**Le misure di mitigazione degli effetti delle interdittive antimafia (art. 32, comma 10 del decreto legge 24 giugno 2014 n. 90 ed art. 34 bis del Codice antimafia[[1]](#footnote-2).**

*Sommario: 1 - Informativa antimafia ed effetti sui contratti e sui rapporti in corso nel codice antimafia; 2 - La disciplina degli effetti nei due codici dei contratti; 3 - Interdittive antimafia e raggruppamenti temporanei di imprese; 4 - L'articolo 32 del decreto legge 24 giugno 2014 n. 90 in tema di commissariamento delle imprese; 5 - I presupposti per le misure straordinarie; 6 - Competenza territoriale del Prefetto e procedimento; 7 - La tipologia dei provvedimenti adottabili; 8 - La cessazione degli effetti delle misure straordinarie; 9 - I rapporti con la disciplina del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231; 10 - La casistica giurisprudenziale; 11 - L’amministrazione ed il controllo giudiziario (artt. 34 e 34 bis codice antimafia). Le ragioni della disciplina innovativa della legge del 17 ottobre 2017, n. 161; 12 - L’amministrazione giudiziaria; 13 - Il controllo giudiziario; 14 - La prima giurisprudenza applicativa; 15 - Il rapporto tra il controllo giudiziario e l’efficacia dell‘interdittiva antimafia.*

**1 - Informativa antimafia ed effetti sui contratti e sui rapporti in corso nel codice antimafia.**

Il D. lgs. 6 settembre 2011 n. 159 agli articoli 67, 94 e 95 detta la disciplina riguardante gli effetti delle informazioni del prefetto.

L’art. 67 dispone che le persone alle quali sia stata applicata con provvedimento definitivo una delle misure di prevenzione non possono ottenere:

a) licenze o autorizzazioni di polizia e di commercio;

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

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

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

e) attestazioni di qualificazione per eseguire lavori pubblici;

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

g) contributi, finanziamenti o mutui agevolati ed altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati da parte dello Stato, di altri enti pubblici o dell’Unione europea, per lo svolgimento di attivita' imprenditoriali;

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

Inoltre il provvedimento definitivo di applicazione della misura di prevenzione determina la decadenza di diritto dalle licenze, autorizzazioni, concessioni, iscrizioni, attestazioni, abilitazioni ed erogazioni predette, nonche' il divieto di concludere contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, di cottimo fiduciario e relativi subappalti e subcontratti, compresi i cottimi di qualsiasi tipo, i noli a caldo e le forniture con posa in opera.

Le licenze, le autorizzazioni e le concessioni sono ritirate e le iscrizioni sono cancellate ed è disposta la decadenza delle attestazioni a cura degli organi competenti.

Salvo che si tratti di provvedimenti di rinnovo, attuativi o comunque conseguenti a provvedimenti già disposti, ovvero di contratti derivati da altri gia' stipulati dalla pubblica amministrazione, le licenze, le autorizzazioni, le concessioni, le erogazioni, le abilitazioni e le iscrizioni non possono essere rilasciate o consentite e la conclusione dei contratti o subcontratti sopra indicati non può essere consentita a favore di persone nei cui confronti è in corso il procedimento di prevenzione senza che sia data preventiva comunicazione al giudice competente, il quale può disporre, ricorrendone i presupposti, i divieti e le sospensioni.

L’art. 94 del Codice antimafia estende gli effetti delle misure di prevenzione alle informazioni interdiddittive antimafia adottate dal Prefetto con riguardo alla fase di stipula del contratto (e adesso con la novella dell’art. 80 del D. Lgs. n. 50 del 2016, anche alla fase antecedente).

Va ricordato che nelle gare di appalto per l'aggiudicazione di contratti pubblici i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità[[2]](#footnote-3).

Infatti quando emerge la sussistenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'[articolo 67](https://www.iusexplorer.it/FontiNormative/ShowCurrentDocument?IdDocMaster=1804601&IdUnitaDoc=5597520&NVigUnitaDoc=1&IdDatabanks=7&Pagina=0) o di un tentativo di infiltrazione mafiosa, di cui all'[articolo 84, comma 4](https://www.iusexplorer.it/FontiNormative/ShowCurrentDocument?IdDocMaster=1804601&IdUnitaDoc=5597543&NVigUnitaDoc=1&IdDatabanks=7&Pagina=0) ed all'articolo 91, comma 6, nelle società o imprese interessate, le Amministrazioni cui sono fornite le informazioni antimafia, non possono stipulare, approvare o autorizzare i contratti o subcontratti, nè autorizzare, rilasciare o comunque consentire le concessioni e le erogazioni.

Per garantire comunque che l’attività della Amministrazione rimanga sospesa in attesa delle verifiche antimafia, 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](https://www.iusexplorer.it/FontiNormative/ShowCurrentDocument?IdDocMaster=1804601&IdUnitaDoc=5597553&NVigUnitaDoc=1&IdDatabanks=7&Pagina=0) qualora la sussistenza di una causa di divieto indicata nell'articolo 67 o gli elementi relativi a tentativi di infiltrazione mafiosa, siano accertati successivamente alla stipula del contratto, le Amministrazioni revocano le autorizzazioni e le concessioni o recedono dai contratti fatto salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite.

In ogni caso ancorchè siano state adottate le interdittive le Amministrazioni possono, esercitando un potere autoritativo, non procedere alle revoche o ai recessi nel caso in cui l'opera sia in corso di ultimazione ovvero, in caso di fornitura di beni e servizi ritenuta essenziale per il perseguimento dell'interesse pubblico, qualora il soggetto che la fornisce non sia sostituibile in tempi rapidi.

Il successivo art. 95 disciplina l’ipotesi di sopravvenienza dell'interdittiva nel corso di esecuzione del contratto con riguardo a contraenti costituiti in raggruppamenti temporanei di imprese.

Infatti se taluna delle situazioni da cui emerge un tentativo di infiltrazione mafiosa interessa un'impresa diversa da quella mandataria che partecipa ad un'associazione o raggruppamento temporaneo di imprese, le cause di divieto o di sospensione non operano nei confronti delle altre imprese partecipanti quando la predetta impresa sia estromessa o sostituita anteriormente alla stipulazione del contratto.

La sostituzione può essere effettuata entro trenta giorni dalla comunicazione delle informazioni del prefetto qualora esse pervengano successivamente alla stipulazione del contratto[[3]](#footnote-4). .

**2 - La disciplina degli effetti nei due codici dei contratti.**

Le norme predette vanno coordinate con la disciplina del Codice dei contratti della Pubblica Amministrazione che estende la possibilità di sostituzione anche alla mandataria colpita da interdittiva.

La materia è stata adesso disciplinata dall’articolo 110 del Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (recentemente modificato dall'[articolo 1, comma 1, del D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56](https://www.iusexplorer.it/FontiNormative/ShowCurrentDocument?IdDocMaster=5346165&IdUnitaDoc=32678111&NVigUnitaDoc=1&IdDatabanks=7&Pagina=0)).

Quest’ultimo articolo disciplina le procedure di affidamento in caso di fallimento dell'esecutore o di risoluzione del contratto e misure straordinarie di gestione.

Le stazioni appaltanti, in caso di fallimento, di liquidazione coatta e concordato preventivo, ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione dell'appaltatore, o di risoluzione del contratto ovvero di recesso dal contratto in applicazione della normativa antimafia, ovvero in caso di dichiarazione giudiziale di inefficacia del contratto, interpellano progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento dell'esecuzione o del completamento dei lavori, servizi o forniture.

L'affidamento avviene alle medesime condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede in offerta[[4]](#footnote-5).

La norma predetta del Codice appalti 2016 opera un rinvio conservativo alle disposizioni previste dall'[articolo 32 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90](https://www.iusexplorer.it/FontiNormative/ShowCurrentDocument?IdDocMaster=4187379&IdUnitaDoc=24258886&NVigUnitaDoc=1&IdDatabanks=7&Pagina=0), convertito, con modificazioni, dalla [legge 11 agosto 2014, n. 114](https://www.iusexplorer.it/FontiNormative/ShowCurrentDocument?IdDocMaster=4266952&IdUnitaDoc=24619896&NVigUnitaDoc=1&IdDatabanks=7&Pagina=0), in materia di misure straordinarie di gestione di imprese nell'ambito della prevenzione della corruzione.

La normativa del Codice dei contratti, nel prevedere la facoltà per la stazione appaltante, dopo che l'originaria aggiudicazione e la stipulazione del contratto siano venute meno per ragioni tassativamente indicate (tra cui la risoluzione del contratto per intervenuta interdittiva antimafia), di interpellare gli altri concorrenti collocati in graduatoria, a partire dal secondo (c.d. scorrimento) al fine di stipulare un nuovo contratto, per i residui lavori, alle medesime condizioni contrattuali offerte dall'originario aggiudicatario, integra una vera e propria procedura di affidamento che si svolge a "circolo chiuso" sul piano soggettivo, e a condizioni precostituite, sul piano oggettivo, in quanto vengono interpellati solo i soggetti già collocati nella graduatoria della precedente gara, e in quanto non possono essere fatte nuove offerte, né "ripescate" quelle originariamente fatte dagli interpellati, dovendo il nuovo appalto per i lavori residui avvenire alle condizioni offerte dall'originario aggiudicatario[[5]](#footnote-6).

Trattandosi di una vera e propria procedura di affidamento, essa necessita di provvedimenti formali e tipici, e segnatamente dell'aggiudicazione.

Non è tale né l'interpello, che è solo un sondaggio esplorativo, né la dichiarazione di disponibilità fatta dall'interpellato; né l'aggiudicazione deriva dall'incontro tra interpello e risposta all'interpello.

La risposta all'interpello ha la natura giuridica di una offerta alle condizioni indicate dalla stazione appaltante.

Pur tuttavia per la formazione di un vincolo contrattuale deve seguire l'aggiudicazione, al fine della verifica del possesso dei requisiti, e solo successivamente la stipulazione.

A fronte di una regola generale che impone di far cadere l'aggiudicazione e di conseguenza far venir meno anche gli effetti del contratto, si pone l'eccezione della prosecuzione del rapporto fondata sulla valutazione prefettizia che in concreto deve accertare 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 ai sensi dell’art. 32 del d.l. n. 90 del 2014.

Pertanto se l'effetto dell'informativa antimafia è di carattere generale ed investe tutti i rapporti contrattuali o concessori dell'impresa che ne risulti destinataria con l'amministrazione, quello della deroga presuppone una concreta valutazione del rapporto contrattuale, che si ritiene si debba mantenere in essere[[6]](#footnote-7).

Va precisato che la potestà di decidere di recedere dal contratto di appalto, a seguito della informativa prefettizia concernente la presenza di tentativi di infiltrazioni mafiose tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi dell'appaltatore, è una scelta estranea alla sfera del diritto privato ed espressione di un potere autoritativo di valutazione dei requisiti soggettivi del contraente, il cui esercizio è consentito anche nella fase di esecuzione del contratto[[7]](#footnote-8).

Va, infine, precisato che il legislatore è intervenuto espressamente a disciplinare gli effetti delle interdittive sul possesso dei requisiti generali di partecipazione alle gare d’appalto; infatti il Decreto legislativo n. 50 del 2016 all’art. 80 (come modificato dall'[articolo 49, comma 1, lettera b), del DLgs. 19 aprile 2017, n. 56](https://www.iusexplorer.it/FontiNormative/ShowCurrentDocument?IdDocMaster=5346165&IdUnitaDoc=32678159&NVigUnitaDoc=1&IdDatabanks=7&Pagina=0), ha previsto che costituisce motivo di esclusione la sussistenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto previste dall'[articolo 67 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159](https://www.iusexplorer.it/FontiNormative/ShowCurrentDocument?IdDocMaster=1804601&IdUnitaDoc=5597520&NVigUnitaDoc=1&IdDatabanks=7&Pagina=0) o di un tentativo di infiltrazione mafiosa.

In tal caso l'esclusione va disposta se la sentenza o il decreto ovvero la misura interdittiva sono stati emessi nei confronti: del titolare o del direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; di un socio o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico, se si tratta di società in accomandita semplice; dei membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza ivi compresi institori e procuratori generali, dei membri degli organi con poteri, di direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo, del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società o consorzio.

In ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata.

**3 - Interdittive antimafia e raggruppamenti temporanei di imprese.**

Una disciplina peculiare riguarda l’adozione di un’interdittiva antimafia nei confronti di un’impresa componente un'associazione temporanea.

Il nuovo Codice degli appalti, approvato con Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, all’art. 48 (nel testo modificato dall'[articolo 32, comma 1, lettera a), del D.Lgs. 19 aprile 2017 n. 56](https://www.iusexplorer.it/FontiNormative/ShowCurrentDocument?IdDocMaster=5346165&IdUnitaDoc=32678142&NVigUnitaDoc=1&IdDatabanks=7&Pagina=0)), disciplina la materia con carattere di specialità rispetto al potere dovere di recedere dal contratto e di procedere allo scorrimento della graduatoria di gara.

Nei casi previsti dalla normativa antimafia, qualora sia colpita da interdittiva la mandataria, la stazione appaltante può proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico che sia costituito mandatario nei modi previsti dal codice purchè abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire.

Nei casi previsti dalla normativa antimafia, qualora invece sia colpita da interdittiva una mandante, la mandataria ove non indichi altro operatore economico subentrante che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, è tenuto alla esecuzione, direttamente o a mezzo degli altri mandanti[[8]](#footnote-9).

Alla luce del novellato art. 48 del D.Lgs n. 50 del 2016, il diritto positivo consente, ormai, anche prima della stipulazione di un contratto di appalto, l'aggiudicazione della gara a un raggruppamento temporaneo la cui mandataria o mandante, oggetto di informazione antimafia ostativa, sia stata sostituita da altro operatore economico in possesso dei requisiti.

Soltanto non sussistendo tali condizioni la stazione appaltante deve recedere dal contratto.

Ciò premesso si pone il problema se nell'ambito della procedura concorsuale, posto che il Codice antimafia consente espressamente la partecipazione alla gara ai soli raggruppamenti in cui il provvedimento antimafia abbia colpito un'impresa mandante, e se ciò comporti l'inopportunità di mantenere in concorso quei raggruppamenti in cui le informazioni antimafia siano ostative alla partecipazione della capogruppo, stante il ruolo preminente della mandataria nell'ambito del raggruppamento, trattandosi di soggetto che rappresenta collettivamente l'intera associazione di imprese.

Ciò sul presupposto che l'interesse tutelato dalla legge coincide, in questa fattispecie, con il prudente apprezzamento di escludere qualsiasi pericolo di infiltrazione della criminalità organizzata nel settore dei contratti pubblici.

Nella fase di esecuzione del contratto (e adesso anche nella fase anteriore di svolgimento della gara), invece, il legislatore ha voluto consentire la continuazione del rapporto contrattuale anche nei confronti dei raggruppamenti risultati guidati da un'impresa ritenuta a rischio di condizionamento mafioso, previa sostituzione di quest'ultima, attribuendo prevalenza al diverso interesse pubblico al completamento dell'appalto.

La giurisprudenza è ormai orientata nel ritenere che quando intervenga una misura interdittiva le previsioni di modifica della struttura del r.t.i. trovano applicazione anche in fase di esecuzione del contratto a prescindere dalla natura dell’impresa colpita da interdittiva (sia se mandataria che se mandante).

E’ consentito all’Amministrazione di proseguire il rapporto di appalto con l’impresa superstite (naturalmente, alle condizioni del possesso dei necessari requisiti di qualificazione richiesti dal bando), in tal modo contemperandosi il prosieguo dell’iniziativa economica delle imprese in forma associata con le esigenze afferenti alla sicurezza e all’ordine pubblico connesse alla repressione dei fenomeni di stampo mafioso, ogni volta che, a mezzo di pronte misure espulsive, si determini volontariamente l’allontanamento e la sterilizzazione delle imprese in pericolo di condizionamento mafioso.

Dette disposizioni (mai modificate, nonostante le diverse novellazioni del Codice dei contratti successive al [d.lgs. 159/2011](https://www.iusexplorer.it/Giurisprudenza/ShowCurrentDocument?IdDocMaster=1804601&IdUnitaDoc=5597428&NVigUnitaDoc=1&IdDatabanks=7&Pagina=0)) confermano la *ratio*, già insita nell'[art. 12 del d.P.R. 252/1998](https://www.iusexplorer.it/Giurisprudenza/ShowCurrentDocument?IdDocMaster=1959820&IdUnitaDoc=6018313&NVigUnitaDoc=1&IdDatabanks=7&Pagina=0), di contemperare il prosieguo dell'iniziativa economica delle imprese in forma associata con le esigenze afferenti alla sicurezza e all'ordine pubblico connesse alla repressione dei fenomeni di stampo mafioso, ogni volta che, a mezzo di pronte misure espulsive, si determini volontariamente l'allontanamento e la sterilizzazione delle imprese in pericolo di condizionamento mafioso[[9]](#footnote-10).

Sembra corretto desumere da dette ultime disposizioni l'esclusione di qualsiasi "automatica" considerazione della sussistenza di rischi di infiltrazione mafiosa in capo ad una impresa per il solo fatto che si fosse associata ad altra impresa ritenuta controindicata.

Si deve ritenere, conseguentemente, che la "vicinanza" tra una impresa controindicata ed una impresa oggetto di valutazione nel procedimento volto alla definizione di un provvedimento interdittivo vada apprezzata caso per caso, in relazione alle concrete vicende collaborative tra le imprese, che vanno adeguatamente approfondite allo scopo di accertare la sussistenza di fattori oggettivi di condizionamento, non della impresa controindicata rispetto a quella in valutazione, ma da parte delle medesime organizzazioni criminali che hanno compromesso la posizione della prima.

**4 - L'articolo 32 del decreto legge 24 giugno 2014 n. 90 in tema di commissariamento delle imprese.**

Alternativa allo scorrimento della graduatoria di gara è l’applicazione dell'art. 32 comma 10, d.l. n. 90 del 2014, convertito nella l. n. 114 del 2014, che disciplina la misura della temporanea e straordinaria gestione dell'impresa che può essere adottata dal Prefetto anche nei casi in cui sia già stata dallo stesso emessa un'informazione antimafia interdittiva, ma sussista l'urgente necessità di assicurare il completamento dell'esecuzione del contratto ovvero la sua prosecuzione al fine di garantire la continuità di funzioni e servizi indifferibili per la tutela di diritti fondamentali, nonché per la salvaguardia dei livelli occupazionali o dell'integrità dei bilanci pubblici, ancorché ricorrano i presupposti di cui all'art. 94 comma 3, d.lg. l6 settembre 2011, n. 159 (e su cui si tornerà più diffusamente).

In tal caso la misura straordinaria prefettizia può legittimamente seguire l'emissione dell'informativa e non deve necessariamente precederla.

La ratio della norma non è quella di privare la stazione appaltante di ogni potere circa la risoluzione o la prosecuzione del rapporto una volta disposta la gestione straordinaria e temporanea dell'impresa, sia nell'ipotesi generale di cui all'art. 32, comma 1 (procedimenti o processi per taluni reati o situazioni anomale sintomatiche di condotte illecite) che in quella particolare del comma 10 (informativa antimafia), atteso che il medesimo comma 10 ha, invece, inteso consentire eccezionalmente al Prefetto di valutare l'adozione della straordinaria e temporanea gestione dell'impresa limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto o dell'accordo contrattuale o della concessione, ove l'impresa non rinnovi gli organi sociali o, nei casi più gravi, anche in via immediata e diretta, 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.

La decisione prefettizia è espressione di un potere discrezionale di comparazione degli interessi e fino a che essa non è adottata la stazione appaltante è vincolata a recedere dal contratto quando sia stata emessa l'informativa, salva la disciplina dell’art. 94 c. 3 del Codice antimafia che disciplina le ipotesi di completamento delle opere e delle prestazioni di servizi[[10]](#footnote-11).

La norma è evidentemente finalizzata a consentire la realizzazione nei tempi programmati delle opere indispensabili per la manifestazione Expo 2015.

Ciò a seguito di una serie di inchieste penali che avevano sostanzialmente accertato, anche a seguito delle ammissioni di alcuni imprenditori, che alcune opere pubbliche erano state affidate con procedure concorsuali nelle quali erano stati commessi reati di corruzione.

A fronte del rischio di risolvere i contratti e di procedere a nuovi affidamenti, che avrebbero inevitabilmente allungato i tempi di realizzazione delle opere con la conseguenza di compromettere la manifestazione, il Governo optò per l'introduzione di un modello organizzativo che da un lato consentiva la prosecuzione delle opere da parte delle imprese, dall'altro sottoponeva le predette imprese ad amministrazione straordinaria, quanto meno con riguardo alle attività contrattuali oggetto di indagini penali anche per i sospetti di alterazione delle procedure di affidamento e comunque di gestione delle opere stesse.

A questa specifica ipotesi se ne accompagna un'altra, per certi versi più complessa, che riguarda proprio le imprese raggiunte da interdittive antimafia e che, sulla base della normativa oggi vigente avrebbe obbligato le amministrazioni appaltanti a risolvere i contratti...

Si tratta di una normativa dai caratteri emergenziali che attribuisce poteri *extra ordinem* ripartiti tra l'Autorità nazionale anticorruzione e l'Amministrazione dell'Interno, e segnatamente i Prefetti.

La *ratio legis* di tali misure consiste, pertanto, nel garantire che, in presenza di fatti che abbiano determinato discostamenti rispetto agli standard di legalità e correttezza nella procedura di aggiudicazione, l'esecuzione del contratto pubblico non ne sia pregiudicata, senza, purtuttavia, che quest'ultima esigenza si traduca in un vantaggio per l'autore dei fatti criminali consentendogli, dopo essersi aggiudicato illecitamente l'appalto, di conseguire il profitto del proprio illecito.

L'intervento del potere pubblico nei confronti dell'organizzazione e dell'attività degli operatori economici privati, qualificato di per sé come straordinario, è perciò volto unicamente alla tutela dell'integrità delle risorse pubbliche conferite in costanza del contratto pubblico, ed è perciò necessariamente limitato temporalmente all'esecuzione dello stesso, così da non ledere più del necessario il principio costituzionale dell'autonomia d'impresa (art. 41 della Costituzione).

L’istituto del “commissariamento” dell'impresa si colloca, quindi, tra gli strumenti di diritto amministrativo tramite cui si realizza un intervento pubblico nell'attività d'impresa, per esigenze di tutela di interessi sociali rilevanti o come misura di contrasto all'economia della criminalità organizzata.

All'interno della disciplina di responsabilità giuridica degli enti era d'altronde già prevista la possibilità che, a seguito di emissione di misura interdittiva conseguente alla condanna penale, fosse nominato un commissario giudiziale che presiedesse alla gestione dell'impresa (articolo 15 decreto legislativo 8 giugno 2001 n. 231).

La disciplina del commissariamento d'impresa per fatti di corruzione opera, invece, *medio tempore*, in assenza di un accertamento giudiziale, sulla base delle sole valutazioni delle autorità amministrative coinvolte, risultando, pertanto, particolarmente utile nella prospettiva di contrasto in via amministrativa e preventiva della corruzione.

**5 - I presupposti per le misure straordinarie**

L'art. 32 del decreto-legge n. 90/2014 ha attribuito al Presidente dell'ANAC il potere di richiedere al Prefetto l'adozione di misure dirette ad incidere sui poteri di amministrazione e gestione dell'impresa coinvolta in procedimenti penali per gravi reati contro la pubblica amministrazione o nei cui confronti emergano situazioni di anomalia sintomatiche di condotte illecite o criminali.

Come già accennato la *ratio* dell'intervento legislativo appare rivolta al principale obiettivo di far sì che, in presenza di gravi fatti o di gravi elementi sintomatici, che hanno, rispettivamente, o già determinato ricadute penali o sono comunque suscettibili di palesare significativi e gravi discostamenti rispetto agli standard di legalità e correttezza, l'esecuzione del contratto pubblico non venga a soffrire di tale situazione.

La prioritaria istanza a cui ha corrisposto il legislatore è quella di porre rimedio all'affievolimento dell'efficacia dei presidi legalitari da cui appaiono afflitte le procedure contrattuali, senza che ne risentano i tempi di esecuzione della commessa pubblica, finendo col coniugare, dunque, entrambe le esigenze.

La misura che viene attivata dall'ANAC è finalizzata a garantire la continuità dell'esecuzione del contratto pubblico (del singolo contratto e non della complessiva attività di impresa) nei tempi previsti.

L'impresa viene raggiunta dalla misura strumentalmente a questo scopo, come dimostrano le espressioni letterali contenute nelle lettere a) e b) del comma 1, laddove l'intervento sull'impresa appaltatrice è sempre disposto «limitatamente alla completa esecuzione del contratto d'appalto»; sicché l'intervento legislativo si configura per quest'aspetto effettivamente come una misura *ad contractum*.

**Ipotesi A**.

Le circostanze suscettibili di dare luogo ai provvedimenti amministrativi di cui all'art. 32, comma 1, del citato decreto-legge n. 90/2014 debbono essere individuate in fatti riconducibili:

- a reati contro la pubblica amministrazione, - nel caso in cui l'Autorità giudiziaria proceda per i delitti - previsti dal codice penale - di concussione (articolo 317), corruzione per l'esercizio della funzione (articolo 318), corruzione semplice e aggravata per atto contrario ai doveri d'ufficio (articoli 319 e 319-bis), corruzione in atti giudiziari (articolo 319-ter), induzione indebita a dare o promettere utilità (articolo 319-quater), corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio (articolo 320), istigazione alla corruzione (articolo 322), peculato, concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità, corruzione e istigazione alla corruzione di membri della Corte penale internazionale o degli organi delle Comunità europee e di funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri (articolo 322-bis), traffico di influenze illecite (articolo 346- bis), turbata libertà degli incanti (articolo 353) e del procedimento di scelta del contraente (articolo 353-bis);

- a vicende e situazioni che sono propedeutiche alla commissione di questi ultimi o che comunque sono ad esse contigue (a titolo esemplificativo, ai reati di truffa aggravata di cui all'art. 640-bis c.p., di riciclaggio (art. 648-bis c.p.), a quelli di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti ovvero con altri artifici, l'emissione di fatture e altri documenti per operazioni inesistenti, l'occultamento o la distruzione di documenti contabili finalizzata all'evasione fiscale (articoli 2, 3, 8 e 10 del decreto legislativo n. 74/2000), i delitti di false comunicazioni sociali (articoli 2621 e 2622 c.c.).

Inoltre, non si esclude che la presenza dì situazioni anomale possa essere ricondotta a fattispecie distorsive della regolarità e trasparenza delle procedure di aggiudicazione, quali, ad esempio: la comprovata sussistenza di collegamenti sostanziali tra imprese partecipanti alla gara; la rilevata sussistenza di accordi di desistenza artatamente orientati a favorire l'aggiudicazione nei confronti di un'impresa; la accertata violazione dei principi che sorreggono la trasparenza delle procedure ad evidenza pubblica, qualora da elementi di contesto possa formularsi un giudizio di probabile riconducibilità del fatto a propositi di illecita interferenza.

Il comma l richiede, inoltre, che gli elementi riscontrati siano «sintomatici» di condotte illecite o eventi criminali.

La norma non subordina, dunque, l'applicazione delle misure all'acquisizione di una certezza probatoria, tipica del procedimento penale.

E' sufficiente, piuttosto, che gli elementi riscontrati siano indicativi della probabilità dell'esistenza delle predette condotte ed eventi: probabilità che deve essere ritenuta sulla base di una valutazione discrezionale delle circostanze emerse, le quali devono essere, comunque, connotate da tratti di pregnanza ed attualità.

Il secondo ordine di presupposti, riguarda, invece, il grado di rilevanza delle fattispecie elencate alle lettere a) e b) del ricordato comma 1.

Lo stesso comma 1 stabilisce che, perché possa essere applicata una delle misure in argomento, le predette fattispecie devono essere connotate da fatti accertati e gravi.

Nel contesto delle misure introdotte dall'art. 32 - destinate ad intervenire in un momento antecedente al giudicato - devono considerarsi «fatti accertati» quelli corroborati da riscontri oggettivi, mentre il requisito della «gravità», richiamato anche dal comma 2, implica che i fatti stessi abbiano raggiunto un livello di concretezza tale da rendere probabile un giudizio prognostico di responsabilità nei confronti dei soggetti della compagine di impresa per condotte illecite o criminali.

Il presupposto oggettivo per l'emanazione di tali misure cautelari coincide, pertanto, non solo con la commissione di reati contro la pubblica amministrazione — di cui sia anche disponibile una sola prova indiziaria — ma anche con vicende propedeutiche o contigue alla commissione di questi ultimi e, infine, con fattispecie distorsive della regolarità e trasparenza delle procedure di aggiudicazione che pure non hanno, o non hanno avuto, conseguenze penali.

Le misure di intervento nei confronti dell'impresa possono essere emanate a seguito di provvedimenti penali che abbiano accertato, anche in via cautelare, responsabilità penali della gestione dell'impresa in riferimento all'affidamento pubblico, ma anche sulla mera rilevazione da parte dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, ora dotata anche dei poteri di accertamento e vigilanza precedentemente attribuiti all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, di una situazione anomala e deficitaria sul piano dell'integrità dell'aggiudicatario del contratto pubblico.

Non è perciò necessaria l'acquisizione di una certezza probatoria di tipo giudiziale, essendo piuttosto sufficienti elementi indicativi di tali fattispecie, secondo una valutazione discrezionale da parte dell'Autorità Nazionale Anticorruzione e del Prefetto territorialmente competente.

Devono, quindi, considerarsi fatti accertati quelli sostenuti da riscontri oggettivi tali da far ritenere probabile un giudizio prognostico di responsabilità nei confronti della *governance* d'impresa per condotte criminali .

L'accertamento e la valutazione delle circostanze predette non può prescindere da un passaggio procedimentale di interlocuzione con gli interessati (intesi come stazione appaltante, impresa direttamente interessata alla misura in quanto destinataria potenziale ed eventualmente imprese terze interessate a sostituire quest’ultima nell’esecuzione del contratto) e segnatamente dal rigoroso rispetto degli adempimenti procedimentali partecipativi previsti dagli artt. 7 e seguenti della legge n. 241 del 1990.

Veniamo ad esaminare i profili problematici dei presupposti delle misure in dettaglio.

La prima questione attiene a comprendere che cosa si intende per pendenza di un procedimento penale per fatti corruttivi.

Occorre innanzitutto chiedersi quale sia il significato dell'espressione "Nell'ipotesi in cui l'autorità giudiziaria proceda….”.

Il riferimento all'autorità giudiziaria (che, secondo la terminologia processual-penalistica, comprende sia il pubblico ministero che il giudice) configura come non necessaria la pendenza di un processo penale.

E', infatti, sufficiente la pendenza di un procedimento penale, anche nella fase delle indagini preliminari, a partire dall'iscrizione della *notitia criminis* nel registro delle notizie di reato ex articolo 335 c.p.p.

La disposizione in esame non solo non richiede, quindi, la pronuncia di una sentenza di condanna, anche non definitiva, ma neppure l'esercizio dell'azione penale e, quindi, l'acquisizione della qualifica di imputato da parte della persona coinvolta[[11]](#footnote-12).

E' necessario, tuttavia, ricordare che la pendenza del procedimento penale può portare all'attivazione della procedura amministrativa solo in presenza di "fatti gravi ed accertati".

Occorre, poi, precisare quali debbano essere le persone fisiche sottoposte a procedimento penale, al fine di consentire al Presidente dell'ANAC l'attivazione della procedura.

A questi fini soccorre la lettera a) del comma 1, laddove, a proposito dell'amministrazione temporanea e straordinaria, si parla di "rinnovazione degli organi sociali mediante la sostituzione del soggetto coinvolto".

Deve, pertanto, trattarsi di soggetti che compongono organi sociali.

Il riferimento ai componenti degli organi sociali — se intesi in senso stretto - costituirebbe un importante tratto distintivo tra la norma in esame e l'art 5 del d.lg. 231/2001, che, c. 1 lett. A), contempla i c.d. soggetti apicali, i quali non necessariamente fanno parte degli organi sociali (si pensi ai titolari di funzioni di direzione) e neppure comprendono i sindaci.

Ulteriore problema sulla nozione in discorso è posto dal comma 8, per cui le misure di sostegno e monitoraggio ivi previste possono essere disposte se le indagini penali riguardano "organi societari diversi da quelli indicati nel comma 1".

L'espressione sembra doversi intendere, invece, riferita agli organi societari diversi da quelli titolari di poteri di gestione e cioè ai sindaci e ai soci.

Altro profilo problematico riguarda la individuazione delle situazioni anomale e sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali

Insufficiente in termini di definizione, in ottica di certezza del diritto e di tutela del diritto di difesa dell'impresa, è il secondo presupposto (comma 1, lett. b.) e cioè sul cosa deve intendersi per "rilevate situazioni anomale" e comunque "sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali"[[12]](#footnote-13).

Infine il terzo presupposto riguarda i "fatti gravi e accertati".

Tale requisito, come detto, è da considerarsi aggiuntivo rispetto a quelli appena menzionati e si tratta di requisito pregnante.

Il D.L. lo richiama espressamente come fondamento della proposta del Presidente dell'ANAC: sia con riferimento all'ipotesi di pendenza di un procedimento penale per fatti corruttivi, sia con riguardo all'ipotesi alternativa delle situazioni anomale e sintomatiche di illecito.

Per quanto riguarda la decisione del Prefetto, l'articolo 32 riferisce la (sola) valutazione di "particolare" gravità ai fatti oggetto dell'indagine penale: tuttavia appare prevalente il riferimento alla circostanza che il Prefetto debba accertare i "presupposti indicati al comma 1".

**Ipotesi B**.

Veniamo all’altra ipotesi, quella connessa all’intervenuta interdittiva antimafia da parte del Prefetto.

Il comma 10 si basa, invece, su diversi presupposti.

Oltre all’emanazione dell’interdittiva deve sussistere (ed essere motivata senza ricorrere a formule di stile) "l'urgente necessità di assicurare il completamento dell'esecuzione del contratto, ovvero la sua prosecuzione al fine di garantire la continuità di funzioni e servizi indifferibili per la tutela di diritti fondamentali, nonché per la salvaguardia dei livelli occupazionali o dell'integrità dei bilanci pubblici".

Tale ultimo riferimento alla necessità di assicurare l'esecuzione o la prosecuzione del contratto non è contenuto nei commi 1 e 2.

Nelle seconde linee guida dell'ANAC si legge: "Il citato comma 10 configura, …., il completamento dell'esecuzione contrattuale o la sua prosecuzione come un mezzo per soddisfare interessi pubblici di rango più elevato, tassativamente elencati dalla norma, e cioè:

- la continuità di funzioni e servizi indifferibili per la tutela di diritti fondamentali. Con tale espressione il Legislatore ha voluto fare riferimento all'esigenza di evitare interruzioni nell'erogazione di prestazioni che risultano indispensabili per consentire ad una collettività o a tipologie di utenti di poter esercitare diritti primari costituzionalmente garantiti quali la libertà di circolazione, il diritto alla salute ecc.;

19

- la salvaguardia dei livelli occupazionali. L'espressione "livelli occupazionali" fa riferimento in questo caso alla necessità di mantenere in essere un numero consistente di posti di lavoro, la cui perdita inciderebbe sul livello complessivo della popolazione occupata in un determinato contesto geografico (ad esempio nel territorio provinciale) o in un determinato comparto produttivo. Una lettura diversa dell' art. 32, comma 10, del D.L. n. 90/2014 rischierebbe, infatti, di rivelarsi poco coerente con il principio di ragionevolezza. Essa, infatti , finirebbe per ammettere la possibilità di derogare alla regola generale della risoluzione del contratto con l'impresa contigua alla criminalità organizzata (e quindi di accettare una minore tutela dell'interesse "sicurezza pubblica") al solo fine di tutelare posizioni poco più che individuali.

— l'integrità dei bilanci pubblici. E' di tutta evidenza che la norma intende salvaguardare non la mera capacità dell'impresa di produrre reddito e, quindi, di generare un potenziale gettito tributario. Se così fosse si dovrebbe ammettere che l'esigenza di garantire "l'integrità dei bilanci pubblici" ricorrerebbe pressoché ogni qual volta un'impresa è colpita da un’informazione antimafia interdittiva. Si è, invece, dell'avviso che l'art. 32, comma 10, faccia riferimento ad un interesse più "qualificato" e concreto, consistente nella necessità di evitare che l'interruzione di determinate attività implichi un danno diretto ed immediato alle entrate fiscali e quindi alle complessive esigenze della finanza pubblica (si pensi al caso, già sperimentato nella pratica, di attività di gestione dei giochi leciti sottoposte a concessione dell'Amministrazione finanziaria). Né si può escludere, salvo verificarne in concreto l'effettività, che un tale interesse possa essere messo a rischio nel caso in cui la realizzazione di un'opera comporti un consistente impiego di risorse pubbliche che potrebbe essere compromesso da un'eccessiva dilatazione dei tempi di esecuzione (ad esempio nel caso di Expo). Da quanto detto risulta evidente che esula dalle finalità perseguite dall' art. 32, comma 10, del D.L. n. 90/2014 il mero interesse dell'impresa a vedersi applicata una delle misure straordinarie in argomento, nell'intento di continuare nel rapporto con la pubblica amministrazione, sotto controllo di legalità, evitando cosi di subire l'interruzione del contratto con le conseguenti ricadute sul piano economico ma anche del venir meno di un requisito per una futura, successiva qualificazione”.

È sorto il dubbio se nel perimetro della straordinaria e temporanea gestione di cui all'art. 32, comma 1, lett. b), del d.l. 90/2014 rientri la mera aggiudicazione di una gara finalizzata alla stipula di una Convenzione ex art. 26 L. n. 488/1999 (aggiudicazione disposta prima dell'adozione dell'interdittiva antimafia, ma senza che sia intervenuta la stipula).

Infatti altro problema di estrema delicatezza riguarda il presupposto dell'esistenza di un rapporto contrattuale in corso.

In riscontro alla richiesta di parere, relativamente ai quesiti sopra richiamati, si è correttamente osservato che la fattispecie concreta sottoposta da CONSIP SpA all'esame di ANAC non è suscettibile di rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 32, commi 1 e 10, d.l. 90/2014, non essendo ancora intervenuta la stipula del contratto, la disciplina delle misure straordinarie presupponendo che il rapporto contrattuale tra la stazione appaltante e l'operatore economico sia in corso di esecuzione (ANAC parere 21 ottobre 2015).

**6 - Competenza territoriale del Prefetto e procedimento**

Per quanto attiene al tema della competenza territoriale del Prefetto, attesa la formulazione della norma, sarebbero praticabili diverse opzioni.

Nelle more di un auspicabile chiarimento legislativo, appare prudente rimettersi ad un criterio interpretativo che agganci l'individuazione della competenza territoriale ad un elemento di sistema già presente nel diritto positivo.

Il radicamento della competenza conseguirà alla scelta effettuata dall’Autorità proponente, e, dunque, dal Presidente dell'ANAC, sulla base delle varie esigenze che emergono nelle singole fattispecie.

Il dato normativo testuale àncora però la competenza alla sede della stazione appaltante con la conseguenza che potrebbero essere più Prefetti investiti della competenza a disporre la applicazione della misura straordinaria con evidenti profili di potenziale carenza di coordinamento che potrebbe essere supplita dal ruolo che svolge il Ministro dell'Interno al fine di uniformare le scelte sul territorio[[13]](#footnote-14).

La legge di conversione n. 11 4/2014 è intervenuta a disciplinare espressamente la materia, con un'integrazione del comma 1 dell'art. 32, in virtù del quale la competenza a disporre le misure in argomento viene attribuita in via esclusiva al Prefetto del luogo dove ha sede la stazione appaltante. Ciò nell'evidente considerazione che quest' ultimo, operando nell'ambito territoriale in cui è stato aggiudicato l'appalto, potrà. disporre di maggiori elementi valutativi sulle condizioni di illiceità che giustificano l'adozione della misura straordinaria e seguirne più agevolmente la gestione commissariale.

Diverso, invece, il caso, previsto dal comma 10 dell'art. 32, in cui l'evento a monte della misura non coincide con un fatto corruttivo o illecito riferibile ad una ipotesi contrattuale ben individuata, quanto piuttosto ad un giudizio sull’onorabilità, dal punto di vista antimafia, dell'operatore economico, che si riverbera sulla complessiva capacità a contrattare con la pubblica amministrazione.

In questo caso l'adozione dello straordinario strumento commissariale ben potrebbe, essere attivato, da parte del Prefetto, non solo a presidio dell'appalto per il quale è stato chiesto il rilascio della documentazione antimafia, ma nei confronti di tutti i contratti in atto al momento del rilascio dell'interdittiva, ove ricorressero simultaneamente per tutti le eccezionali condizioni di cui al comma 10.

In questa prospettiva si comprende la scelta operata dal legislatore, laddove, con il D. Lgs. n. 153/2014, ha inserito una specifica previsione nell'art. 92 del D. Lgs. n. 159/2011.

A differenza. di quanto previsto per il 32, comma 1, tale novella attribuisce al Prefetto, che ha emesso l'informazione antimafia interdittiva, la titolarità del potere di avviare il procedimento per l'applicazione delle misure di cui all'art. 32, comma 10, del D.L. n. 90/2014 e di adottare il relativo provvedimento finale.

A seguito delle modificazioni introdotte dal D. Lgs. n. 153/2014, il Prefetto competente al rilascio dell'informazione antimafia è quello della provincia in cui l'impresa ha la sede legale, ovvero, per le società ex art, 2508 c.c., della provincia in cui è stata stabilita la sede secondaria con rappresentanza stabile nel territorio dello Stato[[14]](#footnote-15).

L'art. 32 delinea un procedimento articolato in due fasi.

La prima consiste nella proposta che il Presidente dell'ANAC, all'esito di una valutazione delle situazioni emerse, rivolge al Prefetto competente, indicando la misura ritenuta più adeguata da adottare;

La seconda consiste nell'adozione della misura da parte del Prefetto.

I due segmenti sono collegati e l'art. 32 prefigura una procedura a formazione progressiva, in quanto alla proposta motivata del Presidente dell'ANAC segue un'autonoma fase valutativa del Prefetto che può giovarsi anche di ulteriori approfondimenti, anche attraverso momenti di interlocuzione con la stessa Autorità.

Tra i due segmenti non si può eludere il momento partecipativo degli interessati in applicazione degli artt. 7 e ss. della legge n. 241 del 1990 sul quale si regge la tenuta costituzionale dell'assetto normativo.

Come si è già accennato, l'art. 32, in attuazione del principio di proporzionalità, gradua le misure da applicare in ragione della gravità della situazione in cui versa l'impresa.

A tal fine, la disposizione distingue due ipotesi.

La prima riguarda il caso in cui le fattispecie elencate al comma 1, lettere a) e b) interessino i soggetti componenti degli «organi sociali». Anche in questo caso pare logico ritenere che tale espressione sia da intendersi riferita agli organi titolari dei poteri di amministrazione.

L'art. 32 prevede che, laddove la situazione verificatasi possa essere superata attraverso un allontanamento del soggetto titolare o componente dell'organo sociale coinvolto nelle predette vicende, il Prefetto applicherà la misura di cui al comma 1, lettera a).

Detta misura consiste nell'ordine di rinnovare l'organo sociale mediante sostituzione del soggetto coinvolto entro il termine di trenta giorni, ovvero, nei casi più gravi, di dieci giorni (comma 2).

Nel caso in cui l'impresa non abbia ottemperato all'ordine di rinnovazione dell'organo sociale ovvero nel caso in cui la rinnovazione dell'organo sociale non risulti sufficiente a garantire gli interessi di tutela della legalità e dell'immagine dell'amministrazione (ad esempio, perché le situazioni verificatesi interessano più organi o una pluralità di loro componenti), si fa luogo alla misura più penetrante della straordinaria e temporanea gestione dell'impresa, sempre limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto.

Il procedimento di cui all'articolo 32 (commi 1, 2 e 8, giova ribadirlo, richiede l'intervento necessario di due distinte Autorità amministrative: il Presidente dell'ANAC - cui è riservato l'esercizio del potere di proposta - e il Prefetto - che è l'organo decidente, cui si imputano soggettivamente, ed anche sotto il profilo della responsabilità, gli atti che definiscono il procedimento.

42

In buona sostanza, ci si trova di fronte ad una duplice motivazione, la prima a sostegno dell'atto propulsivo del Presidente dell'ANAC e la seconda a sostegno del decreto del Prefetto.

Il Prefetto non può, pertanto, adottare d'ufficio il provvedimento, potendo, comunque, sollecitare il Presidente dell'ANAC ad attivare formalmente la procedura.

Diversa è la procedura di cui al comma 10, che ha carattere monofasico ad iniziativa e definizione prefettizia.

La disposizione prevede che le misure in questione sono adottate in autonomia dal Prefetto, che le comunica al Presidente dell'ANAC.

Si tratta dell'ipotesi in cui sia stata emessa dal Prefetto un'informazione antimafia interdittiva e sussista l'urgente necessità di assicurare il completamento dell'esecuzione del contratto, ovvero la sua prosecuzione.

Anche in questo procedimento vale il principio di garanzia della partecipazione, che non è prevista per l’adozione dell’interdittiva, ma è doverosa per l’adozione del provvedimento di nomina degli amministratori straordinari ai sensi dell’articolo 32 del decreto-legge n. 90.

Non sussiste la necessità del previo intervento della comunicazione di avvio del procedimento in occasione dell'emissione dell'informativa interdittiva e dei conseguenti provvedimenti incidenti sul rapporto amministrativo a valle, poiché si tratta di procedimenti in materia di tutela antimafia, come tali caratterizzati intrinsecamente da riservatezza ed urgenza[[15]](#footnote-16).

**7 - La tipologia dei provvedimenti adottabili**

L'art. 32 consente alternativamente l'adozione di uno dei seguenti provvedimenti:

1. la rinnovazione degli organi sociali mediante la sostituzione del soggetto coinvolto nelle predette vicende individuate come rilevanti ai fini qui in argomento (comma 1, lettera a);
2. la straordinaria e temporanea gestione dell'attività dell'impresa appaltatrice limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto oggetto del procedimento penale (comma 1, lettera b);
3. il sostegno e il monitoraggio dell'impresa, finalizzati a riportarne la gestione entro parametri di legalità (comma 8).

L'intervento sostitutivo non viene ad implicare «l'azzeramento» degli organi sociali preesistenti, ma si concretizza in un più limitato intervento di «sterilizzazione» che appare più conforme, nell'attuale fase, ad un prudenziale criterio di non invadenza e di rispetto dell'autonomia di impresa.

Pertanto, nel predetto caso gli amministratori nominati dal Prefetto sostituiranno i titolari degli organi sociali dotati di omologhi poteri soltanto per ciò che concerne la gestione delle attività di impresa connesse all'esecuzione del contratto da cui trae origine la misura.

Gli organi sociali ordinari resteranno in carica per lo svolgimento di tutti gli altri affari riguardanti lo stesso o altri eventuali settori dell'attività economica dell'azienda.

Si realizza in tal modo una forma di gestione separata e a tempo di un segmento dell'impresa, finalizzata esclusivamente all'esecuzione dell'appalto pubblico, le cui modalità di attuazione e di gestione potranno essere definite anche attraverso il ricorso agli strumenti previsti dall'ordinamento - si pensi ad esempio a quelli regolati dall'art. 2447-bis c.c. - che consentono forme di destinazione specifica del patrimonio sociale ad un determinato affare.

Con l’atto che dispone tale misura, il Prefetto provvede anche:

* alla nomina di nuovi amministratori (fino ad un massimo di tre), scelti tra soggetti in possesso dei requisiti di professionalità e moralità previsti dal decreto ministeriale 10 aprile 2013, n. 60, per coloro che vengono chiamati a ricoprire l'incarico di commissario giudiziale e commissario straordinario nelle procedure di amministrazione straordinaria di cui al decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270 (comma 2);
* alla determinazione del compenso spettante ai predetti amministratori, calcolato sulla base delle tabelle allegate al decreto legislativo 4 febbraio 2010, n. 14, che regola gli emolumenti da corrispondere agli amministratori giudiziari (comma 6, modalìta oggi disciplinata dalle terze e quarteLinee guida ANAC- Ministero dell'Interno);
* alla durata della straordinaria e temporanea gestione che deve essere commisurata alle esigenze connesse alla realizzazione dell'appalto pubblico oggetto del contratto.

Con la straordinaria e temporanea gestione, sono sospesi l'esercizio dei poteri di disposizione e gestione dei titolari dell'impresa, nonché i poteri dell'assemblea dei soci.

Gli amministratori nominati dal Prefetto assumono, invece, i poteri degli organi di amministrazione limitatamente al segmento di attività riguardante l'esecuzione dell'appalto pubblico da cui trae origine la misura, provvedendo per le somme introitate dall'impresa ad osservare le particolari regole stabilite al comma 7.

Una misura diversa viene, infine, prevista nell'ipotesi in cui le indagini concernenti le situazioni di cui al predetto comma 1 riguardino componenti diversi dagli organi sociali, propriamente titolari dei poteri di amministrazione.

Tale fattispecie presuppone un minor livello di compromissione dell'operatore economico e giustifica, in ragione del principio di proporzionalità, l'adozione di una misura più attenuata, consistente nella nomina di uno o più esperti con compiti di monitoraggio e sostegno dell'impresa (comunque in numero non superiore a tre), nominati dal Prefetto tra coloro che sono in possesso dei requisiti di professionalità e moralità di cui al già menzionato

Il procedimento di nomina degli esperti e quello di determinazione del loro compenso è regolato in termini coincidenti a quelli previsti per gli amministratori incaricati della straordinaria e temporanea gestione dell'impresa, per cui si rinvia a quanto già detto sopra sull'argomento.

L'obiettivo perseguito è quello di inserire all'interno della compagine di impresa un «presidio», in grado di stimolare l'avvio di un percorso finalizzato a riportare la linea gestionale su binari di legalità e trasparenza.

A tal fine, infatti, l'art. 32, comma 8, attribuisce agli amministratori il potere di fornire all'impresa prescrizioni operative, riferite ai seguenti aspetti della vita dell'azienda:

1. ambiti organizzativi;
2. sistema di controllo interno;
3. organi amministrativi e di controllo.

**8 - La cessazione degli effetti delle misure straordinarie**

Il comma 5 dell'art. 32 individua le ipotesi di cessazione anticipata della rinnovazione dell'organo sociale e della straordinaria e temporanea gestione dell'impresa.

La norma prevede, infatti, che il Prefetto debba revocare le predette misure nel caso in cui sopravvenga un provvedimento che dispone la confisca, il sequestro o l'amministrazione giudiziaria dell'impresa.

Tali ipotesi non escludono comunque la possibilità che la revoca del provvedimento possa essere disposta nell'esercizio del generale potere di autotutela disciplinato dall'art. 21 quinques della legge 7 agosto .. n. 241.

Ancorché ciò non sia espressamente previsto, la revoca dovrà essere disposta anche nel caso in cui l'Autorità Giudiziaria adotti un provvedimento che escluda ipotesi di responsabilità dell'operatore economico nelle vicende che hanno dato luogo alle misure (sentenze di non luogo a luogo a procedere adottata per motivi diversi dall'estinzione del reato, sentenze di assoluzione adottate ai sensi dell’articolo 530, comma 1, c.p.p.).

In tali ipotesi viene, infatti, meno il presupposto sulla base del quale è stato adottato il provvedimento conformativo dell'attività di impresa.

Purtuttavia la revoca dovrà essere proceduta da una valutazione discrezionale, sviluppata dal Prefetto d'intesa con il Presidente dell'ANAC, nell'ipotesi in cui sopravvengano sentenze di proscioglimento per motivi diversi da quelli sopra indicati, sentenze di applicazione della pena su richiesta delle parti, ovvero provvedimenti che determinano la cessazione delle misure cautelari disposte dall'Autorità Giudiziaria.

Occorrerà valutare se i provvedimenti sopravvenuti siano in grado di far ritenere che sia venuto meno il profilo di responsabilità addebitabile all'impresa o che esso si sia comunque attenuato al di sotto della soglia di certezza o gravità richiesta dal comma 1 dell'art. 32.

Analogamente la cessazione degli effetti della misura straordinaria va ricondotta all’adozione da parte del giudice amministrativo di provvedimenti cautelari che sospendono l’efficacia o di sentenza di annullamento dell’interdittiva antimafia.

In particolare l’annullamento dell’interdittiva non produce soltanto effetti vizianti sulle misure straordinarie ex articolo 32 del decreto-legge 90, bensì caducanti.

Giova ricordare che per la concreta individuazione della invalidità ad effetto caducante si deve valutare l'intensità del rapporto di consequenzialità, con riconoscimento di tale effetto solo ove tale rapporto sia immediato, diretto e necessario, nel senso che l'atto successivo si ponga, nell'ambito della stessa sequenza procedimentale, come inevitabile conseguenza di quello anteriore, senza necessità di nuove ed ulteriori valutazioni di interessi, con particolare riguardo al coinvolgimento di soggetti terzi, estranei alla precedente vicenda contenziosa.

Nel processo amministrativo, infatti, in presenza di vizi accertati dell'atto presupposto deve distinguersi tra invalidità a effetto caducante e invalidità a effetto viziante, nel senso che nel primo caso l'annullamento dell'atto presupposto si estende automaticamente all'atto conseguenziale anche quando quest'ultimo non è stato impugnato, mentre nel secondo caso l'atto conseguenziale è affetto da illegittimità derivata, ma resta efficace ove non ritualmente impugnato.

La prima ipotesi ricorre nel solo caso in cui l'atto successivo venga a porsi nell'ambito della medesima sequenza procedimentale, quale inevitabile conseguenza dell'atto anteriore, senza necessità di nuove ed ulteriori valutazioni di interessi, il che comporta la necessità di valutare l'intensità del rapporto di conseguenzialità tra l'atto presupposto e l'atto successivo, con riconoscimento dell'effetto caducante qualora detto rapporto sia immediato, diretto e necessario, nel senso che l'atto successivo si ponga, nell'ambito dello stesso contesto procedimentale, come conseguenza ineluttabile rispetto all'atto precedente[[16]](#footnote-17).

Altra ipotesi di possibile cessazione degli effetti del commissariamento riguarda l’ammissione dell’impresa al controllo giudiziario ai sensi dell’art. 34 bis del codice antimafia.

Il controllo giudiziario non determina lo “spossessamento gestorio” ma consiste in una vigilanza prescrittiva condotta dal commissario nominato dal Tribunale per le misure di prevenzione, al quale viene affidato il compito di monitorare all’interno dell’azienda l’adempimento di una serie di obblighi di compliance imposti dal giudice.

In tal caso il presidio di legalità nella forma del c.d. “tutoraggio” all’azienda si fonda sul medesimo presupposto della gestione commissariale di nomina prefettizia già avviata, vale a dire la presenza di indizi di fatto rivelatori di pericoli di contiguità o di agevolazione mafiosa.

Qualora tale controllo venga disposto dal magistrato perché ritenuto adeguato alle rilevate esigenze di prevenzione in relazione alla totalità dei rapporti economici facenti capo all’azienda, è dubbio se determini il venir meno della misura ex art. 32, del decreto-legge 90/2014, analogamente a quanto previsto dal comma 5 della medesima norma per il caso in cui siano applicate le confisca, il sequestro o l’amministrazione giudiziaria dell’impresa.

Siffatta interpretazione, del resto, sarebbe avvalorata dalla circostanza che quello riservato al Prefetto è un potere conformativo e limitativo della libertà di iniziativa economica che deve essere esercitato secondo canoni rispettosi del principio di proporzionalità.

Ne discenderebbe che, se nella scala degli interventi astrattamente possibili in ragione della gravità della situazione riscontrata a carico dell’operatore economico, il Tribunale ritiene percorribile la strada del controllo giudiziario, non sembra possibile giustificare ulteriormente il mantenimento di una gestione separata “ad contractum”[[17]](#footnote-18).

Purtuttavia va rilevato che la giurisprudenza amministrativa appare essere orientata in senso diverso.

Va richiamata la pronuncia del Consiglio di Stato (sezione V n. 3268 del 31 maggio 2018) nella quale si affronta la problematica degli effetti sospensivi che determina l‘ammissione di un‘impresa al controllo giudiziario con riguardo all‘interdittiva antimafia.

In linea con quanto opinato dal Consiglio di Stato, il decreto di ammissione alla procedura di cui all’art. 34 bis del d. lgs. n. 159 del 2011, non è idoneo a modificare il giudizio in ordine alla sussistenza dei pericoli di infiltrazione nella società sottesa ai provvedimenti impugnati: “in primo luogo il controllo giudiziario che permette la prosecuzione dell’attività imprenditoriale sotto controllo giudiziario non ha effetti retroattivi ed in secondo luogo perché non costituisce un superamento dell’interdittiva, ma in un certo modo ne conferma la sussistenza, con l’adozione di un regime in cui l’iniziativa imprenditoriale può essere ripresa per ragioni di libertà di iniziativa e di garanzia dei posti di lavoro, sempre naturalmente in un regime limitativo di assoggettamento ad un controllo straordinario” (cfr. Cons. Stato, sez. V, 31 maggio 2018, n. 3268).

In conclusione, mentre non vengono travolti gli effetti dei provvedimenti già adottati in esecuzione dell’interdittiva antimafia e precedenti all’ammissione al controllo giudiziario ne viene preclusa l’adozione successiva.

**9 - I rapporti con la disciplina del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231**

Il decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 e la nuova disciplina dettata dal decreto legge 24 giugno 2014, n. 90 (convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114) hanno introdotto due meccanismi di intervento, rispettivamente del giudice penale e dell’amministrazione, sui reati di impresa.

Si tratta di interventi legislativi sintomatici di un’innovativa impostazione che il legislatore ha inteso imprimere al diritto anche penale delle attività economiche in ragione di diversi fattori.

Da un lato, le difficoltà del modello punitivo-repressivo per sé solo considerato e le trasformazioni che hanno finito per incidere *sull’ubi consistam* di interi fenomeni delinquenziali; dall’altro, la necessità di fronteggiare plurime esigenze collettive legate allo svolgimento di talune attività imprenditoriali, relative alla destinazione finalistica di talune iniziative di impresa (servizi pubblici o di pubblica necessità) ovvero alle dimensioni delle singole strutture imprenditoriali coinvolte o, ancora, alla consistenza del radicamento territoriale delle stesse e ai connessi livelli occupazionali assicurati.

Le ragioni predette hanno persuaso il legislatore dell’inadeguatezza di un sistema di contrasto affidato al solo funzionamento di classici meccanismi repressivi e, dunque, della necessità di promuovere due linee di intervento: il coinvolgimento dello stesso mondo imprenditoriale nell’approntare modelli organizzativi idonei a prevenire il verificarsi degli illeciti e l’adozione di strumenti destinati a tener conto degli interessi sovraindividuali coinvolti nell’esercizio dell’attività imprenditoriale, nell’ambito della più generale tendenza dell’ordinamento a non trascurare le ragioni della continuità d’impresa pure a fronte di fenomeni delinquenziali.

La pluralità delle previsioni normative che danno atto della avvertita esigenza di conciliare il contrasto al crimine di impresa con le ragioni della continuità aziendale sollecita, peraltro, una doverosa riflessione sull’immanenza di un principio generale dell’ordinamento, ispirato alla logica della conservazione dei beni correlati alla operatività dell’impresa e in parte ricavabile, sul piano penale, ai criteri di adeguatezza e proporzionalità della pena e della misura cautelare.

Ad una logica analoga risponde la previsione dell'art. 32, comma 10, d.l. n. 90 del 2014 che consente di irrogare le predette misure anche alle imprese colpite da informazione antimafia interdittiva.

Anche in questo caso la previsione legislativa è volta ad assicurare il completamento dell'esecuzione contrattuale o la sua prosecuzione quale mezzo per soddisfare interessi pubblici di rango più elevato, tassativamente elencati dalla norma, e cioè la continuità di funzioni e servizi indifferibili per la tutela di diritti fondamentali, la salvaguardia di livelli occupazionali, l’integrità dei bilanci pubblici.

Misure, quindi, introdotte non tanto con finalità “terapeutica” dell’impresa quanto, piuttosto, con la finalità di salvaguardare - attraverso una conformazione della libertà d'impresa - la realizzazione di interessi pubblici superiori messi in pericolo da situazioni di contiguità o agevolazione mafiosa, ascrivibili a responsabilità dell'impresa e dei soggetti capaci di condizionarne l'andamento: è quanto confermato dalla circostanza che si tratta di presidi a garanzia di uno specifico "contratto"- quello in relazione al quale vengono in evidenza le esigenze individuate dall'art. 32 - e non della totalità delle commesse pubbliche acquisite dall’impresa al momento dell'adozione della misura.

Con riguardo ai rapporti con il commissariamento ex art. 15, d.lgs. n. 231 del 2001 e con le informazioni antimafia interdittive non è agevole la ricostruzione della linea di demarcazione tra le misure disciplinate dal citato art. 32, quelle del commissariamento ex art. 15, d.lgs. n. 231 del 2001, e delle informazioni antimafia interdittive.

Quanto ai rapporti con l’istituto del commissariamento previsto dal d.lgs. n. 231 del 2001 la misura della straordinaria e temporanea gestione se ne distingue ontologicamente, essendo volta a sottoporre a controllo quella parte dell'impresa impegnata nello specifico contratto pubblico per cui viene ravvisata l'esigenza di intervenire, non anche – come il commissariamento - a realizzare un integrale e radicale "spossessamento" dei poteri gestori.

Anche con riferimento all’istituto del commissariamento ex art. 15, d.lgs. n. 231 del 2001, si impone al giudice penale che lo dispone di tener conto del principio di frazionabilità, inteso come corollario di quelli di proporzionalità ed adeguatezza.

In caso di interferenza, allora, la natura giudiziale della misura ex art. 15, d.lgs. n. 231/2001, dovrebbe indurre a ritenere la prevalenza della stessa rispetto a quella ex art. 32, d.l. n. 90/2014.

Ciò può trovare una base giuridica nel comma 5 dello stesso art. 32, a tenore del quale “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”.

Quanto ai rapporti tra le misure disciplinate dal citato art. 32 e le informazioni antimafia interdittive, giova considerare che l'art. 32, comma 10, prevede che le misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio dell'impresa trovino applicazione “ancorché ricorrano i presupposti di cui all'articolo 94, comma 3” del d.lgs. n. 159/2011.

Ne deriva che, presenti le condizioni previste dal citato art. 32 e riscontrata quindi la necessità di salvaguardare i particolari interessi pubblici indicati al richiamato comma 10, il Prefetto dovrà necessariamente fare luogo all'applicazione delle predette misure straordinarie, tanto nel caso in cui, essendo stata l’impresa colpita da interdittiva, sia la stessa soggetta alle conseguenze di cui all’art. 94, comma 2 (revoca e recesso), quanto nel caso in cui la stazione appaltante abbia espresso la necessità di continuare nel rapporto contrattuale, in quanto l'opera è in corso di ultimazione, ovvero l'impresa, fornitrice di beni e servizi ritenuti essenziali per l'interesse pubblico, non sia sostituibile in tempi rapidi (art. 94, comma 3).

Si tratta di soluzione agevolmente spiegabile se si considera che il citato art. 94, comma 3, consente di proseguire nel rapporto contrattuale senza introdurre alcuna forma di controllo o di "presidio di legalità" nell'impresa che risulta essere infiltrata[[18]](#footnote-19).

**10 - La casistica giurisprudenziale**

Il primo contenzioso amministrativo ha avuto origine dall'avvio di un'indagine penale, ed è relativo all'appalto pubblico per la progettazione ed esecuzione dei lavori delle architetture di servizio per l'evento Expo 2015.

Dalle indagini della Procura di Milano per i reati di corruzione e turbativa d'asta dell'appalto in questione, concluse con l'adozione di misure cautelari personali nei confronti del direttore generale della stazione appaltante e dell'amministratore delegato dell'impresa aggiudicataria sono, infatti, emerse violazioni dei principi di concorrenza e trasparenza nello svolgimento della procedura di aggiudicazione tali da indurre le imprese classificatesi seconde in graduatoria, costituitesi in r.t.i, a formulare alla stazione appaltante richiesta di risoluzione del contratto sottoscritto con l'impresa aggiudicataria.

A seguito della risposta negativa della stazione appaltante , secondo cui non sussistevano i presupposti per la risoluzione del contratto, le imprese seconde classificate hanno presentato ricorso dinanzi al TAR Lombardia, sede di Milano, impugnando gli atti della procedura di aggiudicazione.

Ne è derivata, a opera dell'impresa aggiudicataria resistente, un'eccezione di rito relativa alla tardività del ricorso: eccezione respinta dal TAR Lombardia secondo cui il termine d'impugnazione dovesse considerarsi decorrente dalla data, successiva all'aggiudicazione, di conoscenza degli elementi emersi dalle indagini penali e dalle misure cautelari emanate per i reati commessi.

Il TAR Lombardia ha poi proceduto ad annullare l'aggiudicazione dell'appalto pubblico in considerazione della violazione del protocollo di legalità, parte integrante della lex specialis della gara, sottoscritto anche dall'aggiudicataria, con cui ogni operatore economico coinvolto nella procedura pubblica si sottoponeva a obblighi d'informazione e di denuncia della commissione di eventi criminali che potessero compromettere la legittimità della procedura nonché ad accettare il relativo sistema sanzionatorio, in forza di cui tali prescrizioni erano vincolanti a pena di esclusione dalla gara e alla cui violazione conseguiva la revoca dell’affidamento e la risoluzione automatica del contratto.

Il giudizio d'appello innanzi al Consiglio di Stato si è concluso a favore degli appellanti.

Si legge in particolare nella sentenza del Consiglio di Stato numero 143 del 2015: “Sotto tale ultimo profilo, mette conto richiamare nuovamente la sopravvenuta disciplina di cui al già citato d.l. nr. 90 del 2014, la quale secondo l’avviso di questa Sezione costituisce la miglior conferma del carattere non automaticamente viziante di fatti come quelli emersi durante l’esecuzione dell’appalto di che trattasi (come dimostrato dal fatto che il legislatore ha dovuto escogitare uno strumento *ad hoc* per impedire all’affidatario di continuare a percepire quello che potrebbe essere il profitto di un reato), e al tempo stesso dell’opzione normativa in favore del mantenimento in essere del rapporto contrattuale scaturito dall’originario affidamento (come dimostrato dall’avere il legislatore bilanciato unicamente i due interessi pubblici alla sollecita realizzazione dell’opera pubblica e ad impedire al possibile reo di lucrare sul proprio illecito, lasciando sullo sfondo l’interesse delle altre imprese partecipanti alla gara *a monte*).

Tale ultimo interesse, se del caso, potrà trovare tutela in via risarcitoria attraverso la costituzione di parte civile nel giudizio penale ovvero attraverso la proposizione di autonoma azione nei confronti di coloro che dovessero risultare responsabili di reati (laddove, quanto ai pubblici funzionari, l’effettivo e definitivo accertamento della loro responsabilità penale confermi l’interruzione del rapporto di immedesimazione organica con l’Amministrazione di appartenenza)”.

Altra pronuncia che fa applicazione dei principi desumibili dall'art. 32 del D.L. n. 90 è quella del Consiglio di Stato n. 4539 del 2015.

Nella fattispecie si lamentava che il Prefetto di Roma avesse adottato l'informativa antimafia, in violazione del disposto di cui all'art. 32 del d.l. 90/2014 e del Protocollo d'intesa ANAC/Ministero dell'Interno, i quali prevedono misure più attenuate e meno estreme di gestione, sostegno e monitoraggio, in favore dell'impresa sospetta di infiltrazioni mafiose, prima di emettere l'informativa, che paralizza di fatto la vita dell'impresa, aggiudicataria di ben 57 commesse pubbliche.

Nella sentenza si legge “È ben evidente, dalla lettura di tale ultima disposizione, che l'emissione del provvedimento interdittivo non necessariamente debba essere preceduta dall'adozione delle misure di cui al comma 1 dell'art. 32 del d.l. 90/2014, sicché il Prefetto può legittimamente emettere l'informativa, ricorrendone i presupposti di cui all'art. 91 del d. lgs. 159/2011, salvo poi, nelle ipotesi di cui al comma 10 dell'art. 32 del d.l. 90/2014, adottare successivamente le misure sostitutive di cui al comma 1 del predetto articolo.

La mancata previa adozione di tali misure non ha efficacia invalidante, dunque, sull'emissione dell'informativa né viola i canoni di adeguatezza, proporzionalità ed adeguatezza.

Dal quadro normativo sin qui descritto si desume, in altri termini, che le misure di cui all'art. 32, commi 1, 2 e 8, del d.l. 90/2014 possono essere applicate contestualmente all'adozione dell'interdittiva antimafia e che l'intervento sostitutivo dell'autorità prefettizia, in ipotesi di interdittiva già in atto, è consentito solo nelle ipotesi eccezionali, previste dal comma 10, che giustificano la prosecuzione del rapporto contrattuale, previa "bonifica" dell'assetto societario, per preminenti ragioni di interesse generale, al punto che l'attività di temporanea e straordinaria gestione dell'impresa è considerata di "pubblica utilità", come chiarisce il comma 4.

Tanto sono preminenti ed eccezionali tali ragioni e tanto esse sono di interesse generale, peraltro, che il successivo art. 92, comma 2-bis, del d. lgs. 159/2011 prevede che il procedimento, previsto dall'art. 32, comma 1, del d.l. 90/2014, debba essere avviato obbligatoriamente d'ufficio dal Prefetto, con la conseguenza che l'impresa interessata è legittimata ad esercitare, nell'ambito di esso, esclusivamente gli strumenti di partecipazione previsti dagli art. 7, 8 e 10 della 1. 241/1990 e non a chiedere l'avvio del procedimento stesso".

Recentemente è stata affrontata la questione della compatibilità tra commissariamento ex art. 32, comma 1, d.l. n. 90 del 2014 e potere di autotutela della stazione appaltante.

Il Consiglio di Stato (sentenza III 22 agosto 2018 n. 5023) ha ritenuto che l’avvenuto commissariamento ex art. 32, commi 1 e ss., d.l. 24 giugno 2014, n. 90 dell’impresa aggiudicataria non priva la stazione appaltante del potere di autotutela, di cui all’art. 21 nonies, l. 7 agosto 1990, n. 241, in relazione all’aggiudicazione della gara.
 Si è così chiarito che le misure ex art. 32, d.l. 24 giugno 2014, n. 90, secondo la logica tipica del sistema normativo finalizzato a frapporre un argine alla diffusione delle condotte criminali nel delicato settore dei pubblici appalti ed a contenere i relativi effetti inquinanti sulla sua corretta gestione, assolvano ad una funzione di carattere “preventivo”, mirando alla sterilizzazione delle conseguenze dannose di quelle condotte (le quali altrimenti, dopo aver minato la fase costitutiva del rapporto, si propagherebbero a quella strettamente esecutiva), nelle more di più approfonditi accertamenti in ordine alla incidenza dei riscontrati comportamenti illeciti sulla genesi del rapporto contrattuale (suscettibili di generare, appunto, l’adozione di più penetranti misure di autotutela).

Inoltre, il fatto che le “situazioni sintomatiche di condotte illecite” integrino il presupposto applicativo della misura de qua non impedisce di riconoscere nelle stesse una (concorrente) attitudine giustificativa del provvedimento di autotutela qualora, da quelle condotte e/o da altre concomitanti circostanze, sia desumibile, oltre ai profili di illegittimità (quindi di annullabilità) del provvedimento di aggiudicazione, l’interesse pubblico alla sua caducazione.

**11 - L’amministrazione ed il controllo giudiziario (artt. 34 e 34 bis codice antimafia). Le ragioni della disciplina innovativa della legge del 17 ottobre 2017, n. 161.**

Oltre agli strumenti “tradizionali”, di consolidata acquisizione, quali il sequestro e la confisca, nella loro forma penale e preventiva, la normativa più recente ha introdotto e valorizzato le misure di tipo alternativo al sistema incentrato sulla confisca, sul presupposto di un’attitudine di pari grado nel neutralizzare i condizionamenti criminali sulle realtà economiche[[19]](#footnote-20).

Il legislatore antimafia, intervenuto da ultimo in materia con la legge del 17 ottobre 2017, n. 161, si è orientato in questo senso, modificando l’impianto codicistico, ed introducendo nuovi strumenti non ablativi, nonchè novellando quelli già presenti, con il fine di contrastare l’insediamento del fenomeno criminale di stampo mafioso nel tessuto economico e sociale.

In particolare, tra le novità introdotte dalla legge n. 161 del 2017 assumono rilievo le modifiche all’istituto dell’amministrazione giudiziaria, di cui all’art. 34 del d.lgs. 159/2011, ed il controllo giudiziario delle imprese a rischio di infiltrazione mafiosa, all’art. 34-bis dello stesso codice, collocati nella sezione del codice antimafia che disciplina le misure di prevenzione diverse dalla confisca.

Si tratta di misure con le quali si autorizza un’ingerenza da parte dello Stato all’interno delle aziende che fiancheggino o siano a rischio-contaminazione con le organizzazioni mafiose, senza disporre, però, una totale estromissione dei soggetti titolari dalla gestione delle attività economiche[[20]](#footnote-21).

Si garantisce, così, un duplice risultato:

* da un lato, quello di salvare le realtà imprenditoriali che rivelino un’insufficiente attitudine nel difendersi dai tentativi di commistione criminale;
* dall’altro, quello di fornire un apporto concreto nel ripristino della legalità, garantendo altresì all’impresa la continuità aziendale.

Il presupposto fattuale che accomuna i due istituti è rappresentato dalla condotta indirizzata ad agevolare gli interessi mafiosi.

**12 - L’amministrazione giudiziaria**

L’amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche viene disciplinata dall’art. 34 del d.lgs. 159/2011, che è stato integralmente sostituito dall’art. 10 della l. 161 del 2017.

Con tale misura di prevenzione, si privano i soggetti proposti della disponibilità e della gestione di beni e attività economiche strumentali al raggiungimento di finalità criminali.

L’art. 34 prevede come presupposti per l’adozione dell’amministrazione giudiziaria:

* gli accertamenti di cui all'articolo 19 o di quelli compiuti per verificare i pericoli di infiltrazione mafiosa, previsti dall'articolo 92, ovvero di quelli compiuti dall'Autorità nazionale anticorruzione;
* la sussiestenza di sufficienti indizi per ritenere che il libero esercizio di determinate attività economiche, comprese quelle di carattere imprenditoriale, sia direttamente o indirettamente sottoposto alle condizioni di intimidazione o di assoggettamento previste dall'[articolo 416-bis del codice penale](http://entilocali.leggiditalia.it/#id=05AC00011236,__m=document) o possa comunque agevolare l'attività di persone nei confronti delle quali è stata proposta o applicata una delle misure di prevenzione personale o patrimoniale previste dagli articoli 6 e 24 del codice antimafia, ovvero di persone sottoposte a procedimento penale per taluno dei delitti di cui all'articolo 4, comma 1, lettere a), b) e i-bis), del codice stesso, ovvero per i delitti di cui agli [articoli 603-bis](http://entilocali.leggiditalia.it/#id=05AC0000015138,__m=document), [629](http://entilocali.leggiditalia.it/#id=05AC00003660,__m=document), [644](http://entilocali.leggiditalia.it/#id=05AC00003638,__m=document), [648-bis](http://entilocali.leggiditalia.it/#id=05AC00011282,__m=document) e [648-ter del codice penale](http://entilocali.leggiditalia.it/#id=05AC00011283,__m=document).

Nei casi predetti se non ricorrono i presupposti per l'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali, il Tribunale competente per l'applicazione delle misure di prevenzione nei confronti delle persone sopraindicate può disporre l'amministrazione giudiziaria, che riguarda le aziende o i beni utilizzabili, direttamente o indirettamente, per lo svolgimento delle predette attività economiche.

La misura può essere proposta dal Procuratore della Repubblica presso il Tribunale del capoluogo del distretto ove dimora la persona, dal Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo, dal Questore o dal Direttore della Direzione investigativa antimafia.

In tale contesto la richiesta di adozione dell’amministrazione giudiziaria può essere richiesta dal Questore anche in alternativa all’adozione di un’interdittiva antimafia, coordinando l’iniziativa con il Prefetto, qualora non sussistessero i presupposti previsti per la relativa adozione (in tale contesto assume rilevanza il coordinamento tra le iniziative dei due organi del Ministero dell’Interno).

L'amministrazione giudiziaria dei beni è adottata per un periodo non superiore a un anno e può essere prorogata di ulteriori sei mesi per un periodo comunque non superiore complessivamente a due anni, a richiesta del pubblico ministero o d'ufficio, a seguito di relazione dell'amministratore giudiziario che evidenzi la necessità di completare il programma di sostegno e di aiuto alle imprese amministrate e la rimozione delle situazioni di fatto e di diritto che avevano determinato la misura.

Il Tribunale nomina il giudice delegato e l'amministratore giudiziario, il quale esercita tutte le facoltà spettanti ai titolari dei diritti sui beni e sulle aziende oggetto della misura.

Nel caso di imprese esercitate in forma societaria, l'amministratore giudiziario può esercitare i poteri spettanti agli organi di amministrazione e agli altri organi sociali secondo le modalità stabilite dal Tribunale, tenuto conto delle esigenze di prosecuzione dell'attività d'impresa, senza percepire ulteriori emolumenti.

Il provvedimento è eseguito sui beni aziendali con l'immissione dell'amministratore nel possesso e con l'iscrizione nel registro tenuto dalla camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura nel quale è iscritta l'impresa.

Qualora oggetto della misura siano beni immobili o altri beni soggetti a iscrizione in pubblici registri, il provvedimento di cui al comma 1 deve essere trascritto nei medesimi pubblici registri.

Entro la data di scadenza dell'amministrazione giudiziaria dei beni o del sequestro di cui al comma 7, il Tribunale, qualora non disponga il rinnovo del provvedimento, delibera in camera di consiglio la revoca della misura disposta ed eventualmente la contestuale applicazione del controllo giudiziario di cui all'articolo 34-bis, ovvero la confisca dei beni che si ha motivo di ritenere che siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego.

Quando vi sia concreto pericolo che i beni sottoposti al provvedimento vengano dispersi, sottratti o alienati, nei casi in cui si ha motivo di ritenere che i beni siano frutto di attività illecite o ne costituiscano l'impiego, i soggetti che possono richiedere l’amministrazione giudiziaria possono richiedere al Tribunale di disporne il sequestro:

Secondo quanto dispone la norma che disciplina l’amministrazione giudiziaria, al fine di evitare una sua eccessiva operatività, il requisito dell’agevolazione va circoscritto grazie ad un’interpretazione rigorosa, secondo la quale per condotta agevolatrice debba intendersi quell’attitudine comportamentale atta a rivelare un’obiettiva commistione di interessi tra le attività delittuose dell’agevolato e l’attività dell’impresa agevolante.

Con tale misura di prevenzione, si privano i soggetti proposti della disponibilità e della gestione di beni e attività economiche strumentali al raggiungimento di finalità criminali.

Lo scopo della misura è quello di inibire l’espansione del fenomeno mafioso, di ferenareare quella tendenza tipicamente delinquenziale a creare canali di arricchimento tramite l’esercizio di influenze su attività economiche lecite che - pur in carenza di un collegamento diretto con il proposto (e con la sua pericolosità) - risultino agevolare l’attività di quest’ultimo.

La disciplina dell’art. 34 delinea, pertanto, una misura patrimoniale di carattere preventivo che consente all’autorità giudiziaria di intervenire sulle imprese e, più in generale, nell’ambito di qualsiasi attività economica, che rivelino situazioni di infiltrazione e di contiguità con le consorterie mafiose tali da danneggiare il regolare e libero esercizio dei ruoli imprenditoriali.

Pertanto, si tratta di aziendeche mostrano una spiccata attitudine nel fiancheggiamento di contesti delinquenziali, senza essere (ancora) qualificabili come “imprese mafiose”.

Con l’applicazione del provvedimento dell’amministrazione giudiziaria si sottrae temporaneamente alla società di riferimento il controllo aziendale per attribuirlo, in un primo momento, al Tribunale, e, in una seconda fase, a un soggetto terzo, preventivamente individuato, ossia l’amministratore giudiziario, a cui sono riconosciute tutte le facoltà spettanti ai titolari dei diritti sui beni e sulle aziende oggetto della misura.

Il Tribunale può applicare la misura preventiva al ricorrere di un duplice presupposto alternativo:

* qualora sussistano indizi sufficienti da rivelare condizioni di assoggettamento o intimidazione di tipo mafioso;
* ovvero quando l’esercizio dell’attività economica si sostanzi in una condotta agevolatrice di soggetti che siano sottoposti a misure preventive patrimoniali o personali, o ancora siano imputati in un processo penale per i reati di associazione per delinquere di stampo mafioso o di corruzione.

Nel primo caso, il contesto in cui agisce l’operatore economico lascia presagire un’imposizione estorsiva da parte dei contesti criminali, che relega l’imprenditore alla posizione di vittima; al ricorrere del secondo presupposto, il legame tra attività economica e criminalità mafiosa rivela, invece, una situazione di commistione.

In ogni caso, le imprese destinatarie del provvedimento non devono rientrare nella titolarità o disponibilità diretta di organizzazioni mafiosie, ma è sufficiente che si collochino in una posizione agevolatrice della loro attività illecita.

Uno degli aspetti più dibattuti ha riguardato proprio l’esatta individuazione del concetto di agevolazione dell’attività economica.

Tale questione è spesso rimasta irrisolta, riscontrandosi una tendenza tutt’altro che univoca nel delinearne i confini.

L’agevolazione può, quindi, assumersi come parametro della contiguità, come indice rivelatore di un sostanziale vantaggio economico, da parte dell’impresa - per questo colpita dalla misura di cui all’art. 34 - nei confronti del sodalizio criminale, che favorisca un incremento patrimoniale di tipo funzionale o organizzativo.

L’oggetto cui è destinata ad incidere la misura è rappresentato non da beni che si trovino nella diretta disponibilità del soggetto intraneo al sodalizio mafioso e beneficiario dell’agevolazione, bensì «beni-mezzo», che si inseriscano in peculiari rapporti con le finalità proprie dell’associazione mafiosa.

Sia che l’applicazione dell’istituto consegua al riscontro di una condotta agevolativa, sia che si proceda in tal senso per la presenza di “sufficienti indizi” di commistione mafiosa, finalità precipua dello strumento preventivo è quella di depurare l’inquinamento criminale, avuto riguardo alla diversa intensità che questo può assumere.

Le forme di condizionamento mafioso, oggetto di puntuale neutralizzazione, infatti, non pregiudicano irreparabilmente l’integrità aziendale, nel senso che non presentano elementi di capillarità tali da compromettere l’assetto imprenditoriale.

Si agisce, pertanto, in un frangente temporale idoneo a salvare e ad isolare l’azienda dal contesto criminale.

**13 - Il controllo giudiziario**

L’art. 34-bis (inserito dall'[art. 11, comma 1, L. 17 ottobre 2017, n. 161](http://entilocali.leggiditalia.it/#id=10LX0000856745ART29,__m=document)) introduce nell’ordinamento il nuovo istituto del controllo giudiziario delle aziende.

Dispone la norma che quando l'agevolazione prevista dall'articolo 34 per l’applicazione dell’amministrazione giudiziaria risulta “occasionale”, il Tribunale dispone, anche d'ufficio, il controllo giudiziario delle attività economiche e delle aziende, se sussistono circostanze di fatto da cui si possa desumere il pericolo concreto di infiltrazioni mafiose idonee a condizionarne l'attività.

Il controllo giudiziario è adottato per un periodo non inferiore a un anno e non superiore a tre anni.

Il provvedimento che lo dispone può:

a) imporre nei confronti di chi ha la proprietà, l'uso o l'amministrazione dei beni e delle aziende di cui al comma 1 l'obbligo di comunicare al Questore e al Nucleo di polizia economica e finanziaria del luogo di dimora abituale, ovvero del luogo in cui si trovano i beni se si tratta di residenti all'estero, ovvero della sede legale se si tratta di un'impresa, gli atti di disposizione, di acquisto o di pagamento effettuati, gli atti di pagamento ricevuti, gli incarichi professionali, di amministrazione o di gestione fiduciaria ricevuti e gli altri atti o contratti indicati dal Tribunale, di valore non inferiore a euro 7.000 o del valore superiore stabilito dal tribunale in relazione al reddito della persona o al patrimonio e al volume d'affari dell'impresa. Tale obbligo deve essere assolto entro dieci giorni dal compimento dell'atto e comunque entro il 31 gennaio di ogni anno per gli atti posti in essere nell'anno precedente;

b) nominare un giudice delegato e un amministratore giudiziario (che ovviamente assume funzioni diverse rispetto a quella dell’articolo 34, pur mantenendo la stessa denominazione), il quale riferisce periodicamente, almeno bi-mestralmente, gli esiti dell'attività di controllo al giudice delegato e al pubblico ministero.

Con riferimento alla lettera b), si fissano i compiti dell'amministratore giudiziario finalizzati alle attività di controllo e può imporre l'obbligo:

a) di non cambiare la sede, la denominazione e la ragione sociale, l'oggetto sociale e la composizione degli organi di amministrazione, direzione e vigilanza e di non compiere fusioni o altre trasformazioni, senza l'autorizzazione da parte del giudice delegato;

b) di adempiere ai doveri informativi di cui alla lettera a) del comma 2 nei confronti dell'amministratore giudiziario;

c) di informare preventivamente l'amministratore giudiziario circa eventuali forme di finanziamento della società da parte dei soci o di terzi;

d) di adottare ed efficacemente attuare misure organizzative, anche ai sensi degli [articoli 6](http://entilocali.leggiditalia.it/#id=10LX0000146502ART7,__m=document), [7](http://entilocali.leggiditalia.it/#id=10LX0000146502ART8,__m=document) e [24-ter del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231](http://entilocali.leggiditalia.it/#id=10LX0000146502ART96,__m=document), e successive modificazioni di cui sopra si è detto;

e) di assumere qualsiasi altra iniziativa finalizzata a prevenire specificamente il rischio di tentativi di infiltrazione o condizionamento mafiosi.

Per verificare il corretto adempimento degli obblighi di cui sopra, il Tribunale può autorizzare gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria ad accedere presso gli uffici dell'impresa nonché presso uffici pubblici, studi professionali, società, banche e intermediari mobiliari al fine di acquisire informazioni e copia della documentazione ritenute utili.

Nel caso in cui venga accertata la violazione di una o più prescrizioni ovvero ricorrano i presupposti, il Tribunale può disporre l'amministrazione giudiziaria dell'impresa in applicazione dell’articolo 34.

Il titolare dell'attività economica sottoposta al controllo giudiziario può proporre istanza di revoca ed in tal caso il Tribunale fissa l'udienza entro dieci giorni dal deposito dell'istanza e provvede nelle forme di cui all'[articolo 127 del codice di procedura penale](http://entilocali.leggiditalia.it/#id=05AC00006437,__m=document).

Assume particolare importanza ai nostri fini il comma 6, il quale dispone che le imprese destinatarie di informazione antimafia interdittiva ai sensi dell'articolo 84, comma 4, che abbiano proposto l'impugnazione del relativo provvedimento del Prefetto dinanzi al tribunale amministrativo regionale , possono richiedere al tribunale competente per le misure di prevenzione l'applicazione del controllo giudiziario.

Il Tribunale in questo caso, sentiti il Procuratore distrettuale competente e gli altri soggetti interessati (e tra questi il Prefetto che ha emesso l’interdittiva), nelle forme di cui all'[articolo 127 del codice di procedura penale](http://entilocali.leggiditalia.it/#id=05AC00006437,__m=document), accoglie la richiesta, ove ne ricorrano i presupposti.

Successivamente, anche sulla base della relazione dell'amministratore giudiziario, può revocare il controllo giudiziario e, ove ne ricorrano i presupposti, disporre altre misure di prevenzione patrimoniali.

Il provvedimento che dispone l'amministrazione giudiziaria prevista dall'articolo 34 o il controllo giudiziario ai sensi del comma 6 dell’art. 34 bis sospende gli effetti dell’informativa anntimafia e conseguentemente quelli di cui all'articolo 94 che si sono sopra illustrati con particolar riguardo alla attività contrattuale in corso con la pubblica amministrazione.

Nel controllo giudiziario, la condotta di agevolazione presenta contorni meno stringenti, in quanto l’art. 34-bis la correla all’elemento dell’*occasionalità*.

Il contributo illecito, dunque, sarà sanzionabile alla luce della nuova disposizione qualora si mostri soltanto episodico, differenziandosi, in questo modo, da quello stabile e continuativo richiesto dall’art. 34[[21]](#footnote-22).

Attraverso il monitoraggio di quelle imprese in cui si ravvisino contaminazioni, più o meno intense, e che forniscano ausilio alle attività di soggetti nei confronti dei quali siano state proposte o disposte misure preventive (personali e patrimoniali) antimafia o che siano stati sottoposti a procedimenti penali per i più gravi reati di mafia o contro la PA, si realizza una funzione ausiliatrice per mano pubblica per un arco temporale limitato, e ciò a riprova del carattere meramente preventivo e non sanzionatorio dell’intervento statale, diretto a prendere in cura e a far proseguire le attività economiche suscettibili di distorsione.

La peculiarità della scelta seguita dall’ultimo intervento riformatore risiede proprio nell’aver attribuito rinnovata centralità a un aspetto nevralgico dell’azione di contrasto al crimine organizzato: quello, cioè, di promuovere un proficuo recupero e gestione dei patrimoni potenzialmente destinate a finire in mano ai gruppi criminali mafiosi. Arricchire l’impianto codicistico con istituti alternativi agli strumenti propriamente ablatori non solo ha potenziato le vie prevenzionali attivabili per un efficace contrasto antimafia, ma ha anche reso percorribile una strada più garantista rispetto a quella dello spossessamento gestorio, quella cioè che assicura tutela alla continuità aziendale.

L’aspetto più innovativo della disposizione è rappresentato dalla possibilità di attivare la vigilanza prescrittiva su istanza del soggetto interessato.

La possibilità di attivare il controllo statale in un momento in cui i condizionamenti criminali si trovino in uno stadio soltanto embrionale, di agevolazione occasionale, permette di anticipare la soglia di rilevanza penale delle condotte stigmatizzabili e di sussidiare compiutamente l’attività economica delle imprese a rischio[[22]](#footnote-23).

Il comma 2 dell‘articolo 34 bis distingue una duplice facoltà in capo ai soggetti procedenti.

Alla lett. a), precisando quanto già previsto all’art. 34, comma 8, il legislatore ha confermato la facoltà dell’organo giudicante di adottare un provvedimento con cui imporre ai vertici dell’impresa a rischio infiltrazione l’obbligo di comunicare una serie di movimentazioni e atti patrimoniali aziendali.

In applicazione della lett. b), il Tribunale può adottare uno specifico provvedimento diretto a realizzare un vero e proprio “tutoraggio” mirato dell’impresa contaminata. In quest’ultimo caso, qualora cioè il Tribunale non si limiti alla prescrizione di obblighi informativi, i soggetti preordinati a bonificare l’azienda per un periodo minimo di un anno e massimo di tre, procederanno a monitorare con relazioni scritte bimestrali l’andamento economico dell’azienda.

Inoltre saranno legittimati a imporre una serie di obblighi, alcuni dei quali piuttosto stringenti, ad esempio quelli di non variare la sede, la denominazione e l’oggetto sociale dell’impresa, né la composizione degli organi di amministrazione e vigilanza, senza l’autorizzazione del tutor e del giudice delegato, o quelli di attuare politiche concrete di contrasto alle infiltrazioni mafiose.

**14 - La prima giurisprudenza applicativa.**

Un notevole apporto, ai fini della corretta interpretazione del nuovo istituto del controllo giudiziario, è stato fornito dalla giurisprudenza. Dall’entrata in vigore della l. 161/2017 si sono succedute una serie di pronunce sia della Corte di cassazione penale che di primo grado, su tutto il territorio nazionale, che hanno dato attuazione alla novella legislativa.

Un dato fattuale che funge da comune denominatore delle pronunce è costituito dalla circostanza che in ognuna di queste l’applicazione (o il diniego) della misura preventiva di recente introduzione, ad opera dell’autorità giudiziaria, è conseguita ad un’istanza di parte (art.34 bis c. 6).

Pertanto, è lo stesso ceto imprenditoriale che, ai sensi dell’art. 34-bis, comma 6, ha avanzato la richiesta di sottoporsi al controllo giudiziario ai sensi del comma 2, lett. b).

Da questo elemento fattuale, si percepiscono gli aspetti positivi delle peculiarità dell’istituto, e nello specifico, la funzione “tutoria” della misura.

L’azienda, al ricorrere delle condizioni indicate come necessarie dal comma di riferimento, ha essa stessa interesse ad essere sottoposta a tutoraggio e ciò, principalmente, allo scopo di preservare e proseguire le proprie attività economiche - evitando l’espunzione dal mercato conseguente a una misura ablatoria - sotto la vigilanza prescrittiva di un commissario giudiziario, «con il compito di monitorare il corretto andamento della gestione societaria, nonché la condizione di legalità in cui la società verserebbe».

Un primo orientamento giurisprudenziale è quelle della Corte di Cassazione (Sez. V, Sent. Penale, 20 luglio 2018, n. 34526.

La Suprema Corte ritiene che il controllo giudiziario è inserito nel novero delle misure di prevenzione patrimoniali diverse dalla confisca e trova la sua ratio, secondo la relazione finale della Commissione Fiandaca, nell'obiettivo di promuovere il recupero delle imprese infiltrate dalle organizzazioni criminali, nell'ottica di bilanciare in maniera più equilibrata gli interessi che si contrappongono in questa materia.

Secondo la Suprema Corte è una misura che deve trovare applicazione, in luogo dell'amministrazione di cui al D.Lgs. n. 159 del 2011, art. 34, nei casi in cui l'agevolazione mafiosa risulti "occasionale".

Ha come presupposto (sebbene non esclusivo) le "informazioni antimafia", disciplinate dal D.Lgs. n. 159 del 2011, art. 84, che secondo la Corte appartengono al sistema della documentazione antimafia, che, unitamente alle "comunicazioni antimafia", costituiscono le fondamentali misure di prevenzione amministrative previste dal "codice antimafia" nel libro II e confermate, nel loro impianto, anche dalla recente modifica del Codice antimafia, di cui alla L. 17 ottobre 2017, n. 161.

Si condivide da parte della S.C. l’orientamento della Giurisdiziine amministrativa secondo il quale “L'informazione antimafia consiste nell'attestazione della sussistenza, o meno, di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto, di cui all'art. 67, (l'esistenza di un provvedimento di prevenzione definitivo), nonchè nell'attestazione della sussistenza, o meno, di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte o gli indirizzi della società o delle imprese interessate (D.Lgs. n. 159 del 2011, art. 84, comma 3).

Sotto il secondo profilo, l'informazione antimafia ha natura discrezionale, laddove incarica il Prefetto di verificare la sussistenza, o meno, di tentativi di infiltrazione mafiosa nell'attività di impresa, desumibili o dai provvedimenti e dagli elementi, tipizzati nel D.Lgs. n. 159 del 2011, art. 84, comma 4, o dai provvedimenti di condanna anche non definitiva per reati strumentali all'attività delle organizzazioni criminali unitamente a concreti elementi da cui risulti che l'attività di impresa possa, anche in modo indiretto, agevolare le attività criminose ("contiguità concorrente") o esserne in qualche modo condizionata ("contiguità soggiacente").

L'informativa antimafia preclude qualunque attività nei rapporti d'impresa con la pubblica amministrazione (contratti, concessioni o sovvenzioni pubblici), incidendo anche in quelli tra privati, poichè l'effetto interdittivo si estende alle autorizzazioni, in forza del D.Lgs. n. 153 del 2014.

La attenta e costante elaborazione giurisprudenziale del Consiglio di Stato sul tema ha distillato il seguente principio: "lo Stato non riconosce dignità e statuto di operatori economici, e non più soltanto nei rapporti con la pubblica amministrazione, a soggetti condizionati, controllati, infiltrati ed eterodiretti dalle associazioni mafiose" (Cons. St., sez. 3^, 9 febbraio 2017, n. 565).

Secondo il Consiglio di Stato: "il metodo mafioso è e resta tale, per un essenziale principio di eguaglianza sostanziale prima ancora che di logica giuridica, non solo nelle contrattazioni con la pubblica amministrazione, ma anche tra privati, nello svolgimento della libera iniziativa economica" (Cons. St., sez. 3^, 9 febbraio 2017, n. 565, cit.)”.

Ad avviso della S.C. “Il controllo giudiziario e l'informativa antimafia trovano un punto di contatto nella previsione del D.Lgs. n. 159 del 2011, art. 34 bis, comma 6, a mente del quale le imprese destinatarie di "informazione antimafia interdittiva" ai sensi dell'art. 84, comma 4, che abbiano proposto l'impugnazione del relativo provvedimento prefettizio, possono richiedere al tribunale competente per le misure di prevenzione l'applicazione del controllo giudiziario di cui alla lettera b) del comma 2 del presente articolo, vale a dire la nomina di un giudice delegato e di un amministratore giudiziario.

L'iter procedimentale è disciplinato all'interno del medesimo comma 6: il tribunale, sentiti il procuratore distrettuale competente e gli altri soggetti interessati, nelle forme di cui all'art. 127 c.p.p., accoglie la richiesta, ove ne ricorrano i presupposti.

L'ammissione al controllo giudiziario sospende gli effetti della interdittiva prefettizia.

La stessa lettera della legge consente di superare agevolmente i quesiti giuridici sottoposti a questa Corte sui temi del mezzo di impugnazione e dei presupposti di ammissione al controllo giudiziario......

Il richiamo alle forme del procedimento in camera di consiglio di cui all'art. 127 c.p.p., fornisce l'addentellato normativo per ritenere che avverso l'ordinanza del tribunale, sia essa di accoglimento o di rigetto, i soggetti interessati possono proporre ricorso per cassazione, giusta la previsione del citato art. 127, comma 7.

Si è previsto un modello snello, idoneo a contemperare le esigenze di celerità, proprie di un procedimento a carattere para-incidentale, con la necessità di assicurare il controllo di legittimità, imposto, ex art. 111 Cost., dalla interferenza con diritti soggettivi costituzionalmente garantiti, quale è la libertà d'impresa.

Ne consegue che il provvedimento emesso dal tribunale ai sensi del citato art. 34 bis, comma 6, è impugnabile soltanto mediante ricorso per cassazione. Pertanto la scelta del ricorrente risulta processualmente corretta”.

Quanto ai presupposti la S.C. ritiene che “E' di palmare evidenza che l'ammissione al controllo giudiziario, per un'impresa raggiunta da una "interdittiva prefettizia", non può accettare alcun automatismo.

Depongono in tal senso sia il dato testuale sia quello funzionale.

Sotto il primo profilo va ricordato che l'art. 34 bis, comma 6, richiede al Tribunale di verificare la sussistenza "dei presupposti". Detti presupposti non possono limitarsi a quelli processuali - esistenza di una interdittiva prefettizia e impugnativa dinanzi al giudice amministrativo - altrimenti lo scrutinio sarebbe meramente formale e l'accesso al "controllo giudiziario" si tradurrebbe in un diritto potestativo dell'impresa, ma devono abbracciare necessariamente i caratteri dell'istituto come indicati dal comma 1.

Il controllo giudiziario è ontologicamente connotato dalla natura occasionale del "contagio mafioso".

Se non ricorresse tale condizione non si verterebbe nell'alveo del "controllo giudiziario" ma in altre fattispecie e non avrebbe allora senso l'inserimento del comma 6, nel tessuto normativo dell'art. 34 bis.

In conclusione, l'impresa raggiunta da informazione antimafia interdittiva può avere accesso alla misura del controllo giudiziario, allorchè abbia impugnato il provvedimento prefettizio e ricorra una ipotesi di agevolazione di carattere "occasionale".

Il Tribunale di Reggio Calabria, Sezione Misure di Prevenzione che, nell’accogliere positivamente l’istanza relativa alla misura in esame, ha formulato alcune considerazioni sui presupposti e sull’ambito di influenza dello strumento invocato. In particolare, a seguito di una breve premessa sui caratteri peculiari del monitoraggio giudiziario, si è soffermato su un primo fondamentale nodo da sciogliere, quello relativo, vale a dire, alla permanenza di un margine di discrezionalità, in capo al Tribunale competente una volta che sia stato destinatario di istanza ex art. 34-bis, comma 6.

In altri termini, i giudici si sono interrogati se la richiesta ivi disciplinata possa produrre «un vero e proprio automatismo», nel senso di dover necessariamente applicare l’istituto richiesto dalla parte, oppure se lasci comunque residuare un margine di autonomia decisionale all’interprete.

Il Tribunale ha ritenuto di aderire alla seconda alternativa, e ciò, innanzitutto, sulla base di un dato rintracciabile nello stesso corpo del testo, rilevando che il legislatore del 2017 non si è limitato a prevedere come unico presupposto la previa impugnativa dinanzi al Tribunale amministrativo regionale, ma ha richiesto altresì che «il Tribunale accolga la richiesta solo “ove ne ricorrano i presupposti”».

La necessaria impugnazione del provvedimento prefettizio più che qualificarsi come presupposto, viene qualificato come un requisito di ammissibilità della domanda.

In aggiunta, un secondo dato concorre a respingere l’opzione dell’automatismo applicativo.

E‘ emersa una diversa volontà legislativa che ha escluso qualsiasi automatismo e ha lasciato residuare autonomia di scelta in capo al Tribunale competente per le misure di prevenzione.

Quanto ai confini dell’accertata discrezionalità rimessa all’organo giudiziario, si è ritenuto che il Tribunale per le misure di prevenzione non può sindacare i presupposti che legittimano l’applicazione dell’interdittiva antimafia.

Diversamente opinando si determinerebbe un sindacato da parte del Giudice ordinario sul contenuto e sui presupposti per l‘adozione dell‘interdittiva antimafia il cui sindacato rientra nella giurisdizione del Giudice amministrativo.

La ratio che deve guidare il Tribunale competente per le misure di prevenzione è la ricorrenza dei presupposti applicativi della misura, correlati all‘individuazione dell’interesse pubblicistico a che si realizzino «opere di rilevanza pubblica e al correlativo interesse alla salvaguardia dei posti di lavoro».

Viene operato, pertanto, un bilanciamento di interessi divergenti, e cioè tra il bene giuridico sotteso alla misura non ablatoria come ruolo prevalente rispetto a quello dello strumento interdittivo ex art. 84, comma 4, quale l’ordine e la sicurezza pubblica, nonché il buon andamento e la trasparenza della p.a. contro i pericoli di infiltrazione mafiosa.

Soltanto qualora si ravvisi tale ampia finalità si potrà “declassare” – tramite la sospensiva che si produce in automatico con il controllo giudiziario – l’interdizione prefettizia, consentendo all’impresa di continuare ad operare sul mercato.

Assume rilievo anche la natura dell’impresa destinataria del provvedimento e, nello specifico, se debba trattarsi di un’azienda con precisi connotati dimensionali o operante in determinati settori.

In assenza del dato normativo specifico si è ritenuto che un’interpretazione ampia ed estensiva dell’espressione «atecnica», utilizzata nel testo della legge, porta a ricomprendere qualsiasi attività economica[[23]](#footnote-24).

Quanto alla giurisprudenza amministrativa va richiamata la pronuncia del Consiglio di Stato (sezione V n. 3268 del 31 maggio 2018) nella quale si affronta la problematica degli effetti sospensivi che determina l‘ammissione di un‘impresa al controllo giudiziario con riguardo all‘interdittiva antimafia.

Si legge “…. il controllo giudiziario che permette la prosecuzione dell'attività imprenditoriale sotto controllo giudiziario non ha effetti retroattivi e … non costituisce un superamento dell'interdittiva, ma in un certo modo ne conferma la sussistenza, con l'adozione di un regime in cui l'iniziativa imprenditoriale può essere ripresa per ragioni di libertà di iniziativa e di garanzia dei posti di lavoro, sempre naturalmente in un regime limitativo di assoggettamento ad un controllo straordinario“.

Con riguardo al rapporto tra controllo giudiziario dell'azienda ex art. 34 bis del codice antimafia e procedure di appalto va segnalata la sentenza del T.A.R. della Calabria sezione staccata di Reggio Calabria 30 ottobre 2018 n. 643.

Ha precisato il T.A.R., richiamando il precedente in termini del Consiglio di Stato, che, data la natura del controllo giudiziario e atteso che da esso discende la mera sospensione degli effetti dell’interdittiva (destinato, in quanto tale, ad operare per i rapporti futuri e non anche per il pregresso), non sarebbe neppure possibile riconoscere a tale misura una efficacia retroattiva, dalla quale discenda l’automatico travolgimento degli atti medio tempore adottati dall’amministrazione ([Tar Basilicata 18 luglio 2018, n. 482](https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/wcm/idc/groups/public/documents/document/mday/odi0/~edisp/7xqqvwaccklkymyfva2uwxeirm.html)).

L’esegesi delle disposizioni che disciplinano il controllo giudiziario (e, in particolare, del comma 7 dell’art. 34 bis) appare coerente con la sua ratio.
Il controllo giudiziario è stato definito, invero, “strumento di autodepurazione dalle infiltrazioni criminali” che consente all’impresa ammessa “di continuare ad operare nei rapporti con la pubblica amministrazione” (Circolare del Ministero dell’Interno n. 11001/119/20(8)-A del 22 marzo 2018).

L’esigenza sottesa alla continuità aziendale, tuttavia, deve essere conciliata con l’interesse alla realizzazione dell’opera di pubblica rilevanza.

Ciò impone, pertanto, la necessità di operare un giusto contemperamento degli interessi coinvolti.

Necessità che è tanto più forte ed immanente in una fattispecie, come quella in cui la procedura si era già conclusa con l’individuazione del nuovo aggiudicatario.

In tale situazione, ritiene il TAR, che non vi è spazio per ipotizzare che gli effetti della sospensione di cui all’art. 34 bis, comma 7, d.lgs. n. 159 del 2011, debbano (o possano) retroagire fino a travolgere gli atti legittimamente adottati dall’amministrazione quale automatica e doverosa conseguenza dell’informativa interdittiva intervenuta a carico dell’originaria aggiudicataria.

Un simile effetto, oltre a non risultare coerente con la ratio del nuovo istituto, risulta altresì in contrasto con lo stesso tenore letterale dalla norma che, come già sottolineato, individua un limite temporale (compreso tra uno e tre anni) di durata e collega alla misura la mera sospensione degli effetti dell’interdittiva.

Affronta la problematica dei rapporti tra giudizi amministrativi su provvedimenti interdittivi antimafia e procedimento ex art. 34 bis del codice antimafia la sentenza del Tar Campania Sede di Napoli sezione 1 2 novembre 2018 n. 6423.

Si afferma che il controllo giudiziario non è idoneo a modificare il giudizio in ordine alla sussistenza dei pericoli di infiltrazione nella società colpita dall’interdittiva; ciò in quanto in primo luogo il controllo giudiziario che permette la prosecuzione dell’attività imprenditoriale sotto controllo giudiziario non ha effetti retroattivi ed in secondo luogo perché non costituisce un superamento dell’interdittiva, ma in un certo modo ne conferma la sussistenza, con l’adozione di un regime in cui l’iniziativa imprenditoriale può essere ripresa per ragioni di libertà di iniziativa e di garanzia dei posti di lavoro, sempre naturalmente in un regime limitativo di assoggettamento ad un controllo straordinario.
 Ha chiarito il T.A.R., richiamando il precedente in termini del Consiglio di Stato di cui sopra ([sez. V, 31 maggio 2018, n. 3268](https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/wcm/idc/groups/public/documents/document/mday/nzc5/~edisp/6pymu7h4ypqzkgugnyz2iq27am.html)) che l’art. 34 bis del codice antimafia ammette la procedura in discorso quando i pericoli di infiltrazione comportino solo “in via occasionale l’agevolazione dell’attività di persone nei confronti delle quali è stata proposta o applicata” una misura antimafia, ma una tale valutazione non incide sulla sussistenza dei pericoli stessi attenendo unicamente alla possibilità di consentire, pure in via provvisoria, la prosecuzione dell’attività economica.
In altri termini la misura del controllo giudiziario costituisce un tentativo di salvaguardare, con le necessarie cautele, le realtà produttive che, per quanto incise da tentativi di infiltrazione mafiosa, manifestino un grado di autonomia gestionale (dalle consorterie criminali) non ancora totalmente compromesso e, anzi, sufficiente a consentirne un’attività economica corretta  pure in forma “controllata”, sforzandosi in tal modo il Legislatore di conservare, per quanto possibile, realtà produttive che, soprattutto nelle zone in cui esistono i fenomeni associativi criminali più eclatanti, possano costituire rimedio all’assenza di credibili opportunità occupazionali.
In tale ottica non può certo opinarsi dall’ammissione alla procedura in discorso un superamento ovvero una qualche forma di attenuazione del giudizio formulato dalla Prefettura con l’informativa.

L’ammissione alla procedura in discorso attesta solo la presenza di un procedimento che gemma da quello che ha condotto all’adozione dell’interdittiva, presupponendolo, e che risponde al fine di verificare se l’impresa che ne è attinta non sia strutturalmente compromessa con la criminalità organizzata e se ne possa, quindi, consentire un regime di “operatività controllata”[[24]](#footnote-25).

In conclusione, mentre non vengono travolti gli effetti dei provvedimenti già adottati in esecuzione dell’interdittiva antimafia e precedenti all’ammissione al controllo giudiziario ne viene preclusa l’adozione successiva.

**15 - Il rapporto tra il controllo giudiziario e l’efficacia dell‘interdittiva antimafia.**

Come sopra rilevato assume particolare importanza ai nostri fini il comma 6 dell’articolo 34 bis, il quale dispone che le imprese destinatarie di informazione antimafia interdittiva ai sensi dell'articolo 84, comma 4, che abbiano proposto l'impugnazione del relativo provvedimento del prefetto dinanzi al tribunale amministrativo regionale, possono richiedere al tribunale competente per le misure di prevenzione l'applicazione del controllo giudiziario.

In primo luogo l’impugnazione del provvedimento prefettizio di adozione dell’interdittiva antimafia dinanzi agli organi di giurisdizione amministrativa da parte del soggetto destinatario costituisce un presupposto di ammissibilità della richiesta di ammissione al controllo giudiziario.

Ciò non toglie che il Tribunale per le misure di prevenzione d’ufficio possa in alternativa alla richiesta di applicazione dell’amministrazione giudiziaria disporre il controllo giudiziario con gli stessi effetti di sospensione dell’efficacia dell’interdittiva antimafia.

Un altro problema attiene al rapporto di efficacia tra l’interdittiva antimafia ed il controllo giudiziario, posto che quest’ultimo cessa di determinare effetti di sospensione del primo nel caso in cui il giudizio amministrativo sull’adozione dell’interdittiva antimafia si definisca con sentenza passata in giudicato.

Il legislatore sul punto non ha dato indicazioni specifiche; purtuttavia il riferimento all’impugnazione come presupposto per la richiesta di controllo giudiziario induce a ritenere che si determini una forma di requisito di ammissibilità costituito dalla pendenza del giudizio amministrativo rispetto alla disposizione del controllo giudiziario.

Conseguentemente nel momento in cui il giudizio amministrativo si concluda (o con l’accoglimento del ricorso e quindi con l’annullamento della interdittiva antimafia, ovvero con il rigetto e quindi con la conferma in via definitiva della legittimità della stessa) il controllo giudiziario non determina più la sospensione dell’efficacia dell’interdittiva antimafia. Quest’ultima infatti qualora annullata dal giudice amministrativo non spiega più effetti.

Qualora, invece, l’interdittiva fosse ritenuta legittima con il rigetto dericorso continuerebbe a spiegare gli affetti nei termini previsti dall’articolo 94 del codice antimafia.

Si determinerebbe, infatti, un effetto di non pendenza del giudizio introdotto con la impugnazione[[25]](#footnote-26).

Va altresì considerato che la sottoposizione ad Amministrazione o a controllo giudiziario possono determinare una condizione di sopravvenienza di situazioni fattuali idonea a rivalutare da parte del Prefetto dei presupposti per valutare la adozione di una informativa positiva che possa far venire meno gli effetti della interdittive ai sensi dell’art. 94 del Codice antimafia.

Come sopra rilevato la sopravvenienza di fatti favorevoli all’imprenditore impone all’Amministrazione di verificare nuovamente se persistano ragioni di sicurezza e di ordine pubblico tali da prevalere sull’iniziativa e sulla libertà di impresa del soggetto inciso.

L’attualità degli elementi indizianti, da cui trarre la sussistenza dei tentativi di infiltrazione mafiosa, permane tuttavia inalterata fino al sopraggiungere di fatti nuovi ed ulteriori rispetto ad una precedente valutazione di presenza di tentativi siffatti, che evidenzino il venir meno della situazione di pericolo.

Il superamento del rischio di inquinamento mafioso è da ricondursi non tanto al trascorrere del tempo dall’ultima verifica effettuata senza che sia emersa alcuna evenienza negativa, bensì «al sopraggiungere di fatti positivi che persuasivamente e fattivamente introducano elementi di inattendibilità della situazione rilevata in precedenza» (così la sentenza Cons. St., sez. III, 22 gennaio 2014, n. 292).

L’effetto sospensivo della interdittiva antiumafia in conseguenza della ammissione al controllo giudiziario cessa anche al venir meno della misura di prevenzione o per consumazione del termine di durata ovvero per la revoca da parte del Tribunale per le misure di prevenzione non seguita dalla applicazione della misura della amministrazione giudiziaria.

**Vincenzo Salamone**

Presidente del Tribunale amministrativo regionale della Calabria

Pubblicato il 4 dicembre 2018

1. Relazione tenuta nel corso del Seminario di Studi svoltosi presso la Prefettura di Palermo il 3 dicembre 2018 sul teme “La prevenzione delle attività mafiose nell’economia legale, le interdittive del Prefetto e le sue fonti di conoscenza”. [↑](#footnote-ref-2)
2. Consiglio di Stato, sez. V, 18/04/2017,  n. 1810, Cons. St., ad. plen., 20 luglio 2015, n. 8; Id., 25 febbraio 2014, n. 10. [↑](#footnote-ref-3)
3. Rispetto all’informazione antimafia (art. 90 ss. Codice delle leggi antimafia) gli effetti variano anche in relazione al valore economico del rapporto, anche se il mancato superamento della soglia non impedisce all’amministrazione di acquisire la documentazione antimafia, se lo ritenga opportuno, indipendentemente dall’attuazione di protocolli di legalità (cfr. Cons. Stato, sez. III, 28 dicembre 2016, n. 5513); [↑](#footnote-ref-4)
4. Con l’articolo 140 del decreto legislativo 12 aprile 2006 n.163 (cosiddetto codice degli appalti 2006) il quale, prima dell’abrogazione ad opera del decreto legislativo numero 50 del 2016, si consentiva che, in caso di fallimento dell'appaltatore o di liquidazione coatta e concordato preventivo dello stesso o di risoluzione del contratto o di recesso dal contratto in applicazione della disciplina antimafia allora vigente (articolo 11, comma 3 del [decreto del Presidente della Repubblica 3 giugno 1998, n. 252](https://www.iusexplorer.it/Giurisprudenza/ShowCurrentDocument?IdDocMaster=1959820&IdUnitaDoc=6018290&NVigUnitaDoc=1&IdDatabanks=7&Pagina=0)), di interpellare progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento del completamento dei lavori.

L'affidamento era possibile alle medesime condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede in offerta.

In caso di fallimento o di indisponibilità di tutti i soggetti interpellati le stazioni appaltanti potevano procedere all'affidamento del completamento dei lavori mediante procedura negoziata senza pubblicazione di bando, ai sensi dell'articolo 57 del D. Lgs. n. 163 del 2006, se l'importo dei lavori da completare è pari o superiore alla soglia comunitaria, ovvero nel rispetto dei principi del Trattato a tutela della concorrenza, se l'importo suddetto è inferiore alla soglia predetta.

Qualora il fallimento dell'appaltatore o la risoluzione del contratto per grave inadempimento del medesimo fossero intervenuti allorché i lavori fossero già stati realizzati per una percentuale non inferiore al 70 per cento, e l'importo netto residuo dei lavori non superi i tre milioni di euro, le stazioni appaltanti potevano procedere all'affidamento del completamento dei lavori direttamente mediante la procedura negoziata senza pubblicazione di bando. [↑](#footnote-ref-5)
5. Consiglio di Stato, sez. VI, 14/11/2012, n. 5747; Consiglio di Stato, sez. III, 06/03/2017,  n. 1050; Consiglio di Stato, sez. V, 10/08/2016,  n. 3573

 [↑](#footnote-ref-6)
6. Consiglio di Stato, sez. V, 27/07/2016, n. 3400; [Cons. St., Sez. III, 28 aprile 2016, n. 1630](https://www.iusexplorer.it/Giurisprudenza/GetJumpsByIdEstremi?idEstremi=2954958&idDatabank=0). [↑](#footnote-ref-7)
7. Cassazione civile, sez. un., 29/08/2008,  n. 21928, [Cassazione civile 27 gennaio 2014 n. 1530 sez. un.](https://www.iusexplorer.it/Giurisprudenza/GetJumpsByIdEstremi?idEstremi=2405674&idDatabank=0) [Cons. St., sez. VI, 26 ottobre 2005 n. 5981](https://www.iusexplorer.it/Giurisprudenza/GetJumpsByIdEstremi?idEstremi=984415&idDatabank=0), in *Corr. giur.*, 2006, III, 331, con nota di Carbone L., D'Adamo, *Revoca e recesso dai rapporti contrattuali conseguenti ad informazioni antimafia positive.*Per l'affermazione che, una volta concluso l'accordo contrattuale in modo definitivo, la scelta della pubblica amministrazione committente di non eseguire l'opera come progettata, compiuta per sopravvenuti motivi di opportunità, rientra nell'ambito del potere, non pubblico di revoca, ma contrattuale di recesso, di cui all'[art. 345 l. 20 marzo 1865 n. 2248](https://www.iusexplorer.it/Giurisprudenza/ShowCurrentDocument?IdDocMaster=2043933&IdUnitaDoc=6193001&NVigUnitaDoc=1&IdDatabanks=7&Pagina=0), All. F, sicché la relativa controversia spetta alla giurisdizione del giudice ordinario, cfr. Cass., sez. un., 26 giugno 2003 n. 10160, in *Giur. it.*, 2004, III, 637. Sul potere di revoca dell'affidamento dell'appalto per motivi di opportunità, cfr. [Cons. St., sez. V, 3 febbraio 2000 n. 661](https://www.iusexplorer.it/Giurisprudenza/GetJumpsByIdEstremi?idEstremi=875927&idDatabank=0), in *Urb. app.*, 2000, IV, 410, con nota di Daloiso, *Potere di autotutela e contratti pubblici.*

Così come anche la controversia risarcitoria relativa a pretesi danni derivati dalla reiezione di istanze di revoca, per circostanze sopravvenute, di un provvedimento di sospensione della concessione provvisoria nel settore dell'intrattenimento e del gioco legale, adottato a seguito di nota informativa sul tentativo di infiltrazione mafiosa, spetta alla cognizione del giudice amministrativo, atteso che il pregiudizio di cui si invoca il ristoro è riconducibile, non già ad una asserita inerzia del Prefetto nell'aggiornamento dei dati presupposti, privi di autonoma rilevanza, bensì ad un provvedimento amministrativo, di natura **interdittiva** e dotato di margini di discrezionalità, rispetto al quale anche la sua mancata revoca costituisce espressione di una decisione autoritativa, implicando uno speculare esercizio di potestà amministrativa, insindacabile dal giudice ordinario (Cassazione civile, sez. un., 16/11/2016,  n. 23301). [↑](#footnote-ref-8)
8. L’art. 37 del decreto legislativo numero 163 del 2006, (prima dell’abrogazione da parte del decreto legislativo numero 50 del 2016) disponeva che “18. In caso di fallimento del mandatario ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, la stazione appaltante può proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico che sia costituito mandatario nei modi previsti dal presente codice purché abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire; non sussistendo tali condizioni la stazione appaltante può recedere dall'appalto. 19. In caso di fallimento di uno dei mandanti ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, il mandatario, ove non indichi altro operatore economico subentrante che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, è tenuto alla esecuzione, direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purché questi abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire”. [↑](#footnote-ref-9)
9. cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 7 marzo 2016,  n. 923; [Cons. Stato, VI, n. 7345 del 2010](https://www.iusexplorer.it/Giurisprudenza/GetJumpsByIdEstremi?idEstremi=434017&idDatabank=0); CGA 8 febbraio 2016 n. 34; per la giurisprudenza di primo grado, T.A.R. Campania, I, n. 94/2015; n. 4815/2012. [↑](#footnote-ref-10)
10. La norma predetta (e di cui si è fatto già cenno sopra) dispone”1. Nell'ipotesi in cui l'autorita' giudiziaria proceda per i delitti di cui agli articoli [317 c.p.](https://www.iusexplorer.it/FontiNormative/ShowCurrentDocument?IdDocMaster=3948141&IdUnitaDoc=20112098&NVigUnitaDoc=1&IdDatabanks=10&Pagina=0), [318 c.p.](https://www.iusexplorer.it/FontiNormative/ShowCurrentDocument?IdDocMaster=3948141&IdUnitaDoc=20112100&NVigUnitaDoc=1&IdDatabanks=10&Pagina=0), [319 c.p.](https://www.iusexplorer.it/FontiNormative/ShowCurrentDocument?IdDocMaster=3948141&IdUnitaDoc=20112101&NVigUnitaDoc=1&IdDatabanks=10&Pagina=0), [319-bis c.p.](https://www.iusexplorer.it/FontiNormative/ShowCurrentDocument?IdDocMaster=3948141&IdUnitaDoc=20112102&NVigUnitaDoc=1&IdDatabanks=10&Pagina=0), [319-ter c.p.](https://www.iusexplorer.it/FontiNormative/ShowCurrentDocument?IdDocMaster=3948141&IdUnitaDoc=20112103&NVigUnitaDoc=1&IdDatabanks=10&Pagina=0), [319-quater c.p.](https://www.iusexplorer.it/FontiNormative/ShowCurrentDocument?IdDocMaster=3948141&IdUnitaDoc=20112104&NVigUnitaDoc=1&IdDatabanks=10&Pagina=0), [320 c.p.](https://www.iusexplorer.it/FontiNormative/ShowCurrentDocument?IdDocMaster=3948141&IdUnitaDoc=20112105&NVigUnitaDoc=1&IdDatabanks=10&Pagina=0), [322, c.p.](https://www.iusexplorer.it/FontiNormative/ShowCurrentDocument?IdDocMaster=3948141&IdUnitaDoc=20112107&NVigUnitaDoc=1&IdDatabanks=10&Pagina=0), [322-bis, c.p.](https://www.iusexplorer.it/FontiNormative/ShowCurrentDocument?IdDocMaster=3948141&IdUnitaDoc=20112108&NVigUnitaDoc=1&IdDatabanks=10&Pagina=0) [346-bis, c.p.](https://www.iusexplorer.it/FontiNormative/ShowCurrentDocument?IdDocMaster=3948141&IdUnitaDoc=20112140&NVigUnitaDoc=1&IdDatabanks=10&Pagina=0), [353 c.p.](https://www.iusexplorer.it/FontiNormative/ShowCurrentDocument?IdDocMaster=3948141&IdUnitaDoc=20112147&NVigUnitaDoc=1&IdDatabanks=10&Pagina=0) e [353-bis c.p.](https://www.iusexplorer.it/FontiNormative/ShowCurrentDocument?IdDocMaster=3948141&IdUnitaDoc=20112148&NVigUnitaDoc=1&IdDatabanks=10&Pagina=0), 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, nonchè 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)](https://www.iusexplorer.it/FontiNormative/ShowCurrentDocument?IdDocMaster=4187379&IdUnitaDoc=24258868&NVigUnitaDoc=1&IdDatabanks=7&Pagina=0) 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 [appaltatrice] 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 [appaltatrice] 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 gravita' 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 piu' gravi, provvede nei dieci giorni successivi con decreto alla nomina di uno o piu' amministratori, in numero comunque non superiore a tre, in possesso dei requisiti di professionalità e onorabilita' di cui al regolamento adottato ai sensi dell'[articolo 39, comma 1, del decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270](https://www.iusexplorer.it/FontiNormative/ShowCurrentDocument?IdDocMaster=1803789&IdUnitaDoc=5575021&NVigUnitaDoc=1&IdDatabanks=7&Pagina=0). 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 e comunque non oltre il collaudo ovvero dell'accordo contrattuale.

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, e' adottato d'intesa con il Ministro della salute e la nomina e' 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 e' considerata di pubblica utilita' 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](https://www.iusexplorer.it/FontiNormative/ShowCurrentDocument?IdDocMaster=1804487&IdUnitaDoc=5591961&NVigUnitaDoc=1&IdDatabanks=7&Pagina=0). 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 puo' essere distribuito ne' 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 e' 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 di cui al regolamento adottato ai sensi dell'[articolo 39, comma 1, del decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270](https://www.iusexplorer.it/FontiNormative/ShowCurrentDocument?IdDocMaster=1803789&IdUnitaDoc=5575021&NVigUnitaDoc=1&IdDatabanks=7&Pagina=0), 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](https://www.iusexplorer.it/FontiNormative/ShowCurrentDocument?IdDocMaster=1804487&IdUnitaDoc=5591961&NVigUnitaDoc=1&IdDatabanks=7&Pagina=0). 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, nonchè 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](https://www.iusexplorer.it/FontiNormative/ShowCurrentDocument?IdDocMaster=1804601&IdUnitaDoc=5597555&NVigUnitaDoc=1&IdDatabanks=7&Pagina=0). 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](https://www.iusexplorer.it/FontiNormative/ShowCurrentDocument?IdDocMaster=1804601&IdUnitaDoc=5597552&NVigUnitaDoc=1&IdDatabanks=7&Pagina=0), 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 criminali posti in essere ai danni del Servizio sanitario nazionale”

[La legge 11 agosto 2014, n. 114 (in SO n.70, relativo alla G.U. 18/08/2014, n.190)](http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2014-08-18&atto.codiceRedazionale=14G00129&atto.articolo.numero=1&atto.articolo.tipoArticolo=0) , di conversione, ha disposto (con l'art. 1, comma 1) la modifica dell'art. 32, commi 1, alinea e lettere a) e b), 2, 5 e 7. [La legge 28 dicembre 2015, n. 208 (in SO n.70, relativo alla G.U. 30/12/2015, n.302)](http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2015-12-30&atto.codiceRedazionale=15G00222&atto.articolo.numero=1&atto.articolo.tipoArticolo=0) ha disposto (con l'art. 1, comma 704, lettera a)) la modifica dell'art. 32, comma 1, alinea; (con l'art. 1, comma 704, lettera b)) la modifica dell'art. 32, comma 1, lettera a); (con l'art. 1, comma 704, lettera c)) la modifica dell'art. 32, comma 1, lettera b); (con l'art. 1, comma 704, lettera d)) la modifica dell'art. 32, comma 2; (con l'art. 1, comma 704, lettera e)) l'introduzione del comma 2-bis all'art. 32; (con l'art. 1, comma 704, lettera f)) la modifica dell'art. 32, comma 10; (con l'art. 1, comma 704, lettera g)) l'introduzione del comma 10-bis all'art. 32. [↑](#footnote-ref-11)
11. In un Dossier del Servizio Studi del Senato si parla di misure per la gestione di imprese aggiudicatarie di appalti pubblici i cui titolari od amministratori siano persone"indagate per delitti contro la P.A.".Inoltre nello stesso documento si spiega che l'articolo 32 prevede, anziché l'amministrazione straordinaria temporanea, la possibile nomina di esperti da parte del Prefetto per svolgere funzioni di sostegno e monitoraggio dell'impresa, "se le citate indagini penali" riguardano membri di organi societari diversi da quelli dell'impresa aggiudicataria dell'appalto. [↑](#footnote-ref-12)
12. In sede parlamentare, nel corso dei lavori di conversione del D.L., è stata proposta l'eliminazione del presupposto in esame, anche sulla base delle osservazioni critiche di Confmdustria. [↑](#footnote-ref-13)
13. Le seconde linee guida dell'ANAC delineano un articolato assetto delle competenze. [↑](#footnote-ref-14)
14. A seguito delle modifiche dell'articolo 32 apportata dall'articolo 1 comma 704 della legge 28 dicembre 2015 numero 208, che è steso l'applicazione dell'Istituto disciplinato alle imprese che esercitano attività sanitaria per conto del Servizio sanitario nazionale in base agli accordi contrattuali di cui all'articolo otto quinquies. Del decreto legislativo 30 dicembre 1992 numero 502, sono state emanate le quarte linee guida pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale numero 197 del 24 agosto 2016. [↑](#footnote-ref-15)
15. Cfr. Cons. St., sez. VI, 29 febbraio 2008 n. 756; Cons. St., sez. V, 12 giugno 2007 n. 3126; id., 28 febbraio 2006 n. 851. Il Consiglio di Stato (III 9 febbraio 2017 n. 565) ha recentemente ritenuto che “La delicatezza di tale ponderazione intesa a contrastare in via preventiva la minaccia insidiosa ed esiziale delle organizzazioni mafiose, richiesta all’autorità amministrativa, può comportare anche un’attenuazione, se non una eliminazione, del contraddittorio procedimentale, che del resto non è un valore assoluto, slegato dal doveroso 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. E d’altro canto, occorre qui ricordare, il contraddittorio procedimentale non è del tutto assente nemmeno nelle procedure antimafia, se è vero che l’art. 93, comma 7, del d. lgs. n. 159 del 2011 «il prefetto competente al rilascio dell’informazione, ove lo ritenga utile, sulla base della documentazione e delle informazioni acquisite invita, in sede di audizione personale, i soggetti interessati a produrre, anche allegando elementi documentali, ogni informazione ritenuta utile». Infine deve essere qui anche ribadito, come questa Sezione ha più volte chiarito, che il bilanciamento tra i valori costituzionali rilevanti in materia – l’esigenza, da un lato, di preservare i rapporti economici dalle infiltrazioni mafiose in attuazione del superiore principio di legalità sostanziale e, dall’altro, la libertà di impresa – trova nella previsione dell’aggiornamento, ai sensi dell’art. 91, comma 5, del d. lgs. n. 159 del 2011, un punto di equilibrio fondamentale e uno snodo della disciplina in materia, sia in senso favorevole che sfavorevole all’impresa, poiché impone all’autorità prefettizia di considerare i fatti nuovi, laddove sopravvenuti, o anche precedenti – se non noti – e consente all’impresa stessa di rappresentarli all’autorità stessa, laddove da questa non conosciuti (v., ex plurimis, Cons. St., sez. III, 5 ottobre 2016, n. 4121). L’ordinamento positivo in materia, dalla legge-delega al cd. “Codice antimafia” sino alle più recenti integrazioni di quest’ultimo, ha voluto apprestare, per l’individuazione del pericolo di infiltrazione mafiosa nell’economia e nelle imprese, strumenti sempre più idonei e capaci di consentire valutazioni e accertamenti tanto variegati e adeguabili alle circostanze, quanto variabili e diversamente atteggiati sono i mezzi che le mafie usano per cercare di moltiplicare i loro illeciti profitti. Nella ponderazione degli interessi in gioco, tra cui certo quello delle garanzie per l’interessato da una misura interdittiva è ben presente, non può pensarsi che gli organi dello Stato contrastino con “armi impari” la pervasiva diffusione delle organizzazioni mafiose che hanno, nei sistemi globalizzati, vaste reti di collegamento e profitti criminali quale “ragione sociale” per tendere al controllo di interi territori”. [↑](#footnote-ref-16)
16. Consiglio di Stato, sez. V, 13 novembre 2015,  n. 5188. [↑](#footnote-ref-17)
17. Circolare del 22 marzo 2018 del Ministero dell’Interno (n. 11001/119/20) [↑](#footnote-ref-18)
18. GAROFOLI, Il contrasto ai reati di impresa nel d.lgs. n. 231 del 2001 e nel d.l. n. 90 del 2014: non solo repressione, ma prevenzionee continuità aziendale, in Diritto Penale Contemporaneo. [↑](#footnote-ref-19)
19. PIGNATONE, Mafia e corruzione tra confische commissariamenti ed interdittive in Diritto penale contemporaneo 2017. [↑](#footnote-ref-20)
20. Diversi Autori hanno sottolineato la bontà di siffatto intervento legislativo distinguendolo da innovazioni di segno negativo, tra tutte l’aver equiparato i delitti di mafia a quelli di corruzione con consequenziale estensione applicativa delle misure di prevenzione patrimoniali ai reati contro la pubblica amministrazione. Si veda, in tal senso, C. VISCONTI, Codice antimafia: luci e ombre della riforma, in Dir. pen. proc., n. 2, 2018; cfr. anche M. ROMANO, La l. 17 ottobre 2017, n. 161 e l’amministrazione giudiziaria dei patrimoni sottratti al crimine: una risposta, non sempre adeguata, alla richiesta di intervento legislativo, in Proc. pen. giust., n. 2, 2018, PERONACI Dalla confisca al controllo giudiziario delle aziende: il nuovo volto delle politiche antimafia. I primi provvedimenti applicativi dell’art. 34-bis D.lgs. 159/2011.

. [↑](#footnote-ref-21)
21. Per un completo esame sul connotato dell’agevolazione occasionale si veda il contributo di R. DELFINO, M. GERACI, S. RINALDO, E. SQUILLACI, Dossier. Art. 34-bis d.lgs. 159/2011 Il controllo giudiziario delle aziende, febbraio 2018, reperibile su: http://www.cerpec.unirc.it/wp-content/uploads/2018/02/Dossier-art.-34-bis.pdf, dove gli Autori precisano come il requisito menzionato sia destinato a marcare il preciso ambito applicativo del controllo giudiziario rispetto all’amministrazione giudiziaria, il quale «troverà spazio allorquando il contributo agevolatore abbia carattere isolato e discontinuo, ma cionondimeno presenti una efficacia causale rispetto al rafforzamento dell’altrui attività illecita comunque apprezzabile, alla stregua di una ragionevole valutazione prognostica che tenga conto anche degli altri indici fattuali previsti dalla disposizione de qua». [↑](#footnote-ref-22)
22. Si veda la Relazione della Commissione ministeriale incaricata di elaborare una proposta di interventi in materia di criminalità organizzata, istituita con D.M. 10 giugno 2013, presieduta dal Prof. G. Fiandaca, 2014, 13, consultabile su www.dirittopenalecontemporaneo.it. [↑](#footnote-ref-23)
23. Per una prima applicazione dell'articolo 34 bis del codice antimafia si vedano i decreti tribunale di Reggio Calabria sezione misure di prevenzione numero 47 2018 numero 10 2018 numero 15 del 2018 e numero 18 del 2018, tribunale di Catanzaro sezione misure di prevenzione numero quattro del 2018 [↑](#footnote-ref-24)
24. Si legge nella sentenza “Ritiene il Collegio, in linea con quanto opinato dal Consiglio di Stato, che il decreto di ammissione della -OMISSIS- alla procedura di cui all’art. 34 bis del d. lgs. n. 159 del 2011, non risulti idoneo a modificare il giudizio in ordine alla sussistenza dei pericoli di infiltrazione nella società sottesa ai provvedimenti impugnati: “in primo luogo il controllo giudiziario che permette la prosecuzione dell’attività imprenditoriale sotto controllo giudiziario non ha effetti retroattivi ed in secondo luogo perché non costituisce un superamento dell’interdittiva, ma in un certo modo ne conferma la sussistenza, con l’adozione di un regime in cui l’iniziativa imprenditoriale può essere ripresa per ragioni di libertà di iniziativa e di garanzia dei posti di lavoro, sempre naturalmente in un regime limitativo di assoggettamento ad un controllo straordinario” (cfr. Cons. Stato, sez. V, 31 maggio 2018, n. 3268). Vero è che l’art. 34bis del codice antimafia ammette la procedura in discorso quando i pericoli di infiltrazione comportino solo “in via occasionale l’agevolazione dell’attività di persone nei confronti delle quali è stata proposta o applicata” una misura antimafia, ma una tale valutazione non incide sulla sussistenza dei pericoli stessi attenendo unicamente alla possibilità di consentire, -OMISSIS- pure in via provvisoria, la prosecuzione dell’attività economica. In altri termini la misura del controllo giudiziario costituisce un tentativo di salvaguardare, con le necessarie cautele, le realtà produttive che, per quanto incise da tentativi di infiltrazione mafiosa, manifestino un grado di autonomia gestionale (dalle consorterie criminali) non ancora totalmente compromesso e, anzi, sufficiente a consentirne un’attività economica corretta -OMISSIS- pure in forma “controllata”, sforzandosi in tal modo il Legislatore di conservare, per quanto possibile, realtà produttive che, soprattutto nelle zone in cui esistono i fenomeni associativi criminali più eclatanti, possano costituire rimedio all’assenza di credibili opportunità occupazionali. In tale ottica non può certo opinarsi dall’ammissione alla procedura in discorso un superamento ovvero una qualche forma di attenuazione del giudizio formulato dalla Prefettura con l’informativa, come vorrebbe parte ricorrente; invece l’ammissione alla procedura in discorso attesta solo la presenza di un procedimento che gemma da quello che ha condotto all’adozione dell’interdittiva, presupponendolo, e che risponde al fine di verificare se l’impresa che ne è attinta non -OMISSIS- strutturalmente compromessa con la criminalità organizzata e se ne possa, quindi, consentire un regime di “operatività controllata”; Si veda anche la recente circolare del Gabinetto del Ministero dell’Interno n. 11001/119/20(8) del 2 novembre 2018. [↑](#footnote-ref-25)
25. Merita di essere menzionata tal proposito la circolare del 22 marzo 2018 del Ministero dell’Interno (n. 11001/119/20), secondo la quale è doverosa per il Prefetto l’iscrizione nella white list richiesta dall’azienda destinataria di informazione interdittiva che abbia impugnato il relativo provvedimento ed ottenuto dal Tribunale competente per le misure di prevenzione l’applicazione del controllo giudiziario di cui alla lett. b) del comma 2, dell’art. 34-bis. Se, infatti, la consultazione dell’elenco è la modalità obbligatoria attraverso la quale deve essere acquisita la documentazione antimafia per le attività a rischio, un eventuale rifiuto dell’iscrizione finirebbe con il vanificare la sospensione disposta dal Giudice, la cui finalità è proprio quella di incentivare l’adesione spontanea dell’impresa a questo nuovo strumento di autodepurazione dalle infiltrazioni criminali consentendole di continuare ad operare nei rapporti con la pubblica amministrazione.

Nella circolare si rileva infatti che “Il primo degli aspetti per i quali viene sollecitato un chiarimento riguarda l’interpretazione del comma 7 della suddetta disposizione laddove statuisce che dal provvedimento che dispone il controllo giudiziario deriva la sospensione della documentazione antimafia impugnata. In particolare, si chiede di conoscere se l’impresa che beneficia della suddetta sospensione ha anche il diritto di ottenere l’iscrizione negli elenchi dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa. Al riguardo, si osserva preliminarmente che le c.d. “white list” sono un istituto codificato con la legge 6 novembre 2012, n. 190 (art. 1, commi 52-56). Pur con le dovute differenze di procedimento, legate alla sua natura ad istanza di parte, l’iscrizione negli elenchi prefettizi presuppone un’istruttoria il cui oggetto sostanziale di indagine è il medesimo delle informazioni antimafia, cioè la verifica dell’assenza di cause preclusive ex art. 67, del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, e l’insussistenza dei tentativi di infiltrazione mafiosa di cui all’art. 84 del medesimo Codice antimafia. Come è noto, per effetto del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, poi convertito con legge 11 agosto 2014, n. 114, la suddetta iscrizione, pur conservando formalmente la primigenia natura volontaria, è divenuta di fatto adempimento necessitato attraverso il quale viene accertata, nei confronti dei soggetti che operano nei settori “sensibili”, l’assenza di motivi ostativi ai fini antimafia. Inoltre, l’iscrizione nell’elenco “tiene luogo della comunicazione e dell’informazione antimafia liberatoria anche ai fini della stipula, approvazione o autorizzazione di contratti o subcontratti relativi ad attività diverse da quelle per le quali essa è stata disposta” (art. 1, comma 52-bis, legge n. 190/2012). Fatta questa premessa, si ritiene che la norma in commento debba essere interpretata nel senso di rendere doverosa per il Prefetto l’iscrizione nella white list richiesta dall’azienda destinataria di informazione interdittiva che abbia impugnato il relativo provvedimento ed ottenuto dal Tribunale competente per le misure di prevenzione l’applicazione del controllo giudiziario di cui alla lett. b) del comma 2, dell’art. 34-bis. Se, infatti, la consultazione dell’elenco è la modalità obbligatoria attraverso la quale deve essere acquisita la documentazione antimafia per le attività a rischio, un eventuale rifiuto dell’iscrizione finirebbe con il vanificare la sospensione disposta dal Giudice, la cui finalità è proprio quella di incentivare l’adesione spontanea dell’impresa a questo nuovo strumento di autodepurazione dalle infiltrazioni criminali consentendole di continuare ad operare nei rapporti con la pubblica amministrazione. Nel procedere all’iscrizione, tuttavia, sembra opportuno che il Prefetto annoti di avere così provveduto per effetto della misura adottata dal Tribunale ai sensi della norma sopra citata. Si sottolinea, altresì, la necessità di monitorare con particolare attenzione la posizione dell’impresa iscritta, alla luce non solo dell’esito dell’impugnazione proposta avverso il provvedimento interdittivo che la riguarda ma anche degli sviluppi del procedimento di prevenzione instauratosi nei suoi confronti”. Altra problematica affrontata dalla circolare è il rapporto tra l’ammissione al controllo giudiziario e il commissariamento dell’impresa previsto dall’articolo 32 comma 10 del decreto-legge numero 90 del 2014. Si legge nella circolare “Altra questione sottoposta all’attenzione di quest’Ufficio è il rapporto tra l’amministrazione disposta dal Prefetto ai sensi dell’art. 32, comma 10, del decreto-legge n. 90/2014 e la nomina per la medesima azienda dell’amministratore giudiziario, in base all’art. 34-bis, del Codice antimafia. La prima previsione configura una misura chiaramente preordinata al perseguimento di determinati interessi pubblici tassativamente elencati che vengono messi in pericolo da situazioni di contiguità o di agevolazione mafiosa ascrivibili a responsabilità dell’impresa e dei soggetti capaci di determinarne l’andamento. Si tratta di un presidio a garanzia di uno specifico contratto, quello in relazione al quale vengono in evidenza le esigenze individuate dalla norma, e non della totalità delle commesse dell’impresa all’atto dell’adozione del provvedimento. La seconda disposizione è stata inserita dalla legge n. 161/2017 nel Capo V del Codice antimafia, dedicato alle misure di prevenzione patrimoniale diverse dalla confisca. Come si è avuto modo di chiarire con circolare del 19 gennaio u.s., il controllo giudiziario non determina lo “spossessamento gestorio” ma consiste in una vigilanza prescrittiva condotta dal commissario nominato dal Tribunale al quale viene affidato il compito di monitorare all’interno dell’azienda l’adempimento di una serie di obblighi di compliance imposti dal giudice. Nell’ipotesi segnalata da codesta Prefettura, il presidio di legalità nella forma del c.d. “tutoraggio” all’azienda si fonda sul medesimo presupposto della gestione commissariale di nomina prefettizia già avviata, vale a dire la presenza di indizi di fatto rivelatori di pericoli di contiguità o di agevolazione mafiosa. Si ritiene, pertanto, che, qualora tale controllo venga disposto dal magistrato perché ritenuto adeguato alle rilevate esigenze di prevenzione in relazione alla totalità dei rapporti economici facenti capo all’azienda, determini il venir meno della misura ex art. 32, del decreto-legge 90/2014, analogamente a quanto previsto dal comma 5 della medesima norma per il caso in cui siano applicate le confisca, il sequestro o l’amministrazione giudiziaria dell’impresa. Siffatta interpretazione, del resto, è avvalorata dalla circostanza che quello riservato al Prefetto è un potere conformativo e limitativo della libertà di iniziativa economica che deve essere esercitato secondo canoni rispettosi del principio di proporzionalità. Ne discende che, se nella scala degli interventi astrattamente possibili in ragione della gravità della situazione riscontrata a carico dell’operatore economico, il Tribunale ritiene percorribile la strada del controllo giudiziario, non sembra possibile giustificare ulteriormente il mantenimento di una gestione separata “ad contractum”. Muovendo da tale assunto, tuttavia, si pone l’imprescindibile esigenza di assicurare un’adeguata interlocuzione con la magistratura procedente, finalizzata a fare emergere il patrimonio info-investigativo dal quale è scaturita la valutazione di un livello di compromissione della governance aziendale così grave da motivare la misura del commissariamento. Ancorché ciò non sia espressamente previsto, è, quindi, necessario che in tutti i casi di adozione del provvedimento in esame ne venga data notizia al competente organo giurisdizionale per le relative valutazioni, anche in ordine alla individuazione dei “soggetti interessati” alla vicenda da sentire in camera di consiglio ai sensi dell’art. 34-bis, comma 6”. [↑](#footnote-ref-26)