segreto¹⁶⁶. Tuttavia, l'orientamento dianzi descritto finiva per elevare a regola generale quella che invece sarebbe dovuta restare una mera eccezione, di volta in volta motivata alla luce delle circostanze del caso concreto.

Non sono mancate quindi voci discordanti che, facendo eco alle preoccupazioni manifestate dalla dottrina, tradizionalmente più incline a farsi carico di istanze garantiste¹⁶⁷, avevano auspicato un intervento correttivo del

¹⁶⁶ Tra le pronunce che valorizzano l'elemento della riservatezza, cfr. *ex multis*: Cons. Stato, sez. III, 6 maggio 2020, n. 2854, in www.giustizia-amministrativa.it; T.a.r. Calabria, Catanzaro, sez. I, 7 ottobre 2016, n. 1944, in www.giustizia-amministrativa.it; T.a.r. Sicilia, Catania, sez. II, 5 dicembre 2014, n. 3240, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁶⁷ Limitandosi ai contributi più recenti si veda: E. GIARDINO, *Le interdittive antimafia tra finalità perseguite e garanzie affievolite*, in M. IMMORDINO – N. GULLO (a cura di), *Diritto amministrativo e misure di prevenzione della criminalità organizzata*, cit., 163 ss; J.P. DE JORIO, *Le interdittive antimafia ed il difficile bilanciamento con i diritti fondamentali*, Napoli, 2019, 27, ad avviso del quale: «Senza contraddittorio vengono ovviamente meno le garanzie minime di legalità sostanziale ed equità procedurale/processuale con conseguente violazione del diritto al giusto processo, allorché le garanzie partecipative e defensionali dovrebbero essere tutelate anche nei procedimenti amministrativi di natura disciplinare e/o sanzionatoria secondo la consolidata giurisprudenza della Corte di Strasburgo».

legislatore¹⁶⁸, financo arrivando a paventare un contrasto della normativa nazionale con i valori presidiati dal diritto eurounitario.

¹⁶⁸ In tal senso cfr.: Cons. Stato, sez. III, 10 agosto 2020, n. 4979, in www.giustizia-amministrativa.it, che, pur ribadendo la valenza non assoluta del contraddittorio procedimentale, ha riconosciuto che: «un quantomeno parziale recupero delle garanzie procedurali, nel rispetto dei diritti di difesa spettanti al soggetto destinatario del provvedimento, sarebbe auspicabile, *de iure condendo*, in tutte quelle ipotesi in cui la permeabilità mafiosa appaia alquanto dubbia, incerta, e presenti, per così dire, delle zone grigie o interstiziali, rispetto alle quali l'apporto procedimentale del soggetto potrebbe fornire utili elementi a chiarire alla stessa autorità procedente la natura dei rapporti tra il soggetto e le dinamiche, spesso ambigue e fluide, del mondo criminale. In tutte queste ipotesi dunque, laddove la partecipazione procedimentale non frustri l'urgenza del provvedere e le particolari esigenze di celerità del procedimento - art. 7 della l. n. 241 del 1990 - per bloccare un grave, incontrollabile o imminente pericolo di infiltrazione mafiosa e, dunque, non ostacoli la ratio stessa dell'informazione antimafia quale strumento di massima tutela preventiva nella lotta contro la mafia, la partecipazione procedimentale, prima di adottare un provvedimento interdittivo, potrebbe e dovrebbe essere ammessa in via generale perché: a) consentirebbe all'impresa di esercitare in sede procedimentale i propri diritti di difesa e di spiegare le ragioni alternative di determinati atti o condotte, ritenuti dalla Prefettura sintomatici di infiltrazione mafiosa, nonché di adottare, eventualmente su proposta e sotto la supervisione della stessa Prefettura, misure di *self-cleaning*, che lo stesso legislatore potrebbe introdurre già in sede procedimentale con un'apposita rivisitazione delle misure straordinarie, ad esempio, dall'art. 32, comma 10, del d.l. n. 90 del 2014, conv. con mod. in l. n. 114 del 2014, da ammettersi, ove la situazione lo consenta, prima e al fine di evitare che si adotti la misura più incisiva dell'informazione antimafia; b) consentirebbe allo stesso Prefetto di intervenire con il provvedimento interdittivo quale *extrema ratio* solo a fronte di situazioni gravi, chiare, inequivocabili, non altrimenti giustificabili e giustificate dall'impresa, secondo la logica della probabilità cruciale, di infiltrazione mafiosa, all'esito di una istruttoria più completa, approfondita, meditata, che si rifletta in un apparato motivazionale del provvedimento amministrativo, fondamento e presidio della legalità sostanziale in un ordinamento democratico, che sia il più possibile esaustivo ed argomentato; c) consentirebbe infine al giudice amministrativo di esercitare con maggiore pienezza il proprio sindacato giurisdizionale sugli elementi già valutati dalla Prefettura in sede procedimentale, anche previo approfondimento istruttorio nel contraddittorio con l'impresa, nonché sul conseguente corredo motivazionale del provvedimento prefettizio, e di affinare così ulteriormente, nell'ottica della *full jurisdiction*, i propri poteri cognitori e istruttori in questa

Al riguardo, un arresto meritevole di considerazione è senz'altro costituito dall'ordinanza con la quale il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia rimetteva alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione pregiudiziale circa la compatibilità degli artt. 91, 92 e 93 del d.lgs. n. 159 del 2011 con le disposizioni di rango comunitario e, segnatamente, con l'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea¹⁶⁹.

Al di là dell'esito della vicenda giudiziaria, conclusasi con una declaratoria di irricevibilità da parte dei Giudici di Lussemburgo¹⁷⁰, la pronuncia è significativa per un duplice ordine di ragioni. Anzitutto perché, ponendosi in controtendenza rispetto all'orientamento maggioritario di cui si è dato conto sopra, ha avuto il merito di rilanciare il dibattito sul tema, innescando un dialogo tra le corti ed implicitamente dimostrando che, anche a livello di giurisprudenza interna, era latente un certo imbarazzo rispetto alla totale obliterazione delle garanzie partecipative. In secondo luogo, perché, ripercorrendone l'iter motivazionale, è possibile riflettere sul sistema antimafia alla luce dell'ordinamento comunitario.

I timori dei giudici pugliesi in ordine ad una possibile violazione nella normativa europea si fondavano sulla riconosciuta natura di misura preventiva a carattere amministrativo del provvedimento antimafia. In particolare, il Tribunale sosteneva di non condividere l'assunto della connotazione cautelare

delicata materia, crocevia di fondamentali valori costituzionali, eurounitari e convenzionali in gioco».

¹⁶⁹ T.a.r. Puglia, Bari, sez. III, 13 gennaio 2020, ord. n. 28, in *Riv. giur. ed.*, 2020, 2, I, 347, nonché in *Giustamm*, 2020, 1, con nota di L. MURGOLO, *Un rinvio pregiudiziale in materia di interdittiva antimafia: quando il giudice amministrativo minus dixit quam voluit (et minus voluit quam dixit)*. Sulla questione, anche L. BORDIN, *Contraddittorio procedimentale e interdittive antimafia: la questione rimessa alla Corte di Giustizia. E se il problema fosse altrove?*, in *Federalismi*, 22 luglio 2020 e G. CARRATELLI, *Il (mancato) contraddittorio endoprocedimentale in materia di informazione antimafia. Nota a: Tar Puglia – Bari, sez. III, ordinanza 13 gennaio 2020, n. 28*, in *Amministrazione e contabilità dello Stato e degli enti pubblici*, 30 gennaio 2021.

¹⁷⁰ Corte di Giustizia dell'U.E., sez. IX, 28 maggio 2020, causa C-17/20, ECLI:EU:C:2020:409, in www.curia.eu.

della determinazione prefettizia, difettando la medesima dei requisiti della provvisorieta' e della strumentalita': la certificazione non viene emessa in funzione di un susseguente provvedimento idoneo a definire, con caratteristiche di stabilita' e inoppugnabilita', il rapporto giuridico controverso, essendo essa stessa l'atto conclusivo del procedimento amministrativo con cui l'ordinamento incide, con effetti definitivi e dissolutori, sul rapporto giuridico in essere tra l'impresa e la pubblica amministrazione.

Che l'informativa non sia un provvedimento interinale, ad avviso del Collegio, sarebbe poi confermato dalla circostanza che il contraddittorio endo-procedimentale non sembrerebbe avere controindicazioni, in quanto – almeno in astratto - il soggetto nei cui riguardi opera la misura non avrebbe alcuna possibilita' di mettere in atto strategie elusive o condotte ostruzionistiche con l'intento di sottrarsi alla misura prefettizia.

Alla luce di cio', esclusa l'applicabilita' dell'art. 7, comma 2, della legge n. 241 del 1990, nella parte in cui esonera l'amministrazione procedente dall'invio della prescritta notizia informativa, il T.a.r. barese si interrogava se la marginalizzazione dell'elemento partecipativo potesse ritenersi conforme al dettato dell'art. 41 della Carta di Nizza. La disposizione da ultimo richiamata, elevata al rango di fonte di diritto primario dell'Unione in forza del rinvio contenuto all'art. 6, par. 1, del T.U.E., enuncia infatti il diritto ad una buona amministrazione, con cio' intendendo «a) il diritto di ogni persona di essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio; b) il diritto di ogni persona di accedere al fascicolo che la riguarda, nel rispetto dei legittimi interessi della riservatezza e del segreto professionale e commerciale; c) l'obbligo per l'amministrazione di motivare le proprie decisioni»¹⁷¹.

¹⁷¹ Per un approfondimento sui corollari del diritto ad una buona amministrazione anche alla luce della casistica giurisprudenziale, limitatamente alla letteratura in lingua italiana, cfr.: P. PIVA, *Art. 41 — Diritto ad una buona amministrazione*, in R. MASTROIANNI – O. POLLICINO – S. ALLEGREZZA – F. PAPPALARDO – O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Milano, 2017; P. PROVENZANO, *I vizi nella forma e nel procedimento*

Queste essendo le argomentazioni sviluppate dai giudici nazionali, la risposta della Corte di Giustizia non si è fatta attendere. Come anticipato, i giudici di Lussemburgo hanno risolto la questione con una pronuncia di manifesta irricevibilità: leggendo in combinato disposto il primo ed il secondo comma della disposizione, hanno aderito ad un'interpretazione restrittiva volta a circoscrivere la prescrivibilità del contraddittorio procedimentale alla sola attività 'diretta' dell'amministrazione comunitaria. Pertanto, secondo l'opzione ermeneutica seguita dalla Corte, l'art. 41 non si rivolgerebbe ai singoli Stati membri, ma esclusivamente alle istituzioni, agli organi e agli organismi dell'Unione europea¹⁷².

Ora, al di là dell'ambito di applicazione della norma citata la cui individuazione è sempre stata motivo di oscillazioni giurisprudenziali¹⁷³, è

amministrativo, fra diritto interno e diritto U.E., Milano, 2015; A. GIUFFRIDA, *Il "diritto" ad una buona amministrazione pubblica e profili sulla sua giustiziabilità*, Torino, 2012.

Con riferimento invece alla letteratura in lingua straniera, cfr.: D.U. GALETTA – B. GRZESZICK, *Kommentar zu Art. 41 Grundrechtecharta*, in K. STERN – M. SACHS (a cura di), *Europäische Grundrechtecharta, Kölner Gemeinschaft - Kommentar*, II ed., Köln, 2016, 618 ss.

¹⁷² Corte di Giustizia dell'U.E., sez. IX, 28 maggio 2020, in causa C-17/20, ECLI:EU:C:2020:409, cit., § 27.

¹⁷³ Pur senza scendere nel dettaglio di una *querelle* che ha visto impegnata la Corte di Giustizia in plurime occasioni, in questa sede sia consentito rammentare che ad un'interpretazione restrittiva (quella sposata dai giudici di Lussemburgo nella pronuncia in commento) basata sul dato testuale dell'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali, se ne contrappone un'altra che, facendo leva sull'argomento sistematico, propone di leggere la disposizione in combinato disposto con l'art. 51, così determinando l'espansione del perimetro operativo dell'art. 41 (e, con esso, del principio del contraddittorio) a tutte le ipotesi di amministrazione indiretta (quelle cioè riferite ad attività condotte dalle amministrazioni degli Stati membri in relazione, però, a decisioni che rientrano nella sfera d'applicazione del diritto dell'Unione), con la sola esclusione delle fattispecie in cui le amministrazioni degli Stati membri procedono in relazioni a vicende puramente interne.

A favore della tesi restrittiva, cfr.: Corte di Giustizia dell'U.E., sez. III, sentenza 21 dicembre 2011, in causa C-482/10, *Cicala*, ECLI:EU:C:2011:868, in www.curia.eu. In senso conforme: Corte di Giustizia dell'U.E., sez. III, sentenza 17 luglio 2014, in cause riun. C-141/12 e C-372/12, *Y.S.*, ECLI:EU:C:2014:2081, in www.curia.eu; Corte di Giustizia dell'U.E., sez. V,

giocoforza osservare che la pronuncia determini un significativo ridimensionamento del principio ‘*audiatur et altera pars*’, arrivando a frustrare quel percorso virtuoso che parte della giurisprudenza interna aveva faticosamente intrapreso.

Nondimeno, un passaggio risulta di particolare rilievo ai nostri fini. Si tratta del punto in cui nell’ambito di un *obiter dictum* la Corte, menzionando la nota sentenza Sabou¹⁷⁴, precisa che il diritto di difesa «costituisce un principio generale del diritto dell’Unione che trova applicazione quando l’amministrazione intende adottare nei confronti di una persona un atto che le arrechi pregiudizio. In forza di tale principio i destinatari di decisioni che incidono sensibilmente sui loro interessi devono essere messi in condizione di manifestare utilmente il loro punto di vista in merito agli elementi sui quali l’amministrazione intende fondare la sua decisione. Tale obbligo incombe sulle amministrazioni degli Stati membri ogniqualvolta esse adottano decisioni che rientrano nella sfera d’applicazione del diritto dell’Unione, quand’anche la

sentenza 5 novembre 2014, in causa C-166/13, *Mukarubega*, ECLI:EU:C:2014:2336, in www.curia.eu; Corte di Giustizia dell’U.E., sez. III, sentenza 17 dicembre 2015, in causa C-419/14, *WebMindLicenses*, ECLI:EU:C:2015:832, in www.curia.eu.

A favore della tesi estensiva, cfr.: Corte di Giustizia dell’U.E., sez. IX, sentenza 22 novembre 2012, in causa C-277/11, *M.*, ECLI:EU:C:2012:744, in www.curia.eu.

Per una puntuale analisi della giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di ambito applicativo dell’art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea si rinvia a: D.U. GALETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione nei procedimenti amministrativi oggi (anche alla luce delle discussioni sull’ambito di applicazione dell’art. 41 della Carta dei diritti UE)*, in M.C. PIERRO (a cura di), *Il diritto a una buona amministrazione nei procedimenti tributari*, Milano, 2019, 1 ss. L’Autrice esprime delle riserve in ordine all’attuale tendenza della giurisprudenza europea ad avallare la distinzione tra diritto ad una buona amministrazione *ex art.* 41 della Carta e diritto ad una buona amministrazione quale principio generale dell’Unione.

¹⁷⁴ Corte di Giustizia dell’U.E., grande sezione, sentenza 22 ottobre 2013, in causa C-276/12, *Sabou*, ECLI:EU:C:2013:678, in www.curia.eu.

normativa dell'Unione applicabile non preveda espressamente siffatta formalità»¹⁷⁵.

Sorprende che i giudici di Lussemburgo, nel contesto di una declaratoria di irricevibilità scaturita da un ricorso in tema di corretta interpretazione del principio ad una buona amministrazione, abbiano comunque sentito l'esigenza di soffermarsi, sia pure incidentalmente, sullo spettro del diritto di difesa, la cui portata è tradizionalmente confinata alla sfera della giurisdizione. Per di più in ragione del fatto che era stato proprio il Tribunale rimettente, nel formulare la questione pregiudiziale, ad affermare che il diritto eurounitario riconosce la «sussistenza di un principio del contraddittorio di carattere endoprocedimentale», salvo poi precisare «da far valere al di fuori del diritto di difesa nel processo giurisdizionale».

L'impressione che si ha è che la Corte, pur trincerandosi dietro ad un sostanziale (e alquanto deludente) *non liquet*, abbia comunque compreso la rilevanza della questione sottoposta ed abbia percepito che la prospettata tensione tra la disciplina nazionale e l'ordinamento europeo, anche senza ridondare in una patente violazione di quest'ultimo, avrebbe potuto creare una pericolosa smagliatura nel sistema di protezione approntato dalla Carta e del relativo *standard* di tutela.

2.2.2. *Le novità introdotte dal d.l. 6 novembre 2021, n. 152*

Indipendentemente dal suo esito, la vicenda giudiziaria di cui si è dato brevemente conto ha assunto un'importanza cruciale a livello di diritto interno, avendo senza dubbio contribuito ad accrescere la consapevolezza degli attori dell'ordinamento – e segnatamente quella del legislatore - in ordine ai *vulnera* che il sistema nazionale di prevenzione amministrativa antimafia può arrecare ai principi fondativi del moderno Stato di diritto. In quest'ottica devono essere lette

¹⁷⁵ Corte di Giustizia dell'U.E., sez. IX, 28 maggio 2020, causa C-17/20, ECLI:EU:C:2020:409, cit., § 28.

le recenti modifiche apportate al codice dal d.l. 6 novembre 2021, n. 152, convertito con modificazioni dalla legge 29 dicembre 2021, n. 233 («*Disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per la prevenzione delle infiltrazioni mafiose*»)¹⁷⁶.

Esse si inseriscono nel contesto di una normativa emergenziale volta a promuovere l'attuazione degli investimenti pubblici connessi ai fondi europei stanziati per contrastare le nefaste conseguenze derivanti dalla crisi pandemica. L'enorme flusso di denaro finalizzato al conseguimento degli obiettivi del Piano nazionale di ripresa e resilienza ben potrebbe divenire oggetto delle mire predatorie della criminalità organizzata, da sempre incline a considerare le procedure evidenziali quali ottime opportunità di guadagno.

Si è trattato di un intervento chirurgico, destinato tuttavia ad avere un grande impatto sulla fisionomia complessiva del sistema. Il fulcro della novella è contenuto negli artt. 48 («*Contraddittorio nel procedimento di rilascio dell'interdittiva antimafia*») e 49 («*Prevenzione collaborativa*»).

Per comodità espositiva conviene muovere da quest'ultima disposizione - sulla quale si tornerà meglio in sede di disamina dell'istituto del controllo giudiziario (*infra* cap. IV § 2.2.1.) - per poi concentrare l'attenzione sul profilo di maggior interesse in questa sede, cioè a dire quello della rivitalizzazione delle garanzie partecipative.

¹⁷⁶ Per un primo commento all'articolato normativo, limitatamente alla materia in argomento, si rinvia a: D. ALBANESE, *Le modifiche del D.L. 152/2021 al 'codice antimafia': maggiori garanzie nel procedimento di rilascio dell'interdittiva antimafia e nuove misure di 'prevenzione collaborativa'*, in www.sistemapenale.it, 12 gennaio 2022; M. VULCANO, *Le modifiche del decreto-legge n. 152/2021 al codice antimafia: il legislatore punta sulla prevenzione amministrativa e sulla compliance 231 ma non risolve i nodi del controllo giudiziario*, in *Giur. pen. Web*, 13 novembre 2021; F. GATTO, *Le nuove frontiere della Legislazione Antimafia alla luce del D.L. 6 novembre 2021, n. 152*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2021.

L'art. 49 del d.l. n. 152 del 2021 ha novellato il d.lgs. n. 159 del 2011, introducendo l'art. 94 bis, rubricato «*Misure amministrative di prevenzione collaborativa applicabili in caso di agevolazione occasionale*»¹⁷⁷.

¹⁷⁷ L'art. 94 bis del d.lgs. n. 159 del 2011 stabilisce: «1. Il prefetto, quando accerta che i tentativi di infiltrazione mafiosa sono riconducibili a situazioni di agevolazione occasionale, prescrive all'impresa, società o associazione interessata, con provvedimento motivato, l'osservanza, per un periodo non inferiore a sei mesi e non superiore a dodici mesi, di una o più delle seguenti misure: a) adottare ed efficacemente attuare misure organizzative, anche ai sensi degli articoli 6,7 e 24-ter del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, atte a rimuovere e prevenire le cause di agevolazione occasionale; b) comunicare al gruppo interforze istituito presso la prefettura competente per il luogo di sede legale o di residenza, entro quindici giorni dal loro compimento, gli atti di disposizione, di acquisto o di pagamento effettuati, gli atti di pagamento ricevuti, gli incarichi professionali conferiti, di amministrazione o di gestione fiduciaria ricevuti, di valore non inferiore a 5.000 euro o di valore superiore stabilito dal prefetto, sentito il predetto gruppo interforze, in relazione al reddito della persona o al patrimonio e al volume di affari dell'impresa; c) per le società di capitali o di persone, comunicare al gruppo interforze i finanziamenti, in qualsiasi forma, eventualmente erogati da parte dei soci o di terzi; d) comunicare al gruppo interforze i contratti di associazione in partecipazione stipulati; e) utilizzare un conto corrente dedicato, anche in via non esclusiva, per gli atti di pagamento e riscossione di cui alla lettera b), nonché per i finanziamenti di cui alla lettera c), osservando, per i pagamenti previsti dall'articolo 3, comma 2, della legge 13 agosto 2010, n. 136, le modalità indicate nella stessa norma. 2. Il prefetto, in aggiunta alle misure di cui al comma 1, può nominare, anche d'ufficio, uno o più esperti, in numero comunque non superiore a tre, individuati nell'albo di cui all'articolo 35, comma 2-bis, con il compito di svolgere funzioni di supporto finalizzate all'attuazione delle misure di prevenzione collaborativa. Agli esperti di cui al primo periodo spetta un compenso, determinato con il decreto di nomina, non superiore al 50 per cento di quello liquidabile sulla base dei criteri stabiliti dal decreto di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 4 febbraio 2010, n. 14. Gli oneri relativi al pagamento di tale compenso sono a carico dell'impresa, società o associazione. 3. Le misure di cui al presente articolo cessano di essere applicate se il tribunale dispone il controllo giudiziario di cui all'articolo 34-bis, comma 2, lettera b). Del periodo di loro esecuzione può tenersi conto ai fini della determinazione della durata del controllo giudiziario. 4. Alla scadenza del termine di durata delle misure di cui al presente articolo, il prefetto, ove accerti, sulla base delle analisi formulate dal gruppo interforze, il venir meno dell'agevolazione occasionale e l'assenza di altri tentativi di infiltrazione mafiosa, rilascia un'informazione antimafia liberatoria ed effettua le conseguenti iscrizioni nella banca dati nazionale unica della documentazione

La *ratio* di fondo della norma consiste nel traslare ed anticipare già in sede amministrativa la rilevanza della distinzione tra agevolazione occasionale ed agevolazione non occasionale, secondo lo stilema ampiamente sperimentato in tema di controllo giudiziario¹⁷⁸. Con quest'ultimo la prevenzione collaborativa presenta, infatti, delle evidenti affinità. Entrambe le misure costituiscono applicazione pratica della 'regola del mezzo più mite' (*Gebot des mildesten Mittels*), che - corollario del più generale principio di proporzionalità - informa l'agire della pubblica amministrazione nel perseguimento dei propri fini istituzionali, imponendole di mettere a confronto le misure ritenute idonee e di orientare la scelta su quella che comporta il minor sacrificio possibile degli interessi incisi dal provvedimento¹⁷⁹.

antimafia. 5. Le misure di cui al presente articolo sono annotate in un'apposita sezione della banca dati di cui all'articolo 96, a cui è precluso l'accesso ai soggetti privati sottoscrittori di accordi conclusi ai sensi dell'articolo 83-bis, e sono comunicate dal prefetto alla cancelleria del tribunale competente per l'applicazione delle misure di prevenzione».

¹⁷⁸ In questo senso anche G. VELTRI, *La prevenzione antimafia collaborativa: un primo commento*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2022, 5, il quale, analizzando l'istituto di cui al nuovo art. 94 *bis* del codice antimafia, afferma: «Dunque si crea una misura amministrativa, non più statica, com'era per l'informativa, ma dinamica, speculare rispetto a quella penale».

¹⁷⁹ In generale sul tema, si veda: M. HEINTZEN, *Il principio di proporzionalità. Un cosmopolita tedesco del diritto costituzionale*, trad. it. di F. Pedrini, Modena, 2015; D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità*, in M. RENNA – F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 389 ss.; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, Torino, 2011; D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità*, in M.A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2010; S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, Milano, 2008; T. VON DANWITZ, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Gemeinschaftsrecht*, in *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht*, 2003, 393 ss.; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998; R. VON KRAUSS, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht*, Hamburg, 1955.

Sul principio di proporzionalità come esempio paradigmatico della cosiddetta 'circolarità germanica', con ciò intendendo il fenomeno in base al quale principi elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza tedesca si impongono a livello di diritto euro-unitario per poi riflettersi negli ordinamenti interni degli Stati membri si vedano: F. MERUSI, *La legalità*

Più precisamente, come il tribunale - una volta accertato che il libero esercizio di determinate attività economiche possa agevolare persone prevenute e non ricorrano i presupposti per l'applicazione di taluna delle misure di prevenzione patrimoniale di cui al capo I, titolo II, libro I, del d.lgs. n. 159 del 2011 - deve vagliare la 'consistenza' della detta agevolazione al fine di decidere se optare per l'amministrazione giudiziaria ovvero per il controllo giudiziario, parimenti il prefetto – verificata la sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi dell'impresa - è tenuto a valutare se gli stessi siano o meno riconducibili a situazioni di agevolazione occasionale e, in caso affermativo, a disporre la prevenzione collaborativa in luogo dell'informativa ad effetti interdittivi.

Ambedue gli istituti rispondono dunque ad un'esigenza di maggiore gradazione dell'intervento antimafia, dacché presentano un contenuto conservativo che mira a recuperare l'operatore economico ad una piena legalità attraverso prescrizioni puntuali cui quest'ultimo deve conformarsi, pena l'applicazione della misura più afflittiva. Del resto, che si collochino su di un piano di minore afflittività è evidente se solo si pone mente alla circostanza che il controllo giudiziario, a differenza dell'amministrazione giudiziaria, non comporta lo spossessamento dell'azienda così come il controllo amministrativo, a differenza dell'inibitoria prefettizia, non comporta la dissoluzione dei rapporti autorizzatori, concessori e contrattuali in essere, nonché la sterilizzazione di quelli venturi. Tale minore afflittività è conseguenza del dimidiato disvalore che la fattispecie costitutiva del potere reca con sé, postulando l'applicazione dei

amministrativa. Altri sentieri interrotti, Bologna, 2012, 79; G. DELLA CANANEA – C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2010, 97.

Segnala come l'idea del 'minimo mezzo' – nucleo primigenio del principio di proporzionalità - fosse presente già nel pensiero di G.D. ROMAGNOSI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1814, 16, quale regola aurea nell'esercizio delle potestà pubbliche. F. MERUSI, *Gian Domenico Romagnosi fra diritto e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 4, 1235.

detti istituti concrete possibilità di riallineamento dell'impresa ad un contesto imprenditoriale lecito¹⁸⁰.

In questo senso, la prevenzione collaborativa si inserisce a pieno titolo nell'ambito di un intervento normativo che ha come fine dichiarato quello di rafforzare il sistema di prevenzione antimafia, nella misura in cui essa si propone di renderlo più elastico e, quindi, più aderente alle necessità che la proteiforme natura del fenomeno criminale di volta in volta suscita.

Lo stesso non pare potersi predicare invece in relazione alle novità recate dall'art. 48 del d.l. n. 152 del 2021¹⁸¹. Tale disposizione, nel recepire le

¹⁸⁰ Pur nel silenzio della disposizione in esame, dato il parallelismo tra le due misure, si ritiene di poter estendere, *mutatis mutandis*, al controllo amministrativo il principio di diritto affermato in relazione al controllo giudiziario da Cass. pen., sez. un., 26 settembre 2019, n. 46898, in *Foro it.*, 2020, 5, II, 330, secondo il quale: «Con riferimento ai presupposti per disporre la misura del controllo giudiziario ex art. 34 bis, comma 6, d.lg. 6 settembre 2011 n. 159, il tribunale competente per le misure di prevenzione, oltre a verificare l'occasionalità della agevolazione dei soggetti pericolosi, deve svolgere una prognosi circa le concrete possibilità che la singola realtà aziendale abbia di compiere fruttuosamente il cammino verso il riallineamento con il contesto economico sano, anche avvalendosi dei controlli e delle sollecitazioni che il giudice delegato può compiere nel guidare l'impresa infiltrata» (cfr. *amplius*: cap. IV, § 2.2.1.).

¹⁸¹ L'art. 48 del d.l. n. 152 del 2021 stabilisce: «1. Al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, sono apportate le seguenti modificazioni: a) all'articolo 92: 1) la rubrica è sostituita dalla seguente: «Procedimento di rilascio delle informazioni antimafia»; 2) il comma 2-bis è sostituito dai seguenti: «2-bis. Il prefetto, nel caso in cui, sulla base degli esiti delle verifiche disposte ai sensi del comma 2, ritenga sussistenti i presupposti per l'adozione dell'informazione antimafia interdittiva ovvero per procedere all'applicazione delle misure di cui all'articolo 94-bis, e non ricorrano particolari esigenze di celerità del procedimento, ne dà tempestiva comunicazione al soggetto interessato, indicando gli elementi sintomatici dei tentativi di infiltrazione mafiosa. Con tale comunicazione è assegnato un termine non superiore a venti giorni per presentare osservazioni scritte, eventualmente corredate da documenti, nonché per richiedere l'audizione, da effettuare secondo le modalità previste dall'articolo 93, commi 7, 8 e 9. In ogni caso, non possono formare oggetto della comunicazione di cui al presente comma elementi informativi il cui disvelamento sia idoneo a pregiudicare procedimenti amministrativi o attività processuali in corso, ovvero l'esito di altri accertamenti finalizzati alla prevenzione delle infiltrazioni mafiose. La predetta comunicazione sospende, con decorrenza dalla relativa data di invio, il termine di cui all'articolo 92, comma 2. La procedura del

sollecitazioni provenienti dalla dottrina e da parte della giurisprudenza, ha introdotto una forma di contraddittorio – per il vero debole - nell’ambito del procedimento di rilascio dell’informazione antimafia.

Più precisamente, se all’esito dell’istruttoria eseguita, il prefetto ritiene sussistenti i presupposti per l'adozione dell'informativa antimafia interdittiva ovvero per procedere all'applicazione delle misure di cui all'art. 94 *bis*, ne dà

contraddittorio si conclude entro sessanta giorni dalla data di ricezione della predetta comunicazione. 2-ter. Al termine della procedura in contraddittorio di cui al comma 2-bis, il prefetto, ove non proceda al rilascio dell'informazione antimafia liberatoria: a) dispone l'applicazione delle misure di cui all'articolo 94-bis, dandone comunicazione, entro cinque giorni, all'interessato secondo le modalità stabilite dall'articolo 76, comma 6, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, qualora gli elementi sintomatici dei tentativi di infiltrazione mafiosa siano riconducibili a situazioni di agevolazione occasionale; b) adotta l'informazione antimafia interdittiva, procedendo alla comunicazione all'interessato entro il termine e con le modalità di cui alla lettera a), nel caso di sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa. Il prefetto, adottata l'informazione antimafia interdittiva ai sensi della presente lettera, verifica altresì la sussistenza dei presupposti per l'applicazione delle misure di cui all'articolo 32, comma 10, del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114 e, in caso positivo, ne informa tempestivamente il Presidente dell'Autorità nazionale anticorruzione. 2-quater. Nel periodo tra la ricezione della comunicazione di cui al comma 2-bis e la conclusione della procedura in contraddittorio, il cambiamento di sede, di denominazione, della ragione o dell'oggetto sociale, della composizione degli organi di amministrazione, direzione e vigilanza, la sostituzione degli organi sociali, della rappresentanza legale della società nonché della titolarità delle imprese individuali ovvero delle quote societarie, il compimento di fusioni o altre trasformazioni o comunque qualsiasi variazione dell'assetto sociale, organizzativo, gestionale e patrimoniale delle società e imprese interessate dai tentativi di infiltrazione mafiosa possono essere oggetto di valutazione ai fini dell'adozione dell'informazione interdittiva antimafia.»; b) all'articolo 93, il comma 7 è sostituito dal seguente: «7. Il prefetto competente all'adozione dell'informazione antimafia, sulla base della documentazione e delle informazioni acquisite nel corso dell'accesso, può invitare in sede di audizione personale i soggetti interessati a produrre ogni informazione ritenuta utile, anche allegando elementi documentali, qualora non ricorrano particolari esigenze di celerità del procedimento ovvero esigenze di tutela di informazioni che, se disvelate, siano suscettibili di pregiudicare procedimenti amministrativi o attività processuali in corso, ovvero l'esito di altri procedimenti amministrativi finalizzati alla prevenzione delle infiltrazioni mafiose».

tempestiva comunicazione al soggetto interessato, indicando gli elementi sintomatici dei tentativi di infiltrazione mafiosa ed assegnando un termine non superiore a venti giorni per presentare osservazioni scritte, eventualmente corredate da documenti, nonché per richiedere l'audizione; restano in ogni caso esclusi dalla comunicazione quegli elementi informativi il cui disvelamento sia idoneo a pregiudicare procedimenti amministrativi o attività processuali in corso. L'esperimento del contraddittorio è adesso un passaggio obbligato per l'amministrazione dell'Interno, che ne è esonerata soltanto ove ricorrano particolari esigenze di celerità del procedimento. Si viene così a ripristinare il corretto rapporto regola/eccezione che il precedente assetto normativo, complice la lettura restrittiva datane dalla giurisprudenza maggioritaria, aveva contribuito a scardinare. In questo senso, il legislatore pare aver recepito la proposta formulata dalla Commissione bicamerale antimafia, istituita con legge 7 agosto 2018, n. 99, nella relazione sull'analisi delle procedure di gestione dei beni sequestrati e confiscati¹⁸².

In ragione di ciò, quindi, a dispetto della rubrica del titolo IV del d.l. n. 152 del 2021 («*Investimenti e rafforzamento del sistema di prevenzione antimafia*»), appare singolare l'idea che il corroboramento del sistema

¹⁸² Cfr.: Senato della Repubblica – Camera dei deputati, XVIII Legislatura, Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno della mafia e sulle altre associazioni criminali, anche straniere, *Relazione sull'analisi delle procedure di gestione dei beni sequestrati e confiscati approvata dalla Commissione nella seduta del 5 agosto 2021 e comunicata alle Presidenze il 7 settembre 2021*, doc. XXIII n. 15, 209 – 210, reperibile al seguente link: <https://www.parlamento.it/service/PDF/PDFServer/DF/363848.pdf>.

Nel menzionato documento, anche alla luce dell'audizione tenuta dal Dott. Frattini, all'epoca Presidente della III sezione del Consiglio di Stato, si legge: «Le proposte formulate riguardano: (...) - una valutazione da parte del legislatore sul contraddittorio procedimentale atteso che, per le interdittive, è l'unico caso in cui non è previsto un preavviso alla parte interessata. Il principio di garanzia procedimentale può e deve cedere in caso di urgente adozione della misura interdittiva ma *de iure condendo*, ad avviso dell'audito, si potrebbe invertire la regola: una fase preliminare nella quale il prefetto deve convocare le parti, espletare un contraddittorio, salvo che non ritenga che la situazione richieda un comportamento diverso, come nei casi di urgenza o secretazione (...).».

prevenzionistico passi attraverso una valorizzazione delle garanzie partecipative, dato che, sino ad oggi, il contraddittorio è sempre stato guardato con sospetto, come elemento di frustrazione della finalità preventiva. A ben vedere, la *ratio* della disciplina è verosimilmente un'altra: fermo restando il preminente interesse di contrasto alla criminalità organizzata, con essa il legislatore ha inteso spostare il baricentro in favore delle garanzie del privato così da attenuare le già segnalate sofferenze costituzionali. Del resto, a fronte della novella, è innegabile un innalzamento dello *standard* di protezione della posizione del soggetto leso dal provvedimento interdittivo, se non altro perché il contraddittorio da facoltativo è divenuto obbligatorio.

Non sfugge, tuttavia, che a tale considerazione - invero del tutto ovvia - si potrebbe facilmente obiettare che la prevista deroga, legata a ragioni di urgenza del provvedere, rischia di compromettere la portata innovativa della riforma, rendendo lettera morta il ritrovato diritto al confronto, laddove le prefetture si dimostrino inclini a fare un uso poco accorto di siffatta clausola e, di contro, il giudice amministrativo, chiamato a sindacarne l'operato, si assesti su orientamenti che della prudenza facciano il proprio cavallo di battaglia. L'unica soluzione per sterilizzare possibili disfunzioni sembra, allora, consistere in un'interpretazione teleologicamente orientata della disposizione in esame che, tenuto conto della sua *ratio* originaria, sia diretta a limitare il ricorso a tale clausola nelle sole ipotesi di urgenza qualificata, da accertarsi e motivare puntualmente in considerazione delle circostanze del caso concreto.

Ciò detto, in disparte il pericolo di possibili abusi perpetrati dall'autorità prefettizia, rimanendo nell'alveo della fisiologia, occorre interrogarsi sulla attitudine delle descritte modifiche normative a superare le criticità della disciplina previgente. Al riguardo, tre sono le questioni che si stagliano all'attenzione dello studioso.

Anzitutto, vale la pena riflettere sull'ambito applicativo del neo-introdotto contraddittorio.

In proposito, è agevole rilevare che nessun obbligo di inoltro della nota informativa sussiste in capo al prefetto allorché dalle risultanze dell'istruttoria questi si determini ad emettere un'informazione ad effetti liberatori. Sul punto

la norma è chiara nel circoscrivere il perimetro del diritto al confronto al solo caso di informativa con effetti interdittivi. Parimenti, non v'è dubbio che l'amministrazione dell'Interno sia esonerata dal trasmettere la detta nota allorquando si risolve ad emettere una comunicazione antimafia (interdittiva). Anche in questo caso, avendo la novella inciso soltanto sull'art. 92 e non anche sull'art. 88 del d.lgs. n. 159 del 2011, vale la regola *ubi lex voluit dixit ubi noluit tacuit*.

Entrambe le dette limitazioni non vanno esenti da critiche.

Circoscrivere il contraddittorio ai soli casi di effetti pregiudizievoli significa frustrarne le potenzialità, schiacciando il procedimento sul 'modello giustiziale' (*justitiellen Typus*)¹⁸³ e relegando la partecipazione ad una dimensione puramente defensionale, laddove invece esso dovrebbe tendere, anche e soprattutto, a colmare le asimmetrie informative che affliggono l'amministrazione intestataria del potere nell'ottica dell'efficienza e dell'efficacia dell'azione amministrativa¹⁸⁴.

¹⁸³ Sulla distinzione tra le varie forme di procedimento in ragione della tipologia di contraddittorio imprescindibile è il rinvio a M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 2004, 1, 73-74. L'Autore, rifacendosi all'insegnamento della dottrina tedesca (E. SCHMIDT-ASSMAN, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs-idee*, Springer, 1998, 290 ss.), riconduce il procedimento amministrativo a tre modelli idealtipici: a) il modello giustiziale (*justitiellen Typus*), che, nel seguire lo schema del processo, attribuisce agli istituti della partecipazione una funzione prettamente difensiva; b) il modello del procedimento con funzione di tutela giuridica preventiva (*präventiv-rechts-schützende Verfahren*), che presenta un carattere più propriamente collaborativo; c) il modello del procedimento a carattere politico (*Verfahren politischen Charakters*), improntato all'esigenza di dare voce al plesso degli interessi anche politici coinvolti.

In tema si veda anche: M. D'ALBERTI, *La "visione" e la "voce": le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1, 1 ss.; S. CASSESE, *Il privato e il procedimento amministrativo. Una analisi della legislazione e della giurisprudenza*, in *Arch. giur.*, 1971, 1, 25 ss.

¹⁸⁴ M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002, 347; R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2014, 144.

Venendo poi all'altro aspetto problematico, se ad ogni buon conto l'intenzione del legislatore era quella di dare priorità ad esigenze di alleggerimento del carico di lavoro della prefettura, appare incomprensibile la scelta di non operare alcun distinguo in ragione delle tipologie di informativa antimafia. Prova troppo l'argomento che poggia sulla natura della comunicazione prefettizia quale atto a contenuto squisitamente ricognitivo di misure *ex se* ostative. Anche l'informazione antimafia può avere un contenuto vincolato, riproduttivo della semplice comunicazione, di talché delle due l'una: o si estende il diritto al confronto all'ipotesi di mera comunicazione oppure tanto valeva escluderlo anche nel caso delle cosiddette 'informazioni meramente ricognitive'. La censura non pare scalfita neppure dalla circostanza che era già la disciplina previgente a prevedere uno statuto procedimentale differenziato per la comunicazione rispetto alla informativa, operando in relazione a quest'ultima - e non anche alla prima - il disposto dell'art. 93, comma 7, del d.lgs. n. 159 del 2011. In tal caso, infatti, la norma riconosceva in capo al prefetto una mera facoltà di attivazione del contraddittorio; questi, quindi, ben avrebbe potuto soprassedervi ogni qual volta avesse ritenuto ultroneo l'apporto del privato.

Ora, vero è che il sistema potrebbe essere recuperato a coerenza valorizzando l'inciso finale dell'art. 92, comma 2 *bis*, primo periodo, laddove – nel descrive il contenuto della nota in questione – si fa espresso riferimento agli «*elementi sintomatici dei tentativi di infiltrazione mafiosa*», donde se ne potrebbe inferire che, in verità, l'obbligo di attivazione del contraddittorio riguarderebbe soltanto le informazioni a contenuto discrezionale, vale a dire – secondo la quadripartizione in precedenza individuata (*supra* cap. I, § 5) – quelle 'ricognitive' e quelle 'accertative'. Nondimeno, tale interpretazione non può ritenersi univoca e, a fronte di un dato testuale ambiguo, le prefetture potrebbero indulgere in forme di 'amministrazione difensiva', preferendo la soluzione che sconta i rischi minori¹⁸⁵, che poi, in definitiva, è proprio quella che dimostra una

¹⁸⁵ In generale in tema di 'amministrazione difensiva' si rinvia a: A. BATTAGLIA - S. BATTINI - A. BLASINI - V. BONTEMPI - M.P. CHITI - F. DECAROLIS - S. MENTO - A. PINCINI - A. PIRRI VALENTINI - G. SABATO, "Burocrazia difensiva": cause, indicatori e rimedi, in *Riv. trim.*

maggiore consapevolezza dell'attitudine degli istituti partecipativi a proporsi come elementi di ottimizzazione dei risultati della funzione. L'equazione 'attività vincolata/superfluità del contraddittorio', al pari di quella 'provvedimento favorevole/mancato coinvolgimento del destinatario', riflette del resto un quadro dell'azione dei pubblici poteri non pienamente convincente, in quanto frutto di una visione che concepisce la partecipazione come garanzia per il solo privato e non anche per l'interesse pubblico alla cui cura è preposta l'amministrazione procedente¹⁸⁶.

Rimanendo sempre in tema di ambito applicativo del diritto al confronto, i dubbi si infittiscono se solo si pone mente alla circostanza che la norma nulla dice in ordine sia al procedimento di revisione dell'informazione, sia all'ipotesi in cui essa venga rilasciata in luogo della richiesta comunicazione ai sensi dell'art. 89 *bis* del d.lgs. n. 159 del 2011. Con riguardo alla prima questione, nel

dir. pubbl., 2021, 4, 1295; S. BATTINI – F. DECAROLIS, *L'amministrazione si difende*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1, 293. Per un approfondimento del fenomeno calato nell'ambito delle procedure selettive, si veda: M. CAFAGNO, *Risorse decisionali e amministrazione difensiva. Il caso delle procedure concorsuali*, in *Dir. amm.*, 2020, 1, 35; ID., *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e "burocrazia difensiva"*, in *Il dir. dell'economia*, 2018, 3, 625.

Sulla cosiddetta 'paura della firma' che affligge i funzionari pubblici si è soffermato anche l'allora Presidente del Consiglio di Stato, Filippo Patroni Griffi, nella *Relazione sull'attività della giustizia amministrativa* del 2 febbraio 2021. Il documento è consultabile al seguente *link*: <https://www.astrid-online.it/static/upload/patr/patroni-griffi.pdf>.

Pone implicitamente l'accento sul fenomeno, avvertendo che «la pavidità burocratica dipende dalla mancata percezione del fatto che compito specifico di chi lavora nelle amministrazioni pubbliche non è osservare i vincoli, ovvero arrivare a fine giornata senza incorrere in una casella nera del gioco dell'oca delle responsabilità, ma trovare la via per risolvere in tempi utili ed in modi ragionevoli i bisogni concreti ed effettivi delle persone esplorando l'ignoto delle possibilità legate alle vicende problematiche che le riguardano», G.D. COMPORITI, *Il coraggio di amministrare*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, cit., 1166.

¹⁸⁶ Si noti che la svalutazione delle garanzie partecipative in ragione dei connotati del provvedere non costituisce una specificità della materia in rilievo. Nel settore delle sanzioni a tutela del territorio analogo *deficit* è giustificato proprio alla luce della asserita natura rigidamente vincolata del potere sanzionatorio-ripristinatore. In tema si veda la lucida analisi di S. LUCATTINI, *Le sanzioni a tutela del territorio*, cit.

silenzio della legge, si segnala che la giurisprudenza si è fatta carico di colmare il vuoto normativo, riconoscendo il diritto al contraddittorio anche in sede di aggiornamento della determinazione prefettizia, sul presupposto che la stessa – va da sé, solo in caso di reiterazione della informazione interdittiva - si atteggierebbe non già come un atto meramente confermativo, bensì come una conferma in senso proprio, conseguente ad un’organica rivalutazione degli elementi di fatto e delle ragioni di diritto che fanno propendere per ritenere persistente ed attuale il pericolo di condizionamento mafioso¹⁸⁷. In relazione invece alla seconda, in assenza di pronunce specifiche, si reputa ragionevole che il contraddittorio venga attivato anche nell’ipotesi in cui l’informazione sia rilasciata in luogo della richiesta comunicazione; diversamente opinando, verrebbero difatti ad essere svilite le esigenze di tutela connesse alla novella, determinandosi delle ingiustificate ed ingiustificabili disparità di trattamento tra situazioni sostanzialmente omogenee.

Questi essendo i principali rilievi critici che connotano la novella in punto di perimetro operativo del diritto al confronto, passando poi alle altre questioni controverse, l’una attiene alla natura della comunicazione *ex art 92*, comma 2 *bis*, mentre l’altra al grado di effettività del contraddittorio dalla stessa originato. Trattasi di due profili strettamente interconnessi, posto che la corretta qualificazione della nota informativa risente della reale funzione assegnata dall’ordinamento alla interlocuzione procedimentale e viceversa.

Procedendo per ordine, conviene anzitutto domandarsi se la comunicazione che il prefetto è tenuto ad inviare prima dell’emissione del

¹⁸⁷ T.a.r. Puglia, Lecce, sez. III, 9 marzo 2022, ord. n. 116, in *Giustizia insieme*, 19 maggio 2022, con nota di R. ROLLI – M. MAGGIOLINI, *Notarelle sul riformato contraddittorio procedimentale in tema di interdittiva antimafia (nota a ordinanza Tar Lecce, sez. III, n. 116/2022)*.

In tema di distinzione tra ‘atto meramente confermativo’ e ‘conferma in senso proprio’, la giurisprudenza è amplissima. Tra gli arresti più recenti cfr. *ex plurimis*: Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2022, n. 1407, in www.giustizia-amministrativa.it; T.a.r. Lazio, Roma, sez. II, 21 gennaio 2022, n. 711, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. II, 14 gennaio 2022, n. 272, in www.giustizia-amministrativa.it.

provvedimento interdittivo condivide la medesima natura degli istituti partecipativi disciplinati dalla legge generale sul procedimento. La domanda è lecita dal momento che, sino ad oggi, il dibattito dottrinale e giurisprudenziale si è sviluppato proprio in ordine alla possibile estensione delle garanzie partecipative previste dalla legge n. 241 del 1990 al procedimento di rilascio della documentazione antimafia¹⁸⁸.

A tale interrogativo pare potersi dare una risposta negativa.

La nota prefettizia non costituisce una comunicazione di avvio del procedimento per l'ovvia ragione che interviene a valle dell'istruttoria, quando cioè il prefetto ha già maturato un proprio convincimento circa la tipologia di atto da adottare.

Più controversa, invece, l'assimilazione con l'istituto di cui all'art. 10 *bis*, invero avallata dal Servizio Studi della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica¹⁸⁹. Esso per espressa previsione di legge trova applicazione soltanto nei procedimenti ad istanza di parte, correlati ad un interesse legittimo pretensivo; quello antimafia invece è «un procedimento d'ufficio ad iniziativa dell'amministrazione competente titolare del procedimento preordinato all'adozione dell'atto per il quale è necessaria l'informazione, che investe, mediante una richiesta, la prefettura competente»¹⁹⁰. Nondimeno, è innegabile una certa comunanza di *ratio* tra i due istituti: entrambi risultano preordinati ad instaurare un contraddittorio predecisorio, attraverso il quale l'amministrazione

¹⁸⁸ Conviene rammentare che gli istituti partecipativi contemplati dalla legge genere sul procedimento costituiscono livelli minimi di prestazioni ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. m), mercé il disposto dell'art. art. 29, comma 2 *bis*, della legge n. 241 del 1990.

¹⁸⁹ Cfr.: *Dossier del 16 dicembre 2021 predisposto dal Servizio Studi della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica*, 462, reperibile al seguente link: http://documenti.camera.it/leg18/dossier/pdf/D21152a.pdf?_1656438719036.

¹⁹⁰ F. FIGORILLI – W. GIULIETTI, *Contributo allo studio della documentazione antimafia: aspetti sostanziali, procedurali e di tutela giurisdizionale*, cit., 61.

sottopone al privato un progetto di determinazione, offrendogli l'opportunità di convincerla a mutare segno al provvedimento finale¹⁹¹.

Si badi poi che la riconduzione dell'avviso *ex art. 92*, comma 2 *bis* al modello dell'art. 10 *bis* non sarebbe scevro da conseguenze pratiche, alla luce delle modifiche che hanno investito la citata disposizione ad opera del d.l. n. 76 del 2020. Se considerassimo la comunicazione prefettizia come una forma di preavviso di diniego, alla stessa dovrebbe trovare applicazione la regola dell'*one shot* temperato, oggi codificata proprio ad opera del d.l. n. 76 del 2020¹⁹², di talché – a fronte di un annullamento giurisdizionale – in sede di riesercizio della funzione all'autorità prefettizia sarebbe preclusa la possibilità di aprire del tutto nuovi defatiganti capitoli ostativi.

Tuttavia, a questo proposito, al di là della possibile *eadem ratio* sottesa alle due disposizioni, il riferimento ai «*procedimenti ad istanza di parte*» contenuto nell'incipit dell'art. 10 *bis* appare dirimente per escludere una sovrapposizione di disciplina. La comunicazione prevista dall'art. 92, comma 2 *bis*, del d.lgs. n. 159 del 2011 non è un preavviso di provvedimento negativo.

¹⁹¹ Critica ad assimilare l'avviso *ex art. 92*, comma 2 *bis*, del d.lgs. n. 159 del 2011 all'istituto del preavviso di diniego, ma consapevole della loro comune fisionomia, è M. COCCONI, *Il perimetro del diritto al contraddittorio nelle informazioni interdittive antimafia*, in *Federalismi*, 1° giugno 2022, 54.

¹⁹² In tema, cfr.: L. TARANTINO, *La novella dell'art. 10-bis della l. 241/1990 e la posizione della giurisprudenza*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2022; G. SERRA, *Brevi note in merito alla riforma dell'art. 10 bis della L. n. 241/1990 ad opera del c.d. Decreto Semplificazioni (D.L. n. 76/2020)*, in www.lexitalia.it, 2020, 7; G. MILO, *Il preavviso di diniego dopo la legge 11 settembre 2020, n. 76*, in www.ambientediritto.it, 2020, 4.

In senso critico in ordine al meccanismo preclusivo di cui alla richiamata disposizione N. PAOLANTONIO, *Osservazioni sulla preclusione procedimentale al riesercizio del potere*, in *Il dir. dell'economia*, 2022, 3, 11, che ne afferma l'inutilità, paventandone altresì l'illegittimità costituzionale. Più cauto, invece, il giudizio di M. RAMAJOLI, *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, 3, 595, la quale ritiene che, ove ben interpretato, l'istituto consenta una più equilibrata relazione tra il piano sostanziale e quello processuale, con conseguenti riflessi positivi in termini di trasparenza dell'azione amministrativa e di ragionevole durata delle controversie tra amministrazione e privati.

Ma, allora, appurata la mancata assimilazione e con l'art. 7 e con l'art. 10 *bis* della legge n. 241 del 1990, è opportuno domandarsi cosa sia tale comunicazione e quale funzione essa assolva, di fatto passando ad esaminare l'altra questione, quella relativa al grado di effettività raggiunto dal contraddittorio nell'ambito del procedimento *de quo*.

In questa prospettiva, ad avviso di chi scrive l'onere informativo recentemente introdotto a carico del prefetto si configurerebbe come un *tertium genus* di comunicazione che mima le forme dell'avviso *ex art. 415 bis c.p.p.* Come il pubblico ministero, convintosi di poter sostenere l'accusa in dibattimento, è tenuto ad inoltrare all'indagato l'avviso di conclusione delle indagini prima di chiederne il rinvio a giudizio, così il prefetto – acquisito il materiale istruttorio – ove ritenga di dover emettere un'informazione dagli effetti interdittivi è tenuto a darne notizia all'interessato. In entrambe le fattispecie è rimesso al destinatario della notifica valutare se presentare osservazioni scritte, produrre documenti e, eventualmente, chiedere l'audizione. Tale facoltà deve essere esercitata, nell'un caso, nel termine legale di venti giorni, nell'altro, nel termine individuato dall'autorità prefettizia, comunque non superiore a venti giorni¹⁹³.

¹⁹³ È stato peraltro osservato che il termine (massimo) di venti giorni per presentare memorie appare troppo breve e inadeguato per consentire l'effettivo esplicarsi del diritto di difesa. In questi termini si è espresso l'Osservatorio misure patrimoniali e di prevenzione costituito in seno all'Unione delle camere penali nel documento predisposto in sede di prima lettura dell'articolato normativo: *Le modifiche legislative presentate dal Governo in materia di interdittive antimafia e controllo giudiziario*, 29 ottobre 2021.

Manifesta perplessità in ordine alla previsione di un termine così ridotto anche N. DURANTE, *Il contraddittorio nel procedimento di rilascio dell'informazione antimafia*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2022, 3, il quale peraltro evidenzia che il detto termine non è coordinato con quello riconosciuto in via generale all'amministrazione per provvedere su un'eventuale istanza di accesso: «È certamente possibile presentare istanza di accesso agli atti, ma bisogna considerare che il termine per partecipare al procedimento è inferiore a quello, di 30 giorni, previsto dall'art. 25 della legge n. 241/1990 ai fini della formazione del silenzio rigetto; né sussiste un qualche meccanismo di sospensione/interruzione del termine di 20 giorni, in pendenza di una domanda di accesso».

Una differenza rilevante intercorre, tuttavia, tra le due situazioni. Con l'invio dell'avviso *ex art. 415 bis c.p.p.* cade il segreto istruttorio e si realizza la completa *discovery* degli atti delle indagini preliminari, i quali sono quindi depositati presso la segreteria del pubblico ministero affinché l'indagato e il suo difensore possano prenderne visione ed estrarne copia¹⁹⁴; per contro, con l'invio della comunicazione *ex art. 92, comma 2 bis, del d.lgs. n. 159 del 2011*, il disvelamento del materiale istruttorio raccolto è soltanto parziale, giacché «*non possono formare oggetto della comunicazione (...) elementi informativi il cui disvelamento sia idoneo a pregiudicare procedimenti amministrativi o attività processuali in corso, ovvero l'esito di altri accertamenti finalizzati alla prevenzione delle infiltrazioni mafiose*».

La circostanza non è di poco conto se solo si considera che la piena contezza degli elementi su cui l'autorità prefettizia ha fondato il proprio convincimento costituisce condizione necessaria per l'esercizio consapevole ed effettivo del diritto di difesa.

Pertanto, se è innegabile che la recente novella abbia determinato un rafforzamento del principio '*audi et alteram partem*' in una disciplina in cui lo stesso era quanto mai trascurato, nondimeno, il risultato ottenuto non pare pienamente soddisfacente¹⁹⁵. La riforma ha raggiunto il proprio scopo nella misura in cui obbliga l'autorità amministrativa a suscitare un contraddittorio; esso, tuttavia, si presenta postumo e debole.

¹⁹⁴ Sulle conseguenze di un'incompleta *disclosure* degli atti di indagine si fronteggiano in giurisprudenza due tesi. Secondo l'orientamento maggioritario la sanzione processuale che in tal caso verrebbe in rilievo sarebbe quella della inutilizzabilità degli atti non ostensi; secondo altro orientamento, più radicale, tale condotta determinerebbe la nullità dell'atto imputativo e del conseguente decreto di rinvio a giudizio. Per un attento esame delle rispettive posizioni, anche dottrinali, si rinvia a S. CIAMPI, *Incompleta discovery al termine delle indagini preliminari: sulle conseguenze sanzionatorie serve un intervento delle Sezioni Unite*, in *Proc. pen. giust.*, 2019, 4, 935.

¹⁹⁵ Critica su questo aspetto della novella anche M.A. SANDULLI, *Rapporti tra il giudizio sulla legittimità dell'informativa antimafia e l'istituto del controllo giudiziario*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2022, 16.

Postumo perché, come già più volte sottolineato, si colloca in una fase avanzata del procedimento, intervenendo allorquando il materiale probatorio è stato ormai acquisito.

Debole per due distinti ordini di ragioni. Anzitutto, perché nel procedimento antimafia il contraddittorio cambia pelle, perdendo la propria originaria connotazione istruttoria per divenire mero strumento defensionale. Va da sé che, nel momento in cui si adopera per rappresentare fatti che contraddicano le conclusioni cui è giunta l'amministrazione, il destinatario della funzione coopera alla migliore esplicazione della stessa; tuttavia, tale valenza collaborativa – ben presente nel preavviso di diniego¹⁹⁶ – nella nota in parola risulta sfumata e, comunque, cadetta rispetto alla sua primaria vocazione di garanzia del diritto alla difesa.

In secondo luogo, perché, pur in questa nuova veste, esso non è in grado di compiutamente assolvere al proprio compito, attesi i tanti e tali limiti che un'eventuale pretesa ostensiva azionata in funzione di predisposizione della memoria scritta ovvero di preparazione dell'audizione orale sarebbe destinata ad incontrare.

In conclusione, si ritiene possibile notare che, alla prova dei fatti, sono state disattese le aspettative di quella parte della giurisprudenza che, in parziale controtendenza rispetto all'orientamento maggioritario, auspicava una generalizzata estensione delle garanzie partecipative proprie della legge n. 241 del 1990 al procedimento disciplinato dal d.lgs. n. 159 del 2011¹⁹⁷.

3. La documentazione antimafia: profili di diritto processuale

¹⁹⁶ A. DI MARIO, *La nuova partecipazione al procedimento: potenziamento o dequotazione?*, in F. CARINGELLA – D. DE CAROLIS – G. DE MARZO, *Le nuove regole dell'azione amministrativa dopo le leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, vol. I, Milano, 2005, 458 ss.

¹⁹⁷ Cons. Stato, sez. III, 10 agosto 2020, n. 4979, cit.

Se *ex latere* sostanziale molteplici sono i profili problematici che solleticano la curiosità dello studioso, non meno stimolante appare la normativa se esaminata *ex latere* processuale.

Da tale angolo visuale, le ragioni della sua complessità dipendono dalla circostanza che il procedimento antimafia (ed il provvedimento che da esso scaturisce) non è fine a se stesso, non si erge isolato nel panorama dei rapporti giuridici, ma si inserisce nel quadro di una più complessa vicenda giudiziaria ed amministrativa destinata ad originare un delicato groviglio di questioni attinenti alla individuazione del giudice deputato a conoscere le controversie scaturenti dall'impugnativa della documentazione prefettizia e degli atti che ne conseguono, all'ampiezza del suo sindacato, al rito applicabile - il problema in tal caso si pone, invero, soltanto laddove la determinazione prefettizia intervenga nell'ambito di una procedura ad evidenza pubblica – nonché alla piena esplicitazione del contraddittorio processuale.

Preliminarmente, però, una premessa è d'obbligo. Prima di chiederci quale sia il giudice presso cui incardinare la causa avente ad oggetto la legittimità della certificazione antimafia, occorre domandarsi se essa sia impugnabile e, in particolare, se sia autonomamente impugnabile.

Dalle considerazioni che precedono, quanto meno in relazione al primo interrogativo, la risposta pare scontata. Non avrebbe senso cimentarsi sui profili di giurisdizione e competenza se l'atto in discorso non possa costituire oggetto di scrutinio giudiziario.

E, in effetti, che contro la determinazione prefettizia – *sub specie* di comunicazione ovvero di informazione – sia ammessa la tutela giurisdizionale è circostanza del tutto ovvia; trattandosi di un atto amministrativo, vale il disposto dell'art. 113 Cost. Peraltro, un chiaro indice rivelatore della giustiziabilità della stessa è contenuto nell'art. 34 *bis*, comma 6, del d.lgs. n. 159 del 2011, che, descrivendo i presupposti applicativi del controllo giudiziario volontario, prescrive la previa impugnazione dell'informativa da parte dell'istante.

Acclarato quindi che la certificazione in parola è impugnabile, viene poi da chiedersi se la stessa sia immediatamente lesiva della sfera giuridica dell'interessato e, dunque, se possa essere impugnata in via autonoma ovvero se

sia necessario attendere l'adozione dell'atto applicativo dell'amministrazione destinataria per poter esperire il relativo gravame.

Anche in ordine alla suddetta questione, salvo alcuni risalenti arresti di segno opposto¹⁹⁸, il formante pretorio – pur con qualche oscillazione in punto di percorso motivazionale - sembra ormai essersi orientato nel senso dell'immediata ed autonoma impugnabilità dell'atto prefettizio¹⁹⁹, arrivando

¹⁹⁸ T.a.r. Liguria, Genova, 25 marzo 1987, n. 146, in *Foro amm.*, 1987, 7-8, 1855; T.a.r. Sicilia, Palermo, 3 marzo 1986, n. 282, in *Foro amm.*, 1986, 11, 2550. In senso conforme, più recentemente, anche: T.a.r. Sicilia, Palermo, sez. I, 13 luglio 2009, n. 1287, in www.giustizia-amministrativa.it, che tuttavia richiama, in modo non del tutto conferente, Cons. Stato, sez. V, 13 dicembre 2006, n. 7374, in *Foro amm. CDS*, 2006, 12, 3366, quest'ultima avente ad oggetto la domanda di annullamento di un'informativa supplementare.

¹⁹⁹ Fondano l'autonoma impugnabilità dell'informazione antimafia tipica sul supposto automatismo interdittivo che ne scaturirebbe, *ex plurimis*: T.a.r. Calabria, Catanzaro, sez. II, 16 gennaio 2014, n. 85, www.giustizia-amministrativa.it; T.a.r. Calabria, Catanzaro, sez. I, 25 marzo 2013, n. 323; Cons. Stato, sez. VI, 19 agosto 2008, n. 3958, in *Foro amm. CDS*, 2008, 7-8, 2169.

Giunge alla medesima conclusione, ma sulla base di un diverso itinerario argomentativo tendente a valorizzare l'interesse 'morale' del ricorrente a tutelare la propria dignità e onorabilità, immediatamente compromesse a fronte dell'emissione del provvedimento prefettizio Cons. Stato, sez. III, 7 aprile 2022, n. 2585, in www.giustizia-amministrativa.it. Nel caso di specie l'alto Consesso ha ritenuto che – nonostante sia intervenuto in pendenza del giudizio l'aggiornamento della posizione della società in senso liberatorio – permanesse l'interesse morale di quest'ultima ad una decisione di merito in relazione al provvedimento impugnato al fine di vedere ristabilita la verità circa la propria non contiguità ad ambienti malavitosi (in senso inverso ma in forza della medesima logica si giustifica la declaratoria di improcedibilità del ricorso per sopravvenuto annullamento in autotutela della informativa interdittiva, cfr.: Tar Puglia, Lecce, sez. III, 16 marzo 2022, n. 413, www.giustizia-amministrativa.it). In senso conforme: Cons. Stato, sez. III, 23 giugno 2014, ord. n. 3155, in *Foro amm.*, 2014, 6, 1686; Cons. Stato, sez. VI, 20 gennaio 2011, n. 396, in www.giustizia-amministrativa.it; T.a.r. Lombardia, Milano, sez. I, 31 gennaio 2014, n. 360, in www.giustizia-amministrativa.it. Nell'arresto da ultimo richiamato, in particolare, sebbene l'amministrazione comunale nelle more del giudizio avesse riappaltato i lavori oggetto del contratto rescisso e gli stessi fossero stati ultimati, il Tribunale ha concluso che permanesse in capo alla società ricorrente l'interesse a far accertare l'illegittimità dell'atto di recesso e della presupposta nota prefettizia a tutela della propria 'immagine commerciale'.

anzi a dichiarare inammissibile il ricorso promosso avverso il provvedimento consequenziale che non sia stato preceduto dalla tempestiva impugnazione di quest'ultimo²⁰⁰. Unica eccezione al descritto costrutto è rappresentata dall'informativa supplementare, la quale – in quanto manifestazione di pura conoscenza cui è estranea qualsiasi connotazione volitiva di tipo provvedimentale – è priva di capacità lesiva diretta e dunque è inidonea a formare oggetto di impugnazione giurisdizionale in via autonoma, sicché la stessa deve essere censurata congiuntamente agli atti finali che la presuppongono²⁰¹.

²⁰⁰ T.a.r. Sicilia, Palermo, sez. I, 14 ottobre 2013, n. 1885, in *Foro amm. TAR*, 2013, 10, 3221, secondo il quale: «Una volta dichiarata l'inammissibilità del ricorso nella parte in cui detto gravame è stato promosso avverso l'atto presupposto (informativa interdittiva) - divenuto quindi inoppugnabile - l'impugnativa dell'atto consequenziale, censurato sostanzialmente per il solo vizio di invalidità derivata, non può che essere dichiarata inammissibile».

In senso conforme, cfr.: T.a.r. Sicilia, Palermo, sez. I, 14 ottobre 2013, n. 1884, in www.giustizia-amministrativa.it; T.a.r. Sicilia, Palermo, sez. I, 14 febbraio 2014, n. 452, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁰¹ T.a.r. Sicilia, Palermo, sez. I, 6 marzo 2015, n. 614, in www.giustizia-amministrativa.it; T.a.r. Campania, Napoli, sez. I, 7 marzo 2012, n. 1153, in *Foro amm. TAR*, 2012, 3, 873; T.a.r. Campania, Napoli, sez. I, 29 aprile 2011, n. 2401, in www.giustizia-amministrativa.it; T.a.r. Campania, Napoli, sez. I, 27 ottobre 2006, n. 9181, in *Foro amm. TAR*, 2006, 10, 3285; T.a.r. Campania, Napoli, sez. I, 14 luglio 2006, n. 7510, in *Foro amm. TAR*, 2006, 7-8, 2585; T.a.r. Campania, Napoli, sez. I, 27 gennaio 2006, n. 1077, in *Foro amm. TAR*, 2006, 1, 263. In senso conforme anche Cons. Stato, sez. VI, 15 dicembre 2010, n. 8928, in *Foro amm. CDS*, 2010, 12, 2749, il quale – con specifico riferimento al caso in cui in seno al medesimo procedimento si siano susseguite una prima informazione atipica ed una successiva informazione tipica – ha ravvisato l'improcedibilità del ricorso proposto contro la prima, essendo la seconda dotata di autonoma rilevanza e non potendo la stessa « essere considerata una mera conseguenza della prima o logico corollario di essa o causalmente connessa ».

La tesi giurisprudenziale sposata dalle sentenze richiamate è tuttavia avversata da quella parte della dottrina che considera l'informativa supplementare produttiva di immediati effetti negativi per l'impresa, quantomeno in termini di pregiudizio morale per la sua immagine dell'impresa che ne è attinta. Cfr.: M. MAZZAMUTO, *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, cit., 39; A. TRAVI, *Effetti del provvedimento e competenza territoriale dei Tar: un binomio difficile*, in *Foro it.*, 2013, III, 369 ss.

3.1. Dalle (presunte) certezze in punto di giurisdizione...

Chiarito quanto sopra, non resta che passare all'esame delle questioni pregiudiziali di rito, prendendo le mosse da quella relativa alla corretta individuazione del plesso giudiziario presso cui incardinare la vertenza inerente alla legittimità della documentazione rilasciata dalla prefettura.

Sul punto, la giurisdizione del giudice amministrativo non è mai stata messa in discussione, anche se, in verità, l'attenzione della giurisprudenza si è appuntata sulle informative e la conclusione favorevole a demandare all'autorità giudiziaria amministrativa le controversie scaturenti dalla impugnazione di queste ultime è stata giustificata in ragione dell'ampio margine di apprezzamento che la normativa riconosce al prefetto nell'esercizio del relativo potere.

Tale considerazione non pare però del tutto conducente. Già *prima facie* se ne dovrebbe infatti trarre la conseguenza radicale di affermare la giurisdizione del giudice ordinario ove oggetto di scrutinio sia una comunicazione ovvero un'informazione meramente ricognitiva, limitandosi in tal caso l'amministrazione dell'Interno a dare conto di fatti, stati o qualità del soggetto sottoposto a controllo così come risultanti dalla consultazione della banca dati.

Non solo. Ad una più attenta analisi, si potrebbe addirittura pervenire a sconfessare la tesi della giurisdizione amministrativa con riguardo all'intero sistema della documentazione antimafia in ragione della circostanza che, come si è cercato di dimostrare, la valutazione prefettizia interviene su un assetto di interessi già ordinato dal legislatore, attenendo la stessa al momento dell'accertamento (e dell'apprezzamento) del fatto secondo precisi canoni di inferenza logica e non alla ponderazione dei valori in gioco (*supra* § 2.1.).

In quest'ottica, dunque, l'impressione che si ha è che la giurisprudenza faccia un uso poco misurato della nozione di discrezionalità, dando per scontata l'attrazione delle controversie in esame nell'orbita della giurisdizione generale di legittimità di cui all'art. 7, comma 4, c.p.a.

È bene, invece, riportare il discorso su binari più rigorosi e verificare la corretta qualificazione della posizione giuridica vantata dall'interessato a fronte della funzione di controllo esercitata dalla prefettura.

A tal proposito, giova rammentare che quello dianzi ricordato, fondato sulla correlazione biunivoca tra potere vincolato e diritto soggettivo, rappresenta uno soltanto dei molteplici criteri discretivi che sono stati elaborati per distinguere tra diritti soggettivi ed interessi legittimi a partire dagli anni Trenta del secolo scorso. Infatti, a far data dallo storico concordato del 1929-1930, allorquando i Presidenti del Consiglio di Stato e della Corte di Cassazione, rispettivamente Santi Romano e Mariano D'Amelio, individuarono quale criterio di riparto della giurisdizione quello fondato sulla necessaria compresenza di *causa petendi e petitum*²⁰², di fatto ripudiando la soluzione monista avanzata dallo Scialoja che proponeva di radicare la giurisdizione in funzione della richiesta di tutela proveniente dal soggetto leso²⁰³, la dottrina e la giurisprudenza si sono affannate nel tentativo di trovare una regola sicura per distinguere tra l'una e l'altra posizione giuridica soggettiva.

Tra i vari criteri ermeneutici sviluppati, oltre a quello imperniato sulla struttura della norma di conferimento del potere (e, dunque, sulla distinzione, di guicciardiana memoria, tra norma di azione e norma di relazione)²⁰⁴ e quello, di

²⁰² E. FREDIANI – F. MERUSI, *La giustizia amministrativa nel ventennio fascista*, in *Amministrare*, 2018, 3, 368; R. CAVALLO PERIN, *Il riparto di giurisdizione, Relazione al convegno "Il Consiglio di Stato durante la presidenza di Santi Romano (Roma – Consiglio di Stato – 6 febbraio 2003)"*, in *La giustizia amministrativa ai tempi di Santi Romano presidente del Consiglio di Stato*, Torino, 2004, 169 ss.; ID., *Il riparto di giurisdizione nel concordato Romano D'Amelio*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 1, 14 ss.; E. CANNADA BARTOLI, voce *Giustizia amministrativa*, in *Dig. pubbl.*, vol. VII, Torino, 1987, 555. Nella manualistica cfr. *ex plurimis*: M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1979, 155; V. CAIANELLO, *Lineamenti del processo amministrativo*, Torino, 1979, 171; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2019, 733; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2021, 123.

²⁰³ V. SCIALOJA, *Sui limiti della competenza della Sezione IV del Consiglio di Stato di fronte all'autorità giudiziaria*, in *Foro it.*, 1981, 1119 ss.

²⁰⁴ E. GUICCIARDI, *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi nella giustizia amministrativa*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1937, 2, 151 ss.

origine pretoria, incentrato sulla natura del vizio dedotto (e, dunque, sulla distinzione tra carenza di potere e cattivo esercizio di potere)²⁰⁵, in dottrina vi è stato chi ha ritenuto di ancorare la *summa divisio* ai connotati del potere esercitato dall'amministrazione, pervenendo alla seguente conclusione: in presenza di attività integralmente vincolata, siccome l'ente si limita a verificare la ricorrenza nella fattispecie concreta dei presupposti e requisiti previsti dalla disposizione generale e astratta, il giudizio di spettanza non può che avere carattere univoco, nel senso che l'esito del medesimo è agevolmente prevedibile dal privato, il quale, pertanto, risulta titolare di una situazione qualificabile in termini di diritto soggettivo; viceversa, in presenza di attività discrezionale propriamente detta il giudizio di spettanza è intrinsecamente ambiguo, non essendo l'esito del medesimo prevedibile dal privato, che, perciò, risulta titolare di una situazione qualificabile in termini di interesse legittimo²⁰⁶.

Il criterio da ultimo rammentato, per quanto suggestivo, non ha tuttavia ricevuto l'avallo della giurisprudenza, la quale ha dimostrato di tenere in non cale l'endiadi 'attività vincolata/diritto soggettivo', ponendo di contro l'accento

²⁰⁵ Cass. civ., sez. un., 4 luglio 1949, n. 1657 (caso Ferrari), in *Foro it.*, 1949, I, 926 ss.

²⁰⁶ La detta tesi è stata in particolare elaborata da E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, vol. I, Padova, 1983, 267 e sviluppata dalla Scuola fiorentina grazie ai contributi di A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni giuridiche soggettive*, in ID., *Scritti giuridici*, Milano, 2007, 1249 (già in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 3); C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985, 224; L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento autonomo. Autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, Padova, 1996, 42 ss.; C. CUDIA, *Appunti sulla discrezionalità amministrativa (nello Stato di diritto)*, in A. TRAVI (a cura di), *Colloquio sull'interesse legittimo – Atti del Convegno in memoria di Umberto Pototschnig*, Napoli, 2014, 144 ss. Sulla tesi di Capaccioli, si vedano anche i saggi contenuti in *Dir. amm.*, 2009, 4, fascicolo interamente dedicato alla rilettura dell'opera del grande Giurista. Tra questi, in particolare, si rinvia ai contributi di: F. MERUSI, *La teoria generale di Enzo Capaccioli nel dibattito amministrativo contemporaneo*, 873 ss.; D. SORACE, *Il metodo di Enzo Capaccioli e la questione della risarcibilità dei danni per lesione degli interessi legittimi*, 889 ss.

Per una critica alla menzionata tesi si rinvia, in dottrina, a: D. PAPPANO, *Potere amministrativo e responsabilità civile. La riconsiderazione delle categorie dogmatiche*, Napoli, 2008, 26 ss.

sulla natura individuale o metaindividuale dell'interesse che, tramite l'esercizio del potere, la disciplina legislativa mira a soddisfare. Infatti, secondo un orientamento ormai consolidato, anche nell'ipotesi in cui non residui in capo alla pubblica amministrazione alcun margine di scelta in ordine alla determinazione da assumere, il privato è titolare di un interesse legittimo - e non di un diritto soggettivo - ogni qual volta la disposizione normativa, nell'attribuire il potere a quel determinato plesso organizzativo, intenda tutelare in via diretta ed immediata un interesse pubblico²⁰⁷.

In base a questa visione, che costituisce una rivisitazione della sistematica elaborata dal Guicciardi, sarebbe la funzionalizzazione del potere alla salvaguardia di prerogative pubblicistiche a dare consistenza di interesse legittimo alla posizione del privato, indipendentemente dalla natura del potere medesimo. Nella correlazione tra attività vincolata e diritto soggettivo verrebbe così a fraporsi un elemento di rottura dato dalla finalizzazione della norma violata alla precipua protezione dello scopo di pubblico interesse dalla stessa perseguito.

Sulla base di siffatta ricostruzione teorica, quindi, ai fini del radicamento della giurisdizione la distinzione tra comunicazione e informazione antimafia

²⁰⁷ Tra le pronunce più risalenti: Cass. civ., sez. un., 4 marzo 1983, n. 1622, in *Rass. avv. Stato*, 1983, 1, 315; Cass. civ., sez. un., 11 aprile 1981, n. 2113, in *Giust. civ.*, 1981, 1, 2008; Cass. civ., sez. un., 11 ottobre 1955, n. 2994, in *Foro it.*, 1955, I, 1291 ss. Tra quelle più recenti, *ex multis*: T.a.r. Toscana, I, 28 febbraio 2018, n. 329, in *Foro amm.*, 2018, 2, 273; Cass. civ., sez. un., 19 aprile 2017, n. 9862; Cass. civ., sez. un., 28 ottobre 2005, n. 21000, in *Foro amm. CDS*, 2006, 1, 76; Cass. civ., sez. un., 1° aprile 2004, n. 6486, in *Foro amm. CDS*, 2004, 4, 1025; Cass. civ., sez. un., 4 novembre 2002, n. 15439, in *Foro it.*, 2003, I, 2722. In questi termini si è espressa anche: Cons. Stato, ad. pl., 24 maggio 2007, n. 8, in *Foro amm. CDS*, 2007, 6, 1758, con nota di B. GAGLIARDI, *Estensione della nozione di pubblico concorso e tutela giurisdizionale*, nonché in *Foro amm. CDS*, 2007, 9, 2424, con nota di L. FLORE, *Giurisdizione amministrativa e graduatorie permanenti*. In senso critico rispetto alla tesi giurisprudenziale cfr.: R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 81 ss.

Per un approfondimento sulle elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali che si sono succedute intorno alla figura dell'interesse legittimo, cfr.: F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017; ID., *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990.

così come l'ulteriore ripartizione tra informazioni meramente ricognitive, da un lato, e informazioni ricognitive ed accertative, dall'altro, finisce per perdere di significato, scolorendosi alla luce della comune teleologia, rappresentata dalla necessità di presidiare l'economia legale dalle insidie della criminalità organizzata. Se così è, se cioè l'intento delle disposizioni volte a conferire all'autorità prefettizia i poteri *de quibus* è chiaro ed univocamente diretto alla salvaguardia dell'ordine pubblico, risulta agevole ricostruire la posizione del privato in termini di interesse legittimo, con conseguente devoluzione della giurisdizione in favore del giudice amministrativo, a nulla rilevando il rilievo costituzionale delle situazioni incise da simili poteri²⁰⁸.

Nel quadro così delineato si inserisce tuttavia un elemento di complessità dato dal fatto che la certificazione è trasmessa all'amministrazione titolare del procedimento cui la verifica antimafia è prodromica per l'adozione degli atti consequenziali (revoca del provvedimento ampliativo e/o recesso dal contratto già stipulato), che l'interessato ha l'onere di tempestivamente impugnare²⁰⁹.

²⁰⁸ In questo senso, cfr.: Cons. Stato, sez. III, 2 febbraio 2021, n. 957, in www.giustizia-amministrativa.it, ad avviso del quale: «nella fattispecie dedotta le penetranti limitazioni all'esercizio dell'attività d'impresa costituiscono un effetto degradatorio dell'esercizio del potere autoritativo posto a presidio di un rilevante interesse pubblico. Tale ricostruzione del rapporto causa-effetto non consegue unicamente ad una precisa scelta del legislatore in tal senso, ma rappresenta il portato dell'ordinario schema che, anche sul piano della teoria generale, lega l'esercizio dei diritti individuali alla verifica della compatibilità di tale esercizio con gli interessi superindividuali della cui tutela è titolare l'amministrazione. Siffatta tutela si esprime attraverso un potere autoritativo, peraltro connotato da un ampio spettro valutativo, sicché lo scrutinio in sede giurisdizionale della legittimità degli atti nei quali si traduce non può che svolgersi nella giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo, secondo il criterio di riparto ancorato al c.d. *petitum* sostanziale. I diritti individuali che si assumono lesi da tali provvedimenti degradano infatti ad interessi legittimi, secondo la nota teoria elaborata per garantire il controllo naturale del giudice amministrativo sui rapporti di diritto pubblico».

²⁰⁹ Fermo restando che l'illegittimità della determinazione prefettizia si propaga in via derivata e consequenziale ad ogni ulteriore provvedimento che in detta statuizione trovi il proprio unico presupposto ed antecedente procedimentale, l'orientamento giurisprudenziale prevalente è nel senso di riconoscere a siffatta invalidità derivata un effetto soltanto viziante e non anche caducante (cfr.: Cons. Stato, sez. IV, 21 giugno 2021, n. 4773, in www.giustizia-amministrativa.it).

Se non si ravvisano particolari difficoltà a predicare la giurisdizione del giudice amministrativo con riferimento all'impugnativa della revoca del provvedimento concessorio e/o autorizzatorio, più controversa appare la questione laddove alla nota prefettizia faccia seguito la revoca dell'aggiudicazione e il recesso dal relativo contratto di appalto.

Secondo l'elaborazione dogmatica risalente a Giannini ed ormai invalsa nella dottrina e giurisprudenza successive²¹⁰, si è soliti affermare che i contratti di cui è parte una pubblica amministrazione presentano una struttura bifasica. Ad una sequenza procedimentale retta dalle regole del diritto pubblico e tesa a massimizzare l'interesse alla diffusione di mercati aperti e concorrenziali fa seguito una fase di esecuzione del contratto sottoposta ai principi del diritto comune, nella quale l'amministrazione si spoglia della propria originaria veste di autorità per divenire soggetto di diritto privato, collocato in posizione tendenzialmente paritaria rispetto alla controparte²¹¹.

www.giustizia-amministrativa.it; T.a.r. Sicilia, Catania, sez. I, 25 gennaio 2021, n. 208, in www.giustizia-amministrativa.it. *Contra*: Cons. Stato, sez. III, 1° febbraio 2012, n. 507, in *Foro amm. CDS*, 2012, 2, 270). Del resto, nella dinamica del rapporto tra atto presupposto e atto presupponente, il formante pretorio è rigoroso nel prevedere l'effetto caducante dell'invalidità derivata nella sola evenienza in cui l'atto successivo venga a porsi nell'ambito della medesima sequenza procedimentale quale ineluttabile conseguenza dell'atto ulteriore (in generale sul tema, cfr.: Cons. Stato, sez. V, 5 agosto 2020, n. 4932, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. V, 17 aprile 2020, n. 2464, in *Foro amm.*, 2020, 4, 810; Cons. Stato, sez. II, 22 gennaio 2020, n. 538, in www.giustizia-amministrativa.it).

²¹⁰ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, 799 ss.; ID., *Attività amministrativa*, Milano, 1960, 19 ss.

²¹¹ La circostanza che la fase di esecuzione dei contratti pubblici sia disciplinata da regole privatistiche non significa che la stessa sia «una terra di nessuno, lasciata all'arbitrio dei contraenti e all'indifferenza dei terzi», conservando la medesima un'indubbia rilevanza per l'ordinamento giuridico. In questi termini si esprime Cons. Stato, ad. plen., 2 aprile 2020, n. 10, in *Foro it.*, 2020, 7-8, III, 379; in *Foro amm.*, 2020, 4, 722; in *Urb. app.*, 2020, 5, 670. La menzionata pronuncia, intervenendo in tema di trasparenza nel settore dei contratti pubblici, ha ritenuto di estendere l'operatività dell'accesso civico generalizzato al segmento procedurale susseguente alla stipulazione del contratto, giacché, venendo meno dopo l'aggiudicazione l'attenzione incrociata degli operatori economici e indebolendosi fisiologicamente il controllo

Dalla citata ricostruzione discendono importanti conseguenze sia sotto il profilo sostanziale sia sotto il profilo processuale, segnatamente in tema di riparto di giurisdizione²¹².

Proprio a questo riguardo, costituisce *ius receptum* la regola che individua nella stipulazione del contratto uno spartiacque fondamentale, nel senso che, mentre il segmento precontrattuale risulterebbe assorbito nell'evidenza pubblica e le relative controversie devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo, le vertenze inerenti alla serie negoziale successiva alla conclusione del contratto ricadrebbero nella giurisdizione del giudice ordinario²¹³. Tra queste ultime «non solo quelle che attengono al suo adempimento e quindi concernenti l'interpretazione dei diritti e degli obblighi

ab externo, l'istituto costituisce irrinunciabile strumento di soddisfacimento dell'anelito conoscitivo dei consociati. Tra i molteplici commenti alla sentenza, di particolare interesse nella prospettiva qui esaminata: F. FRACCHIA – W. GIULIETTI, *Aspetti problematici dell'esecuzione nei contratti nel prisma della nuova giurisprudenza sull'accesso civico*, in *Il dir. dell'economia*, 2020, 2, 203.

In aperto contrasto alla teorica della 'terra di nessuno', le peculiarità del versante esecutivo del contratto pubblico, connotato da un forte antagonismo bilaterale, erano già state da tempo messe a fuoco dalla dottrina. Al riguardo, sempre attuali le pagine di A. DI MAJO GIANQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, 225-226.

²¹² In generale sul tema: S. S. COCA, *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, Milano, 2008.

²¹³ Cfr., *ex multis*: Cass. civ., sez. un., 23 aprile 2020, ord. n. 8099, in www.cortedicassazione.it; Cass. civ., sez. un., 21 maggio 2019, ord. n. 13660, in *Foro amm.*, 2019, 12, 1998; Cass. civ., sez. un., 5 ottobre 2018, ord. n. 24411, in *Foro amm.*, 2019, 6, 1009; Cass. civ., sez. un., 18 novembre 2016, ord. n. 23468, in *Foro amm.*, 2017, 1, 17.

In senso critico rispetto alla divisata geometria G.D. COMPORTI, *Logiche di riparto per una rinnovata visione dei contratti pubblici*, in *Giur. it.*, 2018, 2, 434. L'Autore, muovendo dall'analisi generale dei poteri esercitati dall'amministrazione per rendere inefficaci *ex post* contratti stipulati con soggetti privati, ne esamina le ricadute in punto di giurisdizione, arrivando ad affermare, alla luce dei criteri elaborati dal diritto vivente, la necessità di «porre l'accento non tanto sulla logica della ripartizione statica che si cela dietro il momento solenne della stipulazione del contratto, che rischia di restituire rigidità di approdi ad un quadro ormai diversamente strutturato, ma alla logica dinamica che si è visto presiedere alla individuazione nel rapporto giuridico di diritto comune del vero spartiacque delle due giurisdizioni» (*ivi*, 442).

delle parti, ma anche quelle volte ad accertare le condizioni di validità, efficacia, nullità o annullabilità del contratto, siano esse inerenti o estranee o sopravvenute alla struttura del contratto, comprese quelle derivanti da irregolarità o illegittimità della procedura amministrativa a monte e le fattispecie di radicale mancanza del procedimento di evidenza pubblica o sussistenza di vizi che ne affliggono singoli atti, accertabili incidentalmente da detto giudice, al quale le parti possono rivolgersi senza necessità del previo annullamento da parte del giudice amministrativo»²¹⁴.

Ora, alla luce dell'enunciato paradigma bifasico e delle necessitate conseguenze, sembrerebbe doversi inferire la conclusione che, qualora per motivi di urgenza il contratto sia stato stipulato e in pendenza della sua esecuzione sopraggiunga un'informazione ad effetti inabilitanti, sul recesso esercitato dall'ente appaltante dovrebbe essere chiamato a decidere il giudice ordinario, in quanto: a) la circostanza interviene in un momento cronologico successivo alla genesi del negozio; b) determinando il provvedimento prefettizio una particolare forma di incapacità *ex lege* a contrarre con la pubblica amministrazione, la stessa dovrebbe ridondare sulla validità del contratto *medio tempore* stipulato, giusto il disposto dell'art. 1425 c.c.

Di contro, anche in simili situazioni il formante pretorio non esita a confermare la giurisdizione del giudice amministrativo²¹⁵. Ciò in quanto l'informativa interdittiva adottata *ex post* non si atteggierebbe a difetto funzionale del sinallagma contrattuale, non costituirebbe una sopravvenienza impeditiva

²¹⁴ Cass. civ., sez. un., 5 aprile 2012, n. 5446, in *Foro amm. CDS*, 2012, 7-8, 1794.

²¹⁵ Cfr., *ex plurimis*: Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 2021, n. 3078, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. III, 11 gennaio 2021, n. 338, in www.giustizia-amministrativa.it; Cass. civ., sez. un., 29 agosto 2008, n. 21928, in *Foro amm. CDS*, 2008, 11, 2935. In senso conforme anche: Cass. civ., sez. un., 27 gennaio 2014, ord. n. 1530, in *Foro amm.*, 2014, 6, 1669. Nella pronuncia da ultimo citata viene affermata la giurisdizione del giudice ordinario sul presupposto che il recesso esercitato dalla stazione appaltante a fronte dell'informativa antimafia liberatoria non era espressione di potestà pubblicistica, correlata alla mancanza di requisito di partecipazione dell'operatore economico, dovendosi piuttosto qualificare alla stregua di un qualunque atto negoziale di natura privatistica.

dell'ulteriore esecuzione del contratto, bensì l'accertamento dell'originaria incapacità dell'operatore economico ad essere controparte contrattuale di un soggetto pubblico²¹⁶. Il collegamento con la serie negoziale successiva alla instaurazione del vincolo contrattuale sarebbe per così dire soltanto 'accidentale', incidendo la certificazione antimafia, ancorché a posteriori, sui requisiti di partecipazione alla gara e, dunque, risultando la stessa logicamente afferente alla fase 'genetica' dell'evidenza pubblica²¹⁷. Il diritto/dovere di revoca dell'aggiudicazione e di recesso dal contratto stipulato, riconosciuto all'amministrazione procedente dagli artt. 88, comma 4 *ter*, e 92, comma 4, del d.lgs. n. 159 del 2011, si risolverebbe quindi nella manifestazione di un potere pubblicistico di autotutela avente come effetto lo scioglimento dell'ente appaltante dal vincolo negoziale e come connotazione funzionale l'esigenza di tutela della legalità nel settore delle commesse pubbliche²¹⁸. Proprio in ragione di siffatto potere la posizione del privato assume, ad avviso della giurisprudenza, lo spessore di interesse legittimo.

In verità, però, le richiamate disposizioni, distinguendo tra la revoca dei provvedimenti favorevoli e il recesso dai contratti, sembrerebbero restituire una varietà di metodologie di intervento pensata in ragione della intrinseca complessità della fattispecie, la quale è calata in un contesto in cui si agitano e

²¹⁶ Come efficacemente nota G.D. COMPORTI, *Logiche di riparto per una rinnovata visione dei contratti pubblici*, cit., 442, «non è il momento storico della fattispecie in cui cade l'atto di ripensamento a decidere meccanicamente il giudice», bensì «il fine concreto dell'atto posto in essere, nel senso che le volte in cui lo stesso, pure intervenuto in corso di esecuzione del contratto, agisce in funzione correttiva di aspetti riguardanti in senso lato la capacità del privato di essere parte contrattuale dell'amministrazione, può dirsi che esso attiene funzionalmente all'affidamento e, quindi, è attratto nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo».

²¹⁷ Sulla necessaria perduranza dei requisiti di partecipazione sino a contratto ultimato si veda: Cons. Stato, ad. pl., 20 luglio 2015, n. 8, in *Foro amm.*, 2015, 7-8, 1903; Cons. Stato, ad. pl., 7 aprile 2011, n. 4, in *Foro amm. CDS*, 2011, 4, 1132.

²¹⁸ In tema si veda: Cons. Stato, ad. pl., 20 giugno 2014, n. 14, in *Foro it.*, 2015, 12, III, 673; in *Resp. civ. prev.*, 2014, 5, 1647, con nota di A. UBALDI, *Revoca e istituti di confine in materia di contratti pubblici: tra limiti e conseguenze economiche*.

si intersecano poteri o, *rectius*, ‘rimedi’ di varia natura. La riqualificazione della potestà di recesso riconosciuta alla stazione appaltante in termini di autotutela decisoria appare quindi semplicistica, per non dire un po’ forzata. Una simile lettura, infatti, risente di resistenze di ordine culturale ancora ben presenti nel formante pretorio, il quale, mosso dall’urgenza di individuare la situazione soggettiva in cui versa il privato ai fini del radicamento della giurisdizione presso l’uno o l’altro plesso giudiziario, pretende di approcciarsi al tema attraverso il filtro delle tradizionali categorie dogmatiche, laddove invece, come evidenziato dalla dottrina, il dato positivo evoca tutta «la ricchezza di una specialità situazionale» che, sola, è in grado di offrire l’orizzonte di senso necessario per spiegare il fenomeno²¹⁹. È attraverso queste coordinate che l’interprete, liberato da condizionamenti, può apprezzare le peculiarità di una tecnica di tutela che, lungi dal configurarsi come un ‘atto di ripensamento’ in senso proprio, trova più semplicemente la propria ragion d’essere nell’accertamento postumo di una causa di esclusione prevista dall’art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016, che ridonda in un vizio del contratto frattanto stipulato²²⁰.

3.2. (Segue) ...alle conclamate incertezze in punto di competenza...

²¹⁹ G.D. COMPORI, *Logiche di riparto per una rinnovata visione dei contratti pubblici*, cit., 441. Le riflessioni contenute nel contributo citato sono state poi sviluppate dall’Autore in *Il coraggio di amministrare*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, cit., 1150-1151.

²²⁰ Letta in questi termini, sembrerebbe potersi istituire un parallelismo tra la fattispecie in esame e il potere di recesso riconosciuto all’ente committente ai sensi dell’art. 163, comma 7, del d.lgs. n. 50 del 2016. Nelle ipotesi di affidamenti in condizioni di somma urgenza, infatti, onde contemperare le esigenze di celerità con il rispetto dei requisiti di moralità, integrità e affidabilità professionale dell’operatore incaricato, è riconosciuta alla stazione appaltante la facoltà di dare l’incarico senza indugio, rinviando ad un momento successivo la verifica dei requisiti ex art. 80 del codice in capo al soggetto prescelto. Ove i controlli diano esito negativo, anche in questo caso il rimedio approntato a tutela dell’amministrazione procedente è il ‘recesso’ dal contratto (cfr.: T.a.r. Lazio, Roma, sez. II, 4 gennaio 2021, n. 3, in *Foro amm.*, 2021, 1, 151).

Le riferite (presunte) certezze in ordine al riparto di giurisdizione si stemperano allorquando si passi ad esaminare l'altra questione pregiudiziale, relativa alla competenza.

Quattro sono le situazioni che in astratto possono darsi: 1) impugnazione della sola documentazione antimafia; 2) impugnazione contestuale della documentazione antimafia e degli atti consequenziali adottati dalla stazione appaltante²²¹; 3) impugnazione con separati giudizi della documentazione antimafia e degli atti applicativi; 4) impugnazione dei soli atti consequenziali.

In relazione alla ipotesi *sub* 1) e *sub* 4), non si ravvisano particolari problematiche. Ove l'operatore economico, non più interessato alla stipula e successiva esecuzione del contratto, impugni la sola informazione antimafia, il Tar competente a conoscere la relativa controversia è quello in cui ha sede l'autorità prefettizia che ha adottato l'atto avverso, ai sensi dell'art. 13, comma 1, primo periodo, c.p.a.²²². Ove il ricorrente abbia proposto domanda giudiziale

²²¹ A differenza del giudizio civile in cui, in forza dell'art. 104 c.p.c., è sempre possibile proporre contro la stessa parte una pluralità di domande tra loro anche non connesse, nel processo amministrativo la regola è che il ricorso sia proposto avverso un singolo provvedimento, costituendo il ricorso cumulativo un'eccezione ammessa soltanto qualora le domande siano volte a contestare atti separati ma avvinti da un nesso procedimentale ovvero di presupposizione logico-giuridica. Alla luce di ciò, la giurisprudenza ha sempre dato per scontata la possibilità di aggredire congiuntamente la nota prefettizia e il conseguente atto emesso dall'amministrazione ricevente. Un'espressa presa di posizione in merito si rinviene in: T.a.r. Calabria, Catanzaro, sez. I, 2 dicembre 2019, n. 1991, in *Foro amm.*, 2019, 12, 2186, che richiama i principi generali affermati da: Cons. Stato, ad. pl., 27 aprile 2015, n. 5, in *Foro amm.*, 2015, 4, 1025.

²²² Cfr.: Cons. Stato, ad. pl., 7 novembre 2014, ord. n. 29, in *Foro amm.*, 2014, 11, 2738; Cons. Stato, ad. pl., 31 luglio 2014, n. 17, in *Foro amm.*, 2014, 7-8, 1911.

In isolato dissenso si segnala: Cons. Stato, ad. pl., 4 febbraio 2013, ord. n. 4, in *Foro amm. CDS*, 2013, 2, 553, secondo cui, anche qualora l'impugnativa sia rivolta nei soli confronti del provvedimento prefettizio, «la natura funzionale da riconoscersi, in virtù del combinato disposto degli art. 14 comma 3, e 119, c. proc. amm., alla competenza relativa al giudizio avente ad oggetto l'atto applicativo inerente ad una procedura di affidamento, produce l'effetto di spostare la competenza sull'atto presupposto in capo al giudice funzionalmente deputato alla cognizione dell'atto a valle». Il detto principio, fondato sulla prevalenza della competenza

contro gli atti applicativi senza impugnare congiuntamente o separatamente anche l'atto presupposto, il ricorso dovrà essere dichiarato inammissibile²²³.

Più controverse risultano le ipotesi *sub 2)* e *sub 3)*. All'indomani dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 159 del 2011, si era sviluppato un filone giurisprudenziale orientato nel senso di ritenere che a decidere sulla legittimità della certificazione antimafia e degli atti consequenziali adottati dalla stazione appaltante fosse il giudice nella cui circoscrizione avesse sede quest'ultima sul rilievo della prevalenza della competenza funzionale rispetto alla competenza territoriale. In particolare, veniva dato ampio spazio al criterio degli effetti diretti di cui all'art. 13, comma 1, secondo periodo, c.p.a. Quest'ultimo, secondo la lettura offertane dalla relazione di accompagnamento al codice e dalla interpretazione pretoria formatasi sul punto, si pone in rapporto di complementarietà rispetto al criterio della sede, di cui all'art. 13, comma 1, primo periodo, c.p.a. Più precisamente, il criterio ordinario - rappresentato dalla sede dell'autorità amministrativa cui fa capo l'esercizio del potere oggetto della controversia - cede il passo a quello dell'efficacia spaziale nel caso in cui la potestà pubblicistica spieghi i propri effetti diretti esclusivamente nell'ambito territoriale di un tribunale periferico. Tale soluzione mira a soddisfare l'esigenza di non accrescere oltremodo il carico del Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sede di Roma, sul quale altrimenti verrebbero a gravare tutte le controversie aventi ad oggetto l'attività delle amministrazioni che hanno sede nella capitale, anche quando tale attività riguardi in via diretta circoscritti ambiti territoriali²²⁴.

funzionale rispetto a quella territoriale, non sarebbe stato comunque applicabile allorché la certificazione antimafia fosse stata richiesta al di fuori di una procedura evidenziale.

²²³ Cfr. nt. 200.

²²⁴ Cfr.: Cons. Stato, ad. pl., 24 settembre 2012, ord. n. 33, in *Foro amm. CDS*, 2012, 9, 2233; Cons. Stato, ad. pl., 19 novembre 2012, ord. n. 34, in *Foro amm. CDS*, 2012, 11, 2779.

In generale in tema di competenza territoriale inderogabile, cfr.: Cons. Stato, ad. pl., 8 settembre 2021, n. 15, in *Foro it.*, 2022, 1, III, 29; Cons. Stato, ad. pl., 13 luglio 2021, ord. n. 13, in *Foro it.*, 2021, 11, III, 564, che sottolineano come il radicamento della competenza presso il Tribunale periferico, attraverso il criterio dell'efficacia dell'atto, risponde ad una logica di

Traslando queste coordinate ermeneutiche alla fattispecie che ci occupa, in relazione all'assetto legislativo previgente, la competenza del tribunale della sede della stazione appaltante era individuata sul presupposto che l'informazione tipica operasse soltanto in seno allo specifico rapporto cui atteneva, non essendo atto a portata generale idoneo a dispiegare i propri effetti sull'intero territorio nazionale. Ne derivava che, giusto il combinato disposto degli artt. 13, comma 1, secondo periodo, e 14, comma 3, c.p.a., la cognizione delle controversie riguardanti la legittimità degli atti presupponenti emessi dall'ente appaltante spettava al tribunale del luogo ove questo aveva la propria sede e – stante la *vis attractiva* della competenza funzionale – a quest'ultimo dovevano essere devolute anche le vertenze relative all'impugnazione dell'atto presupposto, mercé l'art. 13, comma 4 *bis*, c.p.a.²²⁵.

Siffatto teorema giurisprudenziale, compatibile con il quadro normativo pregresso, manifestò i primi segni di cedimento nel periodo intercorrente tra il primo ed il secondo correttivo al codice antimafia, quando il Consiglio di Stato iniziò a prendere consapevolezza della portata non territorialmente limitata della misura prefettizia. L'idoneità di quest'ultima ad incidere *ex se* sulla partecipazione a future procedure di gara, sul mantenimento dell'attestazione di qualificazione SOA, nonché sulla concessione di ogni altro beneficio economico a carico dei bilanci dello Stato e degli enti pubblici rendeva arduo invocare il

decentramento della giurisdizione amministrativa, accolta dal legislatore costituzionale all'art. 125 Cost., che si ispira al principio di prossimità e che è, in ultima analisi, funzionale ad una maggiore garanzia del diritto di difesa. In senso conforme: Cons. Stato, ad. pl., 12 dicembre 2012, ord. n. 38, in *Urb. app.*, 2013, 4, 434, con nota di L. DE PAULI, *Impugnativa di atto presupposto e competenza territoriale del TAR dopo il secondo correttivo*. Per un approfondimento si rinvia a: G. FERRARI, *Artt. 13-16*, in *Il nuovo codice del processo amministrativo*, Roma, 2014.

²²⁵ Oltre alle pronunce citate nella nota precedente si veda anche: Cons. Stato, ad. pl., 4 febbraio 2013, n. 3, in *Foro amm. CDS*, 2013, 2, 360, che ha ritenuto la *regula iuris* cristallizzata all'art. 13, comma 4 *bis*, c.p.a (non applicabile *ratione temporis*) espressione di un principio generale immanente al sistema processuale.

criterio degli ‘effetti diretti’ allo scopo di spostare la competenza in favore del Tar nella cui circoscrizione aveva sede la stazione appaltante.

Non solo. Sulla base di una rivisitazione interpretativa dell’art. 13, comma 4 *bis* c.p.a., si era arrivati ad affermare che la detta disposizione, espressione del principio del *simultaneus processus*, non fosse applicabile all’ipotesi di contestuale impugnazione dell’informazione interdittiva antimafia e dei relativi atti applicativi, giacché la stessa andava riferita esclusivamente al caso in cui l’atto presupposto a carattere pregiudiziale non fosse immediatamente lesivo e dunque autonomamente impugnabile²²⁶. Di contro, laddove fosse avversata la certificazione antimafia e i relativi atti consequenziali fossero contestati per sole ragioni di invalidità derivata, il baricentro del processo sarebbe ruotato intorno alla prima, venendo i secondi incisi solo di riflesso.

Nondimeno, una volta neutralizzata l’operatività dell’art. 13, comma 4 *bis* c.p.a., l’affermato principio della prevalenza della competenza funzionale su quella territoriale finiva per condurre ad esiti affatto soddisfacenti in punto di effettività della tutela giurisdizionale. Due situazioni risultavano paradigmatiche. In primo luogo, il ricorrente – quand’anche non interessato all’impugnazione degli atti consequenziali – avrebbe potuto esperire l’azione di annullamento avverso ai medesimi al solo fine di spostare la cognizione della vertenza su di un tribunale presso il quale reputava di avere maggiori *chances* di vittoria, di fatto venendosi a creare un’occasione di *forum shopping*. In secondo luogo, ove la prefettura, sulla base delle medesime risultanze istruttorie, avesse rilasciato una pluralità di informative ‘gemelle’, si sarebbe radicata la competenza funzionale di tanti tribunali quante erano le stazioni appaltanti coinvolte.

²²⁶ Cons. Stato, ad. pl., 20 novembre 2013, ord. n. 29, in *Foro it.*, 2014, 4, III, 244, con nota di G. D’ANGELO, *Il riparto della competenza nel codice del processo amministrativo: un dibattito ancora aperto*. In dottrina, cfr.: A. GIUSTI, *Il Codice del processo amministrativo dopo il secondo correttivo*, in *Federalismi*, 23 ottobre 2013, 7; G. VELTRI, *Il giudizio amministrativo dopo il secondo correttivo: lo spostamento della competenza territoriale per ragioni di connessione*, in www.lexitalia.it, 2012, 7; C.E. GALLO, *Il secondo correttivo al codice del processo amministrativo*, in *Urb. app.*, 2012, 12, 1236.

Fu così che, per non frustare l'esigenza del *simultaneus processus*, l'Adunanza plenaria tornò sulla questione sottoponendo l'art. 14 c.p.a. ad un'interpretazione costituzionalmente orientata. Valorizzando il rinvio esterno contenuto all'art. 39 c.p.a. e applicando, suo tramite, l'art. 31 c.p.c., relativo ai rapporti di connessione tra causa principale e causa accessoria, giunse a ritenere competente, per il caso di contestuale impugnazione dell'informativa prefettizia e dell'atto susseguente, il giudice della prima, con la conseguenza che il criterio della competenza territoriale per il giudizio principale finiva per prevalere rispetto a quello della competenza funzionale previsto dal combinato disposto degli artt. 14 e 119 c.p.a. per il giudizio accessorio inerente agli atti di gara²²⁷.

Alla stregua, dunque, del travagliato percorso giurisprudenziale sviluppatosi dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 159 del 2011, il punto di approdo in relazione alle questioni indicate *sub 2)* e *sub 3)* è così riassumibile.

Il privato che voglia contestare la legittimità della certificazione antimafia dovrà rivolgere le proprie doglianze al tribunale amministrativo regionale nella cui circoscrizione ha sede la prefettura che ha rilasciato il provvedimento impugnato. I successivi atti applicativi adottati dalla stazione appaltante, ove non contestualmente impugnati, potranno/dovranno essere censurati di fronte al medesimo giudice tramite l'istituto dei motivi aggiunti (art. 43 c.p.a.). Qualora, in spregio al principio di concentrazione dei procedimenti, il ricorrente, che già ha promosso l'azione caducatoria contro la certificazione antimafia presso il tribunale ove ha sede l'autorità prefettizia, decida poi di intraprendere un separato giudizio contro gli atti consequenziali innanzi al tribunale nella cui circoscrizione ha sede l'ente appaltante, non sussiste alcun obbligo giuridico per quest'ultimo di sospendere il giudizio *ex art. 295 c.p.c.* in attesa della definizione del primo, sebbene, com'è evidente, la soluzione della prima controversia costituisca il presupposto logico-giuridico della seconda²²⁸.

²²⁷ Cons. Stato, ad. pl., 31 luglio 2014, ord. n. 17, in *Foro amm.*, 2014, 7-8, 1911. Nello stesso senso si esprimono: Cons. Stato, ad. pl., 31 luglio 2014, ord. da n. 18 a n. 26, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

²²⁸ Cons. Stato, sez. III, 22 dicembre 2017, n. 6045, in www.giustizia-amministrativa.it.

3.3. (Segue) ...passando per i dilemmi in punto di rito applicabile

I richiamati pronunciamenti dell'Adunanza plenaria, se da un lato sono stati in grado di dipanare i dubbi in ordine al tribunale amministrativo competente a conoscere della legittimità della documentazione antimafia e degli atti presupponenti, hanno lasciata irrisolta la questione inerente al rito processuale applicabile all'ipotesi in cui la certificazione sia richiesta in seno ad una procedura evidenziale e la stessa venga impugnata contestualmente ai conseguenti atti adottati dalla stazione appaltante.

La problematica si incentra sulla corretta interpretazione degli artt. 32 e 119, comma 1, lett a), c.p.a. Il primo dei precetti richiamati, nell'ammettere il cumulo di domande connesse, dà preminenza al rito ordinario ove le azioni siano sottoposte a riti diversi. Tale regola generale incontra un'eccezione ogni qual volta una delle pretese azionate sia assoggettabile ad uno dei riti abbreviati relativi a speciali controversie. In tal caso, infatti, attese le particolari esigenze di celerità che connotano queste ultime, le stesse sarebbero irrimediabilmente frustrate ove l'intero giudizio non venisse attratto nella sfera applicativa del rito speciale abbreviato. Tra le dette controversie, a mente del secondo precetto citato, figurano proprio quelle relative ai «*provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture*».

All'indomani del *grand arrêt* dell'Adunanza plenaria n. 17 del 2014, il Consiglio di Stato aveva fatto discendere dal sopravvenuto accertamento dell'originaria incapacità a contrarre con la pubblica amministrazione, connesso al rilascio dell'informativa antimafia ad effetti inibitori, la conseguenza che gli atti applicativi di revoca dell'aggiudicazione e di recesso unilaterale del contratto dovessero essere qualificati come provvedimenti concernenti una procedura

evidenziale *ex art.* 119, comma 1, lett. a), c.p.a. e, in quanto tali, sottoposti al relativo rito anche in punto di dimidiazione dei termini processuali²²⁹.

L'affermazione, per il vero un po' apodittica, non è stata seguita dalla giurisprudenza successiva che si è orientata in senso opposto, sul rilievo che l'argomento utilizzato per radicare la giurisdizione in capo al giudice amministrativo non sarebbe spendibile al fine di vedere applicato l'art. 32, comma 1, c.p.a. La detta disposizione, espressione di un indubbio *favor* per i riti abbreviati di cui agli artt. 119 ss. c.p.a., si giustificerebbe alla luce della necessità di preservare l'interesse pubblico specifico alla sollecita definizione delle relative controversie, interesse che verrebbe meno allorché la fase genetica di formazione del vincolo contrattuale sia ormai esaurita. Detto diversamente, l'afferenza dal punto di vista 'cronologico' (ancorché non dal punto di vista 'funzionale') della determinazione prefettizia interdittiva alla fase esecutiva del rapporto sarebbe tale da determinare l'esorbitanza della fattispecie dal perimetro operativo dell'art. 119, comma 1, lett. a), c.p.a., con conseguente trattazione della vertenza secondo lo schema del rito ordinario²³⁰.

Tale soluzione esecutiva sarebbe peraltro confermata anche dal tenore dell'art. 32 c.p.a., che, nell'immaginare l'ipotesi di cumulo di domande connesse, disciplina soltanto il caso di azioni diverse esperite nel medesimo giudizio, non risultando estensibile in via di applicazione analogica alla distinta

²²⁹ Cons. Stato, sez. IV, 20 luglio 2016, n. 3247, in www.giustizia-amministrativa.it. In senso conforme: Cons. Stato, sez. VI, 4 luglio 2011, n. 3999, in *Foro amm. CDS*, 2011, 7-8, 2492.

²³⁰ Cfr.: Cons. Stato, sez. III, 26 gennaio 2017, n. 319, in www.giustizia-amministrativa.it, il quale chiarisce «La soggezione alla disciplina degli artt. 119 e 120 c.p.a. in tanto si giustifica in quanto venga in rilievo, e sia impugnato, un atto riconducibile all'esercizio (o al mancato) esercizio del potere di scelta, da parte dell'Amministrazione, in una procedura di gara. Il potere di recedere dal contratto, in seguito all'emissione dell'informativa, è invece 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 conforme: Cons. Stato, sez. III, 31 agosto 2016, n. 3754, in www.giustizia-amministrativa.it; T.a.r. Calabria, Catanzaro, sez. I, 2 dicembre 2019, n. 1991, cit.

situazione di azioni omogenee di annullamento di provvedimento aventi contenuto differente²³¹.

Allo stato, dunque, dall'esame del formante pretorio, il contrasto diacronico presente nella giurisprudenza amministrativa pare risolversi in favore della trattazione di entrambe le domande demolitorie con il rito ordinario.

3.4. *Il principio 'audiatur et altera pars' nel processo: le difficoltà di affermazione di un pieno contraddittorio processuale*

Esaminate le questioni legate alla instaurazione del giudizio, merita riflettere su alcuni profili che riguardano il suo svolgimento, in particolare per quanto attiene alla dinamica di esplicazione del contraddittorio processuale²³².

Già si è visto come, nonostante gli sforzi profusi dal d.l. n. 152 del 2021 per rimediare alla pressoché totale carenza di garanzie partecipative che caratterizzava il procedimento di rilascio dell'informativa antimafia, i risultati siano stati piuttosto deludenti.

Parimenti, il processo non va esente da criticità di questo genere.

²³¹ Cons. Stato, sez. III, 20 marzo 2017, n. 1257, in www.giustizia-amministrativa.it.

²³² Il contraddittorio come corollario indefettibile del principio del giusto processo trova oggi espressa copertura costituzionale all'art. 111. Tuttavia, già prima della legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, in forza della quale la menzionata disposizione è stata novellata, la dottrina riteneva che lo stesso potesse essere ricavato dall'art. 24 Cost. Con specifico riferimento alla dottrina amministrativistica, si veda: F. MERUSI, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, 1, 5, il quale, pur nella consapevolezza del suo diverso atteggiarsi in funzione del modello di processo in cui è applicato, riferendosi allo stesso, osserva: «la nostra, come altre Costituzioni, ha fatto del principio del contraddittorio la “*magna charta*” di ogni tipo di processo e perciò anche del processo amministrativo» (*ivi*, 6).

Imprescindibile al riguardo è anche il rinvio a: F. BENVENUTI, voce *Contraddittorio* (*dir. amm.*), in *Enc. dir.*, vol. IX, Milano, 1961, 738, che lo definì «condizione extraprocessuale del processo medesimo» (*ivi*, 743).

Ai sensi dell'art. 93 del d.lgs. n. 159 del 2011, per l'espletamento delle funzioni connesse alla prevenzione antimafia, al prefetto sono riconosciuti poteri di accesso e accertamento nei cantieri delle imprese interessate all'esecuzione di lavori pubblici. A tale scopo, egli si avvale del cosiddetto gruppo interforze, cioè a dire di una speciale unità operativa che opera in stretto collegamento con la Direzione investigativa antimafia. Della attività ispettiva svolta tale gruppo deve notificare l'autorità prefettizia nei successivi trenta giorni attraverso la predisposizione di un'apposita relazione contenente i dati e le informazioni acquisite durante gli accessi effettuati.

Benché l'acquisizione della detta relazione non costituisca un adempimento istruttorio obbligato per la prefettura che, nell'emettere un'informativa dal tenore interdittivo, potrebbe fondare il proprio convincimento su elementi ricavati *aliunde*²³³, nondimeno, l'esperienza dimostra che la stessa – quantomeno dal punto di vista statistico – costituisce la fonte privilegiata cui l'amministrazione dell'Interno attinge per valutare e, se del caso, motivare la sussistenza del rischio infiltrativo.

La circostanza, del resto, non sarebbe di per sé problematica se non fosse per il fatto che, proprio in riferimento a tale relazione, sono spesse volte opposte ragioni di segreto investigativo che ne precludono l'ostensione²³⁴. Il che, tornando alla questione da cui siamo partiti, alla luce del modello processuale impugnatorio tipico del giudizio amministrativo, determina un significativo sbilanciamento a favore della parte pubblica, contro il cui provvedimento è difficile che il privato possa svolgere censure puntuali e ben circostanziate.

²³³ T.a.r. Campania, Napoli, sez. I, 5 novembre 2020, n. 5033, in www.giustizia-amministrativa.it.

²³⁴ Va da sé che il segreto investigativo opera soltanto nella misura in cui le informazioni contenute nella relazione si riferiscano ad operazioni di polizia giudiziaria in corso, la cui ostensione potrebbe pregiudicare il buon esito delle medesime. Di contro, nessuna pretesa di segretezza può essere opposta laddove le indagini si siano concluse e agli interessati sia stato notificato l'avviso *ex art. 415 bis c.p.p.* Si veda al riguardo: T.a.r. Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 19 gennaio 2022, n. 37, in www.giustizia-amministrativa.it.

Non solo. Tale dato si riverbera anche sulla capacità di penetrazione della *quaestio facti* da parte del giudice amministrativo, destinato a diventare mero spettatore di una vicenda in relazione alla quale il proprio sindacato finisce per scolorirsi e perdere di consistenza²³⁵.

La dialettica processuale, presupposto fondamentale per addivenire ad una decisione ‘giusta’ anche sotto il profilo sostanziale²³⁶, viene resa sterile dall’impossibilità di accedere a informazioni che sono (e restano) nell’esclusiva disponibilità dell’amministrazione resistente, con conseguente neutralizzazione della «forza epistemica» del contraddittorio, che ne esce fortemente svilito²³⁷.

²³⁵ Mettono bene in luce questo aspetto F. FIGORILLI – W. GIULIETTI, *Contributo allo studio della documentazione antimafia: aspetti sostanziali, procedurali e di tutela giurisdizionale*, cit., 95, ad avviso dei quali: «è di tutta evidenza la contraddizione che caratterizza tale modo di procedere, al punto da porsi in netto contrasto con uno dei pilastri del giusto processo rappresentato dalle garanzie del contraddittorio nel corso di svolgimento del giudizio. Ed invero, dalla stretta consequenzialità che viene a legare i due momenti (l’acquisizione della relazione riservata e la successiva decisione del prefetto) discende una preclusione pressoché totale verso ogni forma di conoscenza, impedendo qualsiasi verifica del contenuto dell’informazioni ricevute dal prefetto. Tutto questo si traduce in una sorta di estromissione di due dei protagonisti della vicenda processuale, confinati in una posizione di evidente disparità rispetto all’autorità emanante mettendola al riparo, in buona sostanza, da censure circostanziate nei confronti del provvedimento impugnato. L’impossibilità di far emergere le ragioni su cui viene costruita da parte dei soggetti colpiti dalla misura restrittiva, da un lato, nonché la preclusione per lo stesso giudice di acquisire e valutare gli elementi che sono alla base della determinazione oggetto di impugnazione, dall’altro, mettono seriamente a rischio il principio cardine del giusto processo sul piano del contraddittorio (ex art. 111, Cost.) e dell’impugnabilità del provvedimento amministrativo (ex art. 113, Cost.)».

²³⁶ Si sofferma sulla distinzione tra ‘giustizia formale’ e ‘giustizia sostanziale’ M. RAMAJOLI, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 1, 104, la quale osserva: «Il processo deve essere regolato e gestito in modo tale da favorire una decisione giusta: il rito ha una funzione strumentale, le tutele sono mezzi per ottenere una giustizia sostanziale, sono condizioni di garanzia per il corretto esercizio dialettico della funzione decisoria». Più esplicitamente sui rischi chela concezione radicale della *procedural justice* reca con sé M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009, 117.

²³⁷ L’espressione è di P. FERRUA, *Il giusto processo*, Bologna, 2005, 91.

Le garanzie processuali, riconosciute in astratto, diventano pura forma, del tutto inidonea a dare concretezza al principio della parità delle armi. Il privato, che già partiva svantaggiato a causa del proprio mancato coinvolgimento nell'istruttoria procedimentale, non è in grado di superare l'originaria posizione di debolezza neppure in sede processuale, venendo così a trovarsi in una situazione ancor più deteriore a causa della asimmetria conoscitiva che nei fatti connota il giudizio amministrativo in materia.

A ciò si aggiunga che il divisato modello finisce per fungere da fattore di deresponsabilizzazione della prefettura che, per porre la misura al riparo da censure ben argomentate, potrebbe avere la tentazione di trincerarsi dietro le risultanze dell'attività ispettiva svolta dal gruppo interforze senza disporre ulteriori approfondimenti istruttori, di fatto delegando la propria funzione di controllo ad un soggetto terzo.

I rischi riscontrati, dunque, sono molteplici; non si sostanziano nella sola mortificazione del principio *'audiatur et altera pars'* – il che sarebbe già di per sé sufficiente a ritenere irrimediabilmente vulnerata la regola del giusto processo – ma assumono una dimensione sistemica, riverberandosi, suo tramite, sia sul momento genetico dell'accesso alla tutela giurisdizionale, che ne risulta conculcato, sia su quello funzionale del modo di atteggiarsi del processo amministrativo.

3.5. *Dall'ampiezza valutativa riconosciuta all'autorità prefettizia ai limiti angusti del sindacato dell'autorità giudiziaria. Critica alla tesi del sindacato deferente.*

La posizione di debolezza in cui versa il ricorrente è viepiù evidente se solo ci si sofferma ad analizzare il modello di sindacato che il giudice amministrativo, investito del ricorso avverso l'informazione antimafia, è chiamato ad esercitare.

Dall'esame del formante giurisprudenziale emerge la tendenza dell'autorità giudiziaria ad arrestarsi al riscontro *ab extrinseco* del vizio di eccesso di potere nei profili della manifesta illogicità, irragionevolezza e travisamento dei fatti²³⁸. Per sostenere questa impostazione viene invocata l'ampia 'discrezionalità' che la norma di conferimento del potere riconosce all'autorità prefettizia tramite il generico rinvio ai «*tentativi di infiltrazione mafiosa*» contenuto all'art. 84, comma 3, del d.lgs. n. 159 del 2011. In altre parole, ad avviso dei giudici amministrativi, l'intensità del sindacato sarebbe inversamente proporzionale all'ampiezza valutativa di cui gode il prefetto nell'esame delle risultanze istruttorie: il livello di sindacabilità della funzione di controllo sarebbe tanto minore quanto maggiore è il margine di apprezzamento previsto dall'ordinamento nell'adozione della misura interdittiva.

Ora, la tesi che chi scrive ha inteso sostenere, vale a dire quella che vede nella potestà prefettizia un potere precettivo unilaterale ad esercizio giuridicamente vincolato, ha come conseguenza obbligata il riconoscimento della piena controllabilità del detto potere da parte dell'autorità giudiziaria. Se la *τέχνη* cui è depositario il prefetto si sostanzia nel mero accertamento del valore probatorio delle emergenze istruttorie, il risultato della stessa risponde ad una logica binaria. O è più probabile la prossimità dell'impresa al circuito mafioso o è più probabile la sua estraneità: *tertium non datur*. Il giudizio prognostico, lungi dal configurarsi come opinabile, è suscettibile di controllo aletico ed è, per ciò

²³⁸ Cfr., *ex plurimis*: T.a.r. Puglia, Bari, sez. II, 17 novembre 2021, n. 1673 in www.giustizia-amministrativa.it; T.a.r. Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 17 marzo 2020, n. 214, in *Foro amm.*, 2020, 3, 468; Cons. Stato, sez. III, 3 luglio 2019, n. 4570, in www.giustizia-amministrativa.it; T.a.r. Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 25 gennaio 2019, n. 85, in *Foro amm.*, 2019, 1, 117; T.a.r. Lombardia, Milano, sez. I, 24 ottobre 2018, n. 2398, in *Foro amm.*, 2018, 10, 1706; Cons. Stato, sez. III, 15 febbraio 2018, n. 971, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. III, 30 novembre 2017, n. 5623, in www.giustizia-amministrativa.it; T.a.r. Valle d'Aosta, Aosta, sez. I, 20 marzo 2017, n. 13, in *Foro amm.*, 2017, 3, 691; T.a.r. Lazio, Roma, sez. I, 23 novembre 2016, n. 11723, in *Foro amm.*, 2016, 11, 2755; Cons. Stato, sez. III, 7 luglio 2016, n. 3012, in www.giustizia-amministrativa.it; T.a.r. Valle d'Aosta, Aosta, sez. I, 8 febbraio 2016, n. 6, in *Foro amm.*, 2016, 2, 375; Cons. Stato, sez. III, 15 aprile 2013, n. 2058, in *Foro amm. CDS*, 2013, 4, 913.

stesso, verificabile dal giudice. In questo senso, dunque, si potrebbe affermare che le conclusioni cui giunge la giurisprudenza prevalente sono errate perché errata è la premessa maggiore del sillogismo: il potere prefettizio non è discrezionale.

Nondimeno, anche aderendo ad una ipotesi ricostruttiva diversa da quella perorata, il ragionamento condotto dal formante pretorio non va esente da critiche e ciò indipendentemente dalla qualificazione della fattispecie in termini di discrezionalità pura – con la conseguente necessitata spendibilità dei tipici vizi della funzione - ovvero di discrezionalità tecnica.

Anzitutto, rimanendo nell'alveo della nozione di eccesso di potere, portando il ragionamento sino alle sue estreme conseguenze, si perverrebbe a negare qualsiasi rilievo ad altre figure sintomatiche, quali in particolare il difetto di istruttoria e il difetto di motivazione.

Con riguardo al primo, in effetti, per come è strutturato il sistema, l'istruttoria viene ad essere circoscritta alla consultazione della banca dati e, se del caso, all'espletamento di ulteriori verifiche necessarie per fondare un'informazione accertativa. Peraltro, come si è visto, in riferimento a quest'ultima eventualità, laddove il prefetto abbia basato il proprio convincimento sulla relazione riservata predisposta dal gruppo interforze, risulta difficile individuare un sicuro *standard* istruttorio, al di sotto del quale l'attività acquisitiva operata dall'amministrazione dell'Interno debba reputarsi senz'altro insufficiente.

Ma, al di là dello sterile dato quantitativo, ciò che più conta è il profilo qualitativo del grado di approfondimento compiuto. In questa prospettiva, viene in considerazione il criterio probatorio della probabilità cruciale; è quest'ultimo a rappresentare l'asticella che la prefettura deve superare per convincere l'interessato e, eventualmente, il giudice della necessità di adozione dell'inibitoria, ancorché in un'ottica preventiva/precauzionale. E la sede naturale in cui svolgere una simile opera di convincimento è rappresentata dalla motivazione posta a corredo della determinazione prefettizia.

Si viene cioè ad instaurare un'intima interconnessione tra gli adempimenti istruttori espletati e l'*iter* logico seguito per pervenire

all'emanazione della misura restrittiva. In questo senso, la riconduzione del potere valutativo prefettizio al paradigma della discrezionalità tecnica non deve divenire un facile viatico per predicare l'esistenza di una sacrale riserva di valutazione in favore della prefettura.

Infatti, siccome la valutazione affidata al prefetto attiene al piano logico-deduttivo della determinazione del valore indiziario degli elementi raccolti e della loro intrinseca idoneità a supportare una prognosi di permeabilità mafiosa, se, da un lato, di tale valore indiziario e del metodo seguito per ricavarlo l'amministrazione non può esimersi dal darne conto in sede di motivazione del provvedimento, dall'altro, il rigore metodologico utilizzato per pervenire alla decisione finale non può non essere sottoposto ad un vaglio critico da parte del giudice, il quale deve farsi attento custode della bontà del ragionamento inferenziale seguito.

Del resto, come insegna la dottrina, ferme restando le differenze in punto di poteri decisori, la latitudine dei poteri cognitori del giudice amministrativo non varia in funzione del tipo di giurisdizione esercitata. Indi, anche nell'ambito del sindacato confutatorio indiretto proprio della giurisdizione generale di legittimità, non è giustificabile la presenza di interstizi valutativi – nel significato sopra chiarito – impenetrabili e, dunque, sottratti a qualsiasi verifica giudiziaria²³⁹. Con il che, pur senza affermare o auspicare una sostituzione del giudice all'amministrazione nella valutazione del quadro indiziario, s'intende soltanto sottolineare che è compito del primo saggiare la tenuta logico-giuridica di quest'ultimo ai fini del giudizio circa la contiguità dell'impresa agli ambienti della criminalità organizzata²⁴⁰. Esimersi da ciò tramite il ricorso a formule

²³⁹ F. LIGUORI, *Il sindacato di merito nel giudizio di legittimità*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2018, 2, 219 ss.

²⁴⁰ Similmente, ancorché in tema di controlli esterni sugli enti locali, si veda: F.G. SCOCA, *Scioglimento di organi elettivi per condizionamento della criminalità organizzata*, in *Giur. it.*, 2016, 7, 1725. L'Autore, con riguardo all'ampio margine valutativo riconosciuto all'autorità prefettizia, muovendo dal presupposto che non possa parlarsi di discrezionalità in senso proprio, ma piuttosto di «apprezzamento (...) in riferimento alla rilevanza dei fatti accertati. Ossia al valore indiziario o probatorio, che essi hanno, della esistenza del collegamento

aprioristiche e stereotipate, incentrate sull'ampia discrezionalità conferita al prefetto e sulla logica spiccatamente preventiva della misura, significa abdicare al proprio ruolo in una materia in cui il rilievo dei valori in gioco suggerirebbe, invece, un'accurata analisi circa l'effettiva sussistenza dei presupposti di fatto che legittimano l'interdittiva²⁴¹.

Ciononostante, salvo alcune isolate eccezioni, si assiste ad una tanto generalizzata quanto incomprensibile deferenza del giudice amministrativo nei confronti dell'attività di controllo svolta dalla prefettura; deferenza che non pare giustificabile neppure sulla base di un retaggio di ordine culturale derivante dalla tradizionale struttura impugnatoria del processo amministrativo, se è vero che – in relazione ad altri ambiti connotati da componenti spiccatamente tecniche – vi è stata invece una progressiva presa di coscienza delle potenzialità del proprio sindacato²⁴². Il pensiero va, in particolare, al settore degli appalti e,

tra amministratori e criminalità organizzata», giunge alla seguente conclusione: «Trattandosi di valutare fatti, sotto il profilo della loro idoneità probatoria, o sintomatica, non è giustificata, ed è anzi in pieno contrasto con il codice del processo amministrativo (si fa riferimento alla disciplina della istruzione probatoria), e, più in generale, con i principi del giusto processo e della effettività della tutela giurisdizionale (artt. 1 e 2 del codice), qualsiasi limitazione del sindacato giurisdizionale».

²⁴¹ G. SIGISMONDI, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle corti*, cit., 720. Nello stesso senso, in controtendenza rispetto all'indirizzo giurisprudenziale prevalente, cfr.: Cons. Stato, sez. III, 30 gennaio 2019, n. 758, in www.giustizia-amministrativa.it, ad avviso del quale: «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, secondo la logica della prevenzione, richiedono alla Prefettura un'attenta valutazione di tali elementi, che devono offrire un quadro chiaro, completo e convincente del pericolo di infiltrazione mafiosa, e a sua volta impongono al giudice amministrativo, nel sindacato sulla motivazione, 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 ampio, ma non indeterminato, potere discrezionale».

²⁴² In generale sul tema della forza espansiva del sindacato in sede di giurisdizione generale di legittimità si rinvia a: F. FOLLIERI, *La giurisdizione di legittimità e full jurisdiction. Le potenzialità del sindacato confutatorio*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2018, 2, 133 ss.

segnatamente, alla verifica di anomalia delle offerte, dove, pur nel rispetto dell'ineludibile esigenza di separazione tra funzione di amministrazione attiva e funzione giurisdizionale, è stata affermata la possibilità per il giudice di avere pieno accesso al fatto e di sindacare la correttezza delle operazioni e delle procedure in cui si è concretato il giudizio tecnico, anche sotto il profilo della congruità dell'istruttoria espletata²⁴³. Pertanto, non più confinato alla mera verifica della sussistenza di macroscopici profili di illogicità o irragionevolezza, il sindacato giudiziale diviene per questa via *ab intrinseco*, estendendosi alla verifica della attendibilità del criterio tecnico adottato dall'organo amministrativo cui compete *ex lege* la penetrazione del sapere specialistico²⁴⁴.

Parimenti, si pensi ad un altro settore contraddistinto da un elevato grado di tecnicismo quale quello in cui operano le autorità indipendenti. Queste ultime, come noto, sono chiamate ad applicare norme contenenti concetti giuridici indeterminati, per la cui definizione è indispensabile il ricorso a regole tecnico-scientifiche. I più recenti approdi della giurisprudenza in merito – occasionati

Analogamente, anche: A. CARBONE, *Il dibattito sull'art. 6 CEDU nel diritto amministrativo italiano ed europeo*, in ID., *L'applicazione dell'art. 6 CEDU nel processo amministrativo dei paesi europei*, Napoli, 2020, 10 ss.

²⁴³ M. NUNZIATA, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nel contenzioso sui contratti pubblici*, in A. MOLITERNI, *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice. Concrete dinamiche dell'ordinamento*, cit., 350 ss.

²⁴⁴ Cfr., *ex plurimis*, tra le pronunce più recenti: Cons. Stato, sez. V, 11 aprile 2022, n. 2713, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. VI, 2 luglio 2021, n. 5057, in www.giustizia-amministrativa.it, le quali, nell'aderire alle tesi del sindacato intrinseco (non sostitutivo) di attendibilità, si pongono in discontinuità rispetto al principio recato da Cons. Stato, ad. pl., 3 febbraio 2014, n. 8, in *Foro amm.*, 2014, 2, 383, che invece sposa la soluzione del sindacato estrinseco imperniato sul vizio di eccesso di potere.

Il *leading case* da cui trae origine tale orientamento, invero maturato in tema di giudizi medico-legali per riconoscimento di infermità da causa di servizio, è: Cons. Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, in *Foro amm.*, 2000, 2, 422, con nota di L.R. PERFETTI, *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, nonché in *Dir. proc. amm.*, 2000, 1, 182, con note di M. DELSIGNORE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, e di P. LAZZARA, «Discrezionalità tecnica» e situazioni giuridiche soggettive.

con specifico riferimento alla corretta individuazione di ‘mercato rilevante’ ai fini dell’integrazione dell’illecito antitrust - sono nel senso di ritenere il sindacato sugli accertamenti complessi compiuti dalle *authorities* particolarmente incisivo. Si è parlato, al riguardo, di sindacato di maggiore attendibilità, poiché il giudice sarebbe facoltizzato a spingersi sino ad annullare la determinazione censurata, in quanto assunta sulla base di valutazioni ‘meno attendibili’ di quelle prospettate dall’impresa sanzionata²⁴⁵.

Ebbene, traslando quanto sopra alla materia che ci occupa, alla luce della descritta caduta del dogma della sostanziale intangibilità della discrezionalità tecnica, anche rimanendo entro le coordinate teoriche tracciate dal formante pretorio, si fa fatica a comprendere l’atteggiamento di *self-restraint* mantenuto dalla prevalente giurisprudenza, il quale, più che ispirato a precise ragioni giuridiche, pare condizionato da una sorta di tabù di fondo che sempre riaffiora quando si parla di criminalità organizzata, come se la pervasività e la pericolosità di quest’ultima potesse rendere plausibile una delibazione soltanto sommaria, con conseguente irreparabile pregiudizio delle garanzie proprie del moderno Stato costituzionale di diritto sotto il profilo della effettività della tutela giurisdizionale, giacché – secondo l’insegnamento della miglior dottrina – il mancato accesso ai fatti da parte del giudice e il conseguente arrestarsi del suo sindacato «alla superficie» si traduce in «denegata giustizia»²⁴⁶.

²⁴⁵ Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 3, 740, con nota di M. DELSIGNORE, *I controversi limiti del sindacato sulle sanzioni AGCM: molto rumore per nulla?*. Interessanti commenti alla sentenza sono anche quelli di G. PARODI, *Il sindacato di “maggiore attendibilità” nella recente giurisprudenza amministrativa in materia di farmaci*, in *Corti supreme e salute*, 2021, 2, 241 e di A. GIUSTI, *Tramonto o attualità della discrezionalità tecnica? Riflessioni a margine di una recente “attenta riconsiderazione” giurisprudenziale*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 2, 335. L’arresto pretorio è stato salutato con favore da M. A. SANDULLI, *Riflessioni sull’istruttoria tra procedimento e processo*, in *Diritto e società*, 2020, 2, 209, che in esso ha intravisto «un notevole e importante passo in avanti sul piano della garanzia giurisdizionale dei diritti».

²⁴⁶ F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 4, 1067, il quale afferma che, in relazione agli apprezzamenti tecnici, anche il giudice amministrativo deve compiutamente svolgere il ruolo di *peritus*

4. Notazioni di sintesi. La documentazione antimafia alla luce dei principi del giusto procedimento e del giusto processo

Nei paragrafi che precedono si è dato conto di come la documentazione antimafia presenti plurimi profili di criticità attinenti sia al versante sostanziale/procedurale sia a quello processuale. Peraltro, attesa la stretta interrelazione esistente tra procedimento e processo, si è dimostrato che le carenze del primo non sono emendabili in seno al secondo, risultandone anzi amplificate. Emblematico, al riguardo, è il caso delle garanzie partecipative: il contraddittorio, già frustrato nel procedimento, viene a trovarsi ulteriormente mortificato in sede processuale con conseguenti riflessi sul sindacato giudiziale.

Tirando dunque le somme dell'analisi svolta, l'impianto normativo non sembra possa dirsi rispettoso dei principi del giusto procedimento e del giusto processo²⁴⁷.

Una precisazione, tuttavia, è d'obbligo. Sarebbe semplicistico affermare che la disciplina contrasta con il canone del giusto procedimento in ragione della sostanziale assenza di un contraddittorio endo-procedimentale pieno ed effettivo. Pur condividendo la tesi che vede nella regola *'audi et alteram partem'* una conquista di civiltà giuridica, è innegabile che essa, in quanto espressione di un principio generale, possa essere derogata dal legislatore ordinario. Nonostante la disputa dottrinale sul punto, il contraddittorio procedimentale, differentemente da quello processuale (art. 111 Cost.), non gode infatti di un

peritorum. In tema di accesso ai fatti in seno al sindacato di legittimità, si veda anche: V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 4, 523.

²⁴⁷ La letteratura in tema è vastissima, anche perché il principio del giusto processo è trasversale a tutte le branche del diritto. In ambito amministrativo, per un esame congiunto dei due principi si rinvia a: M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012; M. BELLAVISTA, *Giusto processo come garanzia del giusto procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 2, 596.

sicuro ancoraggio costituzionale²⁴⁸. D'altronde, è la stessa legge n. 241 del 1990, da un lato, ad ammetterne una deroga in presenza di motivate esigenze di celerità

²⁴⁸ Il dibattito in argomento trae la propria scaturigine dalla nota sentenza Corte cost., 2 marzo 1962, sent. n. 13, in www.cortecostituzionale.it. Nella menzionata pronuncia – annotata da V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e “giusto procedimento”*, in *Giur. cost.*, 1962, 1, 132 – la Consulta, nel riconoscere al giusto procedimento la dignità di principio generale dell'ordinamento giuridico dello Stato, osservò che lo stesso assomma in sé una duplice anima: l'una attiene ai rapporti tra funzione legislativa e funzione di amministrazione attiva ed impone la distinzione tra il «previo disporre» con legge e il «concreto provvedere» con atto amministrativo, l'altra concerne il rispetto di sequenze procedurali nell'esercizio di potestà pubbliche che consentano ai privati interessati di essere messi «in condizioni di esporre le proprie ragioni sia a tutela del proprio interesse, sia a titolo di collaborazione nell'interesse pubblico» (punto 3 del *Considerato in diritto*).

Con riguardo alla dimensione partecipativo-collaborativa del principio in oggetto, che in questa sede è quella che più interessa, la giurisprudenza successiva si è sempre mostrata ferma nel negare rango costituzionale al contraddittorio endo-procedimentale sul rilievo che la tutela delle situazioni giuridiche soggettive sarebbe comunque assicurata in sede giurisdizionale. Da qui gli sforzi profusi dalla dottrina per rintracciarne, invece, un fondamento implicito negli artt. 24, 97 e 111 Cost. Cfr.: C. BORGIA, *Dalla fondazione costituzionale del giusto procedimento al contraddittorio preventivo generalizzato nel diritto tributario*, in *Dir. prat. trib.*, 2021, 3, 1065 ss.; A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, cit., 68 ss.; S. DETTORI, *Rassegna della recente giurisprudenza del Consiglio di Stato. Speciale in tema di giusto procedimento*, in *Nuove autonomie*, 2011, 401 ss.; L. BUFFONI, *Il rango costituzionale del “giusto procedimento” e l'archetipo del “processo”*, in *Forum quad. cost.*, 2008, 2, 1; G. MANFREDI, *Giusto procedimento e interpretazioni della Costituzione*, in *Giustamm*, 2007, 4, 879; G. COLAVITTI, *Il “giusto procedimento” come principio di rango costituzionale*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2005; M.C. CAVALLARO, *Il giusto procedimento come principio costituzionale*, in *Foro amm.*, 2001, 6, 1829; M. COMBA, *Il fondamento costituzionale del diritto al giusto procedimento in Italia: spunti di riflessione derivanti dalla comparazione con il due process of law statunitense*, in S. SICARDI – R. FERRARA (a cura di), *Itinerari e vicende del diritto pubblico in Italia. Amministrativisti e Costituzionalisti a confronto*, Padova, 1998, 220; G. ROEHRSEN, *Il giusto procedimento nel quadro dei principi costituzionali*, in *Dir. amm.*, 1987, 1, 81; G. SCIULLO, *Il principio del “giusto procedimento” fra giudice costituzionale e giudice amministrativo*, in *Jus*, 1986, 291; G. SALA, *Regole costituzionali dell'azione amministrativa e principio del giusto procedimento nella giurisprudenza dei TAR*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, 4, 637; U. ALLEGRETTI, *Corte costituzionale*

del procedimento (art. 7, comma 1) e, dall'altro, a circoscrivere l'incidenza della violazione delle norme procedurali tramite la dequotazione dei vizi formali (art. 21 *octies*, comma 2), sicché il pericolo che si prospetta è quello di una «partecipazione disarmata», essendo difficile immaginare un interesse procedimentale, inteso come pretesa al corretto dispiegarsi dell'ordito procedurale, autonomamente ed immediatamente azionabile ancorché svincolato da un substrato sostanziale²⁴⁹. Anche la tendenza della giurisprudenza di Strasburgo ad anticipare alla fase procedimentale le garanzie previste dall'art. 6 della Convenzione EDU non pare risolutiva ai nostri fini, poiché sviluppatasi con specifico riferimento ai procedimenti sanzionatori delle autorità indipendenti, che dovrebbero presentare una connotazione quasi-*judicial*²⁵⁰.

Chi scrive è consapevole delle voci che in dottrina, muovendo dalla natura particolarmente afflittiva della misura interdittiva, si sono levate a sostegno della sua riconduzione nell'alveo del tipo repressivo-sanzionatorio, predicandone la sottoposizione alla disciplina di cui alla richiamata disposizione convenzionale secondo i noti criteri Engel²⁵¹.

Invero, proprio il riferimento alla giurisprudenza sovranazionale ci impone di trattare la materia secondo un approccio olistico, che guardi alla fisionomia generale del sistema senza partizioni atomistiche. Nella detta prospettiva, dunque, ha poco senso domandarsi se sia o meno tollerabile una compressione dell'inclusione procedimentale; formulato in questi termini, il

e pubblica amministrazione, in P. BARILE – E. CHELI – S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, 281.

²⁴⁹ L'espressione è di F. LEVI, *Partecipazione e organizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1977, 4, 1643, il quale, per il vero, la utilizza in riferimento al rapporto non necessariamente biunivoco sussistente tra la stessa e la legittimazione processuale.

²⁵⁰ Il riferimento è in particolare alle note pronunce Corte E.D.U., *A. Menarini Diagnostics S.r.l. c. Italia*, ricorso n. 43509/08, sentenza del 27 settembre 2011, in www.hudoc.echr.coe.int e Corte E.D.U., *Grande Stevens e altri c. Italia*, ricorsi nn. 18640-18647-18663-18668-18698/10, sentenza del 4 marzo 2014, in www.hudoc.echr.coe.int.

²⁵¹ E. GIARDINO, *Le interdittive antimafia tra finalità perseguite e garanzie affievolite*, cit., 188 ss.

quesito sarebbe mal posto e condurrebbe senz'altro ad una risposta affermativa. La «vocazione tendenzialmente universale del paradigma collaborativo»²⁵², il quale implica uno slancio concretantesi in un fruttuoso moto bidirezionale che impone all'amministrazione di rendersi permeabile agli apporti dei privati e a questi ultimi di abbandonare una logica soltanto personalistica per rendersi compartecipi della funzione, incontra dei limiti ogni qual volta lo si renda necessario per un miglior esercizio della funzione medesima.

Il tema di fondo è dunque un altro e consiste nel capire se, stante il quadro complessivo della disciplina nelle sue proiezioni sostanziali e processuali, la frustrazione delle esigenze partecipative si risolva in una censurabile ed irrimediabile compromissione della posizione del privato.

Così impostata, non più confinata in una dimensione autoreferenziale, la questione rompe gli argini del procedimento per assumere una vocazione sistemica, intersecandosi con il tema del rispetto del principio di legalità e del giusto processo. Si ritiene infatti di non cadere in errore affermando che l'indebolimento delle garanzie partecipative sia in tanto ammissibile in quanto a) la fattispecie legale attributiva del potere sia ben definita; b) in sede processuale sia garantita una piena affermazione del principio di effettività della tutela e della parità delle armi.

Ebbene, questa essendo la cornice teorica di riferimento entro cui sviluppare il ragionamento, ritornando alla domanda iniziale, la risposta diventa negativa: la disciplina antimafia si pone in tensione inconciliabile con il canone del giusto procedimento, poiché né l'una né l'altra condizione risultano integrate. La clausola elastica dei tentativi di infiltrazione mafiosa conferisce alla norma tratti di assoluta indeterminatezza, solo parzialmente temperati dall'opera tassativizzante della giurisprudenza. Il deficit di legalità sostanziale – reso

²⁵² F. CORTESE, *Tipologie e regime delle forme di collaborazione tra pubblico e privato*, in F. MASTRAGOSTINO, *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Torino, 2011, 36.

necessario dal camaleontico atteggiarsi del fenomeno criminale – non è quindi recuperato tramite una maggiore attenzione alle garanzie partecipative²⁵³.

Analogo destino attende il principio del giusto processo.

La circostanza che la funzione di controllo spesse volte si consumi già in sede istruttoria, attraverso un acritico rimando alla relazione riservata predisposta in solitudine dal gruppo interforze, rende impossibile una piena affermazione del contraddittorio in sede processuale e ciò, unitamente ad un sindacato giurisdizionale deferente nei confronti del potere prefettizio, finisce per vulnerare irrimediabilmente la situazione dell'amministrato, vedendosi quest'ultimo privato della stessa possibilità di difendersi e di attivare una tutela piena ed effettiva.

Si assiste, dunque, ad una involuzione – per non dire ad un 'imbarbarimento' – dei principi ispiratori del codice del processo amministrativo (artt. 1 e 2 c.p.a.), la cui ascesa costituzionale, resa possibile dall'opera meritoria della giurisprudenza della Consulta e definitivamente suggellata nel novellato art. 111 Cost., si riteneva invero non potesse più essere messa in discussione²⁵⁴.

²⁵³ Sul tema della legalità procedurale come succedaneo della legalità sostanziale si veda: G. MANFREDI, *Legalità procedurale*, in *Dir. amm.*, 2021, 4, 749 ss.

²⁵⁴ Sul contributo della giurisprudenza costituzionale per la costruzione di una fisionomia costituzionalmente orientata di processo amministrativo si veda: M. RENNA, *Giusto processo ed effettività della tutela in un cinquantennio di giurisprudenza costituzionale sulla giustizia amministrativa: la disciplina del processo amministrativo tra autonomia e "civilizzazione"*, in G. DELLA CANANEA – M. DUGATO, *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, Napoli, 2006, 505.

CAPITOLO TERZO

LA DOCUMENTAZIONE ANTIMAFIA NEL PRISMA DELLA CONTRATTUALISTICA PUBBLICA

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. L'impatto della documentazione antimafia sulle procedure ad evidenza pubblica. Dal sistema di etero-integrazione proprio del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 al meccanismo del rinvio espresso operato dal d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 al d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 - 3. La vexata quaestio della compatibilità eurounitaria dell'art. 80, comma 2, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 alla luce del principio del divieto di gold plating - 4. La tesi della incapacità giuridica e gli effetti dell'inibitoria antimafia in relazione alle fasi della procedura di gara - 4.1. Gli effetti dell'inibitoria antimafia preventiva e la sorte dell'operatore economico monosoggettivo - 4.2. Gli effetti dell'inibitoria antimafia successiva e la sorte del contratto - 4.3. Gli effetti dell'inibitoria antimafia nell'ipotesi di operatore economico che partecipi o che abbia partecipato alla gara in forma plurisoggettiva. Difficoltà di coordinamento tra i due plessi normativi - 5. Inibitoria antimafia illegittima e prospettiva rimediabile alla prova del principio di effettività della tutela giurisdizionale - 6. Sulla incerta configurabilità di una responsabilità da inibitoria antimafia legittima - 7. Notazioni di sintesi

1. Premessa

Benché la documentazione antimafia presenti un ambito applicativo assai variegato, che si estende dai rapporti autorizzatori e concessori latamente intesi

sino a quelli negoziali, sono proprio questi ultimi a rappresentare il suo naturale terreno di elezione.

Le ragioni di un tale primato sono essenzialmente due. La prima affonda le proprie radici nella tradizione. La traiettoria evolutiva della disciplina prevenzionistica si è sviluppata secondo un moto pendolare che, dopo una prima fase di applicazione omogenea, ha visto per anni i più severi accertamenti previsti per il rilascio dell'informativa circoscritti al solo ambito contrattuale, salvo poi venire estesi anche al versante provvedimentale. In questo senso, storicamente il settore delle gare ha rappresentato una palestra nella quale commisurare l'idoneità dello strumento a fungere da fattore di salvaguardia dell'ordine pubblico attraverso l'anticipazione della soglia del giudizio di mafiosità.

A ciò si aggiungono poi ragioni di natura economica. Attesa l'ingente mole di capitali che ogni anno riescono a mobilitare, le procedure di evidenza pubblica da sempre costituiscono interessanti obiettivi per le mire predatorie del crimine organizzato²⁵⁵. Si consideri che, secondo i dati resi noti dall'Autorità nazionale anticorruzione, nel corso del 2021 l'importo complessivo del valore dei contratti aggiudicati sia nei settori ordinari che nei settori speciali – ad esclusione degli affidamenti di importo pari o inferiore a 40.000 euro - è stato di 199,4 miliardi di euro, segnando una flessione in aumento del 6,6% sul 2020 e del 15,3% sul 2019²⁵⁶. E nell'anno in corso il giro d'affari è destinato ad

²⁵⁵ Le dinamiche operative della criminalità organizzata hanno subito nel corso del tempo una metamorfosi tale da determinarne la trasformazione da piccole consorterie operanti su perimetri limitati a strutture complesse con ambizioni e ramificazioni internazionali. In tema, per un approfondimento, si veda l'interessante saggio di S. LUPO, *Mafia*, Roma, 2022, nonché dello stesso Autore *Storia della mafia. Dalle origini ai giorni nostri*, Roma, 2004.

²⁵⁶ ANAC, *Relazione annuale 2021*, 23 giugno 2022, 30, reperibile sul sito istituzionale dell'Autorità (www.anticorruzione.it). Quello citato, peraltro, è il dato aggregato, relativo a tutti gli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture. L'analisi per tipologia di contratto evidenzia che il settore maggiormente in crescita è stato quello dei servizi, con un balzo del 33,9% rispetto al 2020 per un ammontare complessivo di circa 69,9 miliardi di euro. Tra i servizi è interessante notare che quelli più rilevanti dal punto di vista dei contratti aggiudicati sono legati al settore dei

aumentare in virtù degli ingenti finanziamenti europei legati al Piano nazionale di ripresa e resilienza²⁵⁷. Del resto, al di là della denunciata ‘truffa delle etichette’, non è certo un caso che, all’interno del medesimo corpo normativo (il d.l. n. 152 del 2021), il legislatore abbia inteso, da un lato, fornire indicazioni in ordine alla attuazione degli investimenti connessi al PNRR e, dall’altro, innovare la normativa antimafia nel segno di una maggiore duttilità. Il che è significativo della maturata consapevolezza della stretta interconnessione esistente tra i detti profili.

Da qui la necessità di orientare l’indagine verso questo settore, di notoria vulnerabilità²⁵⁸, avendo ben presenti le specificità che lo connotano. Studiare la

rifiuti urbani e all’assistenza sociale. I primi rientrano tra le attività a maggior rischio di infiltrazione mafiosa ai sensi dell’art. 1, comma 53, lett. i-*quater*), della legge n. 190 del 2012.

²⁵⁷ È opinione diffusa che sussista una corrispondenza tra il manifestarsi di crisi economiche-finanziarie e la permeabilità criminale del tessuto socio-economico nel senso che la capacità di penetrazione della criminalità organizzata nell’economia legale è tanto maggiore quanto minore è la facilità di accesso al credito da parte di quest’ultima. In quest’ottica, la crisi economica conseguente dalla crisi pandemica potrebbe rappresentare un facile volano per il proliferare delle organizzazioni malavitose. Studiando il fenomeno, ancorché con specifico riferimento alla camorra, evidenziava l’«andamento carsico» della sua storia criminale I. SALES, *La camorra, le camorre*, Roma, 1988, 74, ad avviso del quale essa «sembra scomparire nei periodi di forte repressione, per riapparire, più forte e determinata nelle fasi di debolezza delle istituzioni e di crisi economica. La visibilità dell’organizzazione sembra essere un indicatore negativo dello stato di sviluppo di un sistema sociale». Nello stesso senso anche: M. CATINO, *La mafia come fenomeno organizzativo*, in *Quaderni di sociologia*, 1997, 88 ss.

Per un’analisi dell’impatto della crisi pandemica sul concreto atteggiarsi del fenomeno criminale di stampo mafioso e sugli strumenti azionati per arginarne la diffusione, si rinvia a: A. APOLLONIO, *La lotta alla mafia durante la pandemia da Covid-19: ricognizioni, errore e prospettive*, in *Giustizia insieme*, 16 febbraio 2022.

²⁵⁸ Il settore delle commesse pubbliche è doppiamente vulnerabile, perché esposto non soltanto al rischio di ingerenze da parte della criminalità organizzata ma anche a quello di fenomeni distorsivi ad opera della criminalità dei cosiddetti colletti bianchi. In tema, cfr.: C. FIGLIOLIA, *Corruzione e contratti pubblici: i principali settori “a rischio”*, in M. D’ALBERTI (a cura di), *Corruzione e pubblica amministrazione*, Napoli, 2017, 649 ss.; M. NUNZIATA, *Lotta alla corruzione e flessibilità dell’attività contrattuale della P.A.*, in *ivi*, 631 ss.; N. PARISI – M.L. CHIMENTI, *Il ruolo dell’Anac nella prevenzione della corruzione in materia di appalti pubblici*,

disciplina antimafia nel prisma della contrattualistica pubblica significa, infatti, coglierne le sfumature di derivazione eurounitaria in seno ad un bilanciamento tra contrapposte esigenze che vede scalfito il dogma della primazia della tutela dell'ordine pubblico economico. Mentre in tema di rapporti autorizzatori e concessori l'interesse del privato è sempre recessivo rispetto alla garanzia della legalità sulla base di un assetto assiologico previamente dato, di cui l'amministrazione (tanto quella dell'Interno quanto quella titolare del procedimento cui la verifica antimafia è prodromica) non può che prendere atto, con riguardo ai rapporti negoziali nella descritta dinamica si inserisce un elemento di complessità rappresentato dal fatto che – pur in presenza di una determinazione prefettizia a contenuto interdittivo – la stazione appaltante potrebbe valutare l'opportunità di proseguire, a talune condizioni, nel rapporto in essere (art. 94, comma 3, del d.lgs. n. 159 del 2011).

Ciò non deve indurre nell'equivoco di ritenere che l'interesse personalistico del privato alla conservazione del bene della vita (*i.e.* il contratto stipulato) possa, in determinate fattispecie, ritenersi prevalente rispetto all'interesse pubblico alla salvaguardia della legalità. A ben guardare, infatti, è evidente come a prevalere sull'esigenza di ripristino della legalità violata sia l'interesse – anch'esso pubblico – al celere completamento dell'opera ovvero alla continuità nell'erogazione di beni o servizi da parte di soggetti non facilmente sostituibili²⁵⁹. In questo senso, dunque, mutuando un lessico datato

in *Dir. comm. intern.*, 2015, 2, 419 ss.; F. DI CRISTINA, *La corruzione negli appalti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 1, 177; A. VANNUCCI, *Il lato oscuro della discrezionalità, appalti, rendite e corruzione*, in G.D. COMPORTE (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Napoli, 2011. Per una lettura in chiave osmotica dei due fenomeni con specifico riferimento al mercato delle commesse pubbliche, si rinvia a: F. MANGANARO, *Il contrasto alla corruzione in materia di contratti pubblici*, in *Giustamm*, 2014, 11, ad avviso del quale: «la lotta alla corruzione nei contratti pubblici coincide con il contrasto alla criminalità organizzata, non fosse altro perché quando l'impresa criminale partecipa agli appalti pubblici il suo potere intimidatorio cancella ogni forma di concorrenza».

²⁵⁹ In ogni caso, attesa la *ratio* di sfavore legislativo alle infiltrazioni mafiose nei contratti pubblici, la giurisprudenza interpreta l'art. 94, comma 3, del d.lgs. n. 159 del 2011 come una norma eccezionale che disciplina un'ipotesi residuale, ragion per cui se ritiene che l'adottato

ma dalla potente forza evocativa, si potrebbe affermare che la posizione dell'aggiudicatario è solo occasionalmente protetta dalla norma di azione che facoltizza l'ente appaltante a soprassedere a fronte di una certificazione ad effetti inibitori. Mentre il bilanciamento tra l'interesse pubblico primario e l'interesse privato è risolto in favore del primo, sulla base di una valutazione valoriale operata a monte dal legislatore, rispetto alla quale né alla prefettura né all'amministrazione precedente è dato incidere, di contro, la ponderazione tra le contrapposte esigenze – entrambe pubbliche – di protezione dell'economia legale e di prevenzione dalle infiltrazioni malavitose, da un lato, e di non interruzione della fornitura o del servizio ovvero di ultimazione dell'opera, dall'altro, è rimessa alla stazione appaltante che - diversamente dal prefetto, la cui attività resta comunque vincolata nel senso che si è cercato di chiarire - vede in questa sede, e soltanto in essa, dischiudersi spazi di discrezionalità entro cui canalizzare l'esercizio di un potere determinante, così da tarare la soluzione sulla situazione di fatto che di volta in volta essa è chiamata a gestire²⁶⁰.

recesso contrattuale motivato mediante il mero rinvio all'interdittiva prefettizia non infici la legittimità dell'azione amministrativa, dovendosi dare prevalenza al giudizio di disvalore operato dal legislatore, di contro, richiede una motivazione particolarmente rigorosa per l'ipotesi di prosecuzione nel rapporto con un operatore che, in astratto, non sarebbe più meritevole della fiducia delle istituzioni (cfr., *ex plurimis*: T.a.r. Campania, Napoli, sez. I, 3 dicembre 2018, n. 6945, in *Foro amm.*, 2018, 12, 2337).

²⁶⁰ Del tutto pretermesso appare, invece, l'interesse degli altri partecipanti alla gara a subentrare nel contratto; a questi ultimi, preclusa la tutela caducatoria classica, residuerebbe la sola tutela risarcitoria, secondo un modello ampiamente sperimentato sia in sede di controversie relative ad infrastrutture strategiche (art. 125 c.p.a.), sia in caso di applicazione alla limitrofa figura di gestione, sostegno e monitoraggio dell'impresa introdotta dal cosiddetto 'decreto Madia' del 2014, con il quale la disposizione in argomento condivide senz'altro la *ratio*. In proposito, cfr.: Cons. Stato, sez. IV, 20 gennaio 2015, n. 143, in *Foro amm.*, 2015, 7-8, 1935, con nota di F. PEIRONE, *La tutela dell'integrità negli appalti pubblici e la giustizia amministrativa. Public procurement integrity and the remedies system*, nonché in *Foro it.*, 2015, III, 10, con nota redazionale di A. TRAVI. Al riguardo, manifesta critiche in punto di pienezza ed effettività della tutela G.D. COMPORTELLI, *La nuova sfida delle direttive europee in materia di appalti e concessioni*, cit., 14.

Le peculiarità che caratterizzano la materia delle gare in punto di maggiore adattabilità della disciplina alle contingenze fattuali non si esauriscono, però, nella facoltà riconosciuta all'ente banditore di paralizzare l'effetto interdittivo allorquando lo stesso si risolverebbe in un grave pregiudizio per il preminente interesse pubblico. Analoga finalità è sottesa sia al commissariamento prefettizio di cui all'art. 32, comma 10, del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito con modificazioni dalla legge 11 agosto 2014, n. 114²⁶¹, sia, *mutatis mutandis*, al controllo giudiziario volontario previsto dall'art. 34 *bis*, comma 6, del codice antimafia²⁶²: istituti che, del resto, costituiscono differenti declinazioni del medesimo paradigma terapeutico²⁶³.

È dunque inevitabile constatare come quello della contrattualistica pubblica si sia dimostrato, nel corso degli anni, un campo privilegiato di analisi per sperimentare forme innovative di intervento dei pubblici poteri, volte prioritariamente a promuovere il disinquinamento mafioso delle unità produttive.

²⁶¹ F. TESTI, *Il commissariamento delle imprese appaltatrici ex art. 32, d.l. n. 90/2014*, in M. D'ALBERTI (a cura di), *Corruzione e pubblica amministrazione*, cit., 693; F. ASTONE, *Interdittive antimafia e "commissariamento" delle imprese (avuto riguardo al settore degli appalti pubblici)*, in *Giustamm.*, 2018, 7.

²⁶² In questi termini si esprime la *Relazione della commissione ministeriale incaricata di elaborare una proposta di interventi in materia di criminalità organizzata*. La Commissione, istituita con d.m. 10 giugno 2013 e presieduta dal Prof. Giovanni Fiandaca – in riferimento al controllo giudiziario – afferma di ritenere che lo stesso «possa fungere da adeguato strumento per consentire la prosecuzione dell'attività di impresa nei casi in cui le aziende vengano raggiunte da interdittiva prefettizia, garantendo così nel contempo il prevalente interesse alla realizzazione di opere di rilevanza pubblica» (*ivi*, 87). Il testo del documento è reperibile in www.penalecontemporaneo.it, 12 febbraio 2014.

²⁶³ R. CANTONE – B. COCCAGNA, *L'impresa raggiunta da interdittiva antimafia tra commissariamenti prefettizi e controllo giudiziario*, in G. AMARELLI – S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti*, cit., 302.

2. *L'impatto della documentazione antimafia sulle procedure ad evidenza pubblica. Dal sistema di etero-integrazione proprio del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 al meccanismo del rinvio espresso operato dal d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 al d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159*

Calando la disciplina antimafia nel settore oggetto di indagine, l'originario carattere diafano si stempera al chiarore delle disposizioni contenute nel d.lgs. n. 50 del 2016, come modificato dal d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56²⁶⁴.

Quest'ultimo dedica alla materia una nutrita serie di articoli. Oltre alla norma fondamentale dell'art. 80, comma 2, in tema di requisiti di partecipazione e connessi motivi di esclusione - sui quali ci si soffermerà più diffusamente nel prosieguo - il codice dei contratti pubblici richiama il d.lgs. n. 159 del 2011, specificando gli effetti conseguenti ad una certificazione a contenuto interdittivo con riguardo all'ipotesi in cui la stessa sia spiccata nei confronti di uno dei componenti di un operatore economico che partecipi alla gara in forma plurisoggettiva (art. 48, commi 17 e 18), ovvero nei confronti dell'impresa ausiliaria per il caso in cui il concorrente intenda fare ricorso all'istituto dell'avvalimento (89, comma 5), nonché in riferimento al tema della garanzia provvisoria (93, comma 6), della risoluzione (art. 108, comma 2) e dell'affidamento a contraente generale (art. 194).

I due *corpora* normativi si pongono in rapporto di genere a specie: mentre il codice antimafia offre un affresco ad ampio spettro della disciplina, valevole indipendentemente dal suo ambito applicativo, il codice dei contratti pubblici si propone di fornire all'interprete coordinate più precise che, attraverso indicazioni di dettaglio, consentano o di superare eventuali incertezze

²⁶⁴ Per completezza mette conto segnalare che, in attuazione delle riforme previste nell'ambito del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (P.N.R.R.), ai sensi dell'art. 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante «*Delega al Governo in materia di contratti pubblici*», il Parlamento ha delegato l'Esecutivo alla predisposizione di un nuovo codice degli appalti. Secondo il cronoprogramma fissato, il testo dovrà entrare in vigore a far data da aprile 2023. La Schema preliminare licenziato dal Consiglio di Stato in data 20 ottobre 2022 consta di 230 articoli, suddivisi in cinque libri.

nell'applicazione della disciplina o di variamente declinarla in ragione delle particolarità del contesto in cui essa si colloca. Un obiettivo lodevole che, tuttavia, come avremo modo di verificare, non sembra essere stato compiutamente realizzato, dati i problemi di coordinamento che talvolta ancora permangono.

Ciò detto, tornando alla questione che maggiormente interessa in questa sede, merita riflettere sulla tecnica utilizzata per legare insieme i due plessi normativi. In proposito, viene in considerazione il già menzionato art. 80, comma 2, il quale prescrive la sanzione espulsiva in danno dell'operatore economico ove sussista a suo carico una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto previste dall'articolo 67 del d.lgs. n. 159 del 2011, ovvero siano accertati nei suoi riguardi tentativi di infiltrazione mafiosa²⁶⁵. In questo senso, la disposizione nulla aggiunge rispetto alla regola sancita dall'art. 83, comma 1, del codice antimafia, costituendone una semplice specificazione settoriale, giustificata dalla necessità di sterilizzare possibili equivoci correlati al principio di tassatività dei motivi di esclusione - oggi consacrato all'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016²⁶⁶ - nonché di sciogliere i dilemmi interpretativi originati dalla opacità della disciplina previgente.

Una simile disposizione non era infatti contemplata dal precedente codice. Nel d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 erano presenti molti enunciati direttamente o indirettamente collegati alla normativa antimafia, analoghi a quelli sopra citati: così in tema di raggruppamenti temporanei (art. 37, commi

²⁶⁵ L'art. 80, comma 2 stabilisce: «*Costituisce altresì motivo di esclusione la sussistenza, con riferimento ai soggetti indicati al comma 3, di cause di decadenza, di sospensione o di divieto previste dall'articolo 67 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4, del medesimo decreto. Resta fermo quanto previsto dagli articoli 88, comma 4-bis, e 92, commi 2 e 3, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, con riferimento rispettivamente alle comunicazioni antimafia e alle informazioni antimafia. Resta fermo altresì quanto previsto dall'articolo 34-bis, commi 6 e 7, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159*».

²⁶⁶ In tema, cfr.: G. IOANNIDES, *La selezione delle offerte (artt. 83-93)*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2019, 649.

18 e 19), di requisiti del soggetto ausiliario in caso di contratto di avvalimento (art. 49, comma 5), di ricorso all'istituto del contraente generale (art. 176, comma 8)²⁶⁷. Mancava, tuttavia, una norma specifica che elevasse l'impermeabilità mafiosa a requisito di integrità morale *tout court*.

Il ponte tra l'una e l'altra disciplina era costituito dall'art. 247, che si limitava a mantenere ferme «*le vigenti disposizioni in materia di prevenzione della delinquenza di stampo mafioso e di comunicazioni e informazioni antimafia*»²⁶⁸. Nel sistema così delineato, quindi, «la questione era impostata nel senso di considerare l'aggiudicazione dell'appalto pubblico un provvedimento amministrativo subordinato alle esigenze di ordine pubblico in presenza di reati di particolare gravità»²⁶⁹. Restava tuttavia insoluto il dubbio se ritenere la documentazione liberatoria necessaria per la sola stipulazione del contratto ovvero anche per la partecipazione alla gara²⁷⁰. L'interrogativo nasceva dalla

²⁶⁷ Per un'analisi della disciplina antimafia in relazione al d.lgs. n. 163 del 2006, si veda: F. CARINGELLA, *La normativa antimafia*, in R. DE NICTOLIS (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, vol. III, Milano, 2007, 52 ss.

²⁶⁸ In tema, cfr.: G. CORSO, *La normativa antimafia*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS – R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici. I settori speciali. L'esecuzione*, vol. V, Milano, 2008, 3425 ss.; M. LOMBARDO, *Art. 247*, in M. BALDI – R. TOMEI (a cura di), *La disciplina dei contratti pubblici. Commentario al codice appalti*, II ed., Milano, 2009, 1721 ss.; C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, in P. RESCIGNO – E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato dei contratti*, vol. II, Torino, 2008.

²⁶⁹ G. PESCE, *l'ammissione alle procedure (artt. 79-82)*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2019, 615 (spec. nt. 19).

²⁷⁰ In proposito, si veda: ANAC, *Rassegna ragionata degli atti dell'Autorità in tema di riflessi dell'interdittiva antimafia sulla partecipazione alle gare e sull'esecuzione dei contratti pubblici 2015-2019*, 4 febbraio 2020, 3. Il testo del documento è reperibile sul sito istituzionale dell'Autorità, www.anticorruzione.it.

In particolare, a sostegno della tesi che vedeva nella documentazione liberatoria un requisito di partecipazione, cfr.: T.a.r. Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 9 marzo 2016, n. 266, in *Foro amm.*, 2016, 3, 756. Nella citata sentenza, il Tribunale, pur ammettendo che «le informative sono escluse dal sistema delle dichiarazioni di cui all'art. 38 Cod. Contr.» e che «l'art. 38 sembra contenere un riferimento a previsioni tassative, siccome preordinate a limitare la capacità contrattuale delle imprese, con riveniente compressione della libertà di iniziativa

circostanza che, a fronte di un dato testuale laconico, l'art. 91, comma 3, del d.lgs. n. 159 del 2011 prevedeva (e prevede tutt'oggi) che la certificazione antimafia andasse acquisita al momento dell'aggiudicazione, ovvero trenta giorni prima della stipula del contratto. Le due ipotesi ricostruttive avevano risvolti pratici molto rilevanti. Aderendo alla seconda, stante il principio di continuità dei requisiti, l'operatore economico avrebbe dovuto dimostrarsi alieno a ingerenze malavitose già in sede di presentazione dell'offerta e mantenersi tale sino all'esecuzione della commessa, laddove invece, in forza della prima, questi, ancorché attinto da certificazione inibitoria, avrebbe potuto prendere parte alla procedura, salvo poi, nelle more della medesima, ottenerne l'annullamento giudiziale o in via di autotutela, ovvero la revoca e il conseguente aggiornamento in termini liberatori²⁷¹. Con l'innesto della liberatoria antimafia tra i requisiti di affidabilità morale l'originario dubbio interpretativo è stato risolto in favore della tesi più rigorista.

economica tutelata in via generale dall'art. 41 Cost.», conclude nel senso di ritenere l'ipotesi interpretativa che vede nell'insussistenza di una certificazione inibitoria una *condicio sine qua non* di partecipazione alla gara, poiché «il Codice Antimafia rappresenta e fonda un sistema di preclusioni rispetto alla capacità di contrattare con le p.a. parallelo a quello contemplato dall'art. 38 Cod. Contr., al quale peraltro l'art. 247 Cod. Contr. fa espresso rinvio».

Contra: T.a.r. Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 11 febbraio 2015, n. 140, in *Foro amm.*, 2015, 2, 653, ad avviso del quale: «Tra i requisiti di ordine morale di cui all'art. 38, comma 1, così come in quelli di idoneità professionale di cui all'art. 39, commi 1 e 2, non è contemplata l'informativa interdittiva antimafia, la cui sussistenza deve essere verificata, da parte della stazione appaltante, a valle della procedura, al momento dell'aggiudicazione, così come statuito ora dall'art. 91, comma 3, d.lgs. n. 159 del 2011».

²⁷¹ Parimenti evidente appare la diversità di esiti cui conducono le soluzioni ermeneutiche sopra esaminate se si ha riguardo ad un'altra situazione emblematica, quella del secondo graduato colpito da documentazione interdittiva che, accedendo alla prima soluzione, conserverebbe comunque una legittima aspettativa di aggiudicazione per il caso di scorrimento della graduatoria. In proposito, si veda: A. DE PASCALIS, *Effetti delle misure interdittive antimafia nei rapporti con la pubblica amministrazione*, in G. AMARELLI – S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti*, cit., 150.

Tanto sarebbe bastato per suggerire una rivisitazione della metodica di coordinamento dei due sistemi, ma militavano a sostegno di un suo ripensamento anche ragioni di carattere più generale.

Il ricorso alla tecnica del rinvio dinamico, resa necessaria dall'esigenza di 'abbracciare' una disciplina dalla morfologia policentrica, all'epoca disseminata in una pluralità di fonti di rango non soltanto primario, garantì un costante raccordo tra il codice previgente e una normativa in continua evoluzione che di lì a poco sarebbe confluita nel d.lgs. n. 159 del 2011. Proprio grazie al meccanismo della etero-integrazione il trapasso al nuovo sistema incentrato sul codice antimafia riuscì senza particolari problematiche e senza bisogno di interventi di *maquillage* in relazione al previgente testo di legge, che fu *ipso iure* permeato dalla novella.

Tuttavia, il processo di razionalizzazione culminato con il varo del d.lgs. n. 159 del 2011 incrinava, almeno parzialmente, la plausibilità del costrutto teorico fondato sulla necessaria elasticità del richiamo. Donde l'opzione legislativa fatta propria dal d.lgs. n. 50 del 2016, che, disattendendo le indicazioni rese dal Consiglio di Stato in sede consultiva²⁷², ha preferito aderire ad un diverso modello di *drafting* basato sul rinvio espresso a specifiche disposizioni del codice antimafia, con la conseguente incorporazione del relativo contenuto precettivo entro la cornice dell'art. 80, comma 2. In quest'ottica, il d.lgs. n. 159 del 2011 ha rappresentato senz'altro un ponte tra la vecchia e la nuova disciplina in materia di contratti pubblici²⁷³.

²⁷² Si segnala che il Consiglio di Stato, nel parere reso sullo schema di codice (n. 855 del 1° aprile 2016), si era dichiarato favorevole al mantenimento di una clausola di salvezza, alla stregua di quella prevista dall'abrogando art. 247 del d.lgs. n. 163 del 2006 (par. III.d). Il testo del documento è consultabile in *Federalismi*, 20 aprile 2016.

²⁷³ G. CORSO – G. PESCE, *Requisiti generali: in particolare la normativa antimafia*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS, *Trattato sui contratti pubblici. Soggetti, qualificazione, regole comuni alle procedure di gara*, vol. II, Milano, 2019, 916.

3. *La vexata quaestio della compatibilità eurounitaria dell'art. 80, comma 2, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 alla luce del principio del divieto di gold plating*

Nell'ambito del diritto amministrativo, la contrattualistica pubblica è senza dubbio uno dei settori maggiormente influenzati dalla disciplina unionale. Tale influenza ha riguardato, in particolare, il novero dei soggetti tenuti all'osservanza della disciplina pubblicistica, tramite l'elaborazione della nozione – sconosciuta alla legislazione domestica – di organismo di diritto pubblico, ma ha avuto riverberi importanti anche sulla connotazione stessa del procedimento evidenziale, determinando una vera e propria rivoluzione copernicana nel modo di concepire le gare pubbliche. Archiviata, infatti, la stagione dell'originaria vocazione «ragionieristica»²⁷⁴ che ha rappresentato il portato più significativo della normativa De Stefani sulla contabilità generale dello Stato, il sistema si è evoluto sotto la spinta del diritto europeo verso un modello che mira non solo e non tanto alla tutela dell'amministrazione da eventuali eccessi di spesa, ma soprattutto alla salvaguardia della concorrenza e, quindi, della libertà d'impresa contro discriminazioni legate alla nazionalità²⁷⁵: un mutamento di paradigma rilevante sotto il profilo teorico, ma dalle ricadute pratiche non meno impattanti stante la torsione interpretativa che ha imposto nell'applicazione dei principali istituti della materia.

Le coordinate offerte dalla legislazione europea non hanno tuttavia impedito al legislatore nazionale di ritagliarsi spazi di manovra. Sicché, condizionato dalla primigenia impostazione formale e vincolistica che connotava la disciplina, nel dare attuazione alla normativa sovranazionale, questi

²⁷⁴ M.S. GIANNINI, *Origini e caratteristiche della normativa contabile del 1923-24*, in R. PEREZ (a cura di), *Il completamento della riforma della contabilità pubblica*, Milano, 1988, 15, ora in ID., *Scritti (1984-1990)*, vol. III, Milano, 2006, 803. In tema, si veda anche: F.P. PUGLIESE, *Sulla formazione contrattuale pubblica dopo l'unificazione*, in *Quaderni storici*, 1971, 731.

²⁷⁵ Per un inquadramento generale, si rinvia a: G.D. COMPORI, *Lo Stato in gara: note sui profili evolutivi di un modello*, in *Il dir. dell'economia*, 2007, 2, 231ss.

ha mantenuto un atteggiamento di maggior rigore in generale e anche in riferimento alle ingerenze della criminalità organizzata. Prova ne è che l'art. 57 della direttiva 2014/24/UE, allo scopo di legittimare l'esclusione di un operatore dalla procedura, esige che nei suoi confronti sia stata pronunciata una sentenza definitiva di condanna per talune ipotesi delittuose²⁷⁶. In altri termini, nella logica pro-concorrenziale che anima il legislatore europeo la sanzione espulsiva è subordinata ad un accertamento definitivo circa l'appartenenza dell'impresa al circuito criminale. Di contro, volgendo lo sguardo alla legislazione interna, se l'art. 80, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016 costituisce traduzione sostanzialmente conforme del precetto europeo, il successivo comma 2 impone l'esclusione dalla gara in conseguenza di un provvedimento amministrativo non solo non dotato del carattere della definitività (intesa nel senso di inoppugnabilità), ma, per giunta, fondato su una delibazione ben lontana dall'attingere il grado di certezza (tendenzialmente) proprio di una pronuncia penale di condanna.

Donde l'annosa questione della compatibilità della disciplina interna con l'ordinamento europeo sotto il profilo del divieto di introduzione e mantenimento di *standard* di regolazione superiori a quelli richiesti dalle direttive, vale a dire il cosiddetto *gold plating*²⁷⁷.

²⁷⁶ Si tratta dei reati di: a) partecipazioni a un'organizzazione criminale; b) corruzione; c) frode; d) reati terroristici o connessi alle attività terroristiche; e) riciclaggio di proventi di attività criminose o finanziamento del terrorismo; f) lavoro minorile o altre forme di tratta di esseri umani. Sebbene il detto catalogo sia stato implementato rispetto all'impianto normativo precedente, il principio che subordina l'esclusione dell'operatore ad una pronuncia definitiva di condanna era già contenuto anche nella direttiva 2004/18/CE (considerando 43 e art. 45).

²⁷⁷ Il divieto in questione non costituisce un principio di diritto unionale, che, come noto, tramite lo strumento delle direttive si limita a fissare degli obiettivi lasciando liberi gli Stati membri quanto ai mezzi necessari per raggiungerli. Il termine '*gold plating*' compare per la prima volta nella comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, dell'8 ottobre 2010 («*Smart Regulation in the European Union*»), adottata allo scopo di promuovere - sia a livello europeo sia a livello di ordinamento nazionali - una legiferazione 'intelligente', in grado di ridurre gli oneri burocratici a carico di cittadini e imprese.

Sulla portata del divieto in argomento occorre però intendersi. Al riguardo, il Consiglio di Stato, nel già citato parere reso sullo schema di codice

Nel nostro ordinamento, il divieto in parola è stato introdotto in via generale dall'art. 15, comma 2, lettera b), della legge 12 novembre 2011, n. 183, recante «*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (Legge di stabilità 2012)*», con l'inserimento nell'art. 14 della legge 28 novembre 2005, n. 246 («*Semplificazione e riassetto normativo per l'anno 2005*»), dei commi 24 *bis*, *ter* e *quater*. Più precisamente, il comma 24 *bis* stabilisce: «*Gli atti di recepimento di direttive comunitarie non possono prevedere l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse, salvo quanto previsto al comma 24-quater*». Il comma 24 *ter* precisa poi cosa si debba intendere per livelli di regolazione superiori al minimo comunitario: «*Costituiscono livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive comunitarie: a) l'introduzione o il mantenimento di requisiti, standard, obblighi e oneri non strettamente necessari per l'attuazione delle direttive; b) l'estensione dell'ambito soggettivo o oggettivo di applicazione delle regole rispetto a quanto previsto dalle direttive, ove comporti maggiori oneri amministrativi per i destinatari; c) l'introduzione o il mantenimento di sanzioni, procedure o meccanismi operativi più gravosi o complessi di quelli strettamente necessari per l'attuazione delle direttive*». Infine, il comma 24 *quater* così dispone: «*L'amministrazione dà conto delle circostanze eccezionali, valutate nell'analisi d'impatto della regolamentazione, in relazione alle quali si rende necessario il superamento del livello minimo di regolazione comunitaria (...)*».

Per quanto specificamente attiene al settore degli appalti, le disposizioni menzionate sono espressamente richiamate dall'art. 1, comma 1, lett. a), della legge 28 gennaio 2016, n. 11, nell'ambito dei principi e dei criteri direttivi cui il legislatore delegato avrebbe dovuto attenersi per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014. Il divieto di *gold plating* è confermato anche all'art. 1, comma 1, lett. a), della legge 21 giugno 2022, n. 78 («*Delega al Governo in materia di contratti pubblici*»), che impone il «*perseguimento di obiettivi di stretta aderenza alle direttive europee, mediante l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione corrispondenti a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse, ferma rimanendo l'inderogabilità delle misure a tutela del lavoro, della sicurezza, del contrasto al lavoro irregolare, della legalità e della trasparenza, al fine di assicurare l'apertura alla concorrenza e al confronto competitivo fra gli operatori dei mercati dei lavori, dei servizi e delle forniture, con particolare riferimento alle micro, piccole e medie imprese (...)*».

La letteratura in tema è ampia. Tra gli scritti più recenti si segnala per l'originalità dell'approccio il contributo di G. RIVELLINI, *Il divieto di 'gold plating' e il problema della sua giustiziabilità in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 3, 815.

del 2016, si era interrogato sulla legittimità di un recepimento delle fonti europee più oneroso rispetto al ‘minimo comunitario’ e aveva concluso in senso possibilista. Il ragionamento condotto dall’Alto Consesso riunito in funzione consultiva muoveva dalla constatazione che la direttiva contiene tre distinte tipologie di disposizioni: a) quelle a recepimento obbligato; b) quelle che lasciano margini di flessibilità agli Stati membri, consentendo un recepimento o più severo o più liberale; c) quelle che impongono agli Stati membri di lasciare spazi di discrezionalità alle stazioni appaltanti. Date queste premesse, il Consiglio di Stato, affrontando il tema dall’angolazione del bilanciamento tra competitività ed altri valori costituzionali, giungeva a ravvisare la piena compatibilità eurounitaria della scelta legislativa italiana, sul presupposto che il detto divieto andasse rettammente interpretato «in una prospettiva di riduzione degli "oneri non necessari", e non anche in una prospettiva di abbassamento del livello di quelle garanzie che salvaguardano altri valori costituzionali, in relazione ai quali le esigenze di massima semplificazione e efficienza non possono che risultare recessive»²⁷⁸.

A conforto di siffatta soluzione soccorreva, peraltro, anche la giurisprudenza della Corte di giustizia che, proprio in tema di disciplina antimafia, sebbene con riguardo ad una distinta fattispecie²⁷⁹, aveva salvato la disposizione interna, dichiarando che dovesse essere riconosciuto agli Stati «un certo potere discrezionale nell’adozione delle misure destinate a garantire il rispetto del principio della parità di trattamento e dell’obbligo di trasparenza», poiché «il singolo Stato membro è nella posizione migliore per individuare, alla luce di considerazioni 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». Tuttavia – proseguiva la Corte - «conformemente al principio di proporzionalità,

²⁷⁸ Cons. Stato, comm. spec., 1° aprile 2016, parere n. 855, cit. (spec. § II.a).2.).

²⁷⁹ Il *thema decidendum* verteva sulla compatibilità con il diritto dell’Unione europea della sanzione espulsiva adottata nei confronti di un operatore economico che si era rifiutato di sottoscrivere la dichiarazione di accettazione di un protocollo di legalità.

(...) una siffatta misura non deve eccedere quanto necessario per raggiungere l'obiettivo perseguito»²⁸⁰.

²⁸⁰ Corte di Giustizia dell'U.E., sez. X, 22 ottobre 2015, in causa C-425/14, *Impresa Edilux S.r.l.*, ECLI:EU:C:2015:721, in www.curia.eu, la quale, in riferimento al caso specifico, ha statuito che la questione doveva essere impostata alla luce del contenuto delle singole clausole del patto di integrità, verificandone l'adeguatezza a fungere da strumento di contrasto della criminalità organizzata e, contestualmente, la non eccessiva onerosità in termini di compressione del principio del *favor participationis*. Per un commento alla sentenza, si vedano: C. CRAVERO, *Protocolli di legalità o Patti di integrità: la compatibilità con il diritto UE della sanzione di esclusione automatica dell'operatore economico inadempiente*, in *Giur. it.*, 2016, 6, 1459; S. VINTI, *I protocolli di legalità e il diritto europeo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 3, 318. Per un esame dell'ordinanza di rimessione, si veda invece: F. SAITTA, *I protocolli di legalità al vaglio dei giudici europei (nota a Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 12 settembre 2014, ord. n. 534)*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2015, 1, 244.

A livello di giurisprudenza interna, il tema è stato affrontato in particolare nella prospettiva del difficile equilibrio con il principio di tassatività delle cause di esclusione. Recentemente, si veda: Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 12 gennaio 2022, n. 32, in www.giustizia-amministrativa.it. Ad avviso dei giudici siciliani, «le previsioni contenute nei protocolli di legalità o di integrità, stipulati ai sensi dell'art. 1 comma 17 della legge n. 190 del 2012, laddove configurano specifiche cause di esclusione dalla procedura di gara, sono idonee (data la base giuridica fondata sulla norma di rango legislativo) a integrare il catalogo tassativo delle cause di esclusione contemplate dal d.lgs. n. 50 del 2016» (in senso conforme, cfr.: Cons. Stato, sez. V, 13 gennaio 2021, n. 425, in www.giustizia-amministrativa.it). La sentenza si segnala, inoltre, anche per un altro aspetto di notevole interesse, attinente alla possibilità di sussumere le disposizioni pattizie contenute in un patto di integrità nel perimetro dell'art. 1341 c.c., con conseguente attivazione della particolare forma di tutela prevista dalla norma citata in favore della parte contrattuale 'debole', che non ha predisposto unilateralmente le clausole (*i.e.* la necessità di specifica approvazione). Sulla questione, il Consesso ha preso posizione in senso preclusivo, sul rilievo che, mentre «le clausole vessatorie intervengono (...) in un rapporto pattizio, rispetto al quale la previsione di facoltà o poteri a favore di una delle parti non si accompagna a prerogative procedimentali (che invece connotano il potere amministrativo di esclusione dalla gara) atte a tutelare la posizione di controparte», «i patti di integrità si inseriscono nel rapporto di diritto pubblico che si crea fra la stazione appaltante e il partecipante alla gara, individuando specifiche fattispecie "sanzionatorie" nell'ambito di un procedimento che si sviluppa con le garanzie tipiche del procedimento amministrativo, sicché viene meno la tutela della parte debole (del rapporto contrattuale), atteso che tutta la disciplina del procedimento

Applicando le coordinate ermeneutiche di cui sopra al tema oggetto di analisi, sembra allora possibile sostenere che la chiave di volta dell'intero quadro regolatorio sia costituita dal criterio della proporzionalità. Esso – vero canone ordinatore dell'attività amministrativa sia a livello europeo sia a livello nazionale – è funzionale a mitigare il principio di precauzione, che, dal canto suo, imporrebbe il totale sacrificio degli interessi antagonisti allo scopo di assicurare il più alto livello di protezione a quello considerato preminente²⁸¹.

Solo attraverso la valorizzazione del detto principio parrebbe ammissibile il recupero della disciplina antimafia ai valori che permeano la normativa unionale in materia di commesse pubbliche. Detto diversamente, ribaltando la prospettiva ed utilizzando la proporzionalità a mo' di 'criterio filtro', si giunge alla conclusione che non ogni maggior onere sia tale da integrare una violazione del divieto di *gold plating*, ma soltanto quegli oneri maggiori che, introdotti a tutela di valori concorrenti, si appalesino sproporzionati rispetto alle finalità perseguite. La correttezza di tale linea interpretativa trova implicita conferma nella giurisprudenza, sia sovranazionale sia interna, che pacificamente ammette la previsione di adempimenti sì ulteriori, ma finalizzati ad ampliare il ricorso al mercato, dovendo il divieto in oggetto essere applicato in conformità alla sua *ratio*²⁸².

amministrativo è volta ad assicurare la valorizzazione dei partecipanti al procedimento, così sostituendo la tutela preventiva (e formale) della specifica sottoscrizione con una più pregnante forma di apprezzamento della posizione privata».

²⁸¹ Per un approfondimento, *ex plurimis*, si rinvia al sempre attuale studio monografico di A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 2008.

²⁸² Paradigmatico al riguardo è il dibattito sviluppatosi intorno all'art. 192 del d.lgs. n. 50 del 2016 e, segnatamente, alla legittimità della scelta italiana di configurare il ricorso all'*in house providing* come *extrema ratio*, sperimentabile soltanto in caso di dimostrato fallimento del mercato rilevante e in presenza di specifici benefici per la collettività connessi a tale forma di affidamento. La questione è stata affrontata dalla Corte costituzionale sotto il profilo di un lamentato eccesso di delega e risolta in termini di infondatezza della medesima. Il percorso logico-giuridico seguito per addivenire a tale conclusione si è focalizzato sul rilievo che l'opzione legislativa italiana si colloca su una direttrice pro-concorrenziale, la quale esprime un netto *favor* per l'apertura al mercato, ragion per cui non sarebbe invocabile il divieto di *gold*

In assenza di specifici arresti in argomento, si tratterà quindi di verificare se l'art. 80, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016 possa reputarsi conforme al canone della proporzionalità per come quest'ultimo è andato sviluppandosi nel diritto vivente e, segnatamente, per come ha ricevuto concreta attuazione nelle pronunce dei giudici di Lussemburgo²⁸³.

A tal proposito, è significativa una sentenza resa dalla Corte di Giustizia in tema di decadenza della concessione amministrativa da parte di un concessionario di giochi d'azzardo nei cui confronti era stata emessa una misura

plating al fine di predicarne l'incompatibilità e con l'ordinamento europeo e con i criteri direttivi contenuti nella legge delega. Cfr.: Corte cost., 27 maggio 2020, n. 100, in *Giur. cost.*, 2020, 3, 1209; in *Riv. giur. ed.*, 2020, 4, I, 794; in *Foro it.*, 2020, 10, I, 3032. Per un'analisi della pronuncia, si veda: M. TRIMARCHI, *L'affidamento in house dei servizi pubblici locali (nota a Corte costituzionale 27 maggio 2020, n. 100)*, in *Giustizia insieme*, 11 giugno 2020; M. PAOLELLI, *Divieto di 'gold plating' e affidamento 'in house providing': costituzionalmente legittima la previsione dell'obbligo per le Stazioni appaltanti di motivare le ragioni del mancato ricorso al mercato*, in *Riv. Corte dei conti*, 2020, 3, 182; A. INDELICATO, *Considerazioni in tema di in house providing alla luce della recente sentenza della Corte Costituzionale (27 maggio 2020, n. 100)*, in *Amministrazione in Cammino*, 24 settembre 2020.

La sentenza della Consulta si pone, peraltro, in continuità con quanto affermato, qualche tempo prima, dalla Corte di Giustizia, che – intervenuta sulla questione – aveva ribadito «la libertà degli Stati membri di scegliere il modo di prestazione di servizi mediante il quale le amministrazioni aggiudicatrici provvederanno alle proprie esigenze» e, dunque, la facoltà per gli stessi di «subordinare la conclusione di un'operazione interna all'impossibilità di indire una gara d'appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all'operazione interna». Cfr.: Corte di Giustizia dell'U.E., sez. IX, ordinanza 6 febbraio 2020, in cause riunite da C-89/19 a C-91-19, *Rieco*, ECLI:EU:C:2020:87, in www.curia.eu. Per un commento alla pronuncia, si veda: C. CONTESSA, *La Corte di giustizia legittima i limiti nazionali agli affidamenti 'in house'*, in *Urb. app.*, 2020, 3, 354. In senso conforme, cfr.: Corte di Giustizia dell'U.E., sez. IV, sentenza 3 ottobre 2019, in causa C-285/18, *Irgita*, ECLI:EU:C:2019:829, in www.curia.eu.

²⁸³ In tema si veda: D.U. GALETTA, *The EU law principle of proportionality and judicial review: its origin, development, dissemination and the lessons to be learnt from EU Court of Justice*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2021, 5-6, 619.

di prevenzione perché sospettato di essere coinvolto in attività criminali²⁸⁴. Nell'occasione, la Corte ha ribadito il principio in base al quale «un'esclusione dal mercato in virtù della decadenza della concessione dovrebbe, in linea di principio, essere considerata proporzionata all'obiettivo della lotta contro la criminalità unicamente nel caso in cui fosse fondata su una sentenza avente autorità di giudicato e riguardante un delitto sufficientemente grave», salvo poi soggiungere: «Una legislazione che contempra, anche in modo temporaneo, l'esclusione di operatori dal mercato potrebbe essere considerata proporzionata unicamente a condizione di prevedere un'efficace possibilità di ricorso in sede giurisdizionale nonché un risarcimento del danno subito nel caso in cui, in un momento successivo, tale esclusione si rivelasse ingiustificata».

Tale ultima affermazione risulta particolarmente pregnante ai nostri fini, perché sembrerebbe recuperare il maggior onere recato dall'art. 80, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016 al principio di proporzionalità e, dunque, al divieto di *gold plating* nella misura in cui siano (cumulativamente) soddisfatti i requisiti della effettività della tutela giurisdizionale e della risarcibilità del danno conseguente ad un'esclusione non giustificata. Allo stato, tuttavia, ad avviso di chi scrive, è lecito dubitare dell'integrazione sia dell'uno che dell'altro. La tutela giurisdizionale – intesa come possibilità di ricorso ad un giudice terzo ed imparziale per la salvaguardia delle proprie ragioni – è senz'altro presente nel nostro ordinamento, ma appare ben lontana dal potersi fregiare degli attributi della pienezza ed effettività per le ragioni esaminate in precedenza (*supra* cap. II, §§ 3.4. e 3.5.). Non meno ricco di ombre si appalesa poi l'altro profilo menzionato, relativo alla risarcibilità del pregiudizio patito dall'operatore economico escluso da una procedura in forza di una certificazione antimafia poi annullata dal giudice amministrativo, ovvero – ed è questo il caso senza dubbio più problematico - fondata su elementi presenti al momento della verifica, ma successivamente smentiti all'esito del processo penale. In ordine ad entrambe le dette ipotesi si ravvisano elementi di criticità. La problematica sarà meglio

²⁸⁴ Corte di Giustizia dell'U.E., sez. IV, sentenza 16 febbraio 2012, in cause riunite C-72/10 e C-77/10, *Costa e Cifone*, ECLI:EU:C:2012:80, in www.curia.eu.

sviluppata nel prosieguo della trattazione (*infra* §§ 5. e 6.). In questa sede sia sufficiente segnalare che, allo stato della giurisprudenza, nell'una (danno da certificazione illegittima) il rimedio approntato non pare pienamente soddisfacente e nell'altra (danno da certificazione legittima ma erronea) il bisogno di tutela del privato rischia di rimanere totalmente insoddisfatto.

Quanto sopra sarebbe già di per sé sufficiente a stimolare una riflessione critica circa la compatibilità eurounitaria di una disciplina che impone l'esclusione dell'impresa per il sol fatto di essere 'in odore di mafia', ma vi è di più. Seguendo la direttrice tracciata e misurando il divieto di *gold plating* al lume del canone della proporzionalità, emerge con chiarezza come la tendenza incrementalista che ha ispirato il legislatore italiano nel recepimento della normativa europea non si è esaurita nell'attribuzione di efficacia escludente ad un provvedimento amministrativo basato su di un accertamento del tutto scevro del crisma della *res iudicata*.

Per meglio comprendere questo aspetto conviene fare un passo indietro e soffermarsi, in maniera più analitica, sulle disposizioni della direttiva 2014/24/UE, così da metterle a confronto con le loro omologhe interne.

Le uniche ipotesi di esclusione obbligatoria previste a livello europeo sono quelle contemplate all'art. 57, par. 1 e 2. In riferimento alle stesse, tuttavia, gli Stati membri conservano la facoltà di prevedere, in via eccezionale, una deroga per esigenze imperative connesse ad un interesse generale, quali la salute pubblica e la tutela dell'ambiente (art. 57, par. 3, comma 1)²⁸⁵. Relativamente alle sole situazioni di cui all'art. 57, par. 2 (omesso versamento di imposte o contributi previdenziali), i singoli Stati possono inoltre introdurre un'ulteriore ipotesi di deroga, laddove un'esclusione risulterebbe chiaramente sproporzionata (art. 57, par. 3, comma 2), come nel caso di debiti fiscali o

²⁸⁵ Si segnala che la formulazione contenuta nella menzionata disposizione è più stringente rispetto alla previgente previsione di cui all'art. 45, par. 1, comma 3, della direttiva 2004/18/CE, la quale non specificava affatto gli interessi al ricorrere dei quali il singolo Stato avrebbe potuto stabilire la deroga, lasciando così a quest'ultimo un margine di apprezzamento molto più ampio

previdenziali di modesta entità. L'art. 57, par. 4 prevede poi le ipotesi di esclusione facoltativa, cioè a dire quelle situazioni al verificarsi delle quali è rimessa alle amministrazioni aggiudicatrici la scelta se procedere con l'esclusione dell'operatore economico che nelle stesse sia incorso. Il quadro è infine completato dall'art. 57, par. 6, a mente del quale – sia con riguardo alle situazioni di cui al par. 1 sia con riguardo a quelle previste dal par. 4 – l'impresa *«può fornire prove del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità nonostante l'esistenza di un pertinente motivo di esclusione. Se tali prove sono ritenute sufficienti, l'operatore economico in questione non è escluso dalla procedura d'appalto»*. In relazione alle ipotesi di cui al par. 2 la regola del *self-cleaning* è tipizzata dalla stessa disposizione, che al terzo comma, precisa: *«Il presente paragrafo non è più applicabile quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe»*.

Confrontando il quadro normativo europeo con la sua trasposizione a livello domestico, è agevole osservare che la legislazione nazionale eccede il 'minimo comunitario' con riguardo a due aspetti, oltre a quello segnalato in apertura.

Il primo attiene al previsto automatismo dell'effetto escludente. Se la nota prefettizia a contenuto inibitorio interviene durante la fase procedimentale dell'evidenza pubblica la stazione appaltante non ha spazi di manovra, poiché è vincolata a procedere con l'espulsione, fatto salvo il disposto dell'art. 34 *bis*, comma 6, del d.lgs. n. 159 del 2011. Al riguardo, mette conto segnalare l'idea latente in giurisprudenza che la proporzionalità faccia il paio con la flessibilità, nel senso di presupporre moduli di azione calibrati sulle contingenze fattuali, donde una certa insofferenza per tutte quelle forme di automatismo che, nel comprimere i margini di apprezzamento dell'organismo committente, finiscono

per precludergli ogni facoltà di adattamento della soluzione alle circostanze del caso²⁸⁶.

Il secondo profilo di criticità concerne invece la regola del *self-cleaning*, che la normativa interna declina con assoluto rigore escludendone l'applicabilità nella materia che ci occupa, mentre il legislatore europeo guarda con estremo favore estendendola finanche alle cause di esclusione obbligatoria. In proposito, peraltro, si registra un interessante arresto dei Giudici di Lussemburgo che, interpellati in ordine alla corretta interpretazione dell'art. 38, par. 9, della direttiva 2014/23/UE, hanno concluso per la incompatibilità eurounitaria di una «normativa nazionale che non accorda a un operatore economico condannato definitivamente per uno dei reati di cui all'articolo 38, paragrafo 4, di tale

²⁸⁶ Così, in tema di avvalimento, la Corte è intervenuta a precisare i limiti dell'esclusione automatica dell'offerente per l'ipotesi di una falsa dichiarazione resa dall'impresa ausiliaria, affermando che «alla luce del principio di proporzionalità» deve ritenersi incompatibile con il diritto dell'Unione «una normativa nazionale in forza della quale l'amministrazione aggiudicatrice deve automaticamente escludere un offerente da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico qualora un'impresa ausiliaria, sulle cui capacità esso intende fare affidamento, abbia reso una dichiarazione non veritiera quanto all'esistenza di condanne penali passate in giudicato, senza poter imporre o quantomeno permettere, in siffatta ipotesi, a tale offerente di sostituire detto soggetto» (Corte di Giustizia dell'U.E., sez. IX, sentenza 3 giugno 2021, in causa C-210/20, *Rad Service e a.*, ECLI:EU:C:2021:445, in www.curia.eu. La sentenza è reperibile anche in *Foro amm.*, 2021, 6, 899, nonché in *Riv. giur. ed.*, 2021, 4, I, 1019). Similmente, in tema di subappalto, è stato osservato che «l'articolo 57, paragrafo 4, lettera a), della direttiva 2014/24 non osta ad una normativa nazionale, in virtù della quale l'amministrazione aggiudicatrice abbia la facoltà, o addirittura l'obbligo, di escludere l'operatore economico che ha presentato l'offerta dalla partecipazione alla procedura di aggiudicazione dell'appalto qualora nei confronti di uno dei subappaltatori menzionati nell'offerta di detto operatore venga constatato il motivo di esclusione previsto dalla disposizione sopra citata. Per contro, tale disposizione, letta in combinato disposto con l'articolo 57, paragrafo 6, della medesima direttiva, nonché il principio di proporzionalità, ostano ad una normativa nazionale che stabilisca il carattere automatico di tale esclusione» (Corte di Giustizia dell'U.E., sez. II, sentenza 30 gennaio 2020, in causa C-395/18, *Tim*, ECLI:EU:C:2020:58, in www.curia.eu. La sentenza è reperibile anche in *Foro amm.*, 2020, 1, 2, nonché in *Riv. giur. ed.*, 2020, 2, I, 163).

direttiva e soggetto, per tale ragione, a un divieto automatico di partecipare alle procedure di aggiudicazione dei contratti di concessione, la possibilità di fornire la prova di aver adottato misure correttive idonee a dimostrare il ripristino della propria affidabilità»²⁸⁷. Il principio di diritto affermato dalla Corte, sebbene riferito ai contratti di concessione, deve intendersi applicabile anche agli appalti, posto che – come precisato dalla stessa sentenza (§ 16) - l’art. 38, parr. 4 e 9, della direttiva 2014/23/UE è equivalente all’art. 57, parr. 1 e 6, della direttiva 2014/24/UE. Talché, non può non apparire singolare la circostanza che il soggetto, la cui appartenenza ad una consorteria criminale sia stata accertata con sentenza definitiva, possa aspirare per il futuro ad essere riabilitato tramite l’adozione di misure che dimostrino il proprio ravvedimento operoso²⁸⁸, laddove la medesima facoltà è preclusa, sia pure per un arco temporale limitato, a colui il quale sia stato attinto da un mero provvedimento prefettizio, in relazione ad una fattispecie per giunta non espressamente contemplata dalla direttiva²⁸⁹. Un paradosso, quello appena descritto, amplificato dalla interpretazione

²⁸⁷ Corte di Giustizia dell’U.E., sez. IX, sentenza 11 giugno 2020, in causa C-472/19, *Vert Marine*, ECLI:EU:C:2020:468, in www.curia.eu.

²⁸⁸ Sulla efficacia solo *de futuro* delle misure di *self-cleaning* la giurisprudenza è concorde, dovendo la sanzione espulsiva essere vagliata alla luce delle circostanze fattuali esistenti al momento della partecipazione alla gara. Cfr., *ex plurimis*: Cons. Stato, sez. III, 11 gennaio 2022, n. 198, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. III, 10 gennaio 2022, n. 164, in www.giustizia-amministrativa.it; T.a.r. Trentino-Alto Adige, Bolzano, sez. I, 13 luglio 2021, n. 224, in *Foro amm.*, 2021, 7-8, 1175; T.a.r. Campania, Napoli, sez. I, 8 febbraio 2021, n. 799, in *Foro amm.*, 2021, 2, 313; T.a.r. Lazio, Roma, sez. II, 5 febbraio 2021, n. 1504, in *Foro amm.*, 2021, 2, 306.

²⁸⁹ In verità, nella legislazione domestica il sistema viene (apparentemente) riportato a coerenza tramite un restringimento del perimetro del meccanismo correttivo di cui all’art. 80, comma 7, la cui operatività è limitata all’ipotesi in cui la sentenza definitiva abbia irrogato una sanzione detentiva non superiore a diciotto mesi, laddove, notoriamente, i reati di mafia hanno una cornice edittale di gran lunga superiore. Nondimeno, la circostanza – oltre a non rilevare qualora la disciplina venga esaminata attraverso la lente dell’ordinamento europeo - lascia comunque impregiudicata la possibilità per il condannato di avvalersi della misura premiale qualora il dispositivo della sentenza abbia riconosciuto la sussistenza della diminuzione della collaborazione.

giurisprudenziale formatasi sull'art. 57, par. 6, che vuole la disposizione in parola dotata di effetto diretto²⁹⁰.

In conclusione, dunque, le considerazioni che precedono fanno sorgere non poche perplessità sulla tenuta eurounitaria della disciplina italiana. Date le tante ombre che la caratterizzano, se venisse sollevata una questione pregiudiziale, la Corte potrebbe rivelarsi ben poco clemente nei confronti di una normativa che, di fatto, colloca un soggetto prevenuto in una posizione addirittura peggiore rispetto ad uno condannato in via definitiva, stigmatizzandola sotto il duplice profilo del difetto di proporzionalità, perché eccedente in rapporto agli scopi perseguiti, e del divieto di non discriminazione.

4. La tesi della incapacità giuridica e gli effetti dell'inibitoria antimafia in relazione alle fasi della procedura di gara

Sul versante dei rapporti contrattuali l'applicazione di una misura antimafia ha effetti dirompenti. In via generale, salvo le deroghe che esamineremo, l'effetto si sostanzia nel venire meno delle relazioni negoziali in essere e nell'impossibilità, ancorché temporanea, di instaurarne delle nuove. Il fondamento politico-sostanziale della forte presa di posizione legislativa verso

²⁹⁰ Corte di Giustizia dell'U.E., sez. IV, sentenza 14 gennaio 2021, in causa C-387/19, *RTS infra e Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel*, ECLI:EU:C:2021:13, in www.curia.eu, che si esprime nei seguenti termini: «indipendentemente dalle concrete modalità di applicazione dell'articolo 57, paragrafo 6, della direttiva 2014/24, tale disposizione prevede in modo sufficientemente preciso e incondizionato (...) che l'operatore economico interessato non possa essere escluso dalla procedura d'appalto qualora riesca a dimostrare, in modo ritenuto soddisfacente dall'amministrazione aggiudicatrice, che i provvedimenti di ravvedimento operoso adottati ripristinano la sua affidabilità nonostante l'esistenza di un motivo di esclusione che lo riguarda. Di conseguenza, l'articolo 57, paragrafo 6, di tale direttiva prevede, a vantaggio di tale operatore economico, un livello minimo di tutela indipendentemente dal margine di discrezionalità lasciato agli Stati membri nella determinazione delle condizioni procedurali di tale disposizione» (*ivi*, § 49).

le ingerenze della criminalità organizzata nel mercato delle commesse pubbliche è rappresentato dalla irreparabile perdita di fiducia che si consuma a fronte delle adiacenze esistenti tra l'impresa e il circuito mafioso. Il rapporto giuridico amministrativo deve essere improntato ai canoni di collaborazione e buona fede. La regola, oggi espressamente consacrata all'art. 1, comma 2 *bis*, della legge n. 241 del 1990²⁹¹, ha carattere bidirezionale, in quanto norma di comportamento da cui derivano doveri reciproci sia in capo all'amministrazione – la quale deve assumere la correttezza a faro della propria attività, indipendentemente dal fatto che agisca in veste di autorità, nell'esercizio di funzioni pubbliche, ovvero *iure privatorum* – sia in capo all'amministrato – che, nell'interfacciarsi con una pubblica amministrazione, è tenuto a mantenere una condotta diligente e leale²⁹².

²⁹¹ La disposizione – introdotta dal d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni dalla legge 11 settembre 2020, n. 120 - riproduce pedissequamente quanto già previsto, a livello settoriale, dall'art. 10 della legge 27 luglio 2000, n. 212 (c.d. 'Statuto dei diritti del contribuente').

²⁹² S. CIMINI, *Collaborazione e buona fede nei rapporti tra amministrazione e privati*, in A. GIORDANO (a cura di), *Il procedimento amministrativo tra regole e responsabilità*, Milano, 2021, 42. L'Autore ritiene che la recente positivizzazione del principio di buona fede abbia avuto il merito di fugare ogni dubbio circa la sua idoneità a fondare doveri di comportamento non tipizzati a carico di entrambi i poli del rapporto giuridico amministrativo, benché alcuni indici normativi – in particolare, l'art. 30, comma 3, c.p.a. - suggerissero che la reciprocità di siffatto dovere fosse già immanente nel nostro ordinamento (cfr.: S. CIMINI, *Buona fede e responsabilità da attività provvedimentale della P.A.*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2018, 1, 109). Indaga il tema dapprima in una prospettiva settoriale e poi sul piano generale, pervenendo a conclusioni consimili, M. OCCHIENA, *L'autorizzazione edilizia tra semplificazione, doveri di correttezza del cittadino e responsabilità degli amministratori*, in *Foro amm. TAR*, 2002, 5, 1853; ID., *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002, *passim*.

Non è questa la sede per ripercorrere l'ampio dibattito che ha visto impegnata la dottrina, non soltanto italiana, in ordine alla applicabilità del principio di buona fede al diritto pubblico. Sia sufficiente rammentare che, dopo una prima fase caratterizzata da una generalizzata riluttanza nell'accordare rilievo al detto parametro quantomeno nell'ambito dell'attività *iure imperii* dell'amministrazione (cfr.: E. GUICCIARDI, *Recensione a K.H. Schmitt, Treu und Glauben im Verwaltungsrecht. Zugleich ein Beitrag zur juristischen Methodenlehre* (Berlin, Junker und Dünnhaupt Verlag, 1935), in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, 556; M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*,

Non stupisce, quindi, l'affermazione, tralatizia in giurisprudenza, secondo la quale l'operatore economico deve meritarsi la fiducia delle istituzioni²⁹³, con la fisiologica conseguenza che l'ombra della criminalità organizzata sull'attività

Milano, 1939, ora in ID., *Scritti*, vol. I, Milano, 2000, 141 ss.), si è diffusa la consapevolezza della sua attitudine espansiva e della sua idoneità a fungere da *norma agendi* nell'esercizio di pubblici poteri (cfr.: F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970; ID., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico dagli anni "Trenta" all'"Alternanza"*, Milano, 2001; E. CASETTA, *Buona fede e diritto amministrativo*, in *Il dir. dell'economia*, 2001, 2, 317; M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo e diritto privato: nuove emersioni di una questione antica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 4, 1019).

In giurisprudenza, il carattere bilaterale del dovere di buona fede è stato affermato da Cons. Stato, ad. pl., 29 novembre 2021, n. 20, in *Foro it.*, 2022, 2, III, 69, con nota di A. PALMIERI – R. PARDOLESI, *Sulla problematica sorte dell'affidamento indotto dalla pubblica amministrazione*; in *Riv. giur. ed.*, 2022, 1, I, 173; in *Foro amm.*, 2021, 11, 1694; in *Giur it.*, 2022, 3, 568; in *Dir. proc. amm.*, 2022, 3, 663, con note di E. ZAMPETTI, *Annullamento giurisdizionale di provvedimento favorevole e giurisdizione del giudice amministrativo* e di V. DI CAPUA, *Danno da lesione dell'affidamento incolpevole e riparto di giurisdizione: l'Adunanza Plenaria aggiunge un altro capitolo alla saga*. L'Adunanza plenaria – intervenuta in tema di lesione dell'affidamento da annullamento di provvedimento favorevole e giurisdizione sulla domanda risarcitoria – si è espressa nei seguenti termini: «Per il migliore esercizio della discrezionalità amministrativa il procedimento necessita pertanto dell'apporto dei soggetti a vario titolo interessati, nelle forme previste dalla legge sul procedimento del 7 agosto 1990, n. 241. Concepito in questi termini il dovere di collaborazione e di comportarsi secondo buona fede ha quindi portata bilaterale, perché sorge nell'ambito di una relazione che, sebbene asimmetrica, è nondimeno partecipata; tale dovere comportamentale si rivolge sia all'amministrazione sia ai soggetti che a vario titolo intervengono nel procedimento, qualificando in termini giuridici una relazione che è e resta pubblicistica, sia pure nell'ottica di un diritto pubblico in cui l'autoritatività dell'agire amministrativo dà vita e si inserisce nel corso di un rapporto in cui doveri comportamentali e obblighi di protezione sono posti a carico di tutte le parti» (*ivi*, § 10).

²⁹³ Cfr. *ex plurimis*: Cons. Stato, sez. III, 30 giugno 2022, n. 5462, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. III, 11 aprile 2022, n. 2686, in www.giustizia-amministrativa.it; T.a.r. Sicilia, Palermo, sez. I, 15 giugno 2021, n. 1950, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. III, 6 marzo 2019, n. 1553, in www.giustizia-amministrativa.it; T.a.r. Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 12 dicembre 2016, n. 1027, in *Foro amm.*, 2016, 12, 3051.

d'impresa determina un'insanabile frattura del legame fiduciario esistente, rendendo il soggetto del tutto inaffidabile agli occhi del committente pubblico.

Se quella appena descritta è la spiegazione 'politica' dell'opzione legislativa, è però opportuno soffermarsi sul fondamento tecnico-domatico della interdizione antimafia, vale a dire sul meccanismo giuridico attraverso il quale essa s'invera nell'ordinamento. Al di là di alcune ambiguità terminologiche dovute all'affermazione contenuta in molti arresti circa l'impossibilità per l'impresa di essere titolare di «rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione»²⁹⁴, l'applicazione del provvedimento interdittivo genera nel suo destinatario una particolare forma di incapacità giuridica, che si caratterizza per essere al contempo parziale e tendenzialmente temporanea.

È parziale per un duplice ordine di ragioni. Anzitutto, sotto il profilo soggettivo, perché circoscritta sul proprio lato esterno alle sole situazioni originate da rapporti intrattenuti con lo Stato ovvero con altro ente pubblico, non venendo compromessa l'attitudine del prevenuto a vantare diritti nei confronti di terzi soggetti (persone fisiche e/o giuridiche). In secondo luogo, sotto il profilo oggettivo, in quanto perimetrata sul proprio lato interno alle sole situazioni giuridiche attive e, nello specifico, a quelle tassativamente individuate dall'art. 67 del d.lgs. n. 159 del 2011; resta impregiudicata la titolarità di posizioni passive, l'operatore economico non potendosi certo esimere dall'onorare i propri debiti nei confronti dell'erario piuttosto che di altri creditori per il sol fatto di essere stato 'interdetto'.

È altresì limitata nel tempo, potendo cessare per il tramite di un successivo provvedimento dell'autorità prefettizia che ravvisi il venir meno dei relativi presupposti applicativi²⁹⁵.

²⁹⁴ Oltre a molte delle sentenze citate nella nota precedente, si vedano *ex multis*: Cons. Stato, sez. III, 21 giugno 2022, n. 5086, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. III, 20 giugno 2022, n. 5026, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁹⁵ Ai fini della ricostruzione dell'effetto inibitorio in chiave di incapacità giuridica degna di nota è: Cons. Stato, ad. pl., 6 aprile 2018, n. 3, in *Foro it.*, 2018, 6, III, 317, con nota di G. D'ANGELO, *Nota a Cons. Stato, 6 aprile 2018, n. 3*; in *Resp. civ. prev.*, 2019, 3, 916, con nota di C. COMMANDATORE, *Interdittiva antimafia e incapacità giuridica speciale: un difficile*

Dal divisato teorema ricostruttivo discende, quale logica conseguenza, che la certificazione antimafia liberatoria costituisce condizione necessaria per la stipulazione, l'approvazione, l'autorizzazione di contratti e subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture pubbliche (artt. 83, comma 1 e 94, del d.lgs. n. 159 del 2011), nonché presupposto indefettibile per l'iscrizione nella c.d. *white list* (artt. 1, commi 52, 52 *bis* e 53, della legge n. 190 del 2012).

L'una e l'altra disposizione rappresentano distinte declinazioni della regola che vede nell'insuscettività ad essere titolare di situazioni giuridiche il necessitato corollario della tesi dell'incapacità parziale elaborata dalla giurisprudenza alla luce del descritto quadro normativo. A riprova di ciò, si consideri che, a fronte di un dato testuale equivoco, con circolare del 22 marzo 2018, il Ministero dell'Interno - sollecitato a rendere chiarimenti sulla corretta applicazione dell'art. 34 *bis*, comma 7, del d.lgs. n. 159 del 2011 nella parte in cui viene fatto espresso riferimento agli effetti di cui all'art. 94 del medesimo decreto legislativo – ha avuto modo di precisare che l'efficacia sospensiva connessa all'emissione del provvedimento giurisdizionale applicativo della misura dell'amministrazione giudiziaria ovvero del controllo giudiziario abilita

equilibrio; in *Giur. it.*, 2019, 1, 157, con nota di M. MAZZAMUTO, *Pagamento di imprese colpite da interdittiva antimafia e obbligatorietà delle misure anticorruzione*; in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 6, 766, con nota di N. GULLO, *Interdittiva antimafia e crediti risarcitori*; in *Foro amm.*, 2018, 3, 429 e sempre in *Foro amm.*, 2018, 6, 1103, con nota di G. LEONE, *L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato alle prese con l'interdittiva prefettizia antimafia e la teoria dell'interpretazione*. L'alto Consesso, intervenuto a delimitare l'esatto spettro operativo del sintagma «*altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate*» di cui all'art. 67, comma 1, lett. g), del d.lgs. n. 159 del 2011, ha precisato che tale disposizione va intesa nel senso di precludere «all'imprenditore (persona fisica o giuridica) la titolarità della posizione soggettiva che lo renderebbe idoneo a ricevere somme dovute dalla Pubblica Amministrazione a titolo risarcitorio in relazione (come nel caso di specie) ad una vicenda sorta dall'affidamento (o dal mancato affidamento) di un appalto» e ciò benché l'obbligazione risarcitoria sia stata definitivamente accertata in sede giudiziaria. In questo senso, fatta salva la regola dell'intangibilità del giudicato, la misura antimafia non fa venir meno il credito risarcitorio, semplicemente ostando all'esercizio delle facoltà e dei poteri allo stesso connessi che si riespandono non appena l'efficacia della detta misura si esaurisca.

l'impresa all'iscrizione nella *white list*, facendone peraltro un atto doveroso da parte della prefettura, salvo che non sopraggiungano ulteriori elementi tali da legittimare il permanere del giudizio di disvalore nei confronti del richiedente²⁹⁶. Il che, del resto, si spiega in virtù della riacquisita capacità giuridica conseguente alla detta sospensiva: una volta cessato l'effetto inabilitante, il prevenuto vede la propria soggettività tornare all'originaria consistenza senza distinzione alcuna con riguardo ai singoli rapporti, essendo un nonsenso logico prim'ancora che giuridico sceverare tra effetto sospensivo ai fini dell'inserzione nell'elenco degli operatori 'virtuosi' ed effetto sospensivo ai fini dell'art. 94 del d.lgs. n. 159 del 2011.

Chiarito dunque lo strumento tecnico attraverso cui l'opzione legislativa prende forma, è ora necessario indagare le ricadute della prefata incapacità, con riguardo alle singole fasi della procedura evidenziale, giacché le prime mutano al variare delle seconde, nonché in funzione della struttura dell'operatore partecipante.

4.1. Gli effetti dell'inibitoria antimafia preventiva e la sorte dell'operatore economico monosoggettivo

²⁹⁶ Così si esprime il Ministero: «si ritiene che la norma in commento debba essere interpretata nel senso di rendere doverosa per il Prefetto l'iscrizione nella *white list* richiesta dall'azienda destinataria di informazione interdittiva che abbia impugnato il relativo provvedimento ed ottenuto dal Tribunale competente per le misure di prevenzione l'applicazione del controllo giudiziario di cui alla lett. b) del comma 2, dell'art. 34-*bis*. Se, infatti, la consultazione dell'elenco è la modalità obbligatoria attraverso la quale deve essere acquisita la documentazione antimafia per le attività a rischio, un eventuale rifiuto dell'iscrizione finirebbe con il vanificare la sospensione disposta dal Giudice, la cui finalità è proprio quella di incentivare l'adesione spontanea dell'impresa a questo nuovo strumento di autodepurazione dalle infiltrazioni criminali consentendole di continuare ad operare nei rapporti con la pubblica amministrazione». Il documento è consultabile nel sito del Ministero dell'Interno: www.interno.gov.it.

Conviene muovere dall'ipotesi più semplice, quella cioè in cui la nota prefettizia a contenuto interdittivo intervenga prima della stipulazione del contratto e incida su un operatore che abbia partecipato alla gara in forma monosoggettiva. In questo caso, giusto il disposto dell'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016, l'esclusione del concorrente dalla procedura costituisce una scelta obbligata per la stazione appaltante, la quale è costretta a prendere atto della circostanza e a procedere con la sanzione espulsiva.

Una precisazione si appalesa però necessaria. Come noto, il segmento antecedente alla sottoscrizione del contratto si scinde in due fasi: quella procedimentale, finalizzata alla selezione del miglior offerente, mediante l'adozione, all'esito del procedimento, del provvedimento di aggiudicazione e quella provvedimentale, che va dall'aggiudicazione sino alla stipulazione del contratto²⁹⁷.

Solitamente, la documentazione prefettizia interviene durante la seconda, allorquando il committente pubblico, in sede di verifica dei requisiti autodichiarati dall'aggiudicatario, effettua i controlli prodromici a rendere l'aggiudicazione efficace (art. 32, comma 7, del d.lgs. n. 50 del 2016).

Può tuttavia capitare che la stazione appaltante venga a conoscenza della causa ostativa collegata all'inibitoria antimafia anche precedentemente all'aggiudicazione, durante la fase di ammissione dei partecipanti, quando vengono aperte le buste contenenti la documentazione amministrativa, o perché è il concorrente stesso ad autodenunciarsi in sede di compilazione del documento di gara unico europeo²⁹⁸ oppure perché la certificazione era già stata acquisita in

²⁹⁷ Per un approfondimento sulla articolazione del procedimento evidenziale si rinvia a: G.D. COMPORI, *Il procedimento e il responsabile* (artt. 31, 32, 33, 40, 44, 52, 53), in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, cit., 273 ss.

²⁹⁸ Trattasi di un'ipotesi oggettivamente improbabile, ma pur sempre possibile. Si pensi al caso di un appalto affidato con il criterio del minor prezzo nel quale viene fatta applicazione della regola dell'inversione delle buste prevista dall'art. 133, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016. Un operatore vicino agli ambienti della criminalità organizzata e colluso con altro concorrente, quest'ultimo formalmente pulito, potrebbe essere tentato di prendere parte alla procedura – pur sapendo di non averne i requisiti – per presentare un'offerta con un ribasso concordato e così

occasione di altra procedura cui l'impresa aveva partecipato e la stessa risulta ancora in corso di validità.

La distinzione appena tracciata - invero irrilevante nella prospettiva dell'impresa interdetta, che in ogni caso non potrà ottenere l'agognato bene della vita – acquista significato in quella della stazione appaltante e degli altri concorrenti. Dal punto di vista dell'organismo committente, l'esclusione durante la verifica della documentazione amministrativa costituisce, tutto sommato, un'evenienza fisiologica, mentre – ad aggiudicazione intervenuta – è foriera di non trascurabili aggravii economici ed organizzativi²⁹⁹, con la conseguenza che, solo in tale seconda ipotesi, è ammessa l'escussione della garanzia provvisoria³⁰⁰, la quale assolve, non a caso, ad una funzione indennitaria rispetto

artatamente condizionare il calcolo della soglia di anomalia senza incorrere in sanzioni (ulteriori rispetto a quella espulsiva), avendo trasparentemente dichiarato la propria situazione. Circa la corretta interpretazione dei principi di irrilevanza delle sopravvenienze e conseguente cristallizzazione della graduatoria (art. 95, comma 15), nelle gare che si svolgono secondo il modulo dell'inversione procedimentale si veda: T.a.r. Lombardia, Brescia, sez. I, 21 maggio 2021, n. 476, in www.giustizia-amministrativa.it, ad avviso del quale l'esclusione del concorrente privo dei requisiti di partecipazione non darebbe luogo ad un ricalcolo della soglia di anomalia, posto che, diversamente opinando, il regresso della procedura favorirebbe la promozione di controversie meramente speculative (in senso sostanzialmente conforme, si veda anche: T.a.r. Puglia, Bari, sez. I, 15 dicembre 2020, n. 1631, in www.giustizia-amministrativa.it).

Contra: Cons. Stato, sez. V, 2 novembre 2021, n. 7303, in *Foro amm.*, 2021, 11, 1723; T.a.r. Toscana, Firenze, sez. I, 22 febbraio 2021, n. 286, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁹⁹ Differentemente da quanto avviene nelle ipotesi previste dall'art. 110 del d.lgs. n. 50 del 2016, nel caso di aggiudicazione disposta per scorrimento al concorrente secondo classificato, l'affidamento avviene alle condizioni proposte da quest'ultimo in sede di offerta e, pertanto, l'amministrazione – beneficiando di un ribasso inferiore – andrà incontro ad un maggiore esborso. La situazione si complica ulteriormente nell'ipotesi in cui l'offerta avanzata dall'aggiudicatario originario sia stata l'unica a totalizzare un punteggio superiore alla soglia di sbarramento eventualmente prevista negli atti di gara, il che precluderebbe ogni possibilità di scorrimento della graduatoria con la conseguente necessità di esperire una nuova procedura.

³⁰⁰ Sull'esatta perimetrazione dell'istituto di cui all'art. 93, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016 si veda: Cons. Stato, ad. pl., 26 aprile 2022, n. 7, in *Riv. Corte dei conti*, 2022, 2, 257, con nota di P. COSA, *I soggetti nei cui confronti può essere escussa la garanzia provvisoria nella più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*.

alla mancata stipula del contratto³⁰¹. Dal punto di vista dei terzi controinteressati, invece, si consideri che, in caso di articolazione della gara secondo l'ordine canonico (busta amministrativa - offerta tecnica - offerta economica), l'estromissione del soggetto prevenuto si riflette sugli altri partecipanti, ai fini del ricalcolo della soglia di anomalia, solo nella misura in cui avvenga durante la fase procedimentale; intervenuta l'aggiudicazione, infatti, la graduatoria diviene immodificabile, giusto il disposto dell'art. 95, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016. Ciò significa che il secondo graduato potrebbe essere un operatore diverso a seconda che il difetto del requisito partecipativo intervenga nell'uno piuttosto che nell'altro segmento procedurale.

4.2. Gli effetti dell'inibitoria antimafia successiva e la sorte del contratto

L'art. 32 del d.lgs. n. 50 del 2016, nello scandire le fasi della procedura di affidamento dei contratti pubblici, subordina l'efficacia dell'aggiudicazione alla positiva verifica del possesso da parte dell'aggiudicatario dei requisiti richiesti, precisando inoltre che, divenuta efficace l'aggiudicazione, la stipulazione del contratto deve intervenire nei successivi sessanta giorni.

³⁰¹ G. IOANNIDES, *La selezione delle offerte (artt. 83-93)*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, cit., 681-682.

Secondo la giurisprudenza, l'incameramento della garanzia provvisoria fa salva la facoltà dell'amministrazione di agire per il maggior danno da 'minore qualità' della seconda graduata. In proposito, cfr.: Cons. Stato, sez. V, 27 ottobre 2021, n. 7217, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. IV, 22 dicembre 2014, n. 6302, in *Foro amm.*, 2014, 12, 3091. In senso conforme, si veda anche: Cass. civ., sez. un., 4 febbraio 2009, n. 2634, in *Giust. civ.*, 2010, 12, I, 2909, che – sia pure nel vigore della disciplina recata dall'art. 30 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 – ha negato che la garanzia provvisoria avesse funzione di clausola penale, configurandola piuttosto come caparra confirmatoria e conseguentemente ammettendo la facoltà per la stazione appaltante non solo di incamerare immediatamente la somma oggetto di cauzione ma anche di richiedere il risarcimento del maggior danno patito.

Di regola, dunque, essendo l'assenza di cause ostative connesse alla disciplina antimafia requisito 'negativo' di ordine generale, i relativi controlli precedono la sottoscrizione del negozio.

Senonché, nell'ipotesi di affidamento in via d'urgenza, potrebbe verificarsi una situazione meno lineare rispetto a quella descritta nel paragrafo precedente. Il contratto sottoscritto in pendenza di controlli è infatti sottoposto a condizione risolutiva. Se, all'esito della verifica, interviene una certificazione liberatoria, *nulla quaestio*. Nel caso invece di sopravvenienza di documentazione interdittiva, la regola consiste nella interruzione di ogni rapporto con l'impresa appaltatrice. Del resto, l'informazione a contenuto inibitorio altro non è che accertamento postumo dell'incapacità del soggetto ad essere parte del rapporto con l'amministrazione pubblica, incapacità che - se previamente accertata - avrebbe precluso in radice l'instaurazione di qualsivoglia legame con l'impresa poi rivelatasi aggiudicataria. In tale evenienza, la stazione appaltante provvede quindi a *recedere* dal contratto e conseguentemente attivare la procedura *ex art. 110 del d.lgs. n. 50 del 2016*, con il progressivo interpello dei concorrenti utilmente collocati in graduatoria, ai quali è data la possibilità di subentrare nel contratto alle condizioni proposte dall'originario aggiudicatario.

Il termine «*recesso*», invero utilizzato dal legislatore agli artt. 88, comma 4 *ter*, 92, comma 4, e 94, comma 2, del d.lgs. n. 159 del 2011, non deve indurre in errore. Esso, lungi dal configurarsi - secondo l'insegnamento della dottrina civilistica³⁰² - quale «atto negoziale unilaterale di scioglimento del contratto», parrebbe piuttosto espressione di un potere di autotutela pubblicistica finalizzato a presidiare il settore in argomento dalle infiltrazioni criminali³⁰³ o, comunque, di una potestà *sui generis* da interpretarsi alla luce della specialità del contesto

³⁰² C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, vol. III, Milano, 2019, 694.

³⁰³ M. MAZZAMUTO, *Contratti pubblici di diritto privato*, in *Il dir. dell'economia*, 2022, 2, 65 ss. L'Autore, nell'approfondire il tema delle «interferenze pubblicistiche nella fase privatistica (degli appalti)», riconduce a tale schema anche il recesso conseguente ad interdittiva antimafia (spec. § 3.2.).

in cui è calata³⁰⁴. Donde la differenza di regime giuridico con le fattispecie contemplate dall'art. 109 del d.lgs. n. 50 del 2016, disposizione quest'ultima che non a caso si apre facendo salva la disciplina relativa al recesso per sopravvenuta interdittiva antimafia³⁰⁵. Tale differenza si concreta, *ex latere* processuale, nell'entrata in campo del giudice amministrativo (*supra* cap. II, § 3.1.), laddove le controversie inerenti all'esercizio del diritto di recesso propriamente inteso ricadrebbero nella giurisdizione del giudice ordinario³⁰⁶; *ex latere* sostanziale, nella previsione del riconoscimento in favore dell'impresa interdetta soltanto del pagamento del valore delle opere già eseguite e del rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente nei limiti delle utilità conseguite (artt. 92, comma 3 e 94, comma 2, del d.lgs. n. 159 del 2011)³⁰⁷, mentre

³⁰⁴ Cfr. nt. 219.

³⁰⁵ Non è questo l'unico caso in cui il legislatore richiama impropriamente la nozione di 'recesso'. Similmente, si pensi all'art. 11, comma 4, della legge n. 241 del 1990, che consente all'amministrazione «*per sopravvenuti motivi di pubblico interesse*» di recedere «*unilateralmente*» dall'accordo integrativo/sostitutivo concluso con il privato. Sulla riconduzione del detto potere al paradigma della revoca *ex art. 21 quinquies* della legge n. 241 del 1990, si vedano: M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999, 197; P.L. PORTALURI, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali. Studi sui rapporti a collaborazione necessaria*, Milano, 1998, 207.

³⁰⁶ Cfr. *ex plurimis*: Cons. Stato, sez. III, 28 marzo 2022, n. 2274, in www.giustizia-amministrativa.it. Nella sentenza citata, il Consiglio di Stato, dopo aver precisato che «il recesso si configura come un potere privatistico e i motivi, anche qualora formati ed elaborati in un contesto procedimentalizzato e partecipativo attingendo dall'architettura fornita dalla legge generale sul procedimento amministrativo (...), non assumono il rilievo pubblicistico teorizzato dall'appellante», ha respinto il ricorso confermando la correttezza della declinatoria di giurisdizione pronunciata in primo grado, poiché «una volta perfezionato il contratto (...), il potere esercitato dall'amministrazione di recedere si configura come esercizio di una potestà privatistica il cui sindacato giurisdizionale appartiene al giudice ordinario, quale giudice naturale dei diritti soggettivi».

³⁰⁷ La disposizione in questione, apparentemente lineare nella sua essenzialità, ha invece suscitato un vivace dibattito giurisprudenziale in ordine a due aspetti, sui quali peraltro è dovuto intervenire in funzione nomofilattica l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato. Il primo attiene alla applicabilità della clausola di salvezza prevista agli artt. artt. 92, comma 3 e 94, comma 2, del d.lgs. n. 159 del 2011 ai finanziamenti e alle provvidenze erogate per finalità di interesse

l'aggiudicatario che subisce il recesso *ex art. 109* ottiene – oltre al pagamento dei lavori eseguiti (o delle prestazioni relative a servizi e forniture eseguite) e del valore dei materiali utili presenti in cantiere (o in magazzino) – anche un'ulteriore somma a titolo di indennizzo, pari al dieci per cento dell'importo dei lavori (o dei servizi o delle forniture) ancora da eseguire.

La *ratio* della diversità di disciplina è palese. Nelle ipotesi previste dall'art. 109, a fronte della decisione unilaterale della stazione appaltante, si vuole garantire un maggiore affidamento al contraente privato tramite il ristoro non solo del danno emergente ma anche di una quota parte del lucro cessante³⁰⁸. Nella fattispecie disciplinata dal codice antimafia, invece, non vi è alcun affidamento da tutelare, essendo il recesso conseguente ad una carenza di requisiti imputabile all'impresa medesima. Nondimeno, ragioni di coerenza

pubblico. Sul punto, muovendo dall'estremo rigore sotteso al sistema normativo antimafia, il Supremo Organo della giustizia amministrativa ha chiarito che le disposizioni da ultimo richiamate costituiscono norme di eccezione e, in quanto tali, di stretta interpretazione, con la inevitabile conseguenza che le stesse non possano applicarsi analogicamente alle concessioni di finanziamenti pubblici, essendo il loro perimetro applicativo delimitato ai soli contratti di appalto di lavori, servizi e forniture (cfr.: Cons. Stato, ad. pl., 26 ottobre 2020, n. 23, in *Foro it.*, 2021, 3, III, 161; in *Foro amm.*, 2020, 10, 1839).

L'altro aspetto concerne le modalità per correttamente calcolare il valore delle prestazioni già eseguite e, segnatamente, se nella monetizzazione del limite normativo delle «*utilità conseguite*» debba ricomprendersi il prezzo originariamente pattuito ovvero lo stesso integrato dalla revisione dei prezzi nel frattempo maturata. Al riguardo, il Consiglio di Stato, ricostruendo la natura dell'istituto della revisione, ha escluso che la stessa abbia finalità risarcitorie, essendo piuttosto pensata per garantire l'equilibrio del sinallagma contrattuale, di talché – ai fini della corretta individuazione del *quantum* da corrispondere all'appaltatore interdetto – ad avviso del Collegio deve essere tenuto conto del prezzo contrattuale come integrato dal prezzo revisionale (cfr.: Cons. Stato, ad. pl., 6 agosto 2021, n. 14, in *Riv. giur. ed.*, 2021, 5, I, 1637; in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 2, 252, con nota di M. FERRANTE, *Spettanza della revisione prezzi in caso di interdittiva antimafia*).

³⁰⁸ Si consideri che la disciplina recata dall'art. 109 del d.lgs. n. 50 del 2016 presenta, già di per sé, degli elementi di specialità rispetto al diritto comune dei contratti, giacché, per il caso di recesso *ad nutum* negli appalti privati, l'art. 1671 c.c. prevede il riconoscimento in favore dell'appaltatore dell'intero mancato guadagno.

dell'ordinamento impongono di riconoscere a quest'ultima il corrispettivo relativo alle prestazioni eseguite, non potendo la regola dell'incapacità giuridica giungere a minare «il principio di causalità immanente nel sistema», di fatto facendo assurgere la vicenda «a unica ipotesi legale di arricchimento senza causa» dell'amministrazione, che, diversamente, in forza della sopravveniente inabilità finirebbe per ottenere un'indebita locupletazione³⁰⁹.

Del resto, che non si tratti di recesso è confermato anche da un altro elemento su cui merita riflettere, un elemento che impone all'interprete di confrontarsi con il dato testuale facendo 'buon uso' delle categorie dogmatiche proprie del diritto privato, nella consapevolezza delle virtù delle contaminazioni tra sistemi³¹⁰.

Il recesso costituisce una deroga al principio di vincolatività del contratto sancito dall'art. 1372 c.c., perché, suo tramite, è riconosciuto ai contraenti il diritto potestativo di sciogliersi dal vincolo negoziale³¹¹. In questo senso esso rappresenta una causa di estinzione del contratto-rapporto al pari della risoluzione³¹², dalla quale si distingue per il sol fatto che, mentre il primo presuppone una semplice manifestazione di volontà, l'operatività della seconda è subordinata alla sussistenza di un difetto funzionale del sinallagma contrattuale intervenuto a turbare l'equilibrio delle reciproche prestazioni (grave altrui

³⁰⁹ Cons. Stato, sez. II, 22 novembre 2021, n. 7810, in www.giustizia-amministrativa.it, che richiama Cons. Stato, ad. pl., 26 ottobre 2020, n. 23, cit.

³¹⁰ G.D. COMPORI, *La strana metafora della «terra di nessuno»: le adiacenze possibili tra diritto pubblico e diritto privato alla luce dei problemi da risolvere*, in *Dir. pubb.*, 2021, 2, 529.

³¹¹ M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, vol. I, in *Commentario Schlesinger-Busnelli*, II ed., Milano, 2013; M. DELLACASA, *Il recesso arbitrario tra principi e rimedi*, in *Riv. dir. priv.*, 2012, 13; F. ROSELLI, *Il recesso dal contratto*, in *Il contratto in generale*, tomo III, *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, vol. XIII, Torino, 2002, 259; G. DE NOVA (a cura di), *Recesso e risoluzione nei contratti*, Milano, 1994; ID., voce *Recesso*, in *Dig. priv.*, vol. XVI, Torino, 1993, 314; S. SANGIORGI, voce *Recesso*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXVI, 1991, 6; G. GABRIELLI-F. PADOVINI, voce *Recesso* (diritto privato), in *Enc. Dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988, 27; G. GRABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985.

³¹² Cfr.: Cass. civ., sez. III, 22 febbraio 2008, n. 4604, in *Foro it.*, 2008, 9, I, 2567.

inadempimento, impossibilità sopravvenuta, eccessiva onerosità sopravvenuta)³¹³. L'effetto del recesso consiste quindi nella dissoluzione del contratto. Ma, se così è, è agevole constatare che, in seguito al sopraggiungere di un'informazione a contenuto interdittivo, il contratto non si dissolve affatto; si verifica piuttosto una modificazione dello stesso sul versante soggettivo, inquadrabile ad avviso dello scrivente nello schema della successione *ope legis* condizionata all'accettazione del terzo utilmente collocato in graduatoria, nei cui confronti – ove la condizione si verifichi – si determina il trasferimento del complesso unitario delle posizioni attive e passive facenti capo all'originario aggiudicatario.

Letto in questi termini, emerge chiaramente come le due fattispecie - quella della certificazione preventiva e quella della certificazione successiva - siano speculari, ad entrambe riconnettendosi la medesima sanzione espulsiva, conseguenza pratica della insuscettività dell'interdetto ad essere titolare di rapporti con la pubblica amministrazione: nell'un caso questi è estromesso dalla procedura, nell'altro dal contratto che potrà/dovrà proseguire con altro contraente.

Negli interstizi del descritto schema concettuale trova spazio, tuttavia, una variabile. Se infatti il principio di continuità dei requisiti e la regola della incapacità giuridica suggerirebbero di fare applicazione indistinta della sanzione espulsiva tanto nell'ipotesi di inibitoria preventiva quanto in quella di inibitoria successiva, nella fattispecie da ultimo rammentata ragioni di opportunità, legate al mutato contesto in cui la documentazione si inserisce e del maggior grado di flessibilità che la situazione esige, inducono a stemperare il rigore della disciplina prevenzionistica.

Da qui, pur mantenendo ferma la regola che vede nella sostituzione del destinatario della misura antimafia la via maestra, la previsione di due eccezioni a vocazione per così dire 'conservativa', ancorate l'una, quella relativa ai lavori, allo stato di avanzamento dell'opera e l'altra, quella relativa a servizi e forniture, al duplice presupposto della essenzialità degli stessi ai fini del perseguimento

³¹³ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015, 1023.

dell'interesse pubblico e della non immediata fungibilità del loro fornitore/prestatore (art. 94, comma 3, del d.lgs. n. 159 del 2011)³¹⁴.

Trattasi di due fattispecie derogatorie al ricorrere delle quali l'amministrazione è facoltizzata a proseguire nel contratto con la controparte originaria, nonostante la vicinanza della stessa al *milieu* criminale. Il giudizio di disvalore sotto il profilo soggettivo rimane inalterato, ma, dal punto di vista oggettivo, nella geometria del costruito per come dianzi delineata viene ad incunarsi un momento di maggiore elasticità che importa il riconoscimento in capo al committente di un potere sì discrezionale, ma vincolato a rigorosi parametri legislativi, che costituiscono attuazione del principio del buon andamento dell'azione amministrativa e della cui ricorrenza in concreto la stazione appaltante è tenuta a dare puntuale motivazione. Detto diversamente, mentre la determinazione con la quale, nel prendere atto dell'intervenuta interdittiva antimafia, viene disposto il 'recesso' dal contratto può essere motivata anche *per relationem*, tramite il semplice richiamo alla nota prefettizia, di contro il provvedimento con il quale viene deciso di continuare nel rapporto in essere abbisogna di uno sforzo motivazionale di gran lunga più intenso a

³¹⁴ Occorre segnalare che l'ambito applicativo delle due eccezioni esaminate sembra limitato ai soli casi in cui sia richiesta un'informazione antimafia e non anche a quelli ove sia prevista l'acquisizione della comunicazione. Il secondo correttivo al codice antimafia, infatti, facendo propri gli approdi cui era pervenuto il formante pretorio, ha replicato nell'art. 88, comma 4 *ter* (in tema di comunicazione) quanto previsto dagli artt. art. 92, comma 4 e 94, comma 2, ma non ha riprodotto le due fattispecie eccezionali di cui all'art. 94, comma 3. La circostanza – ad avviso di alcuni commentatori – sarebbe il frutto di un difetto di coordinamento, *a fortiori* in ragione della disciplina recata dall'art. 89 *bis*, anch'esso introdotto dal d.lgs. n. 153 del 2014 (cfr.: G. D'ANGELO, *Le interdittive antimafia*, in T. EPINDENDIO – G. VARRASO, *Codice delle confische*, cit., 1157).

È d'uopo evidenziare che la scelta (forse involontaria) di maggior rigore operata dal legislatore per la comunicazione antimafia è 'confermata' in riferimento all'art. 32, comma 10, del d.l. n. 90 del 2014. L'istituto del commissariamento prefettizio condivide con le fattispecie derogatorie di cui all'art. 94, comma 3, del d.lgs. n. 159 del 2011, oltre che la medesima *ratio*, l'ambito applicativo, anche in tal caso circoscritto alla sola ipotesi in cui l'impresa sia attinta da un'informativa.

riprova del fatto che tale soluzione ‘conservativa’ si configura come assolutamente eccentrica e residuale rispetto alla regola generale³¹⁵, tanto più che in questo caso il legislatore dimostra di non prendere in considerazione l’interesse del secondo graduato a succedere all’aggiudicatario nel contratto già

³¹⁵ Cons. Stato, sez. III, 11 gennaio 2021, n. 319, in www.giustizia-amministrativa.it; T.a.r. Campania, Napoli, sez. I, 7 novembre 2018, n. 6465, in *Foro amm.*, 2018, 11, 2056; T.a.r. Sicilia, Palermo, sez. I, 6 settembre 2016, n. 2122, in *Foro amm.*, 2016, 9, 2276. In dottrina, si veda in proposito: A. DE PASCALIS, *Effetti delle misure interdittive antimafia nei rapporti con la pubblica amministrazione*, in G. AMARELLI – S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all’infiltrazione mafiosa negli appalti*, cit., 154.

In verità, L’ art. 94, comma 3, del d.lgs. n. 159 del 2011 recepisce e formalizza l’acquis giurisprudenziale formatosi nel vigore della disciplina precedente. Già allora – pur in presenza di un dato testuale di segno diverso, che lasciava campo libero alle stazioni appaltanti (le locuzioni «l’amministrazione può revocare (...) o recedere» e «le facoltà di revoca e di recesso» contenute all’art. 11, commi 2 e 3, del d.P.R. n. 252 del 1998 non sembravano diversamente interpretabili) – veniva richiesto all’amministrazione che avesse deciso di mantenere fermo il contratto di dare conto dell’interesse pubblico e della convenienza alla prosecuzione del rapporto. In proposito, si veda: Cons. Stato, sez. III, 5 ottobre 2011, n. 5478, in www.giustizia-amministrativa.it (spec. § 7), che così si esprime: «Il quadro normativo pone, quindi, da un lato il divieto per la stazione appaltante di stipulare un contratto con un soggetto nei cui confronti emergano tentativi di infiltrazione mafiosa e riconosce alla stazione appaltante, dall’altro, una facoltà di non revocare il contratto di appalto nonostante siano emersi, a carico dell’altro contraente, tentativi di infiltrazione mafiosa. Tale facoltà tuttavia non è nella libera disponibilità della stazione appaltante perché richiede che ricorrano, per la prosecuzione del rapporto contrattuale, ragioni di interesse pubblico che giustifichino in via del tutto eccezionale, di pretermettere l’interesse superiore teso a impedire alle amministrazioni pubbliche di intrattenere rapporti con imprese pregiudicate da tentativi di infiltrazioni mafiosa. (...) Da ciò consegue altresì che il provvedimento di prosecuzione del rapporto contrattuale è soggetto a onere motivazionale rafforzato nel senso che l’amministrazione deve dare ampia e dettagliata motivazione quando ritenga di non aderire alla portata inibitoria della informativa prefettizia, ma laddove invece la stazione appaltante non intenda fare uso della facoltà di prosecuzione, non si impone alcun obbligo motivazionale specifico e risulta sufficiente il mero rinvio alla misura interdittiva». In senso sostanzialmente conforme, cfr.: Cons. Stato, sez. III, 19 settembre 2011, n. 5262, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. V, 27 giugno 2006, n. 4135, in *Foro amm. CDS*, 2006, 6, 1819; Cons. Stato, sez. V, 29 agosto 2005, n. 4408, in *Foro amm. CDS*, 2005, 7-8, 2268.

stipulato, sicché lo stesso è escluso dal giudizio di bilanciamento rimesso all'organismo committente.

La questione non è di poco momento e impone di interrogarsi sui rimedi a disposizione del terzo controinteressato, il quale – a fronte della decisione della stazione appaltante – vede sfumare la possibilità di ottenere la tanto desiderata aggiudicazione. Al riguardo, che l'interesse allo scorrimento della graduatoria assuma il rango di situazione giuridica soggettiva tutelata dall'ordinamento appare fuor di dubbio. Vero è che, stante il meccanismo sostitutivo immaginato dall'art. 110, comma 2, ove l'aggiudicatario originario venga estromesso, il bene della vita alla cui realizzazione tende l'interesse legittimo del secondo classificato subisce una metamorfosi, poiché, non più identificato con l'aggiudicazione della commessa alle condizioni dallo stesso proposte, finisce per coincidere con la possibilità di aggiudicarsi l'appalto alle condizioni da altri formulate o, *rectius*, con la libertà di autodeterminarsi in ordine al subentro nel contratto in essere; con la conseguenza che, interpellato dall'amministrazione, egli potrebbe anche non accettare, reputando l'operazione antieconomica rispetto alla propria struttura organizzativa. Nondimeno, questo 'polimorfismo' del bene della vita non è tale da derubricare la posizione sostanziale alla stregua di un interesse di mero fatto³¹⁶. Diversamente opinando, infatti, a fronte di una

³¹⁶ Si noti che l'interesse del secondo graduato è collegato ad un bene della vita che è pur sempre un 'bene finale' (l'aggiudicazione), mentre la giurisprudenza – almeno con riferimento a talune fattispecie - tende a dilatare la latitudine della tutela anche all'ipotesi di 'bene intermedio' (riedizione della gara). In questa prospettiva, si veda: Cons. Stato, ad. plen., 2 aprile 2020, n. 10, in *Foro it.*, 2020, 7-8, III, 379; in *Foro amm.*, 2020, 4, 722; in *Urb. app.*, 2020, 5, 670, che – interpellata, *inter alia*, circa la titolarità in capo all'operatore economico utilmente collocato nella graduatoria dei concorrenti di un interesse giuridicamente protetto, ai sensi dell'art. 22 della legge n. 241 del 1990, ad avere accesso agli atti della fase esecutiva in vista dell'eventuale sollecitazione dell'amministrazione di provocare la risoluzione per inadempimento – ha aderito alla soluzione affermativa, esprimendosi nei seguenti termini: «il riconoscimento di un interesse strumentale giuridicamente tutelato quantomeno ai soggetti che abbiano partecipato alla gara, e non ne siano stati definitivamente esclusi per l'esistenza di preclusioni che impedirebbero loro di partecipare a qualsiasi gara (si pensi ad una impresa colpita da informazione antimafia), a conoscere gli atti della fase esecutiva non configura quindi una

situazione di diritto in nulla dissimile (incapacità dell'aggiudicatario), si perverrebbe al paradosso di accordare o negare tutela al controinteressato a seconda del momento in cui la detta incapacità venga accertata (fatto quest'ultimo a lui senz'altro non imputabile): mentre in caso di informazione preventiva l'interesse del secondo classificato, in quanto sovrapponibile con l'interesse pubblico, sarebbe sempre e comunque salvaguardato, in caso di informazione sopravvenuta rischierebbe di risultare irrimediabilmente frustrato.

Analizzando quindi la vicenda dal punto di vista del secondo graduato e in un'ottica rimediale, va da sé che avverso il provvedimento con cui è disposta la continuazione della prestazione negoziale questi potrebbe azionare la tutela caducatoria, censurando l'atto sotto il profilo della carenza dei relativi presupposti di fatto (ad esempio, perché il manufatto non era in corso di ultimazione) o di diritto (ad esempio, perché emanato a seguito di una mera comunicazione); nel qual caso, peraltro, dichiarandosi disponibile al subentro potrebbe anche aspirare ad ottenere il risarcimento in forma specifica ai sensi dell'art. 124 c.p.a.

"iperestensione" del loro interesse, con conseguente allargamento "a valle" della giurisdizione amministrativa, tutte le volte in cui, a fronte di vicende di natura pubblicistica o privatistica già verificatesi incidenti sulla prosecuzione del rapporto, sia configurabile, se non il necessario, obbligatorio, scorrimento della graduatoria (c.d. bene finale), quantomeno la realistica possibilità di riedizione della gara (c.d. bene intermedio) per conseguire l'aggiudicazione della stessa (c.d. bene finale), in un "solido collegamento" con il bene finale» (*ivi*, § 14.6).

Sulla consistenza dell'interesse legittimo in materia di appalti mette conto osservare come la direttrice tracciata dalla giurisprudenza europea è proprio nel senso di accordare protezione anche all'interesse alla legittimità dell'azione amministrativa. Cfr.: Corte di Giustizia dell'U.E., grande sezione, 21 dicembre 2021, in causa C-497/20, *Randstad Italia*, ECLI:EU:C:2021:1037, in www.curia.eu. Per un commento alla sentenza si rinvia a: F. FRANCIOSI, *Il pasticciaccio parte terza. Prime considerazioni su Corte di Giustizia UE, 21 dicembre 2021 c-497/20, Randstad Italia spa*, in *Federalismi*, 9 febbraio 2022; L. BERTONAZZI, *Le criticità della sentenza Randstad e la ricerca di vie d'uscita dal vicolo cieco*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, 2, 557. Indaga l'attitudine della giurisprudenza europea a spingere la giustizia amministrativa verso una prospettiva maggiormente oggettiva F. GOISIS, *Il contenzioso appalti nella prospettiva dell'Unione Europea: verso una giurisdizione (primariamente) di diritto oggettivo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, 2, 394.

Ma l'esperibilità del rimedio demolitorio è circoscritta alla sola 'ipotesi patologica', quella in cui il provvedimento sia affetto da vizi che ne inficiano la validità. Ove l'amministrazione abbia fatto buon uso del potere conferitole dall'art. 94, comma 3, del d.lgs. n. 159 del 2011, al controinteressato non resta che agire nei confronti dell'aggiudicatario per il risarcimento per equivalente. La strada dell'*actio damni* non è tuttavia priva di insidie, se non altro perché il pregiudizio subito deve essere provato sia nell'*an* – il che non pare poi così difficile in caso di sopravvenienza di un'informazione a contenuto interdittivo, posto che se quest'ultima fosse intervenuta a tempo debito il danneggiato avrebbe senza dubbio ottenuto l'aggiudicazione - sia nel *quantum*.

È proprio quest'ultimo il profilo più problematico. Alla luce dell'orientamento formatasi sull'art. 124 c.p.a. in tema di danno da illegittima aggiudicazione non seguita da declaratoria di inefficacia del contratto, la giurisprudenza ha chiarito che il pregiudizio conseguente al lucro cessante corrisponde al cosiddetto interesse positivo, comprensivo sia del mancato profitto (che l'impresa avrebbe ricavato dall'esecuzione dell'appalto) sia del danno curricolare (ovvero la lesione sofferta a causa del mancato arricchimento del *curriculum* e dell'immagine professionale per non poter indicare in esso l'avvenuta esecuzione della commessa), soggiungendo però che incombe sul danneggiato la prova dell'immobilizzazione forzosa delle proprie risorse, vale a dire dell'assenza di proventi derivanti dalla alternativa utilizzazione delle stesse (c.d. *aliunde perceptum vel percipiendum*), dovendosi in difetto presumere che la società abbia utilizzato altrimenti maestranze e mezzi³¹⁷.

³¹⁷ Cons. Stato, ad. pl., 12 maggio 2017, n. 2, in *Foro amm.*, 2017, 5, 1012; in *Foro it.*, 2017, 9, III, 433; in *Resp. civ. prev.*, 2018, 2, 571, con nota di C. COMMANDATORE, *L'ottemperanza per equivalente e la responsabilità indiretta della pubblica amministrazione*. Ad avviso del supremo Organo della giustizia amministrativa, «nell'azione di responsabilità per danni il principio dispositivo opera con pienezza e non è temperato dal metodo acquisitivo proprio dell'azione di annullamento (ex art. 64, commi 1 e 3, c.p.a.), e la valutazione equitativa, ai sensi dell'art. 1226 c.c., è ammessa soltanto in presenza di situazione di impossibilità — o di estrema difficoltà — di una precisa prova sull'ammontare del danno».

Quindi, in conclusione, data l'impossibilità (giuridica) di conseguire il risarcimento in forma specifica, al secondo graduato è comunque offerta la tutela per equivalente, che tuttavia, per le ragioni anzidette, rischia di diventare un percorso ad ostacoli estremamente defaticante; l'astratta praticabilità del rimedio non è affatto garanzia della sua effettività.

De lege lata, dunque, la situazione del concorrente secondo graduato si appalesa del tutto sperequata sia rispetto a quella della stazione appaltante, che ottiene la prestazione messa a bando, sia rispetto a quella dell'affidatario, cui è consentito di continuare a percepire quello che potrebbe essere il profitto di un reato. Tale 'smagliatura' si fa ancor più evidente se solo si esce dagli angusti spazi del codice antimafia per confrontarne la disciplina con quella propria della limitrofa figura di cui all'art. 32, comma 10, del d.l. n. 90 del 2014. Con riguardo all'istituto del commissariamento prefettizio, infatti, il legislatore si è sforzato di congegnare un meccanismo atto a preservare il netto del corrispettivo del

Successivamente e in senso conforme si veda: Cons. Stato, sez. V, 23 agosto 2019, n. 5803, in www.giustizia-amministrativa.it, che, ripercorrendo le cadenze argomentative svolte dall'Adunanza plenaria, subordina il riconoscimento del lucro cessante: « a) all'assolvimento, in positivo, di un preciso onere probatorio, inteso a dimostrarne, anche per via indiziaria, la consistenza, avuto riguardo alle caratteristiche dell'appalto, al mercato di riferimento, alle condizioni operative dell'impresa, alle dimensioni organizzative, alle risorse reali e finanziarie disponibili, alle multiformi peculiarità della fattispecie; b) alla dimostrazione, in negativo, anche qui per via indiziaria (e, per esempio, mediante la non disagevole allegazione dei libri contabili) della mancata interinale utilizzazione delle proprie risorse reali e personali e della obiettiva ed involontaria immobilizzazione delle stesse, nonché della diligente condotta imprenditoriale, preordinata a non trascurare occasioni di utile impiego, nell'esclusivo e non commendevole intento di aggravare il danno da mancata aggiudicazione»; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VI, 25 marzo 2022, n. 1989, in www.giustizia-amministrativa.it.

In dottrina, per un approfondimento si rinvia a: A. LONGO – A. CAVALLARO, *Metodo di calcolo per la determinazione dell'anomalia delle offerte e il risarcimento danni: sottrazione del c.d. aliunde perceptum*, in *Urb. app.*, 2018, 2, 203 ss.; A. GIRGENTI – S. SPAGNOLO, *La responsabilità aquiliana della pubblica amministrazione*, Milano, 2016, 175 ss.

contratto in vista dei futuri esiti del processo penale ovvero del giudizio promosso contro l'interdittiva (art. 32, comma 7)³¹⁸.

Ora, se la regola del congelamento dell'utile d'impresa, indipendentemente dalle sue declinazioni pratiche, vale per un appalto affidato in regime di legalità controllata ad un soggetto che ha subito uno spossessamento gestorio, non si comprende perché la stessa non debba trovare applicazione nei confronti di chi non sia stato sottoposto a nessuna misura conformativa della *governance* societaria.

Al fine di mitigare la posizione in cui versa l'impresa pretermessa, in prospettiva non parrebbe distonico rispetto all'architettura ordinamentale ipotizzare l'introduzione di un meccanismo indennitario che operi automaticamente e che sia ancorato a parametri oggettivi. Quest'ultimo, giammai sostitutivo della tutela giurisdizionale, avrebbe l'indubbio vantaggio di ristorare – ancorché in misura soltanto forfettaria – il soggetto pregiudicato, sgravandolo degli oneri alla stessa connessi. Quanto alle modalità di

³¹⁸ La disposizione, invero un po' scarna, nulla dice in ordine alla sorte degli accantonamenti in caso di esito giudiziario sfavorevole per l'operatore economico. In proposito l'Anac e il Ministero dell'Interno, in un documento congiunto del 27 gennaio 2015 («*Secondo Linee Guida per l'applicazione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione anticorruzione e antimafia*»), hanno avanzato una soluzione differenziata a seconda che la misura sia collegata ad un reato ovvero ad un'informativa prefettizia basata su elementi non integranti una fattispecie delittuosa. Nell'un caso, l'autorità giudiziaria avrebbe a disposizione i tradizionali strumenti ablativi previsti dalla normativa (sequestro e confisca), mentre nel secondo – esclusa la possibilità di restituzione degli utili all'operatore interdetto – viene ipotizzato che l'utile del contratto resti nella «sfera della stazione appaltante (...) attraverso una sorta di gestione separata (ad esempio, patrimonio destinato ad uno specifico affare di cui all'art. 2447-bis c.c.)». A tale conclusione l'Autorità e il Ministero pervengono valorizzando il dato testuale dell'art. 32, comma 4, che importa l'attribuzione di uno specifico *munus* agli amministratori incaricati dal prefetto. In particolare, l'immedesimazione organica tra questi ultimi e la funzione ad essi delegata «consente quindi di ritenere che la fase esecutiva del rapporto contrattuale non sia governata dalle norme di rango privatistico quanto piuttosto da quelle di rango pubblicistico e che l'esecuzione dell'appalto sia fatta nell'interesse della stazione appaltante e non dell'impresa appaltatrice» (*ivi*, § 7, 19). Il documento è reperibile in www.anticorruzione.it.

finanziamento, tale indennizzo potrebbe essere alimentato proprio sfruttando l'utile correlato alla realizzazione del contratto di cui viene disposta la prosecuzione. Se, da un lato, il carattere non sanzionatorio della misura antimafia osta ad una normativa che imponga a chi ne sia attinto di eseguire la prestazione in perdita e, dall'altro, ragioni di ordine sistematico precludono alla stazione appaltante di conseguire un indebito arricchimento, nulla vieta che il prezzo della commessa – depurato delle spese sostenute per la sua esecuzione – sia trattenuto dall'amministrazione per ristorare i pregiudizi sofferti da chi, ove l'accertamento antimafia fosse intervenuto nei termini, quel contratto se lo sarebbe senz'altro aggiudicato.

4.3. Gli effetti dell'inibitoria antimafia nell'ipotesi di operatore economico che partecipi o che abbia partecipato alla gara in forma plurisoggettiva. Difficoltà di coordinamento tra i due plessi normativi

Sino ad ora ci si è limitati ad indagare gli effetti della documentazione antimafia sulla contrattualistica con specifico riferimento all'ipotesi in cui l'operatore economico partecipi o abbia partecipato alla gara in forma monosoggettiva. A questo punto della trattazione, è necessario estendere lo spettro di analisi ad un'altra fattispecie che la prassi applicativa dimostra ricorrere con assiduità nell'affidamento di commesse pubbliche, cioè a dire il caso in cui il destinatario dell'inibitoria partecipi o abbia partecipato alla procedura in forma aggregata³¹⁹.

³¹⁹ Pur senza pretesa di esaustività, per un approfondimento circa la variegata morfologia dei tipi di operatore plurisoggettivo si rinvia a: G. M. BARSÌ, *La partecipazione aggregata (art. 48)*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, cit., 425 ss.; F. CARDARELLI, *Raggruppamenti temporanei e consorzi stabili di operatori economici*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS, *Trattato sui contratti pubblici. Soggetti, qualificazione, regole comuni alle procedure di gara*, cit., 623 ss.

È d'uopo precisare che la disciplina è ritagliata sulla figura del raggruppamento temporaneo; nondimeno, in virtù della previsione di cui all'art. 95, comma 2, del d.lgs. n. 159

La disciplina è per certi versi più semplice in quanto non viene fatta distinzione alcuna in ordine al momento di emersione della causa interdittiva: le facoltà concesse all'operatore plurisoggettivo sono le medesime indipendentemente dalla circostanza che le controindicazioni prefettizie siano precedenti o successive alla stipulazione del contratto³²⁰. Per altri, invece, è più problematica in ragione della sua collocazione in un duplice contesto normativo, caratteristica quest'ultima che impone all'interprete sforzi di coordinamento non sempre agevoli.

Prendendo le mosse dal codice antimafia, quest'ultimo dedica al tema una sola disposizione, l'art. 95, a mente del quale «*Se taluna delle situazioni da cui emerge un tentativo di infiltrazione mafiosa, di cui all'articolo 84, comma 4, ed all'articolo 91, comma 6, interessa un'impresa diversa da quella mandataria che partecipa ad un'associazione o raggruppamento temporaneo di imprese, le*

del 2011, trova applicazione anche ai consorzi non obbligatori. In verità, se l'equiparazione vale con riguardo ai rapporti contrattuali, la giurisprudenza è più cauta in relazione alla fattispecie di erogazione e accesso a finanziamenti pubblici. Sul tema, anche per un quadro dei riferimenti giurisprudenziali, si rinvia a: A. DE PASCALIS, *Effetti delle misure interdittive antimafia nei rapporti con la pubblica amministrazione*, in G. AMARELLI – S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti*, cit., 166 ss.

Con specifico riferimento alla figura dei consorzi tra cooperative, si veda: S. STICCHI DAMIANI – M. MONTEDURO, *I consorzi fra società cooperative nel diritto dei contratti pubblici. Nodi, sfide, prospettive*, Torino, 2018, 63 ss.

³²⁰ In origine, la giurisprudenza, alla luce del sintagma «*prosecuzione del rapporto di appalto*» contenuto all'art. 37, comma 18, del d.lgs. n. 163 del 2006 (disposizione quest'ultima sostanzialmente riprodotta all'art. 48, comma 17 del d.lgs. n. 50 del 2016), era convinta che la facoltà di sostituzione della mandataria fosse esercitabile soltanto durante la fase esecutiva, escludendone un'applicazione in via di estensione analogica alla fase di selezione delle offerte (cfr.: Cons. Stato, sez. V, 9 aprile 2015, n. 1800, in www.giustizia-amministrativa.it). L'equiparazione delle due fattispecie è avvenuta ad opera dell'art. 32 del d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, recante «*Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*», che ha novellato l'art. 48, introducendovi il comma 19 *ter*, a mente del quale «*Le previsioni di cui ai commi 17, 18 e 19 trovano applicazione anche laddove le modifiche soggettive ivi contemplate si verificano in fase di gara*».

cause di divieto o di sospensione di cui all'articolo 67 non operano nei confronti delle altre imprese partecipanti quando la predetta impresa sia estromessa o sostituita anteriormente alla stipulazione del contratto. La sostituzione può essere effettuata entro trenta giorni dalla comunicazione delle informazioni del prefetto qualora esse pervengano successivamente alla stipulazione del contratto»³²¹.

La norma immagina l'ipotesi che la situazione ostativa interessi una delle mandanti e stabilisce che l'efficacia preclusiva dell'inibitoria non si propaghi alle altre imprese aggregate qualora il soggetto contaminato venga estromesso o sostituito.

Nulla viene detto, invece, in relazione alla fattispecie speculare, configurabile allorquando ad essere colpita dalla causa interdittiva sia la mandataria capogruppo. Elementari canoni di ermeneutica giuridica – compendati nella regola *ubi lex voluit dixit ubi noluit tacuit* - indurrebbero ad attribuire al silenzio serbato dal legislatore un preciso significato, nel senso di escludere siffatta ipotesi dal perimetro di operatività del meccanismo conservativo. È innegabile, del resto, che nel contesto dell'operatore plurisoggettivo la mandataria rivesta una posizione di primazia rispetto alle mandanti e, dunque, una disparità di disciplina parrebbe, almeno in via di prima approssimazione, ragionevole anche sotto il profilo dell'art. 3 Cost.

L'argomento letterale tuttavia non è di per sé dirimente, dacché la norma deve essere letta in combinato con l'art. 48 del d.lgs. n. 50 del 2016, che, dopo aver sancito il principio di tendenziale immutabilità della composizione dei soggetti associati (comma 9), individua una serie di ipotesi (*«liquidazione giudiziale, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione straordinaria, concordato preventivo o di liquidazione del mandatario ovvero, qualora si tratti*

³²¹ La giurisprudenza ritiene che il termine di trenta giorni abbia carattere perentorio, posto che, diversamente, la tempistica della sostituzione sarebbe rimessa ad una valutazione insindacabile delle altre imprese, con grave nocumento per l'interesse pubblico alla celere esecuzione dell'appalto (cfr.: T.a.r. Emilia-Romagna, Parma, sez. I, 15 novembre 2021, n. 274, in *Foro amm.*, 2021, 11, 1754).

*di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o liquidazione giudiziale del medesimo ovvero in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'articolo 80, ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia»), in presenza delle quali è ammessa la sostituzione sia della mandante (comma 18) che della mandataria (comma 17). Più precisamente, laddove la causa ostativa riguardi la capogruppo, «*la stazione appaltante può proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico che sia costituito mandatario nei modi previsti dal presente codice purché abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire; non sussistendo tali condizioni la stazione appaltante deve recedere dal contratto*».*

Va da sé che l'inserimento del lemma «*casi previsti dalla normativa antimafia*» nel novero delle vicende legittimanti la sostituzione ha ingenerato non pochi dubbi circa il suo corretto significato e, dunque, circa il rapporto esistente tra la disciplina recata dal codice antimafia e quella contemplata nel codice dei contratti pubblici.

Sotto la vigenza dell'art. 37, comma 18, d.lgs. n. 163 del 2006, si era sviluppato un orientamento favorevole alla soluzione conservativa, interpretando il sintagma controverso come comprensivo dell'ipotesi di sopravvenuta incapacità della mandataria conseguente ad interdittiva antimafia. In particolare, tale tesi si fondava sul rilievo che la norma generale posteriore (art. 95 del d.lgs. n. 159 del 2011) non prevale sulla norma speciale anteriore (art. 37, comma 18, del d.lgs. n. 163 del 2006)³²².

Detto approdo ermeneutico è stato successivamente confermato con riguardo all'art. 48, comma 17, del d.lgs. n. 50 del 2016, invero riproduttivo della

³²² Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 8 febbraio 2016, n. 34, in *Foro amm.*, 2016, 2, 362. In senso conforme si veda: T.a.r. Campania, Napoli, sez. I, 25 luglio 2011, n. 3953, in www.giustizia-amministrativa.it.

disposizione previgente, sempre sul rilievo del carattere speciale della disciplina contenuta nel codice appalti³²³.

Nondimeno, la questione è ancora aperta. Il panorama giurisprudenziale si presenta, infatti, assai variegato: all'interno del surriferito filone interpretativo, si registrano posizioni eterogenee, propense ad ammettere la sostituibilità della mandataria nella sola fase post-contrattuale³²⁴. Nello stesso senso si è espressa anche Anac, che ha ricondotto la sopravvenienza del provvedimento interdittivo alla fattispecie di «*perdita (...) dei requisiti di cui all'articolo 80*»³²⁵.

Analogamente, in dottrina non si rinvergono unanimità di vedute: a chi propende per leggere le disposizioni in parola in termini di reciproca integrazione³²⁶ si contrappone chi, invece, ritiene che l'art. 95 ponga «un'eccezione all'ordinaria efficacia delle informazioni interdittive» e che, pertanto, la tesi suesposta – finendo «per applicare analogicamente tale

³²³ Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 26 luglio 2019, n. 706, in *Foro amm.*, 2019, 7-8, 1262; T.a.r. Lazio, Latina, sez. I, 17 dicembre 2018, n. 655, in *Foro amm.*, 2018, 12, 2302.

³²⁴ T.a.r. Lazio, Roma, sez. II, 1° luglio 2021, n. 7805, in *Foro amm.*, 2021, 7-8, 1190; T.a.r. Campania, Napoli, sez. I, 8 giugno 2016, n. 2922, in *Foro amm.*, 2016, 6, 1613. Per chiarezza, si segnala che la seconda delle due pronunce citate è anteriore alla novella recata dal d.lgs. n. 56 del 2017.

³²⁵ A.n.a.c., 18 novembre 2020, delibera n. 988, in www.anticorruzione.it. Si badi che la conclusione cui è pervenuta l'Autorità poggia su di un'interpretazione del combinato disposto dei commi 17 e 19 *ter* che è stata superata dal Consiglio di Stato. Quest'ultimo, nella sua composizione più autorevole, ha chiarito che «la modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese, in caso di perdita dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 d. lgs. 18 aprile 2016 n. 50 da parte del mandatario o di una delle mandanti, è consentita non solo in sede di esecuzione, ma anche in fase di gara» (cfr.: Cons. Stato, ad. pl., 25 gennaio 2022, n. 2, in *Foro amm.*, 2022, 1, 18; in *Riv. giur. ed.*, 2022, 2, I, 517).

³²⁶ A. DE PASCALIS, *Effetti delle misure interdittive antimafia nei rapporti con la pubblica amministrazione*, in G. AMARELLI – S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti*, cit., 164.

eccezione alla diversa ipotesi della mandataria» - si pone in tensione con il divieto di cui all'art. 14 disp. prel. c.c.³²⁷.

Peraltro, mette conto segnalare che l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, intervenuta su tutt'altra questione, nell'ambito di un *obiter dictum* si è espressa nei seguenti termini: «Disposizione ancor più rigorosa, va solo qui ricordato a fini sistematici, è quella dell'art. 95, comma 1, del d. lgs. n. 159 del 2011, prevista dalla normativa antimafia, che consente la sostituzione interna della sola impresa mandante, eventualmente colpita da provvedimento interdittivo antimafia ed estromessa anteriormente alla stipulazione del contratto, e non della mandataria, proprio a cagione del suo essenziale ruolo nell'esecuzione della commessa, con la conseguente esclusione, in questa ultima ipotesi, dell'intero raggruppamento della gara senza possibilità di estromissione/sostituzione interna»³²⁸.

Alla luce del quadro normativo di riferimento, ad avviso di chi scrive la tesi favorevole alla sostituibilità della mandataria attinta da inibitoria prefettizia è da preferire. A tale conclusione, tuttavia, è possibile pervenire secondo un percorso argomentativo diverso – e, forse, più lineare – rispetto a quello fin qui prevalentemente battuto.

³²⁷ G. D'ANGELO, *Le interdittive antimafia*, in T. EPINDENDIO – G. VARRASO, *Codice delle confische*, cit., 1169.

³²⁸ Cons. Stato, ad. pl., 27 maggio 2021, n. 10 (spec. § 33.5.), in *Foro it.*, 2021, 12, III, 617; in *Foro amm.*, 2021, 5, 766; in *Riv. giur. ed.*, 2021, 4, I, 1293. L'Adunanza plenaria è stata chiamata a pronunciarsi sulla corretta interpretazione dell'art. 48, commi 17, 18 e 19, del d.lgs. n. 50 del 2016, relativamente alla ammissibilità di una modificazione soggettiva 'per addizione'. L'intervento nomofilattico si era reso necessario, perché parte della giurisprudenza – facendo leva sulla distinta formulazione letterale dei commi 17 e 18 e ferma restando la sempre possibile modificazione 'per sottrazione' - riteneva legittima la modifica del raggruppamento con ingresso *ab externo* di un soggetto terzo nell'ipotesi in cui la *deminutio potestatis* avesse interessato un'impresa mandante. Sul punto il Consiglio di Stato ha aderito alla tesi restrittiva, sostenendo che la sostituzione esterna non è consentita né per la figura della mandante né per la figura della mandataria, a ciò ostandovi il principio di concorrenza, il quale non consente di eseguire la prestazione (e di trarne i relativi vantaggi economici e curriculari) ad un soggetto che non abbia preso parte alla gara.

Dall'analisi delle varie posizioni dottrinali e giurisprudenziali emerge un comune denominatore, compendiabile nelle seguenti affermazioni: a) la fattispecie conservativa prevista dall'art. 95 del d.lgs. n. 159 del 2011 è norma eccezionale rispetto alla regola della efficacia preclusiva delle misure antimafia di cui al precedente art. 94; b) le ipotesi disciplinate all'art. 48, commi 17, 18 e 19, del d.lgs. n. 50 del 2016 costituiscono altrettante eccezioni alla regola della immutabilità della composizione del raggruppamento di cui al precedente comma 9 del medesimo articolo.

In ordine alla seconda, *nulla quaestio*; della prima sia invece consentito dubitare. Una norma può dirsi eccezionale nella misura in cui il suo contenuto si ispiri ad un principio che è contrastante con quello sotteso alle altre norme che regolano la medesima materia. Ciò detto, a ben guardare l'art. 95, nel prevedere l'estromissione della mandante destinataria di controindicazioni prefettizie, non presenta carattere derogatorio, configurandosi piuttosto come applicazione rigorosa della regola della incapacità giuridica dettata dall'art. 94, commi 1 e 2.

Per meglio comprendere quanto sopra, conviene mettere a confronto la disposizione in esame con l'art. 94, comma 3. Quest'ultimo rappresenta effettivamente un'eccezione poiché, in presenza di talune condizioni, facoltizza la stazione appaltante a 'conservare' il rapporto con l'operatore controindicato. Di contro, l'art. 95 consente sì la prosecuzione della relazione giuridica in essere, ma a condizione della estromissione/sostituzione dell'impresa destinataria della misura, nei fatti ponendosi quindi in linea di sostanziale continuità con i principi ritraibili dal sistema e condensati nei primi due commi dell'art. 94. In altri termini, mentre la *ratio* sottesa all'art. 94, comma 3 consiste in un temperamento della rigida logica preclusiva che permea la normativa antimafia, l'art. 95 è figlio di quella stessa logica, calata però in un contesto plurisoggettivo. D'altronde, la previsione della possibilità per il raggruppamento di sopravvivere alla *deminutio potestatis* di uno dei propri componenti costituisce l'inevitabile corollario del principio di personalità della responsabilità, che funge da controlimite ad una iperestensione dell'efficacia inibitoria dell'interdittiva; diversamente, si finirebbe per far ricadere su imprenditori incolpevoli gli effetti pregiudizievoli

della condotta di uno soltanto di essi, dando forma così ad un'ipotesi (non prevista) di responsabilità oggettiva ovvero, quantomeno, di *culpa in eligendo*.

La descritta impostazione è gravida di rilevanti implicazioni applicative, poiché, letta in questi termini, la disposizione contenuta all'art. 95 perde la propria connotazione precettiva per assumere una consistenza meramente dichiarativa: quand'anche non fosse stata espressamente prevista, la regola della sostituibilità della mandante sarebbe stata comunque ricavabile dell'ordinamento giuridico nel suo insieme.

Ma il principio per cui le altre imprese raggruppate sono insensibili – salvo prova contraria – ai pregiudizi antimafia che attingono una di esse non tollera distinguo, essendo valido indipendentemente dalla circostanza che la causa ostativa riguardi una mandante ovvero la mandataria. Del resto, se l'obiettivo perseguito dalla normativa antimafia consiste nel preservare il mercato delle commesse pubbliche dal pericolo di inquinamento mafioso, l'‘allontanamento’ dalla procedura di affidamento (o dal contratto, se già stipulato) del soggetto destinatario del provvedimento prefettizio sterilizza la sua carica di pericolosità a prescindere dal ruolo che il medesimo riveste nella struttura dell'operatore aggregato.

La coerenza del costrutto teorico appena enunciato non pare scalfita né dall'argomento a contrario, che gli oppositori della ‘tesi della sostituibilità indistinta’ utilizzano in funzione costruttiva per trarre dall'enunciato normativo la norma inespressa della insostituibilità della mandataria, secondo lo schema sintetizzato dal brocardo latino *inclusio unius est exclusio alterius*³²⁹, né tantomeno dal succitato passaggio dell'Adunanza plenaria n. 10 del 2021, che, per quanto indicativo di una certa ambiguità del formante pretorio, non può ritenersi decisivo, poiché nella stessa l'inammissibilità della sostituzione della capogruppo è affermata solo incidentalmente nell'ambito di un percorso argomentativo incentrato su un diverso *thema decidendum*.

³²⁹ Sulla valenza ‘costruttiva’ dell'argomento a contrario si rinvia a: R. GUASTINI, *Interpretare, costruire, argomentare*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2015, 2, 21-22.

A ciò si aggiunga che ricostruire l'art. 95 in termini di applicazione settoriale della regola generale facilita il coordinamento tra i due sistemi normativi. Accantonato il pericolo di antinomia con l'art. 48, commi 17 e 18, del d.lgs. n. 50 del 2016 e con esso la necessità di individuare un sicuro criterio di risoluzione del conflitto, la disposizione da ultimo richiamata diviene occasione per confermare la sanzione espulsiva, procedimentalizzandola.

La tesi della sostituibilità indistinta lascia però sullo sfondo due questioni, meritevoli di una postilla conclusiva.

La prima attiene alla ammissibilità di sostituzioni multiple nello stesso raggruppamento per il sopravvenire di distinte controindicazioni antimafia. In proposito, in assenza di preclusioni espresse e alla luce delle coordinate teoriche di cui sopra, non si ravvisano motivi ostativi ad avvicendamenti plurimi all'interno del medesimo operatore plurisoggettivo³³⁰. E ciò anche laddove, a cagione della estromissione di tutte le altre imprese aggregate, dovesse residuare un'unica superstite che si renda disponibile a subentrare alle altre e che dimostri di avere i requisiti tecnico-organizzativi ed economico-finanziari necessari per farsi carico, da sola, della prestazione richiesta.

Il che consente di introdurre la seconda questione, attinente alla possibilità di sostituzione del soggetto infiltrato con un terzo esterno alla compagine.

Il tema della modificabilità per aggiunta, come accennato, è stato affrontato e risolto dalla giurisprudenza con specifico riguardo alle disposizioni del codice degli appalti e non anche in riferimento all'art. 95 del d.lgs. n. 159 del 2011. Stando al dato letterale, la congiunzione disgiuntiva «o» utilizzata per collegare i lemmi «estromessa» e «sostituita» sembrerebbe legittimare l'ingresso *ab externo* di imprese non facenti parte dell'originaria struttura plurisoggettiva, rinviando il primo all'ipotesi di 'modificazione per sottrazione' e il secondo a quella più controversa di 'modificazione per addizione'. Nondimeno, nel secondo periodo del primo comma (quello riferito all'ipotesi di certificazione sopravvenuta) il richiamo è al solo concetto di «sostituzione», di

³³⁰ In tema, cfr.: T.a.r. Lazio, Latina, sez. I, 17 dicembre 2018, n. 655, cit.

talché delle due l'una: o il legislatore ha inteso ammettere entrambe le forme di modificazione sino alla stipula del contratto per poi escludere la praticabilità della sola modificazione per sottrazione o, più semplicemente, i participi passati «*estromessa*» e «*sostituita*» costituiscono un'endiadi, a nulla rilevando in ordine alle concrete modalità di modifica della compagine del soggetto aggregato.

La soluzione interpretativa da ultimo prospettata sembrerebbe preferibile non solo perché una diversificazione fondata sulla tempistica della modifica sarebbe difficilmente giustificabile sul piano sistematico, a maggior ragione in quanto a venire limitata sarebbe soltanto la fattispecie meno problematica di sostituzione a mezzo di *intraeus*, ma anche (e soprattutto) perché le argomentazioni su cui l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha fondato il proprio convincimento in ordine all'art 48, commi 17 e 18, del d.lgs. n. 50 del 2016 paiono perfettamente spendibili in relazione all'art. 95 del d.lgs. n. 159 del 2011, soprattutto alla luce del paradigma di coordinamento tra i due corpi normativi che in questa sede si è tentato di sostenere.

Pertanto, tirando le fila di quanto sin qui detto, sembra lecito ritenere che, indipendentemente dal momento in cui il pregiudizio antimafia intervenga (*ante contractum* o *post contractum*) e dal ruolo rivestito dall'impresa interessata (mandataria ovvero mandante), la sua espulsione e conseguente sostituzione – nei modi stabiliti dalla legge - sia sempre consentita tramite altro soggetto idoneo incluso *ab origine* nel raggruppamento, non essendo per converso giammai ammesso un ampliamento quantitativo della platea delle imprese raggruppate mediante ingresso di un *extraneus*.

5. Inibitoria antimafia illegittima e prospettiva rimediale alla prova del principio di effettività della tutela giurisdizionale

Il tema della tutela risarcitoria rappresenta uno dei profili più delicati per misurare la tenuta eurounitaria dell'attuale sistema amministrativo antimafia. In questa sede ci si focalizzerà sulla fattispecie del danno da interdittiva illegittima

e, segnatamente, sui suoi presupposti sostanziali, essendo le questioni processuali già state esaminate nel capitolo precedente.

In via di prima approssimazione, pare possibile affermare che essa rientri nel *genus* della responsabilità provvedimentoale. Si tratterà, però, di comprendere se questo suo ‘essere *species*’ si esaurisca su di un piano meramente descrittivo oppure ridondi in una diversità di regime giuridico.

Per far ciò una premessa è d’obbligo. Pur senza ripercorrere un dibattito che, scaturito da un passaggio della sentenza n. 500 del 1999, ha visto per lungo tempo dottrina e giurisprudenza affannarsi nella spasmodica ricerca della corretta qualificazione della responsabilità da illegittimo esercizio della funzione, sia qui sufficiente rammentare che l’orientamento ad oggi maggioritario è nel senso di ricondurre quest’ultima al paradigma aquiliano, salvo immaginare alcuni correttivi in punto di allocazione dell’onere probatorio³³¹. Più precisamente, in forza di tale impostazione teorica, sul danneggiato incombe la dimostrazione di tutti gli elementi costitutivi dell’illecito extracontrattuale, ma, con specifico riguardo al profilo soggettivo, allo stesso basta allegare il dato dell’invalidità dell’atto dannoso, da valersi quale indice presuntivo, ai sensi degli artt. 2727 e 2729 c.c., della colpa dell’apparato amministrativo, gravando su quest’ultimo la prova liberatoria della sussistenza di un proprio errore scusabile³³². Quanto poi alle circostanze idonee ad escludere

³³¹ Cfr.: Cons. Stato, ad. pl., 23 aprile 2021, n. 7, in *Dir. proc. amm.*, 2022, 1, 143, con nota di M. TRIMARCHI, *Responsabilità extracontrattuale dell’amministrazione o amministrazione irresponsabile?*; in *Resp. civ. prev.*, 2021, 4, 1246; in *Foro it.*, 2021, 7-8, III, 394; in *Riv. giur. ed.*, 2021, 3, I, 837; in *Foro amm.*, 2021, 4, 594. Per un commento alla sentenza, si vedano anche: G.D. COMPORI, *L’Adunanza delle occasioni perse: responsabilità della P.A. in cerca di qualità*, in *Giur. it.*, 2022, 3, 708; E. ZAMPETTI, *La natura extracontrattuale della responsabilità civile della Pubblica Amministrazione dopo l’Adunanza Plenaria n. 7 del 2021*, in *Giustizia insieme*, 30 luglio 2021.

In termini, cfr.: T.a.r. Lazio, Roma, sez. II, 1° aprile 2022, n. 3798, in www.giustizia-amministrativa.it; T.a.r. Lazio, Roma, sez. I, 11 gennaio 2022, n. 226, in www.giustizia-amministrativa.it.

³³² Cfr. *ex plurimis*: Cons. Stato, sez. V, 10 maggio 2022, n. 3658, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 13 gennaio 2022, n. 34, in

il giudizio di rimproverabilità nei confronti del soggetto pubblico, esse sono state ricostruite attraverso una serie di figure sintomatiche che, elaborate dalla Corte dei Conti in funzione di esimenti o attenuanti del danno erariale, sono poi transitate nella giurisprudenza amministrativa divenendo comunemente accettate nella prassi argomentativa giudiziaria: tra queste, a titolo esemplificativo, si pensi all'esistenza di contrasti giurisprudenziali nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme di riferimento, alla formulazione poco chiara o ambigua delle disposizioni che regolano l'attività amministrativa considerata, alla complessità della situazione di fatto oggetto del provvedimento e alle pertinenti difficoltà istruttorie, alla illegittimità derivante dalla successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata con l'atto lesivo³³³.

Il detto schema, basato sulla responsabilità aquiliana con inversione dell'onere probatorio in punto di elemento soggettivo, vale per la responsabilità provvedimentale in generale e, dunque, anche nella materia che ci occupa. Tuttavia, traslando le coordinate teoriche in apice nel peculiare contesto della disciplina antimafia, la conseguenza è la creazione di vere e proprie sacche di irresponsabilità in favore dell'autorità prefettizia³³⁴.

www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. III, 7 dicembre 2021, n. 8165, in www.giustizia-amministrativa.it; T.a.r. Campania, Napoli, sez. V, 4 febbraio 2021, n. 789, in *Resp. civ. prev.*, 2021, 5, 1734; Cons. Stato, sez. IV, 27 agosto 2019, n. 5907, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. VI, 19 marzo 2019, n. 1813, in www.giustizia-amministrativa.it.

In dottrina, la letteratura è sconfinata. Tra i contributi più recenti, per un approfondimento si rinvia a: F.F. GUZZI, *La responsabilità della p.a. da provvedimento illegittimo: profili sostanziali*, in G. CASSANO - N. POSTERARO (a cura di), *Le responsabilità della pubblica amministrazione. Profili sostanziali e processuali*, Padova, 2019, 22.

³³³ Cons. Stato, sez. IV, 31 marzo 2015, n. 1683, in www.giustizia-amministrativa.it.

³³⁴ G.L. LEMMO, *Il risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali in caso di annullamento dell'interdittiva*, in G. AMARELLI - S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti*, cit., 176. L'Autore, dopo aver passato in rassegna la giurisprudenza del Consiglio di Stato, conclude: «Tutto è quindi permesso alla p.a. in tema di interdittiva dal momento che gli indizi e i giudizi

Se ai fini della configurabilità della colpa dell'amministrazione occorre avere riguardo al carattere della regola di azione violata, essendo la medesima esclusa ogni qual volta quest'ultima sia inidonea a costituire un canone di condotta sicuro e vincolante³³⁵, non può sfuggire come l'illegittimità della nota prefettizia potrà trasmodare in lesività soltanto laddove l'azione amministrativa sia stata posta in essere in evidente spregio ai criteri di buon andamento e imparzialità, restando ogni altra violazione assorbita nel perimetro dell'errore scusabile; in altri termini, una colpa della prefettura è ipotizzabile solo nel caso in cui, a sostegno del provvedimento, siano stati posti elementi che - manifestamente - non denotavano un pericolo di condizionamento dell'impresa da parte della criminalità organizzata³³⁶.

Alla luce di ciò – benché parte della giurisprudenza si sia sforzata di precisare che la responsabilità da certificazione illegittima non faccia eccezione alle regole generali che circondano la responsabilità amministrativa *tout court*, non essendo affatto circoscritta ad ipotesi di colpa grave³³⁷ – basta esaminare i repertori di giurisprudenza per avere immediata contezza di come, quando le astrazioni giuridiche vengono stemperate al chiarore dei fatti, la solidità del modello teorico si sgretola di fronte alla fragilità di una tutela la cui effettività dipende, in ultima analisi, dal coraggio, o meglio, dalla volontà del giudice amministrativo di uscire dalla *comfort zone* della ripetizione quasi sacrale di formule stereotipate per sporcarsi le mani con la fattispecie concreta e da questa

prognostici, anche se ritenuti successivamente infondati, sono sempre originariamente riconducibili all'errore scusabile».

³³⁵ Cons. Stato, sez. II, 4 maggio 2022, n. 3481, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. IV, 18 ottobre 2019, n. 7082, in *Resp. civ. prev.*, 2020, 3, 1005; Cons. Stato, sez. III, 24 maggio 2018, n. 3131, in www.giustizia-amministrativa.it.

³³⁶ T.a.r. Puglia, Lecce, sez. sez. III, 23 maggio 2022, n. 819, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. III, 5 giugno 2019, n. 3799, in www.giustizia-amministrativa.it; T.a.r. Campania, Napoli, sez. I, 18 settembre 2017, n. 4406, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 1, 268; Cons. Stato, sez. III, 28 luglio 2015, n. 3707, in www.giustizia-amministrativa.it.

³³⁷ Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 3 giugno 2020, n. 372, in www.giustizia-amministrativa.it.

trarre gli elementi di giudizio necessari per un esercizio pieno e consapevole della funzione assegnatagli dall'ordinamento³³⁸.

È allora facile comprendere la rilevanza del tema, peraltro amplificata in ragione del fatto che l'invalidità della documentazione prefettizia si propaga agli atti della procedura di gara e alle conseguenti statuizioni della stazione appaltante, con implicazioni dunque su un settore – quello dei contratti pubblici – rispetto al quale la giurisprudenza europea ha da tempo affermato che la satisfattività del rimedio risarcitorio impone di prescindere dall'accertamento dell'elemento soggettivo, non reputando compatibile con il diritto eurounitario una normativa interna che gravi il privato danneggiato dell'onere di dimostrare, ancorché per il tramite di presunzioni, la colpevolezza del committente pubblico³³⁹.

La giurisprudenza interna, tuttavia, sollecitata sul punto, ha ritenuto di non abbandonare il paradigma aquiliano sul rilievo che i provvedimenti prefettizi, pur costituendo il presupposto logico-giuridico delle determinazioni dell'amministrazione appaltante, non partecipino della medesima natura di

³³⁸ In generale sulla centralità del fatto quale imprescindibile piattaforma su cui si innestano le dinamiche giuridiche, nonché base di partenza obbligata nel procedimento di sussunzione, imprescindibile il rinvio a P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, 33. Insiste sulla necessità di un solido ancoraggio alla fattispecie concreta anche G. VETTORI, *Effettività fra legge e diritto*, Milano, 2020, *passim*.

³³⁹ Corte di Giustizia dell'U.E., sez. III, 30 settembre 2010, in causa C-314/09, *Stadt Graz*, ECLI:EU:C:2010:567, in www.curia.eu. In proposito, si veda: C. VOLPE, *La tutela risarcitoria innanzi al giudice amministrativo: in particolare, l'influenza del diritto europeo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2013.

La giurisprudenza interna si è uniformata al *decisum* della Corte europea. Si veda: T.a.r. Sicilia, Catania, sez. I, 2 ottobre 2020, n. 2391, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. IV, 15 aprile 2019, 2429, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. V, 25 febbraio 2016, n. 772, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 3, 976; Cons. Stato, sez. V, 8 novembre 2012, n. 5686, in *Foro amm. CDS*, 2013, 7-8, 2112, con nota di G.A. PRIMERANO, *Spigolature in tema di risarcimento del danno da aggiudicazione illegittima*; in *Giur. it.*, 2013, 5, 1207, con nota di G.D. COMPORTI, *La responsabilità oggettiva per esercizio illegittimo della funzione amministrativa alla ricerca di un modello*.

questi ultimi, restando pur sempre estranei alla procedura evidenziale in quanto tale e, di riflesso, al modello di responsabilità per la stessa elaborato in sede europea. Ma i giudici nazionali si sono spinti oltre, arrivando ad affermare che «nello stesso senso debbono essere vagliate le scelte dell'amministrazione appaltante che dei citati provvedimenti informativi e interdittivi costituiscono diretta e immediata conseguenza, fuoriuscendo anch'essi dall'«ordinario» schema della responsabilità operante nella materia dei pubblici appalti, definito dalla giurisprudenza comunitaria», con la conseguenza che «la valutazione sulla (...) responsabilità della stazione appaltante non può prescindere dall'indagine sull'esistenza o meno del profilo soggettivo del dolo o della colpa»³⁴⁰. Affermazione quest'ultima quanto mai singolare, poiché: a) in presenza di un'informazione tipica, il carattere necessitato degli atti consequenziali dell'amministrazione aggiudicatrice e l'assoluta impossibilità per quest'ultima di sindacare l'operato del prefetto escludono a priori qualsivoglia rimproverabilità soggettiva del comportamento tenuto da quest'ultima³⁴¹; b) in presenza di un'informazione atipica, la circostanza che l'eventuale provvedimento di revoca dell'aggiudicazione e recesso del contratto sia il frutto di un autonomo apprezzamento della stazione appaltante dovrebbe operare da momento di frattura della consequenzialità logico-giuridica, con conseguente attrazione dell'operato della stessa nell'orbita dell'eccezione di derivazione unionale di una responsabilità in termini oggettivi.

³⁴⁰ Cons. Stato, sez. V, 12 novembre 2019, n. 7751, in www.giustizia-amministrativa.it. In termini anche: Cons. Stato, sez. III, 26 giugno 2019, n. 4401, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. III, 5 marzo 2018, n. 1401, in www.giustizia-amministrativa.it.

Manifesta perplessità rispetto al detto orientamento R. DE NICTOLIS, *Il risarcimento del danno: modalità e tecniche di liquidazione nel settore delle pubbliche gare*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2019, 20.

³⁴¹ In un'ipotesi di tal fatta dovrebbe peraltro essere esclusa una responsabilità solidale tra l'amministrazione aggiudicatrice e la prefettura, gravando la responsabilità esclusivamente su quest'ultima. In proposito, si veda: G. D'ANGELO, *Le interdittive antimafia*, in T. EPINDENDIO – G. VARRASO, *Codice delle confische*, cit., 1166.

6. Sulla incerta configurabilità di una responsabilità da inibitoria antimafia legittima

Esaminata la fattispecie della responsabilità da certificazione illegittima, è lecito chiedersi se vi sia spazio per una responsabilità da certificazione legittima ma erronea.

L'interrogativo si pone perché - stante la natura dei provvedimenti prefettizi, notoriamente ancorati ad accertamenti induttivi lontani dalla logica penalistica dell'oltre ogni ragionevole dubbio³⁴² - non è peregrina l'ipotesi che sia emessa nei confronti dell'impresa una documentazione fondata su elementi sussistenti al momento della verifica, ma poi sconfessati nel corso del giudizio penale, con la conseguenza che, se da un lato nessun rimprovero potrà essere rivolto all'autorità di pubblica sicurezza per aver rettammente esercitato il proprio potere di controllo, dall'altro, è indubbio che il privato abbia subito un pregiudizio. Se e come rispondere al bisogno di tutela di quest'ultimo è questione assai delicata, destinata ad intercettare uno dei temi di teoria generale più controversi dell'intera scienza giuridica: la responsabilità da atto lecito dannoso³⁴³.

Evidentemente, non è questa la sede per misurarsi con una problematica che necessiterebbe di ben altro approfondimento e che, da sempre oggetto di un dibattito tra i civilisti mai definitivamente acquietatosi³⁴⁴, ciclicamente torna ad

³⁴² Cons. Stato, sez. III, 4 giugno 2021, n. 4293, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui «gli elementi posti a base dell'informativa possono essere anche non penalmente rilevanti o non costituire oggetto di procedimenti o di processi penali o possono anche essere già stati oggetto del giudizio penale, con esito di proscioglimento o di assoluzione» (*ivi*, § 3.2.).

³⁴³ In questi termini, ma nella prospettiva del giuspubblicista, V.E. ORLANDO, *Principi di diritto amministrativo*, IV ed. riveduta, Firenze, 1910, 384.

³⁴⁴ La letteratura in tema è molto ampia. Senza pretesa di esaustività si rinvia a: C.M. BIANCA, *Diritto civile. La responsabilità*, vol. V, Milano, 2021, 540; C. BONAURO, *La responsabilità da atto lecito dannoso*, Milano, 2012; M. FRANZONI, *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da ID., vol. I, Milano, 2010, 1249 ss.; G. GIACOBBE, *Artt. 2044-*

interessare anche gli studiosi del diritto amministrativo³⁴⁵, i quali dal canto loro la declinano in termini di responsabilità da provvedimento legittimo³⁴⁶.

Tornando quindi allo specifico campo oggetto di indagine, è doveroso segnalare che in passato la giurisprudenza occupatasi del tema aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale sollecitando un intervento additivo del

2045, in *Illecito e responsabilità civile*, tomo I, *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, vol. X, Torino, 2005, 100 ss.; A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1979; G. TUCCI, *La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, 1, 264 ss.; F.D. BUSNELLI, *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1964, *passim*.

³⁴⁵ L.V. GIUFFRIDA, *La responsabilità della p.a. da atto lecito. Un mero indennizzo o un integrale risarcimento quale forma di ristoro a seguito di un atto lecito dannoso*, in *Amministrazione e contabilità dello Stato e degli enti pubblici*, 26 ottobre 2020; G. CORSO, *La responsabilità della pubblica amministrazione da attività lecite*, in *Dir. amm.*, 2009, 2, 203 ss.; G. MANFREDI, *Le indennità di autotutela*, in *Dir. amm.*, 2008, 1, 169; G.D. COMPORTI, *Torto e contratto nella responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2003, 49 ss.; E. CASSETTA, *L'illecito negli enti pubblici*, Torino, 1953, 49 ss.; A.M. SANDULLI, *Spunti in tema di indennizzo per atti legittimi della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 1947, 938 ss., ora confluito in *ID.*, *Scritti di diritto amministrativo*, vol. II, 457 ss.; G. SALEMI, *La così detta responsabilità per atti legittimi della pubblica amministrazione*, Milano, 1912.

Più recentemente l'argomento è stato toccato, in verità solo in via tangente, da G. SALA, *Dal dogma dell'irrisarcibilità dell'interesse legittimo al risarcimento, nei pubblici appalti, anche per fatto lecito*, in *Resp. civ. prev.*, 2022, 3, 702. L'Autore affronta il tema contestualizzandolo, in prospettiva critica, con specifico riferimento alla fattispecie di danno da esecuzione di sentenza instabile alla luce dell'orientamento della giurisprudenza e della novella recata dal d.l. n. 76 del 2020.

³⁴⁶ Dietro una distinta nomenclatura si cela la medesima *ratio*, data dalla necessità di trovare un equo temperamento tra posizioni giuridiche inconciliabili e, ciononostante, tutte meritevoli di tutela. Laddove non sia evitabile il sacrificio dell'altrui sfera giuridica – o per l'inesigibilità di una condotta contraria da parte dei consociati (*i.e.* stato di necessità) o per l'esigenza di garanzia dell'interesse della collettività (*i.e.* espropriazione per pubblica utilità, danno da vaccinazione obbligatoria, revoca *ex art. 21 quinquies* della legge n. 241 del 1990) – e, purtuttavia, elementari ragioni di equità impongano di non soprassedere rispetto all'altrui lesione, l'ordinamento interviene in funzione di riallineamento delle posizioni. Il tema è se le fattispecie tipizzate siano riconducibili ad una categoria generale ovvero se abbiano natura eccezionale e, dunque, siano insuscettibili di applicazione analogica.

Giudice delle leggi, ma essa era stata dichiarata inammissibile sul duplice rilievo che: a) il Tribunale remittente non aveva puntualmente individuato le norme censurate³⁴⁷, tacciando di illegittimità l'intero complesso delle disposizioni in materia di certificazioni antimafia, alcune delle quali peraltro contenute in un atto di natura regolamentare; b) la scelta di accordare una qualche forma di tutela all'impresa destinataria di una interdittiva erronea, «in assenza di una soluzione costituzionalmente obbligata», implicava «valutazioni riservate al legislatore nell'ambito dei generali indirizzi di politica criminale»³⁴⁸.

La prima obiezione (relativa agli aspetti formali dell'ordinanza), in effetti, era difficilmente superabile. Di contro, la seconda *ratio decidendi* (quella attinente al merito della questione) sembra essere stata in qualche misura condizionata da una sorta di 'effetto alone'. Tanto era macroscopico il primo profilo di inammissibilità che il secondo – invero ultroneo nel complesso dell'economia motivazionale - è stato solo fuggacemente sfiorato dalla Corte. Il che, anche a tacer d'altro, potrebbe far ben sperare in ordine ad un diverso esito del giudizio, qualora la questione – se questa volta ben formulata – dovesse essere riproposta, dato che il codice nel frattempo intervenuto non ha preso posizione in merito³⁴⁹.

Ora, a parere di chi scrive, conviene sempre essere cauti sui pronostici. Quando alla Corte costituzionale viene richiesta una pronuncia connotata da un elevato grado di manipolatività, con conseguente innesto nel sistema di un istituto ad esso estraneo, la tendenza è quella di procedere con una declaratoria di inammissibilità, magari accompagnata dall'invito rivolto al legislatore di riflettere sulla opportunità di rivedere l'assetto normativo vigente³⁵⁰.

³⁴⁷ T.a.r. Sicilia, Catania, sez. III, 29 aprile 2009, n. 210, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁴⁸ Corte cost., 24 febbraio 2010, n. 58, in *Giur. cost.*, 2010, 1, 689.

³⁴⁹ G. D'ANGELO, *Le interdittive antimafia*, in T. EPINDENDIO – G. VARRASO, *Codice delle confische*, cit., 1168.

³⁵⁰ In proposito, *ex multis*, si veda: Corte cost., 19 luglio 2022, n. 180, in www.cortecostituzionale.it. La Consulta, chiamata a pronunciarsi sull'art. 92 del d.lgs. n. 159 del 2011 nella parte in cui non consente al prefetto di modulare gli effetti dell'inibitoria in

Ebbene, in ordine alla tematica che ci impegna, una sentenza monito sarebbe già un risultato auspicabile, e forse anche verosimile. È innegabile, del resto, che le misure interdittive abbiano una forte carica di afflittività: con riguardo alle attività sottoposte a regime autorizzatorio o concessorio, una volta revocato il provvedimento abilitativo, al privato è inibito l'esercizio dell'attività professionale da cui egli e, se del caso, i suoi dipendenti traggono i mezzi di sostentamento per sé e per le rispettive famiglie. Analogamente, in riferimento ai rapporti contrattuali, con la perdita del contratto si determina una definitiva *deminutio* patrimoniale e di valori aziendali, anche in termini di perdita di giro d'affari necessario per la partecipazione a (più profittevoli) gare future. In questi termini, quindi, pare ravvisabile una violazione del principio di libera iniziativa economica, destinata a riverberarsi anche su diritto fondamentali.

Si badi inoltre che, come nell'ordinanza di rimessione che ha dato origine alla sentenza n. 58 del 2010, non verrebbe messa in discussione l'opzione legislativa di prevedere misure limitative della sfera giuridica del destinatario fondate su accertamenti non definitivi; ad essere contestata sarebbe soltanto l'omessa previsione di adeguate misure compensative in favore del soggetto che, attinto dal provvedimento prefettizio sulla base di una prognosi di permeabilità mafiosa, fosse poi risultato estraneo a qualsiasi forma di coinvolgimento con il crimine organizzato, magari anche semplicemente limitando l'indennizzo alle sole ipotesi in cui la vicenda giudiziaria si fosse conclusa con un proscioglimento

funzione della sua incidenza sui mezzi di sostentamento per l'interessato e la sua famiglia, potere quest'ultimo riconosciuto all'autorità giudiziaria in forza dell'art. 67, comma 5, del medesimo decreto legislativo, pur ritenendo sussistente un'ingiustificata disparità di trattamento, ha dichiarato inammissibile il ricorso sul presupposto che l'introduzione nel sistema di un'inibitoria a geometria variabile rientri tra le prerogative del Parlamento.

In termini, cfr.: Corte cost., 24 aprile 2020, n. 80, in *Foro it.*, 2020, 7-8, I, 2229, resa in tema di competenza a decidere sull'opposizione promossa avverso il provvedimento di revoca dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato; Corte cost., 14 febbraio 2020, n. 21, in *Giur. cost.*, 2020, 5, 2498, resa in tema di decorrenza giuridica ed economica dell'inquadramento nella qualifica di 'vicecommissari' a far data dall'inizio del primo corso di formazione; Corte cost., 3 ottobre 2019, n. 219, in *Cass. pen.*, 2020, 1, 170, resa in tema di inutilizzabilità delle prove illegittimamente acquisite e principio del *male captum bene retentum*.

con formula ampiamente liberatoria, cioè a dire quelle in cui il disconoscimento di qualsivoglia forma di riparazione stride con i più elementari principi di giustizia.

La validità del ragionamento condotto non pare inficiata neppure alla luce del nuovo art. 94 *bis* del d.lgs. n. 159 del 2011, che, circoscrivendo l'emissione dell'inibitoria ai soli casi di giudizio di mafiosità non occasionale, finisce nei fatti per marginalizzare le situazioni bisognose di riparazione ad un dato quantitativo risibile. Del resto, l'istituto della prevenzione collaborativa risponde non già all'esigenza di tutela del privato da eventuali 'errori' di valutazione dell'amministrazione dell'Interno, bensì a quella ben diversa di flessibilizzazione del sistema prevenzionistico, esigenza quest'ultima che guarda all'interesse pubblico e non a quello dell'impresa. La correttezza di quanto sostenuto risulta inoltre confermata saggiando la disciplina dall'angolo visuale del principio di eguaglianza e mettendola a confronto con altri ambiti ordinamentali. In questa prospettiva - al di là del facile parallelismo con l'art. 314 c.p.p. che, per quanto suggestivo, rischia di non cogliere pienamente nel segno³⁵¹ - maggiormente adatto a fungere da *tertium comparationis* appare il

³⁵¹ Nella fattispecie di cui all'art. 314 c.p.p. ad essere sacrificato è il bene della libertà personale, non comparabile con quelli incisi dalla misura antimafia in quanto assiologicamente sovraordinato. In proposito si veda: G. D'ANGELO, *Le interdittive antimafia*, in T. EPINDENDIO - G. VARRASO, *Codice delle confische*, cit., 1168.

La riparazione per errore giudiziario è sempre stata considerata - insieme con l'istituto dell'espropriazione - un terreno privilegiato di analisi del fenomeno. In proposito, si veda: S. ROMANO, *Responsabilità dello Stato e riparazione alle vittime degli errori giudiziari*, in *Legge*, Roma, 1903, ora in ID., *Scritti minori*, Milano, 1990, 191 ss. (ristampa anastatica dell'edizione del 1950), dove l'Autore - prendendo le mosse dal contributo di A. ROCCO, *La riparazione alle vittime degli errori giudiziari*, in *Riv. pen.*, 1902, 1, 56 - teorizza la distinzione tra «sacrificio che non è compreso nei limiti normali del diritto individuale», il quale è «legittimo se gli si corrisponde un indennizzo» e i «limiti che derivano da determinazioni del contenuto normale del diritto», rispetto ai quali nessuna responsabilità è configurabile in capo allo Stato.

potere di requisizione in uso, conferito peraltro proprio all'autorità di pubblica sicurezza³⁵².

Quest'ultimo, previsto dagli artt. 7 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E e 835 c.c., è assistito da varie garanzie, tra cui – in particolare – il riconoscimento di una giusta indennità in favore del destinatario del provvedimento limitativo. Ora, balza agli occhi la disparità di trattamento tra le due fattispecie. Al titolare del diritto di proprietà e/o di altro diritto reale sul bene oggetto di requisizione viene riconosciuto un indennizzo per il sacrificio sofferto, sacrificio di natura temporanea e concretantesi in una compressione del potere di godere (non anche di disporre) del bene medesimo, mentre all'impresa cui è precluso l'esercizio della propria attività ovvero la partecipazione a procedure evidenziali sulla base di accertamenti prognostici rivelatisi a posteriori erronei in sede di giudizio diagnostico nulla viene assegnato a titolo di parziale ristoro del pregiudizio patito, anche laddove la temporanea inabilitazione l'abbia condotta in stato di decozione. Nell'un caso la limitazione temporanea del diritto reale – limitazione da considerarsi, sotto il profilo qualitativo, relativa nel caso di diritto di proprietà e assoluta, invece, nel caso di diritto di usufrutto, uso ovvero abitazione - legittima la corresponsione di emolumenti indennitari, nell'altro la limitazione temporanea della libertà di iniziativa economica non assume alcuna rilevanza ai detti fini. La manifesta

³⁵² Il T.a.r. Catania, nell'ordinanza di rimessione, aveva individuato quale parametro di comparazione la fattispecie dell'espropriazione per fini di pubblica utilità e, in particolare, quella dei vincoli urbanistici preordinati all'espropriazione. Il riferimento, tuttavia, non pare perfettamente calzante, in quanto il sacrificio imposto al titolare del bene attraverso il provvedimento espropriativo consiste nella perdita definitiva del diritto di proprietà sul bene, che viene acquistato dall'amministrazione pubblica. Per contro, con il provvedimento prefettizio la libertà di iniziativa economica viene conculcata per un tempo (almeno formalmente) limitato. In ragione di ciò, pare più conferente il richiamo all'istituto della requisizione in uso, che – come chiarito dalla giurisprudenza – si connota per il carattere della transitorietà ed è privo di finalità ablatoria, sostanziandosi il suo effetto nella limitazione della *utilitas* che il titolare può trarre dal bene requisito (cfr.: Cons. Stato, ad. pl., 30 luglio 2007, n. 10, in *Riv. giur. ed.*, 2007, 4-5, I, 1342; in *Foro it.*, 2007, 10, III, 489; in *Foro amm. CDS*, 2007, 7-8, 2124; in *Corr. mer.*, 2007, 11, 1360).

irragionevolezza del diverso trattamento giuridico è resa viepiù nitida se solo ci si sofferma sul fattore temporale, il quale finisce con connotare in senso maggiormente affittivo la misura antimafia. Infatti, mentre il provvedimento di requisizione reca un termine di efficacia, spirato il quale il titolare del bene requisito matura il diritto alla restituzione³⁵³, sicché ove la stessa non avvenga egli potrà accedere alla tutela risarcitoria, di contro il provvedimento antimafia ha una efficacia stabilita *ex lege*, ma che – alla luce del diritto vivente – rischia di perpetuarsi in assenza di sopravvenienze di segno contrario.

Ora, indipendentemente dalla via praticabile (sentenza additiva della Corte costituzionale ovvero sentenza monito seguita da intervento legislativo), si ritiene di poter ragionevolmente affermare la necessità di riportare a coerenza il sistema attraverso l'introduzione di una misura in grado di attenuare il pregiudizio patito dall'impresa che erroneamente – ancorché legittimamente – sia risultata destinataria di controindicazioni prefettizie, così da sopire la preoccupazione di chi, già all'inizio del secolo scorso, riflettendo sul tema della responsabilità dell'amministrazione da attività lecita, ammoniva: «L'amministrazione spesso per raggiungere i suoi scopi deve sacrificare nell'interesse collettivo interessi individuali. Quando questi sono lievi si può lasciarne l'onere sull'individuo sacrificato. Quando sono gravi è opportuno indennizzarne il sacrificio col pubblico denaro: ossia ripartire l'onere su tutta la collettività dando il pubblico denaro che proviene a mezzo dei tributi»³⁵⁴.

³⁵³ T.a.r. Umbria, Perugia, sez. I, 12 aprile 2021, n. 262, in *Foro amm.*, 2021, 4, 666. La giurisprudenza, peraltro, proprio valorizzando il requisito della temporaneità della misura ritiene che la derequisizione trovi il proprio unico presupposto di legittimità nella cessazione dello stato necessitante, sicché il termine indicato nel provvedimento varrebbe come mero *dies ad quem*. In termini: T.a.r. Campania, Napoli, sez. I, 8 aprile 2010, n. 1824, in *Foro amm. TAR*, 2010, 4, 1377; Cass. civ., sez. I, 6 agosto 2008, n. 21249, in *Dir. giur. agr.*, 2009, 4, 256.

³⁵⁴ F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, vol. III, Padova, 1992, 1359-1360 (ristampa anastatica dell'edizione del 1914). In senso adesivo anche: F. GARRI, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Torino, 1975, 54; R. ALESSI, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Milano, 1955, 137 ss.

7. Notazioni di sintesi

Nei paragrafi che precedono si è cercato di scandagliare il diritto amministrativo antimafia attraverso il filtro della contrattualistica pubblica, utilizzando quale chiave di lettura il tema delle *tutele*.

L'utilizzo del vocabolo al plurale non è casuale e rinvia non solo alle tipologie di rimedi esperibili – tutele in senso oggettivo – ma anche (e soprattutto) alla platea dei loro possibili beneficiari - tutele in senso soggettivo.

L'interesse pubblico, ipostatizzato talvolta come garanzia della legalità della procedura talaltra come garanzia del corretto meccanismo concorrenziale, si fonda in un tutto unitario con gli altri interessi coinvolti, rendendo arduo qualsiasi approccio analitico alla materia. La sua scomposizione attraverso il prisma della procedura evidenziale restituisce per rifrazione una pluralità di posizioni meritevoli di protezione: quella dell'amministrazione che ha necessità di acquisire in tempi rapidi beni, servizi e lavori; quella dell'operatore economico, nella duplice veste di operatore monosoggettivo e operatore plurisoggettivo, che partecipa alla gara, si aggiudica la commessa e viene poi colpito dalla nota interdittiva; quella degli altri partecipanti che vantano un interesse a subentrare nel contratto; quella dell'impresa che, attinta dal pregiudizio antimafia, riesce poi (magari dopo anni) a dimostrare la propria totale estraneità all'addebito mosso.

Dall'analisi delle singole prospettive un dato emerge irrefutabile: la preponderanza della vocazione prevenzionistica o, *rectius*, precauzionale (*supra* cap. 1, § 6) della disciplina, che – anche nell'interazione con l'ecosistema degli appalti – non dismette la propria originaria matrice, anzi la esalta in un insieme di disposizioni che è muta nomorrea, generatrice di *rebus* interpretativi di non sempre agevole soluzione.

Unica eccezione a questa tensione quasi totemica verso la garanzia della legalità ad ogni costo è l'art. 94, comma 3, che – fedele alla sua natura di norma a carattere derogatorio – si sforza di riequilibrare i piatti della bilancia in funzione delle necessità della stazione appaltante, la quale – lo si dica per inciso

– è sì il soggetto cui l'ordinamento demanda l'attivazione del procedimento di controllo ma non anche quello preposto alla cura dell'interesse cui la verifica è prodromica. In questo senso la disposizione richiamata rappresenta un temperamento al rigorismo sotteso alla normativa in esame che, in detta ipotesi, abdica alla propria *mission* sterilizzatrice in nome di esigenze superiori tali da non consentire una diversa gestione della vicenda negoziale.

Ma se l'organismo committente può tirare un sospiro di sollievo nel vedere salvaguardate le proprie prerogative – in verità, un sospiro un po' flebile dati i tanti paletti che circondano l'opzione conservativa – non altrettanto può dirsi né per l'operatore economico secondo graduato, costretto a rinunciare alla commessa, né per l'aggiudicatario illegittimamente o erroneamente attinto dal provvedimento inibitorio. Il destino imprenditoriale di quest'ultimo, in ispecie, rischia di essere inesorabilmente segnato, nei fatti non potendo egli far altro che assistere con rassegnazione alla dissoluzione della propria realtà aziendale, con le relative conseguenze non soltanto per chi, come lui, nella stessa ha creduto ed investito, ma anche per chi ci lavora e da essa trae sostentamento.

E, allora, di fronte ad un simile scenario, il giurista si trova costretto a constatare come il comune denominatore delle anzidette fattispecie sia rappresentato dal deficit di satisfattività della tutela erogata e ad invocare la previsione di rimedi compensativi variamente declinati in ragione della natura della responsabilità dell'amministrazione (da atto lecito ovvero da atto illecito). Diversamente, le criticità già evidenziate in tema di impugnazione dei provvedimenti prefettizi, sostanzialmente legate al modello sindacatorio affidato al giudice amministrativo, risulterebbero amplificate qualora i detti provvedimenti arrivino ad intercettare soggetti che partecipino o abbiano partecipato a pubblici incanti. Sicché, alla prova dei fatti, il perimetro della contrattualistica finisce per operare come fattore di accrescimento della ineffettività del sistema delle tutele, laddove, invece, proprio con riguardo al detto settore la bussola della satisfattività dovrebbe costituire la principale direttrice che il legislatore ordinario è tenuto ad osservare nell'approntare una disciplina rispettosa del dettato costituzionale e dei vincoli derivanti dall'ordinamento europeo.

CAPITOLO QUARTO

TRA ADIACENZE E POSSIBILI SOVRAPPOSIZIONI.

LA PERENNE DIALETTICA TRA *ADMINISTRATIO* E *IURISDICTIO*

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. Le misure giurisdizionali di 'bonifica' dell'impresa infiltrata - 2.1. L'amministrazione giudiziaria di cui all'art. 34 del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 - 2.2. Il controllo giudiziario di cui all'art. 34 bis del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 - 2.2.1. Il controllo giudiziario volontario: l'affermarsi di un modello premiale - 2.2.2. (Segue) Le interrelazioni esistenti tra giurisdizione penale e giurisdizione amministrativa - 3. Le misure prefettizie di 'salvataggio' del contratto: l'art. 32 del d.l. 24 giugno 2014, n. 90 tra prevenzione anticorruzione e prevenzione antimafia - 4. Le interrelazioni esistenti tra giurisdizione e amministrazione - 5. Notazioni di sintesi

1. Premessa

Sino ad un lustro fa circa, escludendo le disposizioni relative ai controlli sugli enti territoriali contenute nel d.lgs. 267 del 2000, il diritto amministrativo antimafia aveva una latitudine sostanzialmente coestensiva rispetto alla disciplina in tema di documentazione, ragion per cui un contributo allo studio del fenomeno avrebbe potuto chiudersi con il capitolo precedente senza timore di essere tacciato di incompletezza.

Oggi, questo non sarebbe possibile. Qualsiasi trattazione che ambisca a sistematizzare in chiave problematica la materia non può permettersi di prescindere dalla disamina di quegli istituti che, pensati per allentare la morsa degli effetti inabilitanti correlati alle certificazioni prefettizie, hanno contribuito

a ridisegnare il volto della prevenzione amministrativa antimafia, traghettandola verso un più moderno approccio terapeutico risocializzante. Parlare soltanto di documentazione sarebbe perciò riduttivo e vorrebbe dire non tenere nella debita considerazione le figure limitrofe, espressioni di poteri non già interdittivi bensì ablatori o conformativi.

Questo non vuol dire che l'originaria vocazione della disciplina a caratterizzazione fortemente stigmatizzante sia stata superata; significa, piuttosto, che l'emersione di una sensibilità nuova e di una maggiore attenzione verso le questioni legate alla salvaguardia dei livelli occupazionali, alla integrità dei bilanci pubblici, alla continuità di funzioni e servizi di interesse generale e indifferibili hanno imposto un ripensamento complessivo della materia³⁵⁵. Pertanto, se sino a pochi anni or sono quest'ultima era appiattita sulla cieca ed intransigente tutela della legalità, con l'unica eccezione affidata all'art. 94, comma 3, del d.lgs. n. 159 del 2011, la cornice offerta oggi dall'ordinamento sezionale restituisce l'immagine di una varietà di misure che si integrano a vicenda nel tentativo – non sempre riuscito – di farsi sistema³⁵⁶.

La progressiva differenziazione degli strumenti, alcuni dei quali nati per una sorta di gemmazione nell'ambito di un'illuminata osmosi tra prevenzione antimafia e prevenzione anticorruzione³⁵⁷, ha funto da agente ottimizzante nella

³⁵⁵ R. SCIARRONE – L. STORTI, *Le mafie nell'economia legale. Scambi, collusioni, azioni di contrasto*, Torino, 2019, 148 ss. Si sofferma sulla necessità di una 'tenuta economica' delle misure di prevenzione patrimoniali anche T. BENE, *Dallo spossessamento gestorio agli obiettivi di stabilità macroeconomica*, in *Arch. pen.*, 2018, *spec. rif.*, 383 ss.

³⁵⁶ C. VISCONTI, *Strategie di contrasto dell'inquinamento criminale dell'economia: il nodo dei rapporti tra mafie e imprese*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 2, 723 ss.

³⁵⁷ Indagano la prospettiva con specifico riferimento all'istituto che maggiormente costituisce il prodotto di questo approccio osmotico, cioè a dire l'art. 32 del d.l. n. 90 del 2014, R. CANTONE – B. COCCAGNA, *La prevenzione della corruzione e delle infiltrazioni mafiose nei contratti pubblici: i commissariamenti per la costituzione di presidi di legalità nelle imprese*, in I.A. NICOTRA (a cura di), *L'Autorità nazionale anticorruzione tra prevenzione e attività regolatoria*, Torino, 2016, 69; ID., *L'impresa raggiunta da interdittiva antimafia tra commissariamenti prefettizi e controllo giudiziario*, in G. AMARELLI – S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli*

lotta al deleterio fenomeno delle infiltrazioni del crimine organizzato nei gangli dell'economia legale, ma al contempo ha costituito l'occasione per lo sviluppo di controverse interazioni tra il piano della giurisdizione e quello della amministrazione³⁵⁸.

appalti, cit., 283; G. PIGNATONE, *Mafia e corruzione: tra confische, commissariamenti e interdittive*, in www.penalecontemporaneo.it, 24 settembre 2015.

Il tema delle convergenze nella strategia di contrasto alla criminalità mafiosa e a quella dei colletti bianchi è molto ampio e coinvolge sia il versante della prevenzione latamente intesa sia quello della repressione. Sul punto, cfr.: V. MORGILLO, *La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, in www.penalecontemporaneo.it, 27 maggio 2019, 247, il quale – commentando le novità recate dalla legge 9 gennaio 2019, n. 3 – parla di «interscambio di strumenti, istituti e perfino universi figurativi». Similmente, T. GUERINI, *Antimafia e anticorruzione nell'epoca del furore punitivo*, in *Arch. pen.*, 2019, 3, 39, il quale, anche alla luce dell'estensione delle misure di prevenzione del codice antimafia ai sospettati dei reati di corruzione (operata con la legge 17 ottobre 2017, n. 161), guarda con preoccupazione all'assimilazione dei due modelli criminologici, descrivendo tale tendenza in termini di «convergenza parallela dei due populismi che nel corso degli ultimi vent'anni sono stati incubati nel lato oscuro della democrazia italiana». Procedendo a ritroso, le adiacenze tra i due sistemi erano già state autorevolmente messe in luce da C.E. PALIERO, *Criminalità economica e criminalità organizzata: due paradigmi a confronto*, in M. BARILLARO (a cura di), *criminalità organizzata e sfruttamento delle risorse territoriali*, Milano, 2004, 141.

Adiacenze e sovrapposizioni tra i due ambiti si rinvergono anche in relazione alla responsabilità da reato degli enti collettivi di cui al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, la cui architettura normativa – in origine improntata ad una logica minimalista – è stata ben presto contaminata dai germi dell'ipertrofismo proprio del diritto penale post-moderno. In questa prospettiva, interessante è lo studio monografico di T. GUERINI, *Diritto penale ed enti collettivi. L'estensione della soggettività penale tra repressione, prevenzione e governo dell'economia*, Torino, 2018 (spec. cap. IV).

³⁵⁸ Il tema delle relazioni ordinamentali tra l'amministrare e il giudicare – distinzione concettuale che si pone alle origini dello Stato moderno - ha recentemente ricevuto rinnovato interesse, come è dimostrato dal Convegno tenutosi presso la sede di Milano dell'Università Cattolica del Sacro Cuore, i cui atti sono raccolti in P. CERBO – G. D'ANGELO – S. SPUNTARELLI (a cura di), *Amministrare e giudicare. Trasformazioni ordinamentali*, Napoli, 2022. In generale sull'argomento si vedano anche le riflessioni di V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione e giurisdizione*, in *Giur. cost.*, 2019, 3, 1825. Per una ricostruzione in chiave storica dei rapporti

Tra le dette misure alcune incidono direttamente sul negozio e sono espressione di un irrobustimento delle interferenze pubblicistiche nella fase privatistica di esecuzione del medesimo (art. 32 del d.l. n. 90 del 2014), altre invece – animate dalla già generale esigenza di decontaminazione e salvataggio dell'impresa – incidono soltanto di riflesso sul tema della contrattualistica pubblica, configurandosi come viatico per la partecipazione dell'operatore a gare future (artt. 34 e 34 *bis* del d.lgs. n. 159 del 2011)³⁵⁹; le une rientrano nel perimetro della competenza prefettizia, le altre in quello della competenza giudiziaria. La distinta logica cui le stesse rispondono – lungi dall'essere riducibile ad una «mera questione di coordinamento, tecnicamente sempre risolvibile» - ridonda in un «conflitto di *rationes*» che, complice una tecnica legislativa non particolarmente sorvegliata, importa seri dubbi sui rapporti e sulla reciproca compatibilità degli istituti³⁶⁰.

Nelle pagine che seguono l'analisi sarà dunque focalizzata proprio su tali strumenti e sarà condotta dapprima partitamente, distinguendoli in funzione dell'autorità deputata ad applicarli, e, quindi, con un approccio olistico, alla luce delle criticità che la loro applicazione ingenera.

2. Le misure giurisdizionali di 'bonifica' dell'impresa infiltrata

2.1. L'amministrazione giudiziaria di cui all'art. 34 del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159

tra le due funzioni, imprescindibile è il rinvio a L. MANNORI – B. SORDI, *Giustizia e amministrazione*, in M. FIORAVANTI, *Lo Stato moderno in Europa*, Bari, 2002, 59.

³⁵⁹ M. MAZZAMUTO, *Contratti pubblici di diritto privato*, cit., 87. In termini, cfr.: G. CORSO – G. PESCE, *Requisiti generali: in particolare la normativa antimafia*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS, *Trattato sui contratti pubblici. Soggetti, qualificazione, regole comuni alle procedure di gara*, cit., 945 ss.

³⁶⁰ M. MAZZAMUTO, *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, cit., 72.

Tra le misure volte al disinquinamento delle attività economiche la prima ad affermarsi in ordine di tempo è stata l'amministrazione giudiziaria. L'istituto, oggi disciplinato all'art. 34 del d.lgs. n. 159 del 2011, affonda le proprie radici nella legislazione emergenziale successiva alle stragi dell'ultimo decennio del secolo scorso. La misura di prevenzione patrimoniale trova, infatti, il proprio diretto antesignano nella sospensione temporanea della amministrazione dei beni, introdotta dall'art. 24 del d.l. 8 giugno 1992, n. 306, il quale aveva interpolato il testo della legge n. 575 del 1965 tramite l'inserimento degli artt. 3 *quater* e 3 *quinqües*³⁶¹. L'obiettivo perseguito era quello di prosciugare i canali di finanziamento del crimine organizzato attraverso lo spossessamento gestorio di attività contigue al fenomeno mafioso. Il passaggio dalla sospensione temporanea all'amministrazione giudiziaria non è stato, tuttavia, un mutamento soltanto nominalistico, ma al diverso *nomen iuris* hanno fatto seguito modifiche di ordine sostanziale, segnatamente in punto di ambito applicativo³⁶².

L'intervento legislativo si è infatti sviluppato secondo una duplice direttrice che ha interessato il profilo tipologico sia del contributo agevolatore richiesto per far scattare la misura sia dei terzi agevolati. Quanto al primo, si noti che nel sistema precedente l'operatività dell'istituto era limitata alle sole ipotesi di appoggio compiacente, essendone esclusa l'applicazione ove l'apporto all'attività dei sodalizi fosse riconducibile allo schema della contiguità soggiacente; l'aver esteso il perimetro della misura ai casi in cui l'imprenditore sia vittima del metodo mafioso ne ha valorizzato le potenzialità, esaltandone la natura preventiva e disancorandola – almeno *in parte qua* – dalla necessità di

³⁶¹ Per un approfondimento in ordine al quadro normativo antecedente al codice antimafia si veda: A.M. MAUGERI, *La confisca ex art. 3 quinqües l. 575/'65: la nozione di agevolazione e l'oggetto della confisca. Nota a Trib. Palermo, 29.10.2009 (dec.), Pres. Vincenti, Rel. Nicastro*, in www.penalecontemporaneo.it, 29 giugno 2011; F. LICATA, *La sospensione temporanea dell'amministrazione dei beni e la successiva confisca ex artt. 3 quater e 3 quinqües, L. n. 575/1965. L'agevolazione incolpevole delle attività mafiose tra prevenzione e sanzione*, in A. BARGI – A. CISTERNA, *La giustizia penale patrimoniale*, Torino, 2011, 1092 ss.

³⁶² F. ROIA, *L'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche*, in T. EPINDENDIO – G. VARRASO, *Codice delle confische*, cit., 1491.

formulare un giudizio di rimproverabilità nei confronti di quest'ultimo³⁶³. Quanto ai secondi, il legislatore del 2011 ha ritenuto di equiparare ai portatori di pericolosità qualificata (indiziati di appartenenza a consorterie mafiose e assimilate) i portatori di pericolosità generica, così che l'amministrazione è ora esperibile a prescindere dal tipo di soggetto agevolato.

Venendo alla disamina della nuova disposizione normativa, l'art. 34, comma 1, enuclea due presupposti applicativi: uno positivo ed uno negativo.

Il presupposto positivo consiste nella presenza di sufficienti indizi per ritenere che il libero esercizio di un'attività economica sia sottoposta alle condizioni di intimidazione e assoggettamento previste dall'art. 416 *bis* c.p., ovvero possa avere carattere ausiliario rispetto alle attività di persone nei cui confronti sia stata proposta o spiccata una misura di prevenzione patrimoniale o personale, nonché di coloro che sono sottoposti a procedimento penale per reati di particolare gravità³⁶⁴. A tal proposito, mette conto segnalare che la norma ha subito significative modifiche a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. 17 ottobre 2017, n. 161³⁶⁵. È stato ampliato il catalogo dei reati attribuiti al soggetto

³⁶³ In disparte la fattispecie di contiguità soggiacente, una lettura costituzionalmente orientata della norma impone l'accertamento dell'elemento soggettivo del terzo agevolatore. Il giudizio di censurabilità deve restare, tuttavia, nell'alveo del rimprovero colposo, concretandosi la condotta agevolatrice per negligenza, imprudenza ovvero imperizia, senza che la stessa attinga la consapevolezza piena della relazione di ausilio, nel qual caso, infatti, la stessa sarebbe riconducibile ad ipotesi concorsuali (art. 110 c.p.) o, comunque, di favoreggiamento (artt. 378 e 379 c.p.). Cfr.: Tribunale Milano, 24 giugno 2016, n. 6, in www.penalecontemporaneo.it, 11 luglio 2016, con nota di C. VISCONTI, *Ancora una decisione innovativa del Tribunale di Milano sulla prevenzione antimafia nelle attività imprenditoriali*.

³⁶⁴ La norma rinvia sul punto ai delitti previsti al precedente art. 4, comma 1, lettere a), b) e i-bis), nonché ai delitti di cui agli articoli 603 *bis*, 629, 644, 648 *bis* e 648 *ter* c.p.

³⁶⁵ Per una panoramica in merito si rinvia a: G. BRESCIA – S. CAVALIERE – G. MOTTURA, *Amministrazione e controllo giudiziario. Prevenzione e bonifica dell'infiltrazione mafiosa nelle imprese*, Milano, 2021, 78 ss. In generale sulla novella legislativa si veda: A.M. MAUGERI, *La riforma delle misure di prevenzione patrimoniali ad opera della l. 161/2017 tra istanze efficientiste e tentativi incompiuti di giurisdizionalizzazione del procedimento di prevenzione*, in *Arch. pen.*, 2018, suppl. al n. 1, 325 ss.; D. FERRANTI, *Il Codice antimafia: le ragioni della riforma delle misure patrimoniali di prevenzione*, in *Cass. pen.*, 2018, 1, 15 ss.; S. FINOCCHIARO,

agevolato, includendovi fattispecie delittuose non inquadrabili nel paradigma mafioso³⁶⁶, ed è stato sostituito il riferimento ai «*sufficienti elementi*» con l'espressione «*sufficienti indizi*». Più precisamente, nella sua originaria formulazione la previsione normativa richiedeva la ricorrenza di «*sufficienti indizi*» onde legittimare l'espletamento di ulteriori indagini (comma 1) e la sussistenza di «*sufficienti elementi*» per l'applicazione della misura (comma 2)³⁶⁷. A fronte della sostanziale riscrittura del 2017, il richiamo all'attività investigativa è venuto meno e i «*sufficienti indizi*» sono assurti ad unico criterio guida. La discrasia semantica non pare, tuttavia, aver determinato un indebolimento del parametro di valutazione dello spessore probatorio necessario ai fini dell'intervento *in rem*. La lettura del dato testuale in termini di *probatio*

La riforma del codice antimafia (e non solo): uno sguardo d'insieme alle modifiche appena introdotte, in www.penalecontemporaneo.it, 3 ottobre 2017.

³⁶⁶ Emblematico al riguardo è il caso 'Uber Italia'. Il Tribunale di Milano disponeva nei confronti dell'omonima società, esercente l'attività di *marketing* e consulenza nel settore dei trasporti privati, la misura dell'amministrazione giudiziaria sul presupposto del contributo ausiliario offerto dalla stessa a condotte penalmente rilevanti poste in essere dai titolari di due società con sede nel capoluogo milanese: il reato contestato, intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro (art. 603 *bis*), era perpetrato a danno dei *rider*. Cfr.: Tribunale Milano, 27 maggio 2020, n. 9, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, 3, 558, con nota di A. ESPOSITO, *I riders di Uber Italy s.r.l.*; in www.questionegiustizia.it, 24 giugno 2020, con nota di F. MENDITTO, *La nuova frontiera della bonifica delle aziende coinvolte in contesti illeciti: l'amministrazione giudiziaria (art. 34 d.lgs. n. 159/2011)*; in www.sistemapenale.it, 2 giugno 2020, con nota di A. MERLO, *Sfruttamento dei riders: amministrazione giudiziaria ad Uber per contrastare il "caporalato digitale"*.

³⁶⁷ La previsione di uno *standard* probatorio differenziato era mutuata dalla disciplina in tema di sospensione temporanea dei beni, nel vigore della quale la giurisprudenza si era orientata nel ritenere che per disporre l'applicazione dell'istituto fossero necessarie emergenze probatorie connotate da maggiore pregnanza giudiziaria (cfr.: Corte d'Appello, Catania, 21 novembre 1997, in *Cass. pen.*, 1998, 2726; Corte d'Appello, Palermo, 1° ottobre 1996, in *Cass. pen.*, 1997, 2253).

minor finirebbe, infatti, per alimentare la tensione cui il sistema della prevenzione *ante delictum* sottopone i principi costituzionali³⁶⁸.

Il presupposto negativo è dato dalla non ricorrenza dei requisiti di applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali di cui al capo I del medesimo titolo. A differenza di queste ultime, l'amministrazione giudiziaria non ha ad oggetto beni che sono nella disponibilità (diretta o indiretta) del prevenuto, bensì beni che sono nella disponibilità (diretta o indiretta) di terzi; laddove risulti che il compendio aziendale sia riconducibile al destinatario della misura di prevenzione, se del caso anche tramite intestazioni fittizie, lo stesso potrà essere aggredito ai sensi degli artt. 20 e 24 del d.lgs. n. 159 del 2011.

La circostanza che il presidio di legalità sia geneticamente sganciato dai requisiti operativi del sequestro e della confisca ne fa una misura residuale, sotto il profilo teorico, ma di grande impatto pratico, in quanto destinata a coprire quelle zone grigie che restano nel cono d'ombra di situazioni intrinsecamente ambigue nelle quali l'impresa, pur non essendo strutturalmente ed irreversibilmente illecita, intrattiene rapporti con la criminalità³⁶⁹. Contestualmente, confinare i più radicali strumenti di prevenzione patrimoniale alle sole ipotesi di irrecuperabile compromissione del tessuto aziendale risponde a quella logica gradualista che si prefigge quale risultato quello di recuperare l'impresa al circuito legale salvaguardando le esternalità positive connesse al suo esercizio³⁷⁰. Il *favor* legislativo dimostrato per l'approccio recuperatorio trae linfa dalla consapevolezza che i costi sociali delle strategie di contrasto

³⁶⁸ F. ROIA, *L'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche*, in T. EPINDENDIO – G. VARRASO, *Codice delle confische*, cit., 1488-1489.

³⁶⁹ La realtà restituisce una fenomenologia dei rapporti tra mafia ed imprenditoria molto variegata, che non si esaurisce nel binomio impresa legale/impresa illecita ma che si alimenta di una incalcolabile molteplicità di forme relazionali. Per un approfondimento dal taglio empirico-criminologico, si rinvia a: S. PELLEGRINI, *L'impresa grigia. Le infiltrazioni mafiose nell'economia legale. Un'analisi sociologico-giuridica*, Roma, 2022; E. VENAFRO, *L'impresa del crimine. Il crimine nell'impresa*, Torino, 2012.

³⁷⁰ F. VERGINE, *Le misure patrimoniali diverse dalla confisca*, in F. FIORENTIN (a cura di), *Misure di prevenzione personali e patrimoniali*, Torino, 2018, 715 ss.

all'economia illegale impennate su di una logica demolitoria sarebbero insostenibili nel medio-lungo periodo e finirebbero per deprimere contesti socio-economici già di per sé in difficoltà, di fatto favorendo il radicamento nel territorio di consorterie criminali che, sfruttando l'enorme liquidità di cui dispongono, avrebbero gioco facile a ulteriormente insinuarsi tra le maglie dell'economia sana.

A decidere sull'amministrazione giudiziaria è il tribunale competente per l'applicazione delle misure di prevenzione, mentre il potere di proposta spetta al procuratore della Repubblica, al procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo, al questore, al direttore della Direzione investigativa antimafia.

Con il provvedimento con cui viene disposta l'amministrazione giudiziaria, oltre ad impartire le direttrici generali di bonifica, il tribunale nomina un giudice delegato e un amministratore giudiziario³⁷¹. Delineare le rispettive sfere di pertinenza non è agevole. In linea generale, al primo è assegnato un ruolo di coordinamento e di controllo su quanto svolto dal secondo, ponendosi nei fatti come tramite tra questi e il tribunale. Tale funzione si esplica attraverso lo strumento autorizzatorio: compete all'amministratore giudiziario assumere la gestione dell'attività aziendale per accompagnarla nell'alveo della legalità, ma in riferimento alle vicende più significative della vita dell'unità produttiva (atti di straordinaria amministrazione, impugnazione di delibere, azioni giudiziarie, modifiche statutarie ecc.) egli è tenuto ad acquisire il previo assenso dell'organo

³⁷¹ In caso di particolare complessità della gestione, il tribunale può nominare più amministratori, avendo cura di stabilire se gli stessi possano operare disgiuntamente. Tale facoltà, oggi espressamente contemplata all'art. 35, comma 1, è sempre stata pacificamente ammessa dalla dottrina e della giurisprudenza, ferma restando la necessità che il tribunale – in sede di nomina del *pool* di amministratori – dia puntuale motivazione delle ragioni di fatto che hanno determinato la scelta alla luce dei maggiori oneri alla stessa conseguenziali. In proposito, cfr.: M. ROMANO, *Amministrazione, gestione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati*, in L. DELLA RAGIONE - A. MARANDOLA – A. ZAMPAGLIONE (a cura di), *Misure di prevenzione interdittive antimafia e procedimento*, Milano, 2022, 610.

giurisdizionale³⁷². L'amministratore, peraltro, in quanto ausiliario del giudice, è investito di un *munus publicum* e ciò lo rende a tutti gli effetti un pubblico ufficiale: qualifica da cui, ai sensi dell'art. 331 c.p.p., discende l'obbligo di denuncia dei reati perseguibili d'ufficio di cui lo stesso viene a conoscenza nell'esercizio o a causa delle proprie funzioni. Tale aspetto si riverbera sull'assetto delle relazioni che si instaurano tra gli organi della procedura. Ponendo mente al fatto che nella maggior parte dei casi la richiesta di applicazione della misura proviene dal pubblico ministero, è verosimile ritenere che questi avrà tutto l'interesse a sfruttare le conoscenze acquisite dall'amministratore a fini investigativi. Tale circolarità informativa, nel complesso utile, rischia tuttavia di offuscare l'indipendenza di quest'ultimo, facendolo sembrare agli occhi dei vertici societari una *longa manus* del requirente e, dunque, ostacolando la creazione di quel rapporto fiduciario che è alla base della buona riuscita dell'intervento, giacché è giocoforza osservare che lo stesso è destinato ad avere successo nella misura in cui la strategia di decontaminazione sia condivisa dalla proprietà aziendale³⁷³.

La misura ha una durata non superiore ad un anno. Alla sua scadenza, ai sensi dell'art. 34, comma 6, si profilano quattro possibili scenari: a) proroga dell'amministrazione giudiziaria, a richiesta del pubblico ministero ovvero d'ufficio, qualora dalla relazione dell'amministratore giudiziario emerga la necessità di proseguire nel percorso intrapreso per la rimozione delle situazioni di fatto e di diritto che avevano determinato la misura. In ogni caso, il periodo complessivo di sottoposizione alla medesima non può superare i due anni; b) revoca dell'amministrazione *sic et simpliciter*; c) revoca dell'amministrazione e contestuale applicazione del controllo giudiziario; d) confisca dei beni che si ha motivo di ritenere frutto di attività illecita o che ne costituiscano il reimpiego.

³⁷² A. PALAZZOLO, *L'impresa in amministrazione giudiziaria tra Stato e mercato. Disciplina settoriale e diritto comune*, Torino, 2020, 43-44.

³⁷³ F. ROIA, *L'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche*, in T. EPINDENDIO – G. VARRASO, *Codice delle confische*, cit., 1501.

Nel delineato quadro la confisca si configura, dunque, come *ultima ratio*, in quanto attivabile solo nella misura in cui l'opera di depurazione non abbia raggiunto il risultato sperato.

2.2. Il controllo giudiziario di cui all'art. 34 bis del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159

La previsione di cui all'art. 34, comma 6, del d.lgs. n. 159 del 2011, relativa alla possibilità di reflusso dell'amministrazione giudiziaria nel controllo giudiziario è significativa del rapporto tra le due figure. Concepito sin dall'origine in termini di progressione discendente di pervasività dell'intervento pubblico nell'economia, esso appare rispettoso del principio di proporzionalità che, immanente al nostro sistema giuridico, assume particolare pregnanza quando sono in gioco valori costituzionalmente tutelati³⁷⁴. Mentre la prima si sostanzia in una forma di ablazione reale, ancorché soltanto temporanea, dei beni – in ciò distinguendosi dalla confisca, la quale comporta la definitiva acquisizione degli stessi da parte dello Stato – il secondo è manifestazione di poteri a contenuto conformativo, concretandosi più propriamente in una forma di 'vigilanza prescrittiva'³⁷⁵.

Una precisazione è tuttavia d'obbligo. Il controllo giudiziario può trovare applicazione non soltanto come esito naturale dell'amministrazione, qualora,

³⁷⁴ A.M. MAUGERI, *La riforma delle misure di prevenzione patrimoniali ad opera della l. 161/2017 tra istanze efficientiste e tentativi incompiuti di giurisdizionalizzazione del procedimento di prevenzione*, cit., 376; M. PILIERO, *Prevenire il fenomeno mafioso con interventi gradualisti e collegati: i nuovi strumenti dell'amministrazione giudiziaria e del controllo giudiziario*, in www.ildirittoamministrativo.it.

³⁷⁵ Così si esprime la *Relazione della Commissione ministeriale incaricata di elaborare una proposta di interventi in materia di criminalità organizzata*, istituita con d.m. 10 giugno 2013 e presieduta dal Prof. Giovanni Fiandaca (*ivi*, 87). Il documento è consultabile in www.penalecontemporaneo.it.

allo scadere di quest'ultima, dalla relazione dell'amministratore risulti la necessità di portare a compimento il percorso di bonifica intrapreso e, sulla base di una valutazione *ex ante*, sussista il pericolo che a seguito della semplice revoca della misura riaffiorino fenomeni di contaminazione, ma anche *ab origine*.

Una delle principali novità della riforma del 2017 è consistita proprio nell'introduzione dell'art. 34 *bis*, con cui il legislatore ha inteso disciplinare in via autonoma l'istituto in oggetto³⁷⁶.

In presenza di un'agevolazione a carattere occasionale, il tribunale è infatti facoltizzato a disporre sin da subito il controllo giudiziario. Peraltro, la circostanza che possa farlo anche d'ufficio costituisce un fattore di forte responsabilizzazione dell'organo giurisdizionale il quale non solo può agire in assenza di impulso da parte del pubblico ministero, ma – a fronte della richiesta di applicazione della più incisiva misura dell'amministrazione giudiziaria – potrebbe anche optare per la soluzione meno invasiva. Questi è dunque chiamato a calibrare il tipo di intervento, ablatorio oppure terapeutico, in ragione del grado di compromissione della compagine societaria, onde verificare se ci si trovi in presenza di una vera e propria crisi di legalità ovvero di un mero incidente di commistione, nonché in funzione del potenziale di emendabilità della situazione sottoposta alla sua attenzione. Del resto, come chiarito dalla giurisprudenza in plurime occasioni, la valutazione rimessa all'autorità giudiziaria non può prescindere da un attento esame del profilo dinamico relativo alla possibilità di riallineamento dell'azienda ad un contesto economico sano³⁷⁷.

³⁷⁶ In generale sulla nuova misura di prevenzione, si veda: A.G. DIANA, *Il controllo giudiziario delle aziende*, Pisa, 2019; F. BALATO, *La nuova fisionomia delle misure di prevenzione patrimoniali: il controllo giudiziario delle aziende e delle attività economiche di cui all'art. 34-bis Codice Antimafia*, in www.penalecontemporaneo.it, 12 marzo 2019; T. ALESCI, *I presupposti ed i limiti del nuovo controllo giudiziario nel codice antimafia*, in *Giur. it.*, 2018, 6, 1521; A.V. SARNATANO, *Controllo giudiziario delle aziende*, in L. DE GENNARO – N. GRAZIANO (a cura di), *La nuova legislazione antimafia*, Roma, 2017, 180 ss.

³⁷⁷ Cass. pen., sez. VI, 7 luglio 2021, n. 30168, in www.cortedicassazione.it, che si esprime nei seguenti termini: «In tema di misure di prevenzione patrimoniale, la verifica

In ogni caso, il concetto di occasionalità dell'agevolazione contenuto all'art. 34 *bis*, comma 1, del d.lgs. n. 159 del 2011 è alquanto evanescente e ciò ha prestato il fianco a prassi applicative eterogenee in riferimento ad un aspetto fondamentale, destinato a marcare il confine tra la misura in argomento e quella prevista dall'art. 34³⁷⁸.

Non v'è dubbio che l'occasionalità venga meno in presenza di una tendenziale continuità del rapporto di condizionamento esistente tra l'entità criminale e l'impresa e, quindi, in caso di stabilità del sottostante assetto di interessi, implicando il predetto requisito un'agevolazione a carattere sporadico ed episodico³⁷⁹. Tuttavia, gli sforzi definitivi che pretendono di ricavarla circolarmente dalla carenza di continuità del contributo ausiliario appaiono tautologici e, quindi, sostanzialmente incapaci di fare chiarezza in ordine alla reale consistenza del perimetro della fattispecie³⁸⁰.

dell'occasionalità dell'infiltrazione mafiosa, che il tribunale è tenuto a compiere per disporre il controllo giudiziario ai sensi dell'art. 34-bis d.lg. 6 settembre 2011, n. 159, non deve essere finalizzata ad acquisire un dato statico, consistente nella cristallizzazione della realtà preesistente, ma deve essere funzionale a un giudizio prognostico circa l'emendabilità della situazione rilevata, mediante gli strumenti di controllo previsti dall'art. 34-bis, commi 2 e 3, del d.lg. n. 159 del 2011». In senso sostanzialmente conforme, *ex multis*: Cass. pen., sez. VI, 19 maggio 2021, n. 34544, in www.cortedicassazione.it; Cass. pen., sez. VI, 14 ottobre 2020, n. 1590, in www.cortedicassazione.it.

³⁷⁸ Si sofferma sul tema, sottolineando le criticità derivanti dal ricorso ad un concetto indeterminato, A.M. MAUGERI, *Prevenire il condizionamento criminale dell'economia: dal modello ablatorio al controllo terapeutico delle aziende*, in *Dir. pen. cont.*, 2022, 1, 137. Nello stesso senso si esprime T. ALESCI, *I presupposti ed i limiti del nuovo controllo giudiziario nel nuovo codice antimafia*, in *Giur. it.*, 2018, 6, 1525, che manifesta preoccupazione per una nozione «opinabile, soprattutto nel contesto delle misure di prevenzione, in cui lo standard probatorio decisionale risulta di gran lunga inferiore al processo di merito».

³⁷⁹ Cass. pen., sez. I, 28 gennaio 2021, n. 24678, in www.cortedicassazione.it. In dottrina, sul concetto di occasionalità come parametro di tipo quantitativo si veda: A. CAIRO – C. FORTE, *Codice delle misure di prevenzione*, Bari, 2018, 811.

³⁸⁰ P.S. MAGLIONE, *Prevenzione patrimoniale al crocevia tra giudice penale e prefettura: lo "strano caso" del controllo giudiziario volontario*, in *Federalismi*, 16 giugno 2021, 101.

Si spiega così perché dall'analisi del formante giurisprudenziale lo statuto epistemologico del controllo giudiziario appaia oltremodo incerto. Al riguardo, è interessante ricordare un'audace interpretazione del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere che tende a ricondurre nell'ambito operativo dell'art. 34 *bis* le ipotesi di contiguità soggiacente³⁸¹. Il che, seppur giustificabile in un'ottica sistematica, attesa la carenza di disvalore della condotta posta in essere dall'imprenditore che subisce l'altrui condizionamento, pare collidere con il dato testuale, risolvendosi di fatto la detta opzione ermeneutica in un'*interpretatio abrogans* dell'art. 34, comma 1.

La decisione circa l'intervento da attuare non può dipendere semplicemente dal tipo di contatto tra il terzo e il soggetto agevolato, anche se è pur vero che le modalità di estrinsecazione del contributo agevolatore si riflettono sulla gravità del livello di contaminazione in atto.

Una simile impostazione, oltre ad essere contraddetta dalla lettera della legge, tradisce inoltre una certa confusione in ordine ai poli dell'accertamento che il tribunale è tenuto a compiere. L'occasionalità costituisce, infatti, un attributo della agevolazione e, dunque, ne rappresenta un *posterior* logico prim'ancora che giuridico. Ne deriva che l'operazione di cui è investito l'organo giurisdizionale ha carattere trifasico, articolandosi secondo il seguente schema.

In primo luogo, occorre verificare che l'attività posta in essere dall'impresa abbia avuto un rilievo causale in termini di ausilio rispetto alla realizzazione degli interessi mafiosi; si tratta cioè di stabilire se l'entità criminale abbia tratto o, comunque, abbia potuto trarre un giovamento dall'altrui condotta. In caso negativo, inutile dire che nessuna misura può trovare applicazione. In caso affermativo, l'indagine deve procedere con lo scrutinio dell'elemento soggettivo. Si passerà quindi a vagliare se il contributo agevolatore sia sorretto da un idoneo sostrato psicologico. Questa seconda fase di accertamento è molto

³⁸¹ Tribunale Santa Maria Capua Vetere, 27 gennaio 2021, n. 1, ad avviso del quale: «l'occasionalità di cui parla la disposizione si riferisce tendenzialmente all'impresa che soggiace o, in senso lato, subisce indebite interferenze ovvero violenze da parte di consorterie criminose».

rilevante, poiché, come già accennato in precedenza, se la carenza di qualsivoglia forma di colpevolezza in capo all'agevolante osta all'esperimento dell'intervento, non essendo ammissibile una limitazione del libero esercizio dell'iniziativa economica in assenza di un addebito colposo, la sussistenza di condotte dolosamente orientate a favorire l'espansione e il rafforzamento della consorteria criminale, integrando un'ipotesi di concorso esterno nel delitto associativo, renderebbe praticabili le cautele reali previste dal codice di rito penale (artt. 316 e 321 c.p.p.).

Soltanto dopo aver accertato in maniera rigorosa la sussistenza di un contributo agevolatore nella duplice dimensione oggettiva e soggettiva e, dunque, dopo aver constatato il bisogno di intervento in termini di esigenze prevenzionali (e non cautelari), il tribunale potrà procedere ad apprezzarne la consistenza, onde scegliere il modulo operativo che meglio si attaglia alla vicenda fattuale. I due momenti sono e devono restare ben distinti. L'accertamento sull'*an* dell'intervento (relativo, per intendersi, alle prime due fasi) ha ad oggetto il requisito dell'«agevolazione» e ha natura qualitativa, mentre l'accertamento circa il *quomodo* dell'intervento (relativo alla terza fase) dipende da una valutazione di ordine squisitamente quantitativo, vertendo sull'ulteriore profilo della occasionalità/stabilità della relazione. Tenere separati i due aspetti è indispensabile per evitare che la discrezionalità giudiziaria, connaturale all'utilizzo di concetti giuridici indeterminati, trasmodi in creazionismo³⁸².

Ciò chiarito, passando ad esaminare le concrete modalità di estrinsecazione della misura, è facile comprendere perché la stessa risulti meno impattante sulla gestione aziendale. L'art. 34 *bis* contempla due forme di intervento. La prima, più blanda, si sostanzia in meri obblighi di comunicazione che il destinatario deve assolvere nei confronti del questore e del nucleo di polizia tributaria; essi riguardano, in particolare, «*gli atti di disposizione, di*

³⁸² F. BALATO, *La nuova fisionomia delle misure di prevenzione patrimoniali: il controllo giudiziario delle aziende e delle attività economiche di cui all'art. 34-bis Codice Antimafia*, in www.penalecontemporaneo.it, cit., 84-85, il quale definisce l'occasionalità come «non abitualità del contatto».

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, di valore non inferiore a euro 7.000 o del valore superiore stabilito dal tribunale in relazione al reddito della persona o al patrimonio e al volume d'affari dell'impresa» (art. 34 bis, comma 2, lett. a). La seconda, maggiormente invasiva, consiste nella costituzione di un «presidio di vigilanza»³⁸³, composto da un giudice delegato e da un amministratore, cui sono demandate funzioni di monitoraggio circa il rispetto delle prescrizioni imposte all'impresa dal tribunale medesimo (art. 34 bis, comma 2, lett. b)³⁸⁴.

Va da sé come la nomina di un soggetto terzo, incaricato di verificare «“dall'interno dell'azienda” l'adempimento di una serie di obblighi di *compliance* imposti dall'autorità giudiziaria»³⁸⁵, avvicina l'istituto in commento alla figura di cui alla disposizione precedente. A una più attenta analisi, tuttavia, non sfugge come, differentemente da quanto previsto dall'art. 34, il controllo giudiziario non comporta l'estromissione – neppure temporanea - del titolare dell'impresa e la sostituzione degli organi gestori, configurandosi se mai quale

³⁸³ R. CANTONE – B. COCCAGNA, *L'impresa raggiunta da interdittiva antimafia tra commissariamenti prefettizi e controllo giudiziario*, in G. AMARELLI – S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti*, cit., 296.

³⁸⁴ Ai sensi dell'art. 34 bis, comma 3, «*Con il provvedimento di cui alla lettera b) del comma 2, il tribunale stabilisce i compiti dell'amministratore giudiziario finalizzati alle attività di controllo e può imporre l'obbligo: a) di non cambiare la sede, la denominazione e la ragione sociale, l'oggetto sociale e la composizione degli organi di amministrazione, direzione e vigilanza e di non compiere fusioni o altre trasformazioni, senza l'autorizzazione da parte del giudice delegato; b) di adempiere ai doveri informativi di cui alla lettera a) del comma 2 nei confronti dell'amministratore giudiziario; c) di informare preventivamente l'amministratore giudiziario circa eventuali forme di finanziamento della società da parte dei soci o di terzi; d) di adottare ed efficacemente attuare misure organizzative, anche ai sensi degli articoli 6,7 e 24-ter del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, e successive modificazioni; e) di assumere qualsiasi altra iniziativa finalizzata a prevenire specificamente il rischio di tentativi di infiltrazione o condizionamento mafiosi*».

³⁸⁵ In questi termini si esprime la *Relazione della Commissione ministeriale incaricata di elaborare una proposta di interventi in materia di criminalità organizzata*, cit., 87.

manifestazione di poteri di controllo e conformativi. Il *vulnus* arrecato alla libertà di iniziativa economica si esaurisce quindi in una più mite forma di tutoraggio volta a promuovere *best practices* capaci di garantire il pieno affrancamento dell'unità produttiva da possibili ingerenze criminali.

L'attività di supporto e verifica demandata all'amministratore giudiziario – che forse sarebbe più corretto chiamare 'commissario' - è assistita dalla facoltà per quest'ultimo di richiedere al tribunale che autorizzi la polizia ad accedere presso gli uffici dell'impresa, nonché presso uffici pubblici, studi professionali, società, banche e intermediari mobiliari, al fine di acquisire informazioni e copia della documentazione ritenuta utile. Qualora, all'esito degli accertamenti compiuti, risulti che l'operatore economico non si sia conformato agli obblighi impostigli o, più in generale, che i contatti con circuiti criminali abbiano carattere di ripetitività, il tribunale può disporre l'amministrazione giudiziaria dell'azienda³⁸⁶.

A riprova, dunque, dello stretto legame che avvince le due fattispecie la progressione di invasività dell'intervento pubblico nella vita dell'impresa in pericolo di contaminazione mafiosa ha carattere bidirezionale, non solo configurandosi in forma ascendente e discendente ma potendo altresì presentare un andamento osmotico: *electa una via datur recursus ad alteram*³⁸⁷.

³⁸⁶ In disparte l'ipotesi di accertamento di agevolazione non occasionale, di per sé sufficiente a far scattare la più incisiva misura dell'amministrazione giudiziaria, con riguardo alle due forme di controllo giudiziario si ritiene che un approccio di tipo gradualista, consentaneo alla logica del sistema, suggerirebbe di procedere - in caso di inosservanza degli obblighi di comunicazione *ex art. 34 bis*, comma 2, lett. a) – all'esperimento in prima battuta della misura nella forma di cui all'*art. 34 bis*, comma 2, lett. b). All'applicazione '*per saltum*' dello spossessamento gestorio osterebbe, inoltre, il dato letterale, poiché il comma 4, nel richiamare il solo comma 3, sembra riferirsi unicamente alla seconda specie di controllo, quella maggiormente limitativa delle prerogative aziendali.

³⁸⁷ In termini si veda: Cons. Stato, sez. III, 6 luglio 2022, n. 5624, in *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo cui «Il codice antimafia ha introdotto un principio di progressività delle misure di prevenzione, che si intensifica o si riduce in misura proporzionale al "bisogno di prevenzione" dell'operatore economico».

2.2.1. *Il controllo giudiziario volontario: l'affermarsi di un modello premiale*

La legge n. 161 del 2017 non si è limitata ad emancipare la figura del controllo giudiziario dalla 'fattispecie madre' di cui all'art. 34. Una delle principali novità della riforma è consistita nella previsione di un istituto noto come 'controllo giudiziario volontario' (art. 34 *bis*, comma 6).

L'impresa attinta da un'informazione antimafia interdittiva che abbia promosso ricorso giurisdizionale avverso la medesima è legittimata a chiedere al tribunale di essere ammessa al controllo giudiziario. La ragione per la quale l'operatore economico potrebbe essere indotto a presentare una simile istanza è data dal fatto che il provvedimento con il quale viene disposta la misura determina la sospensione degli effetti di cui all'art. 94 del d.lgs. n. 159 del 2011: il soggetto interdetto può così continuare ad operare sul mercato delle commesse pubbliche e ad esercitare le attività soggette ai provvedimenti autorizzatori e concessori di cui l'inibitoria prefettizia avrebbe altrimenti determinato la decadenza.

In questa prospettiva, la fattispecie normativa rappresenta una «via d'uscita»³⁸⁸ che l'ordinamento appronta per evitare al destinatario dell'informativa la paralisi professionale e imprenditoriale³⁸⁹.

³⁸⁸ R. CANTONE – B. COCCAGNA, *L'impresa raggiunta da interdittiva antimafia tra commissariamenti prefettizi e controllo giudiziario*, in G. AMARELLI – S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti*, cit., 297.

³⁸⁹ In proposito mette conto segnalare che l'orientamento pacifico della giurisprudenza è nel senso di ritenere che la sopraggiunta ammissione dell'operatore economico al controllo giudiziario non abbia effetti retroattivi e, perciò, non valga ad incidere sul provvedimento di esclusione dalla procedura di gara cui lo stesso abbia preso parte e dalla quale sia stato escluso in ragione della nota prefettizia. Cfr. *ex plurimis*: T.a.r. Lombardia, Milano, sez. IV, 1° agosto 2022, n. 1831, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 2022, n. 2847, in *Foro it.*, 2022, 78, III, 375.

Si noti che, qualora la misura venga richiesta dalla parte privata, il tribunale può disporla nella sola forma più incisiva di cui all'art. 34 *bis*, comma 2, lett. b). In presenza di una valutazione del prefetto in ordine alla permeabilità mafiosa dell'organismo economico, il legislatore ha ritenuto non sufficiente l'imposizione di semplici obblighi di comunicazione, dovendo il percorso di bonifica avvenire sotto l'egida del giudice delegato e dell'amministratore, soggetti in grado di vigilare 'da vicino' – in particolar modo il secondo – sui progressi compiuti. D'altronde, la circostanza che l'istituto trovi applicazione su impulso dell'interessato non è garanzia di collaborazione da parte di quest'ultimo, il quale ben potrebbe sfruttare lo strumento per fini utilitaristici, magari dopo aver ottenuto una pronuncia sfavorevole del giudice amministrativo in sede cautelare o all'esito del primo grado.

Quanto ai presupposti applicativi, la disposizione ne individua tre. I primi due, già accennati in apertura, sono di ordine formale e consistono: a) nell'emissione di un'informativa a contenuto interdittivo; b) nella promozione del giudizio amministrativo avverso la medesima.

In riferimento al requisito *sub a)*, mette conto precisare che non tutte le imprese raggiunte da informazione antimafia possono accedere al beneficio. L'art. 34 *bis*, comma 6, del d.lgs. n. 159 del 2011 non richiama infatti l'art. 84 *tout court*, ma fa esplicito riferimento al comma 4 della detta disposizione, il quale – come noto – enuclea gli indici sintomatici del condizionamento mafioso. Mutuando dunque la quadripartizione in precedenza elaborata (*supra* cap. I, § 5), se ne desume che soltanto le 'informative ricognitive' e 'accertative' abilitino l'operatore alla formulazione della richiesta. La scelta di escludere dal perimetro della misura quelle 'meramente ricognitive' – il cui ambito applicativo è sovrapponibile alla semplice comunicazione antimafia – costituisce una sorta di contraltare al margine di apprezzamento che la normativa affida all'amministrazione dell'Interno³⁹⁰.

³⁹⁰ In termini, si veda: Cass. pen., sez. V, 22 settembre 2021, n. 35048, in www.cortedicassazione.it. Nello specifico la Suprema Corte si pronunciava sulla ammissibilità del controllo giudiziario nei riguardi di un'impresa destinataria di comunicazione antimafia,

La proposta lettura del dato testuale risulta peraltro confermata alla luce della condizione di ammissibilità indicata *sub b*). Su quest'ultima si tornerà nel prosieguo, quando saranno approfondite le possibili frizioni tra giurisdizione penale e giurisdizione amministrativa. Allo stato sia sufficiente sottolineare come l'opzione legislativa risponde all'esigenza di introdurre un filtro 'in ingresso' per disincentivare istanze pretestuose. Va da sé che – in assenza di spazi di apprezzamento dell'autorità prefettizia – il potenziale di impugnabilità (con esito fruttuoso) dell'atto è molto basso; fatti salvi casi eccezionali di omonimia o macroscopico errore nell'individuazione del presupposto legittimante, l'attestazione a contenuto squisitamente ricognitivo presenta un tasso di definitività sostanziale senza dubbio elevato.

Ai descritti requisiti di ordine formale (l'uno provvedimentoale e l'altro processuale) se ne aggiunge poi un terzo, che ha dato luogo ad un *rebus interpretativo* di non facile soluzione. Il secondo alinea dell'art. 34 *bis*, comma 6, dopo aver precisato che la trattazione della richiesta avviene nelle forme del rito camerale di cui all'art. 127 c.p.p.³⁹¹, si limita a chiarire che il tribunale accoglie l'istanza «*ove ne ricorrano i presupposti*».

A tal proposito, già in via preliminare, pare potersi escludere che la norma faccia riferimento ai requisiti di cui alla proposizione precedente. Se così

pervenendo a conclusione negativa sulla scorta del dato testuale. La diversità di regime giuridico tra la stessa e le informative, ad avviso della Cassazione, troverebbe giustificazione nella natura della prima, quale semplice attestazione di cause ostative fissate a monte dal legislatore. Data quindi la sostanziale omogeneità con le informative 'meramente ricognitive' è ragionevole ritenere il principio di diritto affermato estensibile anche a queste ultime.

Nella medesima prospettiva, pur nel silenzio della legge, si ritiene che il requisito sia integrato nel caso di emissione di un'informazione ai sensi dell'art. 89 *bis*. Del resto, in siffatta ipotesi l'autorità di pubblica sicurezza, a fronte della richiesta di rilascio della comunicazione, adotta il diverso provvedimento inibitorio dopo aver accertato il pericolo di permeabilità mafiosa dell'impresa proprio secondo i parametri dell'art. 84, comma 4.

³⁹¹ Per un esame della disciplina sotto il profilo processuale si rinvia a: G. FRANCOLINI, *Questioni processuali in tema di controllo giudiziario delle aziende ex art. 34 bis, comma 6, d.lgs. n. 159/2011*, in G. AMARELLI – S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti*, cit., 255 ss.

fosse, lo scrutinio giudiziale verrebbe appiattito sul riscontro di dati soltanto formali e la previsione normativa si risolverebbe nel riconoscimento in capo all'impresa di un diritto potestativo, automaticamente conseguente alla proposizione del ricorso avverso la nota prefettizia. L'inciso diventerebbe quindi una superfetazione destinata a nulla aggiungere rispetto a quanto già prescritto nella prima parte del medesimo comma, con buona pace del principio compendiato nel canone metodologico per cui *entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*. Tuttavia, se, per un verso, le comuni regole dell'interpretazione impongono di scegliere tra più soluzioni esegetiche quella che consenta comunque di attribuire un significato all'enunciato normativo, per altro verso, non sarebbe la prima volta che un legislatore poco attento fa un uso disinvolto della tecnica legislativa. In particolare, proprio la genericità della locuzione, non accompagnata da ulteriori precisazioni, è invocata dai fautori della tesi opposta, che vedono nell'assenza di specificazioni la prova tangibile della volontà di limitare la concessione del beneficio alla verifica dei requisiti provvedimentali e processuali³⁹².

Al di là, dunque, del dato testuale che è intrinsecamente ambiguo, ad avviso di chi scrive due sono gli argomenti che militano contro la tesi della concessione automatica. Il primo, invero un po' più debole, risiede nella circostanza che la locuzione non figurava nella formulazione proposta della Commissione Fiandaca, cui si deve la paternità dell'istituto, la quale lo aveva congegnato proprio in guisa di mero automatismo³⁹³. Essa è stata inserita ad

³⁹² C. VISCONTI–G. TONA, *Nuove pericolosità e nuove misure di prevenzione: percorsi contorti e prospettive aperte nella riforma del codice antimafia*, in *Leg. pen.*, 14 febbraio 2018, 32 i quali, dopo aver affermato che «l'unica condizione da accertare è e non può che rimanere la pendenza del provvedimento interdittivo e l'atto di impugnazione», aggiungono: «Volendo comunque attribuire un significato “minimo” a tali “presupposti” menzionati improvvidamente dalla norma, si potrebbe intendere che al tribunale rimane comunque un ridotto margine di discrezionalità decisorio che per non sfociare però nel puro arbitrio dovrà pur sempre esercitato in modo razionalmente controllabile».

³⁹³ *Relazione della Commissione ministeriale incaricata di elaborare una proposta di interventi in materia di criminalità organizzata*, cit., 91. La Commissione proponeva di

opera del Parlamento su indicazione della Direzione nazionale antimafia e antiterrorismo, verosimilmente onde evitare un affievolimento della prevenzione amministrativa³⁹⁴. Ebbene, se la *voluntas legis* fosse stata nel senso di richiedere la sussistenza dei soli requisiti formali, tanto valeva recepire pedissequamente il testo per come licenziato dal gruppo di esperti nominati dal Ministero. Il secondo argomento, senz'altro dotato di maggiore efficacia persuasiva, trova linfa nel fatto che, per decidere sulla richiesta di controllo giudiziario, la norma prescrive lo svolgimento di un'udienza camerale con il coinvolgimento del procuratore distrettuale, del prefetto e degli altri soggetti interessati, il cui apporto sarebbe inutile – per non dire dannoso in termini di economia procedurale - laddove la misura fosse ancorata ai più volte citati elementi della emissione dell'inibitoria prefettizia e della sua impugnazione innanzi al giudice amministrativo³⁹⁵.

Scartata dunque tale ipotesi interpretativa, si profilano due alternative esegetiche. La prima si fonda su una lettura combinata del primo e del sesto comma dell'art. 34 *bis* e ritiene che, al di là dei requisiti formali propri del controllo giudiziario volontario, quest'ultimo condivide con il controllo ordinario il medesimo presupposto sostanziale, di talché – qualora la misura sia applicata a richiesta della parte privata – il tribunale sarebbe tenuto a vagliare lo spessore della agevolazione rigettando l'istanza ove riscontri il carattere non

formulare l'art. 34 *bis*, comma 6 nei seguenti termini: «*Le imprese destinatarie di informazione antimafia interdittiva ai sensi dell'art. 84 possono richiedere al tribunale competente per le misure di prevenzione l'applicazione del controllo giudiziario di cui alla lett. b) del comma 2 nelle forme previste dal comma precedente*».

³⁹⁴ Osservazioni a margine dei lavori del Senato sull'iter di approvazione dell'A.S. n. 2134 recante modifiche al codice delle leggi antimafia. La posizione della Procura nazionale, in www.penalecontemporaneo.it, 28 giugno 2016, spec. § 7.

³⁹⁵ F. BALATO, *La nuova fisionomia delle misure di prevenzione patrimoniali: il controllo giudiziario delle aziende e delle attività economiche di cui all'art. 34-bis Codice Antimafia*, cit., 91; R. CANTONE – B. COCCAGNA, *Commissariamenti prefettizi e controllo giudiziario delle imprese interdette per mafia: problemi di coordinamento e prospettive evolutive*, in www.penalecontemporaneo.it, 15 ottobre 2018, 164.

occasionale della medesima³⁹⁶. Una simile soluzione, muovendo dalla constatazione che l'occasionalità costituisce la cifra distintiva e imprescindibile del controllo giudiziario, ricostruisce le due figure in chiave di specialità per aggiunta: il controllo giudiziario volontario in nulla differirebbe dal suo omologo 'prescrittivo' se non per gli ulteriori presupposti di natura provvedimentale e processuale enunciati in apertura del comma 6³⁹⁷.

Alla detta tesi se ne contrappone un'altra che propone una lettura degli istituti in termini di autonomia, sganciando la misura dal summenzionato profilo ed interpretando il riferimento ai presupposti in termini di suscettibilità della stessa a fungere da utile strumento di risanamento dell'unità produttiva contaminata. Secondo tale opzione, la connotazione del contributo ausiliario che l'attività d'impresa offre agli interessi criminali non dovrebbe rientrare nel perimetro del vaglio giudiziale, il quale – oltre ai profili formali – sarebbe limitato alla verifica in funzione prognostica delle concrete possibilità di recupero dell'organismo economico. Così ricostruito, valorizzando l'elemento dell'impulso promanante dalla parte privata, il controllo giudiziario volontario diventerebbe una «moderna messa alla prova aziendale» capace di sospingere l'azione di prevenzione giurisdizionale «dove altrimenti non sarebbe potuta giungere» e, contestualmente, sostenere il richiedente nella «volontà di mettersi al riparo dai condizionamenti criminali con programmi di *compliance* e

³⁹⁶ Tribunale Santa Maria Capua Vetere, 14 febbraio 2018, n. 1, in *Giur. it.*, 2018, 6, 1518, con nota di T. ALESCI, *I presupposti ed i limiti del nuovo controllo giudiziario nel nuovo codice antimafia*. La detta pronuncia è stata peraltro confermata da Cass. pen., sez. V, 20 luglio 2018, n. 34526, in www.cortedicassazione.it, che così si esprime: «Il controllo giudiziario è ontologicamente connotato dalla natura occasionale del "contagio mafioso". Se non ricorresse tale condizione non si verterebbe nell'alveo del "controllo giudiziario" ma in altre fattispecie e non avrebbe allora senso l'inserimento del comma 6, nel tessuto normativo dell'art. 34 bis». In senso conforme: Tribunale Catanzaro, 19 marzo 2018, n. 14.

³⁹⁷ R. CANTONE – B. COCCAGNA, *L'impresa raggiunta da interdittiva antimafia tra commissariamenti prefettizi e controllo giudiziario*, in G. AMARELLI – S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti*, cit., 299.

monitoraggio sotto la guida dell'autorità giudiziaria»³⁹⁸. Rispetto al paradigma precedente, denominato «retrospettivo-stigmatizzante», la dottrina favorevole al descritto modello «prospettico-cooperativo»³⁹⁹ si basa, sulla scorta di alcuni arresti giurisprudenziali⁴⁰⁰, su elementi riducibili ad un unico dato di fondo, ossia

³⁹⁸ C. VISCONTI, *Il controllo giudiziario "volontario": una moderna "messa alla prova" aziendale per una tutela recuperatoria contro le infiltrazioni mafiose*, in *ivi*, 240-241. L'Autore critica l'orientamento che identifica il presupposto sostanziale nell'accertamento della occasionalità del contributo agevolatore sul rilievo che «la scelta di guardare a quei requisiti sembra per lo più dettata dall'esigenza, emersa prepotentemente in sede di prima applicazione, di individuare un appiglio normativamente afferrabile per confutare la tesi dell'automatismo applicativo avanzata dalle difese».

³⁹⁹ *Ibidem*.

⁴⁰⁰ Cass. pen., sez. I, 7 maggio 2019, n. 29487, in *Giust. pen.*, 2019, 10, 525, con nota di D. BRANCIA, *Attività d'impresa. Misure di prevenzione e competenza*. La pronuncia, intervenuta in materia di conflitto di competenza, ha avuto modo di confrontarsi con l'istituto anche sotto il profilo dei requisiti applicativi e, valorizzando la sua funzione recuperatoria, è giunta alla conclusione - invero, isolata nel panorama giurisprudenziale - di ammettere un accertamento postumo circa la occasionalità/stabilità del contributo ausiliario. Si riportano di seguito i passaggi motivazionali maggiormente significativi: «Le verifiche, pertanto, che il Tribunale della Prevenzione è chiamato ad operare sulla domanda della parte ai sensi dell'art. 34 bis, comma 6, al di là dell'avvenuta emissione (ed impugnazione) della informazione interdittiva, riguardano - essenzialmente - la rispondenza o meno della misura richiesta alle finalità cui si ispira la disciplina di legge, nel senso che l'analisi delle fonti cognitive disponibili non deve portare, nell'immediato, a riconoscere come sussistente una delle ipotesi tipiche di pericolosità (di cui al D.Lgs. n. 159 del 2011, art. 4) a carico del soggetto gestore dell'attività aziendale (posto che, in tal caso, la misura del controllo risulterebbe *ictu oculi* inadeguata, ed in tale direzione è da ritenersi sia finalizzata la previsione della preliminare interlocuzione con la Procura Distrettuale competente), ma non appare - per il resto - strettamente necessaria la qualificazione in tale fase del nesso esistente tra i soggetti portatori di pericolosità "esterni" e l'attività aziendale, posto che tale nesso può e deve essere oggetto di approfondimento nel corso della misura, con eventuale: a) revoca del provvedimento, lì dove l'azienda sia ritenuta immune da pericolo di contaminazioni; b) aggravamento della misura, lì dove si ritenga che non ci si trovi in presenza di una agevolazione meramente occasionale quanto di una agevolazione stabile, con transito, in tal caso, nella diversa misura della amministrazione giudiziaria, ai sensi della medesima previsione di legge. Circa tali aspetti, peraltro, il quadro interpretativo delle nuove disposizioni pare essere ancora in fase di stabilizzazione, essendosi generalmente affermato - nei primi arresti

l'opportunità in termini di politica criminale. A sostegno di questa tesi viene quindi citata la familiarità del controllo volontario con il sistema della responsabilità da reato degli enti delineato dal d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, per sua natura votato alla logica della premialità, nonché, allargando lo spettro d'indagine ad altre esperienze giuridiche, la vicinanza con alcuni istituti propri del diritto francese, inglese o statunitense.

In particolare, con riguardo all'ordinamento d'oltralpe, viene evocato un parallelismo con la *convention judiciaire d'intérêt public*. Introdotta dalla legge 9 dicembre 2016, n. 1691 (meglio nota come legge *Sapin II*), l'istituto si configura come una sorta di accordo transattivo cui la persona giuridica implicata in reati di corruzione e traffico di influenze illecite può accedere⁴⁰¹.

di legittimità - che l'ammissione al controllo "su richiesta" non può ritenersi un effetto automatico della domanda (v. per tutte Sez. n. 34526 del 2.7.2018), aspetto di certo connaturale alla giurisdizionalità, con accentuazione - tuttavia - della necessità, a fini di accoglimento della domanda, di una immediata qualificazione della relazione intercorsa tra l'azienda ed il gruppo mafioso in termini di "agevolazione occasionale" (requisito introdotto dal legislatore all'art. 34 bis, comma 1). Tale aspetto se da un lato riprende la fisionomia generale dell'istituto, dall'altro potrebbe in verità - secondo quanto si è detto in precedenza - riguardare, nel caso del controllo su richiesta, una fase posteriore all'accoglimento della istanza (ove venga preliminarmente esclusa la pericolosità del gestore dell'attività economica), caratterizzata da migliore conoscenza della realtà aziendale, proprio in quanto assistita dall'esercizio dei poteri attribuiti dalla legge all'amministratore giudiziario nominato ai sensi dell'art. 34 bis, comma 2. Ciò che rileva - in ogni caso - è, a fini di statuizione in punto di competenza, la ineliminabile considerazione della giurisdizionalità piena del procedimento attivato dalla parte privata, in una con la appartenenza della disposizione di cui all'art. 34 bis ad un "sotto-sistema" teso alla individuazione, da parte del Tribunale della Prevenzione, dell'intervento più adeguato al caso concreto sottoposto ad esame».

⁴⁰¹ Per un approfondimento in tema si veda: G. DE SIMONE, *Profili di diritto comparato*, in G. LATTANZI – P. SEVERINO (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*, vol. I, Torino, 2020, 33 ss.; L. D'AMBROSIO, *L'implication des acteurs privés dans la lutte contre la corruption: un bilan en demi-teinte de la loi sapin 2*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2019, 1, 205; M. GALLI, *Giudicare l'avvenire. Uno studio a partire dalla convention judiciaire d'intérêt public*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 3, 1285; C. GHRENASSIA – E. SACCHI, *La convenzione giudiziaria di interesse pubblico (CJIP): aspettando la transazione penale*, in

Con la sua sottoscrizione l'autorità requirente impone all'impresa il versamento di una *amende d'intérêt public* nonché l'adeguamento ad un *programme de mise en conformité*. La transazione, la cui efficacia è subordinata alla validazione del presidente del tribunale, consente all'operatore economico che si vi si attenga di sottrarsi agli effetti legali conseguenti all'iscrizione nella scheda n. 1 del *casier judiciaire*, quella che implica l'esclusione dalla partecipazione a pubbliche gare.

Parimenti, nel panorama anglosassone, il pensiero corre al *deferred prosecution agreement* del diritto britannico⁴⁰² ovvero alle forme di *diversion* di quello nordamericano⁴⁰³, impiegate su stilemi consensuali tra il *prosecutor* e l'ente collettivo.

Tali figure, non a caso sperimentate nel settore della criminalità d'impresa, presentano dei tratti in comune con il controllo giudiziario volontario, perché, al pari di quest'ultimo, costituiscono il precipitato di una logica premiale

www.penalecontemporaneo.it, 30 gennaio 2018; V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino, 2018, 271 ss.

⁴⁰² In tema, *funditus*: F. MAZZACUVA, *Deferred prosecution agreements: riabilitazione "negoziata" per l'ente collettivo indagato. Analisi comparata dei sistemi di area anglo americana*, in *Ind. pen.*, 2013, 2, 737; ID., *La diversione processuale per gli enti collettivi alla luce del Code of Conduct: spunti per alcune riflessioni de jure condendo*, in *Ind. pen.*, 2015, 1, 197.

⁴⁰³ Si veda in argomento: J.H. ARLEN, *L'applicazione della legge penal-societaria negli Stati Uniti: l'uso delle transazioni per trasformare imprese potenzialmente criminali in tutori dell'ordine*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2018, 1-2, 1; L.B. GARRET, *Structural Reform Prosecution*, in *Virginia Law Review*, 2017, 853 ss.; R.A. RUGGIERO, *Non prosecution agreements e criminalità d'impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico*, in www.penalecontemporaneo.it, 12 ottobre 2015.

di giustizia penale negoziata⁴⁰⁴ che interrompe la classica sequenza reato-pena⁴⁰⁵ e, in antitesi con le posizioni tradizionali che guardano al giudice penale come a colui il cui sguardo è rivolto al passato⁴⁰⁶, mira *pro futuro* alla «profilassi della devianza imprenditoriale»⁴⁰⁷.

⁴⁰⁴ Per un approfondimento si rinvia a: AA.VV., *Criminalità d'impresa e giustizia negoziata: esperienze a confronto*, Milano, 2017. Tra i molteplici contributi, di particolare interesse nella prospettiva qui indicata si vedano: D. PULITANÒ, *Relazione introduttiva. Problemi del negoziabile nella giustizia penale*, in *ivi*, 21 ss.; M. DONINI, *Compliance, negoziabilità e riparazione dell'offesa nei reati economici. Il delitto riparato oltre la restorative justice*, in *ivi*, 31 ss.; F. RUGGIERI, *Reati nell'attività imprenditoriale e logica negoziale. Procedimenti per reati d'impresa a carico di persone ed enti tra sinergie e conflitti*, in *ivi*, 55 ss.

Il tema, in verità piuttosto risalente, è tornato da alcuni anni al centro di un fecondo confronto tra gli studiosi del diritto e del processo penale, che ha contribuito a sviluppare le basi teoriche di riferimento del testo di riforma di cui al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 («Attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari»), il quale va proprio nella direzione di proiettare il paradigma riparativo al di là dei ristretti confini della criminalità d'impresa ed oltre «l'insuperabile orizzonte della punizione» (P. NUVOLONE, voce *Pena*, in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Milano, 1982, 789). Alle origini del dibattito si collocano i contributi di C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 1, 3, e di K. LUDRESSEN, *La prospettiva della riparazione*, in L. EUSEBI (a cura di), *Il declino del diritto penale*, Milano, 2005, 31. Più recentemente, nel contesto della dottrina italiana: F. PALAZZO, *Sanzione e riparazione all'interno dell'ordinamento giuridico italiano: de lege lata e de lege ferenda*, in *Pol. dir.*, 2017, 2, 353; M. DONINI, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 2, 236; ID., *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 3, 1162; G. MANNOZZI, *Pena e riparazione: un binomio non irriducibile*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, Milano, 2006, 1129; L. EUSEBI, *Profili della finalità riconciliativa nel diritto penale*, in *ivi*, 1109; F. GIUNTA, *Oltre la logica della punizione: linee evolutive e ruolo del diritto penale*, in *ivi*, vol. I, 343.

⁴⁰⁵ A. DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998.

⁴⁰⁶ G. HASSERL, *Diritto e tempo. Saggi di filosofia del diritto*, Milano, 1998, 53 ss.

⁴⁰⁷ C. VISCONTI, *Il controllo giudiziario "volontario": una moderna "messa alla prova" aziendale per una tutela recuperatoria contro le infiltrazioni mafiose*, cit., 249.

Entrambi i descritti filoni interpretativi presentano dei vantaggi. L'uno, nel ricostruire i rapporti tra la fattispecie del primo e quella del sesto comma in termini di specialità unilaterale per aggiunta, ha il merito di offrire un sicuro addentellato normativo ad una locuzione di per sé ambigua. L'altro, dal canto suo, nell'improntarli ad una reciproca autonomia, ha il pregio di rivitalizzare una misura che, altrimenti schiacciata sulla rigida ricorrenza dei requisiti prescritti per il controllo giudiziario ordinario, rischierebbe di vedere frustrate le proprie potenzialità applicative.

Su quest'ultimo punto merita però intendersi. La tesi che interpreta l'art. 34 *bis* come una norma a più fattispecie, ciascuna delle quali fondata su distinti presupposti applicativi sostanziali, ha come naturale conseguenza che il tribunale della prevenzione possa accordare il beneficio indipendentemente da ogni accertamento in ordine alla natura della agevolazione e, dunque, anche laddove questa abbia carattere di ripetitività nel tempo. Ciò significa che, in presenza di un'iniziativa della parte privata, il rigido criterio discrezionale che segna il confine tra l'una e l'altra misura verrebbe meno, essendo il vaglio giudiziale interamente polarizzato, in chiave prognostica, sul potenziale di decontaminazione dell'operatore economico. Talché l'impresa, altrimenti destinata a subire la più penetrante misura dell'amministrazione giudiziaria, ben potrebbe aspirare a forme di prevenzione meno invasive ove decida di 'consegnarsi' nelle mani dell'autorità giudiziaria.

Una simile ipotesi esegetica, senz'altro suggestiva, sconta tuttavia la totale assenza di una base normativa solida. Peraltro, se, da un lato, è vero che la funzione latamente terapeutica non è di esclusivo appannaggio del controllo giudiziario, rappresentando piuttosto un tratto comune a tutti gli strumenti di prevenzione patrimoniale diversi da quelli previsti dal titolo II, capo I del codice antimafia, dall'altro è innegabile che il grado di compromissione del tessuto aziendale funga da significativo indice rivelatore della capacità dell'impresa di portare a compimento in maniera fruttuosa un percorso emendativo, e ciò senza incisivi interventi di spossessamento gestorio. Pertanto, a parere dello scrivente, in presenza di un'istanza di ammissione a controllo giudiziario, il giudice penale sarà tenuto a vagliare non già le possibilità di recupero dell'impresa ad un

contesto legale in quanto tali, bensì le dette possibilità alla luce degli strumenti pratici che l'art. 34 *bis*, comma 2, lett. b), mette a disposizione e, per fa ciò, dovrà tenere in considerazione la natura quali-quantitativa del contributo ausiliario offerto dall'organismo economico all'ente criminale, configurandosi l'elemento della occasionalità come prerequisito normativamente prescritto ai fini del giudizio di 'bonificabilità' dell'impresa⁴⁰⁸.

⁴⁰⁸ Cass. pen., sez. un., 19 novembre 2019, n. 46898, in *Foro it.*, 2020, 5, II, 330, con nota di A. MERLO, *La bonifica aziendale come scopo delle misure patrimoniali diverse dalla confisca: le sezioni unite si pronunciano sul controllo giudiziario volontario*; in www.sistemapenale.it, 28 novembre 2019, con nota di D. ALBANESE, *Le Sezioni unite ridisegnano il volto del controllo giudiziario "volontario" (art. 34-bis, co. 6, del d.lgs. 159/2011) e ne disciplinano i mezzi di impugnazione*; in *ivi*, 12 maggio 2020, con nota di F. BALATO, *Le Sezioni unite e il doppio grado di giudizio per il controllo giudiziario delle aziende: verso il crepuscolo della tassatività delle impugnazioni?*; in *Giur. it.*, 2020, 3, 677, con nota di T. ALESCI, *Verso uno statuto delle impugnazioni delle misure di prevenzione patrimoniali*. La citata pronuncia, intervenuta a dirimere un contrasto in tema di impugnazione dei provvedimenti in materia di controllo giudiziario, nell'estendere a questi ultimi il mezzo di impugnazione generale previsto dall'art. 10 del d.lgs. n. 159 del 2011, si è soffermata sui profili sostanziali della misura. A tal proposito, pur richiamando l'apporto ermeneutico recato da Cass. pen., sez. I, 7 maggio 2019, n. 29487, cit. (cfr. nt. 397), la Suprema Corte riunita in funzione nomofilattica prende le distanze dagli approdi cui era giunta la prima Sezione nella misura in cui delinea per il giudice chiamato a pronunciarsi sulla domanda di ammissione al controllo giudiziario volontario un percorso accertativo che non può prescindere dal requisito della 'occasionalità' del contributo agevolatore: «Non vi è alcun dubbio che con riferimento all'istituto di cui al D.Lgs. n. 159 del 2011, art. 34, e a quello del controllo giudiziario a richiesta della parte pubblica o disposto di ufficio sia doveroso il preliminare accertamento da parte del giudice delle condizioni oggettive descritte nelle norme di riferimento e cioè il grado di assoggettamento dell'attività economica alle descritte condizioni di intimidazione mafiosa e la attitudine di esse alla agevolazione di persone pericolose pure indicate nelle fattispecie. Con riferimento, poi, alla domanda della parte privata, che sia raggiunta da interdittiva antimafia, di accedere al controllo giudiziario, tale accertamento - e in ciò la motivazione della citata sentenza n. 29487 della Prima Sezione promuove prospettive non del tutto sovrapponibili alle conclusioni qui prese - non scolora del tutto, dovendo pur sempre il tribunale adito accertare i presupposti della misura, necessariamente comprensivi della occasionalità della agevolazione dei soggetti pericolosi, come si desume dal rilievo che l'accertamento della insussistenza di tale presupposto ed eventualmente di una situazione più compromessa possono comportare il rigetto della domanda

e magari l'accoglimento di quella, di parte avversa, relativa alla più gravosa misura della amministrazione giudiziaria o di altra ablativa. La peculiarità dell'accertamento del giudice, sia con riferimento alla amministrazione giudiziaria che al controllo giudiziario, ed a maggior ragione in relazione al controllo volontario, sta però nel fatto che il fuoco della attenzione e quindi del risultato di analisi deve essere posto non solo su tale pre-requisito, quanto piuttosto, valorizzando le caratteristiche strutturali del presupposto verificato, sulle concrete possibilità che la singola realtà aziendale ha o meno di compiere fruttuosamente il cammino verso il riallineamento con il contesto economico sano, anche avvalendosi dei controlli e delle sollecitazioni (nel caso della amministrazione, anche vere intromissioni) che il giudice delegato può rivolgere nel guidare la impresa infiltrata. L'accertamento dello stato di condizionamento e di infiltrazione non può, cioè, essere soltanto funzionale a fotografare lo stato attuale di pericolosità oggettiva in cui versano la realtà aziendale a causa delle relazioni esterne patologiche, quanto piuttosto a comprendere e a prevedere le potenzialità che quella realtà ha di affrancarsene seguendo l'iter che la misura alternativa comporta»

Tra la giurisprudenza successiva, in senso parzialmente adesivo cfr.: Cass. pen., sez. II, 5 marzo 2021, n. 9122, in www.sistemapenale.it, 10 marzo 2021, con nota di G. AMARELLI, *La Cassazione riduce i presupposti applicativi del controllo giudiziario volontario ed i poteri cognitivi del giudice ordinario*. Nel caso richiamato la Corte ha ritenuto che – nell'ipotesi di cui all'art. 34 bis, comma 6 - il tribunale non può non tener conto della emissione da parte della prefettura di un'informativa a carico del soggetto richiedente, sicché quanto meno il requisito del pericolo concreto infiltrazioni mafiose idonee a condizionare l'attività d'impresa deve in qualche misura ritenersi assorbito nella valutazione prefettizia, con la conseguenza che «Fra i "presupposti" di cui alla seconda parte del comma 6 non può comprendersi dunque il prerequisito del pericolo di infiltrazione (...) sì da negare addirittura la misura (...) qualora il tribunale ritenga inesistente, con gli standard probatori propri del giudizio penale di prevenzione, quello stesso pericolo che, invece, l'organo amministrativo ha affermato, sia pure con la regola del "più probabile che non"». Ciò detto, al di là di questa precisazione, invero resa necessaria dalla peculiarità della fattispecie concreta, la pronuncia si pone in linea di sostanziale continuità con quanto affermato dalle Sezioni unite, così enucleando i requisiti su cui l'accertamento giudiziale dovrà focalizzarsi: «I presupposti (...) saranno cioè: l'adozione di una interdittiva antimafia ex art. 84, comma 4 cod. antimafia; la pendenza di una impugnativa davanti al Giudice Amministrativo; sul piano sostanziale, la "bonificabilità" dell'impresa, rispetto ad un dato patologico già acquisito, da analizzare - è opportuno ribadirlo - in termini prognostici, sbarrando l'accesso alla misura in caso di cronicità dell'infiltrazione e consentendolo, con strumenti duttili da adeguare alla realtà contingente, nella diversi ipotesi di effetti reversibili (ed in tal senso occasionali) dell'inquinamento mafioso, in base alla tipologia di commistione criminale rilevata e in forza del sostegno "controllante" e "prescrittivo" dell'autorità giudiziaria».

In ogni caso, la questione è controversa e, come se non bastasse, a rendere ancora più problematico il quadro appena tracciato si è di recente inserita la nuova figura della prevenzione collaborativa introdotta nel codice antimafia ad opera del d.l. n. 152 del 2021.

Prima della novella l'emissione di un'inibitoria prefettizia nulla faceva trasparire in relazione alla contingenza o meno del fenomeno di agevolazione: il mero accertamento di tentativi di infiltrazione mafiosa idonei a condizionare l'attività d'impresa era sufficiente a far scattare il provvedimento inibitorio. L'ulteriore valutazione circa la connotazione occasionale o stabile del contributo ausiliario era demandata in via esclusiva all'autorità giudiziaria.

La riforma, configurando la prevenzione collaborativa come un calco del controllo giudiziario, ha di fatto imposto alla prefettura un aggravio di oneri accertativi destinato ad avere riflessi sul tema che ci occupa.

Anzitutto, vale la pena di precisare che la misura, non importando alcuna forma di incapacità giuridica, non legittima il soggetto destinatario a richiedere in sua vece l'ammissione al controllo giudiziario. Ciò non vuol dire, però, che quest'ultimo non possa trovare applicazione in luogo della prima. Più precisamente, ai sensi dell'art. 94 *bis*, comma 5, le misure disposte dal prefetto, oltre ad essere annotate in un'apposita sezione della banca dati unica della documentazione antimafia, vengono comunicate alla cancelleria del tribunale competente per l'applicazione delle misure di prevenzione. In questo modo si intende dare impulso all'intervento officioso del giudice penale che, stante la nuova formulazione dell'art. 34 *bis*, comma 1, valuterà se adottare in loro sostituzione la misura giurisdizionale nelle forme di cui al comma 2, lett. b), della citata disposizione. Precisazione quest'ultima che il legislatore ha avuto premura di ribadire anche all'art. 94 *bis*, comma 3, dove è specificato che il controllo amministrativo perde efficacia in caso di applicazione del controllo giudiziario, fermo restando che il periodo di esecuzione dell'uno potrà essere considerato ai fini della determinazione della durata dell'altro.

La comunanza di presupposti e di finalità non ridonda quindi in una perfetta sovrapposizione degli istituti, ciascuno dei quali mantiene pur sempre

una propria specificità⁴⁰⁹. In particolare, alla luce delle indicazioni tratte dal testo legislativo, emerge con chiarezza non solo che il rapporto tra gli stessi è improntato ad una rigida alternatività ma anche che la misura amministrativa si colloca su di un piano di minore incisività rispetto all'omologa giurisdizionale. Tale differenza si coglie nella durata di quest'ultima – fino ad un massimo di tre anni, contro i dodici mesi del controllo amministrativo – nonché nella maggiore pervasività dello strumento: in disparte l'obbligo di adozione ed efficace attuazione delle misure organizzative di cui agli artt. 6, 7 e 24 *ter* del d.lgs. n. 231 del 2001, che rappresenta il comune denominatore di entrambi gli istituti⁴¹⁰, mentre il potere conformativo prefettizio *ex art. 94 bis* si esaurisce nella imposizione di obblighi comunicativi e nella nomina – invero soltanto eventuale - di esperti che supportino i vertici aziendali nell'assolvimento dei detti obblighi, al tribunale è attribuita una maggiore libertà nel disegnare i compiti dell'amministratore giudiziario – figura quest'ultima necessaria – alla quale, a tacer d'altro, può essere riconosciuto il potere di intraprendere qualsiasi iniziativa finalizzata a prevenire il rischio di condizionamento mafioso.

Tale circostanza rileva in ordine alla questione da cui si è preso le mosse.

Alcuni autori, a seguito della novella, si sono interrogati sulla opportunità di mantenere un «ponte» tra l'informativa e il controllo giudiziario, giungendo ad intravedere l'illogicità della scelta legislativa nella misura in cui «se l'informativa è emessa è perché il Prefetto ha valutato il rischio infiltrativo come permanente e non già come occasionale»⁴¹¹. Tuttavia, l'omessa espunzione dal sistema del controllo volontario è senz'altro il frutto di una scelta ponderata, atteso che è stato proprio il legislatore del 2021 a 'blindare' la misura

⁴⁰⁹ G. D'ANGELO – G. VARRASO, *Il decreto legge n. 152/2021 e le modifiche in tema di documentazione antimafia e prevenzione collaborativa*, in www.sistemapenale.it, 1° agosto 2022, 21.

⁴¹⁰ Per un approfondimento in tema si rinvia a: F. BRIZZI, *Dalla "prevenzione bellica" a quella "riparativa". Misure di prevenzione e modello 231*, Milano, 2022, 145 ss.

⁴¹¹ G. VELTRI, *La prevenzione antimafia collaborativa: un primo commento*, cit., 7. In termini anche: M.A. SANDULLI, *Rapporti tra il giudizio sulla legittimità dell'informativa antimafia e l'istituto del controllo giudiziario*, cit., 21-22.

prevedendo la partecipazione del prefetto all'udienza camerale, si da favorire una proficua circolarità informativa tra l'autorità amministrativa e quella giudiziaria⁴¹².

Alla luce di ciò, non vi è dubbio che le interrelazioni sussistenti tra l'art. 34 *bis*, comma 6, e l'art. 94 *bis* pongono dei problemi di coordinamento. Se il presupposto sostanziale della prevenzione collaborativa è il medesimo del controllo giudiziario a domanda di parte privata, è verosimile che – laddove l'impresa raggiunta dall'interdittiva chieda l'ammissione al beneficio – l'apporto partecipativo dell'amministrazione dell'interno si riduca ad una mera difesa passiva della legittimità del proprio agire di fronte al giudice penale, cui di fatto viene demandato un «sindacato incidentale sulla determinazione prefettizia»⁴¹³.

Nondimeno, anche senza scomodare un improbabile intervento chiarificatore del legislatore, una soluzione per riportare a razionalità il sistema esiste già *de lege lata*. A ben vedere, infatti, coloro i quali paventano un cortocircuito normativo implicitamente dimostrano di accogliere la tesi che lega controllo giudiziario ordinario e volontario (e, di riflesso, anche il controllo

⁴¹² Sulla corretta interpretazione della modifica recata dall'art. 47, comma 1, lett. b), del d.l. n. 152 del 2021, a chi sostiene che il prefetto sarà sentito se compare (cfr.: M. VULCANO, *Le modifiche del decreto-legge n. 152/2021 al codice antimafia: il legislatore punta sulla prevenzione amministrativa e sulla compliance 231 ma non risolve i nodi del controllo giudiziario*, cit., 24) si contrappone chi invece, ponendo l'accento sulla utilità di un contraddittorio non soltanto cartolare, limitato al deposito in cancelleria di memorie scritte, ritiene che questi sia tenuto a presenziare all'udienza, se del caso anche per il tramite di un proprio delegato (G. D'ANGELO – G. VARRASO, *Il decreto legge n. 152/2021 e le modifiche in tema di documentazione antimafia e prevenzione collaborativa*, cit., 23), con prevalenza quindi della norma speciale, l'art. 34 *bis*, comma 6, rispetto al modello generale delineato dall'art. 127 c.p.p.

⁴¹³ G. VELTRI, *La prevenzione antimafia collaborativa: un primo commento*, cit., 7, ad avviso del quale, alla luce del quadro normativo così come derivante dalla riforma, «La domanda di controllo giudiziario proposto dall'imprenditore al Tribunale della prevenzione penale è dunque tesa a “criticare” l'informativa, non più a dimostrarne la mera sussistenza quale condizione di accessibilità alla misura del controllo giudiziario».

amministrativo) sotto il medesimo presupposto sostanziale, quello della 'occasionalità', letto però nella sua dimensione statica. Superando questa chiave interpretativa e aderendo all'ipotesi esegetica che in questa sede si è cercato di patrocinare, vale a dire quella che, pur nell'unicità del requisito sostanziale, lo proietta in una dimensione dinamica, la misura di cui all'art. 34 *bis*, comma 6, continuerebbe a conservare un proprio autonomo spazio operativo. Il prefetto, chiamato a scegliere tra l'adozione di misure di prevenzione collaborativa e l'emissione dell'inibitoria, non dovrà limitarsi a valutare la mera consistenza del contributo agevolatore e, quindi, il grado di compromissione del tessuto aziendale, ma dovrà spingersi oltre, arrivando a vagliare quel dato in funzione delle *chances* di recupero dell'impresa alla luce delle potenzialità dell'armamentario offerto dall'art. 94 *bis*.

In altre parole, ragionando *a contrario*, se l'amministrazione dell'Interno decide di procedere con un'informazione interdittiva nei confronti di un operatore economico, ciò non vuol dire – puramente e semplicemente – che l'agevolazione abbia carattere di ripetitività nel tempo. Significa piuttosto che la contaminazione mafiosa dell'unità produttiva ha raggiunto un livello tale per cui si ritiene che le prescrizioni impartibili in sede di prevenzione collaborativa non siano da sole sufficienti a ricondurre l'azienda sui binari della legalità. Di contro, nulla vieta che un simile percorso emendativo possa essere fruttuosamente portato a termine sotto l'egida di un giudice delegato e di un amministratore giudiziario, attraverso le più penetranti misure di cui all'art. 34 *bis*, comma 2, lett. b). Partendo cioè dal medesimo grado di contaminazione il giudizio prognostico circa la bonificabilità dell'organismo economico ben potrebbe avere un esito diverso a seconda che lo stesso sia condotto dal prefetto o dal giudice penale e ciò per ragioni del tutto fisiologiche dovute al diverso atteggiarsi degli strumenti a disposizione dell'uno e dell'altro.

Così ricostruita, la previsione legislativa che estende al prefetto il contraddittorio in seno all'udienza camerale, *ex art. 34 bis*, comma 6, assume una valenza ben precisa, che obbliga quest'ultimo a non arroccarsi sulle proprie posizioni e ad uscire dagli schemi di una 'partecipazione meramente defensionale' - non essendo affatto in discussione la legittimità del suo operato

- per vivere il momento in un'ottica proattiva di instaurazione di un dialogo costruttivo con l'autorità giudiziaria, la quale solo così potrà trarre dall'apporto conoscitivo della prefettura elementi utili ai fini del giudizio.

2.2.2. (Segue) Le interrelazioni esistenti tra giurisdizione penale e giurisdizione amministrativa

La chiave di lettura che si è tentato di tracciare consente di affacciarsi al tema più ampio delle interrelazioni tra giurisdizione penale e giurisdizione amministrativa.

In astratto i rapporti tra il procedimento celebrato dinanzi al tribunale e il giudizio volto all'annullamento dell'interdittiva antimafia possono essere improntati o al modello della reciproca autonomia o a quello della interdipendenza.

La tesi sopra sviluppata in ordine alla corretta interpretazione dei presupposti applicativi sostanziali del controllo giudiziario volontario e alla sua conseguente giustapposizione con il nuovo istituto della prevenzione collaborativa in termini di complementarità spinge in favore del paradigma dell'indipendenza dei giudizi.

Guardando al tipo di sindacato che i due ordini giurisdizionali sono chiamati ad esercitare, è evidente che, quantomeno sotto il profilo formale, non sussistano interferenze. La valutazione rimessa al giudice amministrativo è focalizzata sulla tenuta logico-giuridica del quadro indiziario posto a fondamento della determinazione prefettizia; al giudice penale è richiesto, invece, di spingersi oltre quel quadro per vagliare le possibilità di risanamento del complesso aziendale controindicato. Il primo non può sostituirsi all'amministrazione, pena la violazione del principio di separazione dei poteri; il secondo è chiamato a 'farsi amministrazione' nella cura concreta dell'interesse pubblico, individuato nel salvataggio dell'impresa e del relativo valore economico. Ancora, il vaglio operato dal giudice amministrativo sulla legittimità

dell'inibitoria prefettizia ha carattere retrospettivo; di contro al giudice penale è affidata la verifica della sussistenza di esigenze prevenzionali in una dimensione prospettica. Mutuando un'espressione compendiosa, si potrebbe quindi sostenere che mentre il primo è «giudice dell'«atto» e dei fatti del passato», il secondo è «giudice dell'«emenda» dell'impresa coinvolta nell'agevolazione occasionale»⁴¹⁴. La diversità degli ambiti decisorii, autorevolmente sottolineata anche dalle Sezioni unite della Corte di Cassazione⁴¹⁵, pone le due giurisdizioni su piani distinti e paralleli.

Detto questo, è tuttavia innegabile che una qualche forma di implicito condizionamento possa esservi, se non altro perché il materiale probatorio destinato ad orientare il libero convincimento di ciascuno dei due giudici è in larga parte il medesimo, ragion per cui – pur non essendo vincolato dall'esito della decisione resa in altra sede – è verosimile che il giudice amministrativo, venuto a conoscenza del diniego di concessione del controllo volontario, ne rimanga in qualche misura influenzato e, a parti invertite, la stessa cosa vale per il tribunale della prevenzione laddove il giudice amministrativo abbia confermato la legittimità del provvedimento interdittivo⁴¹⁶.

In ogni caso, in linea di principio, se l'analisi fosse circoscritta al profilo del *thema decidendum*, la tesi della autonomia dei giudizi non potrebbe essere seriamente messa in discussione, essendo il detto modello quello che meglio descrive i rapporti tra le due forme di sindacato, come dimostrato dalla sostanziale convergenza di posizioni presente nella giurisprudenza⁴¹⁷.

⁴¹⁴ Cons. Stato, sez. III, 6 luglio 2022, n. 5624, in www.giustizia-amministrativa.it (spec. § 25.1.).

⁴¹⁵ Cass. pen., sez. un., 19 novembre 2019, n. 46898, cit. (spec. § 4.3).

⁴¹⁶ N. PISANELLO, *Gli effetti del controllo giudiziario sul giudizio amministrativo*, in G. AMARELLI – S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti*, cit., 277-278.

⁴¹⁷ Tra la giurisprudenza amministrativa cfr. *ex multis*: T.a.r. Campania, Napoli, sez. IV, 29 aprile 2020, n. 1589, in *Foro amm.*, 2020, 4, 887, secondo cui: «Se la valutazione del Tribunale della prevenzione non vincola il G.A. chiamato a valutare la legittimità dell'informazione prefettizia, allo stesso modo la pronuncia di quest'ultimo non vincola il

I dubbi aumentano quando si passa a considerare aspetti più propriamente processuali. Al riguardo, tornando ai requisiti previsti dall'art. 34 *bis*, comma 6, del d.lgs. n. 159 del 2011, il profilo dell'impugnazione della nota interdittiva è fonte di non poche incertezze applicative. La disposizione si limita a prevedere che le imprese destinatarie dell'interdittiva antimafia possano rendersi promotrici dell'applicazione della misura di prevenzione patrimoniale, ma solo dopo avere previamente proposto impugnazione avverso il provvedimento del prefetto. Dal dato normativo, invero un po' laconico, si ricava che l'azione di annullamento contro l'inibitoria è condizione di ammissibilità al beneficio, ma nulla viene precisato in relazione al profilo della 'tempistiche' dell'impugnativa.

Il modello ricostruttivo fondato sulla indipendenza dei giudizi ha come proprio corollario la pressoché totale insensibilità del procedimento prevenzionale agli sviluppi del processo amministrativo.

Al riguardo, tre sono le situazioni che in astratto possono darsi:

- 1) l'operatore economico, soccombente nel giudizio intrapreso contro l'informazione antimafia, decide di presentare istanza di ammissione al controllo giudiziario;
- 2) l'operatore economico, dopo aver contestato la legittimità della nota prefettizia nella competente sede giurisdizionale, formula richiesta *ex art. 34 bis*,

Tribunale della prevenzione che è chiamato a vagliare la natura occasionale ovvero stabile del pericolo di condizionamento, come precisato dall'art. 34 *bis* comma 1, T.U. Antimafia, senza poter tuttavia mettere in discussione i presupposti del provvedimento interdittivo».

Tra la giurisprudenza penale in senso adesivo cfr. *ex plurimis*: Cass. pen., sez. II, 13 febbraio 2019, n. 18564, in www.cortedicassazione.it, che afferma: «Posto infatti che l'adozione del controllo giudiziario comporta la sospensione degli effetti delle interdittive emesse dall'organo amministrativo, il procedimento instaurato tramite la richiesta di controllo giudiziario avanzata dalla parte interessata e l'impugnativa del provvedimento potrebbero portare ad una illegittima duplicazione di procedimenti aventi ad oggetto la legittimità delle interdittive la cui valutazione resta esclusivamente di competenza della giustizia amministrativa in sede di ricorso giurisdizionale».

comma 6, e, nelle more del procedimento di prevenzione, interviene un giudicato amministrativo sfavorevole;

3) l'impresa, ammessa al controllo giudiziario, vede sopraggiungere, in costanza di esecuzione della misura patrimoniale, una pronuncia del giudice amministrativo che conferma la validità della determinazione prefettizia.

Facendo rigorosa applicazione del menzionato principio di autonomia, tanto nell'ipotesi *sub* 1) quanto nell'ipotesi *sub* 2) sul giudice penale graverebbe il potere/dovere di pronunciarsi nel merito della formulata domanda. Analogamente, nell'ipotesi *sub* 3), l'intervento pubblico, lungi dal venire bruscamente interrotto a fronte di una sentenza sfavorevole, dovrebbe essere portato a compimento. Si consideri poi che le ultime due situazioni descritte presentano degli scenari speculari qualora l'inibitoria venga annullata dal giudice amministrativo: in tale ipotesi l'efficacia caducatoria *ex tunc* della pronuncia, travolgendo l'informazione antimafia, costringerebbe il giudice penale, nell'un caso, a dichiarare inammissibile l'istanza e, nell'altro, a revocare la misura, fermo restando il potere del tribunale, esercitabile *ex officio* oppure su impulso della parte pubblica, di avvalersi dello strumento di cui all'art. 34 *bis*, comma 1. Il controllo giudiziario volontario verrebbe così ad essere convertito in controllo giudiziario prescrittivo e, ove si opti per la sua forma più incisiva (art. 34 *bis*, comma 2, lett. b), la situazione per l'impresa controindicata resterebbe sostanzialmente immutata.

Il descritto teorema, nell'escludere l'«immediata ridondanza dell'esito (eventualmente) negativo del giudizio di annullamento dell'informazione interdittiva sulla efficacia della misura preventiva del controllo giudiziario», ha il merito di confinare le interrelazioni tra l'uno e l'altra «al momento genetico-applicativo di quest'ultima», così esaltandone la «funzione preventivo-risanatrice», assolvibile indipendentemente dalla circostanza che, nel mentre, il processo amministrativo sia esitato in una pronuncia sfavorevole per l'impresa ricorrente⁴¹⁸.

⁴¹⁸ Cons. Stato, sez. III, 19 maggio 2022, n. 3973, in www.giustizia-amministrativa.it, il quale sottolinea la «natura anfibia» dello strumento in questione, poiché al contempo

La soluzione improntata alla reciproca autonomia dei processi non ha, tuttavia, trovato riscontro nel diritto vivente. La tesi della interdipendenza, variamente declinata in ragione delle diversità strutturali e funzionali dei rispettivi giudizi, risulta infatti quella maggiormente accreditata tanto nella giurisprudenza penale quanto in quella amministrativa.

Partendo dalla prima, dalla lettura delle pronunce della Corte di Cassazione emerge la preoccupazione che la soluzione fondata sul paradigma della reciproca autonomia finisca per far assurgere il controllo giudiziario a strumento alternativo di impugnazione, donde l'interpretazione dell'art. 34 *bis*, comma 6, nel senso di subordinare l'ammissibilità dell'istanza e l'efficacia della misura giurisdizionale alla pendenza del giudizio amministrativo. Da tale premessa consegue che la sopravvenienza di un giudicato annullatorio ad intervento di sostegno in corso ne determinerebbe l'automatica caducazione. Nella prospettiva del giudice penale sussisterebbe quindi un nesso inscindibile tra l'accesso all'istituto e il perdurare del processo amministrativo, che troverebbe giustificazione teorica nella natura latamente cautelare del controllo volontario e base normativa nell'art. 34 *bis*, comma 7. In particolare, ad avviso della citata giurisprudenza, la previsione della sospensione degli effetti interdittivi conseguente alla ammissione al beneficio opererebbe sin tanto che la vicenda amministrativa originata dall'impugnazione del provvedimento prefettizio non assuma carattere di stabilità⁴¹⁹.

inquadabile sotto il profilo sistematico «da un lato, quale rimedio cautelare atto ad evitare che, nelle more del giudizio amministrativo avente ad oggetto il provvedimento interdittivo, l'esecutività dello stesso produca conseguenze irreparabili a carico della integrità produttiva ed imprenditoriale del soggetto interdetto, dall'altro lato, quale strumento di prevenzione destinato ad operare nella duplice prospettiva inibitoria-risanatrice, in quanto tendente ad impedire all'impresa di operare nella medesima compagine organizzativa che ha generato il pericolo di condizionamento, ma nel contempo a consentirle di svolgere la sua funzione economica sotto l'egida di un presidio di legalità, incarnato dall'amministratore giudiziario».

⁴¹⁹ Cfr. *ex plurimis*: Cass. pen., sez. II, 22 marzo 2019, n. 27856, in www.cortedicassazione.it; Cass. pen., sez. II, 15 marzo 2019, n. 16105, in www.cortedicassazione.it.

Volgendo lo sguardo alle decisioni dell'altro ordine giudiziario, il panorama appare invece più composito ed eterogeneo nelle soluzioni. Sul versante amministrativo, infatti, il formante pretorio è ben lungi dall'essere granitico e, sebbene l'orientamento prevalente aderisca al principio della interdipendenza, quando poi si tratta di darne concreta attuazione si registrano significative divergenze. Raggruppando le pronunce in argomento a seconda del paradigma di riferimento, tra quelle favorevoli a concepire i rapporti tra procedimento di prevenzione e giudizio amministrativo in termini di pregiudizialità processuale sulla scorta delle conclusioni cui è pervenuta la stessa Corte di Cassazione, la giurisprudenza è divisa tra coloro che ritengono doveroso sospendere il giudizio in attesa degli esiti del controllo e chi, invece, sostiene la necessità di disporre il rinvio dell'udienza di discussione, se già fissata, coordinandone i tempi con quelli della misura preventiva.

Entrambi i menzionati indirizzi sono debitori della stessa impostazione concettuale. Il primo ravvisa nell'ammissione al beneficio di cui all'art. 34 *bis*, comma 6, del d.lgs. n. 159 del 2011, una causa di sospensione impropria del giudizio amministrativo⁴²⁰. Il secondo, nel negare che ricorra un'ipotesi di pregiudizialità in senso stretto ai sensi dell'art. 295 c.p.c. (come richiamato dall'art. 79 c.p.a.), onde scongiurare che l'eventuale reiezione del ricorso proposto vada a paralizzare l'*iter* emendativo, suggerisce di raggiungere il

In termini anche Cass. pen., sez. VI, 1° ottobre 2021, n. 35951, in www.cortedicassazione.it, che ha accolto il ricorso proposto dall'impresa, *inter alia*, sul presupposto della non definitività della sentenza pronunciata dal giudice amministrativo, in quanto oggetto di impugnazione per revocazione ai sensi del combinato disposto degli artt. 91 e 106 c.p.a.

⁴²⁰ Cfr., *ex multis*: Cons. Stato, sez. III, 1° dicembre 2021, n. 8005, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. III, 12 novembre 2021, n. 7549, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. III, 13 luglio 2021, n. 5315, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. III, 13 luglio 2020, n. 4523, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. III, 24 giugno 2020, n. 4049, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. III, 6 agosto 2019, nn. 5592, 5593 e 5594, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. III, 31 luglio 2018, n. 4719, in www.giustizia-amministrativa.it.

medesimo risultato per altra via, non già attraverso la sospensione bensì mediante l'espedito del semplice rinvio della trattazione dell'udienza⁴²¹.

Le pronunce riconducibili ai descritti orientamenti rappresentano, anche dal punto di vista quantitativo, la parte senz'altro prevalente della giurisprudenza in argomento. Non mancano, tuttavia, decisioni che, pur collocandosi nell'area della interdipendenza dei giudizi, giungono a conclusioni dissimili. È stato così sostenuto che l'applicazione della misura di vigilanza prescrittiva renderebbe improcedibile il ricorso avverso l'interdittiva, anche a fini risarcitori. Un simile costrutto poggia sull'osservazione secondo cui, prima della conclusione del controllo giudiziario, la prefettura sarebbe tenuta ad aggiornare le proprie valutazioni circa la persistenza del rischio infiltrativo in capo all'impresa controindicata, di talché – a prescindere dall'esito del procedimento di aggiornamento – l'inibitoria originaria dovrebbe comunque ritenersi superata. Quanto poi al profilo relativo al risarcimento dei danni *medio tempore* prodotti a cagione della nota prefettizia, secondo il richiamato filone interpretativo, l'eventuale *actio damni* dovrebbe reputarsi infondata, poiché con la richiesta di ammissione al controllo volontario l'operatore economico nei fatti finirebbe per fare acquiescenza al provvedimento negativo riconoscendone la legittimità⁴²².

⁴²¹ Cfr., *ex plurimis*: Cons. Stato, sez. III, 11 novembre 2021, n. 7521, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. III, 20 settembre 2021, n. 6392, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. III, 5 luglio 2021, n. 5134, in www.giustizia-amministrativa.it.

In dottrina, si veda: N. PISANELLO, *Gli effetti del controllo giudiziario sul giudizio amministrativo*, in G. AMARELLI – S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti*, cit., 281.

⁴²² T.a.r. Sicilia, Catania, sez. IV, 1° maggio 2022, n. 1219, in www.giustizia-amministrativa.it. La sentenza, invero abbastanza eccentrica nel panorama giurisprudenziale, è stata aspramente criticata dalla dottrina nella parte in cui afferma che la richiesta del controllo giudiziario presupporrebbe l'ammissione del contagio mafioso e, quindi, la conseguente legittimità del provvedimento impugnato, con esclusione di qualsivoglia margine di ristorabilità del pregiudizio patito in quanto non assistito dal predicato della ingiustizia. In proposito si veda: M.A. SANDULLI, *Rapporti tra il giudizio sulla legittimità dell'informativa antimafia e l'istituto del controllo giudiziario*, cit., 13, ad avviso della quale il ragionamento condotto dalla citata

Si colloca invece su di una linea di confine tra il paradigma dell'autonomia e quello della reciproca interferenza l'orientamento espresso dal T.a.r. Reggio Calabria, che, se da un lato rimarca la necessità di addivenire in tempi celeri ad una decisione nel merito del ricorso, dall'altro si spinge ad escludere che la misura giurisdizionale possa sopravvivere al rigetto dell'azione demolitoria esperita contro la nota prefettizia, così ipotizzando una sorta di interdipendenza unidirezionale tra i due giudizi. Mentre quello amministrativo sarebbe insensibile alle vicende del procedimento di prevenzione, quest'ultimo resterebbe inevitabilmente influenzato dagli esiti del primo⁴²³. La lettura offerta dalla descritta linea interpretativa si basa, ancora una volta, sulla natura cautelare dell'istituto del controllo giudiziario volontario. Quest'ultimo, proprio in quanto destinato a paralizzare interinalmente gli effetti pregiudizievoli dell'interdittiva nel tempo occorrente alla definizione del processo amministrativo promosso per contestarne la legittimità, avrebbe carattere servente rispetto allo stesso, sicché, una volta definita la *res iudicanda*, verrebbe meno la necessità della 'cautela'.

Decisamente orientata in favore del modello dell'autonomia appare invece la già citata pronuncia del Consiglio di Stato n. 3973 del 2022, che, nel ripudiare qualsiasi forma di pregiudizialità tra i due giudizi, non solo non ravvisa alcun dovere di sospensione o di rinvio dell'udienza di trattazione ma giunge ad affermare che ciascun procedimento dovrebbe seguire il proprio *iter* senza subire alcun tipo di interferenza, con la conseguenza che il giudice penale chiamato a decidere sulla richiesta *ex art. 34 bis*, comma 6, preso atto dell'impugnazione della nota prefettizia, dovrebbe disinteressarsi dell'esito del relativo processo, in quanto del tutto irrilevante per la sorte dell'intervento statutale sull'azienda.

Il quadro appena tracciato restituisce dunque una giurisprudenza oltremodo divisa. Il clima di forte disagio che aleggia tra le toghe amministrative

pronuncia troverebbe un «un insormontabile ostacolo nel fatto che, in senso diametralmente opposto, il legislatore ha individuato nell'impugnazione dell'interdittiva - e dunque nella non accettazione dei suoi presupposti - una pre-condizione dell'istanza di ammissione al controllo».

⁴²³ T.a.r. Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 18 settembre 2020, n. 560, in www.giustizia-amministrativa.it. In termini, si veda anche: Cons. Stato, sez. III, 28 dicembre 2018, n. 7294, in www.giustizia-amministrativa.it.

di fronte ad un dato testuale lacunoso e foriero di esiti esegetici assai diversificati trova conferma nella circostanza che la stessa terza Sezione del Consiglio di Stato, nel sollecitare l'intervento nomofilattico dell'Adunanza plenaria sul tema, quando si è trattato di prendere posizione in favore di una soluzione, si è trovata in grosse difficoltà, tant'è che nell'arco di un mese sono state pronunciate tre ordinanze di rimessione, di cui la prima favorevole alla tesi della sospensione del giudizio e le seconde propense ad accogliere la prospettiva patrocinata dalla sentenza n. 3973 del 2022⁴²⁴.

Attesi i contrasti esistenti, il deferimento della questione all'Adunanza plenaria è stato un atto necessitato, ma, in assenza di momenti di interlocuzione con la Corte di Cassazione, l'intervento del Supremo Organo della giustizia amministrativa rischia di non essere risolutivo o, comunque, soddisfacente da un punto di vista sistematico. A quest'ultimo, infatti, viene chiesto – e non poteva essere altrimenti – di stabilire se la proposizione della domanda per controllo giudiziario volontario e la successiva ammissione dell'operatore economico a tale misura di prevenzione patrimoniale facciano sorgere in capo al giudice dell'interdittiva il potere/dovere di sospendere il giudizio oppure, in alternativa, di rinviare l'udienza di trattazione, se già fissata. Non spetta al Consiglio di Stato, ancorché riunito nella sua composizione più autorevole, stabilire se e in che misura l'eventuale reiezione del ricorso avverso l'informazione antimafia si rifletta sull'efficacia della misura di salvaguardia della continuità aziendale.

⁴²⁴ Cons. Stato, sez. III, 6 giugno 2022, n. 4578; Cons. Stato, sez. III, 6 luglio 2022, n. 5615 e Cons. Stato, sez. III, 6 luglio 2022, n. 5624, tutte reperibili in www.giustizia-amministrativa.it. In verità, in punto di questioni devolute all'Adunanza plenaria, le ordinanze non sono perfettamente sovrapponibili. Oltre a quella ampiamente sviscerata nel testo, l'ordinanza n. 4578 del 2022 estende la cognizione del massimo Consesso anche ad un altro profilo, speculare rispetto al primo ed attinente ai rapporti tra il procedimento di prevenzione instaurato ai sensi dell'art. 34 *bis*, comma 6, del d.lgs. n. 159 del 2011 e il giudizio scaturito dall'impugnazione delle misure adottate dal prefetto ai sensi dell'art. 32, comma 10, del d.l. n. 90 del 2014. La Sezione si interroga, in particolare, sulla possibilità di applicare a tale situazione il medesimo meccanismo sospensivo che il Collegio ritiene possa ragionevolmente trovare applicazione per la 'fattispecie madre'.

Quel che è certo è che, a fronte della pervicace tendenza della Corte di Cassazione ad ancorare gli effetti di quest'ultima alla prosecuzione del processo amministrativo, l'Adunanza plenaria si troverà di fronte ad un bivio: o aderire al paradigma della autonomia, nella consapevolezza però di mettere così a rischio il percorso virtuoso intrapreso da molte unità produttive tramite la volontaria sottoposizione al controllo del tribunale della prevenzione, o assumere un atteggiamento di maggior cautela e sposare la tesi della interferenza.

Del resto, sulla base del testo di legge, l'unico dato ad apparire incontestabile è la configurazione dell'impugnazione del provvedimento prefettizio in termini di condizione di ammissibilità della misura. Non esiste, di contro, alcun sicuro indice normativo che subordini l'esecuzione della stessa alla pendenza del detto giudizio. Le pronunce orientate in favore di questa tesi scontano l'influenza della giurisprudenza penale e paiono animate più dalla preoccupazione di individuare una soluzione pratica che escluda la caducazione automatica dei benefici frattanto concessi dal giudice della prevenzione piuttosto che dalla necessità di reperire solide basi teoriche a fondamento delle proprie conclusioni. Prova ne è che – leggendo tra le righe degli arresti esaminati – talvolta capita che la sospensione del giudizio e il differimento dell'udienza vengano vissute come ipotesi quasi interscambiabili, in quanto funzionali ad ottenere il medesimo risultato⁴²⁵.

Superando le contingenze del caso concreto e assumendo una visione più generale delle dinamiche processuali, le suddette soluzioni manifestano tutta la loro debolezza. Far discendere l'efficacia sospensiva del processo dall'art. 34 *bis*, comma 7, del d.lgs. n. 159 del 2011 non convince. Detta disposizione, nel prescrivere che il provvedimento con il quale viene disposto il controllo giudiziario sospende gli effetti di cui all'art. 94, ha una chiara valenza sostanziale. Essa si limita ad affermare che l'applicazione della misura richiesta rimuove le inibizioni alla prosecuzione dell'attività d'impresa, senza alcuna pretesa di proiezione del detto effetto sospensivo anche sul processo in essere.

⁴²⁵ Cons. Stato, sez. III, 5 luglio 2021, n. 5134, cit., dove il Collegio alla fine opta per il rinvio dell'udienza in ragione dell'istanza di differimento formulata dall'impresa interessata.

A ciò si aggiunga che, a stretto rigore, siccome il meccanismo sospensivo ingenera una dilatazione dei tempi processuali in deroga ai principi di concentrazione e celerità del giudizio, lo stesso dovrebbe fondarsi su una sicura base legale e l'art. 295 c.p.c. non pare a tal fine sufficiente.

In proposito, giova rammentare che il codice del processo amministrativo non contiene un'autonoma disciplina delle cause di sospensione; l'art. 79 c.p.a. rinvia genericamente al codice di rito civile, alle altre leggi e al diritto dell'unione europea. La norma di riferimento in materia è proprio l'art. 295 c.p.c., a mente del quale «*Il giudice dispone che il processo sia sospeso in ogni caso in cui egli stesso o altro giudice deve risolvere una controversia, dalla cui definizione dipende la decisione della causa*». Circa le condizioni per la sussistenza del rapporto di pregiudizialità-dipendenza richiesto dalla citata disposizione onde far scattare il meccanismo sospensivo, la giurisprudenza civile ne propone una lettura riduttiva, tanto da considerarlo integrato soltanto nella misura in cui la definizione di una controversia costituisca l'indispensabile antecedente logico giuridico di un'altra e l'accertamento di tale antecedente sia in questa richiesto con efficacia di giudicato⁴²⁶. Ciò detto, nel caso di specie, non sembra potersi predicare l'esistenza di un rapporto di tal fatta tra la causa pendente dinanzi al tribunale della prevenzione e quella instaurata innanzi al giudice amministrativo, attesa la diversità dei rispettivi ambiti di cognizione, che peraltro esclude il rischio di un possibile conflitto tra giudicati. L'accertamento in ordine alla legittimità della nota prefettizia non 'dipende' - nel senso che si è cercato di chiarire - dalla verifica compiuta in ordine alla ricorrenza dei requisiti

⁴²⁶ Cfr. *ex multis*: Cass. civ., sez. VI, 20 gennaio 2015, n. 798, in *Arch. circ. sin.*, 2015, 6, 541; Cass. civ., VI, 24 settembre 2013, n. 21794, secondo cui: «La sospensione necessaria del processo può essere disposta, a norma dell'art. 295 cod. proc. civ., quando la decisione del medesimo dipenda dall'esito di altra causa, nel senso che questo abbia portata pregiudiziale in senso stretto, e cioè vincolante, con effetto di giudicato, all'interno della causa pregiudicata, ovvero che una situazione sostanziale rappresenti fatto costitutivo, o comunque elemento fondante della fattispecie di altra situazione sostanziale, sicché occorra garantire uniformità di giudicati, essendo la decisione del processo principale idonea a definire, in tutto o in parte, il "*thema decidendum*" del processo pregiudicato».

previsti dall'art. 34 *bis*, comma 6, del d.lgs. n. 159 del 2011. E, in effetti, anche le sentenze favorevoli a sospendere il giudizio non celano un certo disagio nei confronti dello strumento, tanto da parlare di causa 'impropria' di sospensione, quasi a voler rimarcare la distanza rispetto al modello legale di riferimento.

Parimenti, non coglie nel segno la tesi del differimento d'udienza, se non altro perché un rinvio *sine die*, in attesa degli esiti del procedimento prevenzionale, si porrebbe in tensione con la nuova formulazione dell'art. 73, comma 1 *bis*, c.p.a., che – a seguito delle modifiche recate dal d.l. 9 giugno 2021, n. 80, convertito con modificazioni nella legge 6 agosto 2021, n. 113 – ammette il differimento della trattazione della causa in presenza di «*casi eccezionali*», di cui deve essere fatta menzione nel verbale d'udienza. La soluzione avanzata finirebbe quindi per far assurgere a regola generale una prassi che dovrebbe invece restare confinata a ipotesi del tutto residuali.

Di tutte queste criticità si è fatta carico l'ordinanza di rimessione n. 4578 del 2022, che, avallando la soluzione incentrata sul meccanismo sospensivo, indulge in un imponente sforzo motivazionale dalle cadenze argomentative per certi aspetti paradossalmente simili a quelle fatte proprie dall'orientamento inaugurato dalla pronuncia del T.a.r. Catania n. 1219 del 2022. In entrambi i casi il punto di partenza del ragionamento è costituito dalla necessità di un'attualizzazione della prognosi di permeabilità mafiosa conseguente alla conclusione del percorso emendativo intrapreso dall'operatore economico attraverso la volontaria sottoposizione alla misura del controllo giudiziario. La necessità che, terminato detto periodo, la prefettura effettui, su istanza dell'operatore interessato ovvero d'ufficio, una nuova valutazione così da saggiare la persistenza del rischio infiltrativo e, in caso negativo, rilasciare un'informazione a contenuto liberatorio se da un lato conduce il tribunale siciliano a ritenere il giudizio avverso la prima interdittiva 'superato' a fronte della concessione della misura giurisdizionale e, quindi, improcedibile, dall'altro spinge invece il Consiglio di Stato a propendere per il meccanismo sospensivo. Ad avviso di quest'ultimo, infatti, in pendenza di esecuzione della misura, il processo amministrativo dovrebbe entrare in una fase di quiescenza in attesa della seconda manifestazione del potere prefettizio. Diversamente, esauendosi

nell'esame dell'inibitoria originariamente impugnata, esso si isolerebbe in una «visione unicamente retrospettiva», rinunciando così ad aprirsi «ad una considerazione più ampia e complessa della disciplina antimafia che, (...) nel “dialogo” tra i vari attori della medesima e unitaria vicenda amministrativa *in fieri*, è per sua stessa natura, e si fa per necessità, dinamica e non statica»⁴²⁷.

La chiave di lettura proposta dal Collegio – che, invero, reca con sé l'eco di autorevoli voci dottrinali⁴²⁸ - è suggestiva ed ha l'indubbio merito di andare oltre la semplice ricostruzione del quadro giurisprudenziale, facendosi portavoce di una linea interpretativa già battuta quanto a soluzioni ma innovativa in punto di itinerario logico seguito per suffragarne la correttezza.

Nondimeno, cercando tra le pieghe della motivazione, si avverte una sensazione: anziché partire dal dato normativo e, sulla base di quest'ultimo, vagliare la soluzione positivamente più convincente, è come se il Collegio si sforzi di argomentare a favore di un'ipotesi ricostruttiva data per presupposta. In questo senso riaffiorano i condizionamenti provenienti dalla giurisprudenza penale. Emblematici, al riguardo, alcuni passaggi motivazionali dove si legge testualmente: «Una pronuncia del giudice amministrativo che definisse il giudizio senza attendere l'esito del controllo giudiziario, richiesto e poi disposto, spezzerebbe una vicenda che è, nella astratta e generale considerazione del legislatore, ma soprattutto deve restare, in concreto, unitaria proprio per consentire al controllo giudiziario di svolgere la sua funzione e, cioè, quella di “emendare” l'impresa infiltrata, e di consentirle di ottenere il bene della vita finale, oggetto del giudizio amministrativo, e cioè la cessazione – definitiva – di ogni effetto interdittivo conseguente all'assenza – o, comunque, al venir meno – di ogni pericolo di infiltrazione mafiosa»⁴²⁹. Parimenti, in un altro punto della motivazione: «Al contrario, e diversamente ritenendo, la bonifica dell'impresa,

⁴²⁷ Cfr.: § 17.1. dell'ordinanza.

⁴²⁸ M. MAZZAMUTO, *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, cit., 70; ID., *Misure giurisdizionali di salvataggio delle imprese versus misure amministrative di completamento dell'appalto: brevi note sulle modifiche in itinere al Codice antimafia*, in www.penalecontemporaneo.it, 20 aprile 2016, 5.

⁴²⁹ Cfr.: § 17.2. dell'ordinanza.

una volta sopraggiunto il giudicato amministrativo di rigetto, dovrebbe passare attraverso altre strade e ricominciare *ex novo* in via amministrativa, anche mediante le misure di cui all'art. 94-*bis* del d. lgs. n. 159 del 2011, senza poter fruire dell'efficacia risanatrice offerta dallo strumento del controllo giudiziario, sotto la vigilanza prescrittiva del tribunale, strumento che ha proprio nell'impugnazione dell'informativa il suo presupposto sicché, e paradossalmente, l'impresa dovrebbe prima impugnare l'informativa per ottenerlo e poi perderlo per avere impugnato l'informativa in un giudizio inesorabilmente destinato a concludersi a discapito di ogni controllo giudiziario, richiesto e/o concesso. La conferma definitiva del provvedimento interdittivo, per il disallineamento dei tempi tra il giudizio amministrativo e il procedimento del controllo giudiziario, priverebbe l'impresa di questa possibilità, che invece il legislatore ha previsto per consentire all'impresa di emendarsi *sponte sua*»⁴³⁰.

A ben guardare, da un'attenta lettura dei passi riprodotti, due sono le osservazioni che balzano all'evidenza. Anzitutto, il Collegio dimostra di avere una considerazione un po' troppo elevata degli operatori economici. Il fatto che un'impresa, colpita da un provvedimento prefettizio, decida di presentare istanza *ex art. 34 bis*, del d.lgs. n. 159 del 2011 non vuol dire che abbia spontaneamente deciso di intraprendere un percorso di affrancamento da condizionamenti mafiosi. Significa, piuttosto, che sulla base di un calcolo razionale essa reputa la possibilità di proseguire nella propria attività - sia pure sotto l'egida di un amministratore giudiziario e del tribunale della prevenzione - un 'male minore' rispetto alla prospettiva di veder paralizzati i propri affari. In quest'ottica, il controllo giudiziario costituisce una scelta utilitaristica che l'ordinamento ammette, pretendendo come contropartita - onde evitare possibili abusi dello strumento - che il privato si attivi per contestare la legittimità dell'informativa, di fatto dimostrando che la richiesta è assistita da un certo grado di serietà.

Ciò premesso, l'affermazione secondo cui, in difetto del meccanismo sospensivo, la decisione del giudice amministrativo - laddove confermativa della nota prefettizia - pregiudicherebbe la possibilità per l'azienda di completare

⁴³⁰ Cfr.: § 17.4. e 17.5. dell'ordinanza.

il percorso di riallineamento alla legalità e, quindi, di conseguire il bene della vita cui essa aspira non è dirimente. Ammesso e non concesso che l'operatore aspiri davvero a 'ripulirsi' da eventuali scorie malavitose e non semplicemente a continuare la propria attività nella speranza di vedere presto annullato il provvedimento limitativo della propria sfera giuridica, ci potremmo chiedere come dovrebbe comportarsi il giudice amministrativo di fronte ad un ricorso manifestamente irricevibile ovvero inammissibile. Seguendo la logica proposta dal Consiglio di Stato, non dovrebbe esservi differenza tra una pronuncia di rito ed una pronuncia di merito. Qualsiasi sentenza confermativa dell'inibitoria, nello 'spezzare' l'unitarietà della fattispecie, finirebbe per 'danneggiare' l'organismo economico, impedendogli di portare a conclusione l'*iter* emendativo disposto dal tribunale penale.

Beninteso, non che un siffatto pericolo non sia reale. Il punto, però, sembrerebbe essere un altro. Nell'affrontare il tema il giudice amministrativo non dovrebbe calibrare le proprie valutazioni in funzione dell'orientamento seguito dalla giurisprudenza ordinaria, incline a sostenere la tesi della interferenza tra i giudizi. Quest'ultima, in particolare, oltre a non trovare un sicuro addentellato normativo, rappresenta il motivo principale delle frizioni esistenti in materia tra l'una e l'altra giurisdizione.

Di contro, la soluzione ispirata al principio di reciproca autonomia, patrocinata dalla sentenza n. 3973 del 2022 e fatta propria dalla seconda e dalla terza ordinanza di rimessione (nn. 5615 e 5624 del 2022), si fa apprezzare per una maggiore linearità. Si provi ad immaginare il seguente itinerario: l'impresa attinta dall'inibitoria impugna il provvedimento e contestualmente presenta richiesta *ex art. 34 bis*, comma 6, del d.lgs. n. 159 del 2011. L'istanza viene accolta e l'azienda inizia ad operare sotto la vigilanza prescrittiva del tribunale della prevenzione. In costanza di esecuzione della misura interviene la sentenza del giudice amministrativo. A questo punto, delle due l'una: se il giudice accoglie il ricorso e annulla l'inibitoria prefettizia, verrebbe meno il presupposto stesso del controllo giudiziario volontario; se invece il giudice rigetta il ricorso, il cristallizzarsi della nota interdittiva rappresenta la miglior conferma della necessità di prosecuzione nel percorso emendativo intrapreso, non solo

nell'interesse dell'unità produttiva che vi si è sottoposta ma anche nell'interesse pubblico al sollecito recupero dell'operatore controindicato. Al termine di tale periodo di monitoraggio, al tribunale spetterà decidere se procedere con altra (e più invasiva) misura di prevenzione patrimoniale, oppure dichiarare il buon esito della messa alla prova. In questo secondo caso, anche il prefetto, magari su iniziativa della stessa impresa interessata, sarà chiamato ad aggiornare la propria precedente valutazione e, nel farlo, pur senza esserne formalmente vincolato, non potrà non tenere nella debita considerazione le risultanze dell'attività di riavvicinamento alla legalità attuata sotto l'egida del tribunale.

A quel punto, pur trattandosi di un'ipotesi del tutto remota, non può tuttavia escludersi che la prefettura reputi ancora persistente il rischio infiltrativo anche dopo l'intermediazione giurisdizionale. In tale evenienza, l'amministrazione dell'Interno potrà procedere – previo contraddittorio con l'impresa – ad applicare la misura del controllo amministrativo *ex art. 94 bis* ovvero, in caso di agevolazione non occasionale, ad emettere un nuovo provvedimento inibitorio non meramente confermativo di quello in precedenza adottato, che l'impresa avrà l'onere di tempestivamente impugnare ove ritenga di reiterare l'istanza *ex art. 34 bis*, comma 6. La riedizione del potere prefettizio apre infatti una fase nuova che pone l'operatore economico in una situazione del tutto analoga a quella iniziale, di talché, in difetto di una chiara previsione di segno contrario, nulla osta ad una riproposizione della misura di prevenzione patrimoniale.

In conclusione, dunque, alla luce delle riflessioni che precedono e delle storture che possono darsi, viene da chiedersi se non sarebbe forse il caso di incentivare forme di cooperazione tra i due plessi giudiziari sulla scia di una tradizione tanto antica quanto nobile, che ha visto nei concordati giurisprudenziali strumenti sicuramente «insoliti» ma, al contempo, estremamente utili per superare gli «inconvenienti più gravi» e le «incongruenze maggiori» del sistema di giustizia amministrativa⁴³¹. Traslando il tema allo

⁴³¹ M.S. GIANNINI – A. PIRAS, voce *Giurisdizione amministrativa*, in *Enc. Dir.*, vol. XIX, Milano, 1959, 250. Il riferimento è, in particolare, al celebre concordato degli anni Trenta

specifico ambito oggetto di indagine, l'attivazione di momenti di proficuo dialogo tra le due giurisdizioni⁴³², cui peraltro si è fatto ricorso anche in tempi più recenti, rappresenta uno strumento irrinunciabile per acquisire maggiore consapevolezza dei problemi ed individuare soluzioni condivise nel quadro di una rinnovata concezione della funzione giurisdizionale che da potere - spesso volte autoreferenziale - si fa servizio alla comunità e al cittadino⁴³³.

3. Le misure prefettizie di 'salvataggio' del contratto: l'art. 32 del d.l. 24 giugno 2014, n. 90 tra prevenzione anticorruzione e prevenzione antimafia

La costruzione di un'efficace strategia di contrasto alle interferenze della criminalità organizzata nell'economia legale e, segnatamente, nella contrattualistica pubblica non è affidata alle sole misure giurisdizionali.

che vide il Primo Presidente della Corte di Cassazione (Mariano D'Amelio) e il Presidente del Consiglio di Stato (Santi Romani) confrontarsi in tema di riparto di giurisdizione (cfr. nt. 201).

⁴³² In quest'ottica deve essere letta la ricerca condotta dall'Ufficio studi, massimario e formazione della Giustizia amministrativa nel 2017 in tema di diniego di giurisdizione. Il documento è reperibile al seguente *link*: https://www.giustizia-amministrativa.it/documents/20142/160693/nsiga_4467904.pdf/59c42efd-eaef-895a-e7e9-b25fcd049a1e.

Mosso dallo stesso intento di armonizzazione delle funzioni nomofilattiche a garanzia della certezza del diritto e dell'unità dell'ordinamento è il *Memorandum* siglato in data 15 maggio 2017 dai vertici delle tre giurisdizioni (ordinaria, amministrativa e contabile), in forza del quale essi si sono impegnati a promuovere iniziative in tal senso anche tramite la sistematizzazione di appositi raccordi organizzativi e funzionali. Il documento è consultabile al seguente indirizzo: [http://www.italiadecide.it/wp-content/uploads/2019/04/Memorandum_15052017\(1\).pdf](http://www.italiadecide.it/wp-content/uploads/2019/04/Memorandum_15052017(1).pdf).

⁴³³ Insiste su questo profilo G.D. COMPORI, *Dalla giustizia amministrativa come potere alla giurisdizione amministrativa come servizio*, in ID. (a cura di), *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, a sua volta in L. FERRARA – D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, Firenze, 2016, 7 ss.

Già prima del recente innesto normativo con cui è stata introdotta la figura della prevenzione collaborativa all'autorità prefettizia erano riconosciuti penetranti poteri a contenuto conformativo. Il riferimento è all'art. 32 del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito con modificazioni dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, recante «*Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari*»⁴³⁴.

La disposizione, a dispetto della *rubrica legis* che evoca la sola prevenzione della corruzione, si colloca su un territorio di confine tra quest'ultima e la disciplina antimafia⁴³⁵. Qualora venga disposta con finalità anticorruzione (art. 32, comma 1)⁴³⁶, la sequenza procedimentale si snoda

⁴³⁴ In generale sul cosiddetto Decreto Madia si veda: F. DI CRISTINA, *La nuova vita dell'Anac e gli interventi in materia di appalti pubblici in funzione anti-corruzione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 11, 1023.

⁴³⁵ In tema, cfr.: G. RUGGIERO, *Le misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione della corruzione*, in M. NUNZIATA (a cura di), *Riflessioni in tema di lotta alla corruzione*, Roma, 2017, 409 ss.; T. GUERINI – F. SGUBBI, *L'art. 32 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90. Un primo commento*, in www.penalecontemporaneo.it, 24 settembre 2014; R. MANGANI, *Corruzione negli appalti, revoca dei contratti, commissariamento: brevi note anche a seguito dell'entrata in vigore del Decreto legge 24 giugno 2014, n. 90*, in *Giustamm*, 2014, 7.

⁴³⁶ Anche se la formula 'finalità anticorruzione', adoperata per distinguere la fattispecie di cui all'art. 32, comma 1 da quella contemplata al successivo comma 10, è ormai comunemente invalsa nel lessico dei giuristi, l'espressione rischia di rivelarsi riduttiva. A mente della disposizione citata, infatti, il potere d'impulso in capo all'organo di vertice dell'A.n.a.c. sussiste ogni qual volta l'autorità giudiziaria abbia aperto un fascicolo in relazione ad una serie composta di reati matrice tassativamente individuati, nonché «*in presenza di rilevate situazioni anomale e comunque sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali attribuibili ad un'impresa aggiudicataria di un appalto per la realizzazione di opere pubbliche, servizi o forniture (...)*». Le ipotesi delittuose che permettono l'attivazione del procedimento sono le seguenti: concussione (art. 317 c.p.), corruzione per l'esercizio della funzione (art. 318 c.p.), corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio (art. 319 c.p.), corruzione aggravata (art. 319 *bis* c.p.), corruzione in atti giudiziari (art. 319 *ter* c.p.), induzione indebita a dare o promettere utilità (art. 319 *quater* c.p.), corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio (art. 320 c.p.), istigazione alla corruzione (art. 322 c.p.), peculato, concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità, corruzione e istigazione alla corruzione di membri delle Corti internazionali

secondo un andamento bifasico: il potere di iniziativa spetta al presidente dell'A.n.a.c., che informa il procuratore della Repubblica e propone al prefetto la misura ritenuta più idonea rispetto alla situazione attenzionata. La proposta non è vincolante per l'amministrazione dell'Interno, la quale conserva una propria autonomia sia in ordine alla verifica dei presupposti applicativi dell'intervento che con riferimento alla scelta della misura da applicare⁴³⁷. La previsione di due momenti perfettamente speculari risponde alla necessità di conciliare esigenze di speditezza del procedimento con un rafforzamento di quelle garanzie che devono circondare qualsivoglia forma di limitazione della libertà d'impresa⁴³⁸. Laddove invece venga disposta con finalità antimafia (art. 32, comma 10), le misure vengono disposte di propria iniziativa dal prefetto che è tenuto a darne comunicazione al presidente dell'A.n.a.c.

Trattasi di poteri particolarmente penetranti che si pongono su un delicato crocevia tra diritto amministrativo, diritto penale e diritto civile⁴³⁹. Più precisamente, gli strumenti a disposizione dell'autorità prefettizia si sostanziano: 1) nell'ordine di rinnovazione degli organi sociali (art. 32, comma 1, lett. a); 2)

o degli organi delle Comunità europee o di assemblee parlamentari internazionali o di organizzazioni internazionali e di funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri (art. 322 *bis* c.p.), traffico di influenze illecite (art. 346 *bis* c.p.), turbata libertà degli incanti (art. 353 c.p.), turbata libertà del procedimento di scelta del contraente (art. 353 *bis* c.p.).

⁴³⁷ R. CANTONE – B. COCCAGNA, *L'impresa raggiunta da interdittiva antimafia tra commissariamenti prefettizi e controllo giudiziario*, in G. AMARELLI – S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti*, cit., 287.

⁴³⁸ ID., *I poteri del presidente dell'Anac nel d.l. 90*, in R. CANTONE – F. MERLONI (a cura di), *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, Torino, 2015, 105 ss.

⁴³⁹ F. TESTI, *Il commissariamento delle imprese appaltatrici ex art. 32, d.l. n. 90/2014*, in M. D'ALBERTI (a cura di), *Corruzione e pubblica amministrazione*, cit., 693. L'Autore, pur riconoscendo l'apprezzabile atteggiamento di *self-restraint* adottato dalle prefetture nell'utilizzo dello strumento, esprime forti dubbi circa la sua compatibilità costituzionale, definendolo «espressione di un potere potenzialmente *ultra-autoritativo*», attraverso il quale «la pubblica amministrazione può intervenire sul ramo d'impresa e sul sinallagma in corso (...), dispiegando un'azione che si spinge ben al di là dei canoni dell'autorità tradizionalmente previsti dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale» (*ivi*, 707-708).

nella straordinaria e temporanea gestione dell'impresa anche limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto ovvero dell'accordo contrattuale o della concessione (art. 32, comma 1, lett. b); 3) nel sostegno e monitoraggio dell'unità produttiva tramite la nomina di uno o più esperti che devono seguirla e supportarla nel superamento delle criticità riscontrate (art. 32, comma 8).

Tanto nell'ipotesi *sub* 1) quanto in quella *sub* 2), la prefettura può altresì ordinare alla stazione appaltante che i pagamenti all'operatore economico siano disposti al netto dell'utile derivante dalla conclusione del contratto, quantificato nel dieci per cento del corrispettivo, da accantonare in un apposito fondo.

Le misure rispondono ad una logica di gradazione dell'intervento pubblico nel governo dell'economia e la scelta rimessa in ultima istanza alla prefettura deve avvenire in relazione alla gravità della situazione riscontrata a carico dell'azienda e della corrispondente necessità di elidere profili di illegalità riscontrati nell'attività di quest'ultima⁴⁴⁰.

Più nel dettaglio, la prima mira ad estromettere dalla *governance* d'impresa i soggetti coinvolti negli illeciti. Laddove, entro trenta giorni, l'operatore non dia seguito all'ingiunzione prefettizia, l'amministrazione dell'Interno dispone nei successivi dieci giorni il commissariamento del contratto di cui al comma 1, lett. b), così che l'opera venga eseguita in un regime pubblicistico di legalità controllata. Infine, la terza misura prefigura una forma più morbida di tutoraggio, finalizzata non già a scalzare gli assetti societari esistenti, bensì a prevederne un affiancamento e così favorire una sana e corretta amministrazione degli *asset* aziendali.

La differenza tra la straordinaria e temporanea gestione, da un lato, e il sostegno e monitoraggio, dall'altro, non si esaurisce però nel diverso livello di invasività dell'una rispetto all'altra, ma involge la latitudine stessa dello

⁴⁴⁰ T.a.r. Campania, Napoli, sez. I, 13 ottobre 2020, n. 4484, in *Foro amm.*, 2020, 10, 1932. In termini si veda anche: ANAC – MINISTERO DELL'INTERNO, *Seconde Linee Guida per l'applicazione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione anticorruzione e antimafia*, 27 gennaio 2015, 4. Il documento è reperibile sul sito istituzionale dell'Autorità.

strumento. Mentre la prima è una misura *ad contractum*, che comporta uno spossessamento gestorio chirurgicamente riferito al negozio inquinato, la seconda attiene all'impresa nel suo complesso ed è destinata a trovare applicazione allorquando le indagini penali pendenti riguardino «*componenti di organi societari diversi*». La formulazione è, a tutta evidenza, il risultato di un difetto di coordinamento tra il comma ottavo e il comma primo, quest'ultimo non fornendo alcuna specifica indicazione in ordine ai soggetti a carico dei quali le investigazioni devono essere rivolte ai fini della operatività della misura di maggior impatto. In base all'interpretazione giurisprudenziale formatasi sul dato normativo, si ritiene che il monitoraggio possa essere disposto ove la situazione di irregolarità coinvolga «componenti di organi societari non necessari (...) ai quali, dunque, non è demandata la responsabilità dell'amministrazione dell'azienda e che, dunque, riflettono un minore livello di infiltrazione criminale nei meccanismi vitali dell'impresa»⁴⁴¹.

Di particolare interesse ai nostri fini è, tuttavia, l'altro ambito applicativo della fattispecie, quello legato alla finalità antimafia.

⁴⁴¹ Cons. Stato, sez. III, 3 marzo 2021, n. 1791, in *Foro amm.*, 2021, 3, 475. In senso adesivo: Cons. Stato, sez. III, 10 luglio 2020, n. 4406, in *Foro amm.*, 2020, 7-8, 1409.

Sul punto si erano già espressi anche ANAC – MINISTERO DELL'INTERNO, *Seconde Linee Guida per l'applicazione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione anticorruzione e antimafia*, cit., 4-5, ad avviso dei quali la tipologia più *soft* di gestione può «essere attivata nei casi in cui il *vulnus* coinvolga figure societarie apicali ma diverse dagli organi di amministrazione in senso proprio (ad es. il direttore tecnico, ovvero organi societari di imprese diverse dalla aggiudicataria come ad esempio gli amministratori della controllante)».

Nel valorizzare i principi di gradazione e proporzionalità che devono orientare il prefetto nell'applicazione degli istituti, parte della giurisprudenza si spinge oltre il dato normativo, giungendo ad affermare che «La misura del sostegno e monitoraggio dell'impresa di cui all'art. 32, comma 8 del D.L. n. 90/2014 è applicabile non solo al caso in cui le vicende giudiziarie abbiano coinvolto soggetti diversi dai componenti degli organi sociali dell'impresa, ma anche quando i fatti corruttivi rivelino un minor grado di compromissione e di rischio per l'operatore economico, in una prospettiva di recupero, supporto e controllo dei processi organizzativi, al fine di agevolare il ritorno dell'attività imprenditoriale entro parametri di piena legalità» (cfr.: Cons Stato, sez. III, 3 febbraio 2020, n. 503, in *Foro amm.*, 2020, 2, 260).

Anche in questo caso il testo di legge si appalesa alquanto opaco, posto che l'art. 32, comma 10, si limita ad estendere il perimetro operativo della disposizione – inizialmente concepita per fronteggiare situazioni di irregolarità connesse alla cosiddetta criminalità dei colletti bianchi – alla diversa ipotesi in cui sia stata emessa un'informazione interdittiva e sussista l'urgente necessità di assicurare il completamento dell'esecuzione del contratto ovvero la sua prosecuzione, al fine di garantire la continuità di funzioni e servizi indifferibili per la tutela di diritti fondamentali, nonché per la salvaguardia dei livelli occupazionali o dell'integrità dei bilanci pubblici. *Prima facie* sembrerebbe che l'armamentario a disposizione del prefetto per intervenire in ordine alla detta criticità sia il medesimo di quello esaminato in riferimento alla finalità anticorruzione, con la conseguenza che, similmente, egli sarà chiamato a optare per il presidio di legalità che offra maggiori garanzie in relazione al contratto da decontaminare. Invero, alla luce dell'orientamento manifestato dall'A.n.a.c. sin dai primi tempi della riforma, la varietà tipologica propria delle misure previste dalla disposizione in commento si esaurisce allorquando si passa dall'uno all'altro ambito di riferimento. Nell'ipotesi di cui all'art. 32, comma 10, infatti, sarebbe applicabile soltanto la straordinaria e temporanea gestione dell'impresa, in quanto unico presidio in grado di sospendere l'effetto inibitorio del provvedimento prefettizio con riguardo al contratto commissariato, consentendone l'esecuzione.

A tal proposito, peraltro, mette conto segnalare che l'art. 32, comma 10, dopo aver enucleato le esigenze di interesse pubblico in presenza delle quali è riconosciuto all'autorità prefettizia il potere di commissariare il segmento di attività relativo al negozio inquinato, contiene una precisazione significativa nella misura in cui consente di attivare il presidio anche quando ricorrano i presupposti per l'applicazione dell'art. 94, comma 3, del d.lgs. n. 159 del 2011.

La disposizione richiamata, come ampiamente detto (*supra* cap. III, § 4.2.), facoltizza la stazione appaltante a derogare alla regola che impone la caducazione di tutti i rapporti in essere tra l'operatore controindicato e la pubblica amministrazione, allorquando «*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».

Dalla lettura combinata dei due enunciati normativi emerge che la prefettura è tenuta a fare luogo alla straordinaria e temporanea gestione se ricorrono le particolari condizioni fissate dalla norma, e ciò indipendentemente dalla circostanza che l'amministrazione abbia espresso l'intenzione di proseguire nel rapporto contrattuale in essere.

La previsione di cui all'art. 32, comma 10, non sposta i termini del rapporto regola/eccezione, giacché la continuazione della prestazione negoziale mantiene comunque carattere di assoluta eccentricità rispetto ai principi informatori della materia. Conseguentemente, l'esercizio di tale potere da parte dell'amministrazione dell'Interno impone uno sforzo motivazionale mirato a dare puntualmente conto dell'imprescindibilità dell'intervento.

In ogni caso, la scelta di costruire gli istituti in chiave di prevalenza della valutazione prefettizia su quella operata dalla stazione appaltante è giustificata dal fatto che l'una presuppone l'esecuzione del contratto in un regime di legalità controllata, mentre l'altra risulta sganciata da qualsivoglia forma di intervento conformativo da parte dei pubblici poteri⁴⁴². In altre parole, il potere riconosciuto ex art. 94, comma 3, del d.lgs. n. 159 del 2011 all'organismo committente mira esclusivamente alla sollecita esecuzione della commessa, laddove invece la gestione commissariale si ammanta di un'ulteriore funzione collegata alla

⁴⁴² ANAC – MINISTERO DELL'INTERNO, *Seconde Linee Guida per l'applicazione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione anticorruzione e antimafia*, cit., 9.

In termini, in giurisprudenza, cfr.: Cons. Stato, sez. III, 28 aprile 2016, n. 1630, in *Foro amm.*, 2016, 4, 796, che chiarisce: «La prosecuzione della esecuzione del contratto, laddove disposta dall'Amministrazione ai sensi dell'art. 94, comma 3, del d. lgs. n. 159 del 2011, cederà il passo, perché recessiva, al preminente interesse pubblico dell'amministrazione controllata di cui all'art. 32, comma 10, del d.l. n. 90 del 2014, come chiarisce lo stesso dato letterale di tale ultima disposizione» (*ivi*, § 5.15.).

neutralizzazione della situazione di irregolarità incidente su quello specifico contratto⁴⁴³.

4. *Le interrelazioni esistenti tra giurisdizione e amministrazione*

Nelle pagine che precedono si è dato conto delle interrelazioni esistenti tra la giurisdizione penale e la giurisdizione amministrativa alla luce del prevalente orientamento formatosi sull'art. 34 *bis* del d.lgs. n. 159 del 2011.

A questo punto, esaminate anche le misure di competenza prefettizia, conviene interrogarsi sui rapporti tra queste ultime e il controllo giudiziario.

Trattasi di due modalità di intervento che rispondono a logiche non perfettamente sovrapponibili, ma che nella loro concreta applicazione sono destinate ad ingenerare problemi di coordinamento dal rilevante impatto teorico, oltre che pratico. Supponiamo che, dopo aver adottato il provvedimento inibitorio, il prefetto proceda a nominare un *pool* di esperti per la straordinaria e temporanea gestione dell'impresa, riservando ad un momento successivo l'indicazione degli specifici contratti soggetti alla misura⁴⁴⁴. Del resto, è verosimile che quando la prefettura emette la nota interdittiva non abbia piena contezza di tutte le commesse che l'operatore si è nel frattempo aggiudicato o, comunque, difetti di un quadro conoscitivo completo sulla cui base svolgere le opportune valutazioni ai fini della adozione delle misure di cui all'art. 32, comma 10, del d.l. n. 90 del 2014. Immaginiamo, quindi, che con il provvedimento di nomina degli amministratori questi siano incaricati di eseguire una puntuale ricognizione di tutti i contratti pubblici di appalto e di tutte le

⁴⁴³ Cfr., *ex multis*: Cons. Stato, sez. III, 24 luglio 2015, n. 3653, in *Foro amm.*, 2015, 7-8, 1911.

⁴⁴⁴ Sulla possibilità che la misura straordinaria prefettizia segua l'emissione dell'informativa, anziché precederla, cfr.: T.a.r. Campania, Napoli, sez. I, 3 dicembre 2018, n. 6945, in *Foro amm.*, 2018, 12, 2337; Cons. Stato, sez. III, 28 aprile 2016, n. 1630, cit.; Cons. Stato, sez. III, 24 luglio 2015, n. 3653, cit.

concessioni di natura pubblica in corso di esecuzione o di completamento, facenti capo all'azienda controindicata. Va da sé che, in attesa del risultato dello *screening*, le amministrazioni aggiudicatrici non sono formalmente esentate dal procedere con la risoluzione degli accordi contrattuali in essere, salvo che non ricorrano le condizioni per attivare il meccanismo conservativo previsto dall'art. 94, comma 3, del d.lgs. n. 159 del 2011. Ora, vero è che in una simile situazione sarebbe forse preferibile mantenere un atteggiamento prudente e attendere gli esiti della valutazione prefettizia, poiché, siccome il successivo provvedimento con cui vengono individuati i contratti da commissariare non ha efficacia retroattiva, non è ammessa alcuna reviviscenza di negozi *medio tempore* caducati, ma – è bene ribadirlo – nessun dovere di tal fatta incombe sul committente pubblico.

Ipotizziamo, quindi, che nella vicenda appena descritta si inserisca quale elemento di maggiore complessità l'impugnazione dell'inibitoria e la conseguente richiesta di ammissione al controllo giudiziario. Ove il tribunale conceda il beneficio, si pone la questione della 'convivenza' dell'istituto con la gestione commissariale disposta dalla prefettura.

In tema di coordinamento tra il piano dell'amministrazione e quello della giurisdizione, la norma di riferimento è l'art. 32, comma 5, del d.l. n. 90 del 2014. La disposizione, dopo aver affermato la cedevolezza delle misure prefettizie a fronte di quelle di prevenzione patrimoniale a carattere ablatorio di competenza della magistratura⁴⁴⁵, chiarisce che «*L'autorità giudiziaria conferma, ove possibile, gli amministratori nominati dal Prefetto*». La gestione commissariale è dunque recessiva rispetto alla confisca, al sequestro e all'amministrazione giudiziaria per espressa previsione di legge. Nulla viene detto invece con riguardo ai rapporti tra la stessa e il controllo giudiziario. La

⁴⁴⁵ L'art. 32, comma 5, primo alinea, stabilisce quanto segue: «*Le misure di cui al comma 2 sono revocate e cessano comunque di produrre effetti in caso di provvedimento che dispone la confisca, il sequestro o l'amministrazione giudiziaria dell'impresa nell'ambito di procedimenti penali o per l'applicazione di misure di prevenzione ovvero dispone l'archiviazione del procedimento*».

circostanza, forse dovuta al fatto che quest'ultimo è assunto ad autonoma misura di prevenzione con la legge n. 161 del 2017 e, quindi, in epoca posteriore all'entrata in vigore della norma in parola, ha impegnato gli interpreti in un *rebus* di non facile soluzione.

Secondo l'impostazione seguita dal Ministero dell'Interno nella circolare n. 11001/119/20(8)-A del 22 marzo 2018⁴⁴⁶, la regola fissata dall'art. 32, comma 5, sarebbe estensibile anche all'ipotesi di sopravvenuta applicazione all'impresa del controllo giudiziario. Il ragionamento condotto muove dalle caratteristiche proprie delle rispettive misure per giungere alla conclusione della necessaria cedevolezza dello strumento prefettizio rispetto a quello disposto dall'autorità giudiziaria. In particolare, ad avviso del Ministero, una tale interpretazione sarebbe la sola rispettosa del principio di proporzionalità, poiché, essendo quello riservato al prefetto un potere conformativo e limitativo della libertà di iniziativa economica, qualora nella scala degli interventi astrattamente possibili alla luce della situazione riscontrata il tribunale ritenga percorribile la strada del controllo giudiziario, dovrebbe considerarsi ultroneo il mantenimento di una gestione separata *ad contractum*.

In verità, però, le peculiarità che differenziano i due istituti si prestano a sostenere anche la soluzione opposta. Al di là del profilo della competenza, controllo giudiziario e commissariamento prefettizio si distinguono essenzialmente per tre aspetti indissolubilmente legati tra loro: il livello di incisività della misura, il perimetro della stessa e gli effetti. Quanto al primo, mentre il provvedimento giurisdizionale comporta l'affiancamento ai vertici aziendali di un amministratore giudiziario con funzioni di supporto e monitoraggio, il provvedimento amministrativo ne determina l'estromissione. Tuttavia, alla maggiore invasività del secondo sul primo fa da contraltare un perimetro più ridotto: il controllo giudiziario si estende alla totalità dei rapporti

⁴⁴⁶ Il testo del documento è reperibile sul sito istituzionale del Ministero al seguente *link*:
https://www.interno.gov.it/sites/default/files/circolare_quesito_pref_catanzaro_art_34bis_d.lgs_159-2011_problematrice_applicative_3_-_22_mar_2018.pdf.

economici facenti capo all'azienda, laddove il commissariamento determina sì lo spossessamento gestorio ma limitato allo specifico ramo aziendale cui si riferisce il contratto inquinato. Tale ultima circostanza si riflette poi sul terzo aspetto considerato, quello della efficacia delle misure. Il provvedimento che dispone il controllo giudiziario sospende gli effetti di cui all'art. 94 del d.lgs. n. 159 del 2011, l'istituto previsto dall'art. 32 del d.l. n. 90 del 2014 è invece inidoneo a determinare la cessazione dell'interdittiva prefettizia che, pertanto, continua a dispiegare la propria forza ostativa al di fuori della gestione separata istituita per l'esecuzione dell'appalto in relazione al quale sono state disposte le misure.

Tale ultimo aspetto è meritevole di particolare attenzione. Se, da un lato, il commissariamento ordinato dal prefetto è insuscettibile di legittimare la partecipazione a gare future, dall'altro, per giurisprudenza consolidata il controllo giudiziario non vale a 'sanare il pregresso'⁴⁴⁷; ragion per cui – seguendo la logica della prevalenza avanzata dal Ministero – laddove lo strumento di cui all'art. 32 del d.l. n. 90 del 2014 dovesse essere revocato a fronte della decisione dell'autorità giudiziaria di applicare la misura di cui all'art. 34 *bis* del d.lgs. n. 159 del 2011, il contratto precedentemente commissariato, in riferimento al quale riprenderebbero a produrre effetto ostativo la nota prefettizia, andrebbe incontro a sicura risoluzione, salvo che la stazione appaltante non decida di far uso del potere eccezionale conferitole dall'art. 94, comma 3.

Se ne desume l'apoditticità della conclusione cui è pervenuto il Ministero, a supporto della quale non pare potersi rinvenire un indice normativo neppure nel nuovo art. 94 *bis*, comma 3, primo alinea, secondo cui le misure amministrative di prevenzione collaborativa «cessano di essere applicate se il tribunale dispone il controllo giudiziario di cui all'articolo 34-bis, comma 2, lettera b)»⁴⁴⁸. Queste ultime, infatti, condividono la medesima *ratio* del controllo

⁴⁴⁷ Cfr. nt. 389.

⁴⁴⁸ In questo senso si esprime, invece, Cons. Stato, sez. III, 6 giugno 2022, n. 4578, cit. (spec. § 25.8.).

giudiziario - vale a dire quella di bonifica dell'impresa - tanto che, come precisato dall'art. 94 *bis*, comma 3, secondo alinea, «*Del periodo di loro esecuzione può tenersi conto ai fini della determinazione della durata del controllo giudiziario*». Di contro, la logica sottesa allo strumento previsto dall'art. 32 è diversa e mira principalmente alla esecuzione controllata del negozio.

Talché, ponendosi su prospettive diametralmente opposte (il primo proiettato al futuro e il secondo rivolto al passato), controllo giudiziario e commissariamento prefettizio ben potrebbero coesistere e completarsi a vicenda. Con una precisazione, però. Ragioni di economia procedimentale e di non dispersione del patrimonio informativo acquisito suggeriscono, in ogni caso, l'applicazione in via di estensione analogica della regola del *favor* per la conferma degli esperti di nomina prefettizia, i quali potrebbero così mettere a frutto l'esperienza maturata nella gestione del contratto inquinato ai fini del risanamento dell'intero complesso aziendale.

5. Notazioni di sintesi

L'ecosistema delle misure antimafia diverse (e alternative) alla documentazione può essere osservato da una duplice prospettiva: dall'alto, dal punto di vista dei soggetti istituzionali coinvolti titolari delle relative potestà, oppure dal basso, dal punto di vista degli operatori economici che le subiscono.

Muovendo dalla seconda, la tendenza legislativa che ha caratterizzato le ultime stagioni di riforma si è sviluppata seguendo una traiettoria che, ferma restando la necessità di promuovere il contrasto al fenomeno della criminalità organizzata tramite l'inflessibile tutela dell'ordine pubblico economico, valorizza un approccio di tipo gradualista, precipitato del principio di proporzionalità. In questo senso, la varietà degli strumenti costituisce essa stessa una tecnica di tutela per i soggetti privati che possono in questo modo sperare di ovviare agli effetti draconiani dell'inibitoria, la quale – vero frutto avvelenato

della convergenza tra paradigma penale e paradigma amministrativo - nella scala degli interventi possibili viene ad assumere la collocazione di *extrema ratio*. Il giudizio, da questo punto di vista, non può quindi che essere positivo.

Passando invece alla prima prospettiva, l'entusiasmo si stempera. La scelta di demandare l'applicazione di siffatti provvedimenti talvolta all'autorità prefettizia e talaltra a quella giudiziaria è fonte di possibili sovrapposizioni e quindi di complicazioni pratiche.

Nelle pagine che precedono si è cercato di offrire alcuni spunti di riflessione per recuperare a razionalità il sistema e superare, già a legislazione invariata, le criticità legate alla proliferazione di strumenti amministrativi e giurisdizionali spesso accomunati da analoghe finalità. Tuttavia, gli sforzi profusi non sono sempre sufficienti a dissipare l'incertezza che avvolge il tema.

In particolare, non è dato discernere il criterio di allocazione della competenza tra l'una e l'altra autorità, posto che ad entrambe sono attribuiti sia poteri ablatori sia poteri conformativi. La rigida demarcazione che aveva portato dapprima alla amministrativizzazione del sistema di prevenzione e, successivamente, alla sua parziale giurisdizionalizzazione sfuma nel flusso pendolare dei corsi e ricorsi storici. L'ibridazione dei piani della *iurisdictio* e della *administratio*, se in linea teorica è funzionale alla implementazione delle garanzie dei privati, alla prova dei fatti rischia di condurre ad esiti affatto auspicabili laddove, come nel caso di specie, non sia ben governata⁴⁴⁹.

⁴⁴⁹ A.M. MAUGERI, *Prevenire il condizionamento criminale dell'economia: dal modello ablatorio al controllo terapeutico delle aziende*, cit., 152, secondo cui: «Rimane più di qualche perplessità sull'opportunità di questa duplicazione di strumenti amministrativi e giurisdizionali, ci si chiede cioè se sia veramente necessario e proporzionato l'intervento amministrativo o piuttosto non sia già sufficiente l'apparato delle misure di prevenzione giurisdizionalizzate; e cioè se di fronte alla sussistenza nei termini del più probabile che no di elementi da cui dedurre un tentativo di infiltrazione mafiosa, non sia preferibile un sistema per cui l'autorità amministrativa segnali al PM la situazione per consentirgli di valutare l'opportunità, previo vaglio giurisdizionale, di richiedere il controllo prescrittivo ex art. 34 bis o piuttosto con l'amministrazione giudiziaria ex art. 34 (laddove la rescissione dell'infiltrazione richieda una temporanea sostituzione della governance). Il sistema della prevenzione giurisdizionale sembra già sufficientemente anticipato ed efficiente (in termini anche di limitazione delle garanzie a

vantaggio dell'efficienza), nonché flessibile con tale duplicità di strumenti (34 e 34 bis, a parte il sequestro e la confisca) da far sorgere molti dubbi sulla necessità, opportunità nonché legittimità costituzionale dell'intervento ulteriormente anticipato e non garantistico di carattere amministrativo, che, come sopra evidenziato, non risponde pienamente neanche alla primaria esigenza di legalità/prevedibilità convenzionalmente intesa».

CONCLUSIONI

Il tema della disciplina antimafia, per la propria ampiezza, si presta ad essere esaminato da molteplici angoli visuali. Uno di questi consiste nel ripercorrere in prospettiva diacronica la parabola evoluzionistica del sistema di prevenzione partendo dalle sue origini sino ad arrivare alle più recenti riforme e utilizzando quale chiave di lettura la dialettica tra giurisdizione e amministrazione.

Storicamente, la collocazione sistematica della prevenzione *ante* e *praeter delictum* nell'alveo dell'una ovvero dell'altra ha seguito una cadenza pendolare. Dopo il liberismo penale, che considerava l'amministrativizzazione delle misure prevenzionali corollario necessario di un diritto penale votato ad una logica minimalista, il ventennio fascista declinava quella stessa idea in chiave liberticida per reprimere le devianze e così utilizzarne l'armamentario in funzione surrogatoria della sanzione criminale. All'indomani della caduta del regime, complice l'avvento della Costituzione repubblicana e la ritrovata sensibilità per la primazia assiologica della persona umana e dei diritti e libertà alla stessa correlati, la traiettoria di sviluppo del sistema è stata caratterizzata dalla progressiva marginalizzazione della sfera amministrativa a vantaggio di quella giudiziaria.

È venuto così a delinearsi un sistema a struttura bicefala, invero sbilanciato in favore del secondo dei due poli, che si è mantenuto, pur con degli aggiustamenti, sino ai giorni nostri.

Tuttavia, la dialettica tra *iurisdictio* e *administratio* ha continuato ad alimentare tensioni e a determinare sommovimenti.

In particolare, nella specifica materia oggetto di indagine, l'introduzione della documentazione antimafia e il conseguente riconoscimento di potestà inibitorie in capo all'autorità prefettizia ha rappresentato il punto più elevato di affrancamento da un paradigma 'giudiziario-centrico'. Con il proprio controverso statuto giuridico, più vicino al concetto di precauzione che a quello di prevenzione, essa ha difatti determinato una cesura rispetto al passato, resa

viepiù netta dall'attribuzione di autonoma rilevanza ai tentativi di infiltrazione, che venivano ad essere svincolati dalla necessaria applicazione di una misura prevenzionale. Facevano quindi ingresso nel complesso ecosistema antimafia provvedimenti a contenuto non meramente ricognitivo che, se da un lato costituivano importati fattori di flessibilizzazione della disciplina, dall'altro, nell'amplificare l'incisività dell'intervento pubblico contro il fenomeno della criminalità organizzata, comportavano un arretramento della soglia di garanzia dei valori propri del moderno *Rechtsstaat*.

Le criticità di allora, *mutatis mutandis*, permangono ancor'oggi e attengono sia al profilo sostanziale della disciplina che ai suoi riverberi processuali.

Scendendo più nel dettaglio della trattazione, gli aspetti attenzionati hanno riguardato la natura del potere demandato all'amministrazione dell'Interno, nonché il particolare atteggiarsi dell'*iter* procedimentale prodromico al suo esercizio. In ordine al primo, la conclusione cui si è pervenuti è che non pare condivisibile la posizione della giurisprudenza, la quale riconduce detta potestà nel rassicurante alveo della discrezionalità, invero senza specificare se il riferimento è alla 'discrezionalità pura' ovvero al ben più problematico concetto di 'discrezionalità tecnica'.

Assumendo la nozione tradizionale di discrezionalità come ponderazione comparativa di interessi, va da sé che il prefetto non è chiamato a compiere alcun bilanciamento tra contrapposte esigenze. Alla funzione in discorso è cioè estraneo il contenuto volitivo che rappresenta il *proprium* dell'amministrare, come cura in concreto dei bisogni della collettività. Essa si sostanzia, piuttosto, in una manifestazione di giudizio formulato rispetto a parametri previamente dati che – questi sì – costituiscono il risultato di un delicato equilibrio tra i due poli della sicurezza pubblica e della libertà di iniziativa economica. L'assetto normativo per come declinato dal legislatore è quindi il risultato di una delicata valutazione di ordine assiologico finalizzata ad un contemperamento dei valori in gioco. Ma in ciò sta l' 'in sé' del legiferare. La soluzione del conflitto valoriale sotteso alla materia antimafia non è demandata alla prefettura, ma viene risolta a monte dalla legge, che legittima la limitazione della sfera giuridica

dell'operatore al ricorrere dei prescritti presupposti, reputando così il valore della iniziativa economica privata recessivo rispetto alla garanzia della libera concorrenza tra imprese e del buon andamento della pubblica amministrazione. La valutazione prefettizia interviene quindi a posteriori e si snoda secondo una sequenza bifasica che si apre con la diagnosi dei fatti rilevanti per concludersi con la prognosi di condizionamento mafioso, *sub specie* di contiguità soggiacente ovvero compiacente. È proprio in relazione a questi momenti che si espandono i margini di giudizio dell'amministrazione dell'Interno, la cui 'discrezionalità' - se così la si vuole chiamare - attinge alla conoscenza degli elementi che compongono la fattispecie concreta e alla (prudente) determinazione del loro valore indiziario secondo canoni di inferenza logica. Trattasi di valutazioni che afferiscono al piano del ragionamento induttivo, tendenti a verificare se i dati raccolti siano idonei a delineare un quadro suscettibile di dimostrare, in base alla comune esperienza e secondo la regola probatoria della probabilità cruciale, la prossimità dell'impresa al circuito criminale.

Alla luce delle considerazioni che precedono, non sembra cogliere nel segno neppure l'altra ipotesi ricostruttiva, quella che pretende di ascrivere la funzione prefettizia alla nozione di discrezionalità tecnica. Essa non si sostanzia, infatti, in un'attività di giudizio a contenuto scientifico, destinata ad esitare in valutazioni opinabili, insuscettibili di verifica secondo la diade concettuale vero/falso. Se la specificità della discrezionalità tecnica consiste, almeno secondo l'impostazione tradizionale, nella opinabilità del risultato raggiunto, vale a dire nell'esistenza di una pluralità di soluzioni tutte astrattamente plausibili e tecnicamente corrette, tale tratto distintivo mal si attaglia all'operato prefettizio, che dovrebbe pervenire ad un risultato univoco, seppur ottenuto in termini di giudizio probabilistico. Di contro, l'attività esercitata dall'amministrazione dell'Interno è, nella specie, in tutto - fuorché nel criterio probatorio utilizzato - consimile a quella svolta dal giudice penale. Come quest'ultimo è chiamato ad accertare e valutare i fatti per pervenire ad un giudizio circa le responsabilità dell'imputato, così il primo è tenuto a verificare se, sulla base degli elementi raccolti, sia possibile formulare un giudizio circa la

probabilità che l'impresa sia veicolo diretto o mediato degli interessi di una consorteria mafiosa. La circostanza che, nel condurre la detta attività, prefetto e giudice penale debbano attenersi a distinte regole di giudizio (più stringente per l'uno e più blanda per l'altro) non muta la sostanza delle cose. La funzione demandata alla prefettura si configurerebbe quindi come un potere precettivo unilaterale ad esercizio giuridicamente vincolato. Dal che discende come conseguenza obbligata il riconoscimento della sua piena controllabilità da parte dell'autorità giudiziaria. Se la *τέχνη* cui è depositario il prefetto si sostanzia nel mero accertamento del valore probatorio delle emergenze istruttorie, il risultato della stessa risponde ad una logica binaria. O è più probabile la prossimità dell'impresa al circuito mafioso o è più probabile la sua estraneità: *tertium non datur*. Il giudizio prognostico, lungi dal configurarsi come opinabile, risulta verificabile dal giudice.

Talché, l'atteggiamento di *self-restraint* mantenuto dalla prevalente giurisprudenza, più che ispirato a precise ragioni giuridiche, pare condizionato da una sorta di tabù di fondo che sempre riaffiora quando si parla di criminalità organizzata, come se la pervasività e la pericolosità di quest'ultima potesse rendere plausibile una delibazione soltanto sommaria, con conseguente irreparabile pregiudizio delle garanzie proprie del moderno Stato costituzionale di diritto sotto il profilo della effettività della tutela giurisdizionale.

Per quanto poi attiene al tema del procedimento di adozione della inibitoria, lo studio ha preso le mosse dalla descrizione dell'originaria architettura normativa, che prevedeva un contraddittorio soltanto eventuale, per focalizzarsi poi sulla riforma recata dal d.l. n. 152 del 2021 e sulla conseguente introduzione di una forma di interlocuzione obbligatoria. Nell'attuale quadro di riferimento, l'onere informativo a carico dell'autorità di pubblica sicurezza scatta qualora, all'esito dell'istruttoria espletata, il prefetto reputi sussistenti i presupposti per l'adozione dell'informativa antimafia interdittiva ovvero per procedere all'applicazione delle misure di prevenzione collaborativa di cui al neo-introdotta art. 94 *bis* del d.lgs. n. 159 del 2011. In tal caso, del convincimento maturato egli è tenuto a dare tempestiva comunicazione al soggetto interessato, indicando gli elementi sintomatici da cui è stato desunto il

rischio infiltrativo ed assegnando un termine non superiore a venti giorni per presentare osservazioni scritte, eventualmente corredate da documenti, nonché per richiedere l'audizione. Da questa angolatura, il giudizio sulla novella non può che essere positivo, avendo la stessa contribuito a rafforzare la posizione in cui versa il privato, che, nonostante ciò, resta pur sempre una situazione di debolezza. Trattasi, infatti, di un tipo di interlocuzione meramente postuma che, nel mimare le forme dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari *ex art. 415 bis c.p.p.*, non permette di valorizzare a pieno le potenzialità del contraddittorio procedimentale.

Le registrate 'sofferenze' in punto di giusto procedimento e di giusto processo non si attenuano se si esamina il tema attraverso il prisma della contrattualistica pubblica. In proposito, l'analisi condotta ha evidenziato come quest'ultimo restituisca per rifrazione uno scenario in cui alle stesse si aggiungono ulteriori criticità relative alla tenuta unionale della disciplina interna, in particolare con riferimento all'annosa questione dell'osservanza del divieto di *gold plating*.

Al riguardo, viene in rilievo l'art. 57 della direttiva 2014/24/UE. La richiamata disposizione subordina l'esclusione di un operatore economico dalla procedura di evidenza pubblica alla pronuncia di una sentenza definitiva di condanna per talune ipotesi delittuose foriere di particolare disvalore. In altri termini, nella logica pro-concorrenziale che anima il legislatore comunitario la sanzione espulsiva è relegata alle sole situazioni in cui sia intervenuto un accertamento definitivo in ordine all'appartenenza dell'impresa al circuito criminale. Di contro, volgendo lo sguardo alla legislazione nazionale, mentre l'art. 80, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016 costituisce traduzione sostanzialmente conforme del precetto europeo, il successivo comma 2 – nel richiamare gli artt. 67 e 84 del d.lgs. n. 159 del 2011 - impone l'esclusione dalla gara in conseguenza di un provvedimento amministrativo non solo non dotato del carattere della definitività (intesa nel senso di inoppugnabilità), ma, per giunta, fondato su una delibazione ben lontana dall'attingere il grado di certezza (tendenzialmente) proprio di una pronuncia penale di condanna.

Muovendo quindi dal dato positivo, la disamina si è soffermata sul formante pretorio. Dall'esame della giurisprudenza di Lussemburgo è emerso con chiarezza come soltanto attraverso la valorizzazione del principio di proporzionalità sia possibile recuperare la documentazione antimafia ai valori che permeano la regolamentazione europea in tema di appalti pubblici. In particolare, secondo l'insegnamento della Corte di giustizia, una legislazione che contempli, anche solo per un arco temporale limitato, l'esclusione di un operatore dal mercato potrebbe ritenersi proporzionata purché siano cumulativamente soddisfatti i due requisiti della effettività della tutela giurisdizionale e della risarcibilità del danno conseguente ad un'esclusione non giustificata.

Allo stato, tuttavia, gli approfondimenti svolti inducono a ritenere che né l'uno né l'altro siano soddisfatti. La tutela giurisdizionale – intesa come possibilità di ricorso ad un giudice terzo ed imparziale – è senz'altro presente nel nostro ordinamento, ma appare ben lungi dal potersi fregiare degli attributi della pienezza ed effettività per le ragioni già menzionate. Non meno ricco di problematiche si appalesa poi l'altro profilo, relativo alla risarcibilità del pregiudizio patito dall'impresa esclusa da una procedura in forza di una certificazione antimafia poi annullata dal giudice amministrativo, ovvero fondata su elementi presenti al momento della verifica, ma successivamente smentiti all'esito del processo penale. In ordine ad entrambe le dette ipotesi sono stati ravvisati elementi di criticità: nella prima (danno da certificazione illegittima) il rimedio approntato non pare pienamente soddisfacente e nella seconda (danno da certificazione legittima ma erronea) il bisogno di tutela del privato rischia di rimanere totalmente insoddisfatto.

Da qui la constatazione che la prospettiva rimediaria rifletta il vero *punctum dolens* della disciplina. Alla tesi della incapacità giuridica con i suoi effetti che, per quanto variamente declinati in relazione alle singole fasi della procedura di affidamento e alla tipologia dell'operatore coinvolto, mantengono un impatto significativo sull'attitudine di quest'ultimo a restare sul mercato, non fanno da contrappunto idonei strumenti di garanzia del soggetto attinto dalla misura interdittiva. In questo senso si è reputato di non cadere in errore

affermando che l'impianto normativo antimafia nell'interazione con il settore della contrattualistica pubblica vede esaltata la propria vocazione precauzionale in una tensione quasi totemica verso un interesse pubblico ipostatizzato ora come garanzia della legalità della procedura ora come garanzia del corretto gioco concorrenziale. Il *milieu* delle commesse rappresenta quindi la migliore cartina di tornasole dell'originaria matrice della disciplina, finendo per fungere da cassa di risonanza della ineffettività del sistema delle tutele.

Non è un caso del resto che, in disparte la disposizione a carattere derogatorio di cui all'art. 94, comma 3, del d.lgs. n. 159 del 2011, proprio allo scopo di mitigare gli effetti draconiani dell'inibitoria prefettizia e di arginare le conseguenti ricadute anche in termini di salvaguardia del tessuto produttivo e dei livelli occupazionali, lo strumentario approntato dall'ordinamento si sia negli anni arricchito di istituti dotati di una maggiore duttilità. Seguendo questa prospettiva e arrivando alla parte finale della ricerca, l'attenzione si è appuntata sulle misure dell'amministrazione giudiziaria (art. 34 del d.lgs. n. 159 del 2011), del controllo giudiziario (art. 34 *bis* d.lgs. n. 159 del 2011), del commissariamento prefettizio (art. 32 del d.l. n. 90 del 2014) e, da ultimo, della prevenzione collaborativa (art. art. 94 *bis* d.lgs. n. 159 del 2011), tutti istituti da rettamente interpretarsi come altrettante risposte ordinamentali ai fallimenti strutturali del modello incentrato sulla inibitoria prefettizia.

Al di là delle specificità delle singole misure - alcune a carattere ablatorio, altre a contenuto soltanto conformativo; alcune espressioni di un irrobustimento delle interferenze pubblicistiche nella fase privatistica di esecuzione del contratto, altre animate da una più generale esigenza di decontaminazione e salvataggio dell'impresa - è indubbio che la traiettoria di sviluppo della legislazione sia nel senso di valorizzare un approccio di tipo gradualista. L'ampio ventaglio di strumenti approntati dall'ordinamento al fine di sterilizzare le ingerenze del crimine organizzato nell'economia sana favorisce un intervento pubblico mirato, che meglio si attaglia alle peculiarità della fattispecie concreta, così da confinare il provvedimento interdittivo al ruolo di *ultima ratio*. Nondimeno, se in astratto la coesistenza (e concorrenza) di una pluralità di istituti può essere letta in termini di efficientamento del sistema e in

chiave garantista, in concreto il pericolo che si annida dietro alla proliferazione di strumenti la cui applicazione è affidata ad autorità distinte consiste nell'emersione di interferenze non solo tra la giurisdizione ordinaria e quella amministrativa ma anche tra il piano della giurisdizione e quello della amministrazione.

Un esempio del primo tipo è offerto dalla questione attinente ai presupposti applicativi del controllo giudiziario cosiddetto volontario (art. 34 *bis*, comma 6, del d.lgs. n. 159 del 2011), in relazione al quale una tecnica legislativa non particolarmente sorvegliata ha alimentato significativi contrasti giurisprudenziali. Senza indulgere nella poliedricità delle singole posizioni – meglio dettagliate nel corpo del contributo – in questa sede basti considerare che a coloro i quali subordinano il ‘beneficio’ alla pendenza del giudizio instaurato avverso la nota prefettizia si contrappone chi ritiene che il percorso di bonifica dell’impresa possa e debba essere portato a compimento a prescindere dalla sopravvenienza di un giudicato amministrativo sfavorevole in costanza di esecuzione della misura. Il tutto con buona pace del principio di certezza del diritto.

Un esempio del secondo è dato dai rapporti tra controllo giudiziario, commissariamento prefettizio e prevenzione collaborativa. Mentre la previsione contenuta all’art. 94 *bis*, comma 3, del d.lgs. n. 159 del 2011 esclude ogni dubbio circa la non sopravvivenza di quest’ultima laddove il tribunale disponga il controllo giudiziario, quantomeno nella forma più incisiva di cui all’art. 34 *bis*, comma 2, lettera b), nel silenzio della legge e nonostante la presa di posizione del Ministero dell’Interno, persistono incertezze con riguardo alla possibile coesistenza delle prime due misure.

Ritornando dunque al modello interpretativo da cui si è partiti, è giocoforza osservare come la dialettica tra *iurisdictio* e *administratio* che ha accompagnato l’evoluzione del sistema di prevenzione sia *a fortiori* rintracciabile anche nella specifica materia in esame. Tuttavia, mentre in riferimento all’ordinamento prevenzionale generalmente inteso la tendenza alla giurisdizionalizzazione ha prevalso, il microcosmo della disciplina antimafia continua a configurarsi come un sistema a trazione amministrativa puntellato da

momenti di giurisdizionalità. Questi ultimi si estrinsecano non soltanto attraverso la previsione di strumenti di competenza del giudice penale ma anche tramite una tendenza osmotica che porta la funzione prefettizia a colorarsi dei caratteri della giurisdizione, sicché i confini dell'una e dell'altra si stemperano in nuove, sconosciute, ibridazioni. Non solo, come già accennato, l'esercizio dei poteri di interdizione conferiti all'autorità di pubblica sicurezza poggia su un ragionamento inferenziale consimile a quello demandato all'autorità giudiziaria, ma la stessa sequenza procedimentale si appalesa contraddistinta da elementi di specialità, che la allontanano dal paradigma di cui alla legge n. 241 del 1990 per avvicinarla alle cadenze del procedimento penale. Tuttavia, nel mentre si avvicinano, le due sfere antagoniste nuovamente si allontanano, atteso che, nella concorrenza delle stesse, ulteriori poteri – pur qualificati *ex lege* come cadetti rispetto a quelli giudiziari - vengono allocati proprio in capo all'amministrazione dell'Interno. Il cammino verso la piena giurisdizionalizzazione del sistema resta dunque incompiuto e, anzi, l'istituto di nuovo conio di cui all'art. 94 *bis* non fa che alimentare questa dialettica, di talché è agevole constatare come il tratto distintivo delle ultime stagioni di riforma consista nella proliferazione di strumenti variamente riconducibili ora all'alveo della *iurisdictio* ora a quello della *administratio*.

La descritta tendenza, oltre a determinare difficoltà di coordinamento tra i rispettivi piani, suscita legittimi interrogativi circa la razionalità e, soprattutto, la tenuta costituzionale e convenzionale del quadro normativo di riferimento. Anche aderendo alla qualificazione delle misure in commento nei termini di prevenzione anziché di precauzione, è innegabile che le stesse comportino un'anticipazione dell'intervento pubblico a difesa di beni giuridici ritenuti irrinunciabili. Tale anticipazione implica di conseguenza un allentamento delle garanzie poste a presidio di valori concorrenti.

Da qui, in particolare *ex latere* amministrativo, il dubbio sulla opportunità di una simile moltiplicazione di strumenti e del correlativo ulteriore arretramento del sistema delle tutele rispetto a quanto già imposto dagli istituti di appannaggio del tribunale penale, dacché l'individuazione del punto di equilibrio tra i valori in gioco è un'operazione di politica del diritto giammai

neutra e, perciò stesso, vincolata al rispetto dei canoni della proporzionalità e della adeguatezza, i quali impongono che l'interesse primario venga massimizzato con il minore sacrificio possibile degli altri interessi coinvolti.

A conclusione del percorso di ricerca svolto è dunque possibile prendere congedo da queste riflessioni nella duplice consapevolezza che, sebbene molta strada sia stata compiuta verso una disciplina antimafia più rispondente al dettato costituzionale e convenzionale, permangono ancora molte zone d'ombra ad offuscare la visuale di chi, a vario titolo, per motivi di studio o professionali, si accinga ad avvicinarsi alla materia, e che queste ultime sono in gran parte retaggio di un modello che guarda all'autorità amministrativa quale soggetto istituzionalmente meglio attrezzato a 'governare' simili fattispecie.

BIBLIOGRAFIA

- ALBANESE D., *Le modifiche del D.L. 152/2021 al 'codice antimafia': maggiori garanzie nel procedimento di rilascio dell'interdittiva antimafia e nuove misure di 'prevenzione collaborativa'*, in www.sistemapenale.it, 12 gennaio 2022.
- ALBANESE D., *Le Sezioni unite ridisegnano il volto del controllo giudiziario "volontario" (art. 34-bis, co. 6, del d.lgs. 159/2011) e ne disciplinano i mezzi di impugnazione*, in www.sistemapenale.it, 28 novembre 2019.
- ALESCI T., *I presupposti ed i limiti del nuovo controllo giudiziario nel codice antimafia*, in *Giur. it.*, 2018, 6.
- ALESCI T., *Verso uno statuto delle impugnazioni delle misure di prevenzione patrimoniali*, in *Giur. it.*, 2020, 3.
- ALESSI R., *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Milano, 1955.
- ALLEGRETTI U., *Corte costituzionale e pubblica amministrazione*, in P. BARILE – E. CHELI – S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982.
- ALLENA M., *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012.
- AMARELLI G., *La Cassazione riduce i presupposti applicativi del controllo giudiziario volontario ed i poteri cognitivi del giudice ordinario*, in www.sistemapenale.it, 10 marzo 2021.
- AMARELLI G., *Mafie delocalizzate all'estero: la difficile individuazione della natura mafiosa tra fatto e diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 3.
- AMATO G., *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, Milano, 1966.
- APELT W., *Der Verwaltungsrechtliche Vertrag. Ein Beitrag zur Lehre von der rechtswirksamen Handlung im öffentlichen Recht*, Leipzig, 1920 (ripubblicato nel 1964).
- APOLLONIO A., *La lotta alla mafia durante la pandemia da Covid-19: ricognizioni, errore e prospettive*, in *Giustizia insieme*, 16 febbraio 2022.

- APRILE E., *La Corte costituzionale “riscrive” la disciplina delle misure di prevenzione “generiche” per garantire maggiore determinatezza nei loro presupposti applicativi e negli effetti penalistici della violazione delle relative prescrizioni*, in *Cass. pen.*, 2019, 5-6.
- ARLEN J.H., *L'applicazione della legge penal-societaria negli Stati Uniti: l'uso delle transazioni per trasformare imprese potenzialmente criminali in tutori dell'ordine*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2018, 1-2.
- ASTONE F., *Interdittive antimafia e “commissariamento” delle imprese (avuto riguardo al settore degli appalti pubblici)*, in *Giustamm.*, 2018, 7.
- BACHELET V., *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967.
- BALATO F., *La nuova fisionomia delle misure di prevenzione patrimoniali: il controllo giudiziario delle aziende e delle attività economiche di cui all'art. 34-bis Codice Antimafia*, in www.penalecontemporaneo.it, 12 marzo 2019.
- BALATO F., *Le Sezioni unite e il doppio grado di giudizio per il controllo giudiziario delle aziende: verso il crepuscolo della tassatività delle impugnazioni?*, in www.sistemapenale.it, 12 maggio 2020.
- BALDWIN R., *Rules and Government*, Oxford, 1995.
- BALSAMO A. – MALTESE C., *Il codice antimafia*, Milano, 2011.
- BARGI A. (a cura di), *Il “doppio binario” nell'accertamento dei fatti di mafia*, Torino, 2013.
- BARILE P., *Il soggetto privato nella costituzione italiana*, Padova, 1953.
- BASILE F. – MARIANI E., *La dichiarazione di incostituzionalità della fattispecie preventiva dei soggetti “abituamente dediti a traffici delittuosi”: questioni aperte in tema di pericolosità*, *Giust. pen.*, 2019, 5.
- BASSAN F., *Gli obblighi di precauzione nel diritto internazionale*, Napoli, 2006.
- BATTINI S. – DECAROLIS F., *L'amministrazione si difende*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1.
- BATTINI S., *De la responsabilité à la responsabilisation des fonctionnaires. L'expérience italienne*, in *Revue internationale de droit comparé*, 2016, 1.

- BATTINI S., *Responsabilità e responsabilizzazione dei funzionari e dipendenti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 1.
- BECK U., *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main, 1986.
- BELLAVISTA G., *Il potere discrezionale del Giudice nell'applicazione della pena*, Milano, 1939.
- BELLAVISTA M., *Giusto processo come garanzia del giusto procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 2.
- BENE T., *Dallo spossessamento gestorio agli obiettivi di stabilità macroeconomica*, in *Arch. pen.*, 2018, spec. rif.
- BENVENUTI F., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 1.
- BENVENUTI F., voce *Contraddittorio (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. IX, Milano, 1961.
- BERTARINI B., *Tutela della salute, principio di precauzione e mercato del medicinale. Profili di regolazione giuridica europea e nazionale*, Torino, 2016.
- BERTONAZZI L., *Le criticità della sentenza Randstad e la ricerca di vie d'uscita dal vicolo cieco*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, 2.
- BIANCA C.M., *Diritto civile. Il contratto*, vol. III, Milano, 2019.
- BIANCA C.M., *Diritto civile. La responsabilità*, vol. V, Milano, 2021.
- BOBBIO N., voce *Sanzione*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XVI, Torino, 1969.
- BONAURO C., *La responsabilità da atto lecito dannoso*, Milano, 2012.
- BORDIN L., *Contraddittorio procedimentale e interdittive antimafia: la questione rimessa alla Corte di Giustizia. E se il problema fosse altrove?*, in *Federalismi*, 22 luglio 2020.
- BORGIA C., *Dalla fondazione costituzionale del giusto procedimento al contraddittorio preventivo generalizzato nel diritto tributario*, in *Dir. prat. trib.*, 2021, 3.
- BOULET-SAUTEL M., *Police et administration en France à la fin de l'Ancien Régime. Observations terminologiques*, in *A.A.V.V., Actes du XIV colloque franco-allemande*, Zurig-Munich, 1980.

- BRANCIA D., *Attività d'impresa. Misure di prevenzione e competenza*, in *Giust. pen.*, 2019, 10.
- BRESCIA G. – CAVALIERE S: – MOTTURA G., *Amministrazione e controllo giudiziario. Prevenzione e bonifica dell'infiltrazione mafiosa nelle imprese*, Milano, 2021.
- BRICOLA F., *Politica criminale e politica penale dell'ordine pubblico*, in *La Quest. crim.*, 1975.
- BRIZZI F., *Dalla "prevenzione bellica" a quella "riparativa". Misure di prevenzione e modello 231*, Milano, 2022.
- BROHM W., *Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung*, in A.A.V.V., *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, vol. XXX, Berlino, 1972.
- BUFFONI L., *Il rango costituzionale del "giusto procedimento" e l'archetipo del "processo"*, in *Forum quad. cost.*, 2008, 2.
- BUSNELLI F.D., *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1964.
- CAIANELLO V., *Lineamenti del processo amministrativo*, Torino, 1979.
- CAIRO A. – FORTE C., *Codice delle misure di prevenzione*, Bari, 2018.
- CAMMEO F., *Corso di diritto amministrativo*, vol. III, Padova, 1992 (ristampa anastatica dell'edizione del 1914).
- CANGELLI F., *Contaminazioni e suggestioni amministrativistiche nel quadro dogmatico delle Sezioni unite sulle valutazioni tecniche*, in *Arch. pen.*, 2018, 1.
- CANNADA BARTOLI E., *Vanum disputare de potestate: riflessioni sul diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 2.
- CANNADA BARTOLI E., voce *Giustizia amministrativa*, in *Dig. pubb.*, vol. VII, Torino, 1987.
- CANTONE R. - COCCAGNA B., *Commissariamenti prefettizi e controllo giudiziario delle imprese interdette per mafia: problemi di coordinamento e prospettive evolutive*, in www.penalecontemporaneo.it, 15 ottobre 2018.

- CANTONE R. – COCCAGNA B., *I poteri del presidente dell'Anac nel d.l. 90*, in R. CANTONE – F. MERLONI (a cura di), *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, Torino, 2016.
- CANTONE R. – COCCAGNA B., *L'impresa raggiunta da interdittiva antimafia tra commissariamenti prefettizi e controllo giudiziario*, in G. AMARELLI – S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti*, Torino, 2019.
- CANTONE R. – COCCAGNA B., *La prevenzione della corruzione e delle infiltrazioni mafiose nei contratti pubblici: i commissariamenti per la costituzione di presidi di legalità nelle imprese*, in I.A. NICOTRA (a cura di), *L'Autorità nazionale anticorruzione tra prevenzione e attività regolatoria*, Torino, 2016.
- CANTONE R., *La riforma della documentazione antimafia: davvero solo un restyling*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 8-9.
- CAPACCIOLI E., *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1983.
- CARBONE A., *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino, 2016.
- CARBONE A., *Il dibattito sull'art. 6 CEDU nel diritto amministrativo italiano ed europeo*, in ID., *L'applicazione dell'art. 6 CEDU nel processo amministrativo dei paesi europei*, Napoli, 2020.
- CARDARELLI F., *Raggruppamenti temporanei e consorzi stabili di operatori economici*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS, *Trattato sui contratti pubblici. Soggetti, qualificazione, regole comuni alle procedure di gara*, Milano, 2019.
- CARINGELLA F., *La normativa antimafia*, in R. DE NICTOLIS (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, vol. III, Milano, 2007.
- CARRATELLI G., *Il (mancato) contraddittorio endoprocedimentale in materia di informazione antimafia. Nota a: Tar Puglia – Bari, sez. III, ordinanza 13 gennaio 2020, n. 28*, in *Amministrazione e contabilità dello Stato e degli enti pubblici*, 30 gennaio 2021.
- CASSETTA E., *Buona fede e diritto amministrativo*, in *Il dir. dell'economia*, 2001, 2.
- CASSETTA E., *L'illecito negli enti pubblici*, Torino, 1953.
- CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2020.

- CASSESE S., *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, 1971.
- CASSESE S., *Il privato e il procedimento amministrativo. Una analisi della legislazione e della giurisprudenza*, in *Arch. giur.*, 1971, 1.
- CASSESE S., *La disciplina legislativa del procedimento amministrativo. Una analisi comparata*, in *Foro it.*, 1993, 5.
- CASSESE S., *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000.
- CASSESE S., *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, 1.
- CASTRONUOVO D., *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza*, in www.penalecontemporaneo.it, 21 luglio 2011.
- CATANIA A., *Diritto positivo ed effettività*, Napoli, 2009.
- CATINO M., *La mafia come fenomeno organizzativo*, in *Quaderni di sociologia*, 1997.
- CAVALIERE A., *Il concorso eventuale nel reato associativo. Le ipotesi delle associazioni per delinquere e di tipo mafioso*, Napoli, 2003.
- CAVALLARO M.C., *Il giusto procedimento come principio costituzionale*, in *Foro amm.*, 2001, 6.
- CAVALLO PERIN R., *Il riparto di giurisdizione nel concordato Romano D'Amelio*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 1.
- CAVALLO PERIN R., *Il riparto di giurisdizione, Relazione al convegno "Il Consiglio di Stato durante la presidenza di Santi Romano (Roma – Consiglio di Stato – 6 febbraio 2003)"*, in *La giustizia amministrativa ai tempi di Santi Romano presidente del Consiglio di Stato*, Torino, 2004.
- CELLE F., *Lo scioglimento dei consigli comunali o provinciali per infiltrazioni o condizionamento di tipo mafioso*, in *Foro amm. TAR*, 2004, 4.
- CERBO P. – D'ANGELO G. – SPUNTARELLI S. (a cura di), *Amministrare e giudicare. Trasformazioni ordinamentali*, Napoli, 2022.
- CERULLI IRELLI V., *Amministrazione e giurisdizione*, in *Giur. cost.*, 2019, 3.
- CERULLI IRELLI V., *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 4.

- CHITI M.P., *Alle origini della legge sul procedimento amministrativo*, in *Ist. fed.*, 2020, 3.
- CIAMPI S., *Incompleta discovery al termine delle indagini preliminari: sulle conseguenze sanzionatorie serve un intervento delle Sezioni Unite*, in *Proc. pen. giust.*, 2019, 4, 935.
- CIANCIO A., *Lo scioglimento dei consigli comunali per motivi di inquinamento da criminalità organizzata nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. it.*, 1996, 4.
- CIANFEROTTI G., *Storia della letteratura amministrativistica italiana*, Milano, 1998.
- CIMINI S., *Buona fede e responsabilità da attività provvedimento della P.A.*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2018, 1.
- CIMINI S., *Collaborazione e buona fede nei rapporti tra amministrazione e privati*, in A. GIORDANO (a cura di), *Il procedimento amministrativo tra regole e responsabilità*, Milano, 2021.
- CIMINI S., *La nuova documentazione antimafia: le "informazioni" del prefetto*, in *Foro it.*, 2002, 3.
- CIMMINO A., *Le misure di prevenzione patrimoniale antimafia. Tra norme interne e prospettive sovranazionali*, Milano, 2019.
- CINTIOLI F., *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Potere tecnico e "giurisdizionalizzazione"*, Milano, 2005.
- CINTIOLI F., *Tecnica e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 4.
- CINTIOLI F., voce *Discrezionalità tecnica (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. II, Milano, 2008.
- CISTERNA A., voce *Certificazione antimafia*, in *Dig. pubbl.*, Torino, 2010.
- CLARICH M. (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2019.
- CLARICH M., *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 2004, 1.
- CLARICH M., *I materiali della legge nel giudizio amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2022.
- CLARICH M., *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2022.

- CLARIZIA P., *La nuova disciplina dello scioglimento degli organi elettivi*, in F. RAMACCI – G. SPANGHER (a cura di), *Il sistema della sicurezza pubblica*, Milano, 2010.
- COCCONI M., *Il perimetro del diritto al contraddittorio nelle informazioni interdittive antimafia*, in *Federalismi*, 1° giugno 2022.
- COGNETTI S., *Principio di proporzionalità*, Torino, 2011.
- COLAO F., *La legalità “diversa” per la prevenzione. Una vicenda italiana dall’Unità ad oggi*, in E. DE CRISTOFORO (a cura di), *Il domicilio coatto. Ordine pubblico e politiche della sicurezza in Italia dall’unità alla Repubblica*, Acireale – Roma, 2015.
- COLAVITTI G., *Il “giusto procedimento” come principio di rango costituzionale*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2005.
- COMBA M., *Il fondamento costituzionale del diritto al giusto procedimento in Italia: spunti di riflessione derivanti dalla comparazione con il due process of law statunitense*, in S. SICARDI – R. FERRARA (a cura di), *Itinerari e vicende del diritto pubblico in Italia. Amministrativisti e Costituzionalisti a confronto*, Padova, 1998.
- COMMANDATORE C., *Interdittiva antimafia e incapacità giuridica speciale: un difficile equilibrio*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, 3.
- COMMANDATORE C., *L’ottemperanza per equivalente e la responsabilità indiretta della pubblica amministrazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 2.
- COMPORITI G.D. – MORLINO E., *La difficile convivenza tra azione penale e funzione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1.
- COMPORITI G.D. (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Napoli, 2011.
- COMPORITI G.D., *Dalla giustizia amministrativa come potere alla giurisdizione amministrativa come servizio*, in ID. (a cura di), *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, a sua volta in L. FERRARA – D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall’unificazione amministrativa italiana*, Firenze, 2016.
- COMPORITI G.D., *Il coraggio di amministrare*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, vol. II, Napoli, 2020.
- COMPORITI G.D., *Il procedimento e il responsabile (artt. 31, 32, 33, 40, 44, 52, 53)*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2019.

- COMPORTE G.D., *L'Adunanza delle occasioni perse: responsabilità della P.A. in cerca di qualità*, in *Giur. it.*, 2022, 3.
- COMPORTE G.D., *La nuova sfida delle direttive europee in materia di appalti e concessioni*, in *Federalismi*, 25 marzo 2015, 7.
- COMPORTE G.D., *La responsabilità oggettiva per esercizio illegittimo della funzione amministrativa alla ricerca di un modello*, in *Giur. it.*, 2013, 5.
- COMPORTE G.D., *La strana metafora della «terra di nessuno»: le adiacenze possibili tra diritto pubblico e diritto privato alla luce dei problemi da risolvere*, in *Dir. pubbl.*, 2021, 2.
- COMPORTE G.D., *Lo Stato in gara: note sui profili evolutivi di un modello*, in *Il dir. dell'economia*, 2007, 2.
- COMPORTE G.D., *Logiche di riparto per una rinnovata visione dei contratti pubblici*, in *Giur. it.*, 2018, 2.
- COMPORTE G.D., *Procedimento e processo: per una specialità razionalmente distribuita*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, 2016, 2.
- COMPORTE G.D., *Torto e contratto nella responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2003.
- CORSO G. – PESCE G., *Requisiti generali: in particolare la normativa antimafia*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS, *Trattato sui contratti pubblici. Soggetti, qualificazione, regole comuni alle procedure di gara*, vol. II, Milano, 2019.
- CORSO G., *Criminalità organizzata e scioglimento dei consigli comunali e provinciali: osservazioni critiche alla giurisprudenza costituzionale*, in *Nuove Autonomie*, 1993
- CORSO G., *La normativa antimafia*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS – R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici. I settori speciali. L'esecuzione*, vol. V, Milano, 2008.
- CORSO G., *La responsabilità della pubblica amministrazione da attività lecita*, in *Dir. amm.*, 2009, 2.
- CORSO G., *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2020.
- CORSO G., voce *Ordine pubblico nel diritto amministrativo*, in *Dig. pubbl.*, Torino, 1995.

- CORTESE F., *Tipologie e regime delle forme di collaborazione tra pubblico e privato*, in F. MASTRAGOSTINO, *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Torino, 2011.
- COSA P., *I soggetti nei cui confronti può essere escussa la garanzia provvisoria nella più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Riv. Corte dei conti*, 2022, 2.
- COSTA P., *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella giuspubblicistica medievale*, Milano, 1969.
- CRAVERO C., *Protocolli di legalità o Patti di integrità: la compatibilità con il diritto UE della sanzione di esclusione automatica dell'operatore economico inadempiente*, in *Giur. it.*, 2016, 6.
- CREMER A., *L'administration dans les encyclopédies et dictionnaires français du XVIIème et XVIIIème siècle*, in *Jahrbuch für Europäische Verwaltungsgerichte*, 1989.
- CRISAFULLI V., *Principio di legalità e "giusto procedimento"*, in *Giur. cost.*, 1962, 1.
- CUDIA C., *Appunti sulla discrezionalità amministrativa (nello Stato di diritto)*, in A. TRAVI (a cura di), *Colloquio sull'interesse legittimo – Atti del Convegno in memoria di Umberto Pototschning*, Napoli, 2014.
- D'ALBERTI M. (a cura di), *Corruzione e pubblica amministrazione*, Napoli, 2017.
- D'ALBERTI M., *Diritto amministrativo e diritto privato: nuove emersioni di una questione antica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 4.
- D'ALBERTI M., *La "visione" e la "voce": le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1.
- D'ALBERTI M., *La prolusione romana di Massimo Severo Giannini*, in *Riv. it. scien. giur.*, 2018.
- D'ALBERTI M., *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2022.
- D'ALTERIO E., *I controlli sull'uso delle risorse pubbliche*, Milano, 2015.

- D'AMBROSIO L., *L'implication des acteurs privés dans la lutte contre la corruption: un bilan en demi-teinte de la loi sapin 2*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2019, 1.
- D'ANGELO G. – VARRASO G., *Il decreto legge n. 152/2021 e le modifiche in tema di documentazione antimafia e prevenzione collaborativa*, in www.sistemapenale.it, 1° agosto 2022.
- D'ANGELO G., *Conflitto di interessi ed esercizio della funzione amministrativa*, Torino, 2020.
- D'ANGELO G., *Giudice amministrativo e valutazioni tecniche dopo la L. 21 luglio 2000 n. 205*, in *Dir. amm.*, 2005, 3.
- D'ANGELO G., *Il riparto della competenza nel codice del processo amministrativo: un dibattito ancora aperto*, in *Foro it.*, 2014, 4.
- D'ANGELO G., *La documentazione antimafia nel D. lgs. 6 settembre 2011, n. 159: profili critici*, in *Urb. app.*, 2013.
- D'ANGELO G., *Le interdittive antimafia*, in T. EPINDENDIO – G. VARRASO, *Codice delle confische*, Milano, 2018.
- D'ANGELO G., *Nota a Cons. Stato, 6 aprile 2018, n. 3*, in *Foro it.*, 2018, 6.
- D'ANGELO G., *Verifiche antimafia e attività soggette a s.c.i.a.*, in *Foro it.*, 2019, 1.
- D'ARGENTO N., *Misure di prevenzione*, Napoli, 1979.
- D'AURIA G., *I controlli*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 2000.
- D'ORSOGNA D., *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Napoli, 2005.
- DANWITZ V. T., *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Gemeinschaftsrecht*, in *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht*, 2003.
- DE CRISTOFARO E., *Legalità e pericolosità. La penalistica nazifascista e la dialettica tra retribuzione e difesa dello Stato*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2007.
- DE CUPIS A., *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1979.

- DE FRANCO R.G., *Riserva di legge e “determinatezza” delle previsioni di pericolosità sociale ex legge n. 1423 del 1956*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, 1.
- DE JORIO J.P., *Le interdittive antimafia ed il difficile bilanciamento con i diritti fondamentali*, Napoli, 2019.
- DE LEONARDIS F., *Il principio di precauzione nell’amministrazione del rischio*, Milano, 2005.
- DE NICTOLIS R., *Il risarcimento del danno: modalità e tecniche di liquidazione nel settore delle pubbliche gare*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2019.
- DE PASCALIS A., *Effetti delle misure interdittive antimafia nei rapporti con la pubblica amministrazione*, in G. AMARELLI – S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all’infiltrazione mafiosa negli appalti*, Torino, 2019.
- DE PAULI L., *Impugnativa di atto presupposto e competenza territoriale del TAR dopo il secondo correttivo*, in *Urb. app.*, 2013, 4.
- DE PRETIS D., *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*, in *Giorn dir. amm.*, 1999, 12.
- DE PRETIS D., *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995.
- DE SIMONE G., *Profili di diritto comparato*, in G. LATTANZI – P. SEVERINO (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*, vol. I, Torino, 2020.
- DELLA CANANEA G., *Due process of law beyond the State. Requirements of administrative procedure*, Oxford, 2016.
- DELLA CANANEA G. – FRANCHINI C., *I principi dell’amministrazione europea*, Torino, 2010.
- DELLA CANANEA G., *Il nucleo comune dei diritti amministrativi in Europa. Un’introduzione*, Napoli, 2020.
- DELLA SBARBA F., *Il procedimento amministrativo*, in F. MONCERI (a cura di), *Diritto amministrativo profili formativi*, Pisa, 2020.
- DELLACASA M., *Il recesso arbitrario tra principi e rimedi*, in *Riv. dir. priv.*, 2012.

- DELLE CAVE G., *Il diritto di accesso alla luce delle - più recenti – pronunce dei Tribunali Amministrativi Regionali della Lombardia*, in *Il dir. dell'economia*, 2022, 1.
- DELSIGNORE M., *I controversi limiti del sindacato sulle sanzioni AGCM: molto rumore per nulla?*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 3.
- DELSIGNORE M., *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 1.
- DETTORI S., *Rassegna della recente giurisprudenza del Consiglio di Stato. Speciale in tema di giusto procedimento*, in *Nuove autonomie*, 2011.
- DI CAPUA V., *Danno da lesione dell'affidamento incolpevole e riparto di giurisdizione: l'Adunanza Plenaria aggiunge un altro capitolo alla saga*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, 3.
- DI CRISTINA F., *La corruzione negli appalti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 1.
- DI CRISTINA F., *La nuova vita dell'Anac e gli interventi in materia di appalti pubblici in funzione anti-corruzione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 11.
- DI MAJO GIANQUINTO A., *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967.
- DI MARIO A., *La nuova partecipazione al procedimento: potenziamento o dequotazione?*, in F. CARINGELLA – D. DE CAROLIS – G. DE MARZO, *Le nuove regole dell'azione amministrativa dopo le leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, vol. I, Milano, 2005.
- DI MARTINO A., *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998.
- DIANA A.G., *Il controllo giudiziario delle aziende*, Pisa, 2019.
- DOLSO G.P., *La Corte costituzionale fa i conti con la giurisprudenza Edu in materia di misure di prevenzione*, in *Quad. cost.*, 2019, 3.
- DONINI M., *Compliance, negoziabilità e riparazione dell'offesa nei reati economici. Il delitto riparato oltre la restorative justice*, in AA.VV., *Criminalità d'impresa e giustizia negoziata: esperienze a confronto*, Milano, 2017.
- DONINI M., *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 2.

- DONINI M., *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 3.
- DURANTE N., *Ambiti di discrezionalità in materia di documentazione antimafia*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2013.
- DURANTE N., *I vizi formali del procedimento, alla luce del Decreto-Legge "Semplificazioni" e delle recenti pronunce dell'Adunanza plenaria*, in www.rivistacorteconti.it, 2020, 6.
- DURANTE N., *Il contraddittorio nel procedimento di rilascio dell'informazione antimafia*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2022.
- DURANTE N., *L'interdittiva antimafia, tra tutela anticipatoria ed eterogenesi dei fini*, in *Riv. trim. app.*, 2020, 4.
- ELIA L., *Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e l'art. 25 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1964.
- ELIA L., *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962.
- ESPOSITO A., *I riders di Uber Italy s.r.l.*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, 3.
- EUSEBI L., *Profili della finalità riconciliativa nel diritto penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, Milano, 2006.
- FALCONE G. – TURONE G., *Tecniche di indagine in materia di mafia*, in *Cass. pen.*, 1983, 4.
- FALZEA A., voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. Dir.*, vol. XIV, Milano, 1965.
- FERACI O., *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2012.
- FERRANTE M., *Spettanza della revisione prezzi in caso di interdittiva antimafia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 2.
- FERRANTI D., *Il Codice antimafia: le ragioni della riforma delle misure patrimoniali di prevenzione*, in *Cass. pen.*, 2018, 1.
- FERRARA L. – SORACE D. (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, Firenze, 2016.

- FERRARA L., *Diritti soggettivi ad accertamento autonomo. Autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, Padova, 1996.
- FERRARA R., *Gli accordi tra i privati e la pubblica amministrazione*, Milano, 1985.
- FERRARA R., *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2014.
- FERRARI G., *Artt. 13-16*, in *Il nuovo codice del processo amministrativo*, Roma, 2014.
- FERRUA P., *Il giusto processo*, Bologna, 2005.
- FIANDACA G., *L'associazione di tipo mafioso nelle prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Foro it.*, 1985, 5.
- FIANDACA G., voce *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig. pen.*, 1994.
- FIGLIOLIA C., *Corruzione e contratti pubblici: i principali settori "a rischio"*, in M. D'ALBERTI (a cura di), *Corruzione e pubblica amministrazione*, Napoli, 2017.
- FIGORILLI F. – GIULIETTI W., *Contributo allo studio della documentazione antimafia: aspetti sostanziali, procedurali e di tutela giurisdizionale*, in *Federalismi*, 2 giugno 2021.
- FINOCCHIARO S., *La riforma del codice antimafia (e non solo): uno sguardo d'insieme alle modifiche appena introdotte*, in www.penalecontemporaneo.it, 3 ottobre 2017.
- FIORITTO A., *La funzione di certezza pubblica*, Padova, 2003.
- FLORE L., *Giurisdizione amministrativa e graduatorie permanenti*, in *Foro amm. CDS*, 2007, 9.
- FOÀ S., *Le novità della legge anticorruzione*, in *Urb. app.*, 2013, 3.
- FOGLIAME V., *Lo scioglimento degli organi elettivi conseguente ad infiltrazioni di stampo mafioso*, in *Federalismi*, 10 settembre 2014.
- FOLLIERI F., *Decisioni precauzionali e stato di diritto. La prospettiva della sicurezza alimentare*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 6.
- FOLLIERI F., *La giurisdizione di legittimità e full jurisdiction. Le potenzialità del sindacato confutatorio*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2018, 2.

- FORNARI L., *Il metodo mafioso: dall'effettività dei requisiti al 'pericolo di intimidazione' derivante da un contesto criminale?*, in www.penalecontemporaneo.it, 9 giugno 2016.
- FRACCHIA F. – GIULIETTI W., *Aspetti problematici dell'esecuzione nei contratti nel prisma della nuova giurisprudenza sull'accesso civico*, in *Il dir. dell'economia*, 2020, 2.
- FRACCHIA F. – OCCHIENA M., *Il giudice amministrativo e l'inferenza logica: "più probabile che non" e "oltre", "rilevante probabilità" e "oltre ogni ragionevole dubbio". Paradigmi argomentativi e rilevanza dell'interesse pubblico*, in *Il dir. dell'economia*, 2018, 3.
- FRACCHIA F., *L'accordo sostitutivo*, Padova, 1998.
- FRANCARIO F., *Il diritto di accesso deve essere una garanzia effettiva e non una declamazione retorica*, in *Federalismi*, 22 maggio 2019.
- FRANCARIO F., *Il pasticciaccio parte terza. Prime considerazioni su Corte di Giustizia UE, 21 dicembre 2021 c-497/20, RandStad Italia spa*, in *Federalismi*, 9 febbraio 2022.
- FRANCHINI C. (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, in P. RESCIGNO – E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato dei contratti*, vol. II, Torino, 2008.
- FRANCOLINI G., *Questioni processuali in tema di controllo giudiziario delle aziende ex art. 34 bis, comma 6, d.lgs. n. 159/2011*, in G. AMARELLI – S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti*, Torino, 2019.
- FRANZONI M., *Degli effetti del contratto*, vol. I, in *Commentario Schlesinger-Busnelli*, II ed., Milano, 2013.
- FRANZONI M., *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da ID., vol. I, Milano, 2010.
- FRATTASI B. – GAMBACURTA S., *La nuova disciplina della documentazione antimafia*, in A. CISTERNA – M.V. DE SIMONE – B. FRATTASI – S. GAMBACURTA (a cura di), *Codice antimafia*, 2013.
- FREDIANI E. – MERUSI F., *La giustizia amministrativa nel ventennio fascista*, in *Amministrare*, 2018, 3.

- GABRIELLI G. – PADOVINI F., voce *Recesso* (diritto privato), in *Enc. Dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988.
- GAGLIARDI B., *Estensione della nozione di pubblico concorso e tutela giurisdizionale*, in *Foro amm. CDS*, 2007, 6.
- GALETTA D.U. – GRZESZICK B., *Kommentar zu Art. 41 Grundrechtecharta*, in K. STERN – M. SACHS (a cura di), *Europäische Grundrechtecharta, Kölner Gemeinschaft - Kommentar*, II ed., Köln, 2016.
- GALETTA D.U., *Il diritto ad una buona amministrazione nei procedimenti amministrativi oggi (anche alla luce delle discussioni sull'ambito di applicazione dell'art. 41 della Carta dei diritti UE)*, in M.C. PIERRO (a cura di), *Il diritto a una buona amministrazione nei procedimenti tributari*, Milano, 2019.
- GALETTA D.U., *Il principio di proporzionalità*, in M. RENNA – F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012.
- GALETTA D.U., *Il principio di proporzionalità*, in M.A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2010.
- GALETTA D.U., *La legge tedesca sul procedimento amministrativo (Verwaltungsverfahrensgesetz)*, Milano, 2002.
- GALETTA D.U., *The EU law principle of proportionality and judicial review: its origin, development, dissemination and the lessons to be learnt from EU Court of Justice*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2021, 5-6, 619.
- GALLI M., *Giudicare l'avvenire. Uno studio a partire dalla convention judiciaire d'intérêt public*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 3.
- GALLIGAN D., *La discrezionalità amministrativa*, trad. it. di F. Innamorati, Milano, 1999.
- GALLO C.E., *Il secondo correttivo al codice del processo amministrativo*, in *Urb. app.*, 2012, 12.
- GALLO E., voce *Misure di prevenzione*, in *Enc. giur.*, vol. XX, Roma, 1990.
- GAMBACURTA S., *La documentazione antimafia: tipologia e contenuto*, in A. CISTERNA – M.V. DE SIMONE – B. FRATTASI – S. GAMBACURTA (a cura di), *Codice antimafia*, 2013.
- GAROFOLI R., *Al vaglio della Corte costituzionale i principi del sistema di prevenzione patrimoniale*, in *Corr. giur.*, 1997, 5.

- GARRET L.B., *Structural Reform Prosecution*, in *Virginia Law Review*, 2017.
- GARRI F., *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Torino, 1975.
- GATTO F., *Le nuove frontiere della Legislazione Antimafia alla luce del D.L. 6 novembre 2021, n. 152*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2021.
- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015.
- GHRENASSIA C.– SACCHI E., *La convenzione giudiziaria di interesse pubblico (CJIP): aspettando la transazione penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 30 gennaio 2018.
- GIACALONE F., *La tenuta dell'assetto democratico nella lotta alla criminalità organizzata: riflessioni sullo scioglimento dei consigli comunali e provinciali conseguente a fenomeni di infiltrazione e condizionamento mafioso*, in M. IMMORDINO – N. GULLO (a cura di), *Diritto amministrativo e misure di prevenzione della criminalità organizzata*, Napoli, 2021.
- GIACCHETTI S., *Gli accordi dell'art. 11 della legge n. 241 del 1990 tra realtà virtuale e realtà reale*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 3.
- GIACOBBE G., *Artt. 2044-2045*, in *Illecito e responsabilità civile*, tomo I, *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, vol. X, Torino, 2005.
- GIANNINI M.S. – PIRAS A., voce *Giurisdizione amministrativa*, in *Enc. Dir.*, vol. XIX, Milano, 1959.
- GIANNINI M.S., *Attività amministrativa*, Milano, 1960.
- GIANNINI M.S., *Controllo: nozioni e problemi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1974.
- GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, Milano, 1970.
- GIANNINI M.S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939.
- GIANNINI M.S., *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939.
- GIANNINI M.S., *Origini e caratteristiche della normativa contabile del 1923-24*, in R. PEREZ (a cura di), *Il completamento della riforma della contabilità pubblica*, Milano, 1988.

- GIANNINI M.S., *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Studi sassaresi*, vol. XVIII, 1940, poi ripubblicato in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1973.
- GIANNINI M.S., *Vita e opere di Guido Zanobini*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1965.
- GIANNINI M.S., voce *Accertamento (Diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, vol. I, Milano, 1958.
- GIARDINO E., *Le interdittive antimafia tra finalità perseguite e garanzie affievolite*, in M. IMMORDINO – N. GULLO (a cura di), *Diritto amministrativo e misure di prevenzione della criminalità organizzata*, Napoli, 2021.
- GIRGENTI A. – SPAGNOLO S., *La responsabilità aquiliana della pubblica amministrazione*, Milano, 2016.
- GIUFFRIDA A., *Il “diritto” ad una buona amministrazione pubblica e profili sulla sua giustiziabilità*, Torino, 2012.
- GIUFFRIDA L.V., *La responsabilità della p.a. da atto lecito. Un mero indennizzo o un integrale risarcimento quale forma di ristoro a seguito di un atto lecito dannoso*, in *Amministrazione e contabilità dello Stato e degli enti pubblici*, 26 ottobre 2020.
- GIUFFRIDA V., *Sul trattamento giurisdizionale della discrezionalità tecnica*, in *Foro amm.*, 2021, 10.
- GIUNTA F., *Oltre la logica della punizione: linee evolutive e ruolo del diritto penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Milano, 2006.
- GIUSTI A., *Contributo allo studio di un concetto ancora indeterminato. La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Napoli, 2007.
- GIUSTI A., *Il Codice del processo amministrativo dopo il secondo correttivo*, in *Federalismi*, 23 ottobre 2013.
- GIUSTI A., *Tramonto o attualità della discrezionalità tecnica? Riflessioni a margine di una recente “attenta riconsiderazione” giurisprudenziale*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 2.
- GOISIS F., *Il contenzioso appalti nella prospettiva dell’Unione Europea: verso una giurisdizione (primariamente) di diritto oggettivo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, 2.
- GORLA G., voce *Precedente giudiziale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXIII, Roma, 1990.

- GRABRIELLI G., *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985.
- GRILLO P., *Durata massima del sequestro di prevenzione e provvedimento di confisca dopo il d.lgs. n. 159 del 2011*, in www.penalecontemporaneo.it, 2 aprile 2012.
- GROPPI T., *Lo scioglimento dei consigli comunali e provinciali per collegamento mafioso*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, 3.
- GROSSI P., *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 1995.
- GROSSI P., *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015.
- GUASTINI R., *Interpretare, costruire, argomentare*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2015, 2.
- GUERINI T. – SGUBBI F., *L'art. 32 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90. Un primo commento*, in www.penalecontemporaneo.it, 24 settembre 2014.
- GUERINI T., *Antimafia e anticorruzione nell'epoca del furore punitivo*, in *Arch. pen.*, 2019, 3.
- GUERINI T., *Diritto penale ed enti collettivi. L'estensione della soggettività penale tra repressione, prevenzione e governo dell'economia*, Torino, 2018.
- GUERRINI R. – MAZZA L. – RIONDATO S., *Le misure di prevenzione. Profili sostanziali e processuali*, Padova, 2004.
- GUICCIARDI E., *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2004.
- GUICCIARDI E., *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi nella giustizia amministrativa*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1937, 2.
- GUICCIARDI E., *Recensione a K.H. Schmitt, Treu und Glauben im Verwaltungsrecht. Zugleich ein Beitrag zur juristischen Methodenlehre (Berlin, Junker und Dünnhaupt Verlag, 1935)*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1936.
- GULLO N., *Interdittiva antimafia e crediti risarcitori*, *Giorn. dir. amm.*, 2018, 6.
- GUZZI F.F., *La responsabilità della p.a. da provvedimento illegittimo: profili sostanziali*, in G. CASSANO - N. POSTERARO (a cura di), *Le responsabilità della pubblica amministrazione. Profili sostanziali e processuali*, Padova, 2019.

- HASSERL G., *Diritto e tempo. Saggi di filosofia del diritto*, Milano, 1998.
- HEINTZEN M., *Il principio di proporzionalità. Un cosmopolita tedesco del diritto costituzionale*, trad. it. di F. Pedrini, Modena, 2015.
- HESS H., *Mafia. Le origini e la struttura*, Bari, 1993.
- HINNA DANESI F., *I controlli antimafia e le relative sanzioni in materia di pubblici appalti*, in *Riv. trim. app.*, 1995.
- IMMORDINO M., *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999.
- INDELICATO A., *Considerazioni in tema di in house providing alla luce della recente sentenza della Corte Costituzionale (27 maggio 2020, n. 100)*, in *Amministrazione in Cammino*, 24 settembre 2020.
- INSOLERA G. – GUERINI T., *Diritto penale e criminalità organizzata*, Torino, 2018.
- IRTI N., *Tramonto della sovranità e diffusione del potere*, in *Dir. soc.*, 2009, 3-4.
- JONAS H., *Das Prinzip Verantwortung*, Frankfurt am Main, 1979.
- KRAUSS V. R., *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht*, Hamburg, 1955.
- LACCHÈ L., *Uno "sguardo fugace". Le misure di prevenzione in Italia tra ottocento e novecento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 2.
- LASALVIA F.P., *La prevenzione ragionevole. Le misure di prevenzione personali tra legalità e proporzionalità*, Roma, 2022.
- LAZZARA P., «Discrezionalità tecnica» e situazioni giuridiche soggettive, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 1.
- LEDDA F., *Determinazione discrezionale e domanda di diritto*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, Modena, 1996.

- LEDDA F., *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Studi in onore di Vittorio Bachelet*, vol. II, Milano, 1987.
- LEMMO G.L., *Il risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali in caso di annullamento dell'interdittiva*, in G. AMARELLI – S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti*, Torino, 2019.
- LEONE G., *L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato alle prese con l'interdittiva prefettizia antimafia e la teoria dell'interpretazione*, in *Foro amm.*, 2018, 6.
- LEVI F., *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967.
- LEVI F., *Partecipazione e organizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1977, 4.
- LICATA F., *La sospensione temporanea dell'amministrazione dei beni e la successiva confisca ex artt. 3 quater e 3 quinquies, L. n. 575/1965. L'agevolazione incolpevole delle attività mafiose tra prevenzione e sanzione*, in A. BARGI – A. CISTERNA, *La giustizia penale patrimoniale*, Torino, 2011.
- LIGUORI F., *Il sindacato di merito nel giudizio di legittimità*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2018, 2.
- LOMBARDO M., *Art. 247*, in M. BALDI – R. TOMEI (a cura di), *La disciplina dei contratti pubblici. Commentario al codice appalti*, II ed., Milano, 2009.
- LOMONTE E., *Marginalità sociale e prognosi di pericolosità nelle misure di prevenzione personale. Le ragioni di un disagio*, in *Quest. giust.*, 1999.
- LONGO A. – CAVALLARO A., *Metodo di calcolo per la determinazione dell'anomalia delle offerte e il risarcimento danni: sottrazione del c.d. aliunde perceptum*, in *Urb. app.*, 2018, 2.
- LONGO A., *La «massima anticipazione della tutela». Interdittive antimafia e sofferenze costituzionali*, in *Federalismi*, 16 ottobre 2019.
- LONGO A., *La Corte costituzionale e le informative antimafia. Minime riflessioni a partire dalla sentenza n. 57 del 2020*, in *Nomos*, 2020, 2.
- LONGO F., *Lo scioglimento dei consigli comunali per fenomeni di infiltrazione e condizionamento di tipo mafioso è questione di contesto*, in *Foro amm. CDS*, 2008, 3.
- LUCATTINI S., *Le sanzioni a tutela del territorio*, Torino, 2022.

- LUCATTINI S., *Rivalità e coordinamento nel governo dei servizi pubblici*, in F. MERUSI – S. ANTONIAZZI (a cura di), *Vent'anni di regolazione accentrata di servizi pubblici locali*, Torino, 2017.
- LUDRESSEN K., *La prospettiva della riparazione*, in L. EUSEBI (a cura di), *Il declino del diritto penale*, Milano, 2005.
- LUPO S., *Mafia*, Roma, 2022.
- LUPO S., *Storia della mafia. Dalle origini ai giorni nostri*, Roma, 2004.
- MACRILLÒ B., *La sopravvivenza dell'informativa atipica dopo il "correttivo" al Codice antimafia*, in *Giustamm*, 2014.
- MACRILLÒ B., *Notazioni sulla supposta abrogazione dell'informativa antimafia atipica*, in www.lexitalia.it, 26 marzo 2014.
- MAGI R., *Per uno statuto unitario dell'apprezzamento della pericolosità sociale. Le misure di prevenzione a metà del guado*, in www.penalecontemporaneo.it, 13 marzo 2017.
- MAGLIONE P.S., *Prevenzione patrimoniale al crocevia tra giudice penale e prefettura: lo "strano caso" del controllo giudiziario volontario*, in *Federalismi*, 16 giugno 2021.
- MAGRI M., *Lo scioglimento dei consigli comunali e provinciali per infiltrazioni della criminalità di tipo mafioso: vecchi e nuovi dubbi di costituzionalità, in attesa di una riforma dell'art. 143 del TUEL*, in *Dir. amm.*, 2018, 1.
- MAIELLO V., *De Tommaso c. Italia e la cattiva coscienza delle misure di prevenzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 8.
- MAIELLO V., *La prevenzione 'ante delictum' da pericolosità generica al bivio tra legalità costituzionale e interpretazione tassativizzante*, in *Giur. cost.*, 2019, 1.
- MANFREDI G., *Giusto procedimento e interpretazioni della Costituzione*, in *Giustamm*, 2007, 4.
- MANFREDI G., *Gli scritti sul procedimento amministrativo dopo la legge 241 del 1990*, in *Amministrare*, 2018, 2.
- MANFREDI G., *Le indennità di autotutela*, in *Dir. amm.*, 2008, 1.
- MANFREDI G., *Legalità procedurale*, in *Dir. amm.*, 2021, 4.

- MANGANARO F., *Il contrasto alla corruzione in materia di contratti pubblici*, in *Giustamm*, 2014.
- MANGANI R., *Corruzione negli appalti, revoca dei contratti, commissariamento: brevi note anche a seguito dell'entrata in vigore del Decreto legge 24 giugno 2014, n. 90*, in *Giustamm*, 2014, 7.
- MANNA A., *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, Pisa, 2019.
- MANNORI L. – B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2013.
- MANNORI L. – SORDI B., *Giustizia e amministrazione*, in M. FIORAVANTI, *Lo Stato moderno in Europa*, Bari, 2002.
- MANNOZZI G., *Pena e riparazione: un binomio non irriducibile*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, Milano, 2006.
- MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2017.
- MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1983.
- MARANDOLA A., *La Corte costituzionale definisce lo statuto di garanzia di (alcuni) presupposti delle misure di prevenzione*, in *Studium iuris*, 2019, 11.
- MARINI L.– PALAZZANI L. (a cura di), *Il principio di precauzione tra filosofia, biodiritto e biopolitica*, Roma, 2008.
- MARINI L., *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario*, Padova, 2004.
- MARTUCCI R., *Emergenza e tutela dell'ordine pubblico nell'Italia liberale*, Bologna, 1980.
- MARZUOLI C., *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985.
- MATTARELLA B.G., *Fortuna e decadenza dell'imperatività del provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2012, 1.
- MATTARELLA B.G., *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013.
- MATTARELLA B.G., *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 2.

- MAUGERI A.M., *La confisca ex art. 3 quinquies l. 575/'65: la nozione di agevolazione e l'oggetto della confisca. Nota a Trib. Palermo, 29.10.2009 (dec.), Pres. Vincenti, Rel. Nicastrò*, in www.penalecontemporaneo.it, 29 giugno 2011.
- MAUGERI A.M., *La riforma delle misure di prevenzione patrimoniali ad opera della l. 161/2017 tra istanze efficientiste e tentativi incompiuti di giurisdizionalizzazione del procedimento di prevenzione*, in *Arch. pen.*, 2018, suppl. al n. 1.
- MAUGERI A.M., *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte Europea condanna l'Italia per la mancanza di "qualità" della legge, ma una rondine non fa primavera*, in www.penalecontemporaneo.it, 6 marzo 2017.
- MAUGERI A.M., *Prevenire il condizionamento criminale dell'economia: dal modello ablatorio al controllo terapeutico delle aziende*, in *Dir. pen. cont.*, 2022, 1.
- MAZZACUVA F., *Deferred prosecution agreements: riabilitazione "negoziata" per l'ente collettivo indagato. Analisi comparata dei sistemi di area anglo americana*, in *Ind. pen.*, 2013, 2.
- MAZZACUVA F., *L'uno-due della Consulta alla disciplina delle misure di prevenzione: punto di arrivo o principio di un ricollocamento sui binari costituzionali?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 2.
- MAZZACUVA F., *La diversione processuale per gli enti collettivi alla luce del Code of Conduct: spunti per alcune riflessioni de jure condendo*, in *Ind. pen.*, 2015, 1.
- MAZZAMUTO M., *Contratti pubblici di diritto privato*, in *Il dir. dell'economia*, 2022, 2.
- MAZZAMUTO M., *Gestione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati tra giurisdizione e amministrazione*, in *Giur. it.*, 2013, 2.
- MAZZAMUTO M., *Misure giurisdizionali di salvataggio delle imprese versus misure amministrative di completamento dell'appalto: brevi note sulle modifiche in itinere al Codice antimafia*, in www.penalecontemporaneo.it, 20 aprile 2016.
- MAZZAMUTO M., *Pagamento di imprese colpite da interdittiva antimafia e obbligatorietà delle misure anticorruzione*, *Giur. it.*, 2019, 1.
- MAZZAMUTO M., *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, in *Giustamm*, 2016, 3.

- MELIS G., *Per una storia del procedimento amministrativo prima della legge sul procedimento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 2.
- MENDITTO F., *Codice antimafia. Commento organico, articolo per articolo, al D. Lgs. 6 settembre 2011, n. 159 con riferimento alle modifiche apportate alla disciplina previgente*, Napoli, 2011.
- MENDITTO F., *La nuova frontiera della bonifica delle aziende coinvolte in contesti illeciti: l'amministrazione giudiziaria (art. 34 d.lgs. n. 159/2011)*, in www.questionegiustizia.it, 24 giugno 2020.
- MENDITTO F., *La sentenza De Tommaso contro Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione*, in www.penalecontemporaneo.it, 26 aprile 2017.
- MENDITTO F., *Le luci e le (molte) ombre del c.d. codice antimafia*, in *Cass. pen.*, 2012, 3.
- MENDITTO F., *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, Milano, 2019.
- MENDITTO F., *Le prime modifiche al c.d. codice antimafia: d.lgs. n. 218/12 e l. n. 228/12*, in www.penalecontemporaneo.it, 31 dicembre 2012.
- MENDITTO F., *Lo schema di decreto legislativo del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione (Libri I, II, IV e V): esame, osservazioni e proposte. Primo commento al c.d. Codice antimafia, attualmente all'esame del Parlamento*, in www.penalecontemporaneo.it, 3 agosto 2011.
- MERENDA I. – VISCONTI C., *Metodo mafioso e partecipazione associativa nell'art. 416 bis tra teoria e diritto vivente*, in www.penalecontemporaneo.it, 24 gennaio 2019.
- MEREU I., *Storia dell'intolleranza in Europa. Sospettare e punire*, Milano, 1979.
- MERLO A., *La bonifica aziendale come scopo delle misure patrimoniali diverse dalla confisca: le sezioni unite si pronunciano sul controllo giudiziario volontario*, in *Foro it.*, 2020, 5.
- MERLO A., *Sfruttamento dei riders: amministrazione giudiziaria ad Uber per contrastare il "caporalato digitale"*, in www.sistemapenale.it, 2 giugno 2020.
- MERUSI F., *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, 2012.
- MERUSI F., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico dagli anni "Trenta" all'"Alternanza"*, Milano, 2001.

- MERUSI F., *Debito pubblico e giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 1.
- MERUSI F., *Gian Domenico Romagnosi fra diritto e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 4.
- MERUSI F., *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, 1.
- MERUSI F., *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970.
- MERUSI F., *La teoria generale di Enzo Capaccioli nel dibattito amministrativo contemporaneo*, in *Dir. amm.*, 2009, 4.
- MERUSI F., *Sullo sviluppo giurisprudenziale del diritto amministrativo italiano*, in AA.VV., *Legge, giudici, politica: le esperienze italiana e inglese a confronto*, Milano, 1983.
- MESSINA S., *La discrezionalità nel diritto penale*, Roma, 1947.
- MESTRE J.L., *Introduction historique au droit administratif français*, Paris, 1985.
- MEZZOTERO A., *Le informative prefettizie antimafia: natura, tipologie ed effetti interdittivi*, in *Giur. mer.*, 2009, 4.
- MICCICHÈ C., *L'azione di contrasto preventivo alla criminalità mafiosa e le informazioni antimafia interdittive: tra legalità ed efficacia*, in *Jus*, 2019.
- MILO G., *Il preavviso di diniego dopo la legge 11 settembre 2020, n. 76*, in www.ambientediritto.it, 2020, 4.
- MOLINARI P.V., *Sulla utilizzabilità delle intercettazioni nel procedimento di prevenzione*, in *Cass. pen.*, 2007, 4.
- MOLITERNI A (a cura di), *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice. Concrete dinamiche dell'ordinamento*, Napoli, 2021.
- MONGILLO V., *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino, 2018.
- MONTARULI V., *Lo scioglimento degli organi elettivi negli enti locali per infiltrazioni della criminalità organizzata*, Napoli, 2014.
- MORBIDELLI G., *Il procedimento amministrativo*, in L. MAZZAROLLI – G. PERICU – A ROMANO – F.A. ROVERSI MONACO – F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, vol. I, Bologna, 2005.

- MORBIDELLI G., *Il procedimento amministrativo. Il principio del procedimento*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, Napoli, 2006.
- MORBIDELLI G., *Separazione tra politica e amministrazione e discrezionalità amministrativa*, in *Munus*, 2021, 1.
- MORGILLO V., *La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, in www.penalecontemporaneo.it, 27 maggio 2019.
- MORLINO E., *Amministrare e punire*, Milano, 2020.
- MORTATI C., voce *Discrezionalità*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. V, Torino, 1968.
- MURGOLO L., *Un rinvio pregiudiziale in materia di interdittiva antimafia: quando il giudice amministrativo minus dixit quam voluit (et minus voluit quam dixit)*, in *Giustamm*, 2020.
- NAPOLITANO G., *L'ordine pubblico*, in S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2012.
- NICASO A., *Mafia*, Torino, 2016.
- NIGRO M., *Giurisprudenza amministrativa e trasformazioni dell'amministrazione: riflessioni sulle conseguenze sostanziali di assetti processuali*, in A.A.V.V., *Studi per il Centenario della IV Sezione del Consiglio di Stato*, Roma, 1989.
- NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1979.
- NIGRO M., *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 1.
- NIGRO M., *Scritti giuridici*, Milano, 1996.
- NOCELLI M., *I più recenti orientamenti della giurisprudenza amministrativa sul complesso sistema antimafia*, in *Foro amm.*, 2017, 12.
- NOVA G. (a cura di), *Recesso e risoluzione nei contratti*, Milano, 1994.
- NOVA G., voce *Recesso*, in *Dig. priv.*, vol. XVI, Torino, 1993.

- NUNZIATA M., *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nel contenzioso sui contratti pubblici*, in A. MOLITERNI, *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice. Concrete dinamiche dell'ordinamento*, Napoli, 2021.
- NUNZIATA M., *Lotta alla corruzione e flessibilità dell'attività contrattuale della P.A.*, in M. D'ALBERTI (a cura di), *Corruzione e pubblica amministrazione*, Napoli, 2017.
- NUVOLONE P., *Appunti e spunti tra precetti e sanzioni*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1956.
- NUVOLONE P., voce *Pena*, in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Milano, 1982.
- OCCHIENA M., *L'autorizzazione edilizia tra semplificazione, doveri di correttezza del cittadino e responsabilità degli amministratori*, in *Foro amm. TAR*, 2002, 5.
- OCCHIENA M., *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002.
- ORLANDI R., *Il Sistema di prevenzione tra esigenze di politica criminale e principi fondamentali*, in *Criminalia*, 2015.
- ORLANDO V.E., *Principi di diritto amministrativo*, IV ed. riveduta, Firenze, 1910.
- ORSI BATTAGLINI A., *Attività vincolata e situazioni giuridiche soggettive*, in ID., *Scritti giuridici*, Milano, 2007.
- PADOVANI T., *Poteri discrezionali e processo penale. Note e riflessioni su un fenomeno cangiante*, in *Scritti in onore di Antonio Cristiani*, Torino, 2001.
- PALAZZO F. – PULITANÒ D., *Diritto penale. Una conversazione*, Bologna, 2018.
- PALAZZO F., *Il giudice penale tra esigenze di difesa sociale e dinamica dei poteri pubblici*, in G. CHIODI – D. PULITANÒ (a cura di), *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, Milano, 2013.
- PALAZZO F., *Sanzione e riparazione all'interno dell'ordinamento giuridico italiano: de lege lata e de lege ferenda*, in *Pol. dir.*, 2017, 2.

- PALAZZOLO A., *L'impresa in amministrazione giudiziaria tra Stato e mercato. Disciplina settoriale e diritto comune*, Torino, 2020.
- PALIERO C.E., *Criminalità economica e criminalità organizzata: due paradigmi a confronto*, in M. BARILLARO (a cura di), *criminalità organizzata e sfruttamento delle risorse territoriali*, Milano, 2004.
- PALMIERI A. – PARDOLESI R., *Sulla problematica sorte dell'affidamento indotto dalla pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 2022, 2.
- PAOLANTONIO N., *Discrezionalità tecnica e giurisprudenza pratica*, in *Foro amm. CDS*, 2002, 10.
- PAOLANTONIO N., *Osservazioni sulla preclusione procedimentale al riesercizio del potere*, in *Il dir. dell'economia*, 2022, 3.
- PAOLELLI M., *Divieto di 'gold plating' e affidamento 'in house providing': costituzionalmente legittima la previsione dell'obbligo per le Stazioni appaltanti di motivare le ragioni del mancato ricorso al mercato*, in *Riv. Corte dei conti*, 2020, 3.
- PAPALIA R., *Notazioni in tema di efficacia interdittiva delle informazioni antimafia*, in *Foro amm. CDS*, 2011, 1.
- PAPPANO D., *Potere amministrativo e responsabilità civile. La riconsiderazione delle categorie dogmatiche*, Napoli, 2008.
- PARISI N. – CHIMENTI M.L., *Il ruolo dell'Anac nella prevenzione della corruzione in materia di appalti pubblici*, in *Dir. comm. intern.*, 2015, 2.
- PARODI G., *Il sindacato di "maggiore attendibilità" nella recente giurisprudenza amministrativa in materia di farmaci*, in *Corti supreme e salute*, 2021, 2.
- PASTORELLI M., *L'opera giuridica di Massimo Severo Giannini*, Milano, 2012.
- PASTORI G., *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro amm.*, 1987, 12.
- PASTORI G., *Introduzione generale*, in ID. (a cura di), *La procedura amministrativa*, Vicenza, 1964.
- PASTORI G., *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Considerazioni introduttive*, in AA.VV., *La disciplina generale del procedimento amministrativo, Atti del XXXII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Varenna - Villa Monastero, 18-20 settembre 1986)*, Milano, 1989.

- PEIRONE F., *La tutela dell'integrità negli appalti pubblici e la giustizia amministrativa. Public procurement integrity and the remedies system*, in *Foro amm.*, 2015, 7-8.
- PELAGATTI G., *Valutazioni tecniche dell'amministrazione pubblica e sindacato giudiziario: un'analisi critica dei recenti sviluppi della dottrina giuspubblicista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, 1.
- PELLEGRINI S., *L'impresa grigia. Le infiltrazioni mafiose nell'economia legale. Un'analisi sociologico-giuridica*, Roma, 2022.
- PERFETTI L.R., *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro amm.*, 2000, 2.
- PIGNATONE G., *Mafia e corruzione: tra confische, commissariamenti e interdittive*, in www.penalecontemporaneo.it, 24 settembre 2015.
- PILIERO M., *Prevenire il fenomeno mafioso con interventi graduali e collegati: i nuovi strumenti dell'amministrazione giudiziaria e del controllo giudiziario*, in www.ildirittoamministrativo.it.
- PISANELLO N., *Gli effetti del controllo giudiziario sul giudizio amministrativo*, in G. AMARELLI – S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti*, Torino, 2019.
- PIVA P., *Art. 41 — Diritto ad una buona amministrazione*, in R. MASTROIANNI – O. POLLICINO – S. ALLEGREZZA – F. PAPPALARDO – O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Milano, 2017.
- POMANTI P., *Principio di tassatività e metamorfosi della fattispecie: l'art. 416 bis c.p.*, in *Arch. Pen.*, 2017, 1.
- PORTALURI P.L., *Potere amministrativo e procedimenti consensuali. Studi sui rapporti a collaborazione necessaria*, Milano, 1998.
- PRESUTTI E., *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.*, 1910, 1.
- PRIMERANO G.A., *Spigolature in tema di risarcimento del danno da aggiudicazione illegittima*, in *Foro amm. CDS*, 2013, 7-8.
- PROTO PISANI A., *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 1.
- PROTO PISANI A., *Il precedente nella giurisprudenza*, in *Foro it.*, 2017, 5.
- PROTO PISANI A., *Lezioni di diritto processuale civile*, 2014.

- PROVENZANO P., *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo, fra diritto interno e diritto U.E.*, Milano, 2015.
- PUGLIESE F.P., *Sulla formazione contrattuale pubblica dopo l'unificazione*, in *Quaderni storici*, 1971.
- PULITANÒ D., *Relazione introduttiva. Problemi del negoziabile nella giustizia penale*, in AA.VV., *Criminalità d'impresa e giustizia negoziata: esperienze a confronto*, Milano, 2017.
- RAMAJOLI M., *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 1.
- RAMAJOLI M., *Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent'anni dalla legge n. 241/90, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 2.
- RAMAJOLI M., *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, 3.
- RENNA M., *Giusto processo ed effettività della tutela in un cinquantennio di giurisprudenza costituzionale sulla giustizia amministrativa: la disciplina del processo amministrativo tra autonomia e "civilizzazione"*, in G. DELLA CANANEA – M. DUGATO, *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, Napoli, 2006.
- RIVELLINI G., *Il divieto di 'gold plating' e il problema della sua giustiziabilità in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 3.
- ROCCO A., *La riparazione alle vittime degli errori giudiziari*, in *Riv. pen.*, 1902, 1.
- ROEHRSEN G., *Il giusto procedimento nel quadro dei principi costituzionali*, in *Dir. amm.*, 1987, 1.
- ROIA F., *L'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche*, in T. EPINDENDIO – G. VARRASO, *Codice delle confische*, Milano, 2018.
- ROLLI R. – MAGGIOLINI M., *Interdittiva antimafia tra norme costituzionali, eurounitarie e internazionali pattizie (Nota a Consiglio di Stato, sez. III del 25 ottobre 2021, n. 7165)*, in *Giustizia insieme*, 11 marzo 2022.

- ROLLI R. – MAGGIOLINI M., *Notarelle sul riformato contraddittorio procedimentale in tema di interdittiva antimafia (nota a ordinanza Tar Lecce, sez. III, n. 116/2022)*, in *Giustizia insieme*, 19 maggio 2022.
- ROLLI R., *Il comune degli altri. Lo scioglimento degli organi di governo degli enti locali per infiltrazioni mafiose*, Roma, 2013.
- ROMAGNOSI G.D., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1814.
- ROMANO M., *Amministrazione, gestione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati*, in L. DELLA RAGIONE - A. MARANDOLA – A. ZAMPAGLIONE (a cura di), *Misure di prevenzione interdittive antimafia e procedimento*, Milano, 2022.
- ROMANO S., *Corso di diritto amministrativo. Principi generali*, Padova, 1937.
- ROMANO S., *Responsabilità dello Stato e riparazione alle vittime degli errori giudiziari*, in *Legge*, Roma, 1903.
- ROSELLI F., *Il recesso dal contratto*, in *Il contratto in generale*, tomo III, *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, vol. XIII, Torino, 2002.
- ROXIN C., *Risarcimento del danno e fini della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 1.
- RUGGIERI F., *Reati nell'attività imprenditoriale e logica negoziale. Procedimenti per reati d'impresa a carico di persone ed enti tra sinergie e conflitti*, in AA.VV., *Criminalità d'impresa e giustizia negoziata: esperienze a confronto*, Milano, 2017.
- RUGGIERO G., *Le misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione della corruzione*, in M. NUNZIATA (a cura di), *Riflessioni in tema di lotta alla corruzione*, Roma, 2017.
- RUGGIERO R.A., *Non prosecution agreements e criminalità d'impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico*, in www.penalecontemporaneo.it, 12 ottobre 2015.
- SAITTA F., *I protocolli di legalità al vaglio dei giudici europei (nota a Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 12 settembre 2014, ord. n. 534)*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2015, 1.
- SAITTA F., *Informative antimafia e protocolli di legalità, tra vecchio e nuovo*, in *Riv. trim. app.*, 2014, 2.

- SALA G., *Dal dogma dell'irrisarcibilità dell'interesse legittimo al risarcimento, nei pubblici appalti, anche per fatto lecito*, in *Resp. civ. prev.*, 2022, 3.
- SALA G., *Regole costituzionali dell'azione amministrativa e principio del giusto procedimento nella giurisprudenza dei TAR*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, 4.
- SALEMI G., *La così detta responsabilità per atti legittimi della pubblica amministrazione*, Milano, 1912.
- SALES I., *La camorra, le camorre*, Roma, 1988.
- SALES I., *Storia dell'Italia mafiosa. Perché le mafie hanno avuto successo*, Soveria Mannelli, 2015.
- SANDULLI A., *Il procedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 2003.
- SANDULLI A., *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998.
- SANDULLI A., *Mario Nigro, giurista dello Stato democratico-sociale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 3.
- SANDULLI A.M., *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940.
- SANDULLI A.M., *Spunti in tema di indennizzo per atti legittimi della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 1947.
- SANDULLI M.A., *Rapporti tra il giudizio sulla legittimità dell'informativa antimafia e l'istituto del controllo giudiziario*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2022.
- SANDULLI M.A., *Riflessioni sull'istruttoria tra procedimento e processo*, in *Diritto e società*, 2020, 2.
- SANGIORGI S., voce *Recesso*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXVI, 1991.
- SARNATANO A.V., *Controllo giudiziario delle aziende*, in L. DE GENNARO – N. GRAZIANO (a cura di), *La nuova legislazione antimafia*, Roma, 2017.
- SCALIA F., *Controlli e sanzioni in materia di incentivi alle fonti energetiche rinnovabili*, in *Federalismi*, 10 ottobre 2018.
- SCHIERA P., voce *Stato di polizia*, in N. BOBBIO – N. MATTEUCCI – G. PASQUINO (a cura di), *Dizionario di politica*, Torino, 2016.
- SCHMIDT-ASSMAN E., *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs-idee*, Springer, 1998.

- SCHMITT GLAESER W., *Pretese, speranze e realizzazioni. Il procedimento amministrativo e la sua legge – un’osservazione introduttiva*, in A. MASUCCI (a cura di), *La codificazione del procedimento amministrativo nella Repubblica federale di Germania*, Napoli, 1979.
- SCIALOJA V., *Sui limiti della competenza della Sezione IV del Consiglio di Stato di fronte all’autorità giudiziaria*, in *Foro it.*, 1981.
- SCIARRONE R – STORTI L., *Le mafie nell’economia legale. Scambi, collusioni, azioni di contrasto*, Torino, 2019.
- SCIARRONE R., *Mafie vecchie mafie nuove. Radicamento ed espansione*, Roma, 2009.
- SCIULLO G., *Il principio del “giusto procedimento” fra giudice costituzionale e giudice amministrativo*, in *Jus*, 1986.
- SCOCA F.G., *Contributo sulla figura dell’interesse legittimo*, Milano, 1990.
- SCOCA F.G., *Diritto amministrativo*, Torino, 2021.
- SCOCA F.G., *L’interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017.
- SCOCA F.G., *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 4.
- SCOCA F.G., *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, 1.
- SCOCA F.G., *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta “anticipata” alla criminalità organizzata*, in *Giustamm*, 2018, 6.
- SCOCA F.G., *Razionalità e costituzionalità della documentazione antimafia in materia di appalti pubblici*, in *Giustamm*, 2013, 6.
- SCOCA F.G., *Scioglimento di organi elettivi per condizionamento della criminalità organizzata*, in *Giur. it.*, 2016, 7.
- SCOCA S.S., *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, Milano, 2008.
- SERRA G., *Brevi note in merito alla riforma dell’art. 10 bis della L. n. 241/1990 ad opera del c.d. Decreto Semplificazioni (D.L. n. 76/2020)*, in www.lexitalia.it, 2020.

- SGUBBI F., *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Bologna, 2019.
- SIGISMONDI G., *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle corti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 2.
- SOLINI M., *Il principio di precauzione nella disciplina comunitaria della sicurezza alimentare*, Milano, 2006.
- SORACE D., *Il metodo di Enzo Capaccioli e la questione della risarcibilità dei danni per lesione degli interessi legittimi*, in *Dir. amm.*, 2009, 4.
- SORDI B., *Tra Weimar e Vienna. Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra*, Milano, 1987.
- SPAGNOLO G., *L'associazione di tipo mafioso*, Padova, 1997.
- SPECIALE A.M., *Interdittive antimafia tra vecchi confini e nuovi scenari*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2020.
- STERN J. - WIENER J.B., *Precaution Against Terrorism*, 2006.
- STICCHI DAMIANI S. – MONTEDURO M., *I consorzi fra società cooperative nel diritto dei contratti pubblici. Nodi, sfide, prospettive*, Torino, 2018.
- SUNSTEIN C.R., *Laws of Fear: Beyond the Precautionary Principle*, Cambridge, 2005.
- TADDEI ELMI G., *Informatica e Diritto. Presupposti, storia, disciplina, insegnamento, ius condendum*, in *Informatica e Diritto*, 2014, 2.
- TARANTINO L., *La novella dell'art. 10-bis della l. 241/1990 e la posizione della giurisprudenza*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2022.
- TARUFFO M., *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009.
- TESTI F., *Il commissariamento delle imprese appaltatrici ex art. 32, d.l. n. 90/2014*, in M. D'ALBERTI (a cura di), *Corruzione e pubblica amministrazione*, Napoli, 2017.
- TITOMANLIO R., *Il principio di precauzione fra ordinamento europeo e ordinamento italiano*, Torino, 2018.
- TITOMANLIO R., *La certificazione antimafia*, in *Cons. Stato*, 1995, 2.

- TONNARA P., *Informative antimafia e discrezionalità del prefetto*, in *Urb. app.*, 2017, 2.
- TONOLETTI B., *La pubblica amministrazione sperduta nel labirinto della giustizia penale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1.
- TRAVI A., *Effetti del provvedimento e competenza territoriale dei Tar: un binomio difficile*, in *Foro it.*, 2013, 3.
- TRAVI A., *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 2.
- TRAVI A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2021.
- TRIMARCHI M., *L'affidamento in house dei servizi pubblici locali (nota a Corte costituzionale 27 maggio 2020, n. 100)*, in *Giustizia insieme*, 11 giugno 2020.
- TRIMARCHI M., *Responsabilità extracontrattuale dell'amministrazione o amministrazione irresponsabile?*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, 1.
- TRONCONE P., *La legislazione penale dell'emergenza in Italia. Tecniche normative di incriminazione e politica giudiziaria dallo Stato liberale di diritto allo Stato democratico di diritto*, Napoli, 2001.
- TRONCONE P., *Origine ed evoluzione delle misure preventive antimafia*, in G. AMARELLI – S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti*, Torino, 2019.
- TUCCI G., *La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, 1.
- TURONE G., *Il delitto di associazione mafiosa*, Milano, 2015.
- UBALDI A., *Revoca e istituti di confine in materia di contratti pubblici: tra limiti e conseguenze economiche*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 5.
- URSI R., *Certificazioni e normativa antimafia*, in F. FRACCHIA – M. OCCHIENA (a cura di), *I sistemi di certificazione tra qualità e certezza*, Milano, 2007.
- VALAGUZZA S., *La frammentazione della fattispecie nel diritto amministrativo a conformazione europea*, Milano, 2008, 116.

- VASSALLI G., *Misure di prevenzione e diritto penale*, in *Scritti in onore di Biagio Petrocelli*, vol. III, Milano, 1972.
- VELTRI G., *Il giudizio amministrativo dopo il secondo correttivo: lo spostamento della competenza territoriale per ragioni di connessione*, in www.lexitalia.it, 2012.
- VELTRI G., *La prevenzione antimafia collaborativa: un primo commento*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2022, 5.
- VENAFRO E., *L'impresa del crimine. Il crimine nell'impresa*, Torino, 2012.
- VERGINE F., *Le misure patrimoniali diverse dalla confisca*, in F. FIORENTIN (a cura di), *Misure di prevenzione personali e patrimoniali*, Torino, 2018.
- VETTORI G., *Effettività fra legge e diritto*, Milano, 2020.
- VIGANÒ F., *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in www.penalecontemporaneo.it, 3 marzo 2017.
- VILLAMENA S., *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, Milano, 2008.
- VILLATA R. – RAMAJOLI M., *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017.
- VILLATA R. – SALA G., *Procedimento amministrativo*, in *Dig. pubbl.*, Torino, 1996.
- VINTI S., *I protocolli di legalità e il diritto europeo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 3.
- VIRGA P., *Appunti sulla c.d. discrezionalità tecnica*, *Jus*, 1957, 1.
- VIRGA P., *Infiltrazioni mafiose negli enti locali*, in *Corr. giur.*, 1991.
- VISCONTI C. – TONA G., *Nuove pericolosità e nuove misure di prevenzione: percorsi contorti e prospettive aperte nella riforma del codice antimafia*, in *Leg. pen.*, 14 febbraio 2018.
- VISCONTI C., *Ancora una decisione innovativa del Tribunale di Milano sulla prevenzione antimafia nelle attività imprenditoriali*, in www.penalecontemporaneo.it, 11 luglio 2016.
- VISCONTI C., *Il controllo giudiziario "volontario": una moderna "messa alla prova" aziendale per una tutela recuperatoria contro le infiltrazioni mafiose*, in G. AMARELLI – S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Le interdittive*

antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti, Torino, 2019.

VISCONTI C., *Strategie di contrasto dell'inquinamento criminale dell'economia: il nodo dei rapporti tra mafie e imprese*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 2.

VOLPE C., *La tutela risarcitoria innanzi al giudice amministrativo: in particolare, l'influenza del diritto europeo*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2013.

VOLPE F., *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2008, 4.

VOLPE F., *Eccesso di potere giurisdizionale e limiti al sindacato della discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.*, 2013, 3.

VULCANO M., *Le modifiche del decreto-legge n. 152/2021 al codice antimafia: il legislatore punta sulla prevenzione amministrativa e sulla compliance 231 ma non risolve i nodi del controllo giudiziario*, in *Giur. pen. Web*, 13 novembre 2021.

ZAMPETTI E., *Annullamento giurisdizionale di provvedimento favorevole e giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, 3.

ZAMPETTI E., *La natura extracontrattuale della responsabilità civile della Pubblica Amministrazione dopo l'Adunanza Plenaria n. 7 del 2021*, in *Giustizia insieme*, 30 luglio 2021.

ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1958.