

RELAZIONE ANNUALE CONTENZIOSO ANTIMAFIA - 2020

- 1) Modalità di gestione e coordinamento del contenzioso antimafia**
- 2) Tipologie di contenzioso (interdittive, white list, annotazioni nel Casellario informatico dell'ANAC, misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione della corruzione ex art.32 D.l. n.90/2014 conv. con L. n.114/2014, scioglimenti dei Comuni per mafia)**
- 3) Comitato di Coordinamento per l'Alta Sorveglianza delle Infrastrutture e degli Insediamenti Prioritari (CCASIIP) e Struttura di Missione Antimafia Sisma 2016**
- 4) Interventi dell'ANAC**
- 5) Orientamenti giurisprudenziali**
- 6) Questioni rimesse alla Corte di Giustizia e alla Corte Costituzionale**
- 7) Pareri di massima e proposte normative *de iure condendo***
- 8) Dati relativi ai contenziosi in materia di antimafia 2016 - 2020**

1) MODALITA' DI GESTIONE E COORDINAMENTO DEL CONTENZIOSO ANTIMAFIA

Con la Circolare n.2/2020 l'Avvocato Generale ha adottato "Disposizioni organizzative urgenti relative al contenzioso in materia di interdittive antimafia", integrando la precedente Circolare n.8/2019 in materia.

Allo scopo di garantire una proficua gestione del contenzioso antimafia si è stabilito, innanzitutto, un raccordo con le Avvocature Distrettuali, che prevede l'invio tempestivo di ogni atto introduttivo del giudizio di primo grado all'Avvocatura Generale, che provvede all'impianto di un affare d'ordine ed alla relativa assegnazione agli Avvocati affidatari del suddetto contenzioso.

Nell'ambito della Sezione IV è stato costituito un gruppo di sei Avvocati (Wally Ferrante, Ilia Massarelli, Lorenzo D'Ascia, Bruno Dettori, Carmela Pluchino, Isabella Piracci) specializzato nella trattazione del contenzioso antimafia.

In particolare, la Circolare da ultimo adottata ha previsto che le comunicazioni relative ad affari non ancora impiantati vengano inviate all'indirizzo di posta elettronica del Vice Avvocato Generale della Sezione IV (Avv. Giuseppe Albenzio), del Coordinatore della Sezione (Avv. Ilia Massarelli) e del Referente della Sezione per la materia dell'antimafia, Avv. Carmela Pluchino, oltre che all'indirizzo pec della Sezione IV.

L'Avvocato della Sede distrettuale incaricato della trattazione dell'affare trasmette, successivamente, al Collega dell'Avvocatura Generale assegnatario del medesimo contenzioso (anche con una comunicazione via mail, oltre che a mezzo pec) ogni provvedimento ed ogni utile comunicazione per gli eventuali successivi gradi di giudizio.

Tale modalità consente una più rapida conoscenza degli affari pendenti ed un monitoraggio degli stessi, nonché un più efficiente raccordo ai fini difensivi.

In alcuni casi si è rilevato che le Prefetture interessate trasmettono anche all'Avvocatura Generale, per conoscenza, le relazioni con i documenti allegati inviati all'Avvocatura Distrettuale competente per la difesa innanzi al TAR: in tal modo viene immediatamente integrato il fascicolo telematico, agevolando l'espletamento dell'attività difensiva innanzi al Consiglio di Stato, nel caso di impugnazione delle relative ordinanze cautelari o sentenze.

Occorre considerare che normalmente la fissazione delle udienze per la discussione delle istanze cautelari e per la definizione del merito è molto rapida, essendo riservata particolare attenzione a tale tipologia di contenzioso, per la delicatezza dello stesso e la rilevanza dell'interesse pubblico al contrasto della criminalità organizzata.

Sono stati individuati, con l'ausilio del Gabinetto del Ministero dell'Interno, i Referenti della materia antimafia per ogni Prefettura (il cui elenco è stato diramato), creando un canale di comunicazione con gli stessi, al fine di assicurare una migliore collaborazione tra le Prefetture e le Avvocature interessate e di garantire una proficua e uniforme gestione del contenzioso in oggetto, nonché di segnalare le pronunce di particolare rilevanza e le questioni di massima.

2) TIPOLOGIE DI CONTENZIOSO (interdittive, white list, annotazioni nel Casellario informatico dell'ANAC, misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione della corruzione ex art.32 D.l. n.90/2014 conv. con L. n.114/2014, scioglimenti dei Comuni per mafia)

Il contenzioso in materia di antimafia concerne in misura preponderante i **provvedimenti interdittivi e i dinieghi di iscrizione (o rinnovo) nella cd. “white list”**.

Il sistema della documentazione antimafia, previsto dal Codice antimafia (d.lgs. n.159/2011) si fonda sulla distinzione tra le “comunicazioni antimafia” e le “informazioni antimafia” (art.84), che costituiscono le fondamentali misure di prevenzione.

Come noto, le “comunicazioni antimafia” si caratterizzano per il loro contenuto vincolato, poiché il loro presupposto consiste nell’attestazione che a carico di determinati soggetti, individuati dall’art.85, non siano state emesse misure di prevenzione personali definitive.

Le “informazioni antimafia”, invece, si distinguono per una spiccata autonomia da parte del Prefetto, nel valutare il rischio di permeabilità mafiosa dell’impresa, con una maggiore discrezionalità, potendo prescindere dagli esiti di indagini preliminari o di giudizi penali.

Il sistema rappresenta una forma di tutela avanzata contro il fenomeno della penetrazione della mafia nell’economia legale e comporta l’esclusione di un operatore economico dalla titolarità di rapporti contrattuali con le pubbliche Amministrazioni, determinando a suo carico una particolare forma di incapacità giuridica *ex lege*, che consegue ad un provvedimento adottato all’esito di un procedimento normativamente tipizzato.

Nel quadro delle misure volte a contrastare la presenza delle organizzazioni criminali nelle attività economiche, per garantire una maggiore efficienza del sistema di verifica preventiva rispetto alle prescrizioni dei Protocolli di legalità sottoscritti da molte Amministrazioni, la legge n.190 del 2012 (art.1, commi 52 e ss.) ha istituito presso ogni Prefettura l’elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativi di infiltrazione mafiosa

(cd. “white list”) al fine di rendere più efficaci i controlli antimafia nei comparti maggiormente a rischio (sul carattere tassativo di tale elenco cfr. TAR Milano, sentenza n.170/2017).

In attuazione dell’art.1 co.56 della legge n.190/2012 è stato adottato il DPCM del 18.04.2013, che disciplina le modalità relative all’istituzione ed all’aggiornamento presso ogni Prefettura dell’apposito elenco e le attività da svolgersi per l’accertamento dei requisiti per l’iscrizione.

La logica che ispira tale misura (come anche quella dell’interdittiva antimafia) è preventiva, non punitiva di un condotta penalmente rilevante. Proprio la natura cautelare e la funzione di massima anticipazione della soglia di prevenzione, secondo l’orientamento giurisprudenziale consolidato, giustifica l’assenza di una preventiva instaurazione di un contraddittorio pieno con il soggetto destinatario (al riguardo, come si indicherà nel prosieguo, è stata sollevata questione pregiudiziale sull’omessa comunicazione avvio del procedimento - che sarebbe in contrasto con il carattere riservato ed urgente dell’attività di verifica dei tentativi di infiltrazione mafiosa – decisa con ordinanza della Corte di Giustizia del 28.05.2020).

In proposito, è utile evidenziare che, con riferimento alla normativa italiana in materia di antimafia, la Corte di Giustizia, seppure ad altri fini (la compatibilità della disciplina italiana del subappalto con il diritto eurounitario), ha ribadito che *«il contrasto al fenomeno dell’infiltrazione della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici costituisce un obiettivo legittimo che può giustificare una restrizione alle regole fondamentali e ai principi generali del TFUE che si applicano nell’ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici»* (Corte di Giustizia UE, 26 settembre 2019, in C-63/18, § 37).

L'iscrizione nella "white list" equivale a certificazione dell'insussistenza delle cause ostative alla partecipazione alle procedure di affidamento di appalti pubblici ed alla stipula dei relativi contratti.

Le imprese sono tenute a comunicare tutte le variazioni dell'assetto proprietario e dei propri organi sociali, ai fini delle conseguenti attività di verifica da parte della Prefettura (cfr. sentenza del Consiglio di Stato n.492/2018).

Il legislatore, con l'art.29, comma 1, del D.L. n.90/2014 conv. con L. n.114/2014, è intervenuto sul sistema delle "white list", il cui provvedimento negativo si fonda sugli stessi elementi che devono essere posti a base dell'informazione antimafia, in quanto la Prefettura "effettua verifiche periodiche circa la perdurante insussistenza dei tentativi di infiltrazione mafiosa e, in caso di esito negativo, dispone la cancellazione dell'impresa dall'elenco".

In particolare, è stata prevista l'obbligatoria iscrizione delle imprese che operano nei settori a rischio di infiltrazioni mafiose (individuati dall'art.1, co.53, della L. n.190/2012) negli elenchi delle imprese tenuti dalle Prefetture e periodicamente verificati per confermare il mantenimento del possesso dei requisiti originari.

Per le imprese che operano nei settori a rischio di infiltrazioni mafiose l'iscrizione assorbe dunque i contenuti della comunicazione e dell'informazione antimafia, consentendo alle imprese di non dovere richiedere e farsi rilasciare dalla Prefettura la certificazione antimafia: a) per l'esercizio delle attività per cui ha conseguito l'autorizzazione; b) ai fini della stipula dei contratti o subcontratti relativi ad attività diverse.

Alla luce di tali modifiche è stato emanato il DPCM del 24.11.2016 con lo scopo di aggiornare le modalità per l'istituzione e l'aggiornamento dell'elenco contenute nel precedente DPCM del 18.04.2013.

Il potenziamento delle "white list" e l' "accreditamento" antimafia degli operatori economici in appositi elenchi tenuti dalle Prefetture marginalizza la problematica dei Protocolli di legalità e del sistema pattizio delle misure antimafia, che comunque mantiene una sua attualità, in quanto contribuisce a scongiurare, a priori, il rischio di infiltrazioni mafiose.

Successivamente, sono state introdotte disposizioni sull'Anagrafe delle imprese che operano nei territori colpiti dagli eventi sismici del 2016 (cfr. Legge n.229/2016).

L'iscrizione nella "white list", oltre a rendere più efficaci i controlli antimafia nei confronti degli operatori economici, presenta anche il vantaggio per questi ultimi di velocizzare il rilascio di provvedimenti ad es. nel settore degli appalti pubblici. In particolare, le stazioni appaltanti non dovranno chiedere la documentazione antimafia per le imprese iscritte nelle white list.

I requisiti necessari per l'iscrizione negli elenchi sono:

- a) attività lavorativa nei settori a rischio;
- b) sede legale, secondaria con rappresentanza stabile in Italia o essere imprese straniere prive di sede secondaria;
- c) assenza di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto, di cui all'art.67 del Codice antimafia;
- d) assenza di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi dell'impresa, di cui all'art.84, comma 3, del Codice antimafia.

La Prefettura, esperite con esito favorevole le verifiche volte ad accertare l'insussistenza delle condizioni ostative, dispone l'iscrizione dell'impresa

nell'elenco pubblicato sul sito, dandone contestuale comunicazione all'interessato.

Nel caso in cui l'impresa risulti censita nella Banca dati nazionale unica è possibile rilasciare immediatamente l'informazione antimafia liberatoria e la Prefettura comunica il provvedimento di iscrizione, per via telematica, ed aggiorna l'elenco pubblicato sul proprio sito istituzionale.

Nel caso in cui, a seguito delle verifiche disposte, emergano condizioni ostative, il Prefetto rigetta l'istanza di iscrizione, dandone notizia all'interessato.

Inoltre, l'impresa è tenuta a comunicare alla Prefettura competente le modifiche dei propri assetti proprietari e degli organi sociali, intervenuti successivamente all'iscrizione, entro 30 giorni dalla data della modifica (anche le società di capitali quotate in mercati regolamentati sono tenute a comunicare le variazioni rilevanti). L'inosservanza di tale adempimento determina la cancellazione dell'impresa dall'elenco prefettizio, previo preavviso ai sensi dell'art.10 bis della L. n.241/1990.

L'iscrizione è valida per 12 mesi dalla data in cui è disposta, salvi gli esiti delle verifiche periodiche.

Al fine di mantenere la validità dell'iscrizione nella "white list", l'operatore economico ha l'obbligo di inoltrare, almeno 30 giorni prima della data di scadenza, un'apposita comunicazione alla Prefettura competente. L'impresa può richiedere di permanere nell'elenco anche per settori di attività ulteriori o diversi.

L'equivalenza dei presupposti legittimanti il diniego della iscrizione nella "white list" con quelli riguardanti l'interdittiva antimafia comporta una sostanziale equiparazione, con la differenza che il primo consegue ad un

procedimento su iniziativa del privato interessato, la seconda ad un procedimento avviato d'ufficio.

Con la sentenza n.2211 del 3.04.2019 il Consiglio di Stato ha chiarito che, ai fini dell'adozione dell'interdittiva antimafia, non occorre provare l'intervenuta infiltrazione mafiosa, bensì soltanto la sussistenza di elementi sintomatici-presuntivi dai quali – secondo un giudizio prognostico latamente discrezionale – sia deducibile il pericolo di ingerenza da parte della criminalità organizzata; detti elementi vanno considerati in modo unitario, e non atomistico, cosicché ciascuno di essi acquisti valenza nella sua connessione con altri.

Ne consegue che, in relazione al diniego di iscrizione nella cd. “white list” – iscrizione che presuppone la stessa accertata impermeabilità alla criminalità organizzata – è sufficiente il pericolo di infiltrazione mafiosa fondato su un numero di indizi tale da rendere logicamente attendibile la presunzione dell'esistenza di un condizionamento da parte della criminalità organizzata (Fattispecie in cui l'Amministrazione ha rigettato l'istanza di iscrizione nella “white list” nei confronti di un soggetto che si accompagnava a persone orbitanti o riconducibili ad un'associazione di tipo mafioso).

Il Consiglio di Stato ha, preliminarmente, statuito che il diniego di iscrizione nella white list è disciplinato dagli stessi principi che regolano l'interdittiva antimafia, in quanto si tratta in entrambi i casi di misure volte alla salvaguardia dell'ordine pubblico economico, della libera concorrenza tra le imprese e del buon andamento della P.A.

Alla luce dell'impostazione del Supremo Consesso amministrativo l'unicità del sistema normativo antimafia impedisce una lettura atomistica, frammentaria dei due sottosistemi.

D'altra parte, si pone la questione se il diniego di iscrizione in una delle “white list” presupponga sempre l'emissione di un'informazione interdittiva

ovvero possa essere adottato anche in assenza di tale informazione. Il problema si pone perché non sempre vi è coincidenza della Prefettura competente.

Può accadere che la Prefettura competente al rilascio della certificazione antimafia sia diversa da quella a cui viene presentata la domanda di iscrizione nella “white list”.

Il DPCM del 18.10.2011, alla cui disciplina rinvia l’art.5-bis del D.L. n.74/2012 dispone che le verifiche circa la sussistenza di situazioni ostative ai sensi della normativa antimafia vengono condotte dalla Prefettura ove ha sede l’impresa interessata all’iscrizione nelle “white list” (art.3, comma 2) e che, se l’impresa ha sede in un’altra provincia, occorre attivare il Prefetto competente (art.4, comma 2) ad eseguire le predette verifiche antimafia. Inoltre, nel caso in cui emergano situazioni di controindicazione, il Prefetto che ha ricevuto la domanda di iscrizione ne dispone il rigetto, dandone “contestualmente” comunicazione al Prefetto competente (art.4 co.4).

Il sistema prevede, quindi, un tempestivo collegamento tra le due Autorità prefettizie, anche al fine di assicurare un esito coerente dei due distinti procedimenti.

Inoltre, si rende necessario un coordinamento delle attività istruttorie anche nel caso di presentazione di una pluralità di domande d’iscrizione presso diverse Prefetture, considerato che il DPCM non prevede forme di unificazione dei vari procedimenti, che permangono distinti.

L’attività di verifica è affidata alle Prefetture, individuate come l’organismo più idoneo a svolgere un’istruttoria così complessa, avvalendosi del supporto della Direzione Investigativa Antimafia. Le Amministrazioni hanno l’obbligo di adeguarsi alle risultanze delle interdittive, senza potere svolgere alcuna autonoma attività discrezionale.

Un ruolo essenziale ai fini delle attività delle Prefetture è svolto dalla Banca dati nazionale unica della documentazione amministrativa (art.96 ss. del D.Lgs. n.159/2011), che consente all'autorità prefettizia di avere una cognizione ad ampio raggio della posizione antimafia di un'impresa (cfr. sentenza n.565/2017 del Consiglio di Stato) e costituisce senz'altro il punto più incisivo della riforma in materia di antimafia.

Anche la Corte Costituzionale (cfr. sentenza n.4/2018), con riferimento all'art.3 Cost., ha valorizzato il fondamentale rilievo informativo della Banca dati.

L'esperienza concreta di applicazione della disciplina sulla certificazione antimafia e sulla "white list" si è rilevata utile a contrastare le infiltrazioni mafiose nell'economia, nel caso dell'EXPO 2015, che ha visto la collaborazione tra la DIA, le Prefetture, l'ANAC (con l'Unità Operativa Speciale), il Commissario per l'EXPO e le Forze di polizia, nel verificare in tempi stretti gli appalti. L'esperienza acquisita e il sistema sperimentato sono stati impiegati anche con riferimento alla ricostruzione nelle zone terremotate del Centro Italia.

Un problema emerso riguarda la limitata pubblicità delle informazioni contenute nelle Banche dati riguardanti le imprese colpite da interdittiva antimafia, essendo attualmente accessibili solo gli elenchi di cui alle "white list". Si pone un problema di tutela della privacy che vale anche per i provvedimenti adottati in sede giudiziale per i quali, in attuazione del D.Lgs. n.196/2003, si procede all'oscuramento delle generalità nonché di ogni altro dato idoneo ad identificare le parti interessate.

Altra tipologia di contenzioso *a latere* dei provvedimenti antimafia riguarda le relative **annotazioni dell'ANAC nel Casellario informatico**.

Normalmente tali annotazioni vengono impugnate contestualmente ai provvedimenti prefettizi; nei casi di impugnazione con ricorso autonomo innanzi al TAR Lazio, l'Avvocatura eccepisce l'incompetenza territoriale del TAR adito nelle fattispecie in cui il provvedimento interdittivo sia stato adottato dal Prefetto di altra sede.

Ed invero, l'annotazione che l'Autorità inserisce nel Casellario informatico degli operatori economici, oltre a caratterizzarsi per la sua natura di atto dovuto e obbligatorio, assume, senza dubbio, carattere consequenziale rispetto al provvedimento principale prefettizio.

In tal senso, appare utile richiamare l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che, con sentenza n. 17 del 31 luglio 2014, ha chiarito che: *“ l'impugnativa degli atti consequenziali all'informativa antimafia (negli effetti analoga al diniego di iscrizione nelle white list, come si vedrà nel prosieguo della motivazione della presente sentenza) deve avvenire con motivi aggiunti avanti al T.A.R., già adito, competente territorialmente a giudicare dell'informativa (e, cioè, quello del luogo in cui ha sede la Prefettura che ha emesso il provvedimento interdittivo), senza moltiplicare avanti a diversi T.T.A.A.R.R. i giudizi relativi agli atti applicativi adottati dalle diverse stazioni appaltanti sul territorio nazionale, per le esigenze di concentrazione dei procedimenti e di realizzazione del simultaneus processus, anche al fine di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale secondo i principi di cui all'art. 24 e 111 Cost. ed i principi comunitari ed evitare, in questa materia, il ben noto fenomeno del c.d. forum shopping”*.

Il Tar Campania ha inoltre espressamente chiarito che: *“Considerando che il provvedimento di rigetto della richiesta di iscrizione nella white list è stato emesso dalla Prefettura di Caserta, i provvedimenti consequenziali a quest'ultimo, come il provvedimento emesso dal Ministero dell'Interno Struttura Missione Prevenzione e Contrasto Antimafia Sisma, nonché le note emesse dall'Anac, vanno attribuite alla competenza territoriale di questo Tar”* (Sentenza Tar Campania n. 4235/2019).

In ogni caso, in sede difensiva, nel merito si rileva che l'inserzione nel Casellario informatico dell'informativa antimafia interdittiva costituisce, per ANAC, un atto dovuto ex art. 213 comma 10 d.lgs. 50/2016 (Consiglio di Stato, sez. III, 13.04.2018, n. 2234; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 30.08.2019, n. 2102; T.A.R. Catanzaro, Calabria, sez. I, 01.08.2018, n. 1472; T.A.R. Bari, Puglia, sez. I, 21.09.2017, n. 979).

Il comma 10 dell'articolo 213 del d.lgs. 50 del 2016 prevede che: "L'Autorità gestisce il Casellario Informatico dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, istituito presso l'Osservatorio, contenente tutte le notizie, le informazioni e i dati relativi agli operatori economici con riferimento alle iscrizioni previste dall'articolo 80. Garantisce altresì, il collegamento con la banca dati di cui all'articolo 81".

La doverosità di tale comportamento, inoltre, è espressamente prevista dall'art. 91, co. 7 bis, del d. lgs. 6 settembre 2011, n. 159, che dispone: «Ai fini dell'adozione degli ulteriori provvedimenti di competenza di altre amministrazioni, l'informazione antimafia interdittiva, anche emessa in esito all'esercizio dei poteri di accesso, è tempestivamente comunicata anche in via telematica: [...] f) all'osservatorio dei contratti pubblici relativi ai lavori, servizi e forniture istituito presso l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, ai fini dell'inserimento nel casellario informatico di cui all'articolo 7, comma 10, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e nella Banca dati nazionale dei contratti pubblici di cui all'articolo 62-bis del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82».

Al riguardo, si osserva che la valutazione della sussistenza dei presupposti per l'emanazione dell'informazione interdittiva appartiene alla competenza esclusiva della Prefettura interessata, che l'Autorità non può che rispettare.

È fatta salva, ovviamente, la facoltà per l'operatore economico coinvolto di impugnare l'informativa presso i competenti organi giurisdizionali.

A tale riguardo, il TAR Lazio ha chiarito quanto segue: *“La non annotazione, in altri termini, ove lasciata alla discrezionalità dell’Autorità, oltre ad essere in concreto difficilmente motivabile o giustificabile (se non in casi limite, per esempio ove si ravvisi un “error in persona” o altro travisamento di fatto presente “ictu oculi” nell’informativa) si porrebbe in contrasto con la stessa funzione di pubblicità notiziale fondamentale svolta dal casellario informatico ex art. 8 D.P.R. n. 207 del 2010, privando l’universo delle stazioni appaltanti di informazioni certamente rilevanti in funzione della stipula e della conservazione di contratti pubblici.”* (T.A.R. Lazio, sez. III, sentenza 11.03.2015, n. 4949; e, in termini, T.A.R. Calabria, sez. I, ordinanza 20.02.2015, n. 81; Consiglio di Stato, sez. VI, ordinanza 7.05. 2015, n. 1993)

L'ANAC, stante la precisa indicazione del legislatore e l'indubbia rilevanza per il mercato dell'informazione prefettizia interdittiva, è tenuta, in conclusione, ad inserire tempestivamente la notizia nel Casellario informatico di cui all'articolo 213 del Codice ponendosi, tale inserimento, come atto necessario e dovuto rispetto al quale nessun tipo di discrezionalità sussiste da parte dell'Autorità.

L'iscrizione nel Casellario informatico delle informazioni ricevute, salvi i casi di manifesta infondatezza o palese inconferenza della notizia, costituisce, peraltro, l'unico rimedio previsto dal legislatore per consentire alle stazioni appaltanti di conoscere in modo esauriente gli elementi necessari alle valutazioni da effettuare in sede di gara.

La legittimità dell'annotazione è, dunque, incontestabile, provvedendo con essa l'Autorità ad un proprio dovere istituzionale (Consiglio di Stato, sez. VI, n. 5331/2017).

Altra tipologia di contenziosi che vede come parti convenute il Ministero dell'Interno/Prefetture e l'ANAC riguarda le **misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione della corruzione ex art.32 D.l. n.90/2014 conv. con L. n.114/2014**, a mente del quale:

“1. Nell'ipotesi in cui l'autorità giudiziaria proceda per i delitti di cui agli articoli 317 c.p., 318 c.p., 319 c.p., 319-bis c.p., 319-ter c.p., 319-quater c.p., 320 c.p., 322, c.p., 322-bis, c.p., 346-bis, c.p., 353 c.p. e 353-bis c.p., ovvero, in presenza di rilevate situazioni anomale e comunque sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali attribuibili ad un'impresa aggiudicataria di un appalto per la realizzazione di opere pubbliche, servizi o forniture, nonché ad una impresa che esercita attività sanitaria per conto del Servizio sanitario nazionale in base agli accordi contrattuali di cui all'articolo 8-quinquies del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n.502, ovvero ad un concessionario di lavori pubblici o ad un contraente generale, il Presidente dell'ANAC ne informa il procuratore della Repubblica e, in presenza di fatti gravi e accertati anche ai sensi dell'articolo 19, comma 5, lett. a) del presente decreto, propone al Prefetto competente in relazione al luogo in cui ha sede la stazione appaltante, alternativamente:

a) di ordinare la rinnovazione degli organi sociali mediante la sostituzione del soggetto coinvolto e, ove l'impresa non si adegui nei termini stabiliti, di provvedere alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa limitatamente alla completa esecuzione del contratto d'appalto ovvero dell'accordo contrattuale o della concessione;

b) di provvedere direttamente alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto ovvero dell'accordo contrattuale o della concessione.

2. Il Prefetto, previo accertamento dei presupposti indicati al comma 1 e valutata la particolare gravità dei fatti oggetto dell'indagine, intima all'impresa di provvedere al rinnovo degli organi sociali sostituendo il soggetto coinvolto e ove l'impresa non si adegui nel termine di trenta giorni ovvero nei casi più gravi, provvede nei dieci giorni successivi con decreto alla nomina di uno o più amministratori, in numero comunque non superiore a tre, in possesso dei requisiti di professionalità e onorabilità di cui al regolamento adottato ai sensi dell'articolo 39, comma 1, del decreto legislativo 8 luglio 1999, n.270. Il predetto decreto stabilisce la durata della misura in ragione delle esigenze funzionali alla realizzazione dell'opera pubblica, al servizio o alla fornitura

oggetto del contratto ovvero dell'accordo contrattuale e comunque non oltre il collaudo.

2-bis. Nell'ipotesi di impresa che esercita attività sanitaria per conto del Servizio sanitario nazionale in base agli accordi contrattuali di cui all'articolo 8-quinquies del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n.502, il decreto del Prefetto di cui al comma 2 è adottato d'intesa con il Ministro della salute e la nomina è conferita a soggetti in possesso di curricula che evidenzino qualificate e comprovate professionalità ed esperienza di gestione sanitaria.

3. Per la durata della straordinaria e temporanea gestione dell'impresa, sono attribuiti agli amministratori tutti i poteri e le funzioni degli organi di amministrazione dell'impresa ed è sospeso l'esercizio dei poteri di disposizione e gestione dei titolari dell'impresa. Nel caso di impresa costituita in forma societaria, i poteri dell'assemblea sono sospesi per l'intera durata della misura.

4. L'attività di temporanea e straordinaria gestione dell'impresa è considerata di pubblica utilità ad ogni effetto e gli amministratori rispondono delle eventuali diseconomie dei risultati solo nei casi di dolo o colpa grave.

5. 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. L'autorità giudiziaria conferma, ove possibile, gli amministratori nominati dal Prefetto.

6. Agli amministratori di cui al comma 2 spetta un compenso quantificato con il decreto di nomina sulla base delle tabelle allegate al 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.

7. Nel periodo di applicazione della misura di straordinaria e temporanea gestione di cui al comma 2, i pagamenti all'impresa sono corrisposti al netto del compenso riconosciuto agli amministratori di cui al comma 2 e l'utile d'impresa derivante dalla conclusione dei contratti d'appalto di cui al comma 1, determinato anche in via presuntiva dagli amministratori, è accantonato in apposito fondo e non può essere distribuito né essere soggetto a pignoramento, sino all'esito dei giudizi in sede penale ovvero, nei casi di cui al comma 10, dei giudizi di impugnazione o cautelari riguardanti l'informazione antimafia interdittiva.

8. Nel caso in cui le indagini di cui al comma 1 riguardino componenti di organi societari diversi da quelli di cui al medesimo comma è disposta la

misura di sostegno e monitoraggio dell'impresa. Il Prefetto provvede, con decreto, adottato secondo le modalità di cui al comma 2, alla nomina di uno o più esperti, in numero comunque non superiore a tre, in possesso dei requisiti di professionalità e onorabilità di cui al regolamento adottato ai sensi dell'articolo 39, comma 1, del decreto legislativo 8 luglio 1999, n.270, con il compito di svolgere funzioni di sostegno e monitoraggio dell'impresa. A tal fine, gli esperti forniscono all'impresa prescrizioni operative, elaborate secondo riconosciuti indicatori e modelli di trasparenza, riferite agli ambiti organizzativi, al sistema di controllo interno e agli organi amministrativi e di controllo.

9. Agli esperti di cui al comma 8 spetta un compenso, quantificato con il decreto di nomina, non superiore al cinquanta per cento di quello liquidabile sulla base delle tabelle allegate al 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.

10. Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano anche nei casi in cui sia stata emessa dal Prefetto un'informazione antimafia interdittiva e sussista l'urgente necessità di assicurare il completamento dell'esecuzione del contratto ovvero dell'accordo contrattuale, ovvero la sua prosecuzione al fine di garantire la continuità di funzioni e servizi indifferibili per la tutela di diritti fondamentali, nonché per la salvaguardia dei livelli occupazionali o dell'integrità dei bilanci pubblici, ancorché ricorrano i presupposti di cui all'articolo 94, comma 3, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n.159. In tal caso, le misure sono disposte di propria iniziativa dal Prefetto che ne informa il Presidente dell'ANAC. Nei casi di cui al comma 2-bis, le misure sono disposte con decreto del Prefetto, di intesa con il Ministro della salute. Le stesse misure sono revocate e cessano comunque di produrre effetti in caso di passaggio in giudicato di sentenza di annullamento dell'informazione antimafia interdittiva, di ordinanza che dispone, in via definitiva, l'accoglimento dell'istanza cautelare eventualmente proposta ovvero di aggiornamento dell'esito della predetta informazione ai sensi dell'articolo 91, comma 5, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n.159, e successive modificazioni, anche a seguito dell'adeguamento dell'impresa alle indicazioni degli esperti.

10-bis. Le misure di cui al presente articolo, nel caso di accordi contrattuali con il Servizio sanitario nazionale di cui all'articolo 8-quinquies del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n.502, si applicano ad ogni soggetto privato titolare dell'accordo, anche nei casi di soggetto diverso dall'impresa, e con riferimento a condotte illecite o eventi criminosi posti in essere ai danni del Servizio sanitario nazionale”.

In particolare, nel contenzioso in oggetto viene in rilievo il caso previsto dal comma 10, che ha come presupposto l'adozione di un provvedimento interdittivo. In sede difensiva si eccepisce la carenza di legittimazione passiva dell'ANAC - ove convenuta - alla quale dall'art.32 è attribuito un potere di proposta o considerato che la stessa è destinataria di una informativa da parte del Prefetto competente all'adozione della misura.

Infine, un contenzioso particolarmente delicato (per cui è previsto anche il rito abbreviato: cfr. art.119 c.p.a.) è quello riguardante gli **scioglimenti dei Comuni per mafia**, che vede coinvolti la Presidenza del Consiglio dei Ministri (che adotta la delibera di scioglimento), il Ministero dell'Interno e le Prefetture competenti (per quanto concerne le relative relazioni).

Nei casi in cui il ricorso viene proposto e notificato anche nei confronti della Presidenza della Repubblica, si eccepisce il difetto di legittimazione passiva.

Infatti, il decreto presidenziale viene assunto nell'esercizio di poteri non riconducibili a quelli amministrativi e "politici" non liberi nei fini e, per l'esattezza, nell'esercizio di un potere neutrale di garanzia e controllo di rilievo costituzionale (sul punto si è soffermato, con motivazione diffusa, il TAR Lazio nella sentenza n.10455/2016); potere di garanzia e di controllo avente ad oggetto la delibera del Consiglio dei Ministri di accoglimento della proposta del Ministro dell'Interno, cosicchè è solo ed esclusivamente quest'ultima ad essere giustiziabile (unitamente agli atti e provvedimenti che ne costituiscono presupposto) e la legittimazione passiva rispetto alla domanda di annullamento dell'una e degli altri non può che spettare alla Presidenza del Consiglio dei Ministri ed al Ministero dell'Interno (cfr. sentenza 16.02.2017 n.2485 del TAR Lazio, pronunciata con riferimento all'impugnativa dello

scioglimento ex art.143 del D.Lgs. n.267/2020 di un Comune situato in provincia di Vibo Valentia).

In relazione al contenzioso riguardante gli scioglimenti per mafia, merita evidenziare che, alla stregua del costante orientamento giurisprudenziale, per l'apparato probatorio preordinato a confermare la ricorrenza di condizionamenti criminali «è sufficiente la presenza di elementi “indizianti”, che consentano d'individuare la sussistenza di un rapporto inquinante tra l'organizzazione mafiosa e gli amministratori dell'ente considerato “infiltrato”» (cfr. T.A.R. per il Lazio – Roma, Sezione I, sentenza 18.06.2019, n. 7862).

È stato anche precisato che le valutazioni concernenti la legittimità del provvedimento dissolutorio si devono «fondare sulla regola del “più probabile che non”, la quale ha una portata generale ... per l'intero diritto della prevenzione, compresa, dunque, anche la fattispecie ... dell'art. 143 T.U.E.L. che ... ha finalità preventiva e non punitiva» (*ex multis*, Consiglio di Stato, sentenza 18 .07.2019, n. 5077).

Il predetto provvedimento si connota, infatti, quale misura di carattere straordinario e sottende una finalità di prevenzione e salvaguardia della funzionalità dell'Ente locale e della rispondenza a fondamentali canoni di legalità del suo apparato.

E invero, la misura dissolutoria in argomento deve ritenersi espressione di una logica di anticipazione della soglia di difesa sociale, ai fini di una tutela avanzata nel campo del contrasto alla criminalità organizzata. In quanto tale, la stessa prescinde dalle rilevanze probatorie proprie di un eventuale processo penale, essendo sufficiente, per la sua emissione, un quadro indiziario che sia reale ed effettivo (*ex multis*, T.A.R. Lazio, sentenza 16.07.2019, n. 9381).

La misura di rigore interviene, infatti, ancor prima che si determinino i presupposti per il procedimento penale o anche per il solo procedimento di prevenzione.

La costante giurisprudenza in materia, confermata dagli orientamenti più recenti, valorizza «*il differente grado di sufficienza del valore indiziario dei dati nel procedimento di cui qui si tratta rispetto a quello richiesto in sede penale*» (cfr. T.A.R. Lazio, sentenza 18.06.2019, n. 7937).

Ed invero, il Consiglio di Stato ha precisato che «*I motivi che danno luogo allo scioglimento dei consigli comunali e provinciali sono indicati al comma 1 dell'art. 141 del D.Lgs. n. 267/2000. Tali motivi, ai sensi del comma VII dello stesso articolo, costituiscono il presupposto, una volta iniziata la procedura di scioglimento ed in presenza di "motivi di grave e urgente necessità" per consentire al prefetto anche la "sospensione" dei consigli comunali e provinciali e la nomina di un commissario per la provvisoria amministrazione dell'ente. (omissis) La valutazione dei motivi di "grave e urgente necessità" posti a fondamento del decreto del prefetto assume rilievo, pertanto, con riferimento a situazioni di fatto in ordine alle quali l'ordinamento ha già espresso un giudizio di disvalore, prevedendo la procedura di scioglimento con decreto del Capo dello Stato. Tali due procedure (quella di scioglimento e quella di sospensione) hanno, pertanto, un comune presupposto, consistente nel verificarsi di una delle fattispecie di cui al comma 1 dell'art. 141, ma la seconda procedura ha lo scopo specifico di garantire la salvaguardia dell'interesse pubblico nelle more dell'emanazione del decreto di scioglimento del consiglio comunale o provinciale. I motivi che giustificano la sospensione (e che già, in parte, trovano giustificazione nei motivi di scioglimento stabiliti dalla norma stessa), non necessitano, di conseguenza, di una estesa e penetrante motivazione, avendo un contenuto di ampia discrezionalità, sindacabile soltanto per palese illogicità*» (cfr. Consiglio di Stato, sentenza 28.07.2005, n. 4062; Id., sentenza 12.08.2009, n. 4936; Id., sentenza 27.04.2012, n. 2444).

D'altro canto, il giudizio prognostico di verosimiglianza fondato attendibilmente sulla logica del *“più probabile che non”* è applicabile anche allo scioglimento del consiglio comunale, che ha funzione anticipatoria e non sanzionatoria (cfr. Consiglio di Stato, sentenza 11.09.2017, n. 4285; Id., sentenza 20.01.2016, n. 196; Id. sentenza 20.01. 2016, n. 197).

È stato anche precisato che, per fare luogo allo scioglimento del consiglio comunale per infiltrazioni mafiose, sono sufficienti semplici “elementi” (e, quindi, circostanze di fatto anche non assurgenti a prova piena) di un collegamento e/o influenza tra l'Amministrazione ed i sodalizi criminali ovvero è sufficiente che gli elementi raccolti e valutati siano “indicativi” di un condizionamento dell'attività degli organi amministrativi e che tale condizionamento sia riconducibile all'influenza ed all'ascendente esercitati da gruppi di criminalità organizzata (cfr. Consiglio di Stato, sentenza 6.03.2012, n. 1266).

La misura in argomento deve infatti ritenersi espressione di una logica di anticipazione della soglia di difesa sociale, ai fini di una tutela avanzata nel campo del contrasto alla criminalità organizzata. In quanto tale, la stessa prescinde dalle rilevanze probatorie proprie di un eventuale processo penale, essendo sufficiente, per la sua emissione, un quadro indiziario che sia reale ed effettivo (cfr. Consiglio di Stato, sentenza 24.04.2015, n. 2054).

La costante giurisprudenza in materia, confermata dagli orientamenti più recenti, valorizza *«il differente grado di sufficienza del valore indiziario dei dati nel procedimento di cui qui si tratta rispetto a quello richiesto in sede penale»* (ex multis, Consiglio di Stato, sentenza 9.07.2012, n. 3998; TAR Lazio sentenza 16.10.2017, n. 10361; Id., sentenza 20.07.2015, n. 9873).

È noto infatti come la qualificazione della concretezza, univocità e rilevanza delle circostanze poste a fondamento del provvedimento dissolutorio vada

riferita non atomisticamente e partitamente a ogni singolo elemento o accadimento preso in esame dalla Commissione di indagine, ma a una valutazione complessiva del coacervo di elementi acquisiti.

Elementi che ove, nel loro complesso, siano riferibili a fatti di cui non è in discussione l'accadimento storico (requisito della concretezza) e, in base al prudente apprezzamento dell'Amministrazione, esprimano, con adeguato grado di certezza, le situazioni di condizionamento e di ingerenza nella gestione dell'Ente che la norma ha inteso prevenire (requisito dell'univocità), non possono non ritenersi rilevanti, sul piano causale, agli effetti predetti (cfr. Consiglio di Stato, sentenza 24.04.2015, n. 2054; TAR Lazio, sentenza 21.03.2016, n. 3419; Id., sentenza 8.01.2015, n. 165).

In definitiva, gli elementi concreti si sostanziano nella presenza di puntuali riscontri fattuali; la caratteristica della univocità è data dalla coerenza di insieme di tutti i dati raccolti, che non devono prestarsi ad ambivalenti interpretazioni; la rilevanza consegue al processo elaborativo e valutativo dei fatti accertati e degli elementi riscontrati, i quali possono ritenersi rilevanti se e in quanto significativi di forme di condizionamento o interferenza (*ex multis*, Consiglio di Stato, sentenza 15.03.2016, n. 1038; TAR Lazio, sentenza 20.07.2015, n. 9874; Id., 18.06.2012, n. 5606).

Al riguardo, si sottolinea che gli organi di vertice politico-amministrativo hanno compiti pregnanti di pianificazione, di direttiva, di impulso, di vigilanza e di verifica, che impongono l'esigenza di intervenire ed apprestare tutte le misure e le risorse necessarie per una effettiva e sostanziale cura e difesa dell'interesse pubblico dalla compromissione derivante da ingerenze estranee (cfr. Consiglio di Stato, parere 12.10.2010, n. 4554; TAR Campania – Napoli, sentenza 11.01.2007, n. 246).

Inoltre, l'Amministrazione procedente, come ormai pacificamente ammesso, gode di ampi margini di discrezionalità nella valutazione degli elementi su collegamenti diretti o indiretti, non traducibili in singoli addebiti personali, ma tali da rendere plausibile, nella concreta realtà contingente e in base ai dati dell'esperienza, l'ipotesi di una soggezione degli amministratori e/o dipendenti alla criminalità organizzata (vincoli di parentela o di affinità, rapporti di amicizia o di affari, frequentazioni, ecc.), e ciò, pur quando il valore indiziario degli elementi raccolti non sia sufficiente per l'avvio dell'azione penale o per l'adozione di misure individuali di prevenzione (*ex multis*, Consiglio di Stato, sentenza 28.06.2017, n. 33164; TAR Lazio, sentenza 22.03.2017, n. 3749).

Sebbene in linea generale i ricorrenti, in sede giudiziale, tendono ad "atomizzare" gli elementi emersi, tuttavia, è noto come la qualificazione della concretezza, univocità e rilevanza delle circostanze poste a fondamento del provvedimento dissolutorio vada riferita non atomisticamente e partitamente ad ogni singolo elemento o accadimento preso in esame dalla Commissione di indagine, ma a una valutazione complessiva del coacervo di elementi acquisiti.

E invero, *«lo scioglimento del Consiglio comunale "per infiltrazioni mafiose" costituisce una misura straordinaria di prevenzione ... che l'ordinamento ha apprestato per rimediare a situazioni patologiche di compromissione del naturale funzionamento dell'autogoverno locale ... Le vicende che costituiscono il presupposto sulla base del quale può essere disposto il provvedimento di scioglimento ex art. 143 TUEL devono essere, pertanto, considerate "nel loro insieme", non atomisticamente, e devono risultare idonee a delineare, con una ragionevole ricostruzione, il quadro complessivo del condizionamento "mafioso"»* (*ex multis*, TAR Lazio, sentenza 11.06.2019, n. 7575; Id., sentenza 14.10.2019, n. 11810).

In definitiva, gli elementi concreti si sostanziano nella presenza di puntuali riscontri fattuali; la caratteristica della univocità è data dalla coerenza di insieme di tutti i dati raccolti che non devono prestarsi ad ambivalenti

interpretazioni; la rilevanza consegue al processo elaborativo e valutativo dei fatti accertati e degli elementi riscontrati, i quali possono ritenersi rilevanti se e in quanto significativi di forme di condizionamento o interferenza (cfr. TAR Lazio, sentenza 28.05.2019, n. 6647).

3) COMITATO DI COORDINAMENTO PER L'ALTA SORVEGLIANZA DELLE INFRASTRUTTURE E DEGLI INSEDIAMENTI PRIORITARI (CCASIIP) e STRUTTURA DI MISSIONE ANTIMAFIA SISMA 2016

Il Comitato di Coordinamento per l'Alta Sorveglianza delle Infrastrutture e degli Insedimenti Prioritari (CCASIIP) costituisce lo snodo centrale del sistema di monitoraggio antimafia nel settore delle infrastrutture e degli insediamenti prioritari, articolato in forma di "rete", considerata la complessità dell'attività e l'estensione territoriale.

Ha composizione multidisciplinare e si articola a livello centrale e periferico.

A livello centrale è composto dai rappresentanti delle Amministrazioni interessate, dell'Avvocatura dello Stato, della Direzione Nazionale Antimafia (DNA), della Direzione Investigativa Antimafia (DIA), dell'ANAC.

A livello periferico coinvolge Prefetture – Uffici territoriali del Governo e gruppi interforze (composti da rappresentanti territoriali delle Forze di polizia e dei centri operativi della DIA, nonché da rappresentanti degli Ispettorati del lavoro e delle strutture periferiche del Ministero del Lavoro e dell'Inps, per quanto concerne il contrasto al lavoro nero e la vigilanza sulla sicurezza nei luoghi di lavoro).

Il CCASIIP ha una funzione di contrasto e prevenzione dei tentativi di infiltrazione della criminalità organizzata nell'economia legale, che il legislatore ha previsto sin dal 2000 e, da ultimo, recepito con Decreto ministeriale

21.03.2017, ai sensi dell'art.203 del D.lgs. n.50/2016 (Codice dei contratti pubblici).

Il quadro delle competenze antimafia, a partire dai primi anni del 2000, si è ampliato a seguito di successivi interventi normativi (inizialmente il Comitato era denominato CCASGO), con competenze estese in favore delle popolazioni colpite dagli eventi sismici, quali quelli dell'Abruzzo nel 2009, delle Province di Bologna, Modena, Ferrara, Reggio Emilia, Mantova e Rovigo nel 2012, dell'isola di Ischia nel 2016, dei Comuni etnei nel 2018 e della Provincia di Campobasso nello stesso anno.

A ciò aggiungasi la bonifica della Terra dei fuochi (cfr. D.L. 10.12.2013, n.136, conv. dalla L. n. 6.02.2014, n.6) e le infrastrutture di rilievo internazionale, tra cui le opere connesse a EXPO 2015 Milano, la realizzazione del piano Carceri (cfr. art.16 del D.L. n.39/2019, conv. dalla L. n.77/2009), le Universiadi (cfr. D.L. 16.10.2017, n.148, conv. dalla L. 4.12.2017, n. 172), la realizzazione di nuovi padiglioni all'interno del piano Infrastrutture Penitenziarie; la partecipazione al monitoraggio finanziario del "Grande Progetto Pompei".

L'attività del CCASIIP si è sostanziata anche nell'emanazione di apposite Linee guida riguardanti i settori di riferimento, oltre che in plurime delibere anche riguardanti i Protocolli di legalità.

In particolare, i nuovi schemi dei Protocolli di legalità sono stati approvati dal CIPE, con delibera n.62/2020, pubblicata nella G.U., Serie generale, n.23 del 29.01.2021, su proposta del Comitato e costituiscono un strumento di lavoro rilevante anche per l'attuazione del progetto "Monitoraggio ai fini antimafia nel settore delle infrastrutture e degli insediamenti prioritari" (MASIIP), che coinvolge lo stesso Comitato di coordinamento.

Il contenzioso registrato in questi ultimi anni ha riguardato essenzialmente la Struttura di Missione Antimafia Sisma 2016, istituita (cfr. art.30 del D.L. n.189 del 17.10.2016, conv. dalla L. n.229 del 15.12.2016) per garantire la legalità delle attività di ricostruzione ei territori del Centro Italia colpiti dal sisma del 2016, con il compito di verificare la documentazione antimafia degli operatori economici impegnati nei lavori.

Al riguardo è richiesta alle imprese interessate l'iscrizione nell'apposita "Anagrafe antimafia degli esecutori", un elenco gestito dalla Struttura di Missione in raccordo con le Prefetture delle Province interessate dal Sisma.

La Struttura svolge attività di prevenzione e di contrasto alle infiltrazioni della criminalità organizzata nei lavori, nella gestione dei servizi e nel reperimento delle forniture necessarie alla ricostruzione dei Comuni del Centro Italia colpiti dagli eventi sismici del 2016.

4) INTERVENTI DELL'ANAC

La "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", pubblicata a gennaio 2020 sul sito www.anticorruzione.it, inquadra gli obblighi dichiarativi di cui all'art.80, comma 2, D.Lgs. n.50/2016, l' "affidamento, esecuzione dei contratti pubblici e interdittiva antimafia", l'annotazione dell'interdittiva nel Casellario informatico, affrontando le questioni emerse in concreto e sui cui l'ANAC si è espressa.

Sono state adottate, negli ultimi anni, anche apposite "Linee guida per l'avvio di un circuito collaborativo tra ANAC-Prefetture -UTG ed Enti locali per la prevenzione dei fenomeni di corruzione e l'attuazione della trasparenza amministrativa".

Per quanto concerne nello specifico le “white list”, l’ANAC ha evidenziato che la disposizione dell’art.1, comma 52 della L. n.190/2012 non prevedeva alcun obbligo di utilizzare gli elenchi ai fini delle verifiche antimafia, riconoscendo quindi carattere “volontario” all’iscrizione. Solo a seguito della modifica apportata dall’art.29 del D.L. n.90/2014 si è disposto che, per le attività imprenditoriali di cui al successivo comma 53, la comunicazione e l’informazione antimafia liberatoria è obbligatoriamente acquisita 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.

L’iscrizione nell’elenco tiene luogo, dunque, della comunicazione e dell’informazione antimafia liberatoria anche ai fini della stipula, approvazione o autorizzazione di contratti o subcontratti relativi ad attività diverse da quelle per le quali essa è stata disposta.

Con apposito “Atto di segnalazione del 21 gennaio 2015 n.1”, l’ANAC, tenuto conto della modifica normativa, ha evidenziato che è esplicitamente sancito l’obbligo per le stazioni appaltanti di consultare gli elenchi in questione, ma non quello degli operatori economici, che svolgono attività maggiormente esposta a rischio di infiltrazione mafiosa, di iscriversi negli elenchi. Tale obbligo, tuttavia, è ricavabile in via interpretativa dal comma 2, dell’art.29 del D:L. n.90/2014 .

L’Autorità ha quindi segnalato che, tenuto conto della “*ratio legis*” e della necessità di rendere il sistema delle verifiche antimafia coerente, sarebbe stato opportuno modificare il DPCM del 18.04.2013, nel senso di prevedere espressamente l’obbligatorietà dell’iscrizione negli elenchi.

Coerentemente con tale indirizzo interpretativo, nella “Nota illustrativa” che accompagna il “Bando-tipo” n.1, approvato con la delibera n.1228/2017,

L'Autorità ha chiarito che, nell'ipotesi di servizi o forniture rientranti in una delle attività a maggior rischio di infiltrazione mafiosa, è stata prevista la necessità di richiedere, a pena di esclusione dalla gara, l'iscrizione del concorrente nell'elenco istituito presso la Prefettura della provincia in cui l'operatore economico ha la propria sede, oppure l'intervenuta presentazione della domanda di iscrizione, secondo le indicazioni fornite dalla Circolare del Ministero dell'Interno del 23.03.2016.

L'ANAC è poi tornata sul punto, nel parere di precontenzioso (cfr. delibera n.1297/2017) con cui si è pronunciata sull'illegittimità dell'esclusione di un concorrente che, pur avendo dichiarato di aver presentato regolare domanda di iscrizione nella "white list" della Prefettura di appartenenza, era stato escluso dalla gara in quanto quest'ultima era ancora in istruttoria e, quindi, l'operatore economico non risultava iscritto nella "white list", come invece richiesto dal disciplinare di gara (in tal senso cfr. anche delibere n.1071 e n.1072 del 2018).

Con la successiva delibera n.48/2019, l'Autorità ha rimarcato che l'iscrizione rientra tra i requisiti soggettivi e la sua carenza determina l'incapacità di contrattare con la pubblica Amministrazione.

Con la delibera n.356/2020 l'ANAC ha affrontato le tematiche dei rapporti tra controllo giudiziario, interdittiva antimafia e iscrizione nella "white list".

5) ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Di seguito si segnalano alcune pronunce di interesse pubblicate nel 2020, rese in giudizi riguardanti provvedimenti antimafia.

Con la **sentenza n.452 del 20.01.2020** il Consiglio di Stato ha statuito che *“Nei rapporti tra privati non sussiste alcuna limitazione contrattuale per l'impresa soggetta ad interdittiva antimafia poiché, in caso contrario, si finirebbe per estendere ad un soggetto*

terzo, estraneo a tale rapporto, effetti inibitori, che la legge ha espressamente voluto applicare ai soli casi in cui il privato in odore di mafia contrae con una parte pubblica” (massima).

In particolare, ha motivato nel senso che segue: *“Una corretta lettura dell’art. 83, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 porta infatti a concludere nel senso prospettato dall’appellante. Il comma 1, infatti, ha individuato i soggetti che devono acquisire la documentazione antimafia di cui all’art. 84 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 nel precedente art. 67. Si tratta delle Pubbliche amministrazioni e gli enti pubblici, anche costituiti in stazioni uniche appaltanti, gli enti e le aziende vigilati dallo Stato o da altro ente pubblico e le società o imprese comunque controllate dallo Stato o da altro ente pubblico nonché i concessionari di lavori o di servizi pubblici. A tali soggetti si aggiungono, in virtù del successivo comma 2, i contraenti generali previsti dal Codice dei contratti pubblici.*

Si tratta dunque di soggetti pubblici. Nel caso all’esame del Collegio, invece, la richiesta alla Prefettura di comunicazione antimafia è stata avanzata da Confindustria Venezia, quindi da un soggetto di indubbia natura privata.

Aggiungasi, ed il rilievo è assorbente di qualsiasi altra considerazione, che tale documentazione può essere utilizzata solo nei rapporti tra una Pubblica amministrazione ed il privato e non, come nella specie, nei rapporti tra privati.

E’ ben vero che la Sezione (2 settembre 2019, n. 6057; 2017, n. 565 e 2017, n. 1109 del 2017) ha affermato che le informazioni antimafia si applicano anche ai provvedimenti autorizzatori e alle attività soggette a s.c.i.a.. L’art. 89, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2011 prevede espressamente, alla lett. a), che l’autocertificazione, da parte dell’interessato, che nei propri confronti non sussistono le cause di divieto, di decadenza o di sospensione, di cui all’art. 67, riguarda anche “attività private, sottoposte a regime autorizzatorio, che possono essere intraprese su segnalazione certificata di inizio attività da parte del privato alla

Pubblica amministrazione". La Sezione ha quindi ritenuto che, per lo stesso tenore letterale del dettato normativo e per espressa volontà del legislatore antimafia, le attività soggette a s.c.i.a. non sono esenti dai controlli antimafia, e che il Comune ben possa, e anzi debba, verificare che l'autocertificazione dell'interessato sia veridica e richiedere al Prefetto di emettere una comunicazione antimafia liberatoria o revocare la s.c.i.a. in presenza di una informazione antimafia comunque comunicatagli o acquisita dal Prefetto. Si tratta però, pur sempre, di un potere di controllo o di un legame, prefigurato dalla legge, tra la Pubblica amministrazione e il privato.

Nel motivare le conclusioni alle quali è pervenuta, la Sezione ha affermato che una visione moderna, dinamica e non formalistica del diritto amministrativo, quale effettivamente vive e si svolge nel tessuto economico e nell'evoluzione dell'ordinamento, individua un rapporto tra amministrato e amministrazione in ogni ipotesi in cui l'attività economica sia sottoposta ad attività provvedimentale, che essa sia di tipo concessorio o autorizzatorio o, addirittura soggetta a s.c.i.a., come questo Consiglio, in sede consultiva, ha chiarito nei numerosi pareri emessi in ordine all'attuazione della l. n. 124 del 1015 (v., in particolare e tra gli altri, il parere n. 839 del 30 marzo 2016 del Consiglio di Stato sulla riforma della disciplina della s.c.i.a.).

Il Legislatore ha quindi previsto il potere del Prefetto che interviene quando il privato entra in rapporto con l'Amministrazione. Ed è la legge a conferire un siffatto potere di verifica al Prefetto. Diverso è invece il caso di rapporti tra privati, in relazione ai quali la normativa antimafia nulla prevede.

Tale vuoto normativo non può certo essere colmato dal Protocollo della legalità e dal suo Atto aggiuntivo, entrambi stipulati tra il Ministero dell'interno e Confindustria. Si tratta, infatti, di un atto stipulato tra due soggetti, che finirebbe per estendere ad un soggetto terzo, estraneo a tale rapporto, effetti inibitori (o, secondo l'Adunanza plenaria, addirittura "incapacitanti"), che la legge ha espressamente voluto applicare ai soli casi in cui il privato in odore di mafia contragga con una parte pubblica.

Prova di tale voluntas legis è proprio nella modifica del comma 1 dell'art. 87, d.lgs. n. 159 del 2011 che, prima della novella introdotta dall'art. 4, d.lgs. 15 novembre 2012, n. 218, prevedeva espressamente la possibilità che a chiedere la comunicazione antimafia fosse un soggetto privato.

Della debolezza di una diversa conclusione, nell'attuale sistema normativo, sembra essere convinta la stessa Amministrazione che si è costituita nel presente giudizio con mero atto di stile, senza depositare alcuno scritto difensivo.

4. Preme peraltro al Collegio sottolineare che la conclusione qui indicata discende dalla doverosa applicazione di una disciplina normativa che non offre diversa lettura, pena la violazione – allo stato della legislazione vigente – del diritto alla attività economica tra privati, costituzionalmente garantita dall'art. 41, che definisce l'iniziativa economica privata come, appunto, “libera”.

Ciò però non esime il Collegio dal riflettere, alla luce dell'esperienza maturata dal Consiglio di Stato nella materia delle interdittive antimafia, sulle possibili conseguenze della novella del 2012 che – come doverosamente va applicata e interpretata – lascia alle imprese “più probabilmente che non” colluse o in contatto con le mafie la possibilità di operare nel settore privato, nel quale probabilmente è ancora più forte la capacità “persuasiva” delle minacce e della violenza fisica o psicologica, tipica della mafia, cosicché il potere fondato sulla forza economica tende a consolidarsi.

Sembra, in altri termini, che il d.lgs. n. 218 del 2012 abbia aperto una breccia nella trama intessuta dal Codice delle leggi antimafia, il cui complesso di norme mira ad isolare le imprese vicine agli ambienti della criminalità organizzata, togliendo loro la linfa data dai guadagni, con l'esclusione dal settore economico pubblico, in particolare nella contrattualistica, e dai finanziamenti pubblici.

Occorre dunque interrogarsi – e nulla più che un interrogativo “aperto” può provenire da questo Giudice – se per rafforzare il disegno del Legislatore, con una sapiente disciplina antimafia che sta portando in modo tangibile i suoi risultati - non possano, le Istituzioni a

ciò preposte, valutare il ritorno alla originaria formulazione del Codice Antimafia, nel senso che l'informazione antimafia possa essere richiesta anche da un soggetto privato ed anche per rapporti esclusivamente tra privati. Soltanto un tale intervento potrebbe, in vicende come quella oggi in esame, permettere l'applicabilità generalizzata della documentazione antimafia, che non a caso questo Consiglio ritiene pietra angolare del sistema normativo antimafia (Cons. St., sez. III, 5 settembre 2019, n. 6105), in presenza di 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. In tal modo si riuscirebbe – chiudendo gli spazi che oggi esistono – da un lato ad emarginare completamente tali soggetti rendendoli vulnerabili nel loro effettivo punto di forza e, dall'altro, lasciare il mercato economico agli operatori che svolgono l'attività affidandosi esclusivamente al proprio lavoro nel rispetto delle regole.

L'interrogativo che la Sezione sta ponendo si fonda sulla considerazione che le condotte infiltrative mafiose nel tessuto economico non solo sono un pericolo per la sicurezza pubblica e per l'economia legale, ma anzitutto e soprattutto un attentato al valore personalistico (art. 2 Cost.) e, cioè, quel "fondamentale principio che pone al vertice dell'ordinamento la dignità e il valore della persona" (v., per tutte, Corte cost. 7 dicembre 2017, n. 258), anche in ambito economico, e rinnegato in radice dalla mafia, che ne fa invece un valore negoziabile nel "patto di affari" stipulato con l'impresa, nel nome di un comune o convergente interesse economico, a danno dello Stato.

E, su questo terreno, non vi è dubbio che il devastante impatto della infiltrazione mafiosa si manifesta nei rapporti tra privati come in quelli tra privati e P.A.. Sempre, infatti, chi contratta e collabora con la mafia, per convenienza o connivenza, non è soggetto, ma solo oggetto di contrattazione (Cons. St., sez. III, 30 gennaio 2019, n. 758).

Se un vero e più profondo fondamento, allora, si vuole generalmente rinvenire nella legislazione antimafia e, particolarmente, nell'istituto dell'informazione antimafia, esso

davvero riposa, come accennato, nella dignità della persona, principio supremo del nostro ordinamento, il quale – e non a caso – opera come limite alla stessa attività di impresa, ai sensi dell’art. 41, comma 2, Cost., laddove la disposizione costituzionale prevede che l’iniziativa economica privata, libera, “non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale o – secondo un clima assiologico di tipo ascendente – in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana”.

L’equilibrata ponderazione dei contrapposti valori costituzionali in gioco, la libertà di impresa, da un lato, e, dall’altro, la tutela dei fondamentali beni che presidiano il principio di legalità sostanziale, secondo la logica della prevenzione, potrebbe allora essere valutata dal Legislatore allo scopo di restituire compiutezza piena ad un aspetto del Codice su cui certo non può intervenire il Giudice in via interpretativa.

Secondo la legge vigente, come già rilevato, l’impossibilità per un soggetto privato – quale è Confindustria – di chiedere al Prefetto la documentazione antimafia assume carattere assorbente di ogni altra considerazione, dovendosi condividere il primo motivo dell’appello...”.

Con la **sentenza n. 820 del 31.01.2020** il Consiglio di Stato ha delineato il rapporto tra informativa antimafia e contraddittorio procedimentale, chiarendo che “ *La discovery anticipata, già in sede procedimentale, di elementi o notizie contenuti in atti di indagine coperti da segreto investigativo o in informative riservate delle forze di polizia, spesso connessi ad inchieste della magistratura inquirente contro la criminalità organizzata di stampo mafioso e agli atti delle indagini preliminari, potrebbe frustrare la finalità preventiva perseguita dalla legislazione antimafia, che ha l’obiettivo di prevenire il tentativo di infiltrazione da parte delle organizzazioni criminali, la cui capacità di penetrazione nell’economia legale ha assunto forme e “travestimenti” sempre più insidiosi. Questa Sezione ha perciò già chiarito che la delicatezza della ponderazione intesa a contrastare in via preventiva la minaccia insidiosa ed esiziale delle organizzazioni mafiose, richiesta all’autorità amministrativa, può comportare anche un’attenuazione, se non una*

eliminazione, del contraddittorio procedimentale, che del resto non è un valore assoluto, come ha pure chiarito la Corte di Giustizia UE nella sua giurisprudenza (ma v. pure Corte cost.: sent. n. 309 del 1990 e sent. n. 71 del 2015), o 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” (Cons. St., sez. III, 9 febbraio 2017, n. 565)”.

Con la successiva **sentenza n. 4979 del 10.08.2020** in argomento, ha statuito quanto segue: *“Sul piano generale non sfugge a questo Collegio, peraltro, che la Corte di Giustizia UE, nel § 28 della propria ordinanza del 26 maggio 2020 in C-17/20, ha affermato, con un significativo obiter dictum, che il rispetto dei diritti di difesa, quale principio generale del diritto dell’Unione, trova applicazione quando l’amministrazione intende adottare nei confronti di una persona un atto che le arrechi pregiudizio e che, 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.*

33.1. Questo Consiglio di Stato, nelle sentenze n. 820 del 31 gennaio 2020 e n. 2854 del 26 maggio 2020, ha già chiarito che, ferma rimanendo ogni competenza della Corte di Giustizia UE sulla compatibilità della normativa italiana con il diritto eurounitario al cospetto di una questione che abbia rilevanza transfrontaliera, rilevanza nel caso di specie – come detto – assente e nemmeno dedotta dagli appellanti, il procedimento finalizzato all’emissione dell’informazione antimafia non sconta una totale assenza di contraddittorio, nel nostro ordinamento, ma conosce una interlocuzione solo eventuale, prevista dall’art. 93, comma 7, del d. lgs. n. 159 del 2011, secondo cui il Prefetto competente al rilascio dell’informazione, ove lo ritenga utile, sulla base della documentazione e delle informazioni

acquisite, invita in sede di audizione personale i soggetti interessati a produrre, anche allegando elementi documentali, ogni informazione utile.

33.2. L'audizione del soggetto interessato e l'invito a fornire informazioni o documenti presuppongono una valutazione discrezionale dell'autorità preposta alla tutela della sicurezza pubblica in ordine all'utilità di detto contraddittorio procedimentale in seno ad un procedimento informato da speditezza, riservatezza ed urgenza, per evidenti ragioni di ordine pubblico, e finalizzato, per espressa previsione legislativa (art. 84, comma 3, del d. lgs. n. 159 del 2011), a prevenire eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o delle imprese (Cons. St., sez. III, 30 gennaio 2019, n. 758, Cons. St., sez. III, 5 settembre 2019, n. 6105 e, ora, Corte cost., 26 marzo 2020, n. 57).

33.3. La sentenza n. 820 del 31 gennaio 2020 di questo Consiglio di Stato ha osservato che la discovery anticipata, già in sede procedimentale, di elementi o notizie contenuti in atti di indagine coperti da segreto investigativo o in informative riservate delle forze di polizia, spesso connessi ad inchieste della magistratura inquirente contro la criminalità organizzata e agli atti delle indagini preliminari, potrebbe frustrare la finalità preventiva perseguita dalla legislazione antimafia, che ha l'obiettivo di prevenire il tentativo di infiltrazione da parte delle organizzazioni criminali, la cui capacità di penetrazione nell'economia legale ha assunto forme e "travestimenti" sempre più insidiosi.

33.4. Soprattutto nei casi di maggiore gravità, dove più radicato, ed evidente, è l'inquinamento delinquenziale nel contesto di talune realtà imprenditoriali, non di rado a base familiare, fortemente contigue o compromesse con logiche e interessi mafiosi, la conoscenza dell'imminente o probabile adozione di un provvedimento antimafia, acquisita in sede procedimentale, potrebbe vulnerare l'interesse pubblico sotteso all'adozione del provvedimento antimafia, in quanto le associazioni mafiose sono ben capaci di ricorrere a tecniche elusive delle norme in materia che, non a caso, prevedono come indicative di

infiltrazioni mafiose anche, ad esempio, le sostituzioni degli organi sociali, nella rappresentanza legale della società nonché nella titolarità delle imprese individuali ovvero delle quote societarie, «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» (art. 84, comma 4, lett. f), del d. lgs. n. 159 del 2011).

33.5. Si tratta di tecniche frequenti nella prassi e ben note all'esperienza giurisprudenziale dello stesso Consiglio di Stato, il quale riscontra forme sempre nuove con le quali le associazioni a delinquere di stampo mafioso, di fronte al "pericolo" dell'imminente informazione antimafia di cui abbiano avuto notizia, reagiscono mutando assetti societari, intestazioni di quote e di azioni, cariche sociali, soggetti prestanome, ma cercando di controllare comunque i soggetti economici che fungono da schermo, anche grazie alla distinta e rinnovata personalità giuridica, nei rapporti con le pubbliche amministrazioni.

33.6. Per questo nell'attuale legislazione il codice antimafia, senza escludere a priori e del tutto la partecipazione procedimentale (del resto ammessa per gli analoghi provvedimenti di iscrizione nella c.d. white list, emessi, però, su richiesta di parte ai sensi dell'art. 1, comma 52, della l. n. 190 del 2012: v., sul punto, Cons. St., sez. III, 20 settembre 2016, n. 3913), ne rimette, con l'art. 93, comma 7, del d. lgs. n. 159 del 2011, la prudente ammissione alla valutazione dell'autorità preposta all'emissione del provvedimento interdittivo in termini di utilità rispetto al fine pubblico perseguito.

33.7. Il principio del giusto procedimento, del resto, non ha una valenza assoluta, ma ammette deroghe limitate ad ipotesi eccezionali dovute alla tutela di interessi superiori afferenti alla tutela dell'ordine pubblico, come quella in esame, e proporzionate alla necessità del caso che, come si è detto, è qui assai grave per l'altissimo pericoloso infiltrativo che connota la società appellante.

34. Si obietta tuttavia che la partecipazione procedimentale, prima ancora che doverosa in base al principio del giusto procedimento, sarebbe utile per l'autorità prefettizia, nei termini di una più efficiente azione amministrativa rispondente al principio di buon andamento della p.a. (art. 97 Cost.), perché le consentirebbe di acquisire, in un quadro istruttorio più ampio e complesso, notizie ed elementi utili ad evitare l'emissione di un provvedimento tanto incisivo sulla libertà d'impresa, ma si trascura di considerare che, di fronte ai penetranti poteri di accesso e accertamento riconosciuti al Prefetto anche avvalendosi dei gruppi interforze, l'apporto procedimentale dell'impresa e le eventuali strategie dilatorie di questa in sede procedimentale potrebbero, per altro verso e nei casi che richiedono un'azione di contrasto immediata ed efficace, rallentare l'incisività e la rapidità di un provvedimento che deve colpire gli interessi economici della mafia prima che essi raggiungano il loro obiettivo, l'infiltrazione nel tessuto economico-sociale.

35. Il legislatore ha così dovuto operare, nel vigente codice antimafia, una scelta tra i due valori in gioco, la tutela dell'ordine pubblico e quello della libertà d'impresa, e lo ha fatto nei termini, sopra visti, di un contraddittorio eventuale ai sensi dell'art. 91, comma 7, del d. lgs. n. 159 del 2011, riconoscendo una prevalenza al primo che non sacrifica del tutto il secondo.

36. L'eventuale sacrificio di queste garanzie procedurali e dei diritti di difesa, che deve essere necessario e proporzionato rispetto al fine perseguito, è compensato dal successivo sindacato giurisdizionale sull'atto adottato dal Prefetto che, contrariamente a quanto assume parte della dottrina, è pieno ed effettivo, in termini di full jurisdiction, anche secondo il diritto convenzionale, come ha riconosciuto la stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 57 del 26 marzo 2020, perché non solo investe, sul piano della c.d. tassatività sostanziale, l'esistenza di fatti indicatori di eventuale infiltrazione mafiosa, posti dall'autorità prefettizia a base del provvedimento interdittivo, ma sindacava anche, sul piano della c.d. tassatività processuale, la prognosi inferenziale circa la permeabilità mafiosa dell'impresa,

nell'accezione, nuova e moderna, di una discrezionalità amministrativa declinata in questa delicata materia sotto l'aspetto del ragionamento probabilistico compiuto dall'amministrazione (Cons. St., sez. III, 30 gennaio 2019, n. 758 e Cons. St., sez. III, 5 settembre 2019, n. 6105).

37. Se queste sono le coordinate dell'attuale diritto positivo, non può tuttavia questo Collegio esimersi dal rilevare 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.

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

37.2. Tutto ciò, si aggiunga da ultimo ma non per ultimo, potrebbe far ritenere la stessa questione della determinatezza delle situazioni indicative di infiltrazione mafiosa, nell'ottica della c.d. tassatività sostanziale, meno assillante o persino superata perché, per rammentare le parole della Corte di Giustizia UE nell'ordinanza sopra citata del 26 maggio 2020 in C-17/20, il soggetto destinatario dell'informazione, già in sede procedimentale, potrebbe acquisire conoscenza e manifestare utilmente il proprio punto di vista «in merito agli elementi sui quali l'amministrazione intende fondare la sua decisione», anche quelli che, per la natura preventiva della misura, hanno un naturale, ineliminabile, margine di elasticità, e correggere così con le opportune misure, ove possibile, comportamenti o prassi che possono avvalorare il rischio di infiltrazione mafiosa.

37.3. L'incisività delle misure interdittive, come mostra anche l'aumento dei provvedimenti prefettizi negli ultimi anni, richiede che la lotta della mafia avvenga senza un sacrificio sproporzionato dei diritti di difesa, anzitutto, e della libertà di impresa, perché solo la proporzione è condizione di civiltà dell'azione amministrativa ed evita che la normativa di contrasto all'infiltrazione mafiosa purtroppo endemica nel nostro ordinamento, come ogni altro tipo di legislazione emergenziale, si trasformi in un diritto della paura, secondo quanto questa Sezione ha già affermato nella sentenza n. 6105 del 2019.

37.4. Spetterà alla saggezza del legislatore, anche nell'ottica di un delicato bilanciamento tra i valori in gioco che hanno una rilevanza, ormai, non solo nazionale, valutare simili o altri percorsi normativi, che evitino un sacrificio del diritto di difesa sproporzionato, in talune ipotesi che non siano contrassegnate dall'urgenza e dalle «particolari esigenze di celerità del procedimento» (le quali, come noto, possono comportare l'omissione delle garanzie partecipative, secondo quanto prevede in generale l'art. 7 della l. n. 241 del 1990), rispetto alla pure irrinunciabile, fondamentale, finalità del contrasto preventivo alla mafia.

37.5. Come questo Consiglio di Stato ha già chiarito nella sentenza n. 820 del 31 gennaio 2020, la stessa Corte di Giustizia UE ha infatti affermato che il diritto al contraddittorio procedimentale e al rispetto dei diritti della difesa non è una prerogativa assoluta, ma può soggiacere a restrizioni, a condizione che «queste rispondano effettivamente a obiettivi di interesse generale perseguiti dalla misura di cui trattasi e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato e inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti così garantiti» (sentenza della Corte di Giustizia UE, 9 novembre 2017, in C-298/16, 35 e giurisprudenza ivi citata) e, in riferimento alla normativa italiana in materia antimafia, la stessa Corte di Giustizia UE, seppure ad altri fini (la compatibilità della disciplina italiana del subappalto con il diritto eurolunitario), ha di recente ribadito che «il contrasto al fenomeno dell'infiltrazione della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici costituisce un obiettivo legittimo che può giustificare una restrizione alle

regole fondamentali e ai principi generali del TFUE che si applicano nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici» (Corte di Giustizia UE, 26 settembre 2019, in C-63/18, 37).

37.6. Competerà al legislatore individuare quanto prima un proporzionato punto di equilibrio, senza che la normativa italiana venga a collidere con il diritto eurounitario”.

Nella **sentenza n. 3641 dell'8.06.2020** il Supremo Consesso Amministrativo ha definito la funzione di “frontiera avanzata” dell’interdittiva antimafia, chiarendo quanto segue: *“Il rischio di inquinamento mafioso deve essere, infatti, valutato in base al criterio del più “probabile che non”, alla luce di una regola di giudizio, cioè, che ben può essere integrata da dati di comune esperienza, evincibili dall’osservazione dei fenomeni sociali, quale è, anzitutto, anche quello mafioso (Cons. St., sez. III, 13 novembre 2017, n. 5214; 9 maggio 2016, n. 1743).*

Come chiarito dalla Sezione (30 gennaio 2019, n. 759), l’art. 84, comma 3, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 riconosce quale elemento fondante l’informazione antimafia la sussistenza di “eventuali tentativi” di infiltrazione mafiosa “tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate”. Eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa e tendenza di questi ad influenzare la gestione dell’impresa sono all’evidenza tutte nozioni che delineano una fattispecie di pericolo, propria del diritto della prevenzione, finalizzate, appunto, a prevenire un evento che, per la stessa scelta del legislatore, non necessariamente è attuale, o invero, potendo essere anche solo potenziale, purché desumibile da elementi non meramente immaginari o aleatori.

Il pericolo – anche quello di infiltrazione mafiosa – è per definizione la probabilità di un evento. L’introduzione delle misure di prevenzione, come quella qui in esame, è stata dunque la risposta cardine dell’Ordinamento per attuare un contrasto all’inquinamento

dell'economia sana da parte delle imprese che sono strumentalizzate o condizionate dalla criminalità organizzata.

Una risposta forte per salvaguardare i valori fondanti della democrazia.

La sopra richiamata funzione di "frontiera avanzata" dell'informazione antimafia nel continuo confronto tra Stato e anti-Stato impone, a servizio delle Prefetture, un uso di strumenti, accertamenti, collegamenti, risultanze, necessariamente anche atipici come atipica, del resto, è la capacità, da parte delle mafie, di perseguire i propri fini. E solo di fronte ad un fatto inesistente od obiettivamente non sintomatico il campo valutativo del potere prefettizio, in questa materia, deve arrestarsi (Cons. St., sez. III, 30 gennaio 2019, n. 758).

4. A supportare l'interdittiva, proprio in ragione della ratio ad essa sottesa, possono essere anche fatti non penalmente rilevanti o che non costituiscono oggetto di procedimenti o di processi penali o, addirittura e per converso, possono essere già stati oggetto del giudizio penale, con esito di proscioglimento o di assoluzione (Cons. St., sez. III, 27 novembre 2018, n. 6707). In questo senso diventa dunque irrilevante la circostanza, affermata in appello (pag. 7), che a carico del signor -OMISSIS- "non sussistono fattispecie di reato, né risulta alcunché dal certificato del Casellario giudiziale".

5. Contrariamente a quanto afferma l'appellante società, pertinente è stato, da parte del giudice di primo grado, il richiamo ai legami familiari che hanno caratterizzato la gestione della società -OMISSIS- e dunque della società -OMISSIS-.

Le decisioni del responsabile di una società e la sua attività possano essere influenzate, anche indirettamente, dalla mafia attraverso la famiglia, o da un affiliato alla mafia mediante il contatto con il proprio congiunto. Nei contesti sociali, in cui attecchisce il fenomeno mafioso, all'interno della famiglia si può verificare una "influenza reciproca" di comportamenti e possono sorgere legami di cointeressenza, di solidarietà, di copertura o quanto meno di

soggezione o di tolleranza; una tale influenza può essere desunta non dalla considerazione (che sarebbe in sé errata e in contrasto con i principi costituzionali) che il parente di un mafioso sia anch'egli mafioso, ma per la doverosa considerazione, per converso, che la complessa organizzazione della mafia ha una struttura clanica, si fonda e si articola, a livello particellare, sul nucleo fondante della 'famiglia', sicché in una 'famiglia' mafiosa anche il soggetto, che non sia attinto da pregiudizio mafioso, può subire, nolente, l'influenza del 'capofamiglia' e dell'associazione. Hanno dunque rilevanza circostanze obiettive (a titolo meramente esemplificativo, ad es., la convivenza, la cointeressenza di interessi economici, il coinvolgimento nei medesimi fatti, che pur non abbiano dato luogo a condanne in sede penale) e rilevano le peculiari realtà locali, ben potendo l'Amministrazione evidenziare come sia stata accertata l'esistenza – su un'area più o meno estesa – del controllo di una 'famiglia' e del sostanziale coinvolgimento dei suoi componenti (Cons. St., sez. III, 24 aprile 2020, n. 2651)...Le società vicine ai sodalizi criminali, infatti, precostituiscono una congerie di dati fattuali che potrebbero essere ex post utilizzati per dimostrare la cesura con il passato. Sempre più spesso le associazioni a delinquere di stampo mafioso fanno ricorso a tecniche volte a paralizzare il potere prefettizio di adottare misure cautelari (Cons St., sez. III, 6 maggio 2020, n. 2854). Di fronte al "pericolo" dell'imminente informazione antimafia di cui abbiano avuto in quale modo notizia o sentore, reagiscono mutando sede legale, assetti societari, intestazioni di quote e di azioni, cariche sociali, soggetti prestanome, cercando comunque di controllare i soggetti economici che fungono da schermo, anche grazie alla distinta e rinnovata personalità giuridica, nei rapporti con le pubbliche amministrazioni (Cons. St., sez. III, 13 maggio 2020, n. 3030)...8. In conclusione, correttamente il coacervo di elementi è stato ritenuto dal Prefetto di Reggio Calabria sufficiente ad evidenziare la persistenza del pericolo di contiguità con la mafia, con un giudizio peraltro connotato da ampia discrezionalità di apprezzamento, con conseguente sindacabilità in sede giurisdizionale delle conclusioni alle quali l'autorità perviene solo in caso di manifesta illogicità, irragionevolezza e travisamento dei fatti, mentre al sindacato del giudice

amministrativo sulla legittimità dell'informativa antimafia rimane estraneo l'accertamento dei fatti, anche di rilievo penale, posti a base del provvedimento (Cons. St. n. 4724 del 2001). Tale valutazione costituisce espressione di ampia discrezionalità che, per giurisprudenza costante, può essere assoggettata al sindacato del giudice amministrativo solo sotto il profilo della sua logicità in relazione alla rilevanza dei fatti accertati (Cons. St. n. 7260 del 2010)”.

Nella **sentenza n. 4091 del 20.06.2020** il Consiglio di Stato, nel decidere una causa risarcitoria, ha chiarito che *“La già evidenziata necessità – logica prima ancora che giuridica – di segnare un discrimen tra mera illegittimità del provvedimento interdittivo e concorso dello stesso nella integrazione di una fattispecie illecita suscettibile di produrre riflessi risarcitori a carico dell’Amministrazione impone di individuare un criterio al quale ancorare la relativa (distinta) valutazione.*

Tale criterio non può quindi essere individuato nella (mera) mancata rigorosa osservanza da parte dell’Amministrazione prefettizia dei principi giurisprudenziali che hanno contribuito ad attribuire concretezza alla fattispecie, indubbiamente connotata da una certa dose di elasticità, degli “elementi relativi a tentativi di infiltrazione mafiosa nelle società o imprese interessate” di cui agli artt. 10, comma 2, d.P.R. n. 252/1998 e 3, comma 2, d.P.R. n. 150/2010, vigenti ratione temporis: criteri di cui quindi sarebbe ridondante illustrare in questa sede il contenuto, anche al fine di porre in evidenza eventuali profili di distonia evolutiva tra l’applicazione fattane nella fattispecie in esame dai giudici amministrativi che hanno esaminato (in senso favorevole alla società appellante) la domanda di annullamento dei provvedimenti interdittivi emessi nei suoi confronti e quella derivante dalle più recenti indicazioni giurisprudenziali.

Maggiormente pertinente risulta invece la considerazione secondo la quale può ritenersi integrato l’elemento soggettivo dell’illecito aquiliano qualora la condotta dell’Amministrazione palesi una attività istruttoria gravemente carente, tale da escludere in

radice che la valutazione interdittiva si fondi su un quadro fattuale dotato dei requisiti minimi di attendibilità probatoria, ovvero laddove il quadro indiziario da cui l'Amministrazione abbia inteso ricavare la prognosi di permeabilità mafiosa dell'attività imprenditoriale sia inficiato da elementi di incertezza, evidente incoerenza o contraddittorietà, patente inverosimiglianza.

La necessità di circoscrivere nei termini innanzi indicati gli spazi di espressione del sindacato risarcitorio si collega, oltre che alla già evidenziata distinzione sistematica tra giudizio di legittimità e giudizio risarcitorio, alla peculiarità del potere rimesso alla Prefettura, connotato da spiccata discrezionalità tecnica, ed all'esigenza di non frapporre ostacoli eccessivi all'esercizio di una funzione essenziale per il corretto funzionamento del mercato dei pubblici appalti, e delle relazioni economiche in generale, quali non potrebbero non derivare da una proliferazione delle cause risarcitorie innescate dall'adozione di provvedimenti interdittivi non perfettamente conformi alle regole elaborate in sede giurisprudenziale”.

Con la **sentenza n. 5416 del 9.09.2020** il Supremo Consesso amministrativo, con riferimento al provvedimento interdittivo e al potere discrezionale del Prefetto, ha statuito che *“Giova infatti ricordare che, ai sensi di una granitica giurisprudenza di questa Sezione, ai fini dell'adozione del provvedimento interdittivo, da un lato, occorre non già provare l'intervenuta infiltrazione mafiosa, bensì soltanto la sussistenza di elementi sintomatico-presuntivi dai quali – secondo un giudizio prognostico latamente discrezionale – sia deducibile il pericolo di ingerenza da parte della criminalità organizzata; d'altro lato, detti elementi vanno considerati in modo unitario, e non atomistico, cosicché ciascuno di essi acquisti valenza nella sua connessione con gli altri (Cons. St., sez. III, 18 aprile 2018, n. 2343).*

Ciò che connota la regola probatoria del “più probabile che non” non è un diverso procedimento logico, ma la (minore) forza dimostrativa dell'inferenza logica, sicché, in definitiva, l'interprete è sempre vincolato a sviluppare un'argomentazione rigorosa sul piano

metodologico, «ancorché sia sufficiente accertare che l'ipotesi intorno a quel fatto sia più probabile di tutte le altre messe insieme, ossia rappresenti il 50% + 1 di possibilità, ovvero, con formulazione più appropriata, la c.d. probabilità cruciale» (Cons. St., sez. III, 26 settembre 2017, n. 4483).

L'informativa antimafia implica una valutazione discrezionale da parte dell'autorità prefettizia in ordine al pericolo di infiltrazione mafiosa, capace di condizionare le scelte e gli indirizzi dell'impresa. Tale pericolo deve essere valutato secondo un ragionamento induttivo, di tipo probabilistico, che non richiede di attingere un livello di certezza oltre ogni ragionevole dubbio, tipico dell'accertamento finalizzato ad affermare la responsabilità penale, e quindi fondato su prove, ma implica una prognosi assistita da un attendibile grado di verosimiglianza, sulla base di indizi gravi, precisi e concordanti, sì da far ritenere "più probabile che non" il pericolo di infiltrazione mafiosa.

Ha aggiunto la Sezione (n. 758 del 2019) che lo stesso legislatore – art. 84, comma 3, d.lgs. n. 159 del 2011 – ha riconosciuto quale elemento fondante l'informazione antimafia la sussistenza di "eventuali tentativi" di infiltrazione mafiosa "tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate". Eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa e tendenza di questi ad influenzare la gestione dell'impresa sono nozioni che delineano una fattispecie di pericolo, propria del diritto della prevenzione, finalizzato, appunto, a prevenire un evento che, per la stessa scelta del legislatore, non necessariamente è attuale, o invero, ma anche solo potenziale, purché desumibile da elementi non meramente immaginari o aleatori.

La funzione di "frontiera avanzata" dell'informazione antimafia nel continuo confronto tra Stato e anti-Stato impone, a servizio delle Prefetture, un uso di strumenti, accertamenti, collegamenti, risultanze, necessariamente anche atipici come atipica, del resto, è la capacità, da parte delle mafie, di perseguire i propri fini. E solo di fronte ad un fatto inesistente od

obiettivamente non sintomatico il campo valutativo del potere prefettizio, in questa materia, deve arrestarsi (Cons. St., sez. III, 30 gennaio 2019, n. 758).

Ciò che si chiede alle autorità amministrative non è di colpire pratiche e comportamenti direttamente lesivi degli interessi e dei valori prima ricordati, compito naturale dell'autorità giudiziaria, bensì di prevenire tali evenienze, con un costante monitoraggio del fenomeno, la conoscenza delle sue specifiche manifestazioni, la individuazione e valutazione dei relativi sintomi, la rapidità di intervento (Corte cost. n. 57 del 26 marzo 2020).

È in questa prospettiva anticipatoria della difesa della legalità che si colloca il provvedimento di informativa antimafia al quale, infatti, è riconosciuta dalla giurisprudenza natura "cautelare e preventiva" (Cons. St., A.P., 6 aprile 2018, n. 3), comportando un giudizio prognostico circa probabili sbocchi illegali della infiltrazione mafiosa.

Negare però in radice che il Prefetto possa valutare elementi "atipici", dai quali trarre il pericolo di infiltrazione mafiosa, vuol dire annullare qualsivoglia efficacia alla legislazione antimafia e neutralizzare, in nome di una astratta e aprioristica concezione di legalità formale, proprio la sua decisiva finalità preventiva di contrasto alla mafia, finalità che, per usare le parole della Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza 23 febbraio 2017, ric. n. 43395/09, De Tommaso c. Italia, consiste anzitutto nel «tenere il passo con il mutare delle circostanze» secondo una nozione di legittimità sostanziale.

Il giudice amministrativo è, a sua volta, chiamato a valutare la gravità del quadro indiziario, posto a base della valutazione prefettizia in ordine al pericolo di infiltrazione mafiosa, e il suo sindacato sull'esercizio del potere prefettizio, con un pieno accesso ai fatti rivelatori del pericolo, consente non solo di sindacare l'esistenza o meno di questi fatti, che devono essere gravi, precisi e concordanti, ma di apprezzare la ragionevolezza e la proporzionalità della prognosi inferenziale che l'autorità amministrativa trae da quei fatti

secondo un criterio che, necessariamente, è probabilistico per la natura preventiva, e non sanzionatoria, della misura in esame”.

La Corte di Cassazione, Prima Sezione penale, nella sentenza n. 8084 del 30.01.2020, ha dichiarato inammissibile, per difetto di legittimazione, il ricorso proposto nell’interesse della Prefettura di Lecce avverso ordinanza di ammissione al controllo giudiziario disposta dal Tribunale di Lecce, statuendo che, stante la vigenza del principio di tassatività delle impugnazioni con riferimento alle sole parti processuali del procedimento di prevenzione ex art. 568, comma 3 c.p.p., *“[G]li interessi pubblici sono espressamente e unicamente affidati dal legislatore alla cura del Procuratore distrettuale competente e l’eventuale ammissione al controllo su domanda non si risolve certo in un esame dei contenuti del provvedimento amministrativo, posto che ciò dipende da una complessiva disamina - da parte del Tribunale - della tipologia e della graduazione del condizionamento portato verso l’impresa dai soggetti individuati come portatori di pericolosità (su tali aspetti v. Sez. 1, n. 29487 del 7 maggio 2019, Rv. 276303) al fine di realizzare, con l’ammissione al controllo, per stare alle parole utilizzate dalle Sezioni unite di questa Corte, lì dove possibile «un recupero della realtà aziendale alla libera concorrenza, a seguito di un percorso emendativo»”.*

Neppure, ha chiarito la Corte, gli effetti discendenti sulla sorte del provvedimento prefettizio sono idonei a determinare il sorgere di *“ragionevole interesse della Amministrazione alla critica del provvedimento di ammissione”*, atteso che tali effetti sospensivi derivano direttamente dalla *voluntas legis* di cui al comma 7 dell’art. 34 *bis* in commento e sono, comunque, condizionati dal riconoscimento in campo al Tribunale competente di *‘penetranti poteri di controllo’*.

6) QUESTIONI RIMESSE ALLA CORTE DI GIUSTIZIA E ALLA CORTE COSTITUZIONALE

La Corte di Giustizia Europea, chiamata a pronunciarsi, a seguito di ordinanza di rimessione del TAR per la Puglia – Bari n.28 del 13.01.2020, sulla compatibilità con il diritto comunitario del Codice antimafia, nella parte in cui non prevede un contraddittorio preventivo alla emissione della informativa antimafia, con l'**ordinanza del 28.05.2020**, ha dichiarato la domanda pregiudiziale manifestamente irricevibile, non essendo stata dimostrata dal Giudice di rinvio l'esistenza di un criterio di collegamento tra il diritto dell'Unione e l'informativa adottata dalla Prefettura nel caso di specie.

Sulla questione si segnala anche la recente sentenza del **Consiglio di Stato n. 2854 del 6.5.2020** secondo cui *“la conoscenza dell'imminente o probabile adozione di un provvedimento antimafia, acquisita in sede procedimentale, potrebbe frustrare l'interesse pubblico sotteso all'adozione del provvedimento antimafia... La discovery anticipata, già in sede procedimentale, di elementi o notizie contenuti in atti di indagine coperti da segreto investigativo o in informative riservate delle forze di polizia, spesso connessi ad inchieste della magistratura inquirente contro la criminalità organizzata e agli atti delle indagini preliminari, potrebbe frustrare la finalità preventiva perseguita dalla legislazione antimafia, che ha l'obiettivo di prevenire il tentativo di infiltrazione da parte delle organizzazioni criminali, la cui capacità di penetrazione nell'economia legale ha assunto forme e “travestimenti” sempre più insidiosi... Il principio del giusto procedimento, del resto, non ha una valenza assoluta, ma ammette deroghe limitate ad ipotesi eccezionali dovute alla tutela di interessi superiori afferenti alla tutela dell'ordine pubblico, come quella in esame, e proporzionate alla necessità del caso che è qui assai grave per l'altissimo pericoloso infiltrativo...”*.

Inoltre – come sopra evidenziato - il Supremo Consesso, già con la sentenza n. 820 del 31.01.2020, aveva affermato che l'informazione antimafia non richiede la necessaria osservanza del contraddittorio procedimentale, essendo quest'ultimo un momento meramente eventuale, come si evince dal tenore letterale dall'art. 93, comma 7, d.lgs. 159 del 2011.

In sede difensiva, in merito alla ricorrente eccezione avversaria, la Difesa erariale rileva che il diritto al contraddittorio procedimentale e al rispetto dei diritti della difesa non può essere considerato una prerogativa assoluta, ma ben può soggiacere a restrizioni che, comunque, non costituiscono un *vulnus* al principio di buona amministrazione.

Precisa però la giurisprudenza europea che queste restrizioni devono rispondere “*effettivamente a obiettivi di interesse generale perseguiti dalla misura di cui trattasi e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato e inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti così garantiti*” (Corte di Giustizia UE, sentenza del 9.11.2017, in C-298/16, § 35) e, difatti, la stessa Corte UE ha di recente ribadito che “*il contrasto al fenomeno dell'infiltrazione della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici costituisce un obiettivo legittimo che può giustificare una restrizione alle regole fondamentali e ai principi generali del TFUE che si applicano nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici*” (Corte di Giustizia UE, sentenza del 26.09.2019, in C-63/18, § 37).

E ciò, anche in ragione del fatto che la *discovery* in sede procedimentale di elementi contenuti in atti connessi ad inchieste della Magistratura inquirente contro la criminalità organizzata “*potrebbe frustrare la finalità preventiva perseguita dalla legislazione antimafia, che ha l'obiettivo di prevenire il tentativo di infiltrazione da parte delle organizzazioni criminali, la cui capacità di penetrazione nell'economia legale ha assunto forme e 'travestimenti' sempre più insidiosi*”.

Si fa altresì presente che, anche qualora dovessero ritenersi applicabili le garanzie partecipative per il procedimento di adozione o riesame dell'informazione antimafia, il provvedimento *de quo* non sarebbe comunque annullabile, in considerazione del disposto di cui all'art. 21 *octies*, comma 2, secondo capoverso, Legge n. 241/1990, secondo cui “*il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*”.

La violazione del principio del contraddittorio non potrebbe discendere neppure dalla mancata applicazione dell'art. 93, commi 4 e 7, d.lgs. n. 159/2011. Nello specifico, infatti, la norma in questione disciplina il peculiare caso degli accessi e degli accertamenti nei cantieri delle imprese interessate dall'esecuzione di lavori pubblici, disposti dal prefetto avvalendosi dei gruppi interforze.

Pertanto, l'eventuale audizione cui fa riferimento la disposizione in commento riguarda esclusivamente i soggetti interessati dagli accessi e non si estende, in via assoluta, all'intero procedimento di adozione dell'interdittiva, rimanendo, in ogni caso, un momento meramente discrezionale dell'*iter* procedimentale.

Per quanto concerne le questioni rimesse alla Corte Costituzionale in materia, si segnala che è stato promosso **giudizio di legittimità costituzionale, con ordinanza pubblicata il 26.05.2020 dal TAR per il Friuli Venezia Giulia, Sezione 1[^]**, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale, Serie speciale – Corte costituzionale, n. 38 del 16 settembre 2020, pronunciata nella causa iscritta al n. 238/2019 del registro generale dei ricorsi dell'Ufficio giudiziario *a quo*, **in punto di legittimità, in relazione agli artt. 3, 25, 27, 38 e 41 della Costituzione, anche in relazione agli artt. 6 e 7 CEDU, dell'art. 67,**

comma 8, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, introdotto dall'art.24, comma 1, lettera d) del decreto-legge 4 ottobre 2018, n.113, convertito con modificazioni dalla legge 1° dicembre 2018 n.132.

Il Giudice rimettente ha illustrato le ragioni per le quali ha ritenuto sussistenti i presupposti per sollevare d'ufficio la questione di legittimità costituzionale dell'art. 67, comma 8, del D.lgs. n. 159 del 2011, in relazione:

- ai principi di proporzionalità e ragionevolezza di cui all'articolo 3 Costituzione, condividendo il Giudice rimettente le valutazioni espresse dal Consiglio di Stato, nell'ordinanza n.5281/2019, nel senso che occorre verificare, di volta in volta, se la previsione di un effetto interdittivo automatico, conseguente a determinate condanne penali, persegua la finalità di completare il trattamento sanzionatorio correlato al reato o si colleghi all'interesse pubblico primario del contrasto alle organizzazioni mafiose, nell'ambito dell'ampia discrezionalità valutativa riconosciuta al legislatore nelle scelte delle misure ritenute idonee allo scopo.

In tale prospettiva, il Giudice *a quo* ha ritenuto dubbia la ragionevolezza della norma nella misura in cui parifica – ai fini della determinazione degli automatici effetti interdittivi - , alla situazione della definitiva adozione di una misura di prevenzione tipica e alla situazione della condanna di gravissimi reati a struttura associativa, la diversa ipotesi di condanna per il reato di cui all'art.640-bis c.p., che non presenta struttura associativa, risulta punito con sanzioni molto inferiori e non è necessariamente correlato ad attività della criminalità organizzata.

Inoltre, il dubbio sulla ragionevolezza di tale previsione deriverebbe “*dalla circostanza che la condanna per il reato di cui all'art.640-bis (insieme alle ipotesi di condanna per altri titoli di reato, previsti 353, 353-bis, 603-bis, 603-bis, 629, 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) nello stesso codice antimafia, all'art.84, comma 4, lettera a), è opportunamente considerato come elemento da cui è possibile inferire (senza, però, alcun automatismo probatorio) la sussistenza di un rischio concreto di infiltrazione mafiosa o della criminalità organizzata, ai fini dell'adozione di un'informativa interdittiva; in tal senso, nel contesto dell'art.84, risulta perfettamente coerente la collocazione dell'art.640-bis tra i <delitti-spia> significativamente indicativi della capacità di penetrazione nell'economia legale da parte della criminalità organizzata”.

Ad avviso del Giudice rimettente il predetto effetto interdittivo automatico della condanna per il reato di cui all'art.640-bis c.p. “potrebbe risultare, allo stato, irragionevolmente sproporzionato rispetto alla finalità preventiva perseguita dal legislatore, il che alimenta anche l'ulteriore dubbio sulla legittimità della sua applicabilità retroattiva, potendosi ipotizzare che la sua finalità sia sostanzialmente punitiva e non preventiva, con la conseguente applicazione dei principi costituzionali e convenzionali in materia id irretroattività delle norme penali”.

D'altra parte, nessun utile elemento, che possa giustificare l'inserimento del reato in questione tra quelli aventi immediata e automatica valenza ostativa, è evincibile dagli atti preparatori della legge (relazione di accompagnamento del D.l. n.113 del 2018 – Atto Senato n.840, p.21).

- ai principi di cui agli articoli 25 e 27 Costituzione, poiché l'irragionevole equiparazione, nel contesto della norma, del reato di cui all'art.640-bis c.p. a quelli più gravi di cui all'art.51, c.3-bis, c.p.p., si tradurrebbe “in un inasprimento, peraltro in assenza di una previa ed equa valutazione giudiziale e del legittimo e compiuto esercizio di tutte le prerogative difensive, del regime sanzionatorio previsto per il reato che assume rilievo, che si scontra inevitabilmente con i “principi di cui agli artt.25 e 27 Cost., anche in relazione agli artt.6 e 7 CEDU, in particolare laddove, come nel caso di specie, siffatti effetti pregiudizievole vengono fatti derivare anche da sentenze

pronunciate antecedentemente all'entrata in vigore dell'art.24, c.1, lettera d), del d.l. 4.10.2018, n.113, convertito con modificazioni dalla l. 1.12.2018, n.132, che ha inserito l'art.640-bis c.p.p. all'interno dell'art.67, c.8, d.lgs. 159/2011”.

- ai principi di cui agli articoli 38 e 41 Costituzione, in quanto ritiene il Giudice a quo che “*l'automatismo previsto nel caso specifico non sia direttamente e immediatamente correlato all'interesse pubblico generale a preservare l'integrità del tessuto economico sociale di mercato libero e competitivo e che piuttosto elida, in spregio ai principi di proporzionalità e ragionevolezza di cui all'art.3 Cost., la libertà di iniziativa economica privata assicurata dall'art.41 Cost. e la possibilità di svolgere qualsivoglia attività lavorativa, professionale ed economica soggetta a “iscrizioni o provvedimenti a contenuto autorizzatorio, concessorio, o abilitativo”.*

Nel caso di specie – pur non essendovi (o, comunque, non essendo stata data alcuna evidenza) della sussistenza di effettive correlazioni alla “mafia” della condotta posta in essere dal ricorrente e sanzionata con la condanna da cui in sede amministrativa sono state fatte derivare nei confronti del ricorrente conseguenze così gravemente pregiudizievoli in forza della norma di legge di cui viene messa in dubbio la costituzionalità – il provvedimento impugnato incide, invero, compromettendola, sull'intera attività imprenditoriale del medesimo, soggetta a regime autorizzatorio, quali l'iscrizione alla camera di commercio e all'albo professionale degli ingegneri”.

E' stato espletato “Atto di intervento” per il Presidente del Consiglio dei Ministri in tale giudizio, attualmente pendente.

Per quanto concerne le pronunce della **Corte Costituzionale** intervenute nell'anno 2020 in materia di antimafia, si ritiene utile richiamare la **sentenza n.57/2020**, pubblicata il 26.03.2020, che, sia pure resa all'esito del giudizio di legittimità costituzionale degli artt. 89-bis e 92, commi 3 e 4, del d.lgs. n.159/2011 - in cui il Giudice rimettente ha affermato che è irragionevole ricomprendere nella sfera d'incidenza dell'inibitoria, ma soprattutto nella sfera

della decadenza, tutti i provvedimenti previsti dall'art.67 del d.lgs. n.159/2011, senza escludere quelli che sono il presupposto dell'esercizio dell'attività imprenditoriale privata che non comporti alcun rapporto con la pubblica Amministrazione e alcun impatto su beni e interessi pubblici - ha statuito che *“Il dato normativo arricchito dall'articolato quadro giurisprudenziale, esclude, dunque, la fondatezza dei dubbi di costituzionalità avanzati dal rimettente in ordine alla ammissibilità, in sé, del ricorso allo strumento amministrativo, e quindi alla legittimità della pur grave limitazione della libertà d'impresa che ne deriva. In particolare, quanto al profilo della ragionevolezza, la risposta amministrativa, non si può ritenere sproporzionata rispetto ai valori in gioco, la cui tutela impone di colpire in anticipo quel fenomeno mafioso, sulla cui gravità e persistenza – malgrado il costante e talvolta eroico impegno delle Forze dell'ordine e della magistratura penale – non è necessario soffermarsi ulteriormente”*.

7) PARERI DI MASSIMA e PROPOSTE NORMATIVE DE IURE CONDENDO

In sede consultiva sono state affrontate alcune problematiche emerse in sede di applicazione della disciplina dettata dal Codice antimafia e dei recenti orientamenti giurisprudenziali.

1.A seguito della sentenza del Consiglio di Stato n.452/2020, che ha annullato un'informazione interdittiva antimafia, adottata sulla base del Protocollo nazionale quadro di legalità sottoscritto tra il Ministero dell'Interno e Confindustria, è stato posto il quesito sugli effetti di tale pronuncia, evidenziandosi anche la portata generale della questione, ove si considerino i numerosi documenti pattizi che le Prefetture stipulano con soggetti che hanno natura pubblicistica.

Il Consiglio di Stato, in particolare, ha ritenuto che il provvedimento interdittivo - nella fattispecie sottoposta al suo vaglio – non avrebbe potuto

essere adottato, *“e ciò perché il soggetto che ha chiesto la verifica alla Prefettura non è incluso tra gli enti indicati dall’art.83, d.lgs. n.159 del 2011.Nella specie la richiesta di rilasciare una comunicazione antimafia, rivolta il 15 dicembre 2016 alla Prefettura di Brescia, è stata effettuata da Confindustria Venezia, associazione privata, per la conclusione di contratti di rilevanza solo privatistica, in alcun modo connessi all’uso di poteri, procedimenti o risorse pubbliche”*.

Il Supremo Consesso amministrativo ha rilevato che *“Il comma 1, infatti, ha individuato i soggetti che devono acquisire la documentazione antimafia di cui all’art.84 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 nel precedente art.67. Si tratta delle Pubbliche amministrazioni e gli enti pubblici, anche costituiti in stazioni uniche appaltanti, gli enti e le aziende vigilati dallo Stato o da altro ente pubblico e le società o imprese comunque controllate dallo Stato o da altro ente pubblico nonché i concessionari di lavori o di servizi pubblici. A tali soggetti si aggiungono, in virtù del successivo comma 2, i contraenti generali previsti dal Codice dei contratti pubblici. Si tratta dunque di soggetti pubblici. Nel caso all’esame del Collegio, invece, la richiesta della Prefettura di comunicazione antimafia è stata avanzata da Confindustria Venezia, quindi da un soggetto di indubbia natura privata.*

Aggiungasi, ed il rilievo è assorbente di qualsiasi altra considerazione, che tale documentazione può essere utilizzata solo nei rapporti tra una Pubblica amministrazione ed il privato e non, come nella specie, nei rapporti tra privati”.

Ha quindi argomentato, con riferimento ai rapporti tra privati, in relazione ai quali la normativa antimafia nulla prevede, nel senso che *“Tale vuoto normativo non può certo essere colmato dal Protocollo della legalità e dal suo Atto aggiuntivo, entrambi stipulati tra il Ministero dell’Interno e Confindustria. Si tratta, infatti, di un atto stipulato tra due soggetti, che finirebbe per estendere ad un soggetto terzo, estraneo a tale rapporto, effetti inibitori (o, secondo l’Adunanza plenaria, addirittura “incapacitanti”), che la legge*

ha espressamente voluto applicare ai soli casi in cui il privato in odore di mafia contragga con una parte pubblica. Prova di tale voluntas legis è proprio nella modifica del comma 1 dell'art.87, d.lgs. n.159 del 2011 che, prima della novella introdotta dall'art.4, d.lgs. 15 novembre 2012, n.218, prevedeva espressamente la possibilità che a chiedere la comunicazione antimafia fosse un soggetto privato”.

Concludendo nel senso che “Occorre dunque interrogarsi – e nulla più che un interrogativo “aperto” può provenire da questo Giudice – se per rafforzare il disegno del Legislatore, con una sapiente disciplina antimafia che sta portando in modo tangibile i suoi risultati - non possano, le Istituzioni a ciò preposte, valutare il ritorno alla originaria formulazione del Codice antimafia, nel senso che l'informazione antimafia possa essere richiesta anche da un soggetto privato ed anche per rapporti esclusivamente tra privati. Soltanto un tale intervento potrebbe, in vicende come quella oggi in esame, permettere l'applicabilità generalizzata della documentazione antimafia, che non a caso questo Consiglio ritiene pietra angolare del sistema normativo antimafia (Cons. St., sez. III, 5 settembre 2019, n.6105), in presenza di una serie di elementi sintomatici dai quali evincere l'influenza, anche indiretta (art.91, comma 6, d.lgs. n.159 del 2019), delle organizzazioni mafiose sull'attività di impresa, nella duplice veste della c.d. contiguità soggiacente o della c.d. contiguità compiacente”.

Tanto considerato, l'Avvocatura ha innanzitutto condiviso l'interrogativo posto e l'auspicio manifestato dal Consiglio di Stato, nel senso del ripristino della originaria formulazione normativa del Codice antimafia, anche al fine di evitare l'insorgenza di contenzioso in materia.

La questione risulta attualmente chiarita, in quanto il quadro normativo è di recente mutato per effetto dell'introduzione dell'art. 83-bis (Protocolli di legalità) nel D.Lgs. 06/09/2011, n. 159, ad opera dell'art. 3, comma 7, D.L. 16 luglio 2020, n. 76.

La norma dispone : “1. Il Ministero dell'Interno può sottoscrivere protocolli, o altre intese comunque denominate, per la prevenzione e il contrasto dei fenomeni di criminalità organizzata, anche allo scopo di estendere convenzionalmente il ricorso alla documentazione antimafia di cui all'articolo 84. I protocolli di cui al presente articolo possono essere sottoscritti anche con imprese di rilevanza strategica per l'economia nazionale nonché con associazioni maggiormente rappresentative a livello nazionale di categorie produttive, economiche o imprenditoriali, e possono prevedere modalità per il rilascio della documentazione antimafia anche su richiesta di soggetti privati, nonché determinare le soglie di valore al di sopra delle quali è prevista l'attivazione degli obblighi previsti dai protocolli medesimi. I protocolli possono prevedere l'applicabilità delle previsioni del presente decreto anche nei rapporti tra contraenti, pubblici o privati, e terzi, nonché tra aderenti alle associazioni contraenti e terzi.

2. L'iscrizione nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori di cui all'articolo 1, commi 52 e seguenti, della legge 6 novembre 2012, n. 190, nonché l'iscrizione nell'anagrafe antimafia degli esecutori istituita dall'articolo 30 del decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2016, n. 229, equivale al rilascio dell'informazione antimafia.

3. Le stazioni appaltanti prevedono negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito che il mancato rispetto dei protocolli di legalità costituisce causa di esclusione dalla gara o di risoluzione del contratto”.

Sempre in sede consultiva, con successivo parere, si è chiarito che, se il soggetto giuridico interessato è riconducibile nel perimetro tracciato dal comma 1 dell'art.83 del d.lgs. n.159/2011, con conseguente legittimazione a richiedere la documentazione antimafia, una volta rilasciata una informazione interdittiva nei confronti di una determinata società, non sembrano sussistere, per ciò solo, in astratto ostacoli giuridici all'applicabilità dell'art.32, comma 10, del d.l. n.90/2014.

In concreto occorrerà, ai fini del ricorso alla misura straordinaria, verificare la ricorrenza di tutti i presupposti tassativamente previsti dalla norma, che dispone nel senso che segue: “10.Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano anche nei casi in cui sia stata emessa dal Prefetto un'informazione

antimafia interdittiva e sussista l'urgente necessità di assicurare completamento dell'esecuzione del contratto ovvero dell'accordo contrattuale, ovvero la sua prosecuzione al fine di garantire la continuità di funzioni e servizi indifferibili per la tutela di diritti fondamentali, nonché per la salvaguardia dei livelli occupazionali o dell'integrità dei bilanci pubblici. Ancorchè ricorrano i presupposti di cui all'articolo 94, comma 3, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n.159....”.

2. E' stato reso parere anche in materia di straordinaria e temporanea gestione ai sensi dell'art. 32, comma 1 lett. b) e comma 10, d.l. n. 90/2014.

In particolare, la Prefettura di Roma ha chiesto parere all'Avvocatura in merito all'istanza di restituzione degli importi presenti sui conti correnti vincolati, avanzata da una società con riferimento ai contratti oggetto della misura di straordinaria e temporanea gestione disposta, ai sensi dell'art.32, comma 10, del D.L. n.190/2014, (e successivamente prorogata) dalla Prefettura di Napoli, a seguito di informazione interdittiva antimafia oggetto di impugnativa, conclusasi con la sfavorevole sentenza del Consiglio di Stato n.3030/20 del 13.05.2020, che ha ravvisato l'incompetenza della Prefettura di Napoli a favore della Prefettura di Roma.

E' stato rappresentato che, con successivo decreto, è stata adottata dalla Prefettura di Roma informazione interdittiva antimafia nei confronti della medesima società e, successivamente, è stata disposta la straordinaria e temporanea gestione (poi prorogata) con esclusivo riferimento ad un contratto.

La società coinvolta ha avanzato alle Prefetture di Roma e di Napoli istanza di restituzione delle somme presenti sui conti correnti vincolati ai contratti non più oggetto di misura straordinaria e temporanea.

La Prefettura di Roma, nel richiedere l'avviso dell'Organo erariale, ha posto dei dubbi, preliminarmente, sulla competenza della stessa in ordine alla eventuale restituzione delle predette somme e sulla sussistenza, nel merito, dei presupposti per riscontrare positivamente la richiesta avanzata dalla società, considerato che la stessa attualmente risulta interdetta, a seguito del provvedimento adottato in sostanziale continuità rispetto a quello della Prefettura di Napoli, annullato per vizio di incompetenza.

Tanto considerato, in ordine alle questioni prospettate, l'Avvocatura si è espressa nel senso che segue.

Per quanto concerne la **questione della competenza**, giova al riguardo richiamare le “Quinte Linee Guida per la gestione degli utili derivanti dalla esecuzione dei contratti d'appalto o di concessione sottoposti alla misura di straordinaria gestione ai sensi dell'art. 32 del decreto legge 90/2014” sottoscritte dall'ANAC e dal Ministero dell'Interno in data 16.10.2018, che al punto 2.2.- *Termine della straordinaria gestione e adempimenti conclusivi* prevedono quanto segue: *“Al termine della misura, gli amministratori straordinari dovranno presentare alla Prefettura di riferimento un rendiconto analitico della loro gestione, evidenziando, per ciascuna commessa, i relativi flussi finanziari e contabili nonché l'importo accantonato a titolo di utile....Il Prefetto, preso atto della rendicontazione, adotterà i provvedimenti conseguenti e necessari alla chiusura definitiva della gestione commissariale, dandone comunicazione all'operatore economico...”*.

Considerato che i contratti a cui si riferisce la richiesta restitutoria della società in argomento hanno costituito oggetto esclusivamente della misura della straordinaria e temporanea gestione disposta dalla Prefettura di Napoli con appositi decreti, anche di proroga della durata, si è ritenuto che quest'ultima – ferme restando le valutazioni di merito - fosse competente per l'adozione dei *“provvedimenti conseguenti e necessari alla chiusura definitiva della gestione commissariale”*,

con riferimento ai suddetti contratti, la cui esecuzione risultava espletata nella vigenza della precedente interdittiva e considerato che le somme in questione *“sono state accantonate a titolo di utile in appositi conti correnti aperti per la gestione separata dei contratti commissariati dalla Prefettura di Napoli”*; mentre spettava alla Prefettura di Roma la competenza in relazione all’unico contratto oggetto del decreto dalla stessa adottato (e del successivo decreto di proroga), ferma restando l’opportunità di ogni utile coordinamento e raccordo tra le Prefetture coinvolte.

Per quanto concerne il merito della **richiesta di restituzione delle somme accantonate, a titolo di utile**, negli appositi conti correnti aperti per la gestione separata dei contratti commissariati in discussione, si sono espresse le seguenti osservazioni.

La Prefettura di Roma ha premesso che il nuovo provvedimento interdittivo si pone in sostanziale continuità rispetto a quello a suo tempo adottato dal Prefetto di Napoli, richiamando le motivazioni della succitata sentenza del Consiglio di Stato che, nell’acclarare l’incompetenza territoriale, ha comunque ritenuto *“evidenti gli indizi che supportavano la misura interdittiva adottata a tutela di diritti aventi rango costituzionale, come quello della libera iniziativa imprenditoriale (art.41 Cost.), nel necessario, ovvio bilanciamento con l’altrettanto irrinunciabile, vitale interesse dello Stato a contrastare l’insidia delle mafie”*, confermando la corretta ricostruzione delle cointeressenze criminali e della permeabilità della società ad interferenze illecite.

Sulla possibilità o meno di provvedere all’immediato svincolo delle somme accantonate a titolo di utile con riferimento ai contratti già conclusi, disponendo la restituzione alla società tuttora interdetta, si è richiamata l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (cfr. sentenza n.3/2018) che, nel valutare la questione sottoposta al suo vaglio, ha espresso la definizione in

termini di “incapacità *ex lege*” dell’effetto derivante dalla interdittiva antimafia sulla persona (fisica o giuridica) da essa considerata, richiamando la *ratio* della disciplina delle interdittive antimafia e le finalità di tali misure, come enucleate dalla giurisprudenza in materia, per concludere nel senso che “*il provvedimento di cd. “interdittiva antimafia” determina una particolare forma di incapacità giuridica, e dunque la insuscettività del soggetto (persona fisica o giuridica) che di esso è destinatario ad essere titolare di quelle situazioni giuridiche soggettive (diritti soggettivi, interessi legittimi) che determinino (sul proprio cd. lato esterno) rapporti giuridici con la pubblica Amministrazione (Cons. Stato, sez. IV, 20 luglio 2016 n.3247)”*.

L’Adunanza Plenaria ha statuito, nello specifico, che la formulazione della norma di cui all’art.67, comma 1, lett. g) (del seguente tenore: “*Le persone alle quali sia stata applicata con provvedimento definitivo una delle misure di prevenzione previste dal libro I, titolo I, capo II non possono ottenere:... g) contributi, finanziamenti o mutui agevolati ed altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati da parte dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità europee, per lo svolgimento di attività imprenditoriali*”) debba interpretarsi nel senso dell’impossibilità di percepire anche somme dovute a titolo di risarcimento del danno, richiamando la precedente Adunanza Plenaria n.9/2012 e sottolineando che, se è pur vero che “*si riferisce specificatamente ad erogazioni di matrice “indennitaria” e non “risarcitoria”...è altrettanto vero che si è ivi affermato (e si intende ribadire nella presente sede) come la finalità del legislatore è, in generale, quella di evitare ogni “esborso di matrice pubblicistica” in favore di imprese soggette ad infiltrazioni criminali. In sostanza – ed è questa la ratio della norma – il legislatore intende impedire ogni attribuzione patrimoniale da parte della Pubblica Amministrazione in favore di tali soggetti, di modo che l’art.67, comma 1, lett. g) del Codice delle leggi antimafia non può che essere interpretato se non nel senso di riferirsi a qualunque tipo di esborso proveniente dalla P.A....Gli istituti espressamente contemplati dal legislatore (contributi, finanziamenti, mutui agevolati)*

rientrano tutti nella più ampia categoria delle obbligazioni pecuniarie pubbliche, di modo che lo “stesso tipo” entro il quale rientrano le “altre erogazioni” interdette, ben può essere inteso come il genus delle obbligazioni pecuniarie poste a carico della Pubblica Amministrazione, quale che ne sia la fonte e la causa”.

Dall'inquadramento dell'effetto prodotto dall'interdittiva antimafia in termini di “incapacità” discende l'impossibilità di effettuare qualsivoglia erogazione nei confronti della società attualmente interdetta, essendo irrilevante – ai fini della richiesta restitutoria, anche ammesso che ne ricorrano i presupposti oggettivi – che il precedente provvedimento interdittivo sia stato travolto (peraltro solo per profili di incompetenza) dalla pronuncia del Consiglio di Stato, e ciò perché, come statuito dal Supremo Consesso, l'interdittiva antimafia non incide sull'obbligazione dell'Amministrazione, bensì sulla “idoneità” dell'imprenditore ed essere titolare (ovvero a persistere nella titolarità) del diritto di credito. L'inidoneità ad essere (temporaneamente) titolare del diritto non può che comportare anche l'impossibilità di farlo valere nei confronti del debitore, in particolare postulando la tutela del credito in sede giurisdizionale.

Alla luce dell'attuale orientamento giurisprudenziale e della *ratio* della normativa in questione va anche interpretato il disposto dell'art.94 del Codice delle Leggi antimafia che prescrive che “1.*Quando emerge la sussistenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'art.67 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa, di cui all'articolo 84, comma 4 ed all'articolo 91, comma 6, nelle società o imprese interessate, i soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2 cui sono fornite le informazioni antimafia, non possono stipulare o autorizzare i contratti o subcontratti, né autorizzare, rilasciare o comunque consentire le concessioni e le erogazioni.*

2. *Qualora il prefetto non rilasci l'informazione interdittiva entro i termini previsti, ovvero nel caso di lavori o forniture di somma urgenza di cui all'articolo 92, comma 3 qualora la*

sussistenza di una causa di divieto indicata nell'articolo 67 o gli elementi relativi a tentativi di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4, ed all'articolo 91, comma 6, siano accertati successivamente alla stipula del contratto, i soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, salvo quanto previsto al comma 3, revocano le autorizzazioni e le concessioni o recedono dal contratto fatto salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite”.

Infine, si è richiamata la recente **sentenza n.23/2020 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato** che, nel delimitare la portata del comma 2 dell'art.94 (nel senso che la clausola di salvezza del pagamento del valore delle opere eseguite e il rimborso delle spese per l'esecuzione del rimanente si applica solo con riferimento ai contratti di appalto di lavori, servizi e forniture), ha ribadito i principi espressi dalla precedente n.3/2018, nel senso della incapacità giuridica derivante dall'informazione interdittiva, che *“non può essere nemmeno esclusa nel caso di rapporti intrattenuti con la pubblica amministrazione che avrebbero dovuto essere esauriti da tempo e che non lo sono stati per ragioni imputabili alla stessa amministrazione....(al fine) di non pregiudicare l'interesse pubblico e valori costituzionalmente tutelati e riconosciuti procedendo o continuando ad attribuire o consentendo di ritenere benefici economici ad un soggetto che si è accertato essere suscettibile di infiltrazioni mafiose”.*

Pertanto, si è concluso nel senso che la richiesta della società di restituzione delle somme accantonate non possa trovare accoglimento, anche considerato che la disciplina di cui all'art.32, commi 7 e 10 del D. L. n.90/2014 ed alle Quinte Linee Guida (in particolare, cfr. punto 2.2 pag.16) implica che, a seguito dell'annullamento in sede giurisdizionale del provvedimento interdittivo - presupposto dalla misura straordinaria e temporanea -, il soggetto interessato sia tornato *“in bonis”*, diversamente dal caso di specie in

cui la società è stata attinta da un ulteriore provvedimento interdittivo adottato dalla Prefettura ritenuta competente dal Consiglio di Stato.

Il parere dell'Avvocatura ha trovato conferma anche in sede giudiziale. Il **TAR Lazio**, con **ordinanza n.448/21 del 25.01.2021** ha infatti statuito nel senso che segue: *“Rilevato che le somme di cui si tratta e di cui si chiede la restituzione sono maturate sotto la vigenza della misura straordinaria disposta dalla Prefettura di Napoli, a nulla rileva l'incompetenza della suddetta Prefettura per l'adozione della informativa a seguito del trasferimento della sede legale della società ricorrente, come statuito nella sentenza del Consiglio di Stato, Sezione Terza, n. 3030/2020; che la suddetta sentenza si limita ad auspicare la trasmissione degli elementi istruttori raccolti dalla Prefettura di Napoli alla Prefettura di Roma, nulla statuendo in ordine alla gestione delle somme trattenute in forza della misura di straordinaria gestione disposta dal Prefetto di Napoli ai sensi dell'art. 32 d.l. 90/2014; che la normativa invocata dal ricorrente non appare, ad una sommaria delibazione, propria di questa fase del giudizio, applicarsi al caso di specie, nel quale l'annullamento giurisdizionale della informativa è limitata al profilo della competenza del Prefetto di Napoli, restando fermo “e doveroso – il potere della Prefettura di Roma, di verificare l'esistenza dei presupposti per adottare la nuova interdittiva antimafia alla luce degli elementi raccolti dalla Prefettura di Napoli” (così CdS III 3030/2020); che non risultano impugnati e/o revocati i provvedimenti con cui il Prefetto di Napoli ha disposto la misura di cui all'art. 32, comma 10, d.l. 90/2014 e le successive proroghe; che con l'informativa del 22 maggio 2020 il Prefetto di Roma informa che procederà alla verifica dei presupposti per l'adozione delle misure straordinarie senza fare riferimento alcuno dalle misure già adottate in tal senso dalla Prefettura di Napoli; che ai sensi del punto 2.2 delle “Quinte Linee Guida per la gestione degli utili derivanti dalla esecuzione dei contratti d'appalto o di concessione sottoposti alla misura di straordinaria gestione ai sensi dell'art. 32 del decreto legge 90/2014”, sottoscritte dall'ANAC e dal Ministero dell'interno, è il Prefetto di riferimento degli amministratori straordinari ovvero, nella specie, il Prefetto di*

Napoli, che acquisisce la rendicontazione predisposta da questi ultimi e adotta i provvedimenti conseguenti; che, per quanto osservato, anche l'istanza istruttoria va respinta in quanto appare irrilevante ai fini della trattazione dell'odierno ricorso, non essendo la Prefettura di Roma, allo stato degli atti, competente per le richieste restituzioni ai sensi della normativa sopra richiamata”.

3. E' stato, inoltre, chiesto un parere in ordine all'Autorità giudiziaria da adire per eventuali diseconomie dei risultati della gestione tali da ingenerare la responsabilità degli amministratori straordinari nominati dal Prefetto ai sensi dell'art. 32, decreto legge n. 90/2014, su cui l'Avvocatura si è espressa nel senso che segue.

Come osservato anche dall'ANAC, l'interdittiva antimafia, seguita dalla misura straordinaria del commissariamento dei contratti di appalto e di concessione, determina una incapacità giuridica *ad contractum* dell'impresa interdetta e pone in capo agli amministratori di nomina prefettizia un *munus* per pubblica utilità, nella specie costituita dalla finalità di assicurare la prosecuzione dei contratti di appalto e la piena esecuzione di prestazioni di interesse pubblico.

L'esecuzione del contratto è assicurata attraverso un regime di legalità controllata, volto a scongiurare che l'impresa interdetta percepisca un utile in danno della pubblica amministrazione e che si concretizzi il rischio di indebito arricchimento per la criminalità organizzata per effetto della infiltrazione mafiosa (cfr. Cons. Stato, sez. III, n. 27.11.2017, n. 5565; Cons. Stato, sez. III, 28.04.2016, n. 1630; Cons. Stato, sez. III, 24.07.2015, n. 3653).

Il commissariamento riguarda solo il contratto di appalto o la concessione, non anche la *governance* dell'impresa (Consiglio di Stato, Commissione speciale, parere n. 706/2018). Gli ordinari organi amministrativi e gestori dell'impresa non vengono autoritativamente esautorati dalla residua attività della stessa, ma

affiancati da una *“gestione separata di quella parte dell’azienda che dovrà eseguire l’appalto pubblico”* (Seconde linee guida ANAC – Ministero dell’Interno, 27.1.2015).

Quanto alla destinazione dell’utile d’impresa, l’art. 32, comma 7, decreto legge n. 90/2014 si limita a disporre quanto segue: *“Nel periodo di applicazione della misura di straordinaria e temporanea gestione di cui al comma 2, i pagamenti sono corrisposti al netto del compenso riconosciuto agli amministratori di cui al comma 2 e l’utile d’impresa derivante dalla conclusione dei contratti d’appalto di cui al comma 1, determinato anche in via presuntiva dagli amministratori, è accantonato in apposito fondo e non può essere distribuito né essere soggetto a pignoramento, sino all’esito dei giudizi in sede penale ovvero, nei casi di cui al comma 10, dei giudizi di impugnazione o cautelari riguardanti l’informazione antimafia interdittiva”*.

Il legislatore non precisa come debba essere distribuito l’utile di impresa accantonato nell’apposito fondo, una volta definiti gli eventuali giudizi impugnatori riguardanti l’informazione antimafia interdittiva.

Nella circolare 23 novembre 2018 del Ministero dell’Interno (*“Quinte linee guida per la gestione degli utili derivanti dalla esecuzione dei contratti d’appalto o di concessione sottoposti alla misura di straordinaria gestione ai sensi dell’art. 32 del decreto legge n. 90/2014”*) si affronta il tema della destinazione del pagamento del compenso previsto dal contratto di appalto o dalla concessione.

Partendo dalla *ratio* sottesa alla previsione legislativa di detta misura straordinaria, con effetto autoritativo sul rapporto contrattuale, la circolare rileva che la stessa misura straordinaria si traduce nel *“dovere di completamento delle prestazioni negoziali in capo all’impresa gestita dagli amministratori straordinari di nomina prefettizia”* e nel diritto dell’impresa a percepire esclusivamente il *“rimborso dei costi e delle spese sostenute per l’attività prestata, con conseguente sottrazione definitiva del profitto d’impresa, strumentalmente accantonato”*.

Il meccanismo così costituito comporta, in definitiva, un'alternativa all'effetto risolutivo automatico del contratto (normalmente derivante dalla misura interdittiva antimafia) e la configurazione di una prestazione "imposta" di pubblica utilità (ex art. 23, Cost.) prevista dal legislatore nell'interesse della stazione appaltante e non dell'impresa appaltatrice, rispetto alla quale si impone, in una logica puramente compensativa e non retributiva, il (solo) rimborso delle spese sostenute e dei costi sopportati (v. Consiglio di Stato, Commissione speciale, parere n. 706/2018).

In caso di consolidamento del provvedimento antimafia interdittivo, gli utili accantonati nell'apposito fondo andranno devoluti alla Amministrazione appaltante o, qualora vi sia un finanziamento esterno da parte di un soggetto diverso, a quest'ultimo.

Il commissariamento del contratto di appalto o della concessione determina, quindi, un risparmio di spesa (nella misura dell'utile d'impresa) per il soggetto beneficiario (stazione appaltante/soggetto finanziatore).

Rispetto a questo utile, eventuali diseconomie derivanti da comportamenti degli amministratori straordinari possono determinare un danno erariale, come tale rimesso alla competenza della Corte dei Conti. Una cattiva gestione del contratto può comportare infatti maggiori costi e spese per la realizzazione della prestazione, da cui consegue un minor utile da accantonare nel fondo appositamente costituito e, poi, da destinare al soggetto beneficiario.

L'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori straordinari (ove si configuri dolo o colpa grave, come previsto dall'art. 32, comma 4, cit.) dinanzi alla Corte dei Conti pare esercitabile solo dal momento in cui il provvedimento interdittivo si sia consolidato definitivamente. Ove il giudizio di impugnazione della misura interdittiva sia ancora pendente, non è infatti

ancora configurabile con certezza la destinazione dell'utile accantonato, e quindi la natura erariale del danno cagionato dall'operato degli amministratori straordinari.

8) DATI RELATIVI AI CONTENZIOSI IN MATERIA DI ANTIMAFIA 2016 - 2020

Si allegano di seguito i dati relativi ai contenziosi antimafia, distinti per sedi dell'Avvocatura e riguardanti l'arco temporale 2016-2020.

Contenziosi Antimafia

Anno 2016

CERTIFICAZIONE ANTIMAFIA

Distrettuale	Nr. Affari
Roma	100
Ancona	0
Bari	6
Bologna	11
Brescia	0
Cagliari	0
Caltanissetta	0
Catania	2
Catanzaro	45
Firenze	5
Genova	7
L Aquila	3
Lecce	1
Messina	0
Milano	15
Napoli	60
Palermo	68
Perugia	2
Potenza	0
Torino	4
Trento	0
Trieste	2
Venezia	1
Salerno	2
Campobasso	1
Reggio Calabria	54
Totale	389

Contenziosi Antimafia

Anno 2017

CERTIFICAZIONE ANTIMAFIA

Distrettuale	Nr. Affari
Roma	75
Ancona	5
Bari	12
Bologna	21
Brescia	1
Cagliari	0
Caltanissetta	0
Catania	31
Catanzaro	72
Firenze	4
Genova	2
L Aquila	2
Lecce	8
Messina	1
Milano	21
Napoli	82
Palermo	89
Perugia	1
Potenza	4
Torino	9
Trento	0
Trieste	0
Venezia	9
Salerno	1
Campobasso	2
Reggio Calabria	72
Totale	524

Contenziosi Antimafia

Anno 2018

CERTIFICAZIONE ANTIMAFIA

Distrettuale	Nr. Affari
Roma	143
Ancona	3
Bari	18
Bologna	25
Brescia	8
Cagliari	1
Caltanissetta	1
Catania	14
Catanzaro	73
Firenze	4
Genova	3
L Aquila	0
Lecce	2
Messina	0
Milano	21
Napoli	85
Palermo	72
Perugia	0
Potenza	4
Torino	7
Trento	0
Trieste	2
Venezia	3
Salerno	10
Campobasso	1
Reggio Calabria	52
Totale	552

Contenziosi Antimafia
Anno 2019

CERTIFICAZIONE ANTIMAFIA

Distrettuale	Nr. Affari
Roma	221
Ancona	0
Bari	19
Bologna	17
Brescia	6
Cagliari	0
Caltanissetta	0
Catania	38
Catanzaro	52
Firenze	5
Genova	8
L Aquila	2
Lecce	9
Messina	0
Milano	25
Napoli	60
Palermo	96
Perugia	2
Potenza	15
Torino	10
Trento	0
Trieste	0
Venezia	2
Salerno	0
Campobasso	3
Reggio Calabria	63
Totale	653

Contenziosi Antimafia
Anno 2020

CERTIFICAZIONE ANTIMAFIA

Distrettuale	Nr. Affari
Roma	365
Ancona	0
Bari	34
Bologna	29
Brescia	7
Cagliari	1
Caltanissetta	0
Catania	39
Catanzaro	68
Firenze	9
Genova	2
L Aquila	4
Lecce	23
Messina	1
Milano	35
Napoli	101
Palermo	53
Perugia	7
Potenza	16
Torino	18
Trento	0
Trieste	2
Venezia	4
Salerno	8
Campobasso	2
Reggio Calabria	78
Totale	906

Contenziosi Antimafia

Anno 2016

**SCIOGLIMENTO DEI CONSIGLI COMUNALI
PER INFILTRAZIONI MAFIOSE**

Distrettuale	Nr. Affari
Roma	4
Ancona	0
Bari	0
Bologna	0
Brescia	0
Cagliari	0
Caltanissetta	0
Catania	0
Catanzaro	1
Firenze	0
Genova	0
L'Aquila	0
Lecce	0
Messina	0
Milano	0
Napoli	0
Palermo	0
Perugia	0
Potenza	0
Torino	0
Trento	0
Trieste	0
Venezia	1
Salerno	0
Campobasso	0
Reggio Calabria	0
Totale	6

Contenziosi Antimafia

Anno 2017

**SCIOGLIMENTO DEI CONSIGLI COMUNALI
PER INFILTRAZIONI MAFIOSE**

Distrettuale	Nr. Affari
Roma	13
Ancona	0
Bari	0
Bologna	0
Brescia	0
Cagliari	0
Caltanissetta	0
Catania	0
Catanzaro	1
Firenze	0
Genova	1
L'Aquila	0
Lecce	2
Messina	0
Milano	0
Napoli	0
Palermo	2
Perugia	0
Potenza	0
Torino	0
Trento	0
Trieste	0
Venezia	0
Salerno	0
Campobasso	0
Reggio Calabria	0
Totale	19

Contenziosi Antimafia

Anno 2018

SCIOGLIMENTO DEI CONSIGLI COMUNALI

PER INFILTRAZIONI MAFIOSE

Distrettuale	Nr. Affari
Roma	17
Ancona	0
Bari	0
Bologna	0
Brescia	0
Cagliari	0
Caltanissetta	1
Catania	0
Catanzaro	1
Firenze	0
Genova	0
L Aquila	0
Lecce	1
Messina	0
Milano	0
Napoli	0
Palermo	1
Perugia	0
Potenza	0
Torino	0
Trento	0
Trieste	0
Venezia	0
Salerno	0
Campobasso	0
Reggio Calabria	2
Totale	23

Contenziosi Antimafia

Anno 2019

**SCIOGLIMENTO DEI CONSIGLI COMUNALI
PER INFILTRAZIONI MAFIOSE**

Distrettuale	Nr. Affari
Roma	9
Ancona	0
Bari	3
Bologna	0
Brescia	0
Cagliari	0
Caltanissetta	1
Catania	0
Catanzaro	1
Firenze	0
Genova	0
L Aquila	0
Lecce	0
Messina	0
Milano	0
Napoli	1
Palermo	2
Perugia	0
Potenza	0
Torino	0
Trento	0
Trieste	0
Venezia	0
Salerno	0
Campobasso	0
Reggio Calabria	0
Totale	17

Contenziosi Antimafia

Anno 2020

**SCIoglimento DEI CONSIGLI COMUNALI
PER INFILTRAZIONI MAFIOSE**

Distrettuale	Nr. Affari
Roma	14
Ancona	0
Bari	0
Bologna	1
Brescia	0
Cagliari	0
Caltanissetta	0
Catania	0
Catanzaro	3
Firenze	0
Genova	0
L Aquila	0
Lecce	0
Messina	0
Milano	0
Napoli	2
Palermo	1
Perugia	0
Potenza	0
Torino	0
Trento	0
Trieste	0
Venezia	0
Salerno	0
Campobasso	0
Reggio Calabria	0
Totale	21