



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI GENOVA

**SCUOLA DI SCIENZE SOCIALI
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA**

CORSO DI LAUREA IN
GIURISPRUDENZA

Tesi di laurea in Diritto Amministrativo

**“I requisiti soggettivi degli aspiranti aggiudicatari dei contratti
pubblici”**

Relatore:

Chiar.mo Prof. Giovanni Acquarone

Candidato:

Filippo Palmos

Anno accademico 2023-2024

Sommario

Capitolo I

Introduzione	6
1.1 Oggetto e scopo della tesi	6
1.2 Metodo di analisi adottato e struttura della tesi	10

Capitolo II

Quadro storico	13
2.1 I fondamenti della contrattazione pubblica in Italia.....	13
2.2 Evoluzioni normative: le direttive e le disciplina delle cause di esclusione.....	18
i) Le direttive in materia di appalti	18
ii) La legge Merloni.....	24
iii) I codici dei contratti pubblici: le cause di esclusione.....	30
2.3 La prevenzione del fenomeno mafioso nella contrattazione pubblica.....	34
i) La nascita delle misure di prevenzione.....	34
ii) La legge 575/1965.....	38
iii) La legge Rognoni-La Torre	41
iv) La legge 55 del 1990.....	45
v) La prevenzione economico aziendale.....	48
2.3 Le interdittive e la documentazione amministrativa antimafia	53
i) La documentazione antimafia nel Codice del 2011	55
ii) La valutazione probatoria per disporre l'interdittiva	59
iii) Il potere del Prefetto ai fini dell'adozione dei provvedimenti interdittivi.....	61
iv) La partecipazione dell'operatore al procedimento che dispone l'interdittiva	66

Capitolo III

Disciplina attuale: le principali novità in materia di esclusione dalla contrattazione pubblica nel Decreto Legislativo 36/2023	69
3.1 Il Nuovo Codice e le cause di esclusione	69
i) Le finalità della riforma	69
ii) Il principio di tassatività delle cause di esclusione	72
iii) Il principio di eterointegrazione	75
iv) Le cause di esclusione: la nuova sistematizzazione.....	77
v) I requisiti di ordine speciale.....	82
3.2 L'illecito professionale grave nel Nuovo Codice.....	83
3.3 Il self cleaning	89
3.4 Le modifiche dei contratti pubblici dopo l'aggiudicazione: evoluzioni normative e giurisprudenziali.....	93

Capitolo IV

La disciplina antimafia vigente nelle procedure ad evidenza pubblica: novità e profili procedurali	100
4.1 La classificazione degli strumenti di prevenzione e contrasto al fenomeno mafioso	100
4.2 I controlli	103
i) Il controllo come misura di prevenzione	103
ii) La white list	107
4.3 L'amministrazione giudiziaria: la disciplina	112
4.4 Le misure più invasive: il sequestro e la confisca	116

Capitolo V

Casistica e conclusioni.....	126
5.1 Analisi della giurisprudenza in materia di interdittive antimafia	126
i) I rapporti controversi tra misure di prevenzione e interdittive antimafia.....	126
ii) L'impugnazione delle informative interdittive prefettizie da parte dei soci e degli amministratori.....	132
5.2 I poteri dell'ANAC e degli altri organismi di controllo	137
i) I poteri sanzionatori dell'Anac	137
ii) La posizione del titolare effettivo e la segnalazione di operazioni sospette: PNRR e appalti	143
5.3 Conclusioni.....	149
BIBLIOGRAFIA	156
GIURISPRUDENZA.....	163
NORMATIVA.....	166
ALTRE FONTI.....	167
SITOGRAFIA.....	168

Capitolo I

Introduzione

1.1 Oggetto e scopo della tesi

La Pubblica Amministrazione è legittimata nei vari settori in cui opera ad esercitare una serie di poteri idonei ad incidere sulla sfera giuridica dei cittadini, talvolta anche in modo estremamente invasivo. Per tale ragione, l'ordinamento prevede una serie di garanzie per i soggetti privati che si traducono in limiti per l'attività amministrativa, sia di tipo procedurale sia di tipo sostanziale¹.

La legge 689 del 1981 ha sancito all'articolo 1 un principio generale che governa ancora oggi l'attività dell'Amministrazione in materia di sanzioni: *“nessuno può essere soggetto a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione”*², richiamando quanto stabilito per la pena. Si vedrà come questa apparente funzione punitiva muterà nel corso degli anni attraverso l'intervento della giurisprudenza e del legislatore. La materia dei poteri sanzionatori dell'Amministrazione è ancora oggi oggetto di studio e di contrasti giurisprudenziali, dal momento in cui la configurazione di tali poteri si presenta come estremamente incisiva rispetto alle situazioni giuridiche di cui i cittadini sono titolari.

Nell'ambito dei contratti pubblici convivono diverse forme di sanzione che sono riconducibili a due categorie: da una parte quelle di natura pecuniaria; dall'altra quelle di natura interdittiva. Il potere sanzionatorio e gli strumenti di cui l'Amministrazione si avvale al fine di garantirne il funzionamento si connettono a loro volta alla materia delle cause di esclusione nelle procedure ad evidenza pubblica.

Le cause di esclusione previste nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici possono essere classificate in tre principali categorie: assenza di requisiti soggettivi, inadempimenti e carenze di tipo formale o sostanziale. Altra classificazione che incide in modo significativo sui tipi di cause di esclusione è quella tra requisiti di ordine generale e di ordine speciale. I

¹ E. D'ALTERIO *“I poteri sanzionatori in materia di contratti pubblici”*, *“Giornale di diritto amministrativo”* numero 1 del 2022, pagina 99

² Legge 689 del 1981, recante la disciplina generale degli illeciti amministrativi

requisiti di ordine generale, di cui ci si occuperà in questa tesi, trovano applicazione per contratti di appalto e concessione, a prescindere dalle peculiarità contrattuali richieste all'operatore nel caso concreto; infatti, attengono in generale alla moralità o all'affidabilità del contraente. Quelli speciali sono invece dei requisiti che concernono esclusivamente la capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale che l'operatore economico deve possedere di volta in volta in ordine alla natura, alla tipologia e alle caratteristiche che il contratto concretamente richiede.³ Alla luce delle più recenti riforme, i requisiti di ordine generale devono inoltre sussistere temporalmente dal momento di presentazione della domanda per partecipare alla gara fino al momento in cui il contratto viene concluso; l'assenza di tali requisiti determina la legittima sussistenza della causa di esclusione e quindi l'impossibilità di partecipare alla gara.

La giustificazione normativa delle cause di esclusione dalla contrattazione pubblica si rinviene nella necessità di garantire la tutela di molteplici interessi pubblici⁴, assicurando la principale prerogativa per l'Amministrazione di contrarre con operatori che siano ritenuti affidabili moralmente e professionalmente. Le cause di esclusione di ordine generale operano nei casi in cui manchi il rispetto di requisiti morali o "di affidabilità" necessari per partecipare alla procedura di affidamento al quale consegue l'esclusione dalla gara. La materia è stata oggetto di diversi interventi normativi, del resto a partire dal 2006 i Codici dei contratti pubblici hanno sempre previsto un'apposita regolamentazione dell'istituto, in attuazione delle direttive e dei vari atti dell'Unione Europea, nonché degli orientamenti della giurisprudenza.

La tesi si propone di analizzare le novità principali apportate dal Nuovo Codice del 2023, intervenuto con la finalità di *"razionalizzazione e semplificazione delle cause di esclusione, al fine di rendere le regole di partecipazione chiare e certe..."* (art 1 comma 2 lett. n, legge delega 78/2022). I principi sopra citati sono tra quelli ispiratori della riforma del 2023 in materia di contrattazione pubblica, come emerge chiaramente anche dalla *"Relazione agli articoli e agli allegati nel Codice"*, redatta dalla Commissione speciale del Consiglio di

³ L. PONZONE *"Nuovo Codice dei Contratti Pubblici Ragionato"*, Neldiritto Editore, 2024 II edizione, Codici Ragionati Maior, pagina 27

⁴ Cons. Stato, Sez. VI, sentenza numero 2725 del 21 maggio 2013; TAR Puglia, Bari, Sez. I, sentenza numero 744 del 9 giugno 2016

Stato, che si è dedicata ad illustrare i significati delle norme del Codice, dando conto del proprio operato proprio in tale documento.

Quando si parla di interesse pubblico sotteso alla previsione di cause di esclusione si fa particolare riferimento all'obbiettivo dell'Amministrazione di selezionare l'operatore economico che risulti essere più idoneo ed affidabile all'esecuzione del contratto dal punto di vista sia morale sia professionale, dando attuazione in questo modo anche al principio della massima partecipazione.⁵

Pur perseguendo il medesimo obiettivo, le cause di esclusione e il principio di massima partecipazione seguono approcci opposti: da una parte le cause di esclusione restringono l'accesso alle gare ai soli concorrenti considerati affidabili ed in possesso dei requisiti imposti dalla legge; dall'altra il principio di massima partecipazione favorisce un ampio confronto concorrenziale.⁶

Muovendo da tale ragionamento, il legislatore ha stabilito che il punto di equilibrio sia da ricercare in procedure, istituti e garanzie che regolino in modo sempre più chiaro la materia: come il principio di tassatività delle cause di esclusione, strumenti partecipativi che ammettano un confronto tra operatore e Amministrazione, o istituti di natura terapeutica volti a far venire meno la causa che determinerebbe l'esclusione dalla gara. In particolare, la tassatività rappresenta la perfetta sintesi tra l'interesse pubblico alla massima partecipazione e la discrezionalità dell'Amministrazione, che essendo orientata al perseguimento di un

⁵ S. COLOMBARI "Percorsi di giurisprudenza-L' esclusione dalle gare pubbliche: una misura residuale?", "Giurisprudenza italiana", numero 3, 1 marzo 2024 pagina 742: "Le cause di esclusione dalle procedure di affidamento di contratti pubblici sono riconducibili a tre tipologie principali: mancanza di requisiti soggettivi; inadempimenti e/o carenze formali o sostanziali. In ogni caso, esse si giustificano in relazione a un preciso interesse pubblico: pervenire all'assegnazione dei contratti pubblici in favore di soggetti affidabili sul piano morale e professionale. Le cause di esclusione sono quindi speculari rispetto ai requisiti richiesti per la partecipazione alla procedura di affidamento: la mancanza, totale o parziale, dei requisiti comporta l'esclusione. Le cause di esclusione sono state oggetto di plurimi interventi normativi: basta ricordare che se ne sono occupati tutti e tre i Codici dei contratti pubblici (rispettivamente D. Lgs. n. 163/2006; D. Lgs. n. 50/2016; D. Lgs n. 36/2023) succedutisi dal 2006 e, a monte, le direttive dell'UE di cui tali Codici sono attuazione"

⁶ Cons. Stato, Sez. V sentenza numero 607 del 24 gennaio 2020: "Va, anzitutto, rilevato che, per pacifico principio giurisprudenziale, che la Sezione condivide e a cui intende dare continuità, "a fronte di più possibili interpretazioni di una clausola della lex specialis di gara (una avente quale effetto l'esclusione dalla gara e l'altra tale da consentire la permanenza del concorrente), non può legittimamente aderirsi all'opzione che, ove condivisa, comporterebbe l'esclusione dalla gara, dovendo essere favorita l'ammissione del più elevato numero di concorrenti, in nome del principio del favor participationis e dell'interesse pubblico al più ampio confronto concorrenziale (in tal senso- ex multis- Cons. Stato, V, 12 maggio 2017, numero 2232; id., V, 24 febbraio 2017 n. 869)" (Consiglio di Stato, V, 5 ottobre 2017 n. 4644).

interesse pubblico, valuterà concretamente una serie di requisiti prestabiliti al fine di accertare l'affidabilità morale e professionale dei concorrenti.⁷

Quello dei contratti pubblici è un settore che risulta appetibile per i fenomeni di infiltrazione criminale che assediano da decenni i settori economicamente più sviluppati del Paese.

Il legislatore ha infatti connesso alcune delle cause di esclusione a coloro che siano sottoposti a misure volte a sradicare o prevenire il fenomeno dell'infiltrazione mafiosa, quali le interdittive antimafia. La tesi cercherà infatti di analizzare le principali misure volte a neutralizzare i rapporti tra la criminalità organizzata e l'Amministrazione, alla luce delle riforme e degli orientamenti giurisprudenziali consolidatisi. In questo senso si tratterà sia delle misure che interdicano l'operatore dalle gare in quanto soggetto al fenomeno dell'infiltrazione, ma anche di quelle misure complementari, volte ad anticipare il configurarsi di tale fenomeno e finalizzate a sradicare i rapporti tra criminalità e imprese, colpendo la base economica delle organizzazioni mafiose, per contribuire a proteggere l'integrità dell'economia nazionale.

Come si vedrà, non sono pochi i problemi che si profilano in materia: dai diritti costituzionali che devono essere garantiti ai soggetti sottoposti alle misure, analizzando successivamente il rispetto di quei principi che regolano la materia della contrattazione pubblica necessari ad assicurare un regime concorrenziale nella partecipazione alle gare, fino ad arrivare alla discrezionalità che dev'essere riconosciuta alla stazione appaltante, in qualità di soggetto pubblico e in quanto tale legittimato ad esercitare i propri poteri amministrativi adattandoli alle esigenze che concretamente si profilano.

⁷ S. COLOMBARI "Percorsi di giurisprudenza-L 'esclusione dalle gare pubbliche: una misura residuale?", *giurisprudenza italiana*, numero 3, 1 marzo 2024 pagina 742: "Cause di esclusione e principio della massima partecipazione muovono verso l'obiettivo per strade diverse: le cause di esclusione limitando l'accesso alle gare ai soli concorrenti ritenuti affidabili perché in possesso di determinati requisiti; il principio della massima partecipazione attraverso il favore per il più ampio confronto concorrenziale (Cons. Stato, Sez V, 24 gennaio 2020, n. 607) Il punto di equilibrio è stato individuato dal legislatore nel principio di tassatività delle cause di esclusione: la tassatività delle cause di esclusione costituisce una sintesi tra l'interesse pubblico alla massima partecipazione e la discrezionalità dell'Amministrazione (anch'essa in principio rispondente all'interesse pubblico) nella definizione dei requisiti attraverso i quali accertare l'affidabilità morale e professionale dei concorrenti"

1.2 Metodo di analisi adottato e struttura della tesi

Il metodo per trattare gli argomenti in esame è volto a considerare le cause di esclusione dalla contrattazione pubblica e gli istituti ad essa connessi partendo da un approccio di tipo storico per concludersi con delle riflessioni sulle giurisprudenze più recenti delle corti nazionali.

La prima parte di tesi è dedicata ad un'analisi storica degli istituti, finalizzata a ricercare i problemi e le soluzioni che fin dal 1924⁸ hanno fatto sì che lo Stato avesse tra le priorità quella di regolare la materia in esame, recependo la necessità di intrattenere rapporti con contraenti affidabili.

Ci si concentrerà nella fase storica, in primo luogo, sull'origine e le evoluzioni in ordine alla configurazione del potere dell'Amministrazione di escludere gli operatori dalle gare, prima e dopo l'intervento della disciplina comunitaria, che, come si vedrà, si è posta come guida per incrementare i presupposti applicativi delle norme.

Successivamente si tratteranno le misure di prevenzione, in qualità di strumenti complementari a perseguire la legalità del settore della contrattazione pubblica, partendo dalle intuizioni di coloro che hanno intravisto il sorgere dei rapporti tra criminalità organizzata e Amministrazione, fino ad arrivare alla confluenza di tutti questi strumenti nel Codice antimafia del 2011. In relazione a ciò si tenterà di ricostruire l'insieme delle questioni controverse, che a distanza di 14 anni dall'adozione del Codice, dividono dottrina e giurisprudenza, soprattutto nei casi in cui vi sia il rischio di compressione di garanzie costituzionali quali la libertà di iniziativa economica e il principio di colpevolezza. Nel medesimo capitolo ci si occuperà di un atteggiamento della giurisprudenza e del legislatore volto a contemplare nella materia della contrattazione pubblica e nella prevenzione del fenomeno mafioso lo strumento della bonifica aziendale, intesa quale arsenale di strumenti preventivi finalizzato ad assicurare l'interesse costituzionalmente riconosciuto alla continuità dell'attività aziendale, laddove l'autorità abbia dei dubbi in ordine alla sussistenza di infiltrazione mafiosa.

Ruolo centrale è riconosciuto alla figura del Prefetto, come emerge chiaramente dal numero di competenze che gli sono attribuite dal Codice antimafia: tra cui i provvedimenti interdittivi, di cui si tratterà in modo più approfondito attraverso delle digressioni

⁸ Si fa riferimento al regolamento 827 del 1924 recante la disciplina sulla contabilità pubblica dello Stato

sull'impugnazione dei provvedimenti e sul loro rapporto con gli altri strumenti di prevenzione contemplati dal Codice antimafia.

Dopo l'analisi storica degli istituti si individueranno le principali novità apportate dalla riforma 36 del 2023 confluite nel nuovo Codice Appalti in materia di esclusione dai contratti pubblici. L'obiettivo di fondo del capitolo è quello di comparare gli istituti prima e dopo la riforma, nonché di comprendere come sia stato percepito dalla giurisprudenza l'avvento del nuovo Codice. Sulla posizione dell'aggiudicatario si analizzerà anche l'istituto della modifica del contratto tra privato e Amministrazione, laddove questo sia stato dato in aggiudicazione ad un determinato operatore e al verificarsi di determinate condizioni ne venga richiesta la modifica da parte della stazione appaltante, rischiando di essere compromessa la tutela dell'affidamento dell'operatore. Il tema è rilevante per l'ampio contenzioso sviluppatosi in materia, ingeneratosi a causa di lacune normative, che sono state inizialmente sopperite dalla giurisprudenza sovranazionale, per poi essere recepite all'interno del nuovo Codice, dando rilevanza al tipo di modifica che dev'essere apportata al contratto piuttosto che al momento in cui essa si verifica.

Il capitolo IV affronta invece la normativa delle misure di prevenzione, come è strutturata oggi, alla luce delle riforme susseguitesi negli anni e in particolar modo a seguito di quella del 2017, finalizzata a consolidare il concetto fondamentale per cui le misure del Codice antimafia assolvano una funzione di recupero dell'azienda che si presti a fenomeni di infiltrazione, abbandonando definitivamente la concezione secondo la quale tali strumenti assolvano una funzione punitiva.

Dopo aver analizzato la disciplina positiva e gli orientamenti che si sono delineati sugli istituti in questione, la tesi ha l'obiettivo di evidenziare alcune delle problematiche ancora presenti nella materia della contrattazione pubblica con uno sguardo alla giurisprudenza della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato. In tale sede si tratterà anche del ruolo, sempre più importante, assunto dagli organi indipendenti di controllo e di prevenzione al fenomeno corruttivo nella materia, cercando di valutare se il numero di attribuzioni sempre più consistente a tali organismi abbia un valore esclusivamente positivo, oppure denoti una difficoltà del legislatore e della giurisdizione nel risolvere le questioni più spinose del controllo e della prevenzione criminale in materia di contratti pubblici.

Infine, si prenderanno in considerazione dei casi in cui il nostro ordinamento ha disposto anticipatamente delle modalità di controllo volte ad assicurare l'imparzialità delle Amministrazioni, come avvenuto in determinate materie che riscuotono interesse della criminalità organizzata e più nello specifico in tutte quelle attività che beneficiano di finanziamenti nazionali ed europei, come nel PNRR. L'analisi delle dinamiche concrete entro le quali bisogna districarsi per prevenire il fenomeno corruttivo è fondamentale per comprendere a pieno le risposte che la legislazione ha designato, ma soprattutto per prendere consapevolezza della complessità dei fenomeni oggetto di studio, che hanno portato talvolta a confondere l'essere con il dover essere, all'irrigidimento delle procedure o ad attribuire un elevato numero di competenze a soggetti, che riscontrano poi delle difficoltà concrete di attuazione.

Capitolo II

Quadro storico

2.1 I fondamenti della contrattazione pubblica in Italia

Nell'affrontare la disciplina della partecipazione alla contrattazione pubblica e in particolare dei requisiti che sono richiesti a tal fine è necessario intraprendere l'analisi a partire da una delle principali fonti della normativa della finanza pubblica italiana: il regolamento 827 del 1924. Questa è una delle prime fonti che si è posta l'obiettivo di regolare l'attività della contrattazione pubblica, stabilendo anche i principi fondamentali a cui la stessa, ancora oggi, si ispira, come dimostrano le sentenze che tuttora richiamano la disciplina in questione.

Il Regio Decreto 23 maggio 1924 numero 827 costituisce attuazione del Regio Decreto 2440 del 1923, in materia di amministrazione del patrimonio e di contabilità generale dello Stato. La logica di fondo che veniva seguita dalla normativa del 1923/24 è piena espressione di quella tipica ottocentesca, ispirata a frenare la spesa pubblica per perseguire il pareggio di bilancio, non distinguendo spese che si sarebbero potute fare in disavanzo e quelle invece che avrebbero dovuto finanziarsi all'interno di un equilibrio di bilancio.

La normativa '23-'24 consta di settecento articoli all'incirca e i due principi a cui si ispira per regolamentare l'attività dell'amministrazione sono: a) che le amministrazioni seguano nello svolgimento delle loro attività regole minuziose b) che queste regole siano uguali per tutti i ministeri. Per come è stata così concepita, essa ha presentato subito dei difetti ed è risultata particolarmente difficile da applicare, tenendo conto della progressiva specializzazione dei compiti della Pubblica Amministrazione.⁹

⁹ S. CASSESE, "Trattato di diritto amministrativo a cura di Sabino Cassese", *Diritto amministrativo generale, tomo primo*, Milano-Dott. A. Giuffrè Editore 2000, pagina 1381: "Il secondo riferimento è alla legge di contabilità generale dello Stato (art 3-21 r.d. 18 novembre 1923, n. 2440) e al relativo regolamento (art 36-123, r.d. 23 maggio 1924 n. 827), in particolare ai principi in quei testi stabiliti di imparzialità (sotto il profilo della massima partecipazione e della par condicio degli aspiranti al contratto: art 3 del r.d. n. 2440/1923; art 37 ss. del r.d. n. 827/1924 e di convenienza amministrativa (sotto il profilo della maggiore entrata o della minore spesa dell'amministrazione a seconda del tipo di contratto: art 73 ss. del r.d. n. 827/1924)...La normazione per la contabilità generale dello Stato contiene i principi fondamentali della materia e vede altresì in via sussidiaria-in conformità a come è stata costantemente interpretata ed applicata dalla giurisprudenza-per l'azione contrattuale delle amministrazioni pubbliche che si avvalgono non istituzionalmente (o meglio, oggi più esattamente: non unicamente) di tale strumento, quando manchi, cioè, o sia incompleta la relativa disciplina dettata mediante fonti proprie dei rispettivi ordinamenti"

I fondamenti della disciplina relativa alla contrattazione pubblica risiedono in tale normativa, come ad esempio la previsione di una procedura di tipo concorrenziale, che garantisca il rispetto dei principi di buon andamento ed imparzialità della Pubblica Amministrazione.¹⁰

Sono diversi gli istituti regolati dal Regio Decreto 827/1924 rispetto alla materia della contrattazione pubblica, con alcuni che sono stati sottoposti a sostanziali e successive modifiche.

Trattando delle norme che rilevano in ordine all'esclusione dalla contrattazione tra operatore e PA, è da considerare l'articolo 3 del Regio Decreto n. 2440/1923 che ai primi due commi contempla i metodi di contrattazione rispetto a quei negozi che portino ad un'entrata (co1) o una spesa (co2) per le Amministrazioni.

Dalla norma emerge in modo chiaro il potere della Pubblica Amministrazione di escludere le persone o le ditte per tutti i contratti.

Così recita l'art 3 del Regio Decreto 2440/1923: *“Sono escluse dal fare offerte per tutti i contratti le persone o ditte che nell'eseguire altra impresa si siano rese colpevoli di negligenza o malafede. L'esclusione è dichiarata con atto insindacabile della competente amministrazione centrale, la quale ne dà alle altre amministrazioni”*.

Sulla base del dettato normativo, ciò che emerge con chiarezza sono i requisiti di idoneità alla specifica prestazione dedotta in contratto, il cui possesso è necessario ai fini della realizzazione della prestazione da parte dell'operatore e quindi anche a ricoprire il ruolo di controparte contrattuale dell'Amministrazione.

I fondamenti del potere di esclusione della Pubblica Amministrazione non si trovano solo all'articolo 3 del Regio Decreto 2440, ma sono specificati anche all'articolo 68 del Regio Decreto 827/1924, che individua anche la modalità con la quale si possa manifestare tale potere; la norma afferma che si configura:

- 1) Esclusione di quei soggetti: persone fisiche o ditte che nell'eseguire altre attività imprenditoriali siano risultate negligenti o in malafede (co 1).

¹⁰ S. CALVETTI, *“Controversie in tema di locazione di beni immobili e giurisdizione”*, *“Urbanistica e appalti”*, note a sentenza, n 6, 1 novembre 2023, pagina 761,”: *“Inoltre, la circostanza che la scelta del contraente avvenga con una procedura di carattere concorrenziale, nel rispetto del R.D. n. 827/1924, garantisce il rispetto dei generali principi di buon andamento e di imparzialità dell'azione amministrativa, ma non muta il regime della giurisdizione, non potendo far assurgere ad attività autoritativa quella che è invece un'attività paritetica di stipulazione di un contratto di diritto privato”*

2) Esclusione nei casi in cui la Pubblica Amministrazione eserciti tale facoltà nei confronti di *“un qualsiasi concorrente senza che l'escluso possa reclamare indennità di sorta, né pretendere che gli siano rese note le ragioni dell'esclusione”* (co 2).

Si è dinanzi ad un esercizio di un potere di esclusione che assume funzione sanzionatoria e con effetti durevoli, in quanto esercitato successivamente ad una vicenda contrattuale che si è già delineata e che è soprattutto già passata ad una fase esecutiva.¹¹ Oggi la natura dell'esclusione non è necessariamente sanzionatoria e non è volta quindi a punire l'operatore che non sia risultato affidabile al fine di poter partecipare alla gara. L'esclusione si prevede per tutelare un interesse pubblico dell'Amministrazione, consistente nell'evitare che la stessa intrattenga rapporti contrattuali con dei soggetti che risultino poco affidabili e che prevale rispetto all'interesse del privato alla partecipazione della gara.¹²

Quello configurato dalle due norme della “Legge sulla contabilità dello Stato” si presenta come un potere autoritativo della Pubblica Amministrazione, che può essere utilizzato dalla stessa tramite valutazioni discrezionali, tali da escludere la necessità di motivare il provvedimento.

La discrezionalità dell'amministrazione nella scelta del contraente che si sostanzia nell'esclusione viene definita dalla normativa come: insindacabile.

Alla luce di quanto detto sopra e per come stabilita la disciplina del 24', la normativa che contempla l'esclusione risulta in netto contrasto con il principio dell'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi, entrando in conflitto con l'articolo 113 comma 2 della Costituzione. Inoltre, non appare concepibile la sottrazione dell'Amministrazione appaltante

¹¹ S. CASSESE, *“Trattato di diritto amministrativo a cura di Sabino Cassese”*, Diritto amministrativo generale, tomo primo, Milano-Dott. A. Giuffrè Editore 2000 pagina 1399: *“Ci si trova quindi in un caso davanti ad un potere di esclusione con effetti durevoli (se non permanenti, visto che la disposizione prevede anche un potere amministrativo di riammissione) come potere con portata sanzionatoria ad esercizio successivo ad una vicenda contrattuale già pervenuta alla sua fase esecutiva”*.

¹² T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, sentenza numero 6507 del 10 dicembre 2014: *“L'art 38 del D. Lgs. n. 163/2006 nell'elencare i requisiti di ordine generale dei partecipanti alle procedure di affidamento, stabilisce alla lett. f) che sono esclusi...i soggetti “che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante”: con ciò richiamando, peraltro, un principio generale già espresso dall'art. 68 del R.D. 23 maggio 1924 n. 827, in materia di amministrazione del patrimonio e di contabilità generale dello Stato. Il grave errore nell'esercizio dell'attività professionale in cui sia incorso l'appaltatore costituisce, dunque, causa di esclusione dalla partecipazione alla gara in quanto in tale ipotesi si manifesta il prioritario interesse pubblico ad evitare di intrattenere rapporti contrattuali con un soggetto inadempiente in relazione al quale sussiste la ragionevole possibilità che si determini ancora detta sfavorevole evenienza: esclusione, va precisato, che non ha carattere sanzionatorio, essendo la stessa prevista a presidio dell'elemento fiduciario destinato a connotare, sin dal momento genetico, i rapporti contrattuali di appalto pubblico”*.

all'obbligo di motivare le proprie scelte, anche rispetto alla disciplina comunitaria ed al principio fondamentale nei procedimenti amministrativi di cui all'articolo 3 della legge 241/1990.¹³

I presupposti che integrano l'esclusione dalle procedure di scelta del contraente si rinvencono nella responsabilità derivante dalla violazione dei doveri professionali. La nozione di violazione di doveri professionali comprende un ampio numero di ipotesi che possono essere ricondotte sia alla malafede, sia alla negligenza e si presentino come "gravi". Tale qualifica può risultare da elementi o fatti accertati e provati, ma anche da qualsiasi mezzo di prova, non essendo necessario che vi sia un provvedimento passato in giudicato. Ad esempio, la giurisprudenza ha inteso come comportamento integrante la grave violazione di obblighi la reiterazione di inadempimenti in precedenti rapporti contrattuali intrattenuti dall'operatore economico prima della gara dalla quale è stato escluso¹⁴.

L'articolo 68 del Regolamento 827 del 1924 parla di "*atto insindacabile dell'Amministrazione*", esaltando l'ampia discrezionalità della stazione appaltante nella scelta del contraente. È opportuno sottolineare che la giurisprudenza si è pronunciata in modo costante nel ritenere che l'esclusione di un'impresa da una gara per l'aggiudicazione di un contratto con la Pubblica Amministrazione rappresenta una menomazione dell'interesse dell'operatore sia alla partecipazione alla gara sia alla valutazione dell'offerta. Tale interesse non necessita di essere provato concretamente perché sussiste *ex se* e non è necessario che venga dimostrato all'esito della gara.

Il fatto che l'Amministrazione disponga di piena ed insindacabile facoltà di escludere dall'asta un operatore economico senza che l'escluso possa pretendere che gli siano rese note le ragioni dell'esclusione, ai sensi della disciplina del '23 e '24 deve ritenersi abrogata, alla

¹³ S. CASSESE, "Trattato di diritto amministrativo a cura di Sabino Cassese", *Diritto amministrativo generale*, tomo primo, Milano-Dott. A. Giuffrè Editore 2000 pagina 1399: "*Orbene, se con tale qualificazione si intendere definire la sottrazione del potere e dell'atto conseguente al controllo del giudice, evidentemente la norma contrasta con il principio di cui all'art. 113, comma 2, della Costituzione; né del resto appare plausibile il perdurare della sottrazione dell'amministrazione appaltante all'obbligo di motivazione, non solo con riguardo alla normativa comunitaria, che tale obbligo prevede con riferimento alle procedure contrattuali richiamate al proprio regime, ma anche con riguardo alla previsione generale contenuta nell'art. 3 della l. n. 241/1990*".

¹⁴ Cons. Stato, Sez. VI, sentenza numero 6541, 12 ottobre del 2004: "*Ai fini dell'applicazione dell'articolo 68 del R.D. numero 827 del 1924, richiamato dall'articolo 11 del D. Lgs. n. 358 del 1992-che per gli appalti di fornitura prevede l'esclusione dalle future gare delle ditte che nell'eseguire altra commessa si siano rese colpevoli di negligenza o malafede- si richiede che la responsabilità risulti accertata e provata, ma è sufficiente all'uopo qualsiasi mezzo di prova, non essendo necessaria una sentenza passata in giudicato*"

luce dell'articolo 3 della L 241 del 1990, che ha sancito l'obbligo di motivazione generale per i provvedimenti amministrativi.¹⁵

Ci si è chiesti, sempre in ordine alla compatibilità dell'articolo 68 con il diritto comunitario, se sussistano delle problematiche rispetto ad una particolare questione: ovvero all'ipotesi in cui si escluda un operatore da tutte le gare come descrive l'articolo 68 e non da una singola. La conformità di questa norma al diritto comunitario è stata possibile sulla base di un ragionamento che considera inammissibile l'esclusione dell'operatore da tutte le gare con l'Amministrazione in modo automatico. L'Amministrazione può esercitare il potere di escludere l'operatore dalle future gare solo accertando caso per caso i fatti dai quali si è dedotto il provvedimento generale e che solo potenzialmente potrebbe operare per tutte le future gare, fungendo da linea guida per l'Amministrazione, che sarà tenuta quindi a considerare in modo autonomo e soprattutto motivato i fatti che stanno alla base di un provvedimento di esclusione generale. Inoltre, il provvedimento dev'essere anche proporzionato, soprattutto rispetto al tema della durata, considerandosi quindi come illegittimo qualsiasi provvedimento che detti l'esclusione da tutte le future gare senza la previsione di un termine specifico.¹⁶

¹⁵ Cons. Stato, Sez. V, sentenza numero 5496 del 11 ottobre 2002: *“Non occorre, invero, la dimostrazione che il loro accoglimento avrebbe determinato, in favore della società appellata, l'aggiudicazione delle due gare dalle quali con le delibazioni impugnate era stata esclusa ai sensi dell'art. 68, comma secondo, del R.D. 23 maggio 1924 n. 827. Secondo costante giurisprudenza, infatti, l'esclusione di un'impresa da una gara per l'aggiudicazione di un contratto della Pubblica amministrazione costituisce di per sé lesione del suo interesse a partecipare ed a veder valutata la propria offerta, indipendentemente dall'esito della gara stessa; pertanto, l'interesse a ricorrere da parte della impresa predetta è configurabile ex se e non occorre che sia dimostrato che l'esito della procedura concorsuale sarebbe stato sicuramente o probabilmente ad essa favorevole (cfr., tra le ultime, C. Si., 22 aprile 2002 n. 203; Cons. Stato, V sez. 24 marzo 2001 n. 1708; id., 11 giugno 1999 n. 439). Nel merito, la disposizione sopra citata, in virtù della quale “la Amministrazione ha piena ed insindacabile facoltà di escludere dall'asta...” deve ritenersi ormai abrogata, quanto all'obbligo di una congrua e sufficiente motivazione, sin dall'entrata della L. 7 agosto 1990 n. 241, che all'art 3 tale obbligo ha sancito in via generale per i provvedimenti amministrativi”.*

¹⁶ Cons. Stato, Sez. VI, sentenza numero 7104 del 4 dicembre 2006: *“L'art 68, R.D. n. 827/1924, che prevede l'esclusione da tutte le future gare con una data amministrazione del contraente privato negligente, in quanto espressamente richiamato all'art 11, D. Lgs. n. 358/1992, è ancora applicabile ai pubblici appalti di forniture, e compatibile con il diritto comunitario... Tale previsione è stata considerata conforme al diritto comunitario, che consente l'esclusione del concorrente che ha commesso un grave errore nell'esercizio della sua attività professionale (Cons St., sez. V, 12 ottobre 2004, n. 6541), atteso che il concetto normativo comunitario di “violazione dei doveri professionali” abbraccia un'ampia gamma di ipotesi, riconducibili alla negligenza, all'errore ed alla malafede, purché tutte qualificabili come “gravi”. Pertanto, un provvedimento di esclusione da un numero indeterminato di gare è legittimo a condizione che valga come linea guida per l'amministrazione, la quale in ciascuna singola gara deve valutare autonomamente i fatti che hanno determinato tale provvedimento generale, al fine dell'esclusione caso per caso da ciascuna gara. Il provvedimento deve essere poi adeguatamente motivato e proporzionato, anche in ordine al termine di durata”.*

Fatta eccezione per tale questione, la portata applicativa dell'articolo 68 è stata dichiarata generalmente conforme al diritto comunitario e all'articolo 20 lettera d) della Direttiva C.E.E. 93/96, il quale afferma che possa essere escluso dalla partecipazione da un appalto qualunque fornitore che si sia reso responsabile di gravi violazioni e di doveri professionali.¹⁷

2.2 Evoluzioni normative: le direttive e le disciplina delle cause di esclusione

i) Le direttive in materia di appalti

Per molto tempo i contratti delle Pubbliche Amministrazioni sono stati assoggettati a poche regole, tutte contenute nella disciplina sulla contabilità degli enti pubblici.

La situazione è successivamente mutata con l'adesione da parte dell'Italia prima alla Comunità Economica Europea e poi all'Unione Europea.¹⁸

Il fine principale che ha mosso l'Unione europea ad intervenire nella disciplina è stato quello di armonizzare una normativa che regolamentasse un fenomeno economico di importanti dimensioni, cercando di coordinare le differenti discipline nazionali.¹⁹

Negli anni 70' la produzione legislativa ha seguito una ratio di accelerazione e di semplificazione per le procedure che realizzano opere pubbliche e che derogano rispetto alla procedura generale, sulla base di esigenze di urgenza; questo ha generato un'applicazione più scarsa delle norme generali della contrattazione pubblica.

A dimostrazione di quanto affermato, si ravvisano ben 23 normative che sono state adottate dal 1970 al 1979, di cui 14 contengono previsioni di deroga rispetto alla disciplina generale dei contratti pubblici. Anche negli anni 80' sono state introdotte 10 leggi derogatorie rispetto alla disciplina generale, spinte anche dalla necessità di contrastare la criminalità organizzata

¹⁷ Cons. Stato, Sez. VI, sentenza numero 7104 del 4 dicembre 2006: *"L'art 68, R.D., numero 827 del 1924, che prevede espressamente l'esclusione da tutte le future gare con una data amministrazione del contraente privato negligente, in quanto espressamente richiamato dall'articolo 11, D. Lgs. 358/1992. Tale previsione è stata considerata conforme e compatibile con il diritto comunitario...che consente l'esclusione del concorrente che ha commesso un grave errore nell'esercizio della sua attività professionale (Cons. St., sez. V, 12 ottobre 2004 numero 6541), atteso che il concetto normativo comunitario di "violazione dei doveri professionali abbraccia un'ampia gamma di ipotesi, riconducibili alla negligenza, all'errore ed alla malafede, purché tutte qualificabili "gravi"*

¹⁸ P. VIPIANA *"L'organizzazione amministrativa e i suoi mezzi"* 2019 Wolters Kluwer Italia, pagina 354

¹⁹ S. CASSESE *"Diritto amministrativo generale"*, tomo II, *Trattato di diritto amministrativo*, Milano-Dott. A. Giuffrè Editore 2000, *"Contratti"*, pagina 1379: *"La ragione dell'estensione della regolamentazione comunitaria al settore dei contratti delle pubbliche amministrazioni è strettamente dipendente dalle dimensioni quantitative del fenomeno e dalla sua rilevanza come fattore economico, stante il fatto che il valore della domanda pubblica si colloca intorno all'undici per cento del prodotto interno lordo dell'Unione Europea"*.

con delle previsioni volte a garantire la trasparenza nella materia, come la legge 646 del 1982 e la numero 55 del 1990. Questi fattori sono piena espressione dell'inadeguatezza della disciplina stabilita in precedenza rispetto alle problematiche concrete che si profilano all'interno delle gare d'appalto.

Espressione della volontà di uniformare la disciplina degli appalti è stato anche il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri numero 55 del 1991, che ha stabilito il c.d. bando tipo, in modo tale che le stazioni appaltanti adottassero comportamenti uniformi durante la procedura di gara.

La legislazione comunitaria ha iniziato a regolamentare le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture a partire dagli anni 70' e attraverso il loro recepimento l'Italia ha manifestato la volontà di uniformare la disciplina. Tuttavia, lo Stato italiano ha incontrato non poche difficoltà nel recepimento e nell'attuazione di tali direttive, dovute anche alle peculiarità della disciplina nazionale rispetto agli obiettivi perseguiti dai provvedimenti sovranazionali.²⁰

Sinteticamente, si possono distinguere diverse "generazioni" di direttive che hanno regolato la materia dei contratti pubblici:

a. I generazione

Partendo dalla prima generazione, l'Unione Europea ha iniziato a disporre delle direttive nella materia con la finalità di promuovere l'accesso al libero mercato e rimuovere le discriminazioni nelle procedure di gara.²¹

²⁰ P. BONACCI *"Il riordino normativo nel settore degli appalti di opere pubbliche"*, <https://bpr.camera.it>, Camera dei Deputati, pagina 257: *"A partire dalla metà degli anni 60', la produzione legislativa si caratterizza per una maggiore frammentarietà e disorganicità degli interventi: ha inizio in quegli anni il filone delle leggi che modificano, in modo episodico, la disciplina di singoli istituti, accentuando la confusione del quadro normativo. Vengono inoltre in rilievo, soprattutto dagli inizi degli anni 70', le leggi che, con l'intento di accelerare o semplificare le procedure per la realizzazione di opere pubbliche, introducono discipline speciali, destinate a regolare l'affidamento e l'esecuzione di specifici lavori, e discipline che derogano alla normativa generale per interventi caratterizzati da particolare urgenza"*.

²¹ A. MASSARI E M. GRECO *"Le nuove direttive comunitarie sugli appalti"* parte I sezione I Maggioli editore, 2006 *"profili introduttivi"* pagina 13: *"Il legislatore comunitario, a partire dagli anni Settanta, ha così iniziato a regolamentare le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di servizi, di forniture e nei c.d. settori esclusi. Tra le direttive c.d. di prima generazione, contenenti le prime disposizioni dirette a rimuovere le discriminazioni e a favorire l'apertura del commercio tra gli Stati membri, in particolare prescrivendo il rispetto dei principi di trasparenza e pubblicità delle gare che garantissero alle imprese l'accesso alle commesse pubbliche a prescindere dalla loro nazionalità...la commissione europea, nel Libro Bianco sul completamento del mercato interno, presentato al Consiglio nel giugno del 1985, aveva evidenziato numerose criticità nella concreta applicazione delle predette direttive, legate sia a ritardi e inadempienze degli Stati membri nel recepimento delle stesse, sia a comportamenti elusivi delle amministrazioni degli obblighi di trasparenza e pubblicità"*.

È opportuno richiamare la direttiva 66/683/CE, la direttiva 70/327/CE sugli appalti di forniture, la direttiva 71/305/CE del 26 luglio 1971 relativa agli appalti di lavori e che ha regolato le procedure relative all'aggiudicazione di appalti di lavori pubblici.

Queste direttive però hanno presentato dei problemi per diverse ragioni:

- Ritardo nel recepimento da parte degli Stati Membri
- Comportamenti elusivi delle Amministrazioni rispetto ai principi di trasparenza e pubblicità
- Mantenimento di comportamenti anticoncorrenziali e di selezione da parte delle stazioni appaltanti in ordine alle aggiudicazioni degli appalti

Così la Commissione europea ha percepito di dover procedere ad una sostanziale revisione dell'impostazione della precedente normativa e ha designato delle direttive che riformassero *ex novo* la disciplina., come emerge dal Libro Bianco sul completamento del mercato interno.²²

b. II generazione

La direttiva 88/295/CE e la direttiva 93/36/CEE avente ad oggetto la regolamentazione del settore delle forniture, la direttiva 92/50/CEE per il settore dei servizi.

La Commissione ha ritenuto che il recepimento delle direttive, anche in questo caso, fosse avvenuto in modo incompleto e l'impatto di tali fonti sul mercato era risultato più modesto rispetto a quello auspicato. Questo emerge chiaramente anche dalla comunicazione della Commissione sul commento della disciplina: *"importanza capitale che riveste un assetto normativo stabile per il buon funzionamento degli appalti pubblici e per salvaguardare la fiducia di tutti i soggetti attivi dell'efficacia del sistema. Tuttavia, il quadro normativo attuale non costituisce un fine in sé stesso: esiste per permettere di cogliere i frutti del mercato unico nel settore degli appalti pubblici"*

La Commissione prende atto di due componenti fondamentali che avrebbero dovuto fungere da guida per la revisione della materia:

- Si è percepita la necessità di perseguire una semplificazione e razionalizzazione della normativa, tentando di riunirla all'interno di un'unica fonte, in modo tale da assicurare

²² Libro Bianco COM (85) 310, Milano, 28 e 29 giugno *Completing the Internal Market: White Paper from the Commission to the European Council.*

una maggiore chiarezza dei profili più rilevanti che fossero risultati controversi nella disciplina antecedente.

- o Necessità di aggiornare tutta la disciplina a fronte di parziale inadeguatezza della struttura normativa, in primo luogo per quanto concerne l'introduzione di procedure più flessibili per i rapporti intercorrenti tra operatori economici e Amministrazioni, nonché per aggiornare le procedure alle esigenze legate alla digitalizzazione e all'ambiente.

c. III generazione

Così la Commissione si è impegnata a stabilire un testo in grado di riunire le distinte direttive vigenti in un'unica fonte, la quale avrebbe potuto arginare la potenziale necessità di modificare ulteriormente la disciplina, o comunque rendere più agevole tale processo.

L'atteggiamento e gli obiettivi posti dalla Commissione si comprendono a pieno analizzando il considerando delle due direttive del 2004, il cui recepimento nel D. Lgs. 163/2006, ha dato vita all'adozione effettiva di un'unica fonte che regoli in modo organico i contratti pubblici: la 2004/18 e la 2004/17.²³

“In occasione di nuove modificazioni alle direttive...necessarie per rispondere alle esigenze semplificazione e modernizzazione formulate sia dalle amministrazioni aggiudicatrici che dagli operatori economici nel contesto delle risposte al Libro Verde adottato dalla Commissione il 27 novembre 1996, è opportuno per motivi di chiarezza, procedere alla loro rifusione in un unico testo. La presente direttiva si basa sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia, in particolare sulla giurisprudenza relativa ai criteri di aggiudicazione, che chiarisce le possibilità per gli enti aggiudicatori di soddisfare le esigenze del pubblico interessato...purché tali criteri siano collegati all'oggetto dell'appalto, non conferiscano agli enti aggiudicatori una libertà incondizionata di scelta, siano espressamente menzionati e rispettino i principi fondamentali di cui al considerando 2”.

La Commissione aveva anche individuato gli ambiti principali in cui si presentavano le disapplicazioni della normativa comunitaria da parte degli Stati Membri che erano quelli della trasparenza e di pubblicità della gara. Infatti, le Amministrazioni prediligevano talvolta metodi di contrattazione che eludevano la disciplina europea, ispirata dal principio cardine

²³ A. MASSARI E M. GRECO *“Le nuove direttive comunitarie sugli appalti”* parte I sezione I *“profili introduttivi”*, Maggioli editore, 2006, pagina 14

della concorrenza, mantenendo comportamenti di eccessiva arbitrarietà nelle scelte del contraente.

Queste problematiche hanno spinto l'Unione europea a delineare delle misure che potessero far fronte a queste problematiche, migliorando la trasparenza e conseguentemente la circolazione delle informazioni, sia da un punto di vista efficientistico sia qualitativo.²⁴In questo senso si segnala la direttiva n. 91/308 Cee del 10 luglio che stabiliva dei requisiti minimi che gli operatori avrebbero dovuto avere rispetto al verificarsi di fenomeni di riciclaggio, come riformata dalla direttiva 26 del 2005 e dalla 849/2015. Disciplina che si è dovuta successivamente coordinare e aggiornare con il Codice antimafia, risultando comunque efficace alla prevenzione del fenomeno mafioso.²⁵

Sulla base di queste esigenze, vengono adottate nuove direttive come la 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi e la direttiva lavori speciali (direttiva 2004/17/CE, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali).

Queste direttive introducono nuovi istituti, volti a rendere più flessibile e moderna l'attività contrattuale della Pubblica Amministrazione, nonché a garantire un regime concorrenziale più ampio nella materia.

Le principali novità, che perseguono il principale scopo di accentuare tale prerogativa nella materia, si potrebbero così riassumere:

1. Maggiore rigore nella predeterminazione dei criteri per la valutazione delle offerte

²⁴ S. CASSESE *“Diritto amministrativo generale”*, tomo II, *Trattato di diritto amministrativo*, Milano-Dott. A. Giuffrè Editore 2000, *“Contratti”*, pagina 1380: *“Le direttive degli anni 90 in particolare, erano state precedute da un rapporto al Consiglio del 1984 e da un libro bianco sul mercato interno, entrambi presentati dalla Commissione, nei quali venivano indicati i principali fattori di disapplicazione della normativa comunitaria da parte delle legislazioni nazionali e le conseguenti proposte di riforma...fattori erano dalla Commissione individuati nella frequente elusione da parte delle amministrazioni committenti degli obblighi di pubblicità, nell'eccessivo ricorso a procedure di aggiudicazione non concorrenziali, nell'uso sostanzialmente protezionistico degli standard tecnici nazionali”*

²⁵ M. BIANCHI *“La prevenzione dell'infiltrazione delle organizzazioni criminali nel sistema economico locale. Responsabilità, ruolo degli enti locali e protocolli di legalità”*, *“Azienditalia”*, numero 10, 1 ottobre 2011, pagina 689: *“Anche a livello europeo già nel 1991 la direttiva n. 91/308/Cee del 10 luglio indicava alcuni requisiti minimi che la attività finanziarie dovevano presentare per prevenire il fenomeno del riciclaggio e ad essa ha fatto seguito, dal 1989, l'attività del Gruppo di azione finanziaria internazionale (Gafi), costituito in occasione del G7 del 1989”*.

2. Contraddittorio più intenso tra amministrazione e operatore per quanto riguarda le offerte anomale
 3. Per attuare al meglio la digitalizzazione si è previsto l'utilizzo di mezzi informatici come banche dati per le pubblicazioni, le comunicazioni (sul sito della stazione appaltante) e per assicurare una corretta circolazione di informazioni durante l'attività di contrattazione.
- d. IV generazione

Una volta uniformata la materia dei contratti pubblici all'interno del Codice del 2006 si è iniziato a procedere per riformare la materia, ispirandola sempre di più a dei principi comuni tra gli Stati membri. Parte della dottrina ha ritenuto che l'insieme delle direttive del 2014 abbia costituito una *“mini rivoluzione”* del settore avviando una nuova fase dello stesso.²⁶ Qui gli obiettivi che si è posta l'Unione risultano più specifici rispetto ai precedenti: migliorare l'accesso delle PMI al mercato degli Stati Membri, rafforzare gli istituti di cooperazione tra le imprese, professionalizzare le stazioni appaltanti e monitorare i dati inerenti alla corruzione degli appalti per fare fronte al problema delle infiltrazioni nelle operazioni tra privato e PA. Uno dei problemi che rilevano maggiormente in ordine al recepimento di tali direttive si è rilevato proprio nel professionalizzare le Amministrazioni che gestiscono le gare, sollecitando i membri delle commissioni ad avvalersi di strumenti informatici e digitali sui quali ad oggi si basa l'intera procedura di gara.²⁷

Rispetto alla disciplina dell'esclusione del contraente, la Direttiva 2014/24 ha previsto all'articolo 57 ipotesi di cause di esclusione che gli Stati Membri avrebbero dovuto recepire, la cui applicazione si sarebbe distinta tra cause di esclusione automatiche e non automatiche. Tale obbligo si è esteso anche alle cause di esclusione facoltative previste dal paragrafo 4 dell'articolo 57, a seguito di una pronuncia della Grande Sezione della Corte di Giustizia nel

²⁶ R. CARANTA-D. COSMIN DRAGOS, *“La mini-rivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici”*, *“Urbanistica e appalti”* numero 6, 2014, pagina 493-504; M. URBANI, *“Le nuove direttive sugli appalti pubblici e le concessioni. L'efficienza della committenza pubblica e il mercato unico”*, *“Giornale di diritto amministrativo”*, numero 12, 2014, pagina 1150-1159.

²⁷ M. COZZIO *“La nuova strategia europea in materia di appalti pubblici”*, *“Giornale di diritto amministrativo”*, numero 1, 1 gennaio 2019, *“Commento alla normativa”*, pagina 53

2023, operando un revirement ²⁸ sul margine di discrezione che era precedentemente riconosciuto agli Stati Membri nel recepimento di tali cause.²⁹

L'articolo 57 imposta in questo modo la classificazione delle cause di esclusione:

- Il primo paragrafo prevede le cause di esclusione automatica, ovvero l'amministrazione deve escludere quei soggetti che siano destinatari di condanna definitiva per partecipazione ad organizzazione criminale (come definita all'articolo 2 della decisione quadro 2008/841), corruzione, frode, reati terroristici, riciclaggio; anche per persone giuridiche, infatti l'esclusione opera se destinatario di questi provvedimenti è un membro del Consiglio di Amministrazione.
- Il paragrafo quattro opera la classificazione delle cause di esclusione facoltative, dove l'amministrazione può escludere l'operatore, ad esempio, in caso di: stato di fallimento dell'operatore, violazione di obblighi previdenziali, operatore colpevole di gravi dichiarazioni, influenza del procedimento decisionale, o ancora la situazione in cui l'operatore economico abbia concluso accordi con altre imprese alterando il corretto regime concorrenziale.³⁰

Una delle principali novità nella regolamentazione delle cause di esclusione, introdotta con la Direttiva in questione, è stata quella di prevedere una cooperazione tra amministrazione e operatore economico, definita "self-cleaning", in modo tale da incentivare il circolo delle informazioni tra operatori e amministrazione tramite un sistema basato sul contraddittorio e sulla trasparenza.³¹

ii) La legge Merloni

Facendo un breve passo indietro e tornando all'analisi della disciplina nazionale interna, al fine di delineare l'atteggiamento del legislatore sui rapporti tra privato e Amministrazione sui casi di esclusione dalla contrattazione, è opportuno svolgere delle considerazioni su una legge che ha tentato di formulare dei principi nella disciplina in esame, nel corso degli anni Novanta.

²⁸ Corte di Giustizia, Grande Sez., sentenza numero 66 del 21 dicembre 2023

²⁹ L. ALESSANDRIA "La discrezionalità del legislatore e dell'amministrazione nell'attuazione della direttiva appalti", "Giornale di diritto amministrativo", numero 5, 1 settembre 2024, pagina 623

³⁰ Direttiva 26 febbraio 2014, numero 2014/24/UE, Parlamento europeo

³¹ S. CALDARELLI "L'esclusione delle procedure ad evidenza pubblica per "grave illecito professionale", "Giornale di diritto amministrativo", 2019, numero 2, pagina 149; C. CONTESSA "dei contratti e la polimorfa nozione di gravi illeciti professionali", "Urbanistica e appalti", "2018, numero 5, pagina 667

La disarticolazione del sistema normativo era segnalata anche dall'AGCM che il 30 luglio del 1992 ha presentato al Consiglio dei ministri una Relazione avente ad oggetto una serie di riflessioni sulla materia della contrattazione pubblica. La relazione dell'AGCM attribuisce importanza, in primo luogo, al necessario riordinamento del nostro sistema normativo in materia di contrattazione pubblica, suggerendo l'adozione di un Testo Unico, come avviene negli altri Paesi europei; la necessità di ricorrere ad un sistema che si basi su un'adeguata copertura finanziaria; nonché l'eliminazione di regimi preferenziali che comportino delle limitazioni al principio di concorrenza degli operatori economici. Ma soprattutto rileva la necessità di costituire un sistema di controlli nazionale che agisca all'esterno delle stazioni appaltanti, in modo tale da verificare il rispetto della normativa durante le procedure di gara e in caso contrario provvedere con delle sanzioni verso gli operatori economici.

Controllo che dev'essere svolto anche in ordine alla ragionevolezza dei costi sostenuti dall'Amministrazione e quindi alla gestione finanziaria della stessa.³² Lo scopo di fondo dell'AGCM è quello di segnalare al legislatore la necessità di riordinare una disciplina inadeguata ed arretrata rispetto ai nuovi principi sanciti dalla normativa sovranazionale.

Queste considerazioni devono essere svolte anche riflettendo sullo scenario storico-politico che ha caratterizzato gli anni 90 della Repubblica italiana, che ha incentivato le istituzioni a sviluppare una riflessione comune secondo cui fosse necessario un intervento del legislatore in una materia esposta a fenomeni di infiltrazione criminale. Numerose inchieste dei magistrati segnalano molteplici episodi di corruzione e di inefficienza del sistema.

Si è giunti così a vivere una situazione di stasi dell'intero sistema degli appalti pubblici, a fronte della quale si è deciso di reagire svolgendo delle indagini approfondite sulle problematiche del sistema, fortemente voluta sia dalla Commissione "Ambiente, territorio e

³² Autorità garante della concorrenza del mercato, "Appalti pubblici e concorrenza": "Tra le proposte in merito ai criteri e agli indirizzi generali che si ritengono più rilevanti nella prospettiva di un intervento di riforma, si segnalano in particolare: L'esigenza di riordinamento in merito ai criteri e agli indirizzi generali che si ritengono più rilevanti in materia di contrattazione pubblica mediante la predisposizione di un Testo unico secondo quanto già avviene nei principali paesi europei...possibilità di indire una gara deve essere espressamente condizionata all'esistenza di un progetto esecutivo e di una adeguata copertura finanziaria...responsabilizzazione delle imprese prevedendo il concorso dell'appaltatore alla condivisione dei rischi relativi all'esecuzione del contratto...creazione a livello nazionale di un sistema di controlli esterni alle amministrazioni appaltanti, attivabili d'ufficio o su segnalazione di soggetti interessati. Tali controlli dovrebbero riguardare la regolarità delle procedure di aggiudicazione dei contratti; in caso di violazioni particolarmente rilevanti l'organo di controllo dovrebbe poter intervenire direttamente per impedire la conclusione del contratto o richiederne l'annullamento".

lavori pubblici” della Camera, sia dall’VIII Commissione “Lavori pubblici, comunicazioni” del Senato.

L’osservazione di questi fenomeni è sfociata in un progetto legislativo che portasse la disciplina a far fronte a tali problematiche e la cui stesura ha visto protagonisti diversi soggetti che avevano partecipato all’indagine, come la Corte dei conti e l’AGCM. Una riforma che si sarebbe dovuta ispirare a dei principi di trasparenza, maggiore rigore e chiarezza e che soprattutto si coordinasse con le normative comunitarie.

La legge 109 del 1994 si ispira fedelmente alle relazioni conclusive delle Commissioni, cercando di perseguire le soluzioni alle problematiche evidenziate dalle relazioni conclusive delle due Commissioni.

La tecnica legislativa utilizzata impiegata si riassume in tre differenti modalità:

- 1) definizione di una disciplina uniforme ed omogenea, che potesse trovare applicazione per un numero ampio di operatori economici, che si ritrovasse in un’unica fonte di rango legislativo
- 2) ambire ad armonizzare la legislazione regionale, facendo riferimento a principi e norme fondamentali, che vincolano la legislazione di tale rango
- 3) dare attuazione alle direttive non ancora recepite adattandole alle caratteristiche delle categorie di lavori e alle differenti tipologie contrattuali, inserendole in un procedimento che avrebbe garantito il recepimento efficiente delle direttive successive.³³

Così, a seguito di un iter parlamentare travagliato viene approvata la legge.

Sebbene abbia suscitato un comune consenso circa i principi ispiratori che la contraddistinguevano, la legge numero 94 del 1994 ha destato non poche perplessità rispetto alla concretizzazione degli stessi. Emblema di questo problema è stata la sospensione

³³ P. BONACCI “*Il riordino normativo nel settore dei appalti di opere pubbliche*”, <https://bpr.camera.it>, Camera dei Deputati, pagina 261: “*Uno dei principali obiettivi che si è prefisso il legislatore, nell’avviare il lavoro di riforma, è stato quello di rifondare l’intero sistema normativo per informarne l’assetto a criteri di organicità, di sistematicità e di semplificazione del sistema delle fonti. La razionalizzazione di un corpo normativo tanto complesso e disarticolato implicava delicati problemi di tecnica legislativa che possono essere così schematicamente riassunti: definizione di una normativa unitaria ed omogenea...esigenza di un’armonizzazione della legislazione regionale...riguardo, infine, ai rapporti con il diritto comunitario, si trattava di dare attuazione alle direttive non ancora recepite, cercando di salvaguardare le peculiarità delle discipline dettate in ambito comunitario*”.

dell'applicazione della legge, che è stata resa vigente nuovamente con i successivi decreti di reiteratione.³⁴

La "Legge Merloni" prende il nome dal Ministro dei Lavori Pubblici durante il Governo Ciampi ed è stata istituita con l'obiettivo di ridefinire istituti e procedure secondo un Nuovo assetto dei compiti e delle responsabilità della Pubblica Amministrazione, riorganizzando l'intera disciplina³⁵.

La modalità di attuazione della legge si è disposta con l'istituzione di apposito regolamento che insieme ad essa "costituisce l'ordinamento generale in materia di lavori pubblici" (L 194 art 3 del 1994).³⁶ Il meccanismo che il legislatore del 94 ha riconosciuto per dare attuazione alla Legge è stato quello della delegificazione nel settore dei lavori pubblici, riservando al Governo il compito di regolare ed integrare la disciplina, per specificare i principi della stessa, come risulta in modo espresso all'articolo 3.³⁷

I principi stabiliti dalla legge 104 sono stati considerati come norme fondamentali per la riforma economico-sociale e che guidano l'attività di legislazione dello Stato, anche rispetto agli obblighi internazionali a cui si deve attenere.³⁸

Per perseguire al meglio l'obiettivo di razionalizzare la materia, la legge opera con effetto abrogativo di tutte le normative precedenti che regolano gli appalti pubblici, fatta eccezione per la disciplina antimafia. Sempre dal punto di vista della struttura e della riorganizzazione

³⁴ L. CLAUDIO "Giornale di diritto amministrativo", "commento alla normativa", n. 3, 1 marzo 1995 pagina 365

³⁵ P. BONACCI "Il riordino normativo nel settore degli appalti di opere pubbliche", <https://bpr.camera.it>, Camera dei Deputati, pagina 261: "Il 13 gennaio 1994 è stata approvata definitivamente dal Parlamento la "legge quadro in materia di lavori pubblici" (legge n. 109 del 1994, così detta legge Merloni). La legge enuncia indirizzi e principi uniformi ai quali si ispira l'attività amministrativa nel settore degli appalti e definisce una nuova disciplina della materia, estesa all'intero ciclo di realizzazione delle opere pubbliche, dalla programmazione, alla progettazione, all'affidamento, all'esecuzione dei lavori. La legge tende inoltre a porsi come fonte di carattere generale e, al fine di evitare che successive normative possano compromettere, attraverso deroghe o modifiche implicite, la certezza del quadro legislativo, dispone che eventuali deroghe, modifiche o abrogazioni delle norme in essa contenute potranno essere disposte soltanto per dichiarazione espressa con specifico riferimento a singole disposizioni della medesima".

³⁶ L. BELLAGAMBA "La gara d'appalto di lavori, la fase dell'affidamento: problemi e casi pratici risolti con la giurisprudenza", Milano, Giuffrè, 2003 pagina 39

³⁷ P. BONACCI "Il riordino normativo nel settore degli appalti di opere pubbliche" <https://bpr.camera.it>, Camera dei Deputati, pagina 263: "A tal fine, la legge opera un'ampia delegificazione nel settore dei lavori pubblici, dettando le norme regolatrici della materia e riservando al Governo la compiuta regolamentazione di vasti ambiti di intervento normativo. L'articolo 3 dispone infatti che, nell'esercizio della potestà regolamentare ad esso attribuita, il Governo adotti, entro sei mesi dall'entrata in vigore della legge, un regolamento, contenente una completa disciplina dei diversi istituti, ad integrazione e specificazione delle norme regolatrici e dei principi enunciati dalla legge quadro".

³⁸ Cons. Stato, Sez. VI, sentenza numero 5323 14 settembre 2006

della disciplina, la legge ha riservato ai regolamenti il recepimento delle direttive future dell'Unione Europea, che non richiedono modifiche espresse della legge quadro.

La legge 109/1994 ha apportato notevoli novità rispetto alla precedente legislazione in materia di lavori pubblici:

- 1) In primo luogo, ha ritenuto fondamentale valorizzare l'attività di progettazione interna all'amministrazione, comprensiva di tre livelli, come emerge chiaramente dall'articolo 16 della stessa: progetto preliminare, definitivo ed infine esecutivo.
- 2) In ragione di quanto sopra ha ritenuto quindi ammissibile la configurazione di una progettazione affidata ad un operatore esterno solo in ipotesi espressamente previste all'articolo 17 co 1 e 5.
- 3) Viene ampliato notevolmente l'ambito soggettivo e oggettivo di applicazione. Si considera come omogenea la disciplina applicabile agli appalti di opere pubbliche, mentre prima era differenziata, per quanto riguarda la procedura di affidamento, a seconda dell'importo dei lavori.³⁹

La procedura d'appalto-concorso diviene, secondo quest'ottica, un'attività di scelta del contraente di carattere eccezionale, che può considerarsi ammessa nella forma della conclusione di una trattativa privata solo nei casi e secondo le modalità stabilite dalla legge, come indicato dall'articolo 20 comma 3 della legge 109/1994.

In un'ottica di imparzialità e trasparenza dell'amministrazione la legge Merloni ha anche stabilito che la procedura di affidamento di lavori tramite appalto concorso è consentita solo dopo una decisione motivata e con l'approvazione obbligatoria del Consiglio Superiore dei lavori pubblici, resa tramite un parere vincolante. Questo vale per la realizzazione di opere complesse la cui realizzazione presuppone particolari competenze. In questi casi l'amministrazione redige il progetto preliminare, l'indicazione delle prescrizioni inderogabili e delle condizioni tecniche necessarie; mentre la redazione dei progetti definitivi e l'esecuzione viene demandata ai partecipanti del concorso.⁴⁰

³⁹ P. BONACCI *"Il riordino normativo nel settore degli appalti di opere pubbliche"*, <https://bpr.camera.it>, Camera dei deputati, pagina 263: *"Tra gli elementi che caratterizzano il testo approvato dalle Camere, va ancora evidenziata l'ampiezza dell'ambito di applicazione, sia oggettivo che soggettivo. Viene infatti resa omogenea-in via generale e fatte salve le differenziazioni necessarie a salvaguardare le peculiarità di determinati rapporti e di specifiche figure contrattuali- la disciplina applicabile agli appalti di opere pubbliche, in precedenza differenziata, per quanto attiene alle procedure di affidamento, a seconda dell'importo dei lavori"*.

⁴⁰ R. DE NICOTOLIS, *"Urbanistica e appalti"* numero 7, 1 luglio 1997, pagina 717

È necessario quindi che il progetto sia fatto in modo diligente, ma una perfezione della progettazione non si può ottenere solo con il dettato normativo, non tenendo conto che la singola ha una capacità progettuale ridotta.

Il problema della legge 109 è stato quello di aver omesso di disciplinare un presupposto fondamentale per un corretto esercizio dell'attività amministrativa: il potenziamento della struttura tecnica della Pubblica Amministrazione, non solo rispetto all'attività di progettazione in senso stretto, ma soprattutto rispetto alla capacità di controllare le progettazioni altrui.

La dottrina successiva alla legge ha parlato di "logica del sospetto" della legislazione, in ragione di due aspetti:

- 1) L'autorità di controllo istituita dalla legge
- 2) L'eliminazione del ricorso al giudizio arbitrale per i contenziosi in materia di contratti pubblici

Rispetto al primo punto, l'articolo 4 della legge prevede un'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici. L'Authority istituita dalla legge 109/1994 si aggiunge all'attività di accertamento e controllo rispetto ad altri organi. Questa ha visto attribuirsi poteri che erano precedentemente riconosciuti alla Corte dei conti, al Tar e al Coreco. Quest'ultimo, il Comitato Regionale di Controllo, era un organo di controllo rispetto alla legittimità degli atti delle province, dei comuni e degli altri enti locali in materia amministrativa; ed in certi casi espressamente previsti anche di merito. Il Co.re.co. è stato abolito definitivamente con la legge Costituzionale 3/2001 e le sue attribuzioni sono state demandate all'Authority in questione.⁴¹

L'aspetto che più rileva consiste nel fatto che un'amministrazione già da molto tempo in crisi quale quella connessa all'erogazione di servizi pubblici si vedeva destinataria di un controllo specifico, che si esercitava con un atteggiamento di sospetto verso la sua attività.

Un altro problema era legato invece alla quantità di competenze che erano riconosciute all'Authority dall'articolo 4 co 4 della legge 109, come quello generale di vigilare sull'intero sistema dei lavori pubblici, all'interno del quale si sarebbe dovuta garantire l'osservanza dei principi di efficienza, trasparenza, correttezza; senza però che si prevedesse un'effettiva lesione nella sfera dei destinatari, in quanto idoneo solo ad "avvisare", senza arrecare un

⁴¹ G. CASCONI E A. VERDOLIVA, "Il sistema modulare di bilancio nel circuito di programmazione-gestione-controllo", in "Azienditalia", n 3, 1 marzo 2007, pagina I

effettivo pregiudizio.⁴² Infatti, il numero sostenuto di competenze riconosciute all'organo ha portato ad un malfunzionamento dello stesso.

Per quanto riguarda invece l'eliminazione dell'arbitrato è opportuno fare qualche breve considerazione. La ragione dell'abolizione di tale istituto è legata al rispetto del principio di trasparenza sia per le procedure di nomina, sia per l'atteggiamento consolidato volto a favorire determinate imprese. Tale scelta è stata giudicata eccessiva dalla dottrina in quanto si è provveduto all'eliminazione di un istituto riconosciuto in tutte le legislazioni dei Paesi dell'Unione Europea. Inoltre, l'impresa non sempre si sarebbe potuta avvalere di una procedura ordinaria civile ed efficiente, considerando le lungaggini delle procedure in materia. Sulla base di ciò si è qualificato come punitivo l'atteggiamento volto ad eliminare uno strumento che rende la procedura più efficiente, alleggerendo il carico giudiziario.⁴³

iii) I codici dei contratti pubblici: le cause di esclusione

In questo paragrafo si ricostruirà l'iter normativo che ha riguardato la regolamentazione delle cause di esclusione prima della riforma del 2023.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto che il rispetto dell'articolo 38 del Codice del 2006 sia *“fondamentale rispetto all'ordine pubblico economico che soddisfa l'esigenza di avere un soggetto contraente con l'Amministrazione che sia affidabile sotto il profilo morale e degli altri requisiti richiesti”*⁴⁴

È una norma confermativa di quanto già previsto dall'articolo 68 della normativa di amministrazione del patrimonio e di contabilità generale dello Stato del 1924, che assolve inoltre la funzione di tipizzazione dei requisiti di moralità e di ordine generale necessari a garantire l'affidabilità dell'operatore.⁴⁵

L'articolo 38 elenca una serie di requisiti inderogabili per la partecipazione degli operatori, disponendo l'esclusione per quei soggetti che versino in una delle situazioni di cui alla lettera a) fino alla lettera m-quater). I casi di esclusione dalla contrattazione indicati sorgono in

⁴² L. CARBONE E L. LEO MEO, *“Osservatorio delle decisioni del Consiglio di Stato- atti di natura non provvedimentale dell'autorità per la vigilanza sui lavori pubblici”*, in *“Giornale di diritto amministrativo”*, numero 7, 1 luglio 2010, *“Note a sentenza”*, pagina 741

⁴³ L. CLAUDIO *“La riforma della legge Merloni”*, *“Giornale di diritto amministrativo”* n 3 del 1995 pagina 365

⁴⁴ Cons. di Stato, Sez. VI, Sent. numero 3910, 7 agosto 2015

⁴⁵ ANAC, Determinazione n. 1 dell'8 gennaio 2015 secondo cui il principio espresso dall'articolo 38 prevede per la partecipazione alle gare pubbliche che i partecipanti posseggano inderogabili requisiti di moralità: ciò rappresenta un fondamentale principio di carattere generale e di ordine pubblico economico

ordine: a soggetti che sono in liquidazione, per soggetti che sono sottoposti alle misure di esclusione (con richiamo espresso alla legge numero 1423 del 1956 all'articolo 3 e alla 575 del 1965 all'articolo 10, ora confluite nel D. Lgs 159/2011), per soggetti condannati definitivamente per gravi reati contro lo Stato, o coloro che sono incorsi in gravi illeciti rispetto ad obblighi di sicurezza e salute.⁴⁶

Dal punto di vista temporale i requisiti devono essere in possesso dell'operatore nel momento in cui scadono i termini di presentazione delle offerte o comunque della domanda di partecipazione; devono inoltre persistere durante tutto lo svolgimento della procedura di affidamento fino al momento di stipula del contratto.⁴⁷

Insieme ai requisiti di ordine generale una delle principali novità del Codice del 2016 è prevista rispetto al principio di tassatività delle cause di esclusione, introdotto nel 2011 dal D.L. n. 70/2011, all'articolo 46 comma 1-bis del Codice. La principale conseguenza di questo principio è che l'esclusione dalle gare sia dichiarabile solo in casi previsti tassativamente dalle *“prescrizioni previste dal presente codice, dai regolamenti e da altre disposizioni vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali”*.

Rilevano poi altre cause di esclusione che siano specificatamente definite nei bandi (comunemente denominate anche *lex specialis*).⁴⁸ Il principio di tassatività delle cause di esclusione trova le proprie fondamenta nell'elaborazione giurisprudenziale, che ha individuato la ratio dello stesso nel più ampio principio di *“favor participationis”*.⁴⁹ L'attività dell'Amministrazione ha subito un mutamento a partire dal momento in cui è stato codificato tale principio, dal momento in cui la stazione appaltante, prima della previsione del principio di tassatività, individuava all'interno dei bandi clausole che imponevano oneri meramente formali ai partecipanti, il cui mancato rispetto portava all'esclusione dalla gara. Con la riforma del 2011 e la presenza di una tassatività delle cause di esclusione,

⁴⁶ Per l'elenco completo delle cause di esclusione regolate dal Codice del 2006 V. l'articolo 38 del D. Lgs. 163 del 2006 comma 1 dalla lettera a) alla lettera m-quater)

⁴⁷ C. CRAVERO, *“Cause di esclusione negli appalti pubblici- Protocolli di legalità o Patti di integrità: la compatibilità con il diritto UE della sanzione di esclusione automatica dell'operatore economico inadempiente”*, in *“Giurisprudenza italiana”*, numero 6, 1 giugno 2016, pagina 1459 ss.

⁴⁸ P. PATRITO, *“La regolarizzazione documentale: dal diritto europeo ai diritti nazionali (Belgio, Francia, Italia)”*, *“Urbanistica e appalti”*, 1 gennaio 2015, pagina 137 ss.

⁴⁹ A. CARRELLA, *“Il principio di tassatività delle cause di esclusione e dimostrazione del possesso della certificazione di qualità ai fini dell'ammissione al beneficio del dimezzamento della cauzione”*, in www.ilnuovodirittoamministrativo.it; vedi anche Cons. Stato, Sez. III, sentenza numero 5203 del 4 ottobre 2012

l'Amministrazione deve prevedere la conformità delle clausole inserite nel bando al modello legale, pena la nullità automatica della clausola stessa. In ragione di ciò, la violazione di clausole non conformi al modello legale non comporta l'esclusione dell'operatore dalla gara.⁵⁰ Questo esprime la prevalenza delle disposizioni di legge e dei regolamenti rispetto alla *lex specialis* del bando.

La disciplina delle cause di esclusione dettata dall'articolo 38 del primo Codice degli appalti pubblici è rimasta nella sostanza simile a quella del Codice del 2016, frutto del recepimento delle direttive del 2014.⁵¹

La prosecuzione della normativa delle cause di esclusione si rinviene nel Codice del 2016 che ha impostato la normativa sulla base del recepimento delle cause di esclusione previste all'articolo 57 della direttiva 2014/24, che ha disposto, come indicato sopra, l'esclusione dalle gare pubbliche per coloro che siano risultati colpevoli di aver gravi reati o in casi di dubbia affidabilità del contraente stesso.

L'articolo 80 del D. Lgs. 50/2016 al comma 1 prevedeva che l'operatore economico potesse essere escluso dalla partecipazione ad una procedura d'appalto o concessione sulla base di una sentenza definitiva di condanna per una serie di reati previsti dalla stessa norma, tra cui i reati di mafia (416 bis c.p.). Il comma 2 prevedeva altre forme di esclusione, tra cui quella in cui l'impresa è soggetta ad un tentativo di infiltrazione mafiosa, secondo un'impostazione "aperta" della casistica potenzialmente integrante la fattispecie.

Una delle principali novità introdotte con tale disciplina è stata quella di introdurre il c.d. *self-cleaning* di cui si parlerà nel paragrafo successivo, al comma 7 dell'art 80 del Codice. La norma è stata frutto del recepimento della Direttiva 57/2014/24/UE e ha riproposto diverse cause di esclusione che erano già presenti nell'articolo 38 del Codice del 2006.⁵² La norma

⁵⁰ ANAC, Determinazione, n. 1 dell'8 gennaio 2015 secondo cui: "*La sanzione della nullità, in luogo di quella dell'annullabilità, comporta che le clausole di bandi e lettere di invito, laddove prevedano cause di esclusione non consentite, siano automaticamente inefficaci e vadano disapplicate dal seggio di gara, senza necessità di annullamento giurisdizionale*".

⁵¹ C. CRAVERO, "*Cause di esclusione negli appalti pubblici- Protocolli di legalità o Patti di integrità: la compatibilità con il diritto UE della sanzione di esclusione automatica dell'operatore economico inadempiente*", "*Giurisprudenza italiana*", numero 6, 1 giugno 2016, "Note a sentenza", pagina 1459 ss.

⁵² S. CALDARELLI "*L'esclusione delle procedure ad evidenza pubblica per "grave illecito professionale"*", "*Giornale di diritto amministrativo*", 2019, numero 2, pagina 149; C. CONTESSA "*Il nuovo Codice dei contratti e la polimorfa nozione di gravi illeciti professionali*", "*Urbanistica e appalti*", "2018, numero 5, pagina 667

stabilisce i requisiti generali, anche classificati come morali o soggettivi dell'aggiudicazione di contratti pubblici.

Le cause di esclusione individuate dalla norma sono possono essere così schematizzate:

- Cause di esclusione non discrezionali per coloro che 1) abbiano riportato condanne per i reati indicati alla lett.a) fino alla lett. g. (mafia, reati contro la pubblica amministrazione, false comunicazioni) e 2) e coloro che siano destinatari di provvedimenti regolati dalla normativa antimafia di cui all'articolo 67 e 84 comma 4, D. Lgs 159/2011. L'elemento che contraddistingue le cause automatiche è la presenza di un accertamento definitivo in sede giurisdizionale o amministrativa.⁵³
- Cause di esclusione discrezionali: la norma prevede poi dei casi di esclusione discrezionale, cioè la stazione appaltante non è vincolata ad escludere l'operatore al sussistere dei presupposti descritti dalla norma, ma dovrà compiere delle valutazioni. L'art 80 comma 5, lett. c) -bis afferma che l'amministrazione sia tenuta a considerare e valutare *“i gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità”*.

In secondo luogo, viene sanzionata con l'esclusione dalla gara il mancato rispetto degli obblighi dichiarativi di cui all'articolo 80, comma 5, lett. c-bis: *“informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero abbia omissis le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione”*.

La norma prevede inoltre l'ipotesi di cui al comma 5 lettera c-ter), secondo cui le *“significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni penali”*.

Queste previsioni seguono la logica di sanzionare l'operatore che si sia contrapposto agli obblighi di correttezza espressi dallo stesso Decreto, all'articolo 30.⁵⁴

Questa è una delle norme che ha destato più problemi nel Codice del 2016, principalmente dovuti alla difficoltà *ictu oculi* per l'interprete di comprendere quando si sarebbe potuto

⁵³ A. AMORE *“Il deficit di tipicità delle interdittive antimafia”, “Urbanistica e appalti”; “Giurisprudenza amministrativa”* n. 2/2020 pagina 258

⁵⁴ C. COMMENDATORE: *“Le cause di esclusione dalle gare pubbliche: tra tassatività e interpretazione estensiva”*; *“Urbanistica e appalti”*, numero 3, 1 maggio 2023, pagina 369

parlare di cause di esclusione obbligatorie, senza riconoscere discrezione dell'amministrazione, e quando invece si sarebbero configurate cause facoltative. A fronte di questa problematica il Nuovo Codice ha realizzato una specifica distinzione delle cause, classificandole proprio sul riconoscimento o meno di una discrezione di valutazione in capo alla stazione appaltante.⁵⁵

2.3 La prevenzione del fenomeno mafioso nella contrattazione pubblica

i) La nascita delle misure di prevenzione

Rispetto all'argomento degli strumenti di cui si è dotato il legislatore per combattere gli insediamenti della criminalità nel settore dei contratti pubblici, si tenterà in questa sede di intraprendere un'indagine su una delle principali cause di esclusione, che si rinviene nell'impossibilità per l'operatore economico di partecipare alla gara per situazioni che lo vedono coinvolto o potenzialmente esposto al fenomeno corruttivo e mafioso.

L'Italia repubblicana ha vissuto diverse forme e scissioni del quadro normativo delle misure di prevenzione in sottosistemi e parti di sistemi, che si sono talvolta accentuate nel corso degli anni. Sul piano storico si potrebbe infatti parlare di "doppio livello di legalità".⁵⁶

Ne è un esempio il "Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione", che funge da seconda legalità rispetto ad un livello che è di grado primario, rinvenibile nella conformazione al dettato costituzionale.

Lo strumento della prevenzione viene considerato il migliore per contrastare il fenomeno mafioso, come emerge chiaramente dalla denominazione della principale disciplina in materia di antimafia, il d.lgs. numero 159/2011, espressamente intitolato "*misure di prevenzione*". La scelta di anticipare la soglia di intervento si consolida per una serie di ragioni pratiche che possono riscontrarsi nella lotta concreta al fenomeno mafioso: efficienza nell'adozione delle misure, modesta richiesta di formalizzazioni nei procedimenti e scissione

⁵⁵L. PONZONE "Nuovo Codice dei Contratti Pubblici Ragionato", Neldiritto Editore, 2024 II edizione, Codici Ragionati Maior, pagina 94

⁵⁶V. MONGILLO, "Anatomia della prevenzione economico-aziendale antimafia", "Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia", 3-4/2023 pagina 515: "Del resto, sul piano storico, è stato ampiamente documentato come l'ordo penalistico italiano annoveri tra i suoi tratti più risalenti (e resistenti) un "doppio livello di legalità", una dualità che oggi potremmo definire persino plurima, comunque espressiva di logiche divaricate che convivono al suo interno...Di quest'assetto policentrico il D. Lgs. 159/2011, intitolato in modo evocativo "Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione" "quasi a suggellarne la proiezione antagonistica rispetto al codice, rappresenta una componente cruciale".

tra i provvedimenti disposti e procedimenti penali, soprattutto con riguardo agli standard probatori che risultano rispetto a quest'ultimi decisamente affievoliti.⁵⁷

I fini perseguiti generalmente da tali strumenti sono quelli di opporsi e reprimere il fenomeno corruttivo nei confronti dello Stato nelle vicende che lo vedono coinvolto da protagonista. In questo senso, ruolo centrale è stato assunto dalla disciplina sovranazionale, la quale ha sollecitato gli Stati Membri a recepire alcune forme di misure preventive formatesi nell'ordinamento internazionale. Ad esempio, la Convenzione delle Nazioni Unite "*Against Corruption*" stabilita a Merida nel 2003 o la Convenzione OCSE "*sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali*" approvata il 17 dicembre 1999 e ratificata dall'Italia con la Legge 300 del 2000, la cui attuazione si è realizzata nel 2001 mediante la legge 231 che ha introdotto nel nostro ordinamento la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche per i reati di corruzione.⁵⁸

L'ampio ricorso a strumenti di prevenzione è però fonte di delicate questioni: partendo dalla nozione e la natura giuridica degli istituti, fino ad arrivare al cosiddetto rischio di "*truffa delle etichette*" allo statuto costituzionale, ponendo così una serie di problematiche in ordine alla tutela dei diritti fondamentali degli operatori.

È un rapporto complicato quello che intercorre tra efficienza e garanzia nell'ambito penale ed amministrativo, soprattutto nelle situazioni in cui oltre a esigenze giuridiche si devono considerare anche tutele sociali ed economiche. Per queste ragioni le misure preventive sono previste tenendo conto della necessità di preservare una leale concorrenza ed una stabilità del mercato; in caso contrario andrebbero ad apportare gravi danni all'economia del Paese.

Una puntuale ricostruzione dell'evoluzione di tali istituti nella storia del nostro ordinamento può leggersi nella nota sentenza della Corte costituzionale, 27 febbraio 2019, numero 24.⁵⁹

⁵⁷V. MONGILLO E N. PARISI, "*L'intervento del giudice penale e dell'autorità amministrativa nella gestione societaria, tra impresa lecita, "socialmente pericolosa", e mafiosa: alla ricerca di un disegno*", in "*Rassegna economica*", numero 1 del 2019, pagina 167 ss.

⁵⁸ M. COZZIO "*Le interdittive antimafia, buona amministrazione e tutela effettiva dell'appaltatore*" in "*Giurisprudenza commentata*", numero 5, 1 settembre 2020, pagina 671 e 672; che afferma: "*Il legislatore si dota di strumenti in grado di anticipare l'azione di contrasto dei fenomeni mafiosi particolarmente adeguati per fronteggiare i continui, mutevoli e sempre più sofisticati tentativi di infiltrazione delle organizzazioni malavitose nel tessuto economico. La scelta di potenziare gli strumenti di prevenzione trova corrispondenza nelle indicazioni emerse alla fine degli anni 90 a livello internazionale*"

⁵⁹ V. MONGILLO, "*Anatomia della prevenzione economico-aziendale antimafia*", rivista trimestrale di diritto penale dell'economia 3-4/2023, pagina 517: "*Dal punto di vista della successione storica, le misure di prevenzione hanno già attraversato molte stagioni. Un'efficace ricostruzione dell'evoluzione di tali istituti nella storia del nostro ordinamento può leggersi nella nota sentenza della Corte costituzionale, 27 febbraio 2019, n.*

Nella pronuncia si esprime il concetto già espresso dalla giurisprudenza costituzionale in ordine alla necessaria conformità delle misure di sicurezza e di prevenzione rispetto ai principi e ai valori costituzionali.

La Corte in questa sentenza ha citato diverse leggi che sono state dettate in materia di prevenzione rispetto al fenomeno mafioso nel corso degli anni: partendo dalla legge 1423 del 1956, considerando le successive modifiche della legge 575 del 1965 e concludendo con la normativa degli anni 90', fino ai giorni nostri.⁶⁰

Le leggi citate dalla Corte costituzionale hanno ad oggetto le misure di prevenzione e vengono qualificate dalla dottrina come misure “*ante delictum*”, dal momento in cui la loro applicazione prescinde da un accertamento pieno e definitivo di un fatto di reato.⁶¹

Le misure di prevenzione personali sono oggi disciplinate in modo organico dal d.lgs. 159/2011 e rappresentano l'approdo di una lunga evoluzione storica, le cui origini risalgono alla legislazione di polizia ottocentesca, che si è cristallizzata subito dopo l'unità d'Italia nella legge 2248 del 1865, allegato B, che già attribuiva all'autorità di Pubblica Sicurezza la facoltà di disporre misure di confino o di ammonizione (articolo 11) avverso persone ritenute pericolose per la società (come indicano gli articoli 97 e ss della legge in esame che parlano di soggetti indiziati o sospettati) e senza la necessità che fossero disposte delle condanne a seguito di un procedimento penale, con tutte le garanzie che sarebbero discese.

Queste norme hanno trovato ampia applicazione anche in epoca fascista, dato che regolavano uno strumento che ben si coniugava con la politica e lo spirito del legislatore dell'epoca. La disciplina all'epoca fascista è confluita in un Regio Decreto, il 773 del 18 giugno 1931,

24 (Redattore F. Viganò). Tale pronuncia, com'è noto, ha anche aderito alla concezione compensativo-ripristinativa della confisca di prevenzione, in opposizione a quella corrente dottrinale interna che ne afferma la funzione punitiva”.

⁶⁰ Corte costituzionale sentenza numero 24 del 2019: “Le misure di prevenzione personali oggi organicamente disciplinate nel D. Lgs. 159 del 2011 rappresentano, in effetti, il provvisorio approdo di una lunga evoluzione storica, le cui origini risalgono quanto meno alla legislazione di polizia ottocentesca, cristallizzatasi subito dopo l'unità d'Italia nella legge 20 marzo 1865, numero 2248 nei confronti di persone ritenute pericolose per la società, senza che fosse- tuttavia- necessaria una loro condanna in sede penale”.

⁶¹ V. NERI; “Informativa antimafia e contrasto alla criminalità organizzata”, “Il corriere del Merito”, numero 8 e 9, 1 settembre 2010 pagina 801, “Nota a sentenza di Neri Vincenzo”: “Il contrasto all'illecito arricchimento si è via via affinato nel tempo attraverso il progressivo miglioramento delle norme in materia di misure di prevenzione personali e patrimoniali...per le ragioni che saranno meglio specificate occorre, seppur brevemente soffermarsi sulle misure di prevenzione attualmente disciplinate dalla l. 27 dicembre 1956, numero 1423 e dalla l. 31 maggio 1965 numero 575. Le norme ora richiamate hanno un spiccata funzione special-preventiva e vengono dalla dottrina collocate nell'ambito delle misure ante delictum perché la loro applicazione può prescindere dall'accertamento definitivo (ossia con sentenza passata in giudicato) di un fatto di reato”.

denominato anche “*Testo unico di pubblica sicurezza*”. Il testo è sopravvissuto anche all’avvento della Carta costituzionale con un’impellente necessità di renderlo compatibile con la medesima attraverso un’attività di interpretazione.

La Corte costituzionale si è dovuta impegnare fin dai primi anni Cinquanta a pronunciarsi sulla compatibilità costituzionale della disciplina in questione: come nella sentenza 2 del 1956, dove è stata dichiarata l’illegittimità della norma avente ad oggetto l’esecuzione coattiva dell’ordine di rimpatrio disposta dal questore, per il mancato rispetto dell’articolo 13 Cost.

Così, nel 1956 il legislatore si è dovuto adattare alla giurisprudenza della Corte costituzionale, dettando una disciplina nuova sulle misure di prevenzione, che è stata promossa con la legge numero 1423 del 1956.

L’ambito soggettivo di tale disciplina è stato configurato sulla base di una classificazione di categorie di destinatari: oziosi e vagabondi; o persone che erano “*notoriamente e abitualmente dedite a traffici illeciti*”; “*proclivi a delinquere e coloro che, per la condotta e il tenore di vita, devono ritenersi vivere abitualmente, anche in parte, con il provento di delitti o con il favoreggiamento*”; “*soggetti dediti allo sfruttamento della prostituzione, alla tratta delle donne, alla corruzione di minori, al contrabbando o al traffico di droga*”; e “*coloro che svolgono abitualmente altre attività contrarie alla morale pubblica e al buon costume*”.

La disciplina in esame prevedeva che avverso questi soggetti il questore potesse direttamente stabilire una diffida, nonché ordinarne il rimpatrio; mentre si affidava al Tribunale la competenza a disporre la misura della sorveglianza speciale, che era naturalmente più invasiva e richiedeva conseguentemente un pieno accertamento dei fatti.

Le disposizioni previste in questa legge sono state successivamente traslate in regolamentazioni successive, tutte aventi ad oggetto la materia delle misure interdittive e preventive al contrasto del fenomeno criminale.⁶²

⁶² Corte costituzionale, sentenza numero 24 del 2019: “*il legislatore si adeguò prontamente, già nel dicembre di quell’anno, alle pronunce della Corte, attraverso una nuova organica disciplina delle misure di prevenzione contenuta nella legge 1423 del 1956...nei confronti di tutti costoro, la legge prevedeva che il questore potesse direttamente indirizzare una motivata diffida a cambiare condotta, nonché ordinarne il rimpatrio con il foglio di via obbligatorio; mentre si affidava al tribunale la competenza a disporre la più grave misura della sorveglianza speciale, cui il tribunale stesso poteva aggiungere il divieto di soggiorno in uno o più comuni o province nonché, nei casi di particolare pericolosità, l’obbligo del soggiorno in un determinato comune*”.

ii) La legge 575/1965

La prima legge è la numero 575 del 1965, con successive modificazioni, il cui articolo 1 specifica immediatamente l'ambito di applicazione soggettivo: *“agli indiziati di appartenere ad associazioni di tipo mafioso”*.

La legge in esame pone il collegamento tra misure preventive e criminalità organizzata, stabilendo che la loro applicazione si determini per qualsiasi forma di associazione mafiosa indistintamente: mafia, camorra, 'ndrangheta o altre associazioni che perseguono fini illeciti e che agiscono secondo una struttura ed un “metodo” mafioso.

L'articolo 10 della legge prevede una serie di pregiudizi per coloro che siano sottoposti a tali misure preventive ed in questo senso si coglie il nesso con il settore della contrattazione pubblica⁶³. Questa normativa viene definita *come lo sbocco delle misure di prevenzione e contrasto* al fenomeno criminale, in quanto prevede delle misure di carattere personale e misure di carattere patrimoniale che si applicano a coloro che risultino essere indiziati di appartenere ad associazioni di tipo mafioso.⁶⁴

Tra le conseguenze che più interessano ai fini della materia oggetto di analisi rileva quella di cui all'articolo 10 della legge, che ha sancito la decadenza di diritto da una serie di diritti in caso di adozione di misure definitive⁶⁵. Le decadenze operano rispetto a:

- 1) *Le concessioni di acque pubbliche e diritti ad esse inerenti nonché concessioni di beni demaniali allorché siano richieste per l'esercizio di attività imprenditoriali*
- 2) *Concessioni di costruzione, nonché di costruzione e gestione di opere riguardanti la pubblica amministrazione e concessioni di servizi pubblici*

⁶³ M. BIANCHI *“La prevenzione dell'infiltrazione delle organizzazioni criminali nel sistema economico locale. Responsabilità, ruolo degli enti locali e protocolli di legalità”*, *“Azienditalia”*, numero 10, 1 ottobre 2011, pagina 689”

⁶⁴ V. NERI *“informativa antimafia e contrasto alla criminalità organizzata”*, *“Il correre del merito”*, numero 8-9, 1 settembre 2010, pagina 801: *“In relazione poi alla criminalità organizzata la l. 31 maggio 1965, n. 575, stabilisce che le misure di carattere personale e patrimoniale si applicano agli indiziati di appartenere ad associazioni di tipo mafioso, alla camorra, alla ndrangheta, o ad altre associazioni, comunque localmente denominate, che perseguono finalità o agiscono con metodi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso nonché ai soggetti indiziati di particolari reati attinenti al c.d. “universo mafioso”*.

⁶⁵ P. TONNARA *“Informativa antimafia e discrezionalità del prefetto”*, *“Urbanistica e appalti”* numero 2 del 2017 *“Il Commento”*, *“Antimafia”*, pagina 229: *“Sin dalla L. n 575 del 1965, il legislatore si preoccupò di estendere le misure di prevenzione nei confronti degli “indiziati di appartenere ad associazioni mafiose”. Con lo stesso intervento, al fine reprimere e prevenire l'aggressione mafiosa nell'economia legale, si prevede, in caso di definitività delle misure, la sanzione della decadenza di diritto da una serie di provvedimenti: le licenze di polizia, di commercio, di commissionario astatore presso i mercati anonari all'ingrosso, le concessioni di acque pubbliche di cui fossero titolari le persone soggette ai detti provvedimenti”*.

3) *Iscrizioni negli albi di appaltatori o di fornitori di opere, beni e servizi riguardanti la pubblica amministrazione e nell'albo nazionale dei costruttori, nei registri della camera di commercio per l'esercizio del commercio all'ingrosso e nei registri di commissionari astatori presso i mercati anonari all'ingrosso.*

Tali interdizioni sono state previste dal legislatore per perseguire l'obiettivo principale di non far accumulare beni che abbiano provenienza illecita, nonché di evitare che vi siano operatori nella contrattazione che abbiano subito tentativi di infiltrazione mafiosa.⁶⁶

Uno dei problemi maggiori di questa legge consisteva nella totale assenza di uno strumento di coordinamento attraverso il quale l'Amministrazione sarebbe potuta venire a conoscenza di tali provvedimenti interdittivi, attraverso un circolo di informazioni efficiente. Un rimedio sul tema è stato proposto dalla Legge 646 del 1982, che ha previsto agli articoli 19 e 20 l'istituzione di un sistema informativo delle misure di prevenzione, che veniva adottato per comunicare i provvedimenti tra gli enti pubblici. Se le stazioni appaltanti avessero comunque contrattato con gli operatori segnalati nel casellario, in quanto indiziati di appartenere a realtà mafiose, si sarebbero previste delle sanzioni penali per le stesse.⁶⁷

La legge 575 del 1965 ha anche introdotto nel nostro ordinamento una misura analoga a quella dell'amministrazione giudiziaria, regolata agli articoli 3-quater e 3-quinquies, che stabilivano la sospensione temporanea dell'amministrazione dei beni per coloro che fossero risultati indiziati per reati associativi, o che comunque avessero agevolato l'organizzazione criminale. Al sussistere dei presupposti citati dalla norma, il Tribunale procedeva con la nomina di un amministratore per un periodo non superiore a 6 mesi, dopodiché la misura si

⁶⁶ M. NAPOLI, *"Imprese vittime della criminalità organizzata ed esclusione dalle pubbliche gare"*, *"Urbanistica e appalti"*, numero 12, 1 dicembre 2009, pagina 1413: *"Tra le misure di prevenzione antimafia cui si riferisce l'art 10 della L. n. 575/1965, figura infatti, anche quella della "sospensione temporanea dell'amministrazione dei beni" prevista dall'art 3-quater della medesima L. n. 575/1965 proprio per contrastare l'accumulo di patrimoni illeciti e per il caso in cui a "seguito degli accertamenti...compiuti per verificare il pericolo di infiltrazione da parte della delinquenza di tipo mafioso, ricorrono sufficienti indizi per ritenere che l'esercizio di determinate attività economiche, comprese quelle imprenditoriali, sia direttamente o indirettamente sottoposto alle condizioni di intimidazione o di assoggettamento previste all'art 416-bis del codice penale"*

⁶⁷ P. TONNARA *"Informativa antimafia e discrezionalità del prefetto"*, *"Urbanistica e appalti"* 2/2017 Il Commento, Antimafia, pagina 230: *"Tuttavia, mancava uno strumento di raccordo che consentisse all'amministrazione di venire a conoscenza di tali misure e, quindi, di rifiutare ab origine il rilascio o la stipula dei suindicati provvedimenti...gli articoli 19 e 20 della L. n. 646 del 1982 apprestarono un primo rimedio a tali insufficienze, prevedendo la costituzione di una sorta di casellario delle misure di prevenzione, trasmesso ad alcuni enti pubblici, e prevedendo apposite sanzioni penale nel caso in cui si fosse provveduto a stipulare contratti o a rilasciare provvedimenti in favore di soggetti indiziati di appartenenza alla mafia (art 10 bis e 10 quinquies, L. n. 575 del 1965)"*

sarebbe dovuta rinnovare o revocare. Come descrive l'articolo 3-quater comma 3 l'amministratore è tenuto ad una serie di obblighi comunicativi nei confronti del questore e altri soggetti appartenenti ai corpi di polizia. In considerazione di quanto detto sopra la configurazione dell'istituto era analoga in sostanza a quanto stabilito nelle normative successive e nel Codice antimafia del 2011, fatta eccezione per la denominazione.⁶⁸

La successiva legge 152 del 1975 è intervenuta ampliando ulteriormente l'ambito di applicazione dal punto di vista soggettivo delle misure di prevenzione, stabilendo l'applicazione di tali provvedimenti anche ai "*soggetti indiziati di coinvolgimento in attività di tipo terroristico*"; dato lo scenario storico politico degli anni 70' e 80' attraversato dall'Italia si può ben comprendere l'estensione di tali misure a quei soggetti e a quei reati che più ingeneravano timore in quel periodo.⁶⁹

Anche la "*Legge Reale*" ha regolato un istituto analogo a quello della sospensione provvisoria dell'amministrazione dei beni, all'articolo 22. Il giudice, oltre a poter esercitare le misure di prevenzione sancite dall'articolo 3 della legge 1423 del 1956, poteva disporre la sospensione provvisoria dell'amministrazione dei beni personali, fatta eccezione per quelli che erano impiegati per l'ordinario svolgimento dell'attività professionale o produttiva, al sussistere di indizi che essi agevolino l'attività dei soggetti individuati agli articoli 18 e 19. Come allora regolata, la sospensione non poteva essere disposta per un periodo superiore ai 5 anni e anche in questo caso alla scadenza poteva essere rinnovata, laddove l'autorità giudiziaria avesse ravvisato che i presupposti per la disposizione della misura non fossero venuti meno.

Ciò che sicuramente differisce rispetto a come è configurato oggi l'istituto è la totale assenza di riferimenti nei confronti dei "terzi", la disciplina storica dell'amministrazione giudiziaria trovava la propria applicazione solo verso coloro che erano espressamente previsti agli articoli 18 e 19 della Legge Reale, criminali o comunque soggetti che rientravano

⁶⁸ E. MAZZETTI, L. DONATI, E. BIRITTERI, "*La legislazione antimafia*", "*Le riforme del diritto italiano*", "*I nuovi strumenti di bonifica aziendale nel Codice antimafia: amministrazione e controllo giudiziario nelle aziende*", Zanichelli 2020, pagina 839

⁶⁹ Corte costituzionale sentenza numero 24 del 2019: "*Le misure previste dalla L. n. 1423 del 1956 sono state quindi estese dalla L. numero 575 del 1965, nelle sue successive modificazioni, agli indiziati di appartenere ad associazioni di stampo mafioso; e la L. numero 152 del 1975 (la c.d. Legge Reale) ne ampliò ulteriormente l'ambito di applicazione a una vasta area di soggetti indiziati di coinvolgimento in attività di tipo terroristico, o eversivo, di appartenenza ad associazioni politiche disciolte*"

direttamente nel mondo criminale, escludendo coloro che erano connessi o indirettamente coinvolti nelle vicende.⁷⁰

iii) La legge Rognoni-La Torre

Una legge che ha apportato un effettivo salto qualitativo rispetto alla materia della prevenzione mafiosa è la legge 646 del 1982, che si è occupata in particolare di contrastare l'accumulo mafioso di capitali illeciti. La novità più nota di tale legge è stata quella di aver inserito all'interno del Codice penale la punibilità dell'associazione mafiosa.⁷¹

Il fenomeno che si andava ad incriminare era quello del modello novecentesco di "impresa mafiosa", che ambisce ad infiltrarsi nel tessuto economico legale, per sfruttare i vantaggi competitivi della matrice illecita. Concetto che ad oggi potrebbe risultare antiquato, dal momento in cui la mafia non opera necessariamente come un soggetto "infiltrato" nell'economia, ma come parte integrante di essa. Non sono pochi i casi di imprenditori che nonostante risultino estranei al tessuto criminale cercano comunque un contatto con la criminalità organizzata. Le società di capitali sono una struttura giuridica che ben si presta al fenomeno del riciclaggio di denaro e infatti l'attività criminale si manifesta nelle società in questo modo: una struttura sociale: apparentemente conforme alla legge, ramificata, basata sulla presenza di numerosi soggetti e di dimensioni rilevanti. Vi sono poi esempi di società che intrattengono rapporti di controllo con altre controllate, che fungono da "scatole vuote" e che risultano utili laddove entrino inizialmente in stato di fallimento una volta recuperato il denaro "investito" e quindi ripulito, per poi non pagare gli ultimi creditori.⁷²

⁷⁰ R. RUSSO "Le misure patrimoniali antimafia applicabili agli enti", in "Archivio penale", numero 3 del 2012, pagina 867; E. MAZZETTI, L. DONATI, E. BIRITTERI, "La legislazione antimafia", "Le riforme del diritto italiano", "I nuovi strumenti di bonifica aziendale nel Codice antimafia: amministrazione e controllo giudiziario nelle aziende", Zanichelli 2020, pagina 842

⁷¹ R. CANTONE, *Giornale di diritto amministrativo*, numero 8-9, 1 agosto 2013, pagina 888 "La riforma della documentazione antimafia: davvero solo un restyling", commento alla normativa: "La documentazione antimafia, oggi regolata nel c.a., è un istituto i cui primi passi si possono far risalire alla legge 13 settembre 1982 n. 646 la c.d. "Legge Rognoni La Torre", nota, in particolare, per avere introdotto nel codice penale la norma sull'associazione mafiosa".

⁷² M. BIANCHI, "La prevenzione e dell'infiltrazione delle organizzazioni criminali nel sistema economico locale. Responsabilità, ruolo degli enti locali e protocolli di legalità", "Azienditalia", numero 10., 1 ottobre 2011, pagina 689, commento alla normativa: "La struttura giuridica che meglio permette fenomeni quali il reinvestimento riciclaggio e "ripulitura" delle ingenti risorse finanziarie derivanti da profitti illeciti è quello delle società di capitali ed in particolare delle società a responsabilità limitata nelle quali sono presenti soggetti formalmente estranei alla C.O. e senza precedenti in proposito. Anche le forme di società cooperativa non sono estranee al fenomeno. Il mimetismo organizzativo utilizzato, con il quale si fa assumere alle attività, un aspetto meno rischioso... basato sull'assunzione di forme apparentemente legali e sostanzialmente solide con una posizione di mercato ramificata e di grandi dimensioni ovvero il modello fondato sulla numerosità dei soggetti e/o delle operazioni coinvolte. Entrambi questi modelli possono essere poi applicati in forma

Il legislatore dell'epoca ha tentato di indebolire subito i beni più preziosi dell'associazione criminale: i beni patrimoniali; seguendo del resto la *grande intuizione* di Giovanni Falcone, il quale ha partecipato alla stesura della stessa legge.⁷³ Nel 1982 il magistrato siciliano ha intuito che la tecnica più efficace per colpire al cuore la malavita era proprio il portafoglio “*Segui i soldi, troverai la Mafia; il vero tallone d’Achille delle organizzazioni mafiose è costituito dalle tracce che lasciano dietro di sé i grandi movimenti di denaro connessi alle attività criminali più lucrose. Lo sviluppo di queste tracce, attraverso un’indagine patrimoniale che segua il flusso di denaro proveniente dai traffici illeciti, è quindi la strada maestra nelle investigazioni in materia di mafia*”.⁷⁴

Per quel che riguarda in particolare le relazioni che si instaurano tra organizzazione mafiosa e imprenditoria negli appalti pubblici è opportuno richiamare l’art 20 della legge 646, che ha introdotto l’art 10-bis nella legge 575 del 1965, creando un circuito informativo, che avrebbe dovuto superare il problema della segnalazione di quei soggetti che erano sottoposti a misure preventive.

Co1) *Con decreto da emanarsi dal Presidente del Consiglio dei ministri, d'intesa con tutti i Ministri interessati, entro sei mesi dall'entrata in vigore della presente legge, e da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale, sarà costituito un elenco generale degli enti e delle amministrazioni legittimati a disporre le licenze, le concessioni e le iscrizioni, nonché le autorizzazioni, le*

combinata per assicurare un risultato ancora più efficace... Questo modello di mimetismo disperde fra più unità flussi di denaro e responsabilità rendendo difficile la ricostruzione dei movimenti specie se esso è accoppiato, una volta decisa la liquidazione, alla sopraggiunta irreperibilità dei principali soci ed operatori e della contabilità societaria insieme ad ogni altro documento di riferimento.”

⁷³ V. MONGILLO, *Anatomia della prevenzione economico-aziendale antimafia*, “*Rivista trimestrale di diritto penale dell’economia*” 3-4/2023 pagina 519: “*Lungo questa dorsale della politica criminale repubblicana, il vero salto di qualità della prevenzione antimafia si è consumato con la legge n. 646/1982 (c.d. Rognoni-La Torre), che ha elevato tale strumentario a terreno di elezione nel contrasto all’accumulazione mafiosa di capitali illeciti. Com’è noto, le consorterie mafiose, da componente marginale, subalterna e parassitaria della società sono evolute nel corso del Novecento verso un modello di impresa mafiosa, che punta a infiltrarsi nell’economia legale sfruttando gli enormi vantaggi competitivi di matrice illegale. Nelle note rif. a Pino Arlacchi “la trasformazione- anche culturale- delle cosche mafiose in mafia imprenditrice si deve a questi grandi vantaggi competitivi: scoraggiamento della concorrenza mediante il potere di intimidazione, che neppure richiede sempre l’esercizio della violenza o il ricorso alla minaccia; la compressione salariale e la disponibilità di manodopera più flessibile, la maggiore disponibilità finanziaria, grazie al riciclaggio degli immensi proventi delle attività illecite (estorsioni, commercio dell’eroina, traffico di armi, sequestri di persona, ecc...) le sinergie con il sistema bancario, il controllo degli appalti pubblici e l’accaparramento di flussi di spesa pubblica”.*

⁷⁴ G. FALCONE, G. TURONE, “*Tecniche di indagine in materia di mafia, in CSM, Riflessioni ed esperienze sul fenomeno mafioso, suppl. n. 2 al n. 3 della rassegna “Il Consiglio Superiore della Magistratura”*, 1982, p. 83 ss.

abilitazioni e le erogazioni indicate nel primo comma dell'articolo 10. Con le stesse modalità saranno effettuati gli aggiornamenti eventualmente necessari

Co2) Le cancellerie dei tribunali, delle corti d'appello e della Corte di cassazione debbono comunicare alla questura nella cui circoscrizione hanno sede, non oltre i cinque giorni dal deposito o, nel caso di atto impugnabile, non oltre i cinque giorni dalla scadenza del termine per l'impugnazione, copia dei provvedimenti emanati rispettivamente in base ai commi quinto, nono e decimo dell'articolo 4 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423, nonché dei provvedimenti di cui ai commi 3, 4, 5 e 5-ter dell'articolo 10, e al secondo comma dell'articolo 10-quater. Nella comunicazione deve essere specificato se il provvedimento sia divenuto definitivo”.

Il circuito si declinava in una serie di informazioni periodiche che dovevano essere emesse dal Ministero dell'Interno a vari Enti pubblici circa quei soggetti che erano destinatari delle misure, le quali avevano l'efficacia interdittiva rispetto alla possibile contrattazione con la Pubblica Amministrazione. Le problematiche rispetto al successo di questa normativa si sono presentate pressoché subito in quanto la circolazione informativa si basava su una compilazione manuale di elenchi nominativi non ordinati alfabeticamente.

L'effetto fu quello di paralizzare il settore contrattuale degli enti pubblici. La “*sindrome della firma*” generata dalla legge 646, non è una prassi che si è riscontrata solo durante questo periodo storico in Italia; infatti, per ragioni diverse si è manifestata anche durante il periodo di tangentopoli dieci anni dopo circa, sebbene per ragioni diverse.⁷⁵

A fronte di ciò, si è cercato di tamponare il problema provando a ricorrere ad un coordinamento tra le cancellerie giudiziarie competenti sulla base del criterio di residenza dell'operatore.

Il problema pratico si è posto rispetto al fatto che la certificazione della singola cancelleria presente nella circoscrizione non escludeva che vi fossero altri tribunali che avessero irrogato tali misure verso l'interessato. L'unica via alternativa, ma impraticabile, sarebbe stata quella di fare accertamenti da parte delle cancellerie di tutti i tribunali rispetto al singolo contratto o operazione, in ordine alla sussistenza di un provvedimento interdittivo verso quello specifico operatore.

⁷⁵ A. INFANTE ANTONIO; S. MENICHELLI “*Origini ed evoluzione della certificazione antimafia*” “*Diritto penale e processo*”, numero 12, 1 dicembre 1997, pagina 1525

Così è sorta l'esigenza di creare un'apposita certificazione, che demandasse il rilascio alla Prefettura, avvalendosi di una banca dati centralizzata e gestita dal Ministero dell'Interno.⁷⁶ La legge Rognoni-La Torre oltre a prevedere un sistema di comunicazione e di informazione aveva previsto anche all'articolo 10 della legge 575 del 1965 la decadenza automatica rispetto alle autorizzazioni, licenze e concessioni proprio per i soggetti destinatari di queste misure. Nonostante a questa legge si riconosca il merito di aver previsto una prima forma di interdizione per reati connessi all'attività mafiosa, è risultata essere comunque carente per non aver predisposto un protocollo di comunicazione dei provvedimenti alle pubbliche amministrazioni, responsabili ed incaricate dei vari procedimenti amministrativi. D'altra parte, bisogna riconoscere il merito che l'istituzione di una prima forma di documentazione antimafia si possa pacificamente far risalire alla legge 646 1982. .⁷⁷

Tuttavia, il legislatore decise di revisionare la materia solo due mesi dopo aver adottato la legge Rognoni-La Torre. La principale novità della riforma è stato quello di riconoscere al Prefetto l'accertamento in ordine all'esistenza di provvedimenti ai quali consegue l'interdizione dalla contrattazione con le Pubbliche amministrazioni, inteso quale organo locale rappresentante a tutti gli effetti del Ministero degli Interni, con la funzione specifica di comunicare alle Pubbliche Amministrazioni competenti tali provvedimenti.

Ci si chiese se le certificazioni fossero necessarie oltre che per gli appalti e subappalti di opere, anche per altri strumenti negoziali della Pubblica Amministrazione come, ad esempio, quelli aventi ad oggetto forniture e servizi. Il Ministero di grazia e giustizia, adottando un'interpretazione teleologica colse la volontà del legislatore volta a perseguire l'esclusione del soggetto pervenuto e dei suoi eventuali prestanomi dall'intero circuito economico alimentato dalla spesa pubblica. Sulla base di queste considerazioni non vi è stato dubbio che

⁷⁶ INFANTE ANTONIO; S. MENICHELLI, in *"Diritto penale e Processo"*, numero 12, 1 dicembre 1997, pagina 1526: *"In realtà l'art 20 l. n. 646 del 1982, introducendo l'art 10-bis nella l. n. 575 del 1965, aveva delineato un circuito informativo (comunicazioni perioche, effettuate dal Ministero dell'Interno a vari Enti pubblici, dei provvedimenti di prevenzione con effetti interdittivi) che avrebbe dovuto superare l'inconveniente. Ma il sistema delle comunicazioni così concepito, fondato sulla compilazione manuale di elenchi nominativi non ordinati alfabeticamente, stentò a decollare, il che rese l'esigenza di garantire in altro modo la conoscenza di eventuali precedenti per mafia. È questa la ragione per cui, nel breve periodo che dal settembre al novembre 1982, nasce e si afferma prepotentemente il bisogno di un adeguamento del dettato normativo, la cui entrata in vigore aveva, di fatto, prodotto conseguenze paralizzanti soprattutto sul versante dell'attività contrattuale degli enti pubblici..."*

⁷⁷ R. CANTONE *"La riforma della documentazione antimafia: davvero solo un restyling"*, *"Giornale di diritto amministrativo"*, n 8-9, 1 agosto 2013, pagina 888, *"Commento alla normativa"*

la certificazione e la sua conseguente disciplina si dovesse estendere anche ai contratti aventi oggetto forniture e servizi.⁷⁸

Anche il Ministero dell'interno aveva adottato una circolare che illustrava la legge 646 e privilegiava l'interpretazione estensiva a fronte della caducazione di quella letterale, ampliando ulteriormente l'applicazione della legge 575 del 1965, tramite un'estensione della nozione di coloro che erano tenuti a detenere una "licenza di commercio", di cui all'art 10 comma 1 lettera a) della legge 575 del 1965. Si è interpretato in modo estensivo qualsiasi atto amministrativo che autorizzasse l'esercizio di una qualsiasi attività commerciale.

Venne così stabilita l'applicazione di una prima forma di certificazione antimafia sia per le iscrizioni presso i Registri Esercenti il Commercio, sia per le iscrizioni in albi specifici presso le varie Camere di Commercio a contatto con le amministrazioni. Un risultato che si è consacrato nella legge 55 del 19 marzo 1990.

iv) La legge 55 del 1990

È sicuramente stato fondamentale il ruolo assunto dalla circolare del 1982 del Ministero di grazia e giustizia, ma insufficiente a sanare le problematiche e le incertezze generate dalle norme della legge 936 del 1982. Si pretendeva che vi fosse una fonte primaria che regolasse normativamente sia le valutazioni sul provvedimento che si sarebbero dovute adottare in ambito amministrativo, sia quelle giurisprudenziali, sia quelle espresse dalla Commissione antimafia. Inoltre, dagli anni Novanta in avanti è stato svolto un ruolo sempre più importante anche dalle indicazioni emerse a livello sovranazionale, che hanno percepito l'esigenza di potenziare gli strumenti di prevenzione al fenomeno corruttivo nei rapporti con lo Stato, a seguito dell'adozione di pareri dell'ONU e del Consiglio d'Europa.⁷⁹

Sinteticamente due sono le direttrici cui ambisce la legge numero 55 del 1990:

1) specifica individuazione dei negozi di cui si avvale l'amministrazione, nonché dei provvedimenti emanati dalla stessa, che rilevano per stabilire l'applicazione delle interdittive antimafia

⁷⁸ Circolare ministeriale numero 1/2439 dell'8 giugno 1983

⁷⁹ M. COZZIO "Le interdittive antimafia, buona amministrazione e tutela effettiva dell'appaltatore" *Giurisprudenza commentata*, "Giornale di diritto amministrativo" numero 5/2020, "Disciplina antimafia", pagina 671

2) razionalizzare un istituto che, come si è visto precedentemente, aveva destato diverse problematiche sia dal lato interpretativo sia dal lato pratico.⁸⁰

La maggior definizione e specificazione dell'ambito oggettivo emerge in modo evidente dalla lettura degli articoli 3 e 7 della legge n. 55. In particolare, l'articolo 7 ha inserito l'articolo 10-sexies alla legge 575 del 1965, conseguendo così un ampliamento sia della sfera soggettiva sia oggettiva della dichiarazione del prefetto: *“La Pubblica Amministrazione, prima di rilasciare o consentire licenze, autorizzazioni, concessioni...deve acquisire apposita certificazione relativa all'interessato circa la sussistenza di provvedimenti definitivi che applicano una misura di prevenzione...”*. E poi l'articolo 3 che definisce, ampliandolo, l'ambito oggettivo, come risulta in modo evidente soprattutto dalla lettera e), applicandosi così la disciplina della certificazione antimafia anche a *“tutte le altre iscrizioni o provvedimenti a contenuto autorizzatorio, concessorio o abilitativo per lo svolgimento di attività imprenditoriali, comunque denominati”*.

Rileva poi la specificazione ulteriore dell'ambito oggettivo di applicazione delle certificazioni rispetto alle forniture che sono ricomprese, al co 2, come quelle attività che rientrano nella disciplina della certificazione antimafia. Infatti, il nuovo articolo 10-quinquies non fa più distinzione tra *“appalti”* e *“subappalti”*, ma parla di *“contratti e subcontratti”*, chiarendo le perplessità interpretative precedentemente ingeneratesi.

Per quel che concerne poi l'individuazione dei soggetti verso i quali la certificazione deve essere richiesta, la legge 55 del 1990 ha recepito i criteri della circolare del 1983, infatti si indica che le indagini sono effettuate, oltre che per coloro che sono designati dall'art 1 co 1 l 575 del 65' anche nei confronti: del *“coniuge, dei figli, dei conviventi negli ultimi 5 anni, nonché verso le persone fisiche o giuridiche, società, consorzi, od associazioni, del cui patrimonio i soggetti medesimi risultano poter disporre in tutto o in parte direttamente o indirettamente”* (articolo 3 l 55 del 1990), non riducendo così la rilevanza solo ai soggetti direttamente coinvolti, ma facendovi rientrare anche soggetti connessi alle vicende criminali seppur sporadicamente.

Si è posto il problema anche con riguardo alle certificazioni verso i cittadini stranieri e si è parzialmente adottata una soluzione mediante la possibilità di richiedere la certificazione

⁸⁰ INFANTE ANTONIO; MENICHELLI SANDRO *“Diritto penale e processo”*, n 12, 1 dicembre 1997, pagina 1525 *“Origini ed evoluzione della certificazione antimafia”*

anche verso società estere, ma che avessero stabile rappresentanza in Italia. Escludere dalla presentazione della certificazione quelle società che non hanno stabile rappresentanza in Italia porrebbe un forte limite alla repressione di una criminalità che è sempre più “globalizzata”.

Un'altra novità introdotta con la riforma del 90 è stata prevedere una regolamentazione “binaria”, richiedendo la certificazione non solo per le persone fisiche, ma anche proprio per la società. La riforma prevedeva che le società, in qualità di soggetti del diritto titolari di rapporti commerciali con la Pubblica Amministrazione, possano essere soggette sia ad interdizioni sia a decadenze, nei casi in cui vi sia una sostanziale gestione dell'attività imprenditoriale da parte di un soggetto che risulti sottoposto a misure di prevenzione.

Per quanto riguarda la regolamentazione in ordine alla richiesta e al rilascio della documentazione una novità importante è costituita dall'aver previsto insieme alla previgente disciplina l'ipotesi della richiesta del privato e del rilascio diretto da parte dell'autorità prefettizia. Sempre seguendo la stessa logica si è prevista una dichiarazione sostitutiva della certificazione proprio nei casi di urgenza e nei casi previsti dall'articolo 10 sexies comma 9. La natura giuridica della certificazione, a seguito della richiesta del privato, viene ricondotta ad una dichiarazione di scienza, non di volontà e non si ritiene nemmeno che questa abbia natura di parere non vincolante. In nessun modo potrebbe mai essere considerato come una patente certificatrice di “amafiosità”.

Altra innovazione importante della legge in esame è stata quella di limitare gli effetti interdittivi, previsti dalla legge in modo automatico al solo provvedimento definitivo della misura di prevenzione. È stata tuttavia introdotta anche un'eccezione, per cui si dà rilevanza anche ai provvedimenti non definitivi, prevista all'articolo 10 comma 3 consistente nella situazione in cui vi siano motivi di particolare gravità e ipotesi in cui gli effetti interdittivi siano connessi a specifiche disposizioni (articolo 32-quater del Codice penale, così come è stato revisionato dall'art 21 della legge 55 del 1990).

È importante richiamare la normativa disposta con la legge 55 del 1990, inserita poi all'articolo 10-sexies della legge 575 del 1965, che tratta delle modalità, delle condizioni e

delle procedure di acquisizione della certificazione per la Pubblica Amministrazione, che era incaricata di gestire appalti pubblici; qui di seguito le principali disposizioni di rilievo⁸¹:

- *“La PA prima di rilasciare o consentire licenze, autorizzazioni, concessioni...deve acquisire apposita certificazione relativa all’interessato circa la sussistenza a suo carico di un procedimento per l’applicazione, a norma della presente legge, di una misura di prevenzione...”*
- *“La certificazione è rilasciata dalla prefettura nella cui circoscrizione gli atti o i contratti devono essere perfezionati, su richiesta dell’amministrazione o dell’ente pubblico...”*
- *Nel caso di contratti stipulati da concessionario di opere o servizi pubblici, la certificazione oltre che su richiesta dell’amministrazione o dell’ente pubblico, può essere rilasciata anche su richiesta del concessionario...*
- *Quando gli atti o i contratti riguardano società, la certificazione è richiesta nei confronti della stessa società*

v) La prevenzione economico aziendale

La disciplina della prevenzione antimafia si è evoluta nel corso degli anni perseguendo due direttrici fondamentali:

- 1) L’autonomizzazione delle misure di prevenzione patrimoniali rispetto a quelle personali, attuata dalle riforme della legge 125/2008 e dalla l. 94/2009. Ad esempio, alla misura della confisca è stata riconosciuta la natura di un provvedimento diagnostico più che prognostico, perché è sottoposta ad una valutazione scissa dalla probabile commissione futura di altre condotte illegali.
- 2) Il legislatore ha cercato di incrementare il potere delle misure preventive, ponendosi l’obiettivo di colpire gli interessi patrimoniali del soggetto, la gestione dell’appalto da parte della Pubblica Amministrazione e la percezione dei finanziamenti pubblici. Questo è un modo per far emergere non solo la situazione illecita o comunque potenzialmente esposta all’infiltrazione della criminalità organizzata, ma l’intera rete di connessioni intrattenute dalle realtà criminali con quelle aziendali, da cui naturalmente traggono fonti

⁸¹ INFANTE ANTONIO; MENICHELLI SANDRO *“Diritto penale e processo”*, pagina 1525 *“Origini ed evoluzione della certificazione antimafia”*, n 12, 1 dicembre 1997

enormi di arricchimento e in condizioni tali da violare la corretta concorrenza tra le imprese.

Seguendo l'ottica di fondo, avviata da Giovanni Falcone, di concentrare le risorse sul portafoglio della malavita e soprattutto prevenire che questo cresca, si è delineato un intervento coattivo statutale che prende il nome di: "*prevenzione economico-aziendale*". Le articolazioni aziendali che si sono volute salvaguardare dall'infiltrazione del fenomeno mafioso sono:

- 1) L'impresa che è in uno stato già avanzato di collusione rispetto alla criminalità organizzata e che intende avere un rapporto stabile con quest'ultima, in modo tale da speculare sui servizi e sui vantaggi economici.
- 2) La situazione in cui l'impresa è sana, ma è sporadicamente esposta al condizionamento dell'attività della criminalità organizzata.
- 3) L'impresa che è vittima passiva e talvolta persino inconsapevole dell'infiltrazione e del contagio che travolge e condiziona il normale svolgimento dell'attività imprenditoriale.

Va inoltre segnalata la disciplina introdotta dalla legge 94 del 2009, che ha ampliato il divieto di partecipare alle procedure ad evidenza pubblica anche per quei soggetti che, nonostante non siano diretti destinatari di un procedimento pendente ai fini dell'applicazione di una misura di prevenzione, sono stati vittime dei reati di cui agli articoli 317 (concussione) e 629 (estorsione) del Codice penale e non risulta che vi sia stata alcuna denuncia dinanzi all'autorità giudiziaria. Il fatto che non sia intervenuta la denuncia deve emergere dagli indizi che sono posti a fondamento della richiesta di rinvio giudizio, la quale viene stabilita verso l'imputato nei tre anni precedenti rispetto alla pubblicazione del bando e deve essere comunicata, dal Procuratore della Repubblica all'Autorità di Vigilanza, che ha il compito di pubblicare la comunicazione. Questo potrebbe definirsi come uno strumento "indiretto" per il contrasto alla criminalità organizzata, perché è una normativa che sanziona la vittima che ha assunto un comportamento omissivo e non il soggetto che è indiziato di mafia.⁸²

L'insieme di queste leggi, principi e strumenti che si sono susseguiti ed evoluti nel tempo sono confluiti e cristallizzati nella legge 159 del 2011, che ha dato all'insieme di questi strumenti preventivi una fisionomia piramidale, che si potrebbe genericamente così riassumere:

⁸² Circolare numero 400/123 del 4 Novembre 1982

- A. Ablazione patrimoniale
- B. Interdizione dalla contrattazione pubblica o dalla possibilità di beneficiare dei finanziamenti pubblici
- C. Strumenti che hanno la portata curativa, tali da decontaminare l'impresa dall'attività criminale

Dal punto di vista delle autorità competenti a disporre queste tipologie di provvedimenti si è delineato un sistema basato su una duplice struttura:

- Il pubblico ministero che è titolare della legittimazione a proporre l'azione penale dinanzi al tribunale di prevenzione, competente per l'adozione di tali misure, con possibilità poi di impugnare in appello ed in ultima istanza presentarsi in Cassazione per eventuali violazioni di legge.
- Poi c'è l'ambito amministrativo, dove l'autorità competente è quella prefettizia, con possibilità di impugnare dinanzi al TAR.

I percorsi di questi due soggetti si incontrano frequentemente e questo porta ad una delle maggiori problematiche della materia: identificare i criteri di coordinamento e di regolazione di precedenza tra i due procedimenti.⁸³

È opportuno fare anche altre considerazioni sulla prevenzione economico-aziendale. Se l'impresa non dovesse presentare un alto grado di condizionamento dell'attività criminale, il grado diverso delle misure salvifiche rispetto al fenomeno mafioso prevedrebbe che intervenga una misura di interdizione rispetto alla contrattazione pubblica congiuntamente ad una forma di etero-amministrazione o ancora di mera supervisione/controllo⁸⁴. Tutti gli strumenti seguono la ratio di evitare di penetrare nella gestione e nella distribuzione del patrimonio dell'impresa, assolvendo una funzione più terapeutica che neutralizzante. Infatti, l'invasività di ogni provvedimento è più intensa per quelle situazioni in cui l'infiltrazione criminale è già avanzata e più difficile da sradicare. La logica che si segue è quella per cui è necessario salvaguardare l'interesse alla prosecuzione di attività che, nonostante siano esposte al rischio di un'infiltrazione, non versano in condizioni di totale o massiccia subordinazione all'attività mafiosa.

⁸³ E. BIRITTERI, "Accertamento dell'infiltrazione criminale nell'ente e controllo giudiziario volontario", *"Giurisprudenza italiana"*, luglio 2023, pagina 1647

⁸⁴ V. MONGILLO, *Anatomia della prevenzione economico-aziendale antimafia*, "Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia" 3-4/2023

La struttura piramidale delle misure è stata così strutturata:

- D) Strumenti che assolvono la funzione di mero controllo per quelle realtà imprenditoriali che sono coinvolte sporadicamente in agevolazione dell'attività criminale. Il legislatore del 2017 ha previsto una forma di intervento più snella, che è applicabile in modo autonomo e d'ufficio. Lo strumento è regolato all'articolo 34-bis del Codice Antimafia (introdotto con la legge numero 161/2017 all'articolo 11) che recita *“Quando l'agevolazione...risulta occasionale, il tribunale dispone, anche d'ufficio il controllo giudiziario delle attività economiche e aziendali...se sussistono circostanze di fatto da cui si possa desumere il pericolo concreto di infiltrazioni mafiose idonee a condizionarne l'attività”*. Misura che non può essere adottata per un periodo superiore a tre ed inferiore ad un anno. Questa forma di controllo meno invasiva ha portato il legislatore ad estendere la legittimazione ad applicare questa misura anche al Prefetto che può, in alternativa all'interdittiva ed instaurando un contraddittorio preventivo con l'impresa, disporre la prevenzione collaborativa, prevista dall'articolo 94-bis del Codice Antimafia, introdotta con la legge 223 del 2021. Il co 6 del 34-bis prevede poi che sia l'impresa stessa a proporre al TAR, impugnando l'interdittiva precedentemente disposta, di disporre il controllo giudiziario volontario; all'adozione di questo istituto consegue il beneficio per l'impresa di sospendere gli effetti del provvedimento interdittivo prefettizio. Questo strumento terapeutico è idoneo a salvaguardare quelle realtà imprenditoriali, che solo sporadicamente si prestano ad episodi di infezione. Lo Stato è consapevole che sarebbe irragionevole interdire definitivamente l'impresa dalla contrattazione con la PA, confiscarle quantità ingenti di beni, o tantomeno disporre misure che incidano sul “management” dell'impresa⁸⁵. Così si prevedono: obblighi comunicativi per l'impresa, rendendo informazioni su operazioni importanti dell'impresa; prevedendo obblighi organizzativi; la nomina di un amministratore giudiziario o più esperti, che procedono ad attuare le misure di prevenzione collaborativa, fondate su un contraddittorio trasparente tra impresa e Amministrazione. Del sistema dei controlli si tratterà in modo più puntuale successivamente, nell'analisi della disciplina attuale

⁸⁵ E. BIRITTERI, *“Accertamento dell'infiltrazione criminale nell'ente e controllo giudiziario volontario”*, *“Giurisprudenza italiana”*, luglio 2023, pagina 1647

al Capitolo III paragrafo c) nel sottoparagrafo dedicato al sistema di prevenzione e controllo.

- II) Nei casi in cui l'infiltrazione mafiosa risulti essere stabile, si prevede che possano essere adottati strumenti ai quali conseguono spossessamenti temporanei rispetto alla gestione dell'attività economica e che configurano l'individuazione di un amministratore che si occupa dell'ordinaria amministrazione dell'impresa, finalizzata a sradicare l'infiltrazione e salvaguardando contemporaneamente l'interesse a tutelare la prosecuzione dell'attività. Questo può essere disposto sia dal Tribunale di prevenzione, come indicato all'art 34 del Codice antimafia, recante la disciplina dell'amministrazione giudiziaria, sia dal Prefetto, su richiesta del Presidente dell'Anac ai sensi dell'art 32 del D. L. n. 90/2014.
- III) La situazione più complicata per l'alto livello di infiltrazione è quella dell'impresa mafiosa o esposta irreversibilmente all'infiltrazione criminale. Qui si prevedono le misure che in assoluto risultano più invasive, previste dal Codice antimafia. Gli strumenti sono quelli della confisca di prevenzione dei beni e delle attività economiche e del sequestro, regolati agli articoli 16 ss. del Codice antimafia, che si dispongono qualora vi sia il dubbio rispetto alla provenienza illecita dei beni.
- Inoltre, sono le informazioni antimafia interdittive che vengono disposte dal Prefetto quando, secondo la regola del "*più probabile che non*", sussista il pericolo di infiltrazione mafiosa.⁸⁶

Alla luce di quanto detto sopra si propongono delle riflessioni generali, che da una parte riconoscono il merito al legislatore di aver adottato delle misure più soft, dall'altra residuano non poche perplessità sulla tutela dei diritti fondamentali dei soggetti sottoposti alle misure più invasive. Questo accade soprattutto quando le misure sono le medesime, ma la competenza nell'adozione viene riconosciuta ad autorità distinte, quali il Prefetto ed il Tribunale di prevenzione. L'ombra generata dalla disciplina, così come strutturata, scaturisce quindi all'interno della medesima fase procedurale, e crea notevoli problemi per le imprese. Queste, una volta che sono sottoposte a misure quali l'interdizione dalla contrattazione con la PA la facoltà di potere beneficiare di finanziamenti pubblici non sopravvivono, soprattutto

⁸⁶ V. MONGILLO, *Anatomia della prevenzione economico-aziendale antimafia*, rivista trimestrale di diritto penale dell'economia 3-4/2023, pagina 518

quando rientrano nella categoria della piccola o media impresa. Potrebbe magari considerarsi come auspicabile che tali misure alle quali viene riconosciuta una natura strettamente terapeutica vengano collocate in una legge speciale o comunque in una sezione distaccata dal Codice Antimafia, magari con una denominazione della disciplina volta a far intendere che ci si rivolga ad una disciplina di tutela e non di avversione verso l'impresa.

Sembrerebbe inevitabile che la materia come configurata oggi si presti a sollevare numerose questioni, che si presentano alle Corti superiori, per le varie illegittimità che si configurano dal punto di vista costituzionale. L'atteggiamento delle Supreme Corti si è concretizzato finora nel privilegiare il contrasto al fenomeno mafioso, chiudendo talvolta un occhio sulle garanzie menomate e rischiando inevitabilmente di compromettere la tutela dei diritti costituzionali che la prevenzione così configurata rischia di arrecare.

2.3 Le interdittive e la documentazione amministrativa antimafia

Non sono pochi i problemi che presenta ancora oggi la disciplina della documentazione antimafia, sia per le novità che sono state introdotte dal Codice Antimafia (in questo paragrafo denominato anche Codice), sia per norme che fuoriescono dal Codice.

Una delle questioni che rilevano maggiormente è quella legata alle vicende che si connettono al momento iniziale in cui viene stabilita l'interdittiva prefettizia. Per salvare concretamente l'impresa dall'infiltrazione mafiosa il legislatore ha prediletto l'utilizzo di strumenti che agiscano *ex ante*, volti a prevenire l'insediamento del fenomeno mafioso dentro l'impresa.⁸⁷

L'efficienza delle interdittive si contrappone agli interessi costituzionali che entrano in gioco, dal momento in cui la loro adozione determina una causa di esclusione automatica dalle gare, come previsto all'articolo del D. Lgs 159/2011. Gli interessi potenzialmente menomati cui si fa riferimento sono: la sicurezza pubblica, la libertà di iniziativa economica, la competitività, il buon andamento della Pubblica Amministrazione, il rispetto della legalità sostanziale e la tutela dell'affidamento del soggetto aggiudicatario del contratto.⁸⁸

⁸⁷ M. MAZZAMUTO; *“Le interdittive prefettizie tra prevenzione antimafia e salvataggio delle imprese”*; *“Giurisprudenza Italiana,”* numero 10, 1 ottobre 2018, pagina 2222: *“La materia della documentazione antimafia presenta diversi profili problematici, anche in ragione delle novità connesse all'avvento del codice antimafia e di ulteriori previsioni extra codicistiche. Uno degli ambiti di particolare interesse è stato in questi ultimi anni quello delle vicende che si svolgono a valle dell'emanazione dell'interdittiva prefettizia”*

⁸⁸ M. COZZIO *“Le interdittive antimafia, buona amministrazione e tutela effettiva dell'appaltatore”* *“Giurisprudenza commentata”, “Disciplina antimafia”, “Giornale di diritto amministrativo”* numero 5/2020,

L'interdittiva antimafia o informativa antimafia è definita all'articolo 84 del Codice e consiste sia nell'attestazione o meno di una delle cause di divieto, sospensione o decadenza definite all'articolo 67 del medesimo codice, sia nell'attestazione in ordine alla sussistenza o meno di tentativi di infiltrazione mafiosa, che incidono sulle decisioni organizzative e gli indirizzi delle imprese coinvolte.

L'interdittiva antimafia è uno degli istituti più importanti che vengono impiegati per reprimere il fenomeno di contrattazione tra pubblica amministrazione e organizzazione criminale. È un provvedimento che ha natura preventiva, non afflittiva, in ragione del doveroso bilanciamento che dev'essere effettuato tra tutela della sicurezza pubblica e libertà di iniziativa economica⁸⁹. Questo è stato ben compreso dal legislatore, che nel Codice del 2011 ha tentato di superare la logica afflittiva delle misure, valorizzando invece un intervento in grado di scongiurare il pericolo della contaminazione criminale nella realtà imprenditoriale.⁹⁰

Questi strumenti vengono impiegati nel contrasto all'organizzazione mafiosa, che basa la propria attività criminale sul diniego della dignità della persona, che viene dalla stessa considerata come un valore potenzialmente oggetto di negoziazione, ingenerando danni enormi alla società e allo Stato.⁹¹ A sostegno dell'utilizzo di tali strumenti il Consiglio di Stato ha affermato che la normativa antimafia è *“espressione della potestà di cui all'articolo 117 comma 1 lettera h) ed e) della Costituzione, al fine di assicurare la tutela dell'ordine pubblico, della sicurezza e per tutelare la concorrenza dei partecipanti, tutti valori*

pagina 673: *“Del resto, se è vero che la necessità di tutela preventiva e anticipata possono giustificare il rafforzamento degli strumenti antimafia, non può disconoscersi la capacità delle informative di incidenza sulle attività imprenditoriali e, in definitiva, di intervento sul tessuto economico dei territori, elementi che rendono questo strumento delicato, a cavallo di diritti, libertà e interessi concorrenti, tutti costituzionalmente rilevanti”.*

⁸⁹ F. BARTOLINI, *“Un chiarimento sul nuovo rapporto tra interdittive antimafia e controllo giudiziario volontario”*, *“Diritto penale e processo”*, numero 11, 1 novembre 2020, *“Note a sentenza”*, pagina 1465

⁹⁰ T. ALESCI *“I presupposti ed i limiti del nuovo controllo giudiziario nel codice antimafia”*, *“Giurisprudenza italiana”*, Giugno 2018, , *“Diritto Penale e processo”*, *“Controllo giudiziario”*, pagina 1521; C. VISCONTI *“Strategie di contrasto dell'inquinamento criminale dell'economia: il nodo dei rapporti tra mafie e imprese”*, *“Rivista italiana di diritto processuale penale”* numero 2, 2014, pagina 705-737; Id. *“Contro le mafie non solo confisca ma anche bonifiche giudiziarie per imprese infiltrate: l'esempio milanese”*, in *“www.penale contemporaneo.it”*, 20 gennaio 2012

⁹¹ Cons. Stato, Sez. III, sentenza numero 452 del 20 gennaio 2020, pt. 3: *“L'interrogativo che la Sezione si sta ponendo si fonda sulla considerazione che le condotte infiltrative mafiose nel tessuto economico non solo sono un pericolo per la sicurezza pubblica e per l'economia legale, ma anzitutto e soprattutto un attentato al valore personalistico e , cioè, quel “fondamentale principio che pone al vertice dell'ordinamento la dignità e il valore della persona” (v., per tutte, Corte cost. 7 dicembre 2017, numero 258), anche in ambito economico, e rinnegato in radice dalla mafia, che ne fa invece un valore negoziabile nel “patto di affari” stipulato con l'impresa, nel nome di un comune o convergente interesse economico, a danno dello Stato”.*

richiamati all'articolo 1 del Protocollo addizionale 1 alla CEDU. Alla luce di ciò, la giurisprudenza considera legittimo il ricorso alle misure invasive contemplate dal Codice, come le interdittive, anche laddove si configurino standard probatori indiziari e non risultanti da un accertamento completo, a patto che vi sia un equo bilanciamento degli interessi coinvolti".⁹²

i) La documentazione antimafia nel Codice del 2011

La documentazione antimafia è organicamente regolata nel Titolo V Libro II del Codice antimafia, introdotto con il Decreto legislativo 159 del 2011, la fonte normativa che regola gli strumenti cautelari più importanti in ordine al contrasto del fenomeno dell'infiltrazione mafiosa nelle relazioni economiche che intercorrono tra PA ed attività imprenditoriali.⁹³

Sono molteplici le tutele cui ambisce tale strumento: tra cui il buon andamento e l'imparzialità della PA (articolo 97 Cost.), presidio dell'ordine pubblico economico, la tutela della concorrenza (articolo 117 Cost.).

Nel corso degli anni, a partire dal periodo storico in cui è stato approvato il Codice antimafia, si è statisticamente verificato un aumento del rilascio di interdittive antimafia, tale da ingenerare una progressiva espansione applicativa del potere prefettizio. L'ANAC nella relazione che ha pubblicato nel 2018 ha contato 573 interdittive disposte dal Prefetto, che è più o meno il 370% in più rispetto al 2014 quando a malapena furono 122. Le imprese interdette sono state 2044 e il dato ancor più allarmante è che 1458 hanno sede legale nelle regioni del Sud Italia.

Anche la giurisprudenza amministrativa riflette sui presupposti e sull'ambito di applicazione di queste misure, così che non si configuri un utilizzo abusivo o superficiale delle stesse.

Ai sensi dell'art 83 del D. L.gs. n. 159/2011, rubricato come "*Ambito di applicazione della documentazione antimafia*" le "*Pubbliche amministrazioni e gli enti pubblici, anche costituiti in stazioni uniche appaltanti, gli enti e le aziende vigilati dallo Stato o da un altro ente pubblico...devono acquisire la documentazione antimafia di cui all'articolo 84 prima*

⁹² Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza numero 492 del 24 gennaio 2018; Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza numero 1182 del 20 febbraio 2019, in www.giustiziaamministrativa.it

⁹³ A. AMORE "*Il deficit di tipicità delle interdittive antimafia*", in "*Urbanistica e appalti*", numero 2 del 2020, pagina 251: "*Come noto, l'interdittiva antimafia, artt. 84 comma 4 e 91, D. Lgs. 6 settembre del 2011, n. 159 (da qui in poi anche Codice antimafia o Cad.) è uno degli strumenti principali (c.d. misura cautelare e preventiva), idonei a contrastare eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa nel tessuto economico tra PA e imprenditori*".

di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture pubbliche, ovvero prima di rilasciare o consentire i provvedimenti indicati nell'articolo 67”.

L'effetto principale dell'interdittiva consiste nell'attivazione di una particolare tipologia di incapacità, che impedisce al destinatario di essere titolare di situazioni giuridiche quali diritti soggettivi o interessi legittimi in ordine ai rapporti giuridici, anche di tipo contrattuale, che intrattiene con la Pubblica Amministrazione.

Il sistema della documentazione antimafia, così come configurato nel Codice e confermato anche dalla legge n. 161 del 2017 si basa su una struttura duale⁹⁴, come emerge dagli articoli 82 e seguenti del Codice, che regolano l'ambito di applicazione e gli strumenti della comunicazione e dell'informativa antimafia:

- La comunicazione antimafia, regolata tra gli articoli 87 e 89 del Codice: è un'attestazione in ordine alla presenza o meno delle cause di decadenza, sospensione o divieto di cui all'articolo 67 del Codice, che si sostanziano in una possibile pronuncia di condanna in sede penale per gravi reati, nonché in applicazione di misure di prevenzione⁹⁵. Ha natura vincolante, perché attesta *“la sussistenza o meno delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto”*, che consegue alla disposizione da parte dell'autorità giudiziaria delle misure di prevenzione personali. La caratteristica principale della comunicazione antimafia è che trova il proprio presupposto in un provvedimento giurisdizionale definitivo, attraverso il quale l'autorità giudiziaria ha disposto una misura di prevenzione prevista dal Codice Antimafia. L'effetto che consegue all'adozione di tale provvedimento è quello di interdire il destinatario da tutte le iscrizioni e provvedimenti autorizzatori o concessori necessari per lo svolgimento di attività imprenditoriali e contrattuali con la Pubblica amministrazione. La comunicazione ha una validità di sei mesi e viene acquisita mediante la consultazione della banca dati nazionale unica, oppure rilasciata dal Prefetto. Nei casi in cui non emergano per il privato cause di decadenza,

⁹⁴ S. COCCHI *“Interdittiva antimafia e contratti pubblici: luci e ombre”*, *“Azienditalia”* numero 5, 2020, pagina 818 ss.

⁹⁵ M. GIUSTINIANI e P. FONTANA, *“La tutela nei confronti delle infiltrazioni mafiose nelle attività economiche”*, *“Giurisprudenza italiana”*, giugno 2017, *“Diritto amministrativo”*, pagina 1414: *“Il D. Lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (di seguito “Codice Antimafia”) prevede due distinte tipologie di documentazione antimafia: a) la comunicazione antimafia, che consiste nell’attestazione circa la sussistenza o meno delle cause di decadenza, sospensione o divieto di cui all’articolo 67, relative all’eventuale applicazione di misure di prevenzione e all’eventuale pronunciamento di condanne penali per alcuni gravi reati”*

sospensione o divieto di cui all'articolo 67 del Codice antimafia, viene rilasciata una comunicazione antimafia liberatoria. In caso contrario, il Prefetto sarà tenuto a svolgere una serie di accertamenti in ordine alla sussistenza o meno delle prescrizioni indicate all'articolo 67 del medesimo Codice, che potranno svolgersi per un periodo non superiore a 30 giorni dalla data di consultazione della banca dati. Se a seguito di tali accertamenti persiste la sussistenza di una delle cause ostative, allora il Prefetto sarà tenuto a rilasciare comunicazione antimafia interdittiva, in caso contrario comunicazione antimafia liberatoria, da comunicarsi all'interessato entro e non oltre cinque giorni dalla sua adozione. Nei casi in cui sia decorso inutilmente il termine di trenta giorni per l'adozione del provvedimento da parte del Prefetto, i soggetti di cui all'articolo 83 possono comunque procedere con la stipula del contratto avvalendosi di un'autocertificazione (articolo 89 Codice antimafia) disposta tramite dichiarazione, attestante la mancata sussistenza delle cause di decadenza, sospensione o divieto di cui all'articolo 67 del Codice. Dopodiché, nella situazione di inerzia da parte dell'autorità prefettizia, è ammessa comunque la prosecuzione della procedura d'appalto, prevedendo una misura di sottoposizione a condizione risolutiva dei finanziamenti, contributi ed erogazioni dell'articolo 67, nonché riconoscendo la facoltà per la Pubblica Amministrazione, in qualità di controparte di revocare il contratto qualora venga accertata successivamente la condizione ostativa.

- L'informativa antimafia detta anche informazione c.d. tipica, (regolata tra gli articoli 90 e 95 del Codice) è una forma di documentazione caratterizzata da un contenuto vincolato nei casi in cui venga attestato che la misura di prevenzione personale stabilisca *“la sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, sospensione o di divieto di cui all'articolo 67 del Codice Antimafia”*; in questo caso il presupposto è il medesimo della comunicazione, ovvero un provvedimento giurisdizionale.⁹⁶

⁹⁶ A. AMORE *“Il deficit di tipicità delle interdittive antimafia”*, *“Urbanistica e appalti”*, numero 2 del 2020, pagina 251: *“Attualmente, il sistema della documentazione antimafia- disciplinato dal capo II del libro II del D. Lgs. n. 159/2011, confermato dalla L. 17 ottobre 2017 n. 161- risulta composto dalla comunicazione antimafia e dall'informativa c.d. tipica. Mentre la prima ha natura vincolante, poiché attesta la “sussistenza o meno delle cause di decadenza, di sospensione, o di divieto, art 67”, conseguente alle misure di prevenzione personali applicate dall'autorità giudiziaria. La seconda documentazione, invece, si presenta connotata da un contenuto vincolato, laddove attesta la misura di prevenzioni personale “la sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'art. 67” e da un'accentuata discrezionalità, se adottata sulla base di elementi idonei a provare “tentativi di infiltrazione mafiosa e a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o delle imprese interessate”, art. 84, comma 3, Cda”*.

Poi vi è anche una forma di interdittiva più generica, ciò significa che l'adozione è caratterizzata da una notevole discrezionalità dell'autorità laddove venga disposta alla luce di elementi che risultino essere idonei a dimostrare *“tentativi di infiltrazione mafiosa e a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società, nonché delle imprese interessate”*. Un'infiltrazione che dev'essere tale da subordinare le scelte della società al volere dell'organizzazione criminale. Il soggetto competente ad accertare questi indizi è il Prefetto e i destinatari sono quelli indicati all'articolo 85 Codice antimafia: associazioni, imprese, società, consorzi, raggruppamenti di imprese o comunque coloro che svolgono attività imprenditoriali e intrattengono rapporti con la PA. Egli svolge la propria valutazione sulla base degli elementi tipizzati all'articolo 84 comma 4.

Anche queste forme di documentazione vengono rilasciate mediante consultazione di apposita banca dati e a fronte della sussistenza dei presupposti sopra descritti, che riassumendo sono o le cause ostative di cui all'articolo 67 del Codice oppure se viene ravvisato il tentativo di infiltrazione mafiosa. Il Prefetto dispone l'informativa interdittiva entro trenta giorni dalla data di consultazione della banca dati, a seguito delle verifiche che egli svolge in ordine al soggetto sottoposto al procedimento, dandone tempestiva comunicazione all'Amministrazione interessata. Se le indagini risultano di particolare complessità, può essere ammesso un periodo di accertamenti superiore ai trenta giorni, ma non eccedente comunque i quarantacinque, decorrenti dal giorno in cui è stata consultata la banca dati.

Anche nell'ambito dell'informativa, qualora all'esito degli accertamenti non si ravvisi la sussistenza di dette cause ostative, il Prefetto disporrà invece informativa liberatoria, certificando la *“sanità”* dell'impresa.⁹⁷

L'articolo 84 Cod. Antimafia prevede poi al co 3 l'oggetto dell'informazione resa, ovvero la sussistenza del presupposto che legittima l'esercizio del potere interdittivo dell'amministrazione: *“attestazione della sussistenza o meno di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate”*. Si parla in questo senso di una situazione di subordinazione del potere decisionale dell'impresa rispetto alla criminalità organizzata, i cui confini verranno tracciati in modo più chiaro nei paragrafi successivi.

⁹⁷ D. Lgs 159 del 2011

La giurisprudenza ha tentato di allargare ulteriormente le maglie dello stato in cui versa l'impresa, sostenendo che lo stato di subordinazione sarebbe potuto anche non essere attuale, bensì potenziale, salvo che non vengano presi in considerazione elementi meramente immaginari, che ingegnerebbero altrimenti dei seri contrasti con le disposizioni costituzionali.⁹⁸

ii) La valutazione probatoria per disporre l'interdittiva

Rispetto alla valutazione probatoria dell'infiltrazione, si è affermato che si debba accertare il rischio dell'infiltrazione mafiosa, da valutarsi tramite uno schema presuntivo, che si fondi su indizi gravi, precisi e concordanti, in modo tale che si possa ritenere *più probabile che non* il verificarsi dell'infiltrazione.⁹⁹

Sono gli elementi indiziari e sintomatici dell'infiltrazione che fungono da presupposto per l'adozione dell'interdittiva prefettizia, tali da provare che l'adozione della stessa sia giustificata dal collegamento dell'impresa con l'organizzazione mafiosa o da un condizionamento di quest'ultima.¹⁰⁰

La giurisprudenza tende in questo modo a voler escludere radicalmente ai fini dell'adozione del provvedimento interdittivo lo standard probatorio tipico del procedimento penale: *oltre ogni ragionevole dubbio*.¹⁰¹ Questo al fine di circoscrivere la natura cautelare del provvedimento disposto dal Prefetto che sarà tenuto a valutare la disposizione del provvedimento alla luce di un criterio di possibilità: 50 +1.

L'iter accertativo che deve svolgere il Prefetto al fine di valutare l'adozione del provvedimento è il seguente: a) attribuire una rilevanza rispetto ai fatti acquisiti durante l'istruttoria per eseguire una prognosi in relazione al rischio che sussista una subordinazione al controllo mafioso; b) stabilire se sussista un nesso di causalità tra i fatti e l'idoneità di questi a provare il rischio di un'infiltrazione mafiosa; c) concludere attraverso un doveroso e complesso bilanciamento tra i vari interessi che sono coinvolti nell'adozione del provvedimento.¹⁰²

⁹⁸ Cons. Stato, Sez. III, sentenza numero 759 del 30 gennaio 2019

⁹⁹ Cons. Stato, Sez. III, sentenza numero 3506 del 11 giugno 2018

¹⁰⁰ T.A.R. Puglia Bari, Sez. II, sentenza numero 275 del 18 febbraio 2020

¹⁰¹ V. MAIELLO, "La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi", G. Giappichelli Editore, Torino 2015, pagina 323 ss.

¹⁰² V. Cons. Stato, Sez. III, sentenza numero 5784 del 2018 secondo cui: "L'interdittiva sarebbe fondata su di un giudizio prognostico e presuntivo circa la sussistenza di pericoli di infiltrazione nell'ambito della singola impresa ovvero realtà produttiva, a prescindere dall'accertamento di singole responsabilità penali. Può essere

I principali interessi costituzionali contrapposti che risaltano ai fini dell'adozione di un provvedimento interdittivo consistono:

- Da una parte nella tutela del principio di colpevolezza, sancito dall'articolo 27 della Costituzione e nella libertà di iniziativa economica di cui all'articolo 41 della Costituzione.
- Dall'altra vi sono gli interessi tutelati di cui all'articolo 97 della Costituzione che regola i principi che guidano l'attività della pubblica amministrazione: l'imparzialità e il buon andamento.¹⁰³

Il legislatore del 2011 ha regolato la documentazione antimafia adottando due tecniche legislative differenti:

- Da una parte ha previsto una casistica che è di per sé idonea a qualificare i fatti come tentativi di infiltrazione mafiosa (provvedimenti di condanna per alcuni delitti), come descritto all'articolo 84 comma 4 lettera a del Codice antimafia.
- Dall'altra ha stabilito una clausola generale che riconosca al Prefetto il potere di diagnosticare il fenomeno dell'infiltrazione discrezionalmente, senza che la qualifica della stessa si definisca a priori, all'articolo 84 comma 4 lettera d) ed e) del Codice antimafia.

L'autonomia che viene riconosciuta al Prefetto circa l'adozione o meno di tali provvedimenti in ordine all'infiltrazione dovrebbe quindi presupporre una considerazione di elementi di fatto che *“valutati nel loro complesso, possono costituire un'ipotesi ragionevole e probabile di permeabilità della singola impresa ad ingerenze della criminalità organizzata di stampo mafioso sulla base della regola causale del più probabile che non, integrata da dati di comune esperienza evincibili dall'osservazione dei fenomeni sociali (qual è quello mafioso),*

sorretta da idonei e specifici elementi di fatto- considerati unitariamente- emergenti dagli accertamenti compiuti dai diversi organi di polizia, obiettivamente sintomatici e rilevatori di concrete connessioni o possibili collegamenti con le organizzazioni malavitose. Non è necessario un grado di dimostrazione probatoria analogo a quello richiesto per dimostrare l'appartenenza di un soggetto ad associazioni di tipo camorristico o mafioso ma un quadro indiziario complessivo, dal quale possa ritenersi attendibile l'esistenza di un condizionamento da parte della criminalità organizzata”.

¹⁰³ Cons. Stato, Sez. III, sentenza numero 4421 del 27 giugno 2019; Id. Sez. III 20 settembre 2018, numero 5480, in www.giustizia-amministrativa.it

e che risente della estraneità al sistema delle informazioni antimafia di qualsiasi logica penalistica di certezza probatoria raggiunta al di là del ragionevole dubbio”¹⁰⁴

iii) Il potere del Prefetto ai fini dell’adozione dei provvedimenti interdittivi

Il vasto potere che il legislatore ha riconosciuto in capo al Prefetto pone dei dubbi circa la sua conformità al principio di legalità sostanziale, sebbene si possa trovare una giustificazione normativa fondata sulla necessità di garantire la sicurezza pubblica.

Come parzialmente anticipato, il Prefetto è titolare del potere di esclusione dalle gare pubbliche attraverso le interdittive antimafia di cui all’articolo 84 commi 3 e 4 del Codice antimafia. L’interdittiva si dispone:

- nei casi in cui venga attestata la sussistenza delle cause di decadenza o esclusione di cui all’articolo 67, soggetti sottoposti ad una delle misure di prevenzione personali di cui al libro I, titolo I, Capo II.
- se sussistono o meno eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa che subordinano l’attività decisoria dell’impresa alla volontà dell’organizzazione criminale.¹⁰⁵

Rispetto alle prime ipotesi predefinite non sussistono più di tante problematiche perché è determinato il presupposto normativo che legittima la disposizione della misura; lo stesso non si può dire del secondo caso.

Il *modus* attraverso il quale il legislatore ha deciso di operare potrebbe risultare opinabile in quanto lesivo del principio di certezza del diritto, non garantendo in modo pieno la riserva di legge riconosciuta in modo implicito all’articolo 41 Cost., per evitare il fenomeno denominato: “ergastolo imprenditoriale”.

A sostegno di un ricorso alla clausola generale per l’adozione del provvedimento da parte del Prefetto si è pronunciata parte della giurisprudenza amministrativa, sostenendo che una casistica prestabilita ex lege lederebbe la capacità di adattamento al caso concreto dei provvedimenti interdittivi. L’adattamento di tali strumenti è fondamentale per combattere al meglio la criminalità organizzata, che muta a sua volta le modalità con le quali si insedia nell’economia mediante l’infiltrazione e le attività illecite.¹⁰⁶ Per colmare questa situazione

¹⁰⁴ Cons. Stato, Sez. III, sentenza numero 2343 del 18 aprile 2018; Cons. Stato, Sez. III, sentenza numero 1553 del 6 marzo 2019; Cons. Stato, Sez. III, sentenza numero 6105 del 5 settembre 2019, in www.giustiziaamministrativa.it

¹⁰⁵ F. BARTOLINI, “Un chiarimento sul nuovo rapporto tra interdittive antimafia e controllo giudiziario volontario”, “Diritto penale e processo”, numero 11, 1 novembre 2020, “Note a sentenza”, pagina 1465

¹⁰⁶ Cons. Stato, Sez. III, sentenza numero 6105 del 5 settembre 2019, cit.

la giurisprudenza amministrativa ha introdotto due requisiti che devono sussistere per legittimare il potere interdittivo del Prefetto: l'attualità e l'idoneità dell'infiltrazione criminale.

Il carattere di attualità degli elementi sussiste fino al momento in cui non venga provato che i fatti di per sé idonei a dimostrare l'infiltrazione non vengono meno, cioè quando vi è la sopravvenienza di fatti e circostanze che smentiscono tale idoneità¹⁰⁷.

Da questo orientamento della giurisprudenza discendono due principi in materia di interdittive:

- 1) L'irrelevanza del trascorrere del tempo rispetto al requisito dell'attualità del tentativo di infiltrazione. La rilevanza si circoscrive ai fatti nuovi che consentono di smentire l'idoneità.
- 2) La revoca delle interdittive, che è esercitabile quando gli elementi di fatto lo consentono. La scelta del legislatore di non determinare alcun parametro ai fini della delimitazione della discrezionalità del Prefetto, come regolata dall'articolo 84 co 4 del Codice antimafia, rischierebbe di entrare in contrasto con i principi vigenti nel nostro ordinamento, i quali si ispirano a rigettare i sistemi normativi tipici dello Stato di polizia e che sono volti ad evitare le c.d. pene del sospetto, fondando la logica di ogni provvedimento sul rispetto dei diritti fondamentali. Questo ragionamento presupporrebbe una base legale precisa e definita al fine di adottare tali provvedimenti. Infatti, il provvedimento interdittivo, quando richiede la discrezionalità dell'organo che lo dispone, ha una portata restrittiva rispetto al diritto fondamentale riconosciuto all'art 41 Cost. dell'iniziativa economica e all'articolo 1 Protocollo Cedu.¹⁰⁸

Un esercizio conforme alle tutele in questione del potere interdittivo da parte del Prefetto potrebbe configurarsi se vi fosse il rispetto di determinati presupposti:

- 1) Specificazione da parte del dettato legislativo di individuare dei presupposti sulla base dei quali il destinatario del provvedimento possa prevedere l'adozione della misura

¹⁰⁷ Cons. Stato, Sez. III, sentenza numero 2327 del 16 maggio 2017; Id., Sez. III, sentenza numero 2085 del 5 maggio 2017

¹⁰⁸ A. AMORE "Il deficit di tipicità delle interdittive antimafia" "Urbanistica e appalti"; "Giurisprudenza amministrativa" n. 2/2020 pagina 257

- 2) Che la lesione dei diritti sia predisposta in modo proporzionato rispetto ai risultati che intendono ottenere.
- 3) Che venga garantita una procedura volta all'emanazione del provvedimento e che questa si svolga nel contraddittorio tra amministrazione e operatore. La procedura si svolgerebbe in una duplice fase: la prima in cui il Prefetto valuta se i fatti coincidono con quanto predisposto nella norma, per poi procedere con una valutazione rispetto all'idoneità e all'attualità dell'infiltrazione mafiosa. Quest'ultima soluzione parzialmente adottata attraverso l'istituto della collaborazione tra impresa e autorità prefettizia.

Una procedura di adozione del provvedimento così designata determinerebbe una tipizzazione dei limiti entro i quali il potere di predisposizione della misura da parte del Prefetto possa essere esercitato, non facendo venire meno la sua discrezionalità nella valutazione.

La Corte costituzionale nella sentenza numero 1743 del 2016 ha stabilito i criteri attraverso i quali gli operatori possano ragionevolmente prevedere la disposizione dell'interdittiva antimafia. Sarà poi la giurisdizione del giudice amministrativo che stabilirà se il Prefetto abbia esercitato correttamente o meno questo potere, considerando anche il rispetto della tassatività del potere in questione. La giurisprudenza amministrativa elabora così il principio generale per cui la predeterminazione degli elementi rilevanti della fattispecie possa essere eseguita in via interpretativa, come enunciato anche dalla Corte costituzionale nella sentenza numero 24 del 2019.

Il Consiglio di Stato infatti ha “*tipizzato*” le situazioni in cui il tentativo di infiltrazione mafiosa risulti essere attuale e concreto:

- 1) Provvedimenti “sfavorevoli” del giudice penale, che si intendono quei provvedimenti che stabiliscono o una misura cautelare o una condanna definitiva per alcuni reati quali l'associazione semplice e quella a stampo mafioso (art 416 e 416-bis c.p.), turbata libertà di scelta del contraente (art 353-bis c.p.) e ancora la turbata libertà degli incanti (art 353 c.p.).¹⁰⁹
- 2) Sentenze di proscioglimento o di assoluzione
- 3) Proposta o il provvedimento circa l'applicazione di una delle misure di prevenzione previste dal D. Lgs. 159/2011

¹⁰⁹ Cons. Stato, Sez. III, sentenza numero 1743 del 3 maggio 2016, cit.

- 4) Rapporti di parentela con soggetti sottoposti a misure di prevenzione
- 5) Vicende anomale di formazione della struttura dell'impresa
- 6) Vicende anomale nella concreta gestione dell'impresa
- 7) Partecipazione ad un sistema di illegalità a cui conseguono dei benefici
- 8) Processo di inserimento in un ambito illegale o abusivo, senza ravvedimento

Sebbene la giurisprudenza abbia provato a colmare il vuoto della casistica normativa sembrerebbe non essere sufficiente quanto previsto ed emblematica in questo senso è la divergenza di orientamenti aventi ad oggetto il medesimo fatto, sia tra autorità amministrative sia tra le corti amministrative nazionali.

Un esempio potrebbe essere quello dell'imprenditore che viene condannato per associazione mafiosa; il Prefetto per poter applicare l'interdittiva deve distinguere le situazioni in cui l'operatore abbia assunto il ruolo di partecipante all'associazione mafiosa, da quelle in cui è stato mero concorrente. Questo orientamento fa leva sul concetto secondo cui solo con una valutazione di un nesso causale si possa valutare il condizionamento dell'impresa rispetto alla criminalità organizzata, oltre a quello dell'attualità della subordinazione¹¹⁰.

Parte della giurisprudenza tende ad irrigidire i presupposti sui quali basare la disposizione dell'interdittiva, rendendo automatico l'avvalimento a tale strumento quando vi è una sentenza di condanna, in netto contrasto con un orientamento che dovrebbe privilegiare la rilevanza del caso concreto, come suggerirebbe la classificazione giurisprudenziale che si è citata precedentemente¹¹¹.

Ritenere che si possa evincere dalla frequentazione tra due persone l'adozione di un provvedimento che determina l'automatica esclusione dalle gare non sarebbe obiettivo, né tipico di uno stato democratico.¹¹² Elementi convincenti e deducibili dalla frequentazione dell'operatore dai quali si potrebbe fondare una valutazione obiettiva sono al più: il

¹¹⁰ Cons. Stato, Sez. III, sentenza numero 204 del 15 gennaio 2013

¹¹¹ Cons. giust. Amm. Sicilia, numero 257 del 03 agosto 2016 secondo cui *“per essere considerato mafioso non è sufficiente aver subito un procedimento penale poi conclusosi con un proscioglimento o un'assoluzione; o un procedimento di prevenzione antimafia conclusosi con formula liberatoria...o essere stato “illo tempore” condannato per associazione di stampo mafioso pur avendo ormai scontato la pena ed ottenuto la riabilitazione...né, evidentemente a maggior ragione, è sufficiente far parte di una famiglia che annoveri fra i suoi componenti uno o più soggetti che abbiano subito i predetti procedimenti con gli esiti assolutori o liberatori sopra indicati”*

¹¹² Cons. Stato, Sez. III, 13 dicembre 2018, numero 389 secondo cui *“è agevole replicare che l'organizzazione criminale mafiosa o camorristica opera comunemente anche avvalendosi proprio di uomini residenti all'estero e che non è detto che sia la lontananza a spezzare il vincolo che unisce gli affiliati”*

coinvolgimento dell'operatore nei medesimi fatti, anche in assenza di una condanna; la titolarità dei medesimi interessi economici; oppure la convivenza.¹¹³

Ci sono stati ancora casi in cui il mero timore del Prefetto di un'impermeabilità dell'azienda alla criminalità organizzata lo ha indotto ad adottare provvedimenti interdittivi per vicende anomale legate alla società o per assunzioni di dipendenti che avevano precedenti penali.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto che il condizionamento da parte della criminalità organizzata possa giustificare pacificamente l'applicazione dell'interdittiva anche in presenza delle fattispecie sopra indicate. Con particolare riguardo al caso di assunzioni di dipendenti con precedenti penali, la giurisprudenza ha sostenuto che si possa configurare la disposizione di un'interdittiva per il datore di lavoro legata all'assunzione di dipendenti esclusivamente in due casi:

- 1) Se l'assunzione avviene senza alcun criterio selettivo.
- 2) Se il dipendente si qualifica come un infiltrato delle associazioni mafiose, che esercitano un controllo tramite la sua presenza nell'impresa.¹¹⁴

Qualora si vada a fondare il presupposto interdittivo sulla mera presenza di dipendenti con precedenti penali all'interno di un'impresa ci sarebbe infatti una violazione consistente degli articoli 1, 3 e 41 Cost., comportando che un soggetto pregiudicato non potrebbe essere assunto non solo all'interno di aziende che sono solite ad intrattenere rapporti con la Pubblica Amministrazione, ma anche in quelle operanti esclusivamente nei settori privati.¹¹⁵ Anche questo orientamento del Consiglio di Stato esalta un filo conduttore che viene richiamato in materia di interdittiva antimafia, consistente nell'esercizio dell'influenza delle scelte gestionali dell'impresa. Un elemento utile ai fini di una valutazione responsabile potrebbe consistere nel verificare se l'operatore economico nel momento in cui ha assunto il personale si sia riservato di consultare il casellario giudiziario per prevenire l'infiltrazione mafiosa o meno.

Questi casi che abbiamo sopra citato non costituiscono un "*numerus clausus*" e vi è il rischio di una compromissione dell'attività economica mediante il verificarsi di quel fenomeno che è necessario arginare per il perseguimento di un'economia sana denominato ergastolo imprenditoriale.

¹¹³ Cons. Stato, Sez. III, 15 febbraio 2019, numero 803

¹¹⁴ Cons. Stato, Sez. III, 14 settembre 2018, numero 5410

¹¹⁵ Cons. Stato, Sez. III 9 febbraio 2017, numero 565

Questa forse è la dimostrazione che la legislazione, ancora, non sia riuscita ad attribuire a pieno quella certezza che una materia delicata come quella in esame richiederebbe, lasciando conseguentemente ampia discrezionalità al Prefetto e delineando il *c.d. deficit delle interdittive antimafia*, per come ancora oggi è formulato l'articolo 84 comma 4 del Codice antimafia.

Uno strumento efficiente per la tutela degli interessi in gioco si è rinvenuto in un accrescimento dei rapporti di cooperazione tra impresa e Prefetto attraverso un contraddittorio *ex ante* tra i due soggetti, avente ad oggetto la verifica della sussistenza dell'infiltrazione ai fini dell'adozione del provvedimento.

iv) La partecipazione dell'operatore al procedimento che dispone l'interdittiva

Alla luce di quanto detto sopra, è opportuno considerare una delle norme più importanti della materia amministrativa: l'articolo 10 della L. 241 del 1990, che regola la partecipazione al procedimento amministrativo, la cui ratio di fondo si riconduce al principio di trasparenza tra cittadini e privati. Questa norma riconosce al privato il diritto di partecipazione al procedimento attraverso due modalità: accesso agli atti e la facoltà di presentare delle memorie scritte o documenti, instaurando un contraddittorio con l'amministrazione e nel caso specifico con il Prefetto, che avrà conseguentemente un obbligo di motivazione più intenso, in quanto tenuto a rispondere alle considerazioni svolte dall'operatore economico.

È duplice la ratio assoluta dall'istituto della partecipazione al procedimento rispetto alla procedura di disposizione dell'interdittiva: da una parte quella di far difendere il soggetto innocente che può giustificare i fatti che sarebbero di per sé idonei a legittimare il potere interdittivo prefettizio; dall'altra dare la possibilità all'operatore economico di poter collaborare con l'Amministrazione. Questo permetterebbe all'amministrazione di valutare in modo più completo i fatti e quindi gli interessi in gioco nel singolo caso, al fine di perseguire la miglior tutela verso l'interesse pubblico.¹¹⁶

Considerando che il Prefetto gode di ampia discrezionalità nella fase di accertamento che precede l'adozione e che i provvedimenti vengono spesso impugnati dagli operatori, si è

¹¹⁶ T.A.R. Bari 13 gennaio 2020, n 28

considerato auspicabile la partecipazione dell'operatore al procedimento attraverso l'instaurazione di un previo contraddittorio con l'Amministrazione.¹¹⁷

Nonostante ciò, parte consistente della giurisprudenza ha ritenuto non configurabile la prerogativa di instaurare un contraddittorio preventivo tra impresa e amministrazione attraverso l'invio dell'avviso di inizio del procedimento da parte del Prefetto (ex art 7 L. 241/1990), in ragione della riservatezza e dell'urgenza che tipicamente connotano la misura dell'interdittiva antimafia.¹¹⁸

Solo attraverso una lettura in combinato dell'articolo 7, 10 e 13 della L. 241/1990 sembrerebbe configurabile la partecipazione dell'operatore al procedimento che dispone l'interdittiva.¹¹⁹

L'art 7 della legge 241 del 1990 permette di derogare all'obbligo di avvio comunicazione di avvio del procedimento, ma questa deroga non opera anche per la disciplina antimafia perché la "celerità" che funge da presupposto dell'omissione della comunicazione si richiede per pregiudizi all'interesse pubblico, in particolare alla sicurezza pubblica, che si determinano con l'attesa dei termini ordinari previsti dalla procedura amministrativa. L'interdittiva invece è un atto che si dispone a conclusione del procedimento amministrativo e alla quale conseguono effetti definitivi, il che porterebbe a considerare opportuno il ricorso ad un contraddittorio tra impresa e Prefetto.¹²⁰

L'articolo 13, inoltre, non prevede che la materia dei provvedimenti interdittivi antimafia rientri tra le materie escluse dalle norme sulla partecipazione al procedimento.

Alla luce di queste considerazioni sembrerebbe opportuno accentuare, con le dovute cautele, il dialogo tra impresa e Prefetto, attribuendo rilevanza alla distinzione dei casi concreti: quelli

¹¹⁷ A. AMORE "Il deficit di tipicità delle interdittive antimafia", "Urbanistica e appalti"; "Giurisprudenza amministrativa" n. 2/2020 pagina 257

¹¹⁸ Cons. Stato, Sez. VI, 29 febbraio 2008 n. 756; Id., Sez. V, 28 febbraio 2006 numero 851: "Per il consolidato indirizzo di questo Consiglio, anzitutto, l'Amministrazione è esonerata dall'obbligo di comunicazione di cui all'art. 7 della L. 7 agosto 1990, n. 241, relativamente all'informativa antimafia e al successivo provvedimento di revoca un'aggiudicazione rilasciata, atteso che si tratta di procedimento in materia di tutela antimafia, come tale intrinsecamente caratterizzato da profili d'urgenza".

¹¹⁹ A. AMORE "Il deficit di tipicità delle interdittive antimafia", "Urbanistica e appalti"; "Giurisprudenza amministrativa" n. 2/2020 pagina 257

¹²⁰ T.A.R. Puglia, sentenza 13 gennaio 2020, numero 28: "Il provvedimento prefettizio non è una misura provvisoria e strumentale...ma un atto conclusivo del procedimento amministrativo avente effetti definitivi, conclusivi e dissolutivi del rapporto giuridico tra l'impresa e la P.A., con riverberi assai durevoli nel tempo, se non addirittura permanenti, indelebili e inemendabili...Da ciò, ne consegue, l'esigenza di garantire il contraddittorio tra il Prefetto e l'impresa, a presidio anzitutto, "del diritto di ogni persona ad essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che rechi pregiudizio".

in cui le informazioni siano coperte da segreto istruttorio, da quelle situazioni in cui non sono coperte da tale segreto e detenute direttamente dal Prefetto. Nel primo caso i documenti non possono essere oggetto di alcuna rivelazione (art. 10 co 1 lett. a L. 241/1990; art. 329 c.p.p.), nel secondo caso, invece, sembrerebbe legittimo riconoscere un diritto di accesso più intenso al contraddittorio tra impresa e autorità.¹²¹

Infatti, sulla base di tali premesse, il Codice antimafia all'articolo 92 comma 2-bis, introdotto con la riforma numero 152 del 2021, sancisce che rispetto alla disposizione dell'informativa l'operatore possa presentare delle osservazioni scritte entro venti giorni "dall'invito prefettizio", stabilendo un vero e proprio contraddittorio con l'operatore che potrà avere una durata massima di sessanta giorni. Il soggetto sottoposto al procedimento viene invitato dal Prefetto che ravvisi i presupposti per l'adozione dell'informazione antimafia e ritenga non sussistenti esigenze di celerità del procedimento. L'atteggiamento del legislatore è volto in questo caso a rimarcare l'importanza di una partecipazione al procedimento per evitare il fenomeno "dell'ergastolo imprenditoriale", restringendo l'ambito di applicazione delle informative interdittive a quei casi che davvero presentano insediamenti, seppur occasionali, di infiltrazioni criminali. Al termine del procedimento il Prefetto potrà disporre una delle misure di cui all'articolo 94-bis, che coincidono sostanzialmente, anche ad avviso della giurisprudenza, con le misure di prevenzione regolate nel Codice antimafia quali il controllo giudiziario o l'amministrazione giudiziaria, per un periodo non inferiore a sei mesi e non superiore ad un anno. Alla scadenza di tali termini il Prefetto potrà disporre informativa liberatoria laddove ravvisi il *venir meno dell'agevolazione occasionale*, accertando in questo modo lo sradicamento del fenomeno criminale dall'impresa.

Capitolo III

Disciplina attuale: le principali novità in materia di esclusione dalla contrattazione pubblica nel Decreto Legislativo 36/2023

3.1 Il Nuovo Codice e le cause di esclusione

i) Le finalità della riforma

Il D Lgs. 36/2023 regola la materia dei requisiti di partecipazione nel Libro II, Parte V, rispettivamente ai capi II e III del Titolo IV, prevedendo diverse novità rispetto al Codice che lo ha preceduto. Con la legge delega numero 78 del 2022 si è affidato al Governo la regolamentazione della materia dei contratti pubblici con la principale finalità di conformarsi ad una semplificazione e razionalizzazione delle procedure, ispirandosi ai principi espressi nelle direttive dell'Unione europea. La logica di razionalizzazione ha inciso anche sulla sistematizzazione delle cause di esclusione dalla contrattazione pubblica, così da prevedere regole certe e chiare, finalizzate a stabilire con maggiore precisione fattispecie che si presentavano come eccessivamente generiche e che in conseguenza di ciò erano oggetto di notevoli contrasti interpretativi e giurisprudenziali, come in materia di illecito professionale, regolato dalla normativa sovranazionale all'articolo 57, par. 4, Dir. 2014/24/UE.

Il Nuovo Codice ha tentato anche di regolare gli istituti portanti della contrattazione pubblica al fine di perseguire un obiettivo di semplificazione del sistema di qualificazione degli operatori nel settore, come emerge chiaramente dalla Relazione sul Codice (da ora anche "La Relazione"), redatta dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato.¹²²

La Relazione prende atto della notevole differenza del nuovo Codice con il vecchio del 2016, che pur facendo ampio riferimento alla normativa di principio, non conteneva una parte generale che prevedesse regole ermeneutiche di settore. L'assenza di tale sistematica portava a snaturare la portata di tali norme di principio, sparse nel Codice, che venivano interpretate o come normativa di dettaglio o come valori astratti, vincolanti per l'Amministrazione solo in via tendenziale.¹²³ Soprattutto nella materia dei contratti pubblici i principi sono i pilastri su cui poggia il sistema codicistico¹²⁴ e aiutano a comporre una normativa armonica

¹²² S. COLOMBARI, "Percorsi di giurisprudenza-L 'esclusione dalle gare pubbliche: una misura residuale?", *Giurisprudenza Italiana*, numero 3, 1 marzo 2024, pagina 739

¹²³ L. PONZONE "Nuovo Codice dei Contratti Pubblici Ragionato", Neldiritto Editore, 2024 II edizione, *Codici Ragionati Maior*, pagina 27

¹²⁴ Cons. Stato, Adunanza Generale, parere numero 2 del 1 febbraio 2004

esprimendo valori e criteri di valutazione, che possiedono una “*memoria*” che la normativa di dettaglio non può avere. Anzi, si potrebbe dire che quest’ultima trovi fondamento proprio nella normativa di principio, che assolve a tutti gli effetti una funzione “*genetica delle singole norme*”.¹²⁵

Dalla Relazione della Commissione emerge espressamente che il principio del risultato sia una forma di manifestazione dei principi costituzionali di buon andamento, efficienza, efficacia ed economicità della Pubblica Amministrazione.¹²⁶ Il Nuovo Codice si apre infatti proprio con la previsione di questo principio all’articolo 1: “*Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell’affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza*”. La norma tratta il risultato come criterio prioritario dell’esercizio del potere discrezionale dell’amministrazione e come strumento per individuare le regole applicabili al caso concreto (comma 4 dell’articolo 1), dal momento di aggiudicazione del contratto fino al termine della sua esecuzione. La norma è frutto del dibattito sviluppatosi sia in giurisprudenza sia in dottrina avente ad oggetto i più generali interessi di efficienza dell’azione amministrativa e delle *performance* del pubblico dipendente. Il risultato si pone quindi come valore primario nell’attività pubblica e, in contro tendenza rispetto agli ultimi decenni, si attribuisce sempre maggior rilevanza alla connessa *funzione di committenza* assolta dalla Pubblica Amministrazione.¹²⁷ Il comma 2 dell’articolo

¹²⁵ Cons. Stato, Adunanza Plenaria, sentenza numero 13 del 7 maggio 2013: “*Come è infatti noto, l’aspetto rilevante di un codice, anche nel senso ristretto della nuova codificazione moderna secondo codici di settore, è la sua aspirazione ad essere un “sistema”; il sistema consente di spostare l’attenzione anche su principi, che rendono possibile la comprensione delle singole parti connettendole al tutto e che, finalmente, rendono intellegibile il disegno armonico, organico ed unitario sotteso rispetto alla frammentarietà delle parti. I principi generali di un settore esprimono valori e criteri di valutazione immanenti all’ordine giuridico, che hanno una memoria del tutto che le singole e specifiche disposizioni non possono avere e ai quali esse sono riconducibili; sono inoltre caratterizzati da una eccedenza di contenuto deontologico in confronto con le singole norme, anche ricostruite nel loro sistema, con la conseguenza che essi, quali criteri di valutazione che costituiscono il fondamento giuridico della disciplina considerata, hanno anche una funzione genetica (nomogenetica) rispetto alle singole norme*”.

¹²⁶ S. COLOMBARI, “*Percorsi di giurisprudenza-L ‘esclusione dalle gare pubbliche: una misura residuale?’*”, Giurisprudenza Italiana, numero 3, 1 marzo 2024, pagina 742

¹²⁷ G. NAPOLITANO “*Committenza pubblica e principio del risultato*” Relazione al Codice Convegno “Il nuovo Codice degli Appalti Avvocatura dello Stato”, Roma, 27 gennaio 2023 “*L’affermazione del principio del risultato determina un ribaltamento della gerarchia degli interessi affermatasi negli ultimi quindici anni. Si riconosce così il necessario primato logico della funzione di committenza, perché le amministrazioni si rivolgono al mercato e più in generale stipulano contratti con il fine di approvvignarsi beni, servizi e opere: dunque, non per altri obiettivi, sebbene questi, naturalmente, possono far parte di un più ampio quadro di finalità dell’azione pubblica e della disciplina di regolamentazione*”.

1 attribuisce natura funzionale alla concorrenza per garantire il perseguimento di un risultato ottimale nell'attività di contrattazione. La stessa giurisprudenza amministrativa ha riconosciuto che sebbene vi siano delle condizioni volte ad esaltare il regime concorrenziale entro il quale si aggiudica il contratto, non si debba tralasciare la funzione del procedimento stesso che consiste *nell'attività di acquisire beni e servizi maggiormente idonei a soddisfare l'interesse pubblico specifico portato dall'amministrazione aggiudicatrice*.¹²⁸

Sempre nel Titolo I, dedicato ai principi generali, la riforma ha introdotto un rafforzamento degli obblighi di correttezza dell'attività di contrattazione della PA, precedentemente previsti dall'articolo 30, D. Lgs. n. 50/2016. Infatti, l'articolo 2 del D. Lgs n. 36/2023 sancisce una norma generale contenente obblighi informativi e comportamentali secondo i quali *“L'attribuzione e l'esercizio del potere nel settore dei contratti pubblici si fonda sul principio della reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici”*.¹²⁹ Questo è un principio che supera la logica del sospetto verso i pubblici funzionari e tenta di arginare il fenomeno della c.d. burocrazia difensiva, tentando di configurare una Pubblica Amministrazione che si mostri attiva nelle procedure di contrattazione. La Relazione sottolinea di come non si tratti di una fiducia assoluta, ma si debba declinare in una presunzione di legittimità dell'azione amministrativa. In questo caso si potrebbe anche attribuire una vera e propria funzione preventiva al principio della fiducia, da una parte per scongiurare un'intensificazione eccessiva dei meccanismi burocratici tipici dei procedimenti amministrativi, dall'altra per contrastare l'insediamento del fenomeno criminale nella contrattazione pubblica, instaurando un contatto preventivo con l'operatore.¹³⁰

Il comma 3 della norma circoscrive la responsabilità amministrativa alla sola colpa grave, individuando la casistica attraverso cui essa si manifesta: violazione di norme di diritto o di auto-vincoli amministrativi, palese violazione di regole di prudenza e diligenza e infine omissione di cautele, verifiche ed informazioni preventive che sono richieste ordinariamente durante lo svolgimento dell'attività amministrativa ai partecipanti alle gare, esigibili sulla

¹²⁸Cons. Stato, Sez. III, sentenza numero 4086 del 25 giugno 2020

¹²⁹C. COMMENDATORE: *“Le cause di esclusione dalle gare pubbliche: tra tassatività e interpretazione estensiva”*; *“Urbanistica e appalti”*, n. 3, 1 maggio 2023, pagina 369

¹³⁰R. CARANTA *“Il nuovo Codice dei contratti pubblici- I principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici art 1-12”* in *“Giurisprudenza italiana”*, numero 8 e 9, 1 agosto 2023 *“Commento alla normativa”*

base del caso concreto. La necessità di circoscrivere tale forma di responsabilità risiede nell'evitare che vi siano incertezze interpretative, che rischierebbero di configurarsi in caso di limiti indefiniti tra colpa lieve e grave.

Il codice riprende inoltre i principi sulla tutela dell'affidamento incolpevole elaborati dall'Adunanza Plenaria¹³¹ e recepiti all'articolo 5, secondo il quale nelle procedure di gara le Amministrazioni siano tenute a comportarsi e a esercitare le loro azioni secondo buona fede. La logica di tale previsione risiede nel garantire al privato la tutela dell'affidamento al legittimo esercizio dei poteri dell'Amministrazione e a un suo operato conforme ai principi di correttezza, il cui mancato rispetto consiste in violazioni dei canoni civilisti o per provvedimenti annullati a seguito di impugnazione da parte dei terzi.¹³² In questo senso è anche opportuno trattare della possibile configurazione in capo all'Amministrazione che non si sia attenuta a tali canoni forme di responsabilità precontrattuale, le quali trovano il proprio fondamento nell'aspettativa del privato rispetto alla stipula del contratto, salvo che non venga accertata una sua colpa che renderebbe legittima la sua esclusione.

Nei paragrafi che seguiranno si cercherà di riflettere sui requisiti di partecipazione alla contrattazione pubblica considerando in primo luogo le novità introdotte dal nuovo Codice alla luce dei principi cardini della materia: quello del risultato e quello della fiducia, nelle diverse declinazioni attraverso cui essi si manifestano.¹³³

ii) Il principio di tassatività delle cause di esclusione

La casistica delle cause di esclusione dalla gara pubblica è stata stabilita per molti anni dalle stazioni appaltanti, che rispetto alla singola procedura di affidamento potevano esercitare discrezionalmente tale potere. Oggi, la materia è governata dal principio di tassatività, secondo il quale il legislatore sia l'unico soggetto legittimato ad individuare le possibili cause

¹³¹ Cons. Stato sentenza numero 5 del 2018, Id. 19 e 20 del 2021

¹³² Cons. Stato, Adunanza Plenaria, sentenza numero 21 del 29 novembre 2021: *“A fronte del dovere di collaborazione e di comportarsi secondo buona fede possono pertanto sorgere aspettative, che per il privato istante si indirizzano all'utilità derivante dall'atto finale del procedimento, la cui frustrazione può essere per l'amministrazione fonte di responsabilità...nei rapporti di diritto amministrativo, inerenti al pubblico potere, è configurabile un affidamento del privato sul legittimo esercizio di tale potere sull'operato dell'amministrazione conforme ai principi di correttezza e buona fede, fonte per quest'ultima di responsabilità non solo per comportamenti contrari ai canoni di origine civilistica ora richiamati, ma anche per il caso di provvedimento favorevole annullato su ricorso di terzi”*

¹³³ R. CARANTA *“Il nuovo Codice dei contratti pubblici- I principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici art 1-12”* in *“Giurisprudenza italiana”*, numero 8 e 9, 1 agosto 2023 *“Commento alla normativa”*

di esclusione, così da determinare e valorizzare solo quelle che risultino essere rilevanti per gli interessi in gioco.¹³⁴ Ciò non significa che i bandi di gara che impongono adempimenti formali a pena di esclusione siano da ritenere illegittimi, ma che devono risultare conformi ai casi previsti dalla legge e dai regolamenti che ne sono esecuzione.¹³⁵

La ratio sottesa al principio di tassatività si deve rinvenire nell'interesse pubblico ad individuare il concorrente più affidabile e anche l'applicazione di tale principio deve essere modulata rispetto al grado di affidabilità.

Il principio di tassatività delle cause di esclusione non è una novità introdotta dal D Lgs. 36/2023. Il Codice del 2006 è la prima fonte che lo ha regolato nel nostro ordinamento, all'articolo 46 co 1-bis e il Decreto 50/2016 lo aveva a sua volta recepito all'articolo 83 co 3.

Oggi è l'articolo 10 del nuovo Codice che regola il principio di tassatività delle cause di esclusione. La norma attribuisce rilevanza solo a quelle cause di esclusione previste espressamente dal Codice, non ammettendo la possibilità di individuarle in altre fonti regolamentari o nei bandi di gara¹³⁶, discostandosi da orientamenti giurisprudenziali che avevano invece ammesso i riferimenti a tali fonti extra codicistiche.¹³⁷ Così recita l'articolo 10 del Codice: *“I contratti pubblici non sono affidati agli operatori economici nei confronti dei quali sia stata accertata la sussistenza di cause di esclusione espressamente definite dal codice”*. La norma è piena espressione dell'esigenza di salvaguardare l'interesse pubblico a scegliere contraenti affidabili, vietando la partecipazione a coloro che non possiedono i requisiti di partecipazione e riservando solo al Codice il compito di stabilire la tassatività dei casi in cui operano.

Conseguenza importante del principio di tassatività attiene all'interpretazione delle cause di esclusione, che non può svolgersi in modo estensivo o analogico.¹³⁸ Il comma 2 apporta la

¹³⁴ S. COLOMBARI, *“Percorsi di giurisprudenza-L ‘esclusione dalle gare pubbliche: una misura residuale?’*, Giurisprudenza Italiana, numero 3, 1 marzo 2024, pagina 742, dottrina: *“L’individuazione delle cause di esclusione è stata a lungo rimessa alle stazioni appaltanti in relazione alla singola procedura di affidamento, ma oggi la materia è governata dal ridetto principio della tassatività...in modo da “selezionare e valorizzare solo le cause di esclusione rilevanti per gli interessi in gioco (Cons. Stato Ad. Plen., 25 febbraio 2014 numero 9)”*

¹³⁵ Cons. Stato, Adunanza Plenaria, sentenza numero 9 del 25 febbraio 2014

¹³⁶ L. PONZONE *“Nuovo Codice dei Contratti Pubblici Ragionato”*, Neldiritto Editore, 2024 II edizione, Codici Ragionati Maior, pagina 19

¹³⁷ Cons. Stato, Adunanza Plenaria, sentenza numero 9 del 25 febbraio 2014,

¹³⁸ Cons. Stato, Sez. V, sentenza numero 3595 del 21 luglio 2015, in questo caso il Consiglio di Stato ha affermato che *“Stante il principio di tassatività che permea la disciplina delle cause di esclusione dalle gare*

significativa novità, prima anticipata, per cui: “*Le cause di esclusione di cui agli articoli 94 e 95 sono tassative e integrano di diritto i bandi e le lettere di invito; le clausole che prevedono cause ulteriori di esclusione sono nulle e si considerano non apposte*”. Viene introdotto un vero e proprio divieto di contemplare cause di esclusione che non siano espressamente riconosciute dal Codice, in un’ottica di maggiore organicità e tipizzazione della disciplina, come anche illustrato dalla Relazione. La norma introduce il principio di eterointegrazione, che funge da criterio guida per l’interpretazione su cause di esclusione previste dai bandi e che si discostano da quelle codicistiche. Al meccanismo in questione è dedicato il prossimo sottoparagrafo.

Altre novità importanti introdotte dall’ultima riforma consistono in primo luogo nell’aver sistematizzato i contenuti della normativa precedente sui casi di esclusione e poi di averla associata al principio della massima partecipazione, come indicato al comma 3 della norma. Il principio di tassatività, considerato insieme a quello di massima partecipazione, presuppone che dinanzi a diverse possibili interpretazioni di una clausola della *lex specialis* del bando di gara debba prevalere l’interpretazione che favorisca l’ammissione del numero di più elevato di operatori economici, in piena attuazione del principio del *favor participationis*.¹³⁹ Questo vale anche per quelle ipotesi in cui ad essere oggetto di interpretazione sia una *lex specialis* di gara che richieda adempimenti formali su determinati requisiti e risulti essere ambiguo il significato tra l’ammissione e l’esclusione del concorrente.¹⁴⁰

La giurisprudenza amministrativa è consapevole del rilievo che la tassatività delle cause di esclusione ha assunto nel Codice del 2023, riconoscendo il maggior rigore interpretativo che

pubbliche, l’ambito applicativo della norma di cui all’articolo 38 comma 1, lettera f), D Lgs. 163/2006, Codice degli Appalti (riferita ai soggetti che hanno commesso grave negligenza, malafede nell’esecuzione delle prestazioni o che hanno commesso un grave errore) non può essere dilatato sino ad accogliere un’interpretazione che comprenda anche fattispecie nelle quali il comportamento scorretto del concorrente si sia manifestato in fase di trattativa” (riforma della sentenza del T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II. 6 novembre 2014, numero 5712).

¹³⁹ Cons. Stato, Sez. V, sentenza numero 5205, 26 maggio 2023: “*La giurisprudenza amministrativa ha inoltre chiaramente affermato che in caso di clausole o disposizioni normative di dubbia e/o incerta interpretazione deve essere privilegiato il principio del favor participationis al fine di consentire la più ampia partecipazione alle procedure di gara*”.

¹⁴⁰ Cons. Stato, Sez. V, sentenza numero 1871 del 5 gennaio 2018, qui il consiglio di Stato riprende l’orientamento consolidatosi nella precedente pronuncia: Cons. Stato, Sez. V, sentenza numero 4644 del 5 ottobre 2017

impone, ad oggi, tale principio, in quanto strumentale all'attuazione dell'altro principio portante in materia di accesso al mercato, richiamato in modo espresso all'articolo 3.

Questa impostazione implica che le deroghe al principio di tassatività debbano essere interpretate in modo restrittivo, garantendo in questo modo un rigore interpretativo più intenso rispetto a quello adottato sotto la precedente normativa.

È stata rigettata la proposta avanzata in sede di Conferenza Unificata di prevedere al comma 1 fattispecie esterne al Codice che contemplassero la sanzione dell'interdizione dalla partecipazione alla procedura della contrattazione pubblica. Chi critica il nuovo sistema afferma che il principio così come configurato dal nuovo Codice, che non ammette il ricorso a fonti extra codicistiche per l'individuazione delle cause di esclusione, da una parte razionalizza il passato, ma dall'altra difficilmente potrà razionalizzare il futuro, tenendo conto che risulterà complesso non prevedere delle cause di esclusione in normative speciali.¹⁴¹

iii) Il principio di eterointegrazione

Il Codice individua le cause di esclusione agli articoli 94 e 95, stabilendo che esse operano automaticamente attraverso l'integrazione dei bandi e delle lettere di invito, come sancito dal comma 2 dell'articolo 10, secondo un principio di eterointegrazione, la cui importanza è stata anche ampiamente sottolineata all'interno della Relazione della Commissione, che definisce l'eterointegrazione come un principio portante della materia.

La norma così come configurata recepisce quanto affermato dalla giurisprudenza amministrativa, riconoscendo la funzione di eterointegrazione della *lex specialis* in presenza di norme di settore che hanno portata generalmente imperativa.¹⁴² L'eterointegrazione è un meccanismo che opera in presenza di una lacuna oggettiva delle regole di gara, nonché in quei casi in cui la stazione appaltante abbia omissso di prevedere all'interno della *lex specialis* elementi che risultino necessari secondo l'ordinamento nel suo complesso. In questi casi il bando di gara necessita di un'integrazione, che viene adottata in via suppletiva da una previsione normativa vincolante e inderogabile. La giurisprudenza ha anche specificato che l'eterointegrazione del bando non osti all'interpretazione rigida della tassatività delle cause

¹⁴¹ S. COLOMBARI, "I requisiti di partecipazione nel nuovo Codice dei contratti pubblici" "Giurisprudenza italiana", "Codice dei contratti pubblici dottrina e attualità giuridiche" agosto-settembre 2023 pagina 1964

¹⁴² Cons. Stato, Sez. V, sentenza numero 5922 del 28 agosto 2019; T.A.R. Piemonte, Sez. I, sentenza numero 702 del 29 Luglio 2022

estendersi alla totalità dello stesso, alla luce del principio “*vitiatur sed non vitat*”¹⁴⁶ e ha inoltre specificato che a fronte della presenza di tale clausola non consegua alcun effetto. In ragione di ciò, non sarà necessaria alcuna impugnazione volta a chiederne l’annullamento, è sufficiente dal punto di vista processuale che l’operatore economico si limiti a contestare, nei termini ordinari, gli atti successivi che attuano una clausola nulla prevista in un atto precedente.¹⁴⁷

Naturalmente il principio di tassatività delle cause di esclusione non impedisce alle stazioni appaltanti di richiedere requisiti particolari di natura finanziaria o tecnica, a patto che siano pertinenti e proporzionati rispetto all’oggetto del contratto, come prescrive l’articolo 10 comma 3.¹⁴⁸ Il principale criterio per interpretare questi requisiti consiste nell’interesse pubblico al più ampio numero di potenziali concorrenti, che è pertinenziale al raggiungimento del fine della riforma: il miglior risultato per l’Amministrazione. I requisiti speciali che vengono richiesti dalla stazione appaltante devono essere frutto di un bilanciamento tra le capacità ritenute necessarie dall’Amministrazione in proporzione al contratto e l’interesse al più ampio numero possibile di partecipanti alla gara, come piena espressione del principio di concorrenza nell’ambito della contrattazione pubblica.

iv) Le cause di esclusione: la nuova sistematizzazione

Come si è detto in precedenza, l’obiettivo fondamentale della nuova disciplina era quello di perseguire i fini di razionalizzazione e semplificazione, come del resto ha fin da subito chiarito la legge delega, al fine di delineare un sistema di regole di partecipazione alle gare che fosse chiaro e certo, distinguendo la legittima partecipazione alla contrattazione da quelle situazioni che danno origine ad esclusione o ad illeciti professionali.

La legge delega all’articolo 1 comma 2 lettera a)¹⁴⁹ ha previsto che le nuove norme debbano perseguire le finalità stabilite dalle direttive europee e mantenere “*i livelli di regolamentazione che siano corrispondenti a quelli minimi richiesti dalle direttive*”.

Il nuovo Codice ha disposto cinque articoli per regolare le cause di esclusione, diversamente dall’articolo 80 del D. Lgs. 50/2016 che conteneva l’intera disciplina. L’articolo 80 del

¹⁴⁶ Cons. Stato, Adunanza Plenaria, sentenza numero 9 del 25 febbraio 2014

¹⁴⁷ Cons. Stato, Adunanza Plenaria, sentenza numero 2022 del 16 ottobre 2020

¹⁴⁸ Cons. Stato, Sez. V, sentenza numero 6939 del 5 agosto 2022

¹⁴⁹ Legge numero 78 del 21 giugno 2022, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici

vecchio Codice ha infatti determinato la maggior parte del contenzioso in materia di contratti pubblici, ingenerando perplessità interpretative tra gli operatori del diritto.

All'interno della nuova sistemica codicistica le cause di esclusione vengono classificate in uno schema che era già adottato dalla giurisprudenza¹⁵⁰ e dalla normativa sovranazionale: le cause di esclusione automatiche e non automatiche.

La sistemica del nuovo Codice è strutturata in questo modo: l'articolo 94 regola le cause di esclusione automatica; l'articolo 95 quelle di esclusione non automatica; e poi all'articolo 98 si è regolamentata la causa di esclusione non automatica consistente nell'illecito professionale grave, una fattispecie che ha destato dubbi e sollevato questioni durante la vigenza del Codice del sedici.¹⁵¹ L'articolo 93 apre il titolo IV regolando la composizione, le incompatibilità e le funzioni della Commissione giudicatrice, nominata per selezionare la migliore offerta delle procedure di aggiudicazione dei contratti. Viene enunciato un principio che impone una competenza professionale dei membri, finalizzato a garantire l'adeguatezza e l'efficacia delle scelte della Commissione giudicatrice. I membri che compongono la Commissione devono essere esperti di differenti materie, come precedentemente disposto dall'articolo 93 del Vecchio Codice. Ciò significa, secondo la giurisprudenza, che l'esperienza dei membri della Commissione si debba parametrare non sulle specifiche esigenze che si presentano rispetto al singolo contratto, ma su *tematiche omogenee*, in modo tale da garantire che vengano "coperti" più aspetti possibili dell'oggetto della gara e sia possibile configurare una conoscenza reciproca e completa tra gli operatori e le stazioni appaltanti.¹⁵²

Analizzando l'innovativa classificazione delle cause di esclusione e delle norme codicistiche in questione il Capo II, che comprende gli articoli dal 94 al 98, è dedicato ai requisiti generali che gli operatori devono possedere per essere ammessi alle gare. Questi requisiti sono definiti anche di moralità o ordine pubblico e si presentano concretamente come forme di *status* che possono determinare l'esclusione anche temporaneamente degli operatori economici.

¹⁵⁰ Cons. di Stato, Ad. Plen., sentenza numero 9 del 27 maggio 2021; Cons. Stato, Sez. IV, sentenza numero 8371 del 15 dicembre 2021; Cons. Stato, Sez. VI, sentenza numero 8081 del 6 dicembre 2021

¹⁵¹ S. COLOMBARI, "Percorsi di giurisprudenza-L 'esclusione dalle gare pubbliche: una misura residuale?", *Giurisprudenza Italiana*, numero 3, 1 marzo 2024, pagina 742

¹⁵² Tar Campania-Napoli, Sez. II, 21 aprile 2023, numero 2430; Cons. Stato, Sez. V, 18 giugno 2018; Cons. di Stato, Sez. VI 10 giugno 2013 sentenza numero 3202

1) Cause di esclusione automatica (articolo 94): sono cause di esclusione automatica quelle che si applicano secondo uno schema che non prevede alcun margine di discrezione o valutazione da parte dell'Amministrazione. Rispetto all'impostazione del precedente Codice il comma 1 non presenta alcuna novità. Si era proposto in sede di Commissione del Consiglio di Stato di alleggerire il contenuto della norma eliminando l'elenco tassativo di reati ai quali consegue l'esclusione automatica per destinarli in una norma ad hoc. Alla fine, ha prevalso l'idea di mantenere una continuità tra la disciplina previgente e quella attuale, non sconvolgendone la struttura. La causa di esclusione opera rispetto ai requisiti di ordine generale del partecipante potendo configurarsi sia nella fase di costituzione del rapporto sia alla successiva fase di stipulazione.¹⁵³ Si dispone l'esclusione dalla gara automatica derivante da provvedimenti giudiziari solo se è stata disposta una sentenza definitiva o un decreto penale di condanna diventato irrevocabile, salvo che sussistano i presupposti di depenalizzazione, estinzione della pena o di riabilitazione, regolati dal comma 7 della stessa norma. La norma non riconosce l'esclusione automatica nei casi in cui venga disposta la pena su richiesta di cui all'articolo 444 del c.p.; ciò rileva a maggior ragione dal momento in cui la riforma Cartabia ha modificato l'istituto del patteggiamento, perseguendo l'obiettivo di non equiparare la sentenza di condanna definitiva ad un provvedimento richiesto di accordo tra le parti.

Il comma 2 dell'articolo 94 del Codice prevede l'esclusione automatica anche nei casi in cui vi siano provvedimenti del Prefetto al fine di dare operatività alla disciplina antimafia: articolo 67 e l'articolo 84 e seguenti del Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione. Una delle principali innovazioni della materia risiede nel non disporre l'esclusione se *“entro la data di aggiudicazione, l'impresa sia stata ammessa al controllo giudiziario ai sensi dell'articolo 34-bis del medesimo codice”* (quello antimafia). Norma coerente con la volontà di attuare una disciplina che attribuisca importanza all'istituto del self-cleaning. In questo scenario si delinea uno dei maggiori problemi della materia, consistente nella sovrapposizione tra provvedimenti prefettizi antimafia e procedimento di ammissione al controllo giudiziario del Tribunale di prevenzione di cui all'articolo 34-

¹⁵³ L. PONZONE *“Nuovo Codice dei Contratti Pubblici Ragionato”*, Neldiritto Editore, 2024 II edizione, Codici Ragionati Maior, pagina 93

bis.¹⁵⁴ Per perseguire il principio del risultato, infatti, non è ammissibile che l'aggiudicazione avvenga dopo la conclusione del procedimento di ammissione al controllo giudiziario, portando inevitabili allungamenti tempistici dei procedimenti.

Al comma 3 il Codice prevede una lista di soggetti che sono destinatari dei provvedimenti di cui ai commi precedenti dell'articolo 94 e che risultano essere esclusi dalla partecipazione della gara.

È stata inserita la figura di cui alla lettera h) rispetto alla normativa precedente, ossia l'amministratore di fatto, considerato come il reale titolare dell'attività gestoria e in quanto tale tenuto ad assicurare che venga garantita l'affidabilità dell'operatore economico, senza che ci si limiti alla figura formale del titolare dell'attività¹⁵⁵, ma facendovi rientrare quelle figure che, di fatto assumono tali vesti, come il socio di maggioranza in qualità di "socio sovrano".¹⁵⁶

Sono stati rimossi dalla lista quei soggetti che sono cessati dalla carica nell'anno precedente alla pubblicazione del bando e lo stesso vale per il socio di maggioranza se le società dispongono di un numero di soci pari o inferiore a quattro.

Il comma 4 poi affronta la problematica del socio in qualità di persona giuridica e la norma afferma che viene disposta l'esclusione laddove vi sia stato un provvedimento nei confronti degli amministratori. Il Consiglio di Stato si è pronunciato per ritenere che la disposizione previgente di cui all'articolo 80 comma 3 del D. Lgs. 50/2016 non fosse rivolta al socio unico come persona giuridica.¹⁵⁷ Il Codice si pone così in modo intermedio, ritenendo che l'operatore venga escluso automaticamente qualora la fattispecie dei commi 1 e 2 dell'articolo 94 si presentino rispetto agli amministratori del socio unico persona giuridica.

Per quanto riguarda infine l'esclusione derivante da gravi violazioni degli obblighi di pagamento delle imposte e tasse, il comma 6 dell'articolo 94 stabilisce che assumono

¹⁵⁴ Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen, sentenza numero 7 del 13 febbraio 2023, e V. SALAMONE, "L'efficacia temporale delle interdittive antimafia e le procedure di revisione. Si tratta veramente di un ergastolo imprenditoriale?" In *giustizia-amministrativa.it*, 2023.

¹⁵⁵ Cons. Stato, Sez. V, sentenza numero 10504 del 29 novembre 2022

¹⁵⁶ Cons. Stato, sentenza numero 7471 del 27 novembre 2020, osserva che "Il socio sovrano non si limita ad esercitare i diritti amministrativi e patrimoniali che derivano dalla sua partecipazione sociale, ma utilizza il potere in godimento per impartire direttive agli amministratori della società e, dunque, per esercitare il potere di governo della stessa"

¹⁵⁷ Cons. Stato, Sez. V, sentenza numero 4559 del 5 maggio 2023

rilevanza solo quelle situazioni “definitivamente accertate”, recependo solo parzialmente il contenuto dell’articolo 80 comma 4 del D. Lgs. 50/2016; d’altra parte, la sussistenza di violazioni non accertate in modo stabile e definito vengono ricondotte alle fattispecie di cui all’articolo 95 (cause di esclusione non automatica). Con gravi violazioni si intendono quelle di cui all’allegato II.10 al Codice che richiama il D.M. settembre 2022 disposto in attuazione del D. Lgs. numero 50/2016. La modifica di tale regolamento può avvenire solo con atto avente forza di legge.

- 2) Cause di esclusione non automatica (articolo 95): la seconda categoria di cause di esclusione opera in modo non automatico, il che significa che la stazione appaltante ha margini di discrezionalità per valutare il caso concreto e quindi per decidere se escludere o meno l’operatore dalla gara.¹⁵⁸ La relazione sul Nuovo Codice ha precisato che la stazione appaltante mantiene la propria discrezione solo in relazione alla valutazione degli elementi fattuali e non alla sussunzione tra situazione concreta e i presupposti normativi descritti dalla fattispecie astratta; sia da un punto di vista tecnico sia da un punto di vista amministrativo. Inoltre, è opportuno specificare che il legislatore non ha denominato l’istituto causa facoltativa di esclusione, che potrebbe indurre a generare più dubbi circa la natura stessa della clausola, ma ha prediletto l’utilizzo dell’espressione “*causa non automatica di esclusione*”.¹⁵⁹ Il legislatore ha previsto che all’interno della categoria delle cause di esclusione non automatica vi rientri anche il c.d. illecito professionale grave, data la rilevanza dell’istituto, richiamata all’articolo 1 della Legge Delega. Così, già nei lavori preparatori si era deciso di dedicare a tale fattispecie una regolamentazione autonoma, anche in ragione del numero sostenuto di contenziosi che hanno avuto ad oggetto l’istituto in esame durante la vigenza del precedente codice.

Il sub-procedimento di esclusione è regolato invece all’articolo 96 che si occupa di regolare con particolare attenzione gli oneri di tipo comunicativo che sorgono a carico dell’operatore economico e la procedura di self-cleaning che viene applicata in modo ancor più puntuale rispetto alla disciplina previgente. Inoltre, l’art 97 regola le dinamiche legate agli operatori che partecipano tramite raggruppamenti e che in ragione di ciò soggiacciono a delle

¹⁵⁸ S. COLOMBARI “*I requisiti di partecipazione nel nuovo Codice dei contratti pubblici*”, in “*Giurisprudenza Italiana*” agosto settembre 2023 “Codice dei contratti pubblici, dottrina e attualità giuridiche” pagina 1962

¹⁵⁹ Id.

peculiarità disciplinari. È una normativa delineata in modo armonico con la disciplina sovranazionale, il che rende le norme più comprensibili, di più agevole comprensione e tali da recepire in modo innovativo quanto delineato dalla precedente Direttiva 2014/24, all'articolo 57.

v) **I requisiti di ordine speciale**

Il nuovo Codice ha apportato delle modifiche anche alla disciplina dei requisiti speciali, precedentemente regolati all'articolo 83 comma 1 del Codice del 2016 e all'articolo 58 par. 1 della Dir. 24/2014. I requisiti speciali sono distinti in: requisiti di idoneità professionale, di capacità economica e finanziaria e di capacità tecniche e professionali. La differenza tra i requisiti di ordine speciale e i requisiti generali, risiede nel fatto che i primi possono variare di volta in volta per l'operatore in base al tipo di contratto per cui partecipa alla gara, mentre quelli di ordine generale sono richiesti per tutte le tipologie di contratti.¹⁶⁰

L'articolo 100 del Codice regola l'istituto, apportando la novità sistematica di determinare un'unica disciplina, da attuare poi con un unico regolamento per tutte le tipologie di appalto superiori a 150.000 euro, facendovi rientrare anche agli appalti di forniture e servizi. Questo avviene sia per razionalizzare la disciplina applicabile, sia per rendere tempestivi i controlli da parte della stazione appaltante, che vengono svolti su parametri analoghi. Per quanto riguarda i lavori è previsto che l'attestazione in ordine alla qualificazione degli operatori venga rilasciata da organismi di diritto privato che siano debitamente iscritti presso una lista dell'ANAC, che vanno di fatto a sostituire le SOA. In attesa del regolamento il nuovo Codice ha previsto una disciplina transitoria per gli appalti relativi a servizi e forniture, secondo cui le stazioni appaltanti possono richiedere agli operatori economici un fatturato globale che non sia superiore al doppio del valore stimato dell'appalto e che coincide con il fatturato maturato nel triennio precedente a quello di indizione della procedura e di aver svolto servizi analoghi a quelli in oggetto dell'affidamento.¹⁶¹ Il comma 12 della norma riconosce la natura di inderogabilità della disciplina perché afferma che le stazioni appaltanti “*richiedano esclusivamente i requisiti di partecipazione previsti*” dall'articolo 100; salvo che vi siano degli impegni del concorrente per garantire la stabilità del personale, la corretta applicazione

¹⁶⁰ L. PONZONE “*Nuovo Codice dei Contratti Pubblici Ragionato*”, Neldiritto Editore, 2024 II edizione, Codici Ragionati Maior, pagina 27

¹⁶¹ Cons. Stato, Sez. VII, sentenza numero 9596 del 3 novembre 2022

dei contratti collettivi, o comunque per garantire le pari opportunità come descritte all'articolo 102 del Codice.

Il legislatore richiede inoltre che i requisiti speciali tengano conto anche di altri fattori quali: “la possibilità di accesso al mercato e la possibilità delle piccole o medie imprese... purché sia compatibile con le prestazioni da acquisire e con l'esigenza di realizzare economie di scala funzionali alla riduzione della spesa pubblica”, alla luce di quanto precede il principio del risultato assume il ruolo di criterio principale che guida l'attività dell'Amministrazione”.¹⁶²

3.2 L'illecito professionale grave nel Nuovo Codice

Il legislatore ha previsto all'interno della categoria delle cause di esclusione non automatica la fattispecie dell'illecito professionale grave, richiamato anche all'articolo 1 della Legge Delega. La Commissione era decisa nel dedicare una regolamentazione autonoma alla fattispecie in ragione del numero sostenuto di contenziosi che sono sorti nella materia durante la vigenza del precedente codice.

La fattispecie assume rilevanza qualora il soggetto che abbia presentato un'offerta riversi in una condizione che integri un illecito professionale grave, ovvero “*tale da rendere dubbia la sua integrità o l'affidabilità, dimostrato dalla stazione appaltante con mezzi adeguati*” (articolo 95 comma 1 lettera e). Nonostante la nuova formulazione apportata dalla riforma, questa è una delle norme del nuovo Codice che presenta maggiori profili di incertezza e complessità.

Nella Relazione sul Codice è emerso che il vecchio articolo 80 del D. Lgs. numero 50/2016 ha ingenerato più volte la necessità di ricorrere alla tutela giurisdizionale, data la formulazione generica ed indeterminata della fattispecie: “*Un operatore economico è escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate...*”.

Date le problematiche si arriva così a disciplinare questa situazione in modo specifico e puntuale, individuando in modo tassativo i casi in cui le stazioni appaltanti possono desumere da determinati mezzi di prova l'illecito professionale, regolando le modalità attraverso le

¹⁶² G. MONTEDORO “La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo Codice dei contratti pubblici” in giustizia-amministrativa.it, 2023

quali debba essere adottata la motivazione in ordine all'esclusione dell'operatore.¹⁶³La precedente normativa che regolava l'istituto è stata superata dall'articolo 98 del nuovo Codice che regola la causa di esclusione facoltativa dell'illecito professionale grave, individuando le fattispecie rilevanti, gli elementi probatori che sono idonei a qualificare una situazione come illecito grave e infine lo standard che devono assumere tali elementi al fine di motivare legittimamente il provvedimento che esclude l'operatore. La differenza tra la disciplina dettata dal Codice del 2016 e la disciplina attuale risiede proprio nella tipizzazione di alcune condotte: assente nella disciplina previgente e presente in quella del D. Lgs. 36 del 2023.¹⁶⁴

Come viene regolamentato l'istituto si può comprendere in modo più agevole considerando le caratteristiche principali enunciate dalle seguenti norme:

- Art 95 comma 1, lettera e) che sancisce che l'illecito professionale grave sia tra le cause di esclusione non automatica: *“la stazione appaltante esclude dalla partecipazione alla procedura un operatore economico qualora...l'offerente abbia commesso un illecito professionale grave, tale da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, dimostrato dalla stazione appaltante con mezzi adeguati. All'articolo 98 sono indicati, in modo tassativo, i gravi illeciti professionali, nonché i mezzi adeguati a dimostrare i medesimi.”*
- Art 95 comma 3 che presenta quelle situazioni in cui l'illecito professionale attiene ad un reato, ma senza che consegua l'esclusione dalla gara: *“l'esclusione non è disposta...”*
- Art 98 comma 1 che individua l'ambito soggettivo di applicazione della disciplina relativa all'illecito professionale grave
- Art 98 comma 2 stabilisce le condizioni che devono essere integrate affinché si possa disporre l'esclusione e qualificare l'illecito professionale come grave.
- Art 98 comma 3 tratta invece delle fattispecie dalle quali si possa legittimamente desumere la sussistenza dell'illecito professionale grave: come la sanzione esecutiva dell'AGCM o altra autorità del settore rispetto all'oggetto specifico dell'appalto; oppure la condotta dell'operatore economico volta ad influenzare il processo decisionale dell'amministrazione o ad ottenere delle informazioni riservate a proprio vantaggio.

¹⁶³ L. R. PERFETTI *“Codice dei contratti pubblici commentato”*, commentari ipsoa, Wolters Kluwer

¹⁶⁴ E. LEONETTI *“Gli operatori economici e i requisiti di partecipazione”*, *“Speciale Nuovo Codice dei contratti pubblici”*, *“Giornale di diritto amministrativo”* numero 3/2023 pagina 332

- Art 98 comma 4, integrato dal comma 5 del medesimo articolo, elenca i criteri di cui si avvale la stazione appaltante nel momento in cui è tenuta a valutare la gravità dell'illecito¹⁶⁵: *“La valutazione di gravità tiene conto del bene giuridico e dell'entità della lesione inferta dalla condotta integrante uno degli elementi di cui al comma 3 e del tempo trascorso dalla violazione”*. Il comma 5 tratta delle dichiarazioni omesse o non veritiere, affermando che *“possano essere utilizzate a supporto della valutazione di gravità riferita agli elementi di cui al comma 3”*.
- Art 98 comma 6, regola i mezzi di prova che si intendono adeguati al fine di dedurre la sussistenza dell'illecito professionale grave, come i provvedimenti esecutivi dell'AGCM, la presenza di indizi gravi, precisi e concordanti, che fanno risultare evidente la situazione di illecito o ancora l'intervenuta risoluzione per inadempimento, nonché la condanna al risarcimento del danno.
- Art 98 comma 7, nella parte in cui afferma che la stazione appaltante sia tenuta motivare in ordine all'idoneità dei provvedimenti sanzionatori e giurisdizionali indicati al comma 6 ad incidere *“sull'affidabilità e sull'integrità dell'offerente”*. La norma contempla anche l'ipotesi in cui l'offerente impugni tali provvedimenti rispetto alla motivazione adottata dalla stazione appaltante.

Per quanto riguarda l'ambito soggettivo, il comma 1 dell'articolo 98 presuppone che l'illecito professionale grave *“rileva solo se compiuto dall'operatore economico offerente”*.

Una differenza sulla differente regolamentazione dell'istituto rispetto alla normativa previgente si è definita anche a seguito della configurazione della casistica integrante l'illecito nelle linee guida dell'ANAC numero 6, che qualificavano come rilevanti quei gravi illeciti professionali commessi sia direttamente dall'operatore economico, sia quelli commessi dalle persone fisiche indicate all'articolo 80 comma 3 del D. Lgs 50 del 2016; prendendo le distanze anche dalla giurisprudenza amministrativa che aveva trattato di tale tematica.¹⁶⁶

Tuttavia, non sempre l'illecito professionale è riferibile all'operatore economico offerente; infatti, il nuovo Codice ha previsto delle eccezioni per quelle situazioni in cui l'illecito integri le fattispecie regolate dall'articolo 98 comma 3 lettera g) ed h), ovvero casi in cui venga

¹⁶⁵ S. COLOMBARI *“I requisiti di partecipazione nel nuovo Codice dei contratti pubblici”* *“Giurisprudenza italiana”*, agosto-settembre 2023 *“Codice dei contratti pubblici dottrina e attualità giuridiche”* pagina 1964

¹⁶⁶ Cons. Stato, Sez. V, sentenza numero 3507 del 4 giugno 2020

contestata la commissione di reati che, ai sensi dell'articolo 94 comma 1, sono causa di esclusione automatica. Rispetto a queste situazioni il Codice prevede che sussista il rischio di un contagio tra persona fisica e operatore economico, in qualità di persona giuridica, come regolato all'articolo 94 comma 3. La ratio di questa previsione trova il proprio fondamento, in primo luogo, nell'esigenza di salvaguardare situazioni di maggiore gravità delle condotte, nonché per salvaguardare il parallelismo tra i commi 1 e 3 dell'articolo 94, essendo che hanno ad oggetto i medesimi reati.

Rispetto agli elementi probatori che devono essere accertati per configurare l'illecito professionale è richiesta dalla nuova disciplina codicistica la sussistenza di elementi significativi di non affidabilità del concorrente. Se così non fosse, l'esclusione dalla gara entrerebbe in contrasto con il principio fondamentale di perseguire l'interesse pubblico. A differenza del vecchio articolo 80 del D.lgs. 50 del 2016 le norme forniscono alla stazione appaltante dei punti solidi di riferimento nell'esercizio della propria discrezionalità, che seppur limitata, rimane. La giurisprudenza ha rimarcato di come il grave illecito configurato all'articolo 80 comma 5 del vecchio Codice fosse una fattispecie aperta, che ricorreva ad una clausola generale, facendo rientrare all'interno della nozione di illecito grave tutte quelle condotte idonee ad incidere sull'affidabilità del partecipante alla gara, a patto che fosse attinente con la vita professionale dell'impresa¹⁶⁷. Come configurato nel vecchio Codice, l'illecito professionale grave presentava una struttura troppo generica ed indeterminata, presupponendo ampio apprezzamento valutativo della stazione appaltante per la sussunzione del fatto concreto alla fattispecie astratta, anche attraverso dei parametri di tipo extragiuridico¹⁶⁸. La giurisprudenza amministrativa riconduceva la funzione di norma di

¹⁶⁷ Cons. Stato, Ad. Plen., sentenza numero 16 del 28 agosto 2020: *“Il sistema così descritto ha carattere completo e coerente con la causa di esclusione “facoltativa” prevista a livello sovranazionale, consistente nella commissione di gravi illeciti professionali tali da mettere in dubbio l’integrità dell’operatore economico e da dimostrare con mezzi adeguati, ai sensi dell’art. 57, par. 4, lett. c), della direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014, poi attuata con il codice dei contratti pubblici attualmente vigente. Nondimeno, su di esso è intervenuto il sopra menzionato correttivo, di cui al decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56, con l’aggiunta all’art. 80, comma 5, del codice della lettera f-bis), e dunque della causa di esclusione relativa all’operatore economico che presenti nella procedura di gara documentazione o dichiarazioni non veritiere. Non informazioni, dunque, come invece previsto dalla lettera c), ma documenti o informazioni”*

¹⁶⁸ C.G.A.R.S., sentenza numero 842 del 11 ottobre 2021: *“Nell’ambito della fattispecie di cui all’art. 80 comma 5 lett. c) del d. lgs. n. 50 del 2016 la discrezionalità si esplica innanzitutto sull’an...E, benché la disposizione individui i gravi illeciti professionali come causa della valutazione discrezionale di inaffidabilità, essa non stabilisce un rapporto di necessità fra le due situazioni, il verificarsi del grave illecito professionale e la valutazione di inaffidabilità. Ne deriva che, una volta accertato il grave illecito professionale, l’Amministrazione adotta il provvedimento espulsivo solo laddove ritenga che la commissione di detto illecito*

chiusura al vecchio articolo 80 in modo tale da farvi rientrare un qualsiasi comportamento che ingenerasse dei dubbi in relazione all'integrità o all'affidabilità del concorrente.¹⁶⁹ Infatti, L'articolo 80 comma 5 del D. Lgs. 50/2016 attribuiva all'Amministrazione un ampio potere discrezionale, anche dal punto di vista probatorio nel caso concreto, minando oltre che alla certezza del diritto alla tutela dell'affidamento dell'operatore.¹⁷⁰

Vero è che la lettera c) del comma 5 dell'articolo 80 aveva previsto una casistica, ma la giurisprudenza ha riconosciuto solo una funzione esemplificativa a tale norma, senza attribuirne una esaustiva. In questo modo la stazione appaltante poteva ricondurre molteplici situazioni alla fattispecie di grave illecito professionale, essendo sufficiente la sussistenza di una contrarietà della condotta dell'operatore rispetto alle leggi del nostro ordinamento, se ritenuta dall'Amministrazione, nell'esercizio della propria discrezionalità, idonea a mettere in dubbio l'integrità e l'affidabilità dell'operatore.¹⁷¹

Il Giudice amministrativo doveva fondare e motivare la propria decisione circa l'esclusione di un soggetto dalla gara rispetto alla non pretestuosità della valutazione svolta da parte della stazione appaltante sugli elementi di fatto. Ciò si sostanziava in una verifica di manifesta abnormità svolta dal Giudice amministrativo rispetto al contrasto tra elementi di fatto e norme imperative.¹⁷²

Considerando la struttura della disciplina nel nuovo Codice, è evidente di come il legislatore abbia voluto perseguire un cambiamento sostanziale della stessa al fine di non lasciare più ampia discrezionalità alla stazione appaltante rispetto alle condotte che possano essere qualificate come illecito professionale. Ne tantomeno che la stessa procedesse a ricorrere a

abbia reso l'operatore economico inaffidabile. Il relativo giudizio, quindi, è espressione di ampia discrezionalità da parte della p.a., cui il legislatore ha voluto riconoscere un ampio margine di apprezzamento circa la sussistenza del requisito dell'affidabilità dell'operatore. Ne consegue che il sindacato che il g.a. è chiamato a compiere sulle motivazioni di tale apprezzamento deve essere mantenuto sul piano della non pretestuosità della valutazione degli elementi di fatto compiuta e non può pervenire ad evidenziare una mera non condivisibilità della valutazione stessa”.

¹⁶⁹ Cons. Stato, Sez. V, sentenza numero 2801 del 20 marzo 2023

¹⁷⁰ Cons. Stato, Sez. V, sentenza numero 2726 del 15 marzo 2023

¹⁷¹ Cons. Stato, Sez. V, sentenza numero 7723 del 27 ottobre 2021

¹⁷² Cons. Stato, Sez. V, sentenza numero 1645 del 16 febbraio 2023 secondo cui “Nelle gare pubbliche il giudizio su gravi illeciti professionali è espressione di ampia discrezionalità da parte dell'amministrazione, cui il legislatore ha voluto riconoscere un ampio margine di apprezzamento circa la sussistenza del requisito di affidabilità dell'appaltatore. Ne consegue che il sindacato che il giudice amministrativo è chiamato a compiere sulle motivazioni di tale apprezzamento deve essere mantenuto sul piano della “non pretestuosità” della valutazione degli elementi di fatto compiuta (nella specie, la non manifesta abnormità, contraddittorietà o contrarietà a norme imperative di legge nella valutazione degli elementi di fatto) e non può pervenire ad evidenziare una mera “non condivisibilità” della valutazione stessa”

determinate prove piuttosto che ad altre; o ancora che la motivazione dell'esclusione risulti generica. Infatti, è l'articolo 98 che ne individua i presupposti in modo puntuale.

Venendo alle norme del nuovo Codice che rilevano sul tema:

- Art 95 comma 1, lett. E) ultimo periodo, che prevede che i casi in cui si possa configurare l'illecito professionale grave sono tassativi, come descritti all'articolo 98 commi 3 e 6.
- Art 98 comma 2 che stabilisce i presupposti al cui verificarsi si debba procedere con l'esclusione dell'operatore: 1) elementi che siano sufficienti ad integrare il grave illecito professionale 2) idoneità del grave illecito professionale ad incidere su affidabilità ed integrità dell'operatore 3) che siano individuati adeguati mezzi di prova (che sono indicati al comma 6).
- Art 98 comma 4, che indica le modalità attraverso le quali deve essere svolta la valutazione di gravità degli elementi, che deve tenere conto di due elementi: a) del bene giuridico leso b) dell'entità della lesione che viene generata dalla condotta e c) del tempo che è intercorso rispetto al momento in cui è avvenuta la violazione.
- Art 98 comma 7, secondo cui la Stazione appaltante nella valutazione dei provvedimenti sanzionatori e giurisdizionali elencati al comma 6 sia tenuta a motivare sull'idoneità dei fatti ad incidere sulla affidabilità nonché sull'integrità del soggetto offerente. Una valutazione che è necessaria anche per verificare la sussistenza di una causa di esclusione, nell'ambito di un'eventuale impugnazione

La discrezione dell'Amministrazione in ordine alla scelta di esclusione del concorrente è vincolata ad una motivazione che deve riguardare i seguenti punti:

- 1) Deve essere indicato nella motivazione la sussistenza di almeno una delle fattispecie tassative che si trovano al comma 3 sulla base dei mezzi di prova, che sono prestabiliti al comma 6. La Relazione afferma che l'intensità della motivazione varia in base alle fattispecie indicate al comma 6: una prova che consiste in una sentenza definitiva richiede una minor portata dimostrativa rispetto ad una sentenza non ancora passata in giudicato.
- 2) Bisogna evidenziare che l'illecito consista in una grave lesione del bene giuridico e della condotta.
- 3) Infine, dimostrare l'idoneità dell'illecito grave ad incidere sull'affidabilità ed integrità dell'operatore.

Secondo la Relazione questi indicatori garantiscono uno standard accertativo completo e il legislatore del '23 si è impegnato affinché siano definiti i presupposti necessari per ritenere che sia configurabile l'esclusione dell'operatore solo laddove essa risulti ragionevole.

Si evidenzia d'altra parte, che le direttive europee hanno sempre ricondotto a questo istituto la funzione di norma di chiusura e con l'individuazione tassativa dei presupposti di tale illecito è difficile che la fattispecie in esame si configuri in tal senso¹⁷³.

Il D. Lgs. 36/2023 ha così contemplato la possibilità per il Giudice amministrativo di avere a disposizione strumenti più puntuali per esercitare il controllo giurisdizionale sulle decisioni dell'Amministrazione, non dovendosi limitare a verificare la pretestuosità della decisione, ma svolgendo una valutazione che deve avere ad oggetto le ragioni che hanno portato all'esclusione dalla gara, avendo come parametro presupposti ed elementi probatori chiari e specifici.¹⁷⁴

3.3 Il self cleaning

Se l'operatore realizza un ravvedimento attraverso una condotta di "*self-cleaning*" la causa di esclusione opera lo stesso? Il vecchio Codice dei contratti pubblici ha introdotto l'istituto del ravvedimento, prevedendo che l'operatore avrebbe potuto partecipare alla gara qualora avesse prestato collaborazione a seguito di condanna con sentenza definitiva per i reati indicati al comma 1 dell'articolo 80 e la cui pena non fosse superiore a 18 mesi di reclusione. La norma contemplava anche la possibilità di partecipare nei casi in cui l'operatore avesse mantenuto una delle condotte di cui al comma 5 (violazioni di obblighi di lavoro, operatore sottoposto a liquidazione giudiziale, grave illecito professionale) e si fosse successivamente ravveduto. Il ravvedimento poteva consistere in primo luogo in un risarcimento del danno e successivamente l'operatore dovrebbe dimostrare di aver attuato dei provvedimenti che siano adatti per prevenire la commissione di reati, sia dal punto di vista organizzativo sia tecnico.¹⁷⁵

Nelle linee guida sul Codice del 2016 l'ANAC si è pronunciata sull'istituto sostenendo che gli operatori economici, per provare la propria affidabilità, devono dimostrare di aver

¹⁷³E. LEONETTI, "Gli operatori economici e i requisiti di partecipazione", "Giornale di Diritto amministrativo", numero 3/2023 pagina 332

¹⁷⁴ Cons. Stato, Sez. V, sentenza numero 1645 del 16 febbraio 2023

¹⁷⁵ A. AMORE "Il deficit di tipicità delle interdittive antimafia", "Urbanistica e appalti"; "Giurisprudenza amministrativa" n. 2/2020 pagina 258

implementato provvedimenti tesi a garantire una sufficiente capacità professionale dei dipendenti, nonché di aver predisposto l'adozione di misure destinate a migliorare la qualità delle prestazioni mediante interventi organizzativi da parte degli organi sociali.¹⁷⁶

Ciò significa che queste misure, secondo l'impostazione del Codice del sedici, si sarebbero dovute adottare ben prima di aver proceduto con la presentazione della domanda di partecipazione alla gara. Successivamente sarà l'Amministrazione tenuta a procedere avviando un contraddittorio con l'operatore, al termine del quale, se ravvisa che le misure adottate da quest'ultimo risultino adeguate a garantire l'affidabilità del concorrente, lo ammetterà alla procedura di gara.

Qualora l'operatore sia ammesso alla gara e fosse destinatario di un provvedimento interdittivo antimafia la stazione appaltante dovrebbe escludere il privato dalla gara, secondo un'impostazione delineata dall'articolo 94 del Codice, per due ordini di ragioni:

- Perché le interdittive antimafia disposte dal Prefetto costituiscono una causa di esclusione dalla gara d'appalto, come disposto dall'articolo 94 comma 2 del nuovo Codice, fatti salvi i casi in cui sia decorso il termine per rilasciare il provvedimento interdittivo prefettizio o qualora si instauri il contraddittorio procedimentale di cui al comma 2-bis dell'articolo 92 del Codice antimafia.¹⁷⁷
- Perché la stazione appaltante e il Prefetto hanno svolto una valutazione fondata sullo stesso fatto: ad esempio hanno ravvisato la presenza di una sentenza penale definitiva che condanna a 18 mesi di reclusione l'operatore. È da sottolineare comunque che le valutazioni della P.A. e del Prefetto muovono da logiche differenti. La stazione appaltante considera l'affidabilità dell'operatore economico precedentemente condannato dei reati che determinano l'esclusione dalla gara; il Prefetto invece valuta se disporre la misura dell'interdittiva antimafia al fine di evitare che ci sia una contaminazione da parte della criminalità organizzata nei confronti di un'impresa sana. È in questo contesto che si delinea un'atipicità dell'interdittiva antimafia, alla quale non consegue un effetto interdittivo immediato, ma parrebbe quasi potersi delineare nel corso del tempo, rimandando al termine procedurale l'efficacia interdittiva. La stazione appaltante valuta

¹⁷⁶ Linee guida Anac n.6, di attuazione del D. Lgs. 1 aprile 2016, n. 50, recanti *“Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art 80, comma 5 lett. C) del Codice”*

¹⁷⁷ Articolo 84 comma 4-bis del Codice antimafia

naturalmente l'affidabilità dell'operatore anche alla luce degli elementi indiziari che si pongono come presupposti del provvedimento adottato dal Prefetto, in modo tale da comprendere l'idoneità o meno dell'impresa ad essere esposta ad infiltrazione mafiosa e decidere sull'esclusione.

Alla luce di quanto detto sopra sembrerebbe una soluzione ragionevole quella di evitare che l'interdittiva disposta dal Prefetto venga caratterizzata da aspetti inquisitori e si riconosca in modo sempre più ampio la facoltà per l'operatore economico di partecipare al procedimento amministrativo al fine di evitare misure avverso i c.d. "*falsi positivi*", permettendo agli operatori di chiarire eventuali incongruenze tramite apposita documentazione.

Un'altra possibile soluzione per consentire il ravvedimento dell'impresa consiste nel subordinare la scelta in ordine alla disposizione dell'interdittiva prefettizia ad un ordine di provvedere al self-cleaning dal Prefetto e procedere con l'adozione della misura solo nei casi inadempimento da parte dell'operatore.¹⁷⁸

L'ordine assolverebbe la funzione dell'istituto di cui all'art 7 della L. n. 241/1990 che è quello della comunicazione di inizio del procedimento, fungendo quindi da fondamento per l'adozione dell'interdittiva e rispondendo a logiche differenti:

- Garantire l'instaurazione del contraddittorio.
- Permettere alla PA di valutare complessivamente gli elementi necessari a predisporre in modo corretto il potere discrezionale attraverso un bilanciamento degli interessi in gioco.
- Determinare un onere più specifico nell'adozione del provvedimento prefettizio, dal momento in cui deve tenere necessariamente in conto le ragioni che sono state addotte dal privato durante la partecipazione al procedimento.
- Riduzione del numero di contenziosi amministrativi, eliminando i falsi positivi.
- Garantire in modo più efficiente l'esercizio del diritto di difesa dell'operatore.
- Una valutazione dell'organo giurisdizionale più coerente con le peculiarità che presenta il caso concreto.

L'interesse pubblico al risultato ha fatto muovere il legislatore per escludere i concorrenti solo in presenza di elementi solidi che minino alla loro affidabilità, trovando così conferma nell'aggiornata procedura del *self-cleaning*.

¹⁷⁸ A. AMORE "Il deficit di tipicità delle interdittive antimafia", "Urbanistica e appalti"; "Giurisprudenza amministrativa" n. 2/2020 pagina 256

L'articolo 80 comma 7 del D. Lgs. 50 del 2016 aveva previsto l'istituto del self-cleaning con una specificazione dei presupposti applicativi dello stesso. L'operatore poteva accedere al self-cleaning in presenza di una sentenza definitiva con pena non superiore a 18 mesi, o che comunque avesse riconosciuto l'attenuante della collaborazione del soggetto sottoposto a procedimento.

La possibilità di ricorrere al self-cleaning è riconosciuta nel nuovo Codice laddove la causa di esclusione si sia verificata sia prima della presentazione dell'offerta sia in corso di gara.

La giurisprudenza europea riconosce nel self-cleaning in corso di gara una soluzione coerente con l'art 57 par 6 della Direttiva 2014 numero 24¹⁷⁹ e rilevano in questo senso pronunce della giurisprudenza nazionale che hanno riconosciuto la possibilità di ricorrere al self-cleaning, durante l'esecuzione dell'appalto, anche sotto la vigenza del vecchio Codice del sedici.¹⁸⁰

L'importanza e l'efficienza dell'istituto si rinvergono proprio nel consentire all'operatore economico di non incorrere nell'esclusione, dimostrando all'Amministrazione di aver adottato dei provvedimenti volti a garantire la sua affidabilità.¹⁸¹ Questi possono consistere nel risarcimento del danno conseguito all'illecito o al reato, nel chiarire circostanze equivoche attraverso una collaborazione con le autorità investigative, oppure dimostrando di aver adottato misure di ordine tecnico o organizzativo volte a prevenire la commissione di reati o illeciti. Ai sensi dell'articolo 96 comma 6 del Nuovo Codice, una volta che è stata adottata la misura collaborativa, l'Amministrazione dovrà valutare discrezionalmente la gravità e le particolari circostanze in cui è stato commesso l'illecito o il reato, per poi giungere ad una decisione, motivando secondo i canoni previsti nel nuovo Codice.¹⁸² A tal fine può rilevare il momento entro il quale si profila la causa di esclusione:

- a) Se è anteriore alla presentazione dell'offerta, l'operatore deve adottare misure che prevenivano o rimuovano gli effetti negativi che rischiano di integrare una causa di esclusione, entro un determinato termine, dimostrando la propria affidabilità.

¹⁷⁹ Corte Giustizia. UE, 14 gennaio 2021, causa C-387/19

¹⁸⁰ Cons. Stato, Sez. V, sentenza numero 4363 del 30 maggio 2022; Id. Sez. III, sentenza numero 1700 del 20 febbraio 2023

¹⁸¹ I. DE MURO, "Self cleaning e organizzazione della impresa societaria", in Riv. Società 2021, pagina 874

¹⁸² Cons. Stato, Sez. V, sentenza numero 8864 del 18 ottobre 2022

b) Se si profila quando l'offerta è già stata presentata, l'operatore deve dimostrare che adotterà tempestivamente i provvedimenti necessari ad assicurare la propria affidabilità, tramite comunicazione alla stazione appaltante.

È importante poi la componente della trasparenza connessa all'operatore che può risultare come uno degli elementi concorrenti alla valutazione del suo stato di affidabilità e per questo vi è un obbligo che dell'impresa di comunicare alla stazione appaltante fatti o circostanze che potrebbero dare vita a cause di esclusione, la cui violazione potrebbe avere delle conseguenze negative in merito alla valutazione della stazione appaltante.

Un fenomeno saliente in materia di self-cleaning, regolato nel nuovo Codice, è quello connesso alla sostituzione del partecipante al raggruppamento che incorre in una causa di esclusione o che perde uno specifico requisito di partecipazione. In questo caso può intervenire l'istituto del raggruppamento che può sanare la situazione tramite la sostituzione o l'estromissione del partecipante che si trova in una situazione di esclusione dalla gara, in un'ottica del principio di *favor participationis*. Tuttavia, l'Amministrazione deve ritenere che la misura adottata sia sufficiente per evitare l'esclusione, il che non è garantito e dipende anzi dalla tempestività dell'intervento. La sentenza numero 2 del 25 gennaio dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha ritenuto ammissibile la possibilità di ricorrere al *self-cleaning* anche durante la gara, a patto che avvenga prima dell'aggiudicazione, che segna a tutti gli effetti il termine oltre il quale non è ammesso il ricorso a tale misura. Inoltre, l'articolo 97, contempla sia la sostituzione sia l'estromissione del partecipante al raggruppamento, superando la precedente interpretazione che permetteva esclusivamente riorganizzazioni interne al raggruppamento.¹⁸³

3.4 Le modifiche dei contratti pubblici dopo l'aggiudicazione: evoluzioni normative e giurisprudenziali

Un profilo controverso nella materia dell'esclusione dalle gare è legato alla possibilità di modificare i contratti pubblici, riconosciuta in presenza del consenso del privato e a determinate condizioni prefissate dal Codice dei contratti pubblici. Il problema maggiore si manifesta laddove la modifica intervenga durante la fase che si interpone tra aggiudicazione

¹⁸³ Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 27 maggio 2021, numero 10

e stipulazione del contratto. In particolare, prima della riforma del 2023, la dottrina e la giurisprudenza si sono chieste se fosse opportuno parlare di “rinegoziazione” oppure di “negoziiazione” dell’accordo, prima che questo venga sottoscritto; alla luce della regola dell’immodificabilità dei documenti di gara vigente nella materia della contrattazione pubblica. Coloro che sostengono di dover qualificare tali modifiche come una negoziazione fondano il proprio ragionamento sulla distinzione della natura tra le fasi della procedura ad evidenza pubblica. Quella in cui viene scelto il contraente, ha natura pubblicistica, quella della trattativa è invece regolata dal Codice civile e il soggetto di diritto pubblico esercita poteri di natura privata.¹⁸⁴ Qui la contrapposizione di interessi concerne da una parte l’individuazione del contraente più affidabile e dall’altra l’esigenza di individuare la migliore offerta. È interesse poi dell’operatore quello inerente alla corretta formazione della volontà della Pubblica Amministrazione, che deve pur ispirarsi a regole di diritto privato e ai principi cardini stabiliti a livello euro unitario.¹⁸⁵ Se si considerasse prioritaria l’esigenza di tutelare la concorrenza, difficilmente si potrebbe pensare di poter ammettere una modifica dei contratti in tale fase. Ben si concilia, invece, la facoltà per l’Amministrazione di modificare il contratto con i principi di economicità, efficacia e buon andamento dell’attività amministrativa.¹⁸⁶ Altro problema sollevato rispetto alla modifica del contratto riguarda la competenza del giudice a pronunciarsi su tale scenario, se venga riservata al TAR, oppure al giudice ordinario, in base al momento in cui essa si presenta.

La giurisprudenza amministrativa fino al 1998 ha ammesso la possibilità di ricorrere alla rinegoziazione agli esiti di una gara pubblica, specialmente laddove ciò avesse portato dei considerevoli vantaggi all’Amministrazione, fondando la logica di tale istituto nella necessità di perseguire l’efficienza delle procedure amministrative.

Nonostante questa impostazione, a livello europeo è intervenuto un parere della Commissione nel 1998 di avviso contrario, che sanciva la violazione dell’articolo 169 del TFUE al verificarsi delle rinegoziazioni. La Commissione ha condannato il comportamento della Pubblica Amministrazione che, terminata una licitazione privata, aveva modificato,

¹⁸⁴ B. MARCHETTI *“Atti di aggiudicazione e poteri di rinegoziazione della pubblica amministrazione nei contratti ad evidenza pubblica”*, *“Giornale di diritto amministrativo”*, 2003, pagina 505

¹⁸⁵ Corte costituzionale 19 novembre 2007 numero 401

¹⁸⁶ A. E. BASILICO *“Modifiche dei contratti pubblici prima della loro stipulazione. Una prospettiva pragmatica”* *“Urbanistica e appalti”* 2022, numero 4, pagina 551

attraverso rinegoziazione, il contratto con l'aggiudicatario del contratto.¹⁸⁷ L'orientamento espresso dalla Commissione è stato recepito dalla giurisprudenza nazionale¹⁸⁸, che non ha riconosciuto alcun potere di rinegoziazione in capo all'Amministrazione a seguito della fase di aggiudicazione del contratto e prima che avvenga la stipula.¹⁸⁹ La ratio di tale orientamento è rafforzata dalla mancata previsione civilistica di una rinegoziazione obbligatoria che consenta alle parti di modificare il contratto dinanzi a sopravvenute alterazioni dell'equilibrio contrattuale. Solo l'articolo 1467 del Codice civile contempla l'ipotesi in cui una delle parti richieda di sciogliere il vincolo contrattuale a fronte delle sopravvenienze, fatta eccezione per il caso in cui controparte acconsenta a modificare condizioni contrattuali, che alterino l'equilibrio del loro rapporto.¹⁹⁰

Tuttavia, nel corso degli anni, le maglie di tale principio sono state allargate e ristrette, con attenuazioni e rafforzamenti applicativi in base agli orientamenti giurisprudenziali che si prendono in considerazione. I principi fondamentali su cui poggia l'orientamento che contempla l'immodificabilità del contenuto dei contratti pubblici sono quello della tutela dell'affidamento del contraente e quello di garantire condizioni paritarie a tutti gli offerenti che dispongano delle stesse possibilità di accedere alla partecipazione della gara.

La vigenza o meno dell'immodificabilità nella contrattazione pubblica del contenuto dei contratti non coinvolge solo la sfera dell'Amministrazione, anzi, l'articolo 17 comma 4 del nuovo Codice (nel Codice del 2016 il riferimento era all'articolo 83) sancisce

¹⁸⁷ Parere della Commissione europea nell'ambito della procedura di infrazione numero 4646 del 1995, reso il 23 marzo 1998

¹⁸⁸ Parere del Consiglio di Stato, commissione speciale del 12 ottobre 2001 numero 1084 *“il divieto di rinegoziare le offerte deve razionalmente intendersi in linea di principio...anche successivamente all'aggiudicazione, in quanto la possibilità di rinegoziazione tra la stazione appaltante e l'aggiudicatario, modificando la base d'asta, finirebbe (seppur indirettamente) coll'introdurre oggettivi elementi di distorsione della concorrenza, violando in tal modo i principi comunitari in materia”*, parere che è stato anche oggetto di richiamo dal Cons. di Stato, Sez. IV, sentenza numero 5989 del 19 giugno 2023, in www.giustizia-amministrativa.it

¹⁸⁹ Cons. Stato, Sez. V, sentenza numero 6281 del 13 dicembre 2002 secondo cui *“va negata la possibilità di modificare le condizioni contrattuali di affidamento di un servizio o di una fornitura o della realizzazione di un'opera, sia prima che dopo l'aggiudicazione, perché in ogni caso non vi è capacità di agire di diritto privato dell'ente e in tal senso ed, inoltre vi è palese violazione delle regole di concorrenza e di parità di condizioni tra i partecipanti alle gare pubbliche”*

¹⁹⁰ A. DI MARIO *“Le modifiche dei contratti pubblici prima della loro stipulazione nell'ottica eurounitaria”* *“Urbanistica e appalti”*, numero 2, 1 marzo 2024 pagina 233

l'immodificabilità dell'offerta presentata dall'operatore, che segue la medesima logica di tutelare l'affidamento della stazione appaltante.¹⁹¹

Oggi, il Decreto legislativo 36/2023 regola la modifica dei contratti pubblici tenendo conto dei principi ispiratori del Codice che sono volti a garantire una maggior efficienza dell'azione amministrativa e quindi finalizzati a perseguire il miglior risultato.

In primo luogo, il Codice prevede all'articolo 9 il caso in cui risultino sopravvenute circostanze *straordinarie e imprevedibili*, nonché *straordinarie* alla normale *alea* e tali da *alterare l'equilibrio originario del contratto*, in ragione delle quali la parte svantaggiata è legittimata a chiedere una *rinegoziazione*, sempre nel rispetto del principio di buona fede. Il diritto alla rinegoziazione è stato quindi definitivamente riconosciuto dalla normativa, superando quei dubbi dottrinali che si erano configurati sull'alternativa con la "negoziazione".¹⁹² La norma poi parla al comma 4 di un *favor* che dev'essere perseguito da parte delle stazioni appaltanti rispetto alla previsione delle clausole di rinegoziazione all'interno dei contratti, soprattutto nei casi in cui vi siano particolari esposizioni a sopravvenienze per la durata o per il mercato entro il quale si inserisce l'operazione.¹⁹³ La norma è finalizzata a regolare quelle sopravvenienze che fisiologicamente alterano l'equilibrio contrattuale originario attraverso un *rimedio manutentivo* del contratto che si pone in netta contrapposizione con la regola demolitoria descritta all'articolo 1467 del Codice Civile: recante la disciplina della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta.¹⁹⁴ Stando a quanto enunciato dalla Relazione, la norma viene interpretata in modo restrittivo e l'effetto di tale impostazione si rinviene nella possibilità di ricorrere al mutamento delle condizioni contrattuali laddove vi sia *un rilevante squilibrio tra le prestazioni* oggetto del contratto, che devono valutarsi caso per caso rispetto alle peculiarità del caso concreto.

¹⁹¹ A. E. BASILICO "Modifiche dei contratti pubblici prima della loro stipulazione. Una prospettiva pragmatica" "Urbanistica e appalti" 2022, numero 4, pagina 553

¹⁹² V. Corte di Cassazione "Relazione dell'Ufficio del Massimario e del ruolo della Corte di Cassazione" numero 56 dell'8 luglio 2020 secondo cui "La risposta alla esigenza manutentiva del contratto e di rinegoziazione necessaria del suo contenuto va ritrovata nell'attuale diritto dei contratti, riletto al lume del principio di solidarietà, e rivitalizzato in una ottica costituzionalmente orientata, attraverso la clausola di buona fede che di quel principio è il portato codicistico"

¹⁹³ V. CERULLI IRELLI "Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale negli appalti pubblici", "Contratto e impresa", Commento alla normativa, numero 3, 1 luglio 2024, pagina 586

¹⁹⁴ L. PONZONE "Nuovo Codice dei Contratti Pubblici Ragionato", Neldiritto Editore, 2024 II edizione, Codici Ragionati Maior, pagina 43

Il comma 2 della norma funge da limite alla modifica del contratto da configurarsi solo al ripristino dell'originario equilibrio del contratto, senza che venga alterata la sostanza economica. La giurisprudenza ha ulteriormente specificato i limiti dell'Amministrazione, ammettendo solo quelle modifiche che siano preventivabili nel bando, secondo un principio di buona fede che si traduce nell'obbligo per l'Amministrazione di astenersi da quei comportamenti che possano arrecare un danno a controparte.¹⁹⁵

Il comma 3 riconosce un diritto alla riduzione del prezzo, laddove sussistano le circostanze di cui al comma 1 e rendano inutile o inutilizzabile la prestazione per una delle parti.

Infine, il comma 4 è una norma che indirizza il contenuto dei contratti pubblici, attribuendo alle stazioni appaltanti il compito di favorire l'inserimento di clausole di rinegoziazione, dandone apposita pubblicità nel bando di gara, soprattutto in casi in cui si configuri una maggior alea contrattuale. Su tale principio residuano dubbi in ordine alla discrezione nella rinegoziazione della stazione appaltante oppure no. Se si ammettesse un vero e proprio obbligo per la stazione appaltante senza margini di discrezionalità, la tutela per il privato consisterebbe nell'ottenere una sentenza costitutiva volta a ricondurre il contratto nell'alea originaria ex articolo 2932 Codice civile. La giurisprudenza amministrativa qualifica la tutela dell'operatore secondo un duplice schema: rispetto all'*an* ritiene che si configuri un interesse legittimo; mentre il *quantum* viene considerato come un diritto soggettivo.¹⁹⁶

L'articolo 120 comma 8 del Codice, espressamente dedicato alla rinegoziazione afferma che *“Il contratto è sempre modificabile ai sensi dell'articolo 9 e nel rispetto delle clausole di rinegoziazione contenute nel contratto. Nel caso in cui queste non siano previste, la richiesta di rinegoziazione va avanzata senza ritardo e non giustifica, di per sé, la sospensione dell'esecuzione del contratto. Il RUP provvede a formulare la proposta di un nuovo accordo entro un termine ragionevole, la parte svantaggiata può agire in giudizio per ottenere l'adeguamento del contratto all'equilibrio originario, salva la responsabilità per la violazione dell'obbligo di rinegoziazione”*.

Questo è un caso dove il diritto privato, regolato per lo più dal Codice civile, viene superato dal diritto speciale introdotto in materia di contrattazione nel settore amministrativo, ammettendo la possibilità di ricorrere a delle modifiche contrattuali, a patto che non abbiano

¹⁹⁵ Cass. Civile, Sez. III, sentenza numero 13345 del 7 giugno 2006

¹⁹⁶ Cons. Stato, Sez. IV, sentenza numero 4207 del 6 agosto 2014

carattere sostanziale rispetto alle condizioni originariamente previste dal contratto. In questo senso, si è presa consapevolezza del fatto che l'integrale equilibrio contrattuale perseguito nella contrattazione di diritto privato sia impossibile da assicurare anche nel diritto pubblico, il quale si compone di norme ad hoc che comprimono la discrezionalità dell'Amministrazione, vincolandola a parametri stringenti di tipo sostanziale e procedurale.¹⁹⁷ La norma prevede che anche durante la fase di esecuzione si possano determinare delle modifiche anche in corso di esecuzione per il contratto di appalto (l'articolo 189 prevede la possibilità di modificarle analogicamente per le concessioni), senza che intervenga una nuova procedura di aggiudicazione.

Nonostante siano state aperte le maglie della materia concernente le modifiche dal nuovo contratto, esse sono circoscritte a determinati casi, individuati dal nuovo Codice:

- a. modifiche rispetto a clausole chiare, precise ed inequivocabili dei documenti di gara iniziali
- b. se sopravvengono necessità di lavori, servizi e forniture, nei casi in cui sia impossibile il cambiamento del contraente
- c. varianti necessarie in corso d'opera per circostanze imprevedibili, a patto che con le modifiche struttura del contratto e operazione economica, rimangano inalterate; sempre che l'aumento dei pagamenti non superi il 50% del valore del contratto iniziale
- d. nuovo contraente che sostituisce il precedente, a patto che la sostituzione sia prevista nelle clausole chiare, precise ed inequivocabili
- e. le modifiche non devono essere "sostanziali".

Una novità importante si rinviene anche nella chiarezza designata dal legislatore quando parla di modifiche sostanziali, definite dal comma 8 della norma, che consistono generalmente in situazioni in cui vi siano alterazioni definite considerevoli alla struttura del contratto. Poi la norma prevede espressamente quattro criteri dai quali si possa desumere la sostanzialità della modifica e che fungono quindi da limite per l'ammissione della modificabilità del contratto, esaltando anche su questo tema la premura del legislatore del '23 di regolare con chiarezza i presupposti necessari per la modifica:

¹⁹⁷ Cons. Stato, Sez. III, sentenza numero 5989 del 2023

- 1) introduzione di condizioni che, se fossero state previste all'inizio della procedura, avrebbero potuto ammettere soggetti diversi da coloro che sono stati ritenuti idonei per la partecipazione
- 2) cambiare l'equilibrio economico del contratto in favore dell'aggiudicatario della gara
- 3) la modifica amplia eccessivamente l'ambito di applicazione del contratto
- 4) ci sono delle modifiche soggettive, che incidono sulle parti del contratto, fatta eccezione per i casi richiamati dal comma 1 lettera d).¹⁹⁸

La rigorosa specificità della casistica descritta dalla norma è dovuta alla natura derogatoria delle modifiche apportate al contratto in corso di esecuzione, alla luce del principio generale della rigidità del contenuto contrattuale, che si pone a fondamento della doverosa tutela della par condicio degli operatori partecipanti alle gare. È comunque opportuno segnalare di come il legislatore abbia regolato una materia complessa quale quella della modifica ai contratti pubblici, con una specificazione dei presupposti al ricorrere dei quali è possibile procedere alla rinegoziazione.

Questa impostazione del Codice trae origine dal recepimento di orientamenti della Corte di Giustizia, che ha impostato la questione non tanto sul momento in cui interviene la modifica, che è rilevante solo in parte ai fini della tutela dell'affidamento dell'operatore, quanto sulla natura della modifica: se snaturi o meno l'essenza del contratto precedentemente stipulato.¹⁹⁹

¹⁹⁸ A. DI MARIO *“Le modifiche dei contratti pubblici prima della loro stipulazione nell’ottica eurolunitaria”* *“Urbanistica e appalti”*, numero 2, 1 marzo 2024 pagina 233

¹⁹⁹ Corte di Giustizia UE 7 settembre 2016 C-549/14 che afferma: *“dalla giurisprudenza della Corte risulta che il principio di parità di trattamento e l’obbligo di trasparenza che ne deriva ostano a che, dopo l’aggiudicazione di un appalto pubblico, l’amministrazione aggiudicatrice e l’aggiudicatario apportino alle disposizioni di tale appalto modifiche tali che dette disposizioni presentino caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle dell’appalto iniziale”*.

Capitolo IV

La disciplina antimafia vigente nelle procedure ad evidenza pubblica: novità e profili procedurali

4.1 La classificazione degli strumenti di prevenzione e contrasto al fenomeno mafioso

Nonostante il Codice antimafia abbia organicamente regolato alcune delle misure che portano all'esclusione dalla contrattazione pubblica, il legislatore è intervenuto nel corso degli anni tenendo conto di nuovi interessi che devono essere tutelati nello scenario in esame. Quello principale coincide con la necessità di garantire la continuità dell'attività economica da parte dell'impresa destinataria di un provvedimento interdittivo, in modo tale da tutelare l'interesse comune al perseguimento dell'equilibrio del mercato, che in caso contrario verrebbe leso. Così si accentua il c.d. *processo al res* nell'ottica di trovare un punto di equilibrio tra due interessi:

- non ammettere che soggetti considerati pericolosi si arricchiscano indebitamente
- evitare pericolosi stravolgimenti dell'equilibrio del mercato entro il quale opera l'azienda.²⁰⁰

Gli strumenti che sono stati introdotti per contrastare il fenomeno mafioso nella contrattazione pubblica seguono uno schema piramidale a tre livelli di intensità crescente e proporzionale al livello di profondità dell'infiltrazione, come si è affrontato nel Capitolo 2 paragrafo c), dedicato alla nascita della materia della prevenzione del fenomeno criminale nella realtà economico aziendale.²⁰¹

Gli specifici strumenti impiegati per proteggere l'integrità dell'impresa dal fenomeno dell'infiltrazione sono classificabili secondo uno schema piramidale:

- a. I controlli: in primo luogo si esercitano attraverso il controllo giudiziario, svolto dal Tribunale competente, che può essere disposto d'ufficio oppure a richiesta dell'impresa destinataria dell'interdittiva antimafia (controllo volontario), a seguito di impugnazione del provvedimento interdittivo dinanzi al giudice amministrativo, la cui disciplina si rinviene all'articolo 34-bis del Codice antimafia.

²⁰⁰ G. SPANGHER, "La lunga transizione", *Ilpenalista.it*, 19 marzo 2018

²⁰¹ E. BIRITTERI, "Accertamento dell'infiltrazione criminale nell'ente e controllo giudiziario volontario", *"Giurisprudenza italiana"*, luglio 2023, pagina 1647

La misura di controllo preventivo è invece regolata all'articolo 29 del Decreto numero 90 del 2014 recante “*nuove norme in materia di iscrizione nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativi di infiltrazione mafiosa*”. La norma prevede che i controlli si svolgano attraverso una procedura di comunicazione o informazione, il cui esito viene acquisito dalle stazioni appaltanti, attraverso la consultazione di apposito elenco di operatori che non sono soggetti a tentativi di infiltrazione mafiosa operanti nei medesimi settori.²⁰²L'elenco è situato presso le Prefetture della provincia in cui ha sede il soggetto.

La norma riconosce anche al Prefetto un potere generale e periodico di verifica circa l'insussistenza dell'infiltrazione, procedendo, qualora ravvisi fenomeni di agevolazione criminale da parte dell'impresa, alla cancellazione dell'operatore dall'elenco, attraverso la previsione della misura straordinaria di monitoraggio delle imprese. Questa si dispone laddove si integrino i requisiti descritti dall'articolo 32 D. L. 90/2014, che legittimano il controllo anche nei casi in cui l'autorità giudiziaria proceda per delitti contro la pubblica amministrazione o si ravvisino situazioni anomale riguardanti imprese aggiudicatarie dell'appalto.

Altre forme di controllo vengono effettuate da diversi soggetti e organismi indipendenti, i quali, una volta raccolte le informazioni, devono segnalare e trasmettere all'ANAC il contenuto delle stesse. L'ANAC procede a sua volta informando il Procuratore della Repubblica competente, il quale, nel momento in cui riceve *notizie e segnalazioni di illeciti*, potrà proporre l'adozione di una serie di misure più invasive al Prefetto competente in base al luogo in cui è situata la stazione appaltante.²⁰³

- b. Nel mezzo vi sono gli strumenti di amministrazione pubblica degli enti, ossia misure che portano alla rimozione temporanea del management, come l'amministrazione giudiziaria regolata all'art 34 del Codice antimafia disposta dal tribunale di prevenzione.²⁰⁴ A fronte della disposizione di tale misura, l'organo giudiziario procede con la nomina di amministratori ai quali viene affidato il compito di predisporre una serie di

²⁰² D. L. numero 90 del 24 giugno 2014, articolo 29 comma 1

²⁰³ D. L. numero 90 24/06/2014 articolo 19 comma 5 lettera a)

²⁰⁴ Per approfondimento vedi E. BIRITTERI “*I nuovi strumenti di bonifica aziendale nel Codice Antimafia: amministrazione e controllo giudiziario delle aziende*” *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'economia*”, numero 3 e 4, pagina 837

provvedimenti, in primo luogo, volti a prevenire fenomeni di infiltrazione e soprattutto finalizzati ad abolire ogni residuo di illiceità presente nell'impresa. L'insieme dei poteri così configurati viene riconosciuto sia al Tribunale di prevenzione competente territorialmente, sia al Prefetto, che esercita il potere di nominare direttamente gli amministratori che sono tenuti assicurare l'esecuzione e il completamento dell'appalto, come previsto dall'articolo 32 recante i presupposti e le modalità del potere prefettizio. I controlli e gli strumenti di amministrazione degli enti rispondono principalmente alla funzione terapeutica ormai consolidata per le misure di prevenzione, prefiggendosi l'obiettivo di portare l'impresa ad un livello di legalità ed estraneità al fenomeno criminale, non interrompendo l'operatività dell'attività imprenditoriale e facendo conservare l'autonomia della stessa. Ciò che sono volti ad eliminare è la presenza di soggetti pericolosi, che inquinano la legalità dell'impresa e che introducono nel circolo dell'economia nazionale fondi illegali.

- c. Gli interventi più invasivi operano nelle ipotesi in cui sia ritenuto impossibile il recupero dell'impresa. Qui la legislazione antimafia dispone delle misure estremamente invadenti per il patrimonio, verso le quali si può ricorrere come *extrema ratio*, ovvero al verificarsi di circostanze dalle quali risulta impossibile qualsiasi tentativo di cura dell'impresa. Al Tribunale di prevenzione viene riconosciuta la possibilità di adottare il sequestro o la confisca di prevenzione, regolati agli articoli 20 e 24 del D. Lgs. 159/2011.²⁰⁵ Al Prefetto viene invece riservata la possibilità di adottare le interdittive antimafia o la prevenzione collaborativa in conformità della logica del "*Self cleanig*" e di un'instaurazione di una collaborazione con l'impresa.

Un ruolo fondamentale nella materia è stato assolto dalla legge 161 del 2017 che ha riformato il Codice antimafia intervenendo su diversi istituti, tra cui le misure di prevenzione personali e patrimoniali. L'art 34 co 8 del Codice antimafia, antecedente alla riforma del 17', ammetteva il ricorso all'adozione del controllo giudiziario solo in caso di revoca dell'amministrazione dell'impresa. Oggi il comma 6 dell'articolo 34-bis regola il controllo "volontario" del soggetto destinatario di un'interdittiva prefettizia, disposta secondo le modalità dell'articolo 84 del Codice. Al termine del controllo e in caso di accoglimento della

²⁰⁵ F. MAZZACUVA, "I percorsi di riallineamento costituzionale della confisca di prevenzione nella recente riflessione dottrinale" "Sistema Penale", 3 maggio 2023

richiesta dell'impresa consegue la sospensione dell'effetto interdittivo, con possibilità per l'impresa di tornare ad operare nel mercato e di conseguenza di partecipare agli appalti.²⁰⁶

I profili maggiormente innovativi del controllo giudiziario volontario previsto dal comma 6 si sostanziano nella possibilità di avanzare una richiesta da parte dell'impresa impugnante il provvedimento interdittivo e al termine del procedimento di richiedere la nomina di un amministratore giudiziario al Tribunale, il quale, sentiti il procuratore distrettuale competente e gli altri soggetti interessati, deciderà se disporre la misura di prevenzione richiesta con provvedimento adottato in Camera di Consiglio ai sensi dell'articolo 127 c.p.p.²⁰⁷

La riforma del 2017 al Codice antimafia ha introdotto delle novità rilevanti rispetto alle misure di prevenzione personali, patrimoniali e di amministrazione del patrimonio dell'impresa, cercando di abbandonare qualsiasi logica afflittiva dei provvedimenti e perseguendo una tutela dell'equilibrio del mercato.²⁰⁸

4.2 I controlli

i) Il controllo come misura di prevenzione

Alla base della citata piramide risiedono forme di monitoraggio dell'impresa, disposte laddove si accerti un'agevolazione sporadica dell'organizzazione criminale verso l'attività. Sono strumenti volti ad escludere un intervento attivo delle autorità nella gestione dell'impresa e infatti consistono in oneri comunicativi, sporadicamente organizzativi, che prevedono la figura di un tutore che assicuri l'esercizio di tali attività, nominato dall'Autorità giudiziaria.²⁰⁹ Una delle principali forme di monitoraggio dell'impresa si rinviene nell'istituto del controllo giudiziario, una misura che se da una parte è finalizzata a tutelare

²⁰⁶ M. MAZZAMUTO, "Il salvataggio delle imprese tra controllo giudiziario volontario, interdittive prefettizie e giustizia amministrativa", "Sistema penale", 3 marzo 2020, pagina 5 ss.; G. AMARELLI, "Interdittive antimafia e controllo giudiziario volontario: la Cassazione delinea un nuovo ruolo per le Prefetture?", "Sistema penale online", 10 aprile 2020; A. MAUGERI, "La riforma delle misure di prevenzione patrimoniali ad opera della l. 161/2017 tra istanze efficientistiche e tentativi incompiuti di giurisdizionalizzazione del procedimento di prevenzione", "Archivio Penale", 2018, pagina 368 ss.

²⁰⁷ F. BARTOLINI, "Un chiarimento sul nuovo rapporto tra interdittive antimafia e controllo giudiziario volontario", "Diritto penale e processo", n. 11, 1 novembre 2020, "Note a sentenza" pagina 1465

²⁰⁸ C. FORTE, "Il nuovo codice antimafia e la tutela dei terzi", "Rivista di diritto penale contemporaneo", numero 11, 2017, pagina 123

²⁰⁹ A. M. MAUGERI, "La riforma delle misure di prevenzione e patrimoniali ad opera della l. 161/2017 tra istanze efficientistiche e tentativi incompiuti di giurisdizionalizzazione del procedimento di prevenzione", "Archivio penale", 29 marzo 2018, pagina 376

la sicurezza pubblica, dall'altra garantisce all'impresa il diritto di libertà economica, in casi dove si presume che vi sia il rischio di un pericolo concreto di infiltrazione mafiosa;²¹⁰ tra gli strumenti di prevenzione è quello meno invasivo e volto principalmente al perseguimento della continuità dell'attività della società.

Il Tribunale di prevenzione è l'autorità competente a disporre la misura, la cui normativa è delineata all'articolo 34-bis del Codice antimafia²¹¹ La disciplina dell'istituto è stata radicalmente modificata dalla riforma apportata con la Legge 161 del 2017, che ne ha modificato i principali presupposti applicativi. Inoltre, la riforma, in un'ottica di maggiore flessibilità e gradualità dell'intervento dell'Amministrazione rispetto alla prevenzione del fenomeno mafioso, ha introdotto una norma ad hoc per regolare l'istituto del controllo giudiziario all'articolo 34-bis del Codice. Il vecchio articolo 34 comma 8, che regolava la misura prima della riforma del 2017, limitava l'adozione del controllo giudiziario ai casi di revoca dell'amministrazione giudiziaria, che fungeva quindi da presupposto necessario ai fini della disposizione della misura. La procedura stabiliva che entro 15 giorni dalla scadenza del provvedimento con cui veniva disposta l'amministrazione giudiziaria il Tribunale avrebbe potuto perseguire le seguenti alternative: rinnovare il provvedimento, revocare la misura, predisporre la confisca dei beni al sussistere di determinati presupposti o disporre la misura del controllo giudiziario.

Per quanto riguarda la disciplina attuale, la nuova forma di controllo giudiziario volontario viene disposta laddove l'impresa ne faccia richiesta. La legittimazione ad avanzare tale richiesta sorge nel momento in cui l'impresa sia destinataria di informazione antimafia, ex articolo 84 comma 4 del Codice antimafia, avverso cui si sia proposta impugnazione.

Nel momento in cui il Tribunale di prevenzione valuta se disporre la misura, dovrà verificare due parametri a) che sussista concretamente il pericolo di un'infiltrazione criminale b) che il coinvolgimento criminale sia superabile mediante un percorso di *self cleaning*, volto a

²¹⁰ M. ROMANO "Il controllo giudiziario: tra esigenze di tutela dell'ordine pubblico e diritto d'impresa" "Diritto Penale e Processo" numero 9, 1 settembre 2023, pagina 1223

²¹¹ E. BIRITTERI "Accertamento dell'infiltrazione criminale nell'ente e controllo giudiziario volontario", "Giurisprudenza italiana", luglio 2023, pagina 1647

stradicare l'infezione criminale attraverso la collaborazione con la giustizia²¹², svolgendo una prognosi circa la possibilità di attuare una bonifica dell'impresa.²¹³

Dal punto di vista temporale, la norma prevede che il controllo sia adottato per un periodo non inferiore ad un anno e non superiore a tre anni, inoltre vengono specificate le modalità concrete attraverso cui si declina l'attività di controllo:

- 1) Imporre l'obbligo di comunicazione al questore o al nucleo di polizia per atti di disposizione patrimoniali e transazioni non inferiori a 7.000 euro entro 10 giorni dalla decisione o comunque non oltre il 31 dicembre di ogni anno.
- 2) Nominare un amministratore giudiziario che riferisca almeno ogni due mesi gli esiti dell'attività di controllo sia al giudice che ha disposto la misura sia al pubblico ministero.

Il Prefetto, in qualità di altro soggetto legittimato a disporre misure di natura analoga, può adottare da una parte la misura straordinaria di *monitoraggio delle imprese*, qualora sussistano i requisiti di cui all'articolo 32 del D. L. numero 90 del 2014 (reati contro la PA o situazioni di anomalia o di condotte illecite)²¹⁴; dall'altra l'istituto della *prevenzione collaborativa*, che presenta i medesimi presupposti applicativi di cui all'articolo 34-bis del Codice antimafia, a seguito della riforma intervenuta con la legge numero 233 del 2021, in attuazione del PNRR. La principale novità apportata rispetto alla disciplina previgente consiste nell'obbligo per il Prefetto di instaurare un contraddittorio con l'operatore, nel momento in cui ravvisi la sussistenza dei presupposti idonei a configurare un provvedimento interdittivo.

Al termine del contraddittorio l'autorità prefettizia potrà prediligere l'adozione di un provvedimento interdittivo, oppure alternativamente ammettere una collaborazione con l'operatore, che sarà tenuto agli obblighi informativi di cui all'articolo 34-bis, mantenendo comunque la possibilità di proseguire con l'esercizio della propria attività imprenditoriale.

²¹² M. ROMANO "Il controllo giudiziario: tra esigenze di tutela dell'ordine pubblico e diritto d'impresa" "Diritto Penale e Processo" numero 9, 1 settembre 2023 pagina 1223

²¹³ A. MERLO "Ancora controversi i rapporti fra controllo giudiziario "volontario" e interdittivo", "Giurisprudenza Italiana", "Codice antimafia-controllo giudiziario", dicembre 2023, pagina 2724

²¹⁴ Il DPR 90 del 2014 reca la disciplina su "misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari", l'articolo 32 "Misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito"

È opportuno svolgere un'analisi del rapporto che intercorre tra il controllo giudiziario disposto ad iniziativa della parte pubblica e quello richiesto volontariamente dall'impresa destinataria di interdittiva.

I dubbi oscillano tra due differenti visioni: da una parte si ritengono come misure antagoniste nel senso che la richiesta di avvalimento del controllo giudiziario volontario da parte dell'impresa pregiudica la possibile disposizione del controllo ex lege, dall'altra si considerano in un rapporto di simmetria, ovvero che si distinguono in quanto meramente adottate da soggetti differenti e l'applicazione di uno non pregiudica quella dell'altro. L'orientamento prevalente nelle pronunce tende a configurarli in un rapporto di simmetria, che permette di distinguere i due strumenti sulla base esclusivamente del soggetto che agisce ai fini dell'adozione del provvedimento. Nonostante la prevalente impostazione, residuano degli orientamenti volti a ritenere che le due misure non possano essere considerate equivalenti, dal momento in cui *“una lettura ancillare del sesto comma dell'art. 34 bis rispetto alla previsione del primo comma modificherebbe la ratio dell'istituto, restringendone la portata e riconducendolo ad un modello non conforme allo spirito della norma”*²¹⁵.

Altra giurisprudenza favorevole all'alternatività delle misure, nella ricostruzione dei loro presupposti ritiene che lo stato di agevolazione anche non occasionale non pregiudichi la legittimazione dell'impresa a richiedere l'adozione del controllo giudiziario, né tantomeno potrebbe pregiudicare la disposizione della misura nel momento in cui avviene la valutazione da parte del Tribunale; adottando uno schema interpretativo nettamente più coerente con la finalità dell'istituto che consiste nell'assicurare la continuità dell'attività d'impresa.

Un'ulteriore argomentazione riconosce autonomia alle due forme di controllo, richiamando la previsione di cui all'articolo 94-bis del Codice antimafia che prevede che nei casi in cui vi sia un'agevolazione di tipo occasionale il Prefetto dovrebbe evitare di disporre la misura

²¹⁵ Cass. Penale, sentenza numero 9122 del 5 marzo 2021 che aggiunge *“In materia di misure di prevenzione, quando sia formulata richiesta di controllo giudiziario ex art. 34-bis, comma 1, del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 su iniziativa della parte pubblica, la valutazione del prerequisito del pericolo concreto di infiltrazioni mafiose, idonee a condizionare le attività economiche e le aziende, è riservata in via esclusiva al giudice della prevenzione, in funzione di un controllo c.d. prescrittivo, mentre nel caso di istanza della parte privata, ai sensi del comma 6 del medesimo articolo, tale valutazione deve tener conto dell'accertamento di quello stesso prerequisito effettuato dall'organo amministrativo con l'informazione antimafia interdittiva, che rappresenta, pertanto, il substrato della decisione del giudice ordinario al fine di garantire il contemperamento fra i diritti costituzionalmente garantiti della tutela dell'ordine pubblico e della libertà di iniziativa economica attraverso l'esercizio dell'impresa”*.

interdittiva, ricorrendovi come *extrema ratio*.²¹⁶ Tuttavia, tale argomentazione omette che qualora l'adozione dell'interdittiva fosse circoscritta solo ai casi in cui non vi è occasionalità dell'infiltrazione, di fatto, il controllo volontario non troverebbe alcun margine di applicazione; inoltre verrebbe annullata totalmente la funzione propria della misura.

Si potrebbe comunque affermare che prevalgono le teorie che riconoscono l'autonomia ai due tipi di controllo, proprio perché in caso contrario si andrebbe di fatto a snaturare ed annientare la natura del controllo volontario e soprattutto in quanto la valutazione dell'autorità giudiziaria a fronte della richiesta del privato deve tenere conto del provvedimento interdittivo emesso dal Prefetto, elemento assente nel controllo disposto *ex lege*.

Per concludere, è evidente di come il legislatore abbia riposto soprattutto nell'istituto del controllo volontario la funzione di prevenire e combattere i fenomeni di infiltrazione criminale attraverso una collaborazione che può partire dall'impresa, avvalendosi di un sistema che responsabilizza sempre di più le attività imprenditoriali, ispirandosi al principio di gradualità, vigente per tutte le misure di prevenzione.

ii) **La white list**

La disciplina della “white list” è finalizzata a regolare l'acquisizione di informazioni e dati relativi ad attività imprenditoriali, tramite la consultazione di Banche Dati Nazionali, che permettono alla Pubblica Amministrazione di certificare l'assenza di un rapporto con la criminalità organizzata e di conseguenza l'esercizio legittimo dell'attività. Ad oggi, la consultazione degli elenchi da parte della PA è obbligatoria nei casi in cui essa intenda intrattenere dei rapporti contrattuali con gli operatori economici in determinati ambiti suscettibili di infiltrazione criminale.²¹⁷ Non sempre è stato così, la normativa precedente basava la struttura del sistema della white list sull'efficienza dei controlli antimafia verso gli operatori e prevedeva che fosse semplicemente una facoltà delle Pubbliche Amministrazioni la consultazione degli elenchi.

L'ANAC stessa ha affermato che *“dalla speciale previsione secondo cui la sola presentazione della domanda di iscrizione può essere ritenuta idonea condizione per*

²¹⁶ A. MERLO *“Ancora controversi i rapporti fra controllo giudiziario “volontario” e interdittivo”*, *“Giurisprudenza Italiana”*, “Codice antimafia-controllo giudiziario”, dicembre 2023, pagina 2727

²¹⁷ D. MINELLI *“White List e interdittive antimafia” “Urbanistica e appalti”* numero 5 del 2019, pagina 680

l'affidamento del contratto (salvo il recesso della stazione appaltante in caso di sopravvenuto diniego, ex art 94 commi 2 e 3, del citato decreto legislativo n.159 del 2011) se ne può ricavare, in via interpretativa, la sussistenza di una regola generale che attribuisce all'iscrizione delle imprese nei medesimi elenchi la natura di condizione necessaria per ottenere l'affidamento di contratti nei settori di cui al comma 53 dell'art. 1 della legge anticorruzione (ciò che rende l'iscrizione, di fatto, obbligatoria)".²¹⁸È stato il D.P.C.M 24 novembre 2016 che ha introdotto l'obbligo per l'amministrazione dell'iscrizione nelle "white list" in ordine alla stipula, approvazione o autorizzazione di contratti e subcontratti concernenti lavori, servizi e forniture pubbliche.

Il principale riferimento normativo è l'articolo 1 comma 52 della legge n. 190/2012, che ha sancito l'obbligo per le amministrazioni che intrattiene o è intenzionata ad intrattenere rapporti con le attività imprenditoriali indicate al comma 53, a consultare l'apposito elenco di fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti ad infiltrazione mafiosa. Tale elenco è situato presso ogni prefettura, che è organo legittimato a svolgere i controlli verso tali realtà imprenditoriali, secondo modalità coincidenti a quelle previste per il rilascio dell'interdittiva antimafia. Nel caso in cui dal controllo si ravvisino irregolarità e la prefettura dispone la cancellazione dell'impresa dall'elenco; in caso di esito positivo si prevede l'iscrizione nella lista.²¹⁹

Oggi la disciplina della white list si ritrova prevalentemente all'interno del D.P.C.M 18 aprile 2013, modificato dal D.P.C.M 24 novembre 2016, che da attuazione all'articolo 1 comma 56 della legge numero 190 del 2012.

Le disposizioni che regolano la materia della "white list" formano un *unicum* con la disciplina antimafia²²⁰ e a dimostrazione di ciò l'articolo 1 comma 52-bis della medesima legge (introdotto dalla legge 114 del 2014) afferma che l'iscrizione in tale lista avvenga a seguito di comunicazione o informazione antimafia liberatoria.

Il comma 53 dell'articolo 1 della legge numero 190 del 2012 indica l'ambito di applicazione oggettivo della disciplina in questione e vi rientrano le attività di trasporto rifiuti, estrazione di terra o materiali, forniture da materie, noleggi, guardiania di cantieri. Questi sono tutti settori che si considerano particolarmente esposti al rischio di infiltrazioni criminali e per i

²¹⁸ ANAC atto di segnalazione numero 1 del 21 gennaio 2015, in www.anticorruzione.it

²¹⁹ Legge 190 del 6 novembre 2012 articolo 1 comma 52

²²⁰ Cons. Stato, Sez. III, sentenza numero 492 del 24 gennaio 2018, in www.giustizia-amministrativa.it

quali il legislatore pretende una maggiore trasparenza nei rapporti tra operatori e Amministrazione. Ai sensi dell'articolo 2 del D.P.C.M del 2013 è ammessa l'iscrizione alla white list, laddove non sussista alcuna causa di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67 del Codice antimafia, né che vi siano tentativi di infiltrazione mafiosa che minino all'autonomia decisionale dell'impresa, secondo la lettera dell'articolo 84 del Codice. Anche l'articolo 7 del D.P.C.M 28 aprile 2013 contempla la necessaria coordinazione delle "white list" con la documentazione antimafia, in ordine alla specifica attività per cui è richiesta l'iscrizione.²²¹

Alcuni problemi sorgono con riferimento al tema introdotto nel capitolo precedente rispetto alla partecipazione del procedimento dell'operatore dinanzi al diniego dell'istanza di accesso. Ci sono casi in cui le prefetture hanno negato l'accesso agli atti che sono posti a fondamento del diniego all'iscrizione nella lista, con la giustificazione di preservare l'interesse pubblico alla sicurezza e al fine di garantire un'efficace repressione del fenomeno criminale²²²; in altri casi invece la giurisprudenza ha ritenuto non rilevante l'accesso agli atti al fine di decidere rispetto al diniego dell'iscrizione.²²³ Sulla partecipazione al procedimento sono gli articoli 4 e 5 comma 3 del D.P.C.M. del 2013 a stabilire che in caso di cancellazione dall'elenco di un operatore, la prefettura sia tenuta a dare le indicazioni al soggetto di cui all'articolo 10-bis della Legge 241 del 1990, ovvero il responsabile del procedimento o l'autorità competente. In questi casi non viene garantita sempre la comunicazione di avvio del procedimento, come configurato all'articolo 7 della legge 241 del 1990 e di conseguenza viene sacrificato con più o meno gradualità il contraddittorio procedimentale.²²⁴

La giurisprudenza ha anche designato i confini dello standard probatorio necessario al fine di negare l'iscrizione nella lista degli operatori. Per negare l'iscrizione nella "white list", esattamente come viene stabilito per le interdittive antimafia, è sancita la regola "del più

²²¹ D. MINELLI "White List e interdittive antimafia" "Urbanistica e appalti" numero 5 del 2019, pagina 682

²²² Consiglio di Stato, Sez. III, 28 ottobre 2016, numero 4555, in www.giustizia-amministrativa.it

²²³ Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza numero 2211 del 3 aprile 2019

²²⁴ Così si è pronunciato il Consiglio di Stato, Sez. III, 9 febbraio 2017, numero 565 sul tema: "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 un'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, vero e più profondo fondamento del moderno diritto amministrativo."

probabile che non”, con la conseguenza che non devono sussistere vere e proprie prove acquisite sull’infiltrazione, bensì *meri indizi*.²²⁵

I meri indizi possono emergere a seguito di attività di controllo svolte da parte delle autorità competenti, che compiono le indagini anche rispetto alle frequentazioni e ai rapporti di parentela dell’operatore.

Il pericolo di infiltrazione mafiosa dev’essere comunque valutato attraverso l’adozione di un ragionamento induttivo mediante il quale a partire da una serie di indizi gravi, precisi e concordanti valutati non singolarmente, bensì complessivamente, si ritenga che sia “*più probabile che non*” la sussistenza di un’infiltrazione, anticipando la soglia di tutela per fatti che sono anche meramente potenziali rispetto al fenomeno in questione e rilevando ai fini di un esito negativo dei controlli il semplice pericolo della sussistenza dello stesso.

Anche in questo caso, viene attribuita un’ampia discrezione al Prefetto circa l’iscrizione o meno nella white list, che comporta l’utilizzo di strumenti di accertamento c.d. *atipici*, cioè costituiti sulla base di verifiche e accertamenti non necessariamente predefiniti e che si conformano alle modalità illegali a loro volta “atipiche” delle mafie.²²⁶ Il confine che le autorità competenti non possono superare nelle loro valutazioni consiste in un “*fatto inesistente od obbiettivamente non sintomatico*”, che renderebbe “*illogico il giudizio prognostico negativo, latamente discrezionale*”, senza che venga basato su prove strettamente fattuali.²²⁷

Altro tema di particolare rilevanza nella materia concerne la motivazione del provvedimento conseguente alla mancata iscrizione decisa dal Prefetto, il quale gode anche in questo caso di ampia discrezionalità. La questione è particolarmente delicata nei casi in cui come presupposto del diniego non vi siano elementi oggettivi quali condanne penali verso l’operatore interessato, ma fenomeni di infiltrazioni, legati ad esempio a rapporti di parentela o di amicizia tra l’operatore e soggetti condannati per alcuni reati contro la Pubblica Amministrazione o di mafia. Ci sono casi in cui il diniego rispetto all’iscrizione nella white list sia fondato su frequentazioni dell’operatore con persone destinatarie di condanne in sede penale per i reati sopra citati, seppur risalenti nel tempo. Il rischio che si incorre attraverso questa impostazione è quello di dar vita ad un sistema di prevenzione basato sulla “logica del

²²⁵ Consiglio di Stato, Sez. III, 30 gennaio 2019, numero 758, in www.giustizia-amministrativa.it

²²⁶ D. MINELLI “*White List e interdittive antimafia*” “*Urbanistica e appalti*” numero 5 del 2019, pagina 682

²²⁷ Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza numero 2211 del 3 aprile 2019

sospetto”, già richiamata durante la vigenza della Legge Merloni, che difficilmente si rende compatibile con le garanzie riconosciute dalla Costituzione sia all’articolo 27, con riguardo al principio di non colpevolezza, sia all’articolo 41 che tutela la libertà di impresa. La dottrina eccepisce che bisognerebbe chiedersi se i rapporti tra l’operatore ed esponenti della malavita comportino effettivamente un subordine dell’impresa alla volontà di organizzazioni criminali. La giurisprudenza amministrativa ha affermato che l’Amministrazione sia legittimata a dare rilievo ai rapporti di parentela²²⁸, a patto che venga sempre rispettato lo standard del “*più probabile che non*”, con la conseguenza che il solo legame parentale non sarebbe *ex se* sufficiente a legittimare la cancellazione dalla white list, né tantomeno un provvedimento interdittivo. In particolare, si è ravvisato che nel contesto familiare è facile che si annidi “*un’influenza reciproca*”, alla quale potrebbe conseguire solidarietà e copertura tra i membri.²²⁹ Ciò rileva anche in considerazione del fatto che l’organizzazione mafiosa si articola sul nucleo familiare determinando una maggiore probabilità di un’influenza reciproca all’interno della medesima.

Il provvedimento di diniego all’iscrizione nella “white list” è impugnabile dinanzi al giudice amministrativo, che avrà competenza a sindacare in ordine ai profili di logicità della motivazione resa da parte dell’autorità prefettizia e quindi esclusivamente rispetto ai profili di legittimità del diniego di iscrizione, senza una valutazione di merito. Ciò che il giudice amministrativo potrebbe contestare rispetto alla motivazione è l’eccesso di motivazione, come configurato all’articolo 21-octies della Legge 241 del 1990, ad esempio in ipotesi in cui ciò che viene accertato non è pertinente agli interessi perseguiti dall’Amministrazione, o in alternativa si contemplano nel provvedimento di diniego ipotesi di *travisamento di fatti*.²³⁰ La legittimità di tali provvedimenti e controlli, anche se disposti su meri “contatti” e “frequentazioni” può ritenersi conforme alla logica di prevenire l’infiltrazione e l’accrescimento del potere della criminalità organizzata in ambito economico, anche sulla base di meri indizi, a patto che, come sottolinea la giurisprudenza, siano tali da poter

²²⁸ Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza numero 1349 del 26 febbraio 2019; Consiglio di Stato sentenza numero 820 del 7 febbraio 2018, www.giustizia-amministrativa.it

²²⁹ Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza numero 2211 del 3 aprile 2019

²³⁰ P. VIRGA, “*Il provvedimento amministrativo*”, Milano, Giuffrè Editore, 1972, pagina 414 ss.; F. CARINGELLA “*Manuale di diritto amministrativo*”, Roma, Dike Giuridica, 2017 pagina 1518

ragionevolmente ritenere la sussistenza di un rapporto tra imprenditoria e criminalità organizzata e non fondarsi su mere presunzioni.²³¹

4.3 L'amministrazione giudiziaria: la disciplina

La riforma del 2017 al Codice antimafia ha introdotto delle importanti novità rispetto alle misure di prevenzione personali, patrimoniali e di amministrazione del patrimonio dell'impresa, considerando in particolare la tutela degli interessi dei terzi²³². Il fine principale della riforma del 2017 è stato quello di confermare la concezione già parzialmente consolidatasi nel 2011 sulle misure di prevenzione, considerandole come degli strumenti che non assolvono una funzione punitiva, bensì terapeutica, così da assicurare l'equilibrio del mercato entro il quale agisce l'operatore. L'origine storica dell'istituto viene fatta risalire agli articoli 3-quater e 3-quinquies della legge 575 del 1965, che regolavano la sospensione temporanea dell'amministrazione dei beni, il cui contenuto essenziale coincideva con quello delineato oggi, fatto salvo per i soggetti legittimati a richiedere la disposizione di suddetta misura.

La riforma è intervenuta modificando l'istituto dell'amministrazione giudiziaria dei beni personali, l'amministrazione giudiziaria dei beni connessi all'azienda e introducendo l'articolo 34-bis recante la nuova disciplina del controllo giudiziario, di cui si è già affrontato il contenuto.

Secondo la lettera dell'articolo 34 comma 1 del Codice antimafia, l'amministrazione giudiziaria si dispone:

- a. nei casi in cui al termine degli accertamenti, di cui all'articolo 19 o 92 del Codice antimafia, sussistano sufficienti indizi per ritenere che il libero esercizio di un'attività imprenditoriale sia sottoposto ad infiltrazioni o a condizioni di intimidazione descritte dall'articolo 416-bis del Codice penale
- b. attività di cui i titolari sono soggetti destinatari di misure di prevenzione personali e patrimoniali regolate dal Codice antimafia

²³¹ D. MINELLI *"White List e interdittive antimafia"* *"Urbanistica e appalti"* numero 5 del 2019, pagina 682

²³² C. FORTE, *"Il nuovo codice antimafia e la tutela dei terzi"*, *"Rivista di diritto penale contemporaneo"*, numero 11, 2017, pagina 123

c. presenza di soggetti che ricoprono ruoli rilevanti nella struttura societaria e che risultino sottoposti a procedimento penale per i reati tassativamente previsti all'articolo 34 del D. Lgs. 159 del 2011, per la maggior parte riconducibili all'ambito mafioso.²³³

La natura e i presupposti riconosciuti all'amministrazione giudiziaria sono piena espressione del principio di autonomizzazione delle misure di prevenzione patrimoniali rispetto a quelle personali e sono finalizzati ad incidere direttamente sulla gestione di asset connessi a realtà illegali.

Secondo parte della dottrina tali provvedimenti rientrano nella categoria delle c.d. *actio in rem*, ossia forme di tutela pubblica finalizzate ad evitare che beni patrimoniali di provenienza illecita circolino nell'economia, alterandone l'equilibrio.²³⁴

Il comma 1 dell'articolo 34 del Codice antimafia indica che l'amministrazione giudiziaria si disponga laddove non si possano applicare altre misure quali la confisca e il sequestro, anch'esse regolate dal titolo II, Capo I, del D. Lgs. 159 del 2011.²³⁵ Alla luce di ciò, si deduce la natura residuale della misura rispetto a quelle più invasive sopra citate.²³⁶

Per disporre l'amministrazione giudiziaria è prevista una procedura, regolata dal Codice antimafia, che presuppone in primo luogo una richiesta presso il Tribunale competente. L'articolo 17 comma 1 del Codice individua i soggetti legittimati ad esercitare tale richiesta, che possono essere il procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto ove dimora la persona, il Procuratore Nazionale antimafia e antiterrorismo, il questore o il direttore della Direzione investigativa antimafia. Questi soggetti per intraprendere l'iter necessario alla disposizione della misura devono valutare gli indizi circa lo stato di subordinazione dell'impresa alla criminalità organizzata e la sussistenza di un'agevolazione da parte dell'impresa verso il tessuto criminale a seguito di:

²³³ V. MOLINARI, "Misure di prevenzione", in Enc. Dir., 1998, Milano, Giuffrè Editore, pagina 590 ss.

²³⁴ F. MENDITTO, "Le misure di prevenzione patrimoniali: profili generali", Giur. It., 2015, numero 6, pagina 1532; S. FINOCCHIARO "La confisca "civile" dei proventi da reato", Milano, 2018, in Criminal Justice Network; V. MAIELLO, "La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi", G. Giappichelli Editore Torino 2015, pagina 383 ss.

²³⁵ E. MAZZETTI, L. DONATI, E. BIRITTERI, "La legislazione antimafia", "Le riforme del diritto italiano", "I nuovi strumenti di bonifica aziendale nel Codice antimafia: amministrazione e controllo giudiziario nelle aziende", Zanichelli 2020, pagina 837

²³⁶ G. CHIARAVIGLIO "La misura di prevenzione dell'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche; due pronunce del Tribunale di Milano", "Rivista dei dottori commercialisti", numero 1, 2017, pagina 137

- 1) accertamenti ordinari svolti a seguito delle indagini patrimoniali citate all'articolo 19 del Codice antimafia disposte dai Pubblici ministeri competenti, dal Procuratore nazionale antimafia, dal questore o dal direttore della Direzione investigativa antimafia anche a mezzo della guardia di finanza o della polizia giudiziaria,
- 2) accertamenti svolti da parte del Prefetto ai sensi dell'articolo 92 del Codice,
- 3) accertamenti condotti da parte dell'ANAC.²³⁷

Prima della riforma del 2017 il procedimento volto ad attivare l'amministrazione giudiziaria dei beni era strutturato in modo diverso. La disciplina previgente prevedeva che i soggetti legittimati a richiedere l'attivazione della procedura per la disposizione della misura potessero richiedere al Tribunale esclusivamente un procedimento finalizzato a predisporre in primo luogo ulteriori indagini verso le imprese di dubbia appartenenza al sistema criminale e in ragione di ciò al termine della prima fase si imponessero obblighi informativi rispetto ai beni sui quali vi fossero incertezze della loro provenienza.²³⁸ Terminata questa attività, il Tribunale disponeva la misura dell'amministrazione giudiziaria solo in caso di riscontrata sussistenza di elementi tali da far ritenere che l'impresa operasse in modo da agevolare i tessuti economici della criminalità organizzata. Il quadro probatorio su cui si fondava la prima richiesta al Tribunale era naturalmente meno completo rispetto a quello accertato successivamente per decidere in merito alla disposizione della misura.²³⁹

Oggi la materia è regolata in modo diverso da almeno due differenti punti di vista:

- 1) il procedimento è incentrato sulla possibilità, per i soggetti legittimati, di chiedere direttamente l'applicazione della misura dell'amministrazione dei beni in presenza di sufficienti indizi di agevolazione, senza la necessità di passare dal Tribunale per disporre ulteriori indagini o per giustificare l'eventuale incongruità tra reddito e beni di proprietà dell'operatore.
- 2) La procedura come descritta dalla normativa vigente presuppone quindi che siano sufficienti gli indizi, che prima del 2017 avrebbero portato l'autorità a adottare ulteriori

²³⁷ F. MENDITTO, *“Le misure di prevenzione e la confisca allargata”*, Giuffrè, Milano, 2017, capitolo 8 paragrafo 2, pagina 64

²³⁸ E. MAZZETTI, L. DONATI, E. BIRITTERI, *“La legislazione antimafia”*, *“Le riforme del diritto italiano”*, *“I nuovi strumenti di bonifica aziendale nel Codice antimafia: amministrazione e controllo giudiziario nelle aziende”*, Zanichelli 2020, pagina 837

²³⁹ MENDITTO, *“Le misure di prevenzione personali e patrimoniali: la confisca ex art. 12-sexies l n. 356/92”*, *“Rivista dei dottori commercialisti”*, Milano, 2012, p. 639

accertamenti svolti dal Tribunale, affievolendosi così lo standard probatorio richiesto per la disposizione della misura.

Tuttavia, parte della giurisprudenza ha ritenuto necessario salvaguardare lo stretto rapporto intercorrente tra valutazione probatoria ed elementi fattuali, sebbene ciò entri in contrasto con il tenore letterale della norma *“non si ritiene che il semplice mutamento lessicale del termine, soprattutto in un panorama giurisprudenziale che tende ad ancorare il sistema della prevenzione ad elementi fattuali dotati di un rilevante spessore probatorio, possa consentire applicazioni della misura su presupposti labili rispetto alle coordinate di intervento già consolidate”*.²⁴⁰ Questo orientamento giurisprudenziale si basa sul presupposto secondo cui anche al fine di disporre l'amministrazione giudiziaria sia comunque necessario ricorrere ad uno standard probatorio solido, non fondato su meri indizi, seppur idonei a dimostrare la sussistenza del nesso di agevolazione, naturalmente più intenso rispetto a quello presupposto per la disposizione del controllo giudiziario.

Questioni rilevanti sorgono rispetto alle definizioni e ai confini dei presupposti applicativi della misura: ossia il concetto di impresa vittima e quello di impresa agevolatrice, di cui si tratterà in sede di analisi della confisca.²⁴¹

L'articolo 34 prevede al comma 2 che l'amministrazione giudiziaria venga disposta per un periodo non superiore a un anno, con possibilità di essere prorogata per un periodo massimo di ulteriori 6 mesi. La proroga può essere richiesta dal pubblico ministero o disposta d'ufficio, successivamente alla redazione di una relazione dell'amministratore giudiziario, il quale giustifica la necessità di completare ed eventualmente di integrare quanto programmato nel piano di sostegno e aiuto alle imprese amministrate, nonché di rimuovere le situazioni di fatto e di diritto che abbiano determinato l'adozione della misura. Tramite il provvedimento con cui il tribunale di prevenzione dispone l'amministrazione giudiziaria viene nominato il giudice delegato e naturalmente l'amministratore giudiziario, al quale sarà riservata la facoltà di esercitare i poteri normalmente spettanti ai titolari dei *diritti sui beni e sulle aziende*

²⁴⁰ Tribunale di Milano, Sezione misure di prevenzione, Decreto numero 59 del 6 maggio 2019

²⁴¹ E. MAZZETTI, L. DONATI, E. BIRITTERI, *“La legislazione antimafia”, “Le riforme del diritto italiano”, “I nuovi strumenti di bonifica aziendale nel Codice antimafia: amministrazione e controllo giudiziario nelle aziende”*, Zanichelli 2020, pagina 837. Secondo i quali con impresa vittima si intenda quella che non agevoli l'attività criminale apportando un lucro a se stessa, ma sia appunto “vittima” di un sistema e in quanto tale appartenente per non incorrere in dinamiche economico-sociali potenzialmente pericolose.

*oggetto della misura.*²⁴² L'amministratore giudiziario dovrà adempiere agli obblighi di relazione e segnalazione, regolati all'articolo 36 comma 2 del Codice antimafia, nei confronti del giudice delegato e del pubblico ministero in ordine alle *eventuali difformità* intercorrenti tra l'oggetto della misura e quanto appreso durante le attività di presidio. Sulle modalità di nomina e le funzioni assolte dall'amministratore giudiziario nello specifico si rinvia al paragrafo successivo dedicato alla confisca.²⁴³ Qualora non venga disposta la proroga del provvedimento, il Tribunale di sorveglianza delibera in Camera di Consiglio con la partecipazione del giudice delegato e del pubblico ministero competente.

Alla decisione possono conseguire differenti scenari:

- revoca della misura disposta, constatando quindi il raggiungimento degli obiettivi “*terapeutici*” della misura,
- revoca della misura disposta, prevedendo alternativamente la disposizione del controllo giudiziario regolato all'articolo 34-bis oppure la misura più invasiva della confisca dei beni, nei casi in cui venga accertato da un punto di vista fattuale che i medesimi vengano impiegati per favorire la criminalità organizzata, nonostante l'amministrazione,
- qualora venga accertato che i beni sottoposti alla misura di cui al comma 1 siano concretamente esposti al rischio che vengano dispersi, sottratti o che siano risultato di attività illecite; viene riconosciuta la legittimazione, per i soggetti di cui all'articolo 17 del Codice antimafia che hanno attivato la procedura per la disposizione della prima misura, di richiedere al tribunale di disporre il sequestro di tali beni. La durata del sequestro segue i termini di cui al comma 2 dell'articolo 34.

4.4 Le misure più invasive: il sequestro e la confisca

Nella piramide delle misure volte ad intervenire nella prevenzione al fenomeno mafioso troviamo quelle più invasive della confisca e del sequestro, che vengono disposte laddove vi sia un'impresa esposta in modo stabile all'infiltrazione criminale, senza alcuna possibilità di essere “salvata”. Il ricorso primario a tali strumenti è funzionale ad assicurare un'ottimale attuazione della lotta al crimine organizzato, tanto che la confisca è stata definita come un

²⁴² Decreto legislativo 159/2011 articolo 34

²⁴³ Decreto legislativo 159/2011 articolo 36 comma 2

“*unico avamposto irrinunciabile*” della politica criminale.²⁴⁴ Allo stesso tempo però tale strumento costituisce l’emblema della fragilità del sistema preventivo delineato dal Codice antimafia, in considerazione delle condizioni e delle valutazioni diagnostiche che legittimano l’applicazione della misura. Parte della dottrina sostiene infatti che alla misura di prevenzione in esame possano essere ricondotte sia funzioni punitive sia funzioni compensativo-ripristinatorie e che violino importanti garanzie costituzionali.²⁴⁵

Uno schema utile per trattare dell’istituto della confisca si basa sulla distinzione tra due fenomeni che possono coinvolgere l’attività imprenditoriale: la criminalità d’impresa e l’impresa criminale. La prima consiste nella commissione di carattere episodico di reati all’interno di attività che nel loro complesso operano in modo lecito; l’impresa criminale si riconduce invece a quelle realtà imprenditoriali che svolgono la propria attività secondo modalità tendenzialmente illecite. Rispetto a quest’ultima ipotesi, ne sono un esempio le *c.d. società schermo*, che vengono impiegate dalla criminalità organizzata per svolgere attività di riciclaggio dei fondi provenienti dalle attività della medesima; o ancora quei casi in cui l’attività svolta dalla società è di per sé lecita, ma *ab origine* illecita, in quanto realizzata con fondi derivanti da attività illegali.²⁴⁶ La distinzione tra le due macro-fattispecie sopra citate si delinea parallelamente rispetto alla duplice funzione riconosciuta alla confisca, che nel caso di criminalità d’impresa opera secondo un modello ripristinatorio, mentre nel caso di impresa criminale realizza il fine di neutralizzare l’impresa criminale. Le fattispecie in esame sono anche regolamentate dal D. Lgs 231 del 2001 (normativa sulla responsabilità delle persone giuridiche), il cui articolo 16 comma 3 interdice l’ente “*stabilmente utilizzato all’unico o prevalente scopo di consentire o agevolare la commissione di reati*”, in quanto soggetto alla sanzione dell’interdittiva antimafia e impermeabile a qualsiasi tipo di recupero di uno svolgimento di un’attività lecita.²⁴⁷

²⁴⁴ V. MANES “*L’ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*”, in “*Riv. Italiana Processuale Penale*”, 2015, pagina 1263

²⁴⁵ Corte costituzionale sentenza numero 24 del 2019, secondo cui: “*L’ablazione di tali beni costituisce non già una sanzione, ma piuttosto la naturale conseguenza della loro illecita acquisizione*” e che “*la finalità dell’ablazione patrimoniale ha, in tale ipotesi, carattere meramente ripristinatorio della situazione che si sarebbe data in assenza dell’illecita acquisizione del bene*”

²⁴⁶ V MONGILLO in E. MEZZETTI e L. L. DONATI “*La legislazione antimafia*”, “*Le riforme del diritto italiano*”, Zanichelli Editore 2020, Bologna, pagina 812 ss.

²⁴⁷ A. COSTANTINI “*La confisca al crocevia tra criminalità d’impresa e impresa criminale: differenziazioni e contaminazioni di paradigmi*”, “*Diritto penale e Processo*”, Commento alla normativa, numero 2, 1 febbraio 2023, pagina 314

La confisca è regolata all'articolo 24 del Codice antimafia, che riconosce al Tribunale la competenza a disporre il provvedimento, su beni che sono stati oggetto di sequestro, il cui proprietario o colui che ne detiene *la disponibilità a qualsiasi titolo*, nonché soggetto nei cui confronti pende un procedimento, non riesca a dimostrarne: la proporzionalità dell'ammontare rispetto al reddito o alla propria attività economica, o la liceità della loro provenienza o del loro rimpiego. Il concetto di schema piramidale delle misure di prevenzione al fenomeno mafioso emerge all'ultimo periodo del comma 1, che rammenta la possibilità di disporre misure meno invasive quali l'amministrazione giudiziaria e il controllo giudiziario, a patto che sussistano le condizioni necessarie per l'adozione di quest'ultimi.

La disposizione della confisca di prevenzione può avvenire alternativamente a seguito della disposizione della misura del sequestro dei beni oppure senza che intervenga tale misura. Da un punto di vista procedurale non viene richiesto che la confisca conseguente al sequestro venga disposta con il medesimo provvedimento con cui viene adottato quest'ultimo, ciò può avvenire in via autonoma. La conseguenza principale di tale previsione si rinviene nella possibilità di impugnare il primo provvedimento attraverso il quale si dispone il sequestro, seppur in assenza di una previsione ad hoc del Codice antimafia, ricorrendo ai principi generali che regolano il sistema dell'impugnazione dei provvedimenti nella disciplina dettata dal Codice antimafia.²⁴⁸ Il sequestro si può richiedere al Presidente del tribunale, il quale provvede con decreto motivato, qualora sussistano sufficienti indizi a ritenere che si possano integrare le medesime fattispecie previste per la confisca. Si ammette inoltre il ricorso a tale misura nei casi in cui sussista il concreto pericolo che vi sia la dispersione, sottrazione, o alienazioni di beni per cui i quali si prevede la confisca, con possibilità di richiedere al Tribunale l'anticipo del sequestro dei beni prima della fissazione della prima udienza. Queste condizioni sono necessarie ai fini della disposizione del provvedimento e in caso di mancanza verrebbe meno la legittimazione a disporre la misura.

Per quanto concerne il rapporto di accessorietà del sequestro rispetto alla confisca, la riforma del 2017 ha recepito gli indirizzi della giurisprudenza modificando l'articolo 27 comma 1 del Codice antimafia nella parte in cui ha ritenuto impugnabile il decreto di rigetto della confisca,

²⁴⁸ Cons. Sato, Sez. III, sentenza numero 20215 del 2017, secondo cui: *“in tema di misure di prevenzione patrimoniali, la richiesta di confisca di cui all'art. 24 D. Lgs 6 maggio 2011, n. 159, può essere proposta anche con riguardo a beni non previamente sottoposti a sequestro con autonomo provvedimento, potendo il sequestro e la confisca essere adottati anche contestualmente con un unico atto”*

anche nei casi in cui “*non sia stato precedentemente disposto il sequestro*”; riconoscendo espressamente che il sequestro non è elemento necessario per la disposizione della confisca. La non accessorietà tra le misure la si può dedurre da due elementi: in primo luogo perché il sequestro si dispone al sussistere di determinate condizioni che non è detto che vengano integrate e soprattutto perché il Tribunale ha dei margini di discrezionalità nella propria valutazione e potrebbe disporre dopo il sequestro misure meno invasive quali il controllo giudiziario o l’amministrazione giudiziaria.²⁴⁹

La confisca ha ad oggetto quei beni che assumono un valore sproporzionato rispetto al reddito dichiarato o all’attività economica svolta, senza che possa essere data una legittima spiegazione circa la loro provenienza. La confisca ex articolo 24 del Codice antimafia viene ricondotta dalla dottrina alle misure *praeter delictum* e la sua applicazione segue un iter autonomo rispetto a quello di accertamento in sede penale. Inoltre, l’ambito soggettivo descritto dalla norma richiama esclusivamente i soggetti richiamati all’articolo 4 del Codice antimafia, dove figurano i soggetti indiziati di appartenere ad associazioni mafiose, a patto che questi fossero “pericolosi” al momento dell’acquisto dei beni oggetto del provvedimento.²⁵⁰

L’applicazione della confisca di prevenzione viene ammessa in modo estensivo, sia per l’efficienza intrinseca della misura, sia per un atteggiamento della giurisprudenza che tende ad interpretare in senso ampio i requisiti definiti dalla norma. Il presupposto che viene utilizzato dalla giurisprudenza per la disposizione del provvedimento consiste nello stato di *contaminazione* dell’impresa, a seguito del quale il Tribunale può procedere nel confiscare la totalità dei beni laddove non si riesca a risalire alla legalità della loro provenienza. Si potrebbe dire che è proprio sulla mancata conoscenza della provenienza di questi beni che si ammette un’applicazione tanto ampia dello strumento della confisca: ricomprendendovene non specifici, bensì consistenti nella totalità del patrimonio. Il rischio di tale prassi, sebbene sia pacifico il perseguimento di un doveroso sradicamento della criminalità dall’economia, è quello di estendere eccessivamente le maglie dell’ambito di applicazione della misura. Questo rischio si configura a maggior ragione se si interpreta la misura in modo contrario rispetto a quanto previsto dalle norme, che consisterebbe in una disposizione di un

²⁴⁹ A. CISTERNA “*I nuovi protocolli processuali delle misure di prevenzione*”, “*Diritto penale e processo*” numero 6 del 2018, “Legislazione processo penale”, pagina 724

²⁵⁰ Corte di Cassazione, Sez. Unite, sentenza numero 4880 del 26 giugno 2014 “Spinelli”

provvedimento profondamente invasivo per soggetti meramente indiziati di appartenere ad un sistema mafioso e che ha potenzialmente ad oggetto tutto il loro patrimonio.²⁵¹ Un rischio ulteriore sarebbe quello di qualificare tale misura come uno strumento afflittivo che assume funzioni punitive, prescindendo dai limiti garantistici fatti ormai propri dalla giurisprudenza nella materia di strumenti di prevenzione. Nonostante questa impostazione sia maggioritaria, residuano orientamenti volti ad ottemperare l'elasticità dei presupposti di applicazione della misura e che circoscrivano i beni eventualmente suscettibili di essere confiscati esclusivamente alle quote *che coincidono agli apporti illeciti*, restringendone conseguentemente l'ambito oggettivo.²⁵²

Diversa è l'ipotesi regolata dall'articolo 25 del Codice antimafia che contempla la possibilità di aggredire i beni per equivalente, laddove non si possa procedere "direttamente" su beni di cui il destinatario del provvedimento ha la disponibilità. La norma prescrive che in tal caso si possano pacificamente aggredire quei beni di valore coincidente, per questo si parla di valore "per equivalente"; indipendentemente dal tipo di condotta che il soggetto ha mantenuto per disperdere, distrarre o occultare i beni oggetto del provvedimento.²⁵³

L'articolo 26 contempla invece l'ipotesi in cui il destinatario della misura alieni a terzi i beni oggetto del provvedimento, affermando che qualora il giudice accerti trasferimenti di beni "fittizi", questi possano essere dichiarati nulli. È doveroso sottolineare che il provvedimento di nullità che travolge i trasferimenti è obbligatorio ai fini dell'accertamento di un provvedimento fittizio, non necessario per convalidare la confisca.²⁵⁴

In ragione di quanto detto sopra, sono state apportate innovazioni dalla riforma del 2017 incidendo in modo significativo sul procedimento di disposizione della confisca:

- L'articolo 7 bis dell'ordinamento giudiziario indica i criteri attraverso i quali si designa l'autorità competente e specializzata per la disposizione del provvedimento

²⁵¹ Cass. Penale, Sez. IV, sentenza numero 7072 del 14 luglio 2021; Cass. Penale, Sez. V, sentenza numero 32017 dell'8 marzo 2019,

²⁵² Cass. Penale, Sez. IV, 4 luglio 2019, numero 49750; Cass. Penale, Sez. II, sentenza numero 3883 del 19 novembre 2019; Cass. Penale, Sez. V, sentenza numero 32688 del 31 gennaio 2018,

²⁵³ A. CISTERNA *"I nuovi protocolli processuali delle misure di prevenzione"*, *"Diritto penale e processo"* numero 6 del 2018, *"Legislazione processo penale"*, pagina 724

²⁵⁴ Corte di Cass., Sez. Unite, sentenza numero 12621 del 16 marzo 2017, la quale ha precisato che le disposizioni patrimoniali in questione viene attribuito un valore che prescinde dalla possibilità di procedere tramite lo strumento della confisca, fatte salve le doverose tutele che devono essere assicurate ai terzi, previste nella disciplina antimafia

- È doveroso che venga trattata prioritariamente la possibilità di configurare un procedimento di prevenzione patrimoniale volto ad evitare che vengano disposte misure così invasive; anche a seguito di una prognosi negativa dell' idoneità di misure preventive (controllo e amministrazione)
- La competenza del tribunale, che viene riconosciuta, ex articolo 33, nel capoluogo della provincia al Tribunale del distretto.

È evidente, soprattutto nella novità di cui al secondo punto, di come il legislatore del 2017 sia voluto intervenire in modo da privilegiare il ricorso a strumenti preventivi, volti a garantire un regime di trasparenza tra operatori e Amministrazione, evitando il ricorso a strumenti invasivi quali quelli in questione.²⁵⁵

Una volta che è stata disposta la misura del sequestro o della confisca viene nominato uno o più amministratori giudiziari in base alla complessità della situazione, ex art 35 del Codice antimafia. La scelta dell'amministratore viene effettuata tramite una serie di criteri di imparzialità, di rotazione e di coincidenza tra tipo di incarico e complessità del problema nel concreto; sulla base di una lista presente presso l'Albo degli amministratori giudiziari.

La specificazione dei criteri attraverso i quali si nominano gli amministratori giudiziari avviene tramite Decreto del Ministro della giustizia, che determina anche i divieti di cumulo con la carica. La nomina dell'amministratore giudiziario avviene invece tramite decreto motivato del Tribunale. Nel momento della nomina è obbligato a comunicare le eventuali incompatibilità con altri incarichi. Prima, la nomina dell'amministratore giudiziario avveniva da parte dell'ANBSC, l'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata. Tale impostazione è stata modificata per attribuire la competenza di nominare gli amministratori all'autorità giudiziaria, nonostante alcune perplessità durante l'iter parlamentare. La riforma ha anche ampliato i casi di incompatibilità della carica all'articolo 35 comma 3: rapporti di parentela, di collaborazione professionale stabile, creditizi o debitori e di convivenza con il giudice che procede alla nomina dell'amministratore. Un intervento che ha ingenerato alcune perplessità dal momento in cui viene effettuata un'equiparazione delle cause ostative previste per gli amministratori giudiziari e dei divieti previsti per i mafiosi. L'amministratore giudiziario assume la qualifica

²⁵⁵ A. CISTERNA *"I nuovi protocolli processuali delle misure di prevenzione"*, *"Diritto penale e processo"* numero 6 del 2018, *"Legislazione processo penale"*, pagina 726

di pubblico ufficiale in ragione della funzione riconosciutagli dall'ordinamento, e risponde ad obblighi di diligenza durante la gestione, la custodia e la conservazione dei beni sequestrati, cercando anche di migliorare la redditività dei beni, come descritto dal comma 5 dell'articolo 35.

L'articolo 35 bis regola invece i profili di responsabilità dell'amministratore durante la gestione dei beni. Egli risponde a titolo di responsabilità civile solo nei casi in cui vi siano ipotesi di dolo o colpa grave, secondo alcuni ingiustificatamente, dal momento in cui egli adempie ad obblighi che consistono in attività economico finanziarie per le quali si dovrebbe fare pacifica applicazione dello standard del "buon padre di famiglia".²⁵⁶ Sempre nella norma in esame si afferma che per i successivi 6 mesi alla notificazione dell'accertamento vengono sospese le irrogazioni di sanzioni amministrative e l'amministratore procederà per sanare le violazioni riscontrate.

Rispetto alla misura di prevenzione della confisca, sempre più impiegata nei procedimenti, ci si è chiesti sia in dottrina sia in giurisprudenza quali siano i presupposti che devono essere rispettati al fine di non contrastare con i dettati costituzionali. Dottrina e giurisprudenza nel corso degli anni hanno preso coscienza del collocamento peculiare dello strumento, che vede l'assolvimento di *funzioni preventive, sanzionatorie e ripristinatorie*.²⁵⁷ Questa situazione ingenera uno stato di assoluta incertezza nel quadro normativo ed interpretativo sulla misura in esame, destando perplessità da parte degli operatori che sono tenuti a prestare particolare attenzione alle modalità applicative dell'istituto al fine di delineare un'applicazione garantistica.²⁵⁸

Uno dei problemi maggiori secondo quest'ottica è rappresentato dalla mancata corrispondenza di un *quantum* confiscabile in ordine ai beni dai quali si desume l'illecita provenienza. Tale impostazione si comprende dalla clausola di sproporzione di cui all'articolo 24 del Codice antimafia. Tale clausola, di fatto, assume il ruolo di presupposto alternativo alla dimostrazione della provenienza illecita, sebbene siano stati svolti diversi infruttuosi tentativi interpretativi di qualificarla come mero criterio probatorio, quali ad

²⁵⁶ M. TORIELLO "L'amministrazione dell'azienda sottoposta a sequestro preventivo, tra prassi applicative e prospettive di riforma", "Cassazione penale", 2017, pagina 3416 ss.

²⁵⁷ F. MAZZACUVA "I percorsi di riallineamento costituzionale della confisca "di prevenzione" nella recente riflessione dottrinale", Sistema Penale, 3 maggio 2023

²⁵⁸ A. COSTANTINI "La confisca nel diritto della prevenzione" Giappichelli Editore, Torino 2022, pagina 14ss.

esempio il criterio giurisprudenziale di correlazione temporale. Gli studi sul tema si sono tra l'altro intensificati a seguito della sentenza numero 24 del 2019 della Corte costituzionale che, oltre ad aver delineato in modo puntuale le origini e le funzioni della confisca, si è anche premurata di evidenziare le problematiche presenti nella disciplina.

La dottrina, sebbene sia univoca nel ritenere che sussistano problematiche di ordine garantisco sul tema, si divide sul come impostare le possibili soluzioni alla questione. Possono essere classificate tre teorie sulla compatibilità della confisca al dettato costituzionale e sulla funzione ripristinatorio-compensativa che le è stata riconosciuta dalla giurisprudenza costituzionale e sovranazionale.

Secondo una prima impostazione si ritiene che sia impossibile attribuire una funzione compensativa alla confisca, in ragione della funzione implicita allo strumento che si rinviene nella prevenzione della circolazione di capitali derivanti da reati a presidio della legalità del sistema economico. Inoltre, si afferma che la misura è precisamente volta a contenere le conseguenze che possono derivare da comportamenti che assumono una pericolosità sociale. Tale impostazione riconosce alla confisca una portata macro-preventiva, che andrebbe a delineare un inquadramento punitivo allo strumento, smentito dal riferimento alla proporzione in senso stretto, richiamato anche dalla giurisprudenza nella descrizione dei rapporti che intercorrono tra sanzione-illecito. Questa impostazione però rigetta anche l'impostazione penalistica, attribuendo alla confisca la natura di misura meramente limitativa del diritto di proprietà, secondo una funzione latamente preventiva, ossia volta a richiamare solo quelle garanzie che sono riconosciute proprio nell'ambito del diritto di proprietà, che, per assicurarne la tutela consisterebbero concretamente in una verifica del rapporto tra scopi perseguiti e adeguatezza dei mezzi, ossia tramite il principio di proporzione.²⁵⁹

Una seconda impostazione qualifica la confisca preventiva come uno strumento riconducibile al diritto penale, per le finalità sostanzialmente punitive che si configurano in ordine allo strumento. Il problema che si ravvisa in tale schema consiste nel prendere consapevolezza di una contraddizione dello strumento, così come configurato dalla disciplina in esame, con i principi regolatori della materia penale quali: il principio del *ne bis in idem*, il principio di colpevolezza, di legalità e del giusto processo. La teoria compara il nostro sistema con quello statunitense, ritenuta fondamentale al fine di delineare una disciplina della confisca basata su

²⁵⁹ L. FINUOLI *“La confisca ante delictum e il principio di proporzione”*, Giappichelli Editore, Torino 2021,

una funzione prevalentemente ripristinatoria, attraverso il rispetto dei limiti imposti dalla nostra Costituzione e dal diritto europeo in materia di proprietà.²⁶⁰ In questo senso, la teoria richiama anche il mancato rispetto del principio di determinatezza, vigente nella materia penale; e proprio per tale menomazione, la misura dovrebbe applicarsi per attività criminali definite in modo specifico e tali da non ingenerare la violazione del suddetto principio, alzando lo standard necessario ai fini della disposizione della misura. Sul tema poi della sproporzione dei beni verso i quali si presume la provenienza illecita, o in altre parole, il *quantum* potenzialmente confiscabile, la teoria mantiene un orientamento volto a legittimare l'applicazione della disciplina solo nei casi in cui i beni di valore oggetto del sequestro risultino congrui all'arricchimento illecito, agendo in *maniera sussidiaria* rispetto alle altre misure di prevenzione, idonee al recupero di tali beni. Tramite il rispetto di uno schema interpretativo che persegua tali finalità, la misura di prevenzione del sequestro troverebbe pacifica convivenza con i principi vigenti nel nostro ordinamento, attribuendo piena autonomia al procedimento preventivo da quello penale e per il differente standard probatorio configurato.²⁶¹

Infine, vi è la teoria che attribuisce una funzione macro-sistemica alla confisca di prevenzione, in modo da impostare una valida alternativa allo schema punitivo entro il quale essa si delinea. L'abbandono di una visione improntata al riconoscimento di una funzione punitiva della confisca presuppone però il mutamento delle condizioni necessarie a legittimare l'esercizio della misura, sulla base della consapevolezza da parte della dottrina in ordine all'osservazione per cui, se alla confisca di prevenzione viene attribuita una funzione prettamente *sanzionatoria essa non esisterebbe*. La teoria in esame parte da un'analisi dello scopo principale per cui si è prevista la confisca nel nostro ordinamento, sostanzialmente riconducibile alla lotta della criminalità organizzata mafiosa, colpendone il portafoglio; funzione che è mutata, nel corso degli anni. Infatti, si è ravvisato un progressivo ampliamento dell'ambito di applicazione della confisca, non circoscrivendola più esclusivamente ai procedimenti concernenti la prevenzione al fenomeno mafioso, ma aventi ad oggetto a modelli criminali differenti da quelli inizialmente configurati. Il mutamento dell'ambito oggettivo ha comportato anche una distorsione dell'iniziale configurazione "*recuperatoria*"

²⁶⁰ A tal proposito si richiamano le norme: articolo 41 Costituzione e Protocollo 1 numero 1 Cedu

²⁶¹ S. FINOCCHIARO "*La confisca di prevenzione e civil forfeiture*", Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 2022

della funzione del provvedimento, in ordine a quei beni su cui vige una presunzione di provenienza illecita, facendo sì che tale funzione non sia stata effettivamente assolta. La ratio della misura parrebbe conseguentemente da individuarsi nella funzione recuperatoria, in modo tale che venga assicurato il rispetto delle previsioni costituzionali potenzialmente lese dall'istituto in questione. È evidente di come quest'ultima teoria, ammetta il ricorso allo strumento della confisca in modo estremamente ampio, ritenendo che questa possa essere legittimata in ordine a qualsiasi *grave fenomeno delittuoso*. Ciò però esclude il collegamento che contraddistingue la misura rispetto agli strumenti di prevenzione di minor invasività, volti ad intervenire nella prevenzione al fenomeno mafioso, ma in modo meno gravoso rispetto all'istituto in esame.

Nonostante le teorie muovano da presupposti differenti, il comun denominatore delle teorie si ritrova nel principio di proporzione, il quale a sua volta si declina in una ricerca di congruità tra gli strumenti regolati dalla legge e gli scopi. Da questa ricerca emergono una serie di limiti, che risiedono normativamente nella Costituzione, i quali circoscrivono l'applicazione degli strumenti di prevenzione ed in particolare della confisca. Alcuni esempi di limiti possono rinvenirsi in una ragionevolezza degli strumenti adottati rispetto al caso concreto, una gradualità degli strumenti di lotta al crimine organizzato, oppure uno standard probatorio più alto. Il tema centrale che sicuramente dovrebbe essere specificato nell'adozione della confisca preventiva è quello che, ancora oggi, desta maggiori problematiche, ovvero la mancata definizione *del quantum* di beni potenzialmente aggredibili mediante la misura, che risponderrebbe, secondo una definizione prestabilita, alle vacillanti esigenze costituzionali nella disciplina in esame.

Capitolo V

Casistica e conclusioni

5.1 Analisi della giurisprudenza in materia di interdittive antimafia

i) I rapporti controversi tra misure di prevenzione e interdittive antimafia

In questo paragrafo si cercherà di considerare i rapporti che intercorrono tra i provvedimenti interdittivi e quelli preventivi regolati dal Codice antimafia. La Corte di Cassazione, Sez. I, l'8 maggio 2023 nella sentenza numero 19154, si è pronunciata in tema di misure di prevenzione patrimoniali ed in particolare sull'ammissibilità della richiesta di accesso al controllo giudiziario "volontario", nei casi in cui il giudizio amministrativo rispetto all'adozione di un provvedimento interdittivo sia terminato e sia divenuto conseguentemente definitivo.²⁶²

Il problema è evidente se si considera la specifica funzione riconosciuta dalla giurisprudenza agli istituti di prevenzione al fenomeno mafioso, che, come si è cercato di descrivere anche nei capitoli precedenti, si sostanzia nel tentativo di bonificare l'impresa con la minor compressione possibile del diritto all'iniziativa economica. Quest'ultima interpretazione è stata fatta propria sia dalla giurisprudenza di legittimità²⁶³, sia dal legislatore con l'intervento della riforma del 2017, la quale ha apportato la medesima impostazione per le funzioni assolte genericamente dalle misure di prevenzione.²⁶⁴

L'istituto del controllo giudiziario volontario svolge il compito di unire la giurisdizione del Tribunale di prevenzione e la decisione amministrativa prefettizia, senza però che la disciplina positiva (art 34-bis del Codice Antimafia) indichi i presupposti, i limiti o le modalità attraverso cui sia ammissibile o meno la configurazione di tale rapporto. Alla luce di un quadro che lascia ampi interrogativi applicativi, un ruolo chiave nell'interpretazione è stato assunto dalla giurisprudenza, che come frequentemente accade in materia di misure preventive, è stata chiamata a pronunciarsi per tentare di riordinare la disciplina.

²⁶² A. MERLO "Ancora controversi i rapporti fra controllo giudiziario "volontario" e interdittive", *"Giurisprudenza Italiana"*, Codice antimafia-controllo giudiziario", dicembre 2023, pagina 2722

²⁶³ Residua un caso in cui la Corte di Cassazione si è pronunciata in senso contrario, Cass. Penale, Sez. I, 5 luglio 2019, sentenza numero 29487

²⁶⁴ E. MAZZETTI, L. DONATI, E. BIRITTERI, "La legislazione antimafia", *"Le riforme del diritto italiano"*, "I nuovi strumenti di bonifica aziendale nel Codice antimafia: amministrazione e controllo giudiziario nelle aziende", Zanichelli 2020, pagina 839

Tendenzialmente, rispetto all'istituto di cui al riformato articolo 34-bis, la giurisprudenza ha mantenuto orientamenti volti ad interpretare i presupposti applicativi in modo restrittivo, in considerazione del fatto che per disporre le misure diverse da quella più invasiva della confisca debba realizzarsi un giudizio prognostico circa la possibile decontaminazione della realtà imprenditoriale mediante il controllo giudiziario o strumenti meno invasivi²⁶⁵.

La decisione in esame tratta sommariamente di due questioni principali che concernono:

- il grado di incidenza della decisione prefettizia nel procedimento di prevenzione presso il Tribunale.
- La funzione che assolve l'onere di impugnazione del provvedimento interdittivo, di cui la Corte ne ricostruisce l'origine e la ratio.

Sul grado di incidenza del provvedimento interdittivo nel procedimento di prevenzione le Sezioni unite si sono chieste se il giudice competente, durante l'accertamento delle condizioni necessarie all'applicazione del controllo volontario, sia dotato di un'autonomia valutativa rispetto al ragionamento posto in essere dal Prefetto, oppure, se sia vincolato al giudizio di quest'ultimo in ordine alla sussistenza dell'occasionalità dell'agevolazione mafiosa da parte dell'attività, riconoscendo un *favor* al contenuto del provvedimento prefettizio. Il primo orientamento ammette che si riconoscano dei margini valutativi autonomi all'autorità giurisdizionale, accettando il rischio che si ingenerino dei contrasti valutativi tra il Tribunale di prevenzione e il provvedimento interdittivo prefettizio: è il caso, ad esempio, in cui il Tribunale non accerti alcuna sussistenza dell'infiltrazione criminale a fronte di un provvedimento prefettizio che invece ne richiede l'interdizione. Nella seconda impostazione, il Tribunale dovrebbe svolgere esclusivamente un giudizio prognostico sulla possibilità di bonificare l'attività presso la quale si ravvisi la sussistenza, anche occasionale, dell'infiltrazione criminale, attribuendo in questo modo la natura di *intangibilità*²⁶⁶ al

²⁶⁵ A. MERLO "Ancora controversi i rapporti fra controllo giudiziario "volontario" e interdittivo", "Giurisprudenza Italiana", "Codice antimafia-controllo giudiziario", dicembre 2023, pagina 2723, dove afferma: "la giurisprudenza...ha poi ulteriormente specificato che la necessaria valutazione relativa alla sussistenza o meno di un'infiltrazione connotata da occasionalità non debba essere finalizzata all'acquisizione di un "dato statico consistente nella cristallizzazione della realtà preesistente": piuttosto che una "mera fotografia del passato" al Tribunale della prevenzione è richiesta l'argomentata formulazione di un giudizio prognostico circa l'emendabilità della situazione rilevata, connotata da condizionamento e/o agevolazione di soggetti o associazioni criminali, mediante l'intera gamma di strumenti previsti dall'art 34-bis"

²⁶⁶ Cass. Penale, Sez. II, sentenza numero 9122 del 28 gennaio 2021

provvedimento prefettizio, dal momento in cui si riconosce *ex sé* la sussistenza dei presupposti dell'agevolazione criminale.

Tra i due orientamenti, stando all'interpretazione letterale della disciplina, la giurisprudenza sembrerebbe aver considerato prevalente quello che ammette dei margini di autonomia alla valutazione accertativa del Tribunale in ordine a quella prefettizia, così, se il Tribunale ritiene che non sussistano i requisiti di occasionalità dell'agevolazione rigetterà la richiesta di avvalersi del controllo giudiziario.

Tuttavia, anche questa impostazione non sarebbe esente da ingenerare problematiche. Quella più spinosa concerne l'ipotesi in cui da una parte il Prefetto disponga nei confronti dell'impresa un provvedimento interdittivo e dall'altra il Tribunale, avendo il potere di accertare e valutare anche la sussistenza dell'agevolazione criminale da parte dell'impresa, rigetti la richiesta di accedere al controllo giudiziario volontario in quanto non abbia ravvisato la sussistenza dei presupposti applicativi. La conseguenza di tale situazione sarebbe quella di lasciare l'impresa in una situazione di assoluta incertezza, poiché dalla giurisdizione ordinaria essa è ritenuta estranea all'agevolazione criminale, ma allo stesso tempo impossibilitata dal partecipare ad una serie di attività della Pubblica amministrazione in considerazione del provvedimento interdittivo prefettizio, come la partecipazione alle gare. Per effetto di tale contraddizione si delineerebbe una situazione ancor più irragionevole, consistente nel fatto che i soggetti indiziati di intrattenere rapporti con la mafia otterrebbero una disciplina più favorevole di coloro che sono interdetti ai sensi del provvedimento prefettizio, ma risultino essere estranei all'organizzazione criminale, sulla base della decisione dell'Autorità giudiziaria.²⁶⁷

La decisione in esame sembrerebbe discostarsi però dagli orientamenti giurisprudenziali di cui sopra, in quanto ha ritenuto che *“in tema di misure di prevenzione patrimoniale, è inammissibile la richiesta di accesso al controllo giudiziario “volontario” avanzata quando il giudizio amministrativo sull'interdittiva si sia esaurito, anche se nel frattempo l'impresa istante abbia impugnato il rigetto dell'istanza di revisione”*. La Corte ha mantenuto un orientamento volto ad attribuire una natura vincolante al contenuto dell'interdittiva prefettizia, ritenendo che tale caratteristica sia necessaria ad assicurare la tutela degli effetti

²⁶⁷ A. MERLO *“Ancora controversi i rapporti fra controllo giudiziario “volontario” e interdittive”*, *“Giurisprudenza Italiana”*, *“Codice antimafia-controllo giudiziario”*, dicembre 2023, pagina 2724

derivanti dal provvedimento prefettizio, una volta terminato il procedimento amministrativo, con la principale conseguenza per cui, una volta che il provvedimento diviene definitivo, la misura di prevenzione del controllo volontario non potrebbe trovare alcuna applicazione. Diversa sarebbe stata l'interpretazione volta a riconoscere la vincolatività del provvedimento prefettizio non sulla base di quanto citato nella sentenza, ma in ragione della possibilità per l'impresa di seguire un programma "terapeutico"²⁶⁸ volto a sradicare i profili di illiceità presenti all'interno della stessa, seppur occasionali.

La decisione sembrerebbe presentare una serie di disorganicità che minerebbero alla credibilità del ragionamento giuridico posto in essere dai giudici. In particolare, vengono sollevati dei dubbi circa la funzione del controllo giudiziario fatta pacificamente propria dalla giurisprudenza di legittimità precedente, attraverso una serie di argomentazioni che inducono a ritenere che la Corte abbia utilizzato solo quelle specifiche ipotesi che meglio si prestano a dimostrare il convincimento iniziale.

La Corte, infatti, afferma che sebbene il giudice della prevenzione sia tenuto a valutare la sussistenza delle condizioni necessarie alla disposizione del controllo giudiziario, risultando apparentemente svincolato da quanto accertato in sede prefettizia, comunque si delinea un'interferenza tra i due procedimenti. Ciò si verifica dal momento in cui la sospensione degli effetti interdittivi perdura fino al momento in cui il provvedimento amministrativo non divenga definitivo, facendo così soggiacere la possibile applicazione del controllo giudiziario ai termini del procedimento amministrativo. La correlazione necessaria tra i due procedimenti si deduce dall'utilizzo della congiunzione "*infatti*" nella sentenza in esame, tale da attribuire sostanzialmente un rapporto di interdipendenza tra la valutazione svolta dal Prefetto e quella successiva del giudice ordinario.

La decisione rigetta inoltre il ricorso ad un'interpretazione estensiva su un altro dubbio interpretativo, concernente la legittimazione per i soggetti sottoposti a procedimento di impugnare il provvedimento interdittivo prefettizio originario e contestualmente quello che rigetta la richiesta di aggiornamento dell'interdittiva antimafia, presentata ai sensi dell'articolo 91 comma 5 Codice antimafia, avvalendosi successivamente dell'istituto del controllo giudiziario volontario. La Corte ritiene che l'inammissibilità derivi dal tenore letterale di cui all'articolo 34-bis, che presuppone un'interpretazione restrittiva a fronte della

²⁶⁸ Cass. Penale, Sez. II, sentenza numero 9122 del 28 gennaio 2021

natura di eccezionalità della stessa norma. Inoltre, l'articolo 84 comma 4 del Codice antimafia contempla espressamente la possibilità di impugnare il provvedimento interdittivo, omettendo qualsiasi riferimento all'impugnazione di altri atti al di fuori di quelli previsti, quali l'aggiornamento confermativo del provvedimento interdittivo. L'eccezionalità del controllo volontario si fonderebbe sul presupposto per cui la sospensione dell'interdittiva viene disposta dal giudice ordinario, anziché da quello amministrativo; impostazione non totalmente condivisibile dal momento in cui il Tribunale non prende una decisione circa la sospensione o meno del provvedimento interdittivo; quest'ultimo dispone la misura di prevenzione del controllo giudiziario alla luce dei presupposti tipici dello strumento, il cui effetto è a sua volta quello di sospendere gli effetti del provvedimento interdittivo.

L'aspetto più problematico della decisione della Corte risiede nella funzione riconosciuta all'istituto del controllo giudiziario. Essa, infatti, ha ritenuto che il legislatore abbia voluto riconoscere la tutela dell'interesse ad impugnare *per il solo tempo necessario a completare l'iter di verifica giurisdizionale della legittimità dell'informazione antimafia interdittiva* e l'istanza di revisione non può essere fatta rientrare contestualmente nell'impugnazione dell'interdittiva "originaria", che, sebbene sia valida, non ha acquisito la natura di irrevocabilità.

La Corte ha mantenuto un orientamento non pienamente condivisibile per tre ragioni²⁶⁹:

- il giudizio circa la disposizione del controllo volontario inteso secondo queste modalità assolverebbe la medesima funzione del giudizio cautelare che si tiene presso il giudice amministrativo
- secondo tale impostazione il controllo giudiziario viene considerato come pregiudiziale al giudizio amministrativo sulle interdittive, con la principale conseguenza per cui il primo resta in vita fino al momento in cui pende il giudizio amministrativo. Tuttavia, il legislatore ha previsto espressamente dei termini per il procedimento del controllo giudiziario che hanno natura indipendente da quelli del procedimento amministrativo, dal momento in cui non vi sono dati letterali che inducono a ritenere il contrario.
- inoltre, non viene considerato che gli accertamenti del giudice ordinario e dei TAR rispondono a standard valutativi sostanzialmente differenti: il Prefetto deve accertare che

²⁶⁹ Nonostante non sia un orientamento unico, ma fatto proprio dalla Corte di Cassazione anche in Cass. Pen. sentenza numero 22395 del 24 maggio 2023; Cass. Pen., sentenza numero 33264 del 8 settembre 2021

vi sia il “mero rischio” di una contaminazione “occasionale” dell’impresa da parte della criminalità organizzata ricorrendo allo standard probatorio del “*più probabile che non*”, e di conseguenza il T.A.R., nell’accertamento di un corretto svolgimento dell’attività amministrativa valuterà la sussistenza di tale standard; mentre il Tribunale della prevenzione deve dimostrare la sussistenza di un nesso di causalità di agevolazione o assoggettamento tra l’impresa e la criminalità, sulla base di una serie di elementi probatori più solidi, prognosticando la possibilità di sradicare la presenza della criminalità dall’impresa.²⁷⁰

Lo stesso Consiglio di Stato ha escluso che possa configurarsi un rapporto di pregiudizialità tra il procedimento del controllo giudiziario e quello svolto dinnanzi al TAR, anzi, l’unica ipotesi in cui si potrebbe qualificare come tale il rapporto tra i due procedimenti si riconosce laddove la misura di prevenzione abbia avuto esito positivo, sradicando la presenza della criminalità: in questo caso si dovrebbe consentire il rilascio *dell’informazione liberatoria da parte dell’autorità prefettizia*.

Alla luce delle considerazioni che la giurisprudenza e la dottrina hanno svolto sul tema²⁷¹ sembrerebbe preferibile l’orientamento che esclude qualsiasi rapporto di pregiudizialità tra il procedimento presso il tribunale di prevenzione e quello amministrativo sul provvedimento prefettizio. In questo modo l’accertamento che dovrà essere svolto dal Tribunale di prevenzione consisterà in una prognosi del grado di condizionamento dell’impresa alla criminalità organizzata, senza che vi sia la rimozione del titolare, ma avvalendosi dell’affiancamento tutorio.

Rimane comunque irrisolto il paradosso per cui se il Tribunale ritiene che la bonifica non si possa configurare si limiti a rigettare la richiesta dell’imprenditore, mentre il provvedimento interdittivo rimane in vita, ingenerando una situazione di incertezza tale per l’imprenditore da pregiudicare la continuità dell’attività, non riuscendo a perseguire lo scopo terapeutico insito nella misura preventiva.

²⁷⁰ V i dati normativi di cui al Codice Antimafia, art 84, secondo cui il Prefetto è tenuto a contrastare e prevenire “*tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese*”; mentre ai sensi dell’articolo 34 il Tribunale verifica la sussistenza in ordine a “*sufficienti indizi per ritenere che il libero esercizio di determinate attività economiche, comprese quelle di carattere imprenditoriale, sia direttamente sia o indirettamente sottoposto alle condizioni di intimidazione o di assoggettamento previste dall’articolo 416-bis del codice penale*”

²⁷¹ V. anche il paragrafo dedicato ai controlli in questa tesi

Come possibile alternativa, dunque, qualora il controllo giudiziario non risulti adeguato a realizzare il programma di bonifica mediante il tutore, il Tribunale sarebbe tenuto, anziché limitarsi a respingere l'istanza, a disporre contestualmente misure più incisive del solo riallineamento mediante tutore. In particolare, potrebbe disporre l'amministrazione giudiziaria qualora l'impresa risulti recuperabile nell'ambito dell'economia lecita, oppure, negli altri casi, il sequestro e la confisca.

Lo scenario che si verrebbe a delineare oggi giorno sarebbe altrimenti quello del tanto scongiurato "ergastolo imprenditoriale" e dovrebbe spettare al legislatore trovare delle soluzioni idonee a risolvere i problemi in esame, evitando di dover ricorrere alla giurisprudenza in una materia tanto delicata, chiarendo ad esempio le modalità di coordinamento tra attività amministrative e giurisdizionali.²⁷²

ii) L'impugnazione delle informative interdittive prefettizie da parte dei soci e degli amministratori

Per analizzare la disciplina delle impugnazioni dei provvedimenti interdittivi e stabilire a chi spetti la legittimazione ad impugnare si cercherà di esaminare gli istituti coinvolti e le problematiche ad essi connesse riportando una fattispecie sottoposta all'esame dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, ai sensi dell'articolo 99 del Codice del Processo Amministrativo.²⁷³ In particolare, la questione concerne la legittimazione dei soci ad impugnare le informative prefettizie, laddove le medesime non siano state disposte nei loro confronti personalmente in ragione della qualità sociale da loro assunta, bensì verso la persona giuridica.

Il ragionamento dell'Organo nomofilattico si sviluppa ricostruendo i presupposti dell'impugnazione dell'informativa antimafia e la natura della posizione giuridica dei soci, individuando l'ambito processuale entro il quale si possa configurare la tutela giurisdizionale.²⁷⁴

Per quanto riguarda i fatti, nel 2019 la Prefettura di Agrigento ha interdetto una società operante nell'ambito delle forniture idriche attraverso l'adozione di informativa antimafia,

²⁷² A. MERLO "Ancora controversi i rapporti fra controllo giudiziario "volontario" e interdittive", "Giurisprudenza Italiana", "Codice antimafia-controllo giudiziario", dicembre 2023, pagina 2724

²⁷³ Cons. di Stato Adunanza Plenaria sentenza numero 3 del 2022

²⁷⁴ C. CONTESSA "L'Adunanza Plenaria sulla legittimazione all'impugnativa delle informative interdittive antimafia", "Urbanistica e appalti" numero 6 del 2022 pagina 826

impugnata dinnanzi al T.A.R. della Regione Sicilia da parte della società, nonché da parte di alcuni soci e amministratori con ricorsi autonomi e distinti. Il T.A.R. ha ritenuto inammissibile il ricorso per assenza di legittimazione in capo ai soggetti impugnanti, in quanto i soci e gli amministratori non patiscono gli “effetti diretti” derivanti dal provvedimento interdittivo.²⁷⁵ La sentenza è stata impugnata da alcuni soci al fine di chiederne la riforma presso la Corte di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, rilevando che l’interesse all’impugnazione dovrebbe essergli riconosciuto, dal momento in cui essi subiscono pregiudizi dal provvedimento prefettizio: quali la maggiore difficoltà riscontrata nell’esercizio dei poteri di amministrazione e il discredito che inevitabilmente ingenera tale provvedimento verso coloro che assumono la rappresentanza della società. Nella decisione, il Giudice Amministrativo Siciliano ha espresso un *favor* verso il riconoscimento di tale legittimazione, proprio sulla base delle premesse addotte dagli impugnanti, ritenendo che, sebbene i destinatari non fossero i diretti interessati del provvedimento patiscano comunque gli effetti di quest’ultimo, a prescindere dal nome inserito nell’informativa. Nonostante l’impostazione del ragionamento in tal senso, la Corte ha constatato la sussistenza di un contrasto giurisprudenziale sul tema²⁷⁶ e ha richiesto l’intervento del Consiglio di Stato mediante ordinanza di rimessione.

Il contrasto giurisprudenziale oscilla tra due differenti visioni: secondo un’impostazione formale dell’impugnazione si restringe la legittimazione ad impugnare al solo soggetto che subisca direttamente gli effetti del provvedimento prefettizio; altro orientamento sostiene che l’onere ad impugnare si amplia anche a coloro che abbiano subito una lesione attuale e concreta delle dinamiche professionali, economiche e morali, in ragione del ruolo ricoperto nella società destinataria del provvedimento (soci e amministratori ad esempio), dando prevalenza ad un criterio di effettività della lesione.²⁷⁷ Quest’ultimo orientamento trova il proprio fondamento nel ragionamento secondo cui le misure volte al contrasto del fenomeno mafioso tendono a limitare notevolmente le garanzie procedurali riconosciute

²⁷⁵ T.A.R. Sicilia sentenza numero 3036 del 2020

²⁷⁶ Per un’analisi della giurisprudenza contraria al riconoscimento di una legittimazione attiva dell’impugnazione del provvedimento interdittivo da parte di soggetti che non subiscono direttamente al provvedimento V. Cons. Stato, Sez. III, sentenza numero 6205 del 14 ottobre 2020; Id. sentenza numero 539 del 22 gennaio 2019; Id. sentenza numero 2895 del 16 maggio 2018; Id. sentenza numero 2824 del 11 maggio 2018)

²⁷⁷ Cons. di Stato, Sez. III, sentenza numero 1559 del 2017

generalmente nella materia amministrativa e conseguentemente si ritiene opportuno controbilanciare tali menomazioni attraverso un ampliamento delle maglie della legittimazione ad impugnare i provvedimenti interdittivi.

L'Adunanza Plenaria ha anch'essa constatato in primo luogo il contrasto giurisprudenziale presente in materia, tuttavia, ha impostato il ragionamento giuridico in modo difforme rispetto al Giudice rimettente, ripercorrendo gli orientamenti delineatesi in giurisprudenza e giungendo infine alla conclusione che non possa configurarsi alcuna legittimazione attiva in capo ai soggetti che non siano diretti destinatari del provvedimento. Il Collegio ritiene che non sia ammissibile fondare l'ampliamento della legittimazione ad impugnare su mero un bilanciamento per una presunta dimenticanza del legislatore e che potrebbe riconoscersi tale forma di tutela in ragione dell'eccessivo rigore delle misure presenti in materia. A sostegno di tale argomentazione, la Corte richiama proprio l'intenzione del legislatore, che è recentemente intervenuto con il D. L. 152/2021 ampliando le garanzie di partecipazione procedimentale in materia di interdittiva antimafia, non facendo alcuna menzione dei soci e degli amministratori.

La Corte prosegue il proprio ragionamento richiamando la funzione della giurisdizione amministrativa quale giurisdizione di diritto soggettivo, intesa come strumento funzionale a tutelare diritti derivanti da posizioni differenziate e qualificate che legittimino l'esercizio dell'azione processuale. L'interesse legittimo che si presume leso dal provvedimento giustificerebbe la tutela della posizione giuridica sulla base di due presupposti: quello della personalità e quello dell'immediatezza. Con personalità si intende che l'interesse vantato a fronte del provvedimento amministrativo si circoscrive esclusivamente in capo al destinatario dello stesso; mentre l'immediatezza indica il rapporto che il titolare del provvedimento vanta a fronte dell'esercizio del potere amministrativo, in qualità di soggetto destinatario dello stesso e a fronte del quale avrà a disposizione dei rimedi volti a tutelare la propria posizione giuridica, quali l'onere dell'impugnazione. La Corte osserva che qualora si riconosca la legittimazione ad impugnare anche ai soci e agli amministratori i due presupposti sopra citati verrebbero meno, non potendo conseguentemente estendersi a tali soggetti alcuna tutela giurisdizionale.

La Suprema Corte elabora una serie di argomentazioni volte ad individuare i rapporti tra esercizio del potere pubblico e interessi legittimi, configurabili in capo ai cittadini nelle

interazioni con l'Amministrazione, richiamando un'ulteriore funzione del procedimento amministrativo, consistente nel verificare che l'attività svolta dalla PA sia conforme alle modalità e alle garanzie previste per il corretto svolgimento della funzione amministrativa, che non sono uguali per tutti, bensì calibrate su posizioni giuridiche qualificate, in presenza di determinati interessi, ritenuti meritevoli di essere tutelati.

L'Adunanza Plenaria disconosce l'orientamento estensivo in quanto le finalità degli istituti garantiscano di partecipazione al procedimento sono il risultato di un'individuazione di interessi ritenuti meritevoli di tutela ed in quanto tali, qualificati dalla legge, anche processualmente. Stando a tale impostazione, non si ritiene configurabile il bilanciamento posto a fondamento della tesi che ammetta l'impugnazione dei provvedimenti laddove non sia concretamente presente l'interesse legittimo qualificato e differenziato, sia dal punto di vista procedimentale sia da quello processuale. La Corte afferma così che la qualifica/differenziazione dell'interesse si configura esclusivamente nei casi in cui vi sia un rapporto diretto fra esercizio del potere amministrativo e posizione giuridica del destinatario sulla quale il primo si riversa, come puntualmente ricostruito ai sensi del punto 13 della motivazione della decisione in esame.²⁷⁸ L'assenza di un rapporto diretto determina la mancata applicazione della partecipazione procedimentale ex art 7 l 241/1990, nonché la titolarità di una posizione qualificata tale da legittimare l'azione processuale, ritenendo che tale qualifica normativa funga da presupposto necessario per ottenere la tutela giurisdizionale. L'Adunanza Plenaria ritrova anche un fondamento costituzionale al proprio ragionamento, sostenendo che la tutela propria di diritto soggettivo non si possa basare su posizioni sporadicamente o non direttamente tutelate, ma specificamente qualificate, secondo lo schema degli articoli 24 e 103 della Costituzione. Lo schema adottato dalla Corte richiama la necessità di garantire una tutela processuale esclusivamente nei casi in cui l'Amministrazione, nell'intrattenimento di rapporti con i privati cittadini, incida su uno specifico "*bene della vita*", la cui tutela espressa permette di configurare la legittimazione processuale su interessi sostanziali e non meramente processuali, orientamento già largamente condiviso nella giurisprudenza nazionale. Infatti, nel diritto amministrativo non sono ammesse le c.d. *legittimazioni anomale*

²⁷⁸ C. CONTESSA "*L'Adunanza Plenaria sulla legittimazione all'impugnativa delle informative interdittive antimafia*", "*Urbanistica e appalti*" numero 6 del 2022, pagina 826

²⁷⁹, secondo le quali possa essere riconosciuta la possibilità di agire in giudizio per coloro che siano portatori di interessi diversi dal loro *portatore naturale*, in quanto titolare di un interesse qualificato, differenziato e leso dagli “effetti diretti” del provvedimento emanato dall’Amministrazione.

Il risultato di tale impostazione è quello di restringere la tutela processuale ad un punto tale da escludere coloro che, sebbene non siano i destinatari diretti del provvedimento, patiscano concretamente un pregiudizio dall’adozione dello stesso. La stessa lettera dell’art 7 della legge 241 del 1990, che prescrive l’obbligo di avvisare circa l’avvio del procedimento per coloro i quali patiscano un “*pregiudizio a soggetti individuati o facilmente individuabili, diversi dai suoi diretti destinatari*”, sembrerebbe suggerire un ampliamento della partecipazione procedimentale anche ai portatori di interessi lesi indirettamente dal provvedimento, qualificati come cointeressati. Anche l’applicazione del principio “*Id quod plerumque accidit*” sembrerebbe indurre a ritenere che l’incidenza e la conseguente partecipazione procedimentale non si debba basare sul richiamo del nominativo del destinatario, bensì sull’esaltazione del nesso di causalità tra provvedimento ed interessi coinvolti. Sulla base di questo ragionamento, la stessa assenza di un nominativo espresso nel provvedimento non sembrerebbe poter pregiudicare la sussistenza dell’interesse legittimo, con la conseguente impossibilità di impugnare il provvedimento dell’Amministrazione. Lo stesso articolo 9 della legge 241 del 1990 non può considerarsi come derogatorio rispetto alla necessità di individuare in modo specifico l’interesse qualificato del soggetto, ma si deve fondare su una serie di elementi, anche di tipo sostanziale, che permettano di soggettivizzare la qualifica degli interessi. Le posizioni giuridiche dei soggetti che intrattengono rapporti con la Pubblica Amministrazione non dovrebbero quindi basarsi esclusivamente su elementi di tipo formale, ma essere valutate alla luce di un’analisi sostanziale e concreta degli interessi potenzialmente compromessi.²⁸⁰ Con riferimento al caso di specie, il principale effetto di quest’ultima impostazione consisterebbe nel riconoscere diritti di partecipazione procedimentale e processuale, al di fuori dei soggetti espressamente richiamati nel provvedimento, a coloro che vedano concretamente limitati i diritti di cui sono titolari sia

²⁷⁹ R FERRARA “Interesse e legittimazione al ricorso (ricorso giurisdizionale amministrativo)”, in Dig.disc. pubbl., Torino 1993, VIII, pagina 472

²⁸⁰ C. CONTESSA “L’Adunanza Plenaria sulla legittimazione all’impugnativa delle informative interdittive antimafia”, “Urbanistica e appalti” numero 6 del 2022 pagina 831

nella futura gestione della società, sia nell'attività professionale individuale; adottando un'interpretazione differente rispetto a quella mantenuta dalla Suprema Corte.²⁸¹

5.2 I poteri dell'ANAC e degli altri organismi di controllo

i) I poteri sanzionatori dell'Anac

L'insieme delle normative e degli orientamenti giurisprudenziali ricostruiti nei capitoli precedenti mostrano una serie di problematiche del sistema di trasparenza e di anticorruzione nel settore dei contratti pubblici, soprattutto dal punto di vista della regolamentazione legislativa.²⁸² Tale situazione ha determinato un rafforzamento sia dei poteri di controllo sia di quelli sanzionatori degli organismi indipendenti ed in particolare dell'ANAC, che assume un ruolo primario nel monitoraggio dell'attività amministrativa rispetto alla gestione e all'affidamento dei contratti pubblici. Le competenze sono ripartite secondo le modifiche apportate con la riforma del 2023 che ha disposto all'articolo 222 del Nuovo Codice le funzioni e le attività dell'ANAC. I poteri potrebbero sommariamente classificarsi secondo il seguente schema: attività di controllo e vigilanza, attività di referto e attività sanzionatorie. Con la riforma, il legislatore ha rafforzato i poteri di controllo dell'organo, che è tenuto a svolgere non più solo durante la fase di affidamento, ma anche durante la fase di esecuzione del contratto, ampliando l'arco temporale entro il quale l'esercizio delle attività può trovare applicazione.

Le attività di vigilanza possono avere natura collaborativa, ovvero fondate su attività volte ad instaurare una forma di contraddittorio con l'Amministrazione, prevedendo infatti la stipula di specifici protocolli, i cui presupposti, nonché il contenuto, sono definiti dai Regolamenti sull'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa, redatti dall'ANAC stessa. Come suggerisce la denominazione, la vigilanza collaborativa si svolge in contraddittorio con la stazione appaltante, la quale è tenuta a comunicare all'ANAC gli atti di pubblicazione del bando, di scelta del contraente, quelli relativi alla valutazione delle offerte e infine quelli concernenti l'aggiudicazione del contratto. Successivamente l'ANAC trasmette alla stazione

²⁸¹ C. CONTESSA e A. LALLI *“Manuale di diritto amministrativo”*, La Tribuna, I edizione, Piacenza, 2021, pagina 602 ss.

²⁸² E. D'ALTERIO *“I poteri sanzionatori in materia di contratti pubblici”*, *“Giornale di diritto amministrativo”* numero 1 del 2022, pagina 103

appaltante un parere contenente una serie di prescrizioni di adeguamento che dovranno essere attuate da quest'ultima, seppur nell'esercizio legittimo della propria discrezionalità amministrativa. Il mancato adeguamento della stazione appaltante insufficientemente motivato, entro 30 giorni dalla trasmissione, legittima l'Autorità a procedere con tutti i poteri di vigilanza attribuitele dalla legge e si determina automaticamente la risoluzione del protocollo stipulato in collaborazione con la stazione appaltante. L'attività di vigilanza piena consiste tendenzialmente in ispezioni o disposizioni di accertamenti sempre più specifici adottati dall'Autorità di concerto con altri organi istituzionali quali la Ragioneria generale dello Stato o attraverso il supporto della Guardia di Finanza.²⁸³ Qualora al termine dell'istruttoria l'ANAC ravvisi delle irregolarità, trasmette le informazioni rilevanti agli organi di controllo competenti. Inoltre, nei casi in cui vi siano fatti idonei ad assumere rilevanza penale è tenuta a rivolgersi alle procure della Repubblica competenti ai fini dell'iscrizione della notizia di reato e qualora venga accertata che dall'esecuzione del contratto derivi un pregiudizio all'erario dev'esserne data apposita notizia alla Procura generale della Corte dei conti.

L'ANAC è dotata anche di una serie di poteri di referto, attraverso i quali può segnalare ad altri soggetti istituzionali le problematiche nella materia dei contratti pubblici, essendo funzione principale dell'organo la prevenzione di fenomeni di riciclaggio e di corruzione nella suddetta materia, come indicato dall'articolo 222 del Codice. Le attività consistono: nella segnalazione al Governo e al Parlamento di gravi forme di inosservanza o di abusi della disciplina, nel suggerire modifiche idonee a contrastare le violazioni in materia di contratti pubblici e infine nel predisporre una relazione annuale a Governo e Parlamento in ordine all'attività svolta, indicando le problematiche riscontrate nel corso delle sue attività in materia di appalti pubblici.

Infine, vi sono le attività sanzionatorie, che devono essere svolte secondo le modalità e i principi enunciati dalla legge 689 del 1981, che vige ancora oggi come normativa generale in materia di sanzioni amministrative. I casi in cui l'ANAC è legittimata a predisporre sanzioni sono: a) situazioni in cui vi è violazione dei diritti di accesso ai sensi dell'articolo 36 comma 6 del Codice b) l'utilizzo di strumento abusivi volti a aggirare il sistema di

²⁸³ L. PONZONE *“Nuovo Codice dei Contratti Pubblici Ragionato”*, Neldiritto Editore, 2024 II edizione, Codici Ragionati Maior, pagina 493

qualificazione delle stazioni appaltanti e degli operatori ex art 63 comma 19 del Codice c) le ipotesi di omissione delle attività di comunicazione della documentazione richiesta dall'Autorità durante le attività di controllo d) i casi in cui si forniscano documentazioni false. L'ambito di applicazione dell'irrogazione delle sanzioni è stato ulteriormente ampliato con la riforma del ventitré ricomprendendovi: la corretta esecuzione dei contratti pubblici, il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e dei contraenti, nonché la gestione del sistema della banca dati sui contratti pubblici di cui all'art 23.

Le sanzioni possono distinguersi in base agli effetti che conseguono alla loro applicazione: vi sono sanzioni di natura pecuniaria e sanzioni che interdicono dalla partecipazione alle gare, di cui al comma 10 dell'articolo 222 del Codice.

Per quelle del primo tipo, l'ammontare della sanzione può arrivare a cinquemila euro, eccetto per i casi di omessa o falsa documentazione resa dall'impresa durante la gara o l'attività di vigilanza. Il provvedimento con cui viene irrogata la sanzione è l'ordinanza-ingiunzione, che viene adottato sulla base di parametri che valutano la gravità della fattispecie.

Le sanzioni interdittive trovano applicazione laddove vengano riscontrate delle irregolarità per falsa o omessa documentazione in ordine al possesso dei requisiti di partecipazione alle gare, fatta eccezione per quelle rese in ambito di SOA. I presupposti necessari per l'irrogazione delle sanzioni sono indicati all'articolo 94 comma 5 lettera e) ed f) del Nuovo Codice e le modalità di attuazione consistono nell'iscrizione da parte dell'ANAC dei nominativi dei soggetti interdetti nell'apposita banca dati istituita presso il medesimo organo. La banca dati è dotata di diverse *sezioni* contenenti i dati e le novità sulla partecipazione alle gare, che si distinguono sulla base del grado di accessibilità alle informazioni stesse (sezione a consultazione libera, sezione ad accesso riservato di sola consultazione e la sezione riservata esclusivamente all'ANAC); è comunque un segnale positivo quello di rendere accessibile anche agli operatori gli orientamenti mantenuti dall'organismo indipendente.

Tuttavia, il numero sostenuto di poteri riconosciutele non assume una valenza positiva, ma delinea due tipi di problematiche principali:

- in primo luogo, l'attribuzione di una moltitudine di poteri a tale organo è indice di una difficoltà da parte del legislatore di regolare in modo chiaro e organico la materia delle sanzioni e dell'esclusione dalle gare pubbliche

- inoltre, si segnala che tali attribuzioni vengano utilizzate come strumenti per disincentivare o incentivare determinati comportamenti delle stazioni appaltanti e dei responsabili del procedimento, i quali sono sottoposti a vere e proprie forme di deterrenza dal mantenere determinati comportamenti, ancor più intense rispetto a quelle ingenerate dai poteri della Corte dei conti. La logica che in questo si potrebbe condannare è la medesima già richiamata nei paragrafi precedenti, ed in particolare nella descrizione della legge Merloni, che ha destato perplessità da parte della dottrina, che ha fatto riferimento ad una “logica del sospetto”.

In particolare, rispetto a quest’ultima problematica si sono delineati degli orientamenti volti a privilegiare un’impostazione sempre più fondata sulla collaborazione tra Amministrazione, partecipanti alla gara e SOA nel procedimento sanzionatorio²⁸⁴. Sul tema, il Consiglio di Stato ha chiarito recentemente che dev’essere garantito il pieno contraddittorio nell’ambito dei procedimenti sanzionatori disposti dall’ANAC, così da assicurare la tutela delle posizioni dei soggetti sottoposti al procedimento. Inoltre, ha riconosciuto espressamente la natura perentoria dei termini di conclusione del procedimento, in linea con i più recenti orientamenti che si sono delineati nella giurisprudenza amministrativa.²⁸⁵ Nel caso in esame, l’ANAC ha rilevato che la S.O.A. avrebbe adottato una serie di comportamenti non conformi ai principi di diligenza, trasparenza ed indipendenza, compromettendo l’imparzialità dell’organismo di attestazione. Tali situazioni sarebbero state messe in atto sia direttamente, tramite individui legati alla S.O.A. a diverso titolo, sia indirettamente, attraverso soggetti terzi connessi da rapporti di parentela con i primi. L’Autorità ha ritenuto il legame parentale quale elemento sufficiente alla compromissione del requisito di indipendenza e ha qualificato tale circostanza come potenzialmente idonea a configurare un intreccio di interessi confliggenti che avrebbero minato la neutralità e l’imparzialità dell’organo di attestazione.

A fronte di tali addebiti, la S.O.A. ha proposto appello avverso la sentenza del T.A.R. Lazio, rilevando delle criticità nella parte in cui la decisione aveva disatteso i motivi di ricorso volti ad eccepire presunti vizi del procedimento sanzionatorio oggetto di contestazione. Nello

²⁸⁴ A. CAMARDA “Garanzia del contraddittorio e natura dei termini nei procedimenti sanzionatori dell’ANAC”, “Giornale di diritto amministrativo”, Note a sentenza, numero 1, 1 gennaio 2024, pagina 88

²⁸⁵ Cons. Stato Sez. V, sentenza numero 5969 del 16 giugno 2023, dove i giudici di Palazzo Spada si sono concentrati su due questioni controverse in materia amministrativa: l’importanza della partecipazione procedimentale dei soggetti coinvolti nel procedimento sanzionatorio e la perentorietà dei termini processuali.

specifico, l'appellante ha lamentato, da una parte, la violazione del principio del contraddittorio procedimentale, sancito dalla normativa vigente, e, dall'altro l'intervenuta decadenza dei poteri sanzionatori esercitabili da parte dell'ANAC, a seguito della mancata osservanza dei termini perentori previsti a tal fine.

In ordine agli eventi, in data 10 giugno 2015, l'ANAC ha avviato un procedimento sanzionatorio nei confronti della S.O.A., consentendo alla società di presentare deduzioni e di richiedere un'audizione, tenutasi il 21 ottobre 2015. A seguito dell'audizione, il Consiglio dell'Autorità ha disposto una richiesta di integrazione degli atti, trasmessa all'organismo di attestazione, il 26 ottobre 2015. In risposta a tale richiesta, la società ha trasmesso nuove controdeduzioni, a seguito delle quali, l'ANAC, anziché inviare una nuova comunicazione sulle risultanze istruttorie fornendo gli esiti dell'attività istruttoria, ha provveduto direttamente all'adozione del provvedimento sanzionatorio finale il 16 dicembre 2015, impedendo sostanzialmente alla S.O.A. l'esercizio del diritto a un ulteriore contraddittorio procedimentale. In sede di primo grado, il T.A.R. ha ritenuto che la violazione dell'Autorità fosse solo formale, in quanto la società abbia comunque presentato la memoria dopo aver ricevuto la comunicazione di integrazione del procedimento il 26 ottobre 2015, privilegiando un orientamento sostanzialistico di sanatoria verso il procedimento.

D'altra parte, il Consiglio di Stato ha ravvisato che tale memoria fosse in realtà comunicata durante una fase di "pre istruttoria", da distinguere dalla nuova fase di istruttoria che si è configurata a partire dalla comunicazione di integrazione di avvio del procedimento, la quale avrebbe determinato l'instaurazione di un nuovo contraddittorio tra le parti su quanto rilevato dal Consiglio dell'Autorità il 21 ottobre 2015.²⁸⁶

Nel ragionamento posto in essere dal Consiglio di Stato sono stati richiamati gli articoli 41 e 42 del Regolamento, disposto con il Provvedimento 26 febbraio 2014, recanti la disciplina di attuazione dell'articolo 8, comma 4, del D. Lgs. 163 del 2006 sulle sanzioni amministrative, che prescriveva all'ANAC l'obbligo di comunicazione delle risultanze istruttorie al soggetto sottoposto al procedimento, in modo tale da consentirgli di visionare

²⁸⁶ Cons. Stato Sez. V, sentenza numero 5969 del 16 giugno 2023, dove afferma: *"la fase pre-istruttoria che prende avvio con la comunicazione di avvio del procedimento trasmessa dall'Autorità dell'interessato...stabilisce un primo momento di contraddittorio procedimentale, inerente alle prime contestazioni mosse dall'Autorità, in fase procedimentale, inerente alle prime contestazioni mosse dall'Autorità, in fase antecedente all'espletamento dell'istruttoria"*

gli elementi probatori acquisiti in relazione alle contestazioni addebitate, elemento omesso nel caso di specie. La Suprema Corte rafforza il proprio orientamento anche sulla base della distinzione tra la fase prima comunicazione di avviso del procedimento iniziale e quella integrativa: nel primo caso, infatti, l'avviso contiene l'oggetto e la possibile sanzione che potrebbe essere irrogata al termine del procedimento dall'Autorità, senza che venga verificata la sussistenza dei presupposti necessari al fine di irrogare la sanzione. Del resto, l'Autorità possiede un numero di informazioni decisamente più circoscritto nella prima istruttoria e ciò giustificherebbe l'autonomia da riconoscersi ai due procedimenti istruttori.

Tale impostazione denota la necessità di assicurare un pieno esercizio del diritto di difesa, fondamentale ai fini della legittimità dell'adozione del provvedimento sanzionatorio.²⁸⁷

Il Consiglio di Stato oltre ad aver richiamato la norma di cui sopra, ritiene che il dovere di assicurare una piena partecipazione al procedimento irrogante sanzioni amministrative discenda non solo da fonti di rango nazionale, ma anche dall'articolo 6 della CEDU, in ragione delle garanzie che devono essere comunemente riconosciute prima di procedere con l'applicazione di misure afflittive.

La decisione del Consiglio di Stato tratta anche della questione concernente la natura dei termini che regolano il procedimento sanzionatorio dell'ANAC. La società impugnante ha infatti eccepito che l'ANAC fosse informata delle circostanze ben prima della comunicazione di avvio del procedimento, con il superamento del termine di sessanta giorni intercorrenti tra il momento in cui viene acquisita la documentazione e quello della comunicazione di avvio del procedimento. La Corte ha riconosciuto espressamente la natura perentoria dei termini, affermando che nel caso di specie, l'ANAC abbia atteso ingiustificatamente anni prima di avviare il procedimento, decadendo dal legittimo esercizio dei poteri sanzionatori. L'orientamento mantenuto dal Consiglio di Stato si fonda sul principio di legalità vigente in materia amministrativa volto a garantire i diritti di difesa del destinatario del provvedimento, i quali, nel caso di specie, consisterebbero nell'assicurare la certezza sia dei termini

²⁸⁷ Id.: *“Differente appare pertanto la finalità del contraddittorio garantito nella fase di avvio del procedimento, in cui l'Ufficio comunica ai sensi dell'art 40 del Regolamento l'oggetto del procedimento...senza che siano presenti completi elementi istruttori sui quali contraddire, né tantomeno sia prefigurata la sussistenza dei presupposti per l'adozione di un provvedimento sanzionatorio. Il contraddittorio previsto dall'art 42 pertanto non poteva essere bypassato all'esito dell'integrazione della comunicazione di avvio del procedimento, comportante, giova rimarcarlo, una regressione procedimentale, dovendosi garantire il contraddittorio rafforzato nell'ipotesi in cui si ritengano sussistenti i presupposti per l'adozione del provvedimento sanzionatorio, potendo l'interessato solo in tale fase interloquire sulle risultanze istruttorie”*

procedurali sia degli effetti che conseguiranno all'adozione del provvedimento, con riguardo alla definizione della situazione giuridica del destinatario.²⁸⁸ Inoltre, la funzione dissuasiva tipica del procedimento sanzionatorio verrebbe meno in caso di mancato riconoscimento della natura perentoria dei termini, indipendentemente da una previsione espressa di legge.²⁸⁹ Nel caso in cui non si riconoscesse tale natura ai termini il limite temporale applicabile sarebbe quello del termine prescrizione quinquennale previsto dall'articolo 20 della L 689 del 1981, che lederebbe i diritti di difesa del destinatario del provvedimento, in ragione delle tempistiche eccessivamente lunghe nell'esercizio del potere sanzionatorio.²⁹⁰ Inoltre, riconoscere natura perentoria ai termini del procedimento sanzionatorio è significativo di un atteggiamento volto a delimitare l'esercizio del potere dell'Amministrazione, in una materia in cui ai soggetti sottoposti al procedimento devono essere riconosciute garanzie finalizzate a rendere sempre più certe le situazioni giuridiche potenzialmente compromesse dagli effetti del provvedimento.

**ii) La posizione del titolare effettivo e la segnalazione di operazioni sospette:
PNRR e appalti**

Gli istituti analizzati rispondono ad esigenze che coinvolgono l'intera economia nazionale e per comprenderne a pieno le problematiche e le soluzioni offerte è opportuno considerare gli orientamenti degli organi di indirizzo e di controllo, che vigilano sulla corretta applicazione dell'articolata disciplina della contrattazione pubblica e degli istituti connessi.

Alla luce dei paragrafi precedenti non sempre è di agevole comprensione l'individuazione dei contraenti affidabili per l'Amministrazione, soprattutto laddove vi siano persone giuridiche di notevole complessità che gestiscono importanti somme di denaro.

²⁸⁸ A. CAMARDA "Garanzia del contraddittorio e natura dei termini nei procedimenti sanzionatori dell'ANAC", "Giornale di diritto amministrativo", Note a sentenza, numero 1, 1 gennaio 2024, pagina 88

²⁸⁹ Cons. Stato, Sez. VI., sentenza numero 584 del 2021; Id., sentenza numero 1199 del 23 marzo 2016; Id. sentenza numero 3015 del 20 maggio 2011

²⁹⁰ Viene superato l'orientamento giurisprudenziale previgente opposto che affermava "L'affermazione secondo la quale la natura perentoria del termine di conclusione del procedimento deve essere accompagnata da un'esplicita previsione legislativa in tal senso, nella sua rigidità, da un lato, presuppone che il legislatore possa disporre in via esclusiva di valori di rilievo costituzionale o convenzionale al punto da rimetterla ad un'espresa previsione Dall'altro, porterebbe a concludere che anche qualora il legislatore costruisca una disciplina che premia la necessità del rispetto del termine di conclusione del procedimento in termini di normazione sostanziale, la mancanza di una locuzione esplicita ponga nel nulla l'impianto complessivo della disciplina"

In questo paragrafo si rifletterà della posizione del *c.d. Titolare effettivo*, che corrisponde ad una posizione giuridica descritta all'articolo 22 paragrafo 2 lettera d) del Regolamento del 2021 numero 241 e sulla quale grava la comunicazione di cui all'articolo 10 D. Lgs 231/2007. L'individuazione del titolare effettivo è una misura volta ad attenuare una serie di rischi nell'ambito dei rapporti tra privati e PA con riferimento all'antifrode e all'antiriciclaggio, che funge da parametro per accertare situazioni che rischiano di configurare conflitti d'interessi e comportamenti fraudolenti.²⁹¹

La Ragioneria dello Stato ha disposto un'integrazione delle "Linee Guida per lo svolgimento delle attività di controllo e di rendicontazione delle Misure PNRR di competenza delle Amministrazioni centrali e dei Soggetti Attuatori" attraverso la circolare numero 27 del 15 settembre 2023, che integra la numero 30 dell'11 agosto 2022. La numero 30/2022 è una Circolare adottata per definire sia le principali modalità di controllo che devono essere disposte dalle Pubbliche amministrazioni rispetto a soggetti privati, sia le attestazioni che devono essere rilasciate al termine degli stessi;²⁹² la numero 27 tratta invece specificatamente della posizione della rilevazione del titolare effettivo e della segnalazione delle operazioni sospette. Questi argomenti saranno oggetto di trattazione nelle righe che seguono, alla luce delle novità interpretative apportate con la Circolare del '23, le quali assolvono un ruolo cruciale alla prevenzione dei fenomeni di infiltrazione e di riciclaggio per i rapporti tra privato e Pubblica Amministrazione nella gestione degli appalti e del PNRR.

Il titolare effettivo è la persona fisica o l'insieme di persone fisiche che controllano una determinata attività d'impresa o la realizzazione di una determinata operazione, secondo la definizione del diritto comunitario recepita dal D. Lgs 231 del 2007. La normativa in questione si occupa di regolare all'articolo 20 i criteri attraverso i quali si possa desumere l'individuazione della titolarità effettiva per le persone giuridiche, laddove essa rischi di risultare più complessa da accertare. I criteri impiegati ai fini dell'individuazione sono sostanzialmente tre: a) criterio dell'assetto proprietario, secondo il quale il titolare effettivo coincida con la persona fisica o giuridica che detenga almeno il 25% di capitale sociale. Qualora la persona giuridica sia controllata è opportuno risalire al controllante a catena, come

²⁹¹ M. ROSSI "Titolare effettivo e segnalazioni sospette dopo la circolare n. 27/2023" "Azienditalia" numero 1 del 2024, pagina 7

²⁹²Per un approfondimento sulle responsabilità nell'ambito del PNRR V. M. MANCA; M. ROSSI; S. USAI, Guida pratica alla gestione dei fondi del PNRR, Rimini, 2022.

descritto espressamente dalla lettera b) del comma 2 della norma b) criterio del controllo, secondo il quale si accerta chi è il soggetto o il gruppo di soggetti che detiene il controllo della società, che coincide con il titolare del maggior numero di voti esercitabili in assemblea c) infine vi è un criterio residuale, che trova applicazione laddove i precedenti non siano risultati idonei all'individuazione del titolare effettivo, che attribuisce tale ruolo a colui che esercita i poteri di amministrazione o di direzione della società.

I primi due criteri possono essere impiegati in via cumulativa, senza che però sussista un vincolo interpretativo espresso della normativa comunitaria che imponga l'applicazione di ambedue i criteri al fine di individuare il titolare effettivo, con la conseguenza che si potrebbero impiegare anche in via alternativa. Diversa è l'ipotesi in cui dall'esame degli assetti proprietari si delinea l'individuazione di un determinato titolare effettivo, in questo caso non ci si deve limitare a considerarlo esclusivamente sulla base del criterio del controllo, ma bisogna avvalersi anche del criterio del controllo. È necessario, infatti, che la segnalazione abbia ad oggetto sia il nominativo del titolare effettivo identificato tramite il "criterio del controllo", sia quello individuato tramite il "criterio della proprietà", applicando i primi due criteri in via cumulativa.²⁹³

Nell'ambito del PNRR la titolarità effettiva viene segnalata mediante la registrazione presso il sistema informativo REGIS, di una serie di dati che vengono comunicati dagli appaltatori per l'accertamento delle titolarità effettive, attraverso l'utilizzo di appositi modelli informatici predefiniti, che la Circolare del '23 riporta in allegato nella parte finale. Il sistema REGIS si avvale a sua volta di una serie di sistemi informativi esterni che sono finalizzati a mantenere l'efficienza del sistema di registrazione e che operano inserendo i nominativi e i dati nell'apposita sezione nell'ambito dell'Anagrafica del Progetto. I sistemi informativi esterni trasmettono successivamente al sistema REGIS quanto comunicato dai destinatari, che assolvono quindi una funzione di interpolazione con il sistema principale.

Il sistema si avvale di:

- 1) un elenco dei nominativi dei titolari effettivi comunicati al sistema REGIS o rilevati dai sistemi informativi esterni con indicazione del loro Codice Fiscale
- 2) una tabella di riepilogo dei nominativi dei titolari effettivi

²⁹³ V. Consiglio Nazionale del Notariato, "Commissione antiriciclaggio, Studio 1 2023 B- La ricerca del titolare effettivo", il documento è anche stato espressamente richiamato all'interno della Circolare 27 del 2023 con riferimento all'individuazione del titolare effettivo

Qualora le informazioni pervenute non siano sufficienti ad individuare la titolarità effettiva l'Amministrazione è tenuta a coadiuvare sia gli enti privati sia gli Enti Pubblici nella compilazione della documentazione contenente i dati necessari. Da un punto di vista temporale, la comunicazione e la registrazione dei dati avvengono contestualmente alla fase di selezione con specifico riguardo alla materia del PNRR, oppure generalmente a quella di aggiudicazione dell'appalto.

Il soggetto delegato attuatore procede con dei controlli formali che si estendono sui dati forniti da coloro che partecipano alla gara, dopodiché procede con controlli specifici sugli aggiudicatari, che consistono in una verifica sulla correttezza delle modalità di raccoglimento dei dati. Successivamente, il soggetto delegato attuatore sarà tenuto ad attestare all'Amministrazione la conferma circa l'identificazione del titolare effettivo, registrando le documentazioni rilasciate dagli aggiudicatari con l'allegazione delle visure e delle comunicazioni. Nell'ambito del PNRR si prevede un obbligo aggiuntivo per le Amministrazioni, ovvero che siano tenute a svolgere delle comunicazioni in ordine ai dati forniti in primo luogo in via formale dai partecipanti alla selezione e successivamente dai destinatari dei fondi. Importante sottolineare che i soggetti attuatori sono tenuti a certificare di aver svolto le comunicazioni circa la rilevazione della titolarità effettiva anche in fase di rendicontazione del progetto.

La circolare 27 del 2023 ha tentato di delineare inoltre gli ambiti in cui le Amministrazioni siano tenute a prestare particolare attenzione alle c.d. operazioni sospette. Nella seconda parte della medesima si segnala la consapevolezza della Ragioneria di Stato circa il ruolo cruciale che le segnalazioni assumono nelle procedure di scelta del contraente per l'affidamento di lavori, forniture e servizi ai sensi delle norme del Codice civile²⁹⁴. Sempre nella delineazione delle materie dove assumono importanza tali forme di segnalazione, si richiama inoltre l'ambito dei sussidi pubblici ed in generale i procedimenti volti a disporre un provvedimento di concessione o autorizzazione.

Le Amministrazioni sono tenute a procedere con la segnalazione di operazioni sospette da parte di intermediari tramite il gestore antiriciclaggio, colui che è incaricato di valutare la sussistenza di fenomeni di antiriciclaggio da comunicare alla UIF, ovvero l'Ufficio di

²⁹⁴ M. ROSSI *“Titolare effettivo e segnalazioni sospette dopo la circolare n. 27/2023”* *“Azienditalia”* numero 1 del 2024 pagina 9

informazione per l'Italia. Tale Ufficio è stato istituito presso la Banca d'Italia dal D. Lgs 231 del 2007, in attuazione della direttiva 2005/60 CE che presuppone la presenza in ciascuno stato di una Financial Intelligence Unit, che persegue le finalità di contrasto al fenomeno del riciclaggio di denaro mediante sia attività di analisi delle informazioni oggetto di segnalazione sia di controllo delle operazioni. La segnalazione non costituisce una *notitia criminis*, bensì la comunicazione di un'informazione che sussista una situazione sintomatica del riciclaggio e che potrebbe essere conseguentemente meritevole di un controllo più specifico.²⁹⁵

Nella segnalazione delle operazioni sospette l'Amministrazione sarà tenuta a designare il gestore antiriciclaggio, che svolgerà il compito di monitorare il rischio che si verifichino fenomeni di riciclaggio di denaro nelle attività dell'ente. Le attività svolte dal gestore si sostanziano nella verifica di informazioni ricevute dagli uffici dell'Amministrazione che ingenerino il sospetto di un'anomalia, dopodiché egli dovrà valutare se comunicare o meno tali informazioni al UIF attraverso una comunicazione di operazione sospetta. La comunicazione deve avere ad oggetto le valutazioni compiute dal gestore del riciclaggio, nonché le caratteristiche soggettive e oggettive sulle quali le medesime si fondano. Ed è proprio in questo ambito che diventa a sua volta cruciale l'individuazione del titolare effettivo ai sensi dell'articolo 20 del D. Lgs 231 del 2007.

Venendo al presupposto che legittima la comunicazione, il gestore del riciclaggio è tenuto a segnalare la presenza di un rischio per le Pubbliche Amministrazioni laddove sussistano ragionevoli motivi che siano in corso operazioni finalizzate al riciclaggio di denaro o che comunque abbiano origine illecita. Il sospetto si desume da una serie di caratteristiche connesse alla natura e all'entità delle operazioni, nonché dal tipo di operazione che si prende in esame, alla luce di una serie elementi fattuali.²⁹⁶

²⁹⁵ G. CATALDI "Riciclaggio e corruzione. Prevenzione e controllo tra fonti interne e internazionali", "Il D. Lgs. 231/2007 e la normativa d'attuazione. Il contributo dell'UIF alla lotta alla corruzione", Courmayeur, 28-29 settembre 2012, uif.bancaditalia.it

²⁹⁶ D. Lgs. 231/2007, "Attuazione della direttiva 2005/60/CE concernente la prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo nonché della direttiva 2006/70/CE che ne reca misure di esecuzione" articolo 35: "I soggetti obbligati, prima di compiere l'operazione, inviano senza ritardo alla UIF, una segnalazione di operazione sospetta quando sanno, sospettano o hanno motivi ragionevoli per sospettare che siano in corso o che siano state compiute o tentate operazioni di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo o che comunque i fondi indipendentemente dalla loro entità, provengano da attività criminosa"

Tuttavia, per accertare in modo più definito gli elementi che potrebbero ingegnare un sospetto sull'operazione e quindi legittimare in modo più solido la comunicazione al UIF, la Circolare 27 del 2023 individua degli indicatori di anomalia, che supportano la valutazione e la decisione sulla comunicazione del gestore antiriciclaggio.²⁹⁷

Gli indicatori sono riconducibili a quattro macrocategorie di profili di rischio concernenti:

- a. gli assetti proprietari: fattispecie legate ad esempio a strutture societarie opache (alla luce delle visure camerali), complesse strutture di controllo, imprese controllate da soggetti che appaiano come prestanome, oppure società gestite da persone con meno di 25 o più di 75 anni
- b. le informazioni disponibili rispetto agli esponenti, soci o titolari effettivi della società: qualora ad esempio le medesime siano rappresentate socialmente da soggetti privi di esperienze per il settore in questione, in assenza di un apparato gestorio efficiente o che si siano verificati eventi pregiudizievoli verso i soci
- c. modalità dei rapporti tra l'Amministrazione e la documentazione presentata dall'impresa: come comportamenti volti ad evitare un contatto diretto con l'Amministrazione, o l'impresa che deleghi soggetti sconnessi rispetto all'attività svolta, o ancora ipotesi di rifiuto dell'impresa di rispondere alle richieste di comunicazione delle informazioni
- d. le situazioni economiche, finanziarie e patrimoniali: come il capitale sociale in negativo, fatturati molto limitati, variazioni anomale del patrimonio netto, oppure assenza o irregolarità dei bilanci.

Dopo che viene effettuata la segnalazione sulla base di questi criteri da parte del gestore antiriciclaggio, la UIF esegue una serie di analisi di tipo economico finanziario volte ad individuare l'origine dei fondi impiegati per realizzare l'operazione, in modo tale da supportare le attività di indagine che saranno eventualmente condotte da parte dell'autorità giudiziaria.²⁹⁸

²⁹⁷Per l'indicazione di tutti i criteri V. Circolare 27/2023 della Ragioneria dello Stato nell'Annesso informativo recante i *“Profili comportamentali a rischio da tenere presenti ai fini dell'individuazione e dell'invio di comunicazioni di operazioni sospette all'Unità di informazione finanziaria per l'Italia”*

²⁹⁸ M. ROSSI *“Titolare effettivo e segnalazioni sospette dopo la circolare n. 27/2023”* *“Azienditalia”* numero 1 del 2024 pagina 10

5.3 Conclusioni

Il quadro descritto segnala una difficoltà del legislatore, della giurisprudenza e anche della dottrina di rendere totalmente compatibile la materia delle cause di esclusione dalla contrattazione pubblica, nonché quella connessa, regolante i provvedimenti volti a garantire rapporti sani tra Amministrazione e privato cittadino, con l'insieme di garanzie di cui si è trattato in questa tesi.

Nonostante ciò, il legislatore, nel corso degli anni, ha perseguito interessi differenti, volti a garantire non più esclusivamente una contrattazione "diligente" dell'Amministrazione nella scelta dell'operatore a cui affidare il contratto, ma ha sviluppato anche un insieme di strumenti volti ad anticipare le condotte potenzialmente fraudolente degli operatori, cercando di limitare le lesioni potenzialmente arrecabili alle Amministrazioni, perseguendo il fine dell'efficienza di un settore impattante per l'economia nazionale quale quello degli appalti pubblici.

A partire dagli anni 80' tra gli operatori e le Amministrazioni è accresciuta la consapevolezza della vulnerabilità della materia dei contratti pubblici rispetto all'insediamento di rapporti con la criminalità e ciò ha comportato sempre una maggior connessione tra la disciplina dei requisiti di partecipazione alla contrattazione pubblica e quella delle misure di prevenzione. Rispetto a tali istituti è opportuno segnalare un atteggiamento interpretativo dinamico degli operatori giuridici, basti pensare alla natura affittiva che veniva riconosciuta alle misure preventive nel momento in cui sono state introdotte nel nostro ordinamento e a come oggi vengono interpretate, strutturate, nonché applicate.

Il quadro dei poteri sanzionatori nell'ambito dei contratti pubblici è ancora oggi estremamente disarticolato, il che rende ancor più complesso ricostruirne in modo preciso i presupposti e individuarne l'ambito di applicazione. La questione generalmente più problematica si rileva rispetto al perimetro entro il quale possa essere legittimamente esercitato il potere di sanzionare o escludere gli operatori, determinando un inevitabile appesantimento del numero di contenziosi in materia.

Le cause di queste disfunzioni sono molteplici, ma se dovesse esserne individuata una principale, probabilmente, potrebbe rinvenirsi nella difficoltà interpretativa che le materie in esame ingenerano negli operatori del diritto.²⁹⁹

In questo senso, emblematica è la misura della confisca che, nonostante i tentativi giurisprudenziali, dottrinali e legislativi di renderla compatibile con le garanzie costituzionali non si ritiene, ancora oggi, pienamente conforme alle stesse. L'efficienza dello strumento da una parte eccede l'obiettivo di sottrarre beni illegali alla criminalità organizzata e l'applicazione di tale misura trova i propri presupposti in schemi presuntivi che non sono pienamente compatibili con le garanzie da riconoscere ai cittadini. La chiave si è rinvenuta nel principio di proporzionalità, che guida in generale l'attività dell'Amministrazione, specialmente nella disposizione delle misure di prevenzione, e che permette, a prescindere da qualsiasi funzione assolta dalle medesime, di renderle, per lo meno il più possibile, compatibili con le garanzie costituzionali che entrano in gioco. Nel caso della confisca, la proporzionalità potrebbe essere "accompagnata" da un'individuazione da parte del legislatore del *quantum* potenzialmente confiscabile, non necessariamente ricorrendo a un tetto massimo o minimo, ma prevedendo una serie di indicatori predefiniti che legittimino l'autorità giudiziaria o amministrativa a ritenere ragionevolmente necessaria la disposizione della misura, secondo la logica della gradualità delle misure di prevenzione.

L'arsenale degli strumenti della prevenzione economica antimafia ha infatti sempre di più assunto una fisionomia gradualistica, tuttavia coesistono nella materia, ancora oggi, alcune zone d'ombra, come la sovrapposizione di competenze tra la giurisdizione amministrativa e quella penale, la mancata definizione specifica dell'ambito di esercizio dei poteri tra Prefetto e Tribunale di sorveglianza o ancora i rapporti controversi tra organismi indipendenti ed enti pubblici. L'insieme di queste dinamiche determina una serie di pregiudizi, patiti dai soggetti sottoposti a misure preventive, consistenti in danni reputazionali e perdite di redditività, che non riguardano solo le imprese colluse dal sistema criminale, ma anche quelle qualificabili come "vittime" dello stesso. Forse, una possibile soluzione a tali problematiche di fondo potrebbe consistere nel regolare in modo più certo i coordinamenti tra le autorità designate alla prevenzione dell'infiltrazione della criminalità organizzata nell'economia, ottenendo

²⁹⁹ E. D'ALTERIO "I poteri sanzionatori in materia di contratti pubblici", "Giornale di diritto amministrativo" numero 1 del 2022, pagina 108

probabilmente l'effetto di rafforzare i meccanismi di controllo e di monitoraggio delle imprese operanti nell'ambito degli appalti pubblici, al fine di evitare abusi delle autorità e comportamenti fraudolenti degli operatori.

Comunque, è doveroso segnalare che la legislazione abbia tentato di consolidare maggiori certezze nel corso degli ultimi anni, come per l'istituto dell'illecito professionale grave, a seguito della riforma introdotta nel nuovo Codice, mediante la previsione di uno schema normativo più specifico nell'individuazione della casistica, in soccorso a tutti quelli operatori, che riversavano in uno stato di incertezza a fronte della modesta determinatezza della fattispecie. La determinatezza assume tra l'altro un ruolo essenziale proprio nella materia in esame dal momento in cui la prevenzione della criminalità nel settore della contrattualistica pubblica presupporrebbe un doppio binario punitivo: da una parte i procedimenti amministrativi gestiti dai T.A.R. e dall'altra i procedimenti penali. Affinché sia ammissibile la coesistenza di questi schemi, è orientamento consolidato della giurisprudenza che vengano rispettati principi fondamentali come quello del *ne bis in idem*, il cui rispetto è assicurato solo attraverso una sufficiente determinatezza delle fattispecie.³⁰⁰

Sembra difficile immaginare che la materia delle misure di prevenzione si sottragga all'attenzione delle Corti, che fino ad oggi sono state un supporto importante, ma non hanno assolto un ruolo *demolitore* nella materia di prevenzione, così come strutturata nel nostro ordinamento. È cruciale mantenere un bilanciamento armonico tra le esigenze di tutela dell'interesse pubblico e la salvaguardia di tutti quei diritti fondamentali del cittadino o dell'ente sottoposto al procedimento, evitando di esporli agli *ingranaggi del Leviatano*. Tali prerogative devono essere garantite attraverso norme e principi che siano in grado di fare fronte a provvedimenti dell'Amministrazione non volti al perseguimento di un qualsiasi interesse pubblico tra i tanti perseguiti dall'attività statale, ma ad uno particolare: il contrasto alla criminalità organizzata. Non sono sufficienti formule dialettiche volte esclusivamente a richiamare le tutele costituzionali e convenzionali; gli operatori sono tenuti, ciascuno rispetto al proprio ruolo di competenza, a chiarire il significato lessicale delle disposizioni oggetto di analisi, al fine di eliminare i molteplici dubbi che insediano la materia e cercando di aspirare ad un'interpretazione uniforme della disciplina. Non è da escludere che al fine di rendere compatibili gli strumenti impiegati con il dettato costituzionale si

³⁰⁰ Corte Cost. sentenza numero 222 del 2019

debbano apportare delle implementazioni qualitative degli strumenti di indagine, come ad esempio avvenuto positivamente in ambito di controllo giudiziario volontario, al fine di assicurare una duttilità degli strumenti preventivi perché possano assumere differenti fisionomie d'invasività e non prestarsi a procedure rigide e complesse, specialmente dal momento in cui la criminalità mafiosa opera in modo tutt'altro che statico, mantenendo gli strumenti fraudolenti di cui si avvale sempre al passo con i tempi.³⁰¹

Dall'analisi della materia emerge che non sempre il legislatore sia in grado di recepire le esigenze del settore, per questo motivo, la giurisprudenza e i provvedimenti delle autorità amministrative assumono un ruolo centrale nella materia, sebbene tale impostazione rischi di assolvere uno schema tutt'altro che garantista, come rischia di profilarsi in materia di provvedimenti interdittivi prefettizi, dove le autorità amministrative godono di ampia discrezionalità.

In questo senso, l'interesse che si deve bilanciare rendendo ancora più complesse le possibili soluzioni nella disciplina in esame è la necessaria efficienza che dev'essere assicurata nelle procedure amministrative. A dimostrazione di ciò, la riforma del '23 ha messo in luce il principio di risultato, che assume un ruolo centrale nell'interpretazione delle norme istituite nella materia della contrattazione pubblica, oltre ad essere frutto del recepimento di vari orientamenti giurisprudenziali delle corti nazionali ed europee, che hanno segnalato la necessità di razionalizzare e semplificare le norme del settore della contrattazione pubblica.³⁰² Insieme al risultato, però, il legislatore ha inserito anche la fiducia come principio portante della materia, consapevole probabilmente di una potenziale collisione tra i due principi e riponendo nella trasparenza un ruolo cruciale nell'esercizio dell'attività amministrativa. Per tale ragione l'attività dell'Amministrazione nella materia d'appalti dev'essere guidata da tali principi cercando il minor sacrificio dell'uno o dell'altro in base

³⁰¹ V. MONGILLO, "Anatomia della prevenzione economico-aziendale antimafia", "Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia", 3-4/2023 pagina 537

³⁰² S. COLOMBARI, "I requisiti di partecipazione nel nuovo Codice dei contratti pubblici" "Giurisprudenza italiana", "Codice dei contratti pubblici dottrina e attualità giuridiche" agosto-settembre 2023 pagina 1968: "In conclusione, l'intervento del nuovo Codice sul tema dei requisiti di partecipazione e sugli istituti connessi appare adeguato rispetto alla L. delega: si riscontrano la razionalizzazione, la semplificazione e il riordino, il recepimento dei principi della giurisprudenza delle giurisdizioni superiori, l'adeguamento al diritto europeo. Peraltro, come si è osservato, la delega lasciava ampio spazio al legislatore delegato: il legislatore delegato (attraverso la Commissione speciale del Consiglio di Stato) ha improntato il codice al rispetto del principio del risultato, che è di orientamento anche rispetto alla elaborazione, interpretazione e applicazione delle norme oggetto del presente contributo."

alle peculiarità che concretamente si presentano. Il nuovo Codice, infatti, sebbene presenti degli elementi che nel corso degli anni saranno sicuramente oggetto di dibattito, ha avuto il merito di apportare un alleggerimento di alcuni vincoli, precedentemente vigenti, che andavano di fatto ad irrigidire eccessivamente la disciplina. A fronte di una normativa meno predefinita, il problema che si potrebbe riscontrare nell'applicazione delle norme del Codice, potrebbe consistere nel riconoscimento di un'eccessiva discrezionalità dell'Autorità Amministrativa, che significherebbe, meno certezze per i partecipanti alle procedure di gara. Quest'ultimo aspetto difficilmente si configurerà rispetto al self-cleaning, che è stato regolamentato dalla riforma specificando tassativamente le modalità e i casi in cui si può ricorrere a tale forma di istituto, la cui attuazione dovrà comunque essere concretamente verificata nell'applicazione della misura. Complessivamente le disposizioni sui principi nel nuovo Codice possono essere valutate in modo prevalentemente positivo. È significativo, innanzitutto, che siano stati enunciati dei principi, i quali definiscono in modo più puntuale le logiche sottostanti alla disciplina. Il principio della fiducia stesso, come enunciato nel Codice, è norma emblematica di un atteggiamento volto a privilegiare la funzione di prevenire i fenomeni corruttivi in materia, in modo tale da perseguire il valore fondamentale di un esercizio trasparente ed efficiente delle funzioni pubbliche.³⁰³

Al termine dell'analisi in questione e prendendo coscienza delle grandi difficoltà del sistema in esame, forse, sarebbe opportuno abbandonare gli schemi fissi predefiniti sui quali fondare l'essenza dell'intera disciplina, al fine di privilegiare soluzioni intermedie che non assumano posizioni assolutiste di bianco o nero; prendendo invece come spunto quello di delineare cataloghi e tipologie di casi sui quali possano essere soppesate le garanzie e le tutele realmente giustiziabili. In modo tale che nella materia degli appalti pubblici e della prevenzione alla criminalità organizzata si prenda sempre più consapevolezza della complessità che circonda la materia, soprattutto quando ad essere coinvolte siano prerogative fondamentali della nostra società quali l'uguaglianza, la dignità e la legalità dei rapporti economico sociali, tutti obiettivi che la Pubblica Amministrazione è tenuta a tutelare in favore dei cittadini.³⁰⁴

³⁰³R. CARANTA *“Il nuovo Codice dei contratti pubblici- I principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici art 1-12”* in *“Giurisprudenza italiana”*, numero 8 e 9, 1 agosto 2023 *“Commento alla normativa”*

³⁰⁴V. MONGILLO, *“Anatomia della prevenzione economico-aziendale antimafia”*, *“Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia”*, 3-4/2023 pagina 537

BIBLIOGRAFIA

- ALESCI *“I presupposti ed i limiti del nuovo controllo giudiziario nel codice antimafia”*, in *“Giurisprudenza italiana”*, numero 6,1 giugno 2018
- ALESSANDRIA *“La discrezionalità del legislatore e dell’amministrazione nell’attuazione della direttiva appalti”*, in *“Giornale di diritto amministrativo”*, numero 5, 1 settembre 2024
- AMARELLI, *“Interdittive antimafia e controllo giudiziario volontario: la Cassazione delinea un nuovo ruolo per le Prefetture?”*, in *“Sistema penale online”*, 10 aprile 2020
- AMORE *“Il deficit di tipicità delle interdittive antimafia”*, in *“Urbanistica e appalti”*; *“Giurisprudenza amministrativa”* numero 2, 1 marzo 2020
- BARTOLINI, *“Un chiarimento sul nuovo rapporto tra interdittive antimafia e controllo giudiziario volontario”*, in *“Diritto penale e processo”*, numero 11, 1 novembre 2020
- BASILICO *“Modifiche dei contratti pubblici prima della loro stipulazione. Una prospettiva pragmatica”*, in *“Urbanistica e appalti”*, numero 4, 2022
- BELLAGAMBA *“La gara d’appalto di lavori, la fase dell’affidamento: problemi e casi pratici risolti con la giurisprudenza”*, Milano, Giuffrè, 2003
- BIANCHI *“La prevenzione dell’infiltrazione delle organizzazioni criminali nel sistema economico locale. Responsabilità, ruolo degli enti locali e protocolli di legalità”*, in *“Azienditalia”*, numero 10, 1 ottobre 2011
- BIRITTERI, *“Accertamento dell’infiltrazione criminale nell’ente e controllo giudiziario volontario”*, in *“Giurisprudenza italiana”*, 1 luglio 2023
- BIRITTERI *“I nuovi strumenti di bonifica aziendale nel Codice Antimafia: amministrazione e controllo giudiziario delle aziende”* in *“Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell’economia”*, numero 3 e 4, 2019

- BONACCI *“Il riordino normativo nel settore degli appalti di opere pubbliche”*, “Camera dei deputati”, <https://bpr.camera.it>, *“Bollettino di informazioni costituzionali e parlamentari”*, numero 1 e 3, 1995
- CAMARDA *“Garanzia del contraddittorio e natura dei termini nei procedimenti sanzionatori dell’ANAC”*, in *“Giornale di diritto amministrativo”*, numero 1, 1 gennaio 2024,
- CARINGELLA *“Manuale di diritto amministrativo”*, Roma, Dike Giuridica Editrice, 2017
- CALDARELLI *“L’esclusione delle procedure ad evidenza pubblica per “grave illecito professionale”*, in *“Giornale di diritto amministrativo”*, numero 2, 1 marzo 2019
- CALVETTI, *“Controversie in tema di locazione di beni immobili e giurisdizione”*, in *“Urbanistica e appalti”*, numero 6, 1 novembre 2023
- CAMARDA *“Garanzia del contraddittorio e natura dei termini nei procedimenti sanzionatori dell’ANAC”*, in *“Giornale di diritto amministrativo”*, numero 1, 1 gennaio 2024“
- CANTONE, *“La riforma della documentazione antimafia: davvero solo un restyling”* in *“Giornale di diritto amministrativo”*, numero 8 e 9, 1 agosto 2013
- CARANTA *“Il nuovo Codice dei contratti pubblici- I principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici art 1-12”* in *“Giurisprudenza italiana”*, numero 8 e 9, 1 agosto 2023
- CARANTA E COSMIN DRAGOS, *“La mini-rivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici”*, in *“Urbanistica e appalti”*, numero 6, 1 maggio 2014
- CARBONE e LEO MEO, *“Osservatorio delle decisioni del Consiglio di Stato- atti di natura non provvedimentale dell’autorità per la vigilanza sui lavori pubblici”*, in *“Giornale di diritto amministrativo”*, numero 7, 1 luglio 2010
- CARRELLA, *“Il principio di tassatività delle cause di esclusione e dimostrazione del possesso della certificazione di qualità ai fini dell’ammissione al beneficio del*

- dimezzamento della cauzione*”, in www.ilnuovodirittoamministrativo.it, 19 novembre 2012
- CASCONI E VERDOLIVA, *“Il sistema modulare di bilancio nel circuito di programmazione-gestione-controllo”*, in *“Azienditalia”*, numero 3, 1 marzo 2007
 - CASSESE, *“Trattato di diritto amministrativo a cura di Sabino Cassese”*, *Diritto amministrativo generale, tomo primo*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 2000
 - CATALDI *“Riciclaggio e corruzione. Prevenzione e controllo tra fonti interne e internazionali”*, *“Il D. Lgs. 231/2007 e la normativa d’attuazione. Il contributo dell’UIF alla lotta alla corruzione”*, in uif.bancaditalia.it, Courmayeur, 28-29 settembre 2012
 - CERULLI IRELLI *“Il principio di conservazione dell’equilibrio contrattuale negli appalti pubblici”*, in *“Contratto e impresa”*, numero 3, 1 luglio 2024
 - CHIARAVIGLIO *“La misura di prevenzione dell’amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche; due pronunce del Tribunale di Milano”*, in *“Rivista dei dottori commercialisti”*, numero 1, gennaio-marzo 2017
 - CISTERNA *“I nuovi protocolli processuali delle misure di prevenzione”*, in *“Diritto penale e processo”* numero 6 del 2018
 - CLAUDIO *“Giornale di diritto amministrativo”*, numero 3, 1 marzo 1995, *“Commento alla normativa”*
 - CLAUDIO *“La riforma della legge Merloni”*, in *“Giornale di diritto amministrativo”* numero 3 del 1995
 - COCCHI *“Interdittiva antimafia e contratti pubblici: luci e ombre”*, in *“Azienditalia”* numero 5, 2020
 - COLOMBARI, *“I requisiti di partecipazione nel nuovo Codice dei contratti pubblici”* in *“Giurisprudenza italiana”*, *“Codice dei contratti pubblici dottrina e attualità giuridiche”*, agosto-settembre 2023
 - COLOMBARI *“Percorsi di giurisprudenza-L’esclusione dalle gare pubbliche: una misura residuale?”*, in *“Giurisprudenza italiana”*, numero 3, 1 marzo 2024

- COMMENDATORE: *“Le cause di esclusione dalle gare pubbliche: tra tassatività e interpretazione estensiva”*; in *“Urbanistica e appalti”*, numero 3, 1 maggio 2023
- COSTANTINI *“La confisca al crocevia tra criminalità d’impresa e impresa criminale: differenziazioni e contaminazioni di paradigmi”*, in *“Diritto penale e Processo”*, , numero 2, 1 febbraio 2023
- CONTESSA e A. LALLI *“Manuale di diritto amministrativo”*, La Tribuna, I edizione, Piacenza, 2021
- CONTESSA *“Il nuovo Codice dei contratti e la polimorfa nozione di gravi illeciti professionali”*, *“Urbanistica e appalti”*, 2018, numero 5
- CONTESSA *“L’Adunanza Plenaria sulla legittimazione all’impugnativa delle informative interdittive antimafia”*, in *“Urbanistica e appalti”* numero 6 del 2022
- COZZIO *“La nuova strategia europea in materia di appalti pubblici”*, in *“Giornale di diritto amministrativo”*, numero 1, 1 gennaio 2019
- COZZIO *“Le interdittive antimafia, buona amministrazione e tutela effettiva dell’appaltatore”*, in *“Giornale di diritto amministrativo”* numero 5 del 2020
- CRAVERO, *“Cause di esclusione negli appalti pubblici- Protocolli di legalità o Patti di integrità: la compatibilità con il diritto UE della sanzione di esclusione automatica dell’operatore economico inadempiente”*, in *“Giurisprudenza italiana”*, numero 6, 1 giugno 2016, “Note a sentenza”
- D’ALTERIO, *“I poteri sanzionatori in materia di contratti pubblici”*, in *“Giornale di diritto amministrativo”* numero 1 del 2022
- DE MURO, *“Self cleaning e organizzazione della impresa societaria”*, in Riv. Società 2021
- DE NICOTOLIS, *“Urbanistica e appalti”* numero 7, 1 luglio 1997
- DI MARIO *“Le modifiche dei contratti pubblici prima della loro stipulazione nell’ottica eurounitaria”*, in *“Urbanistica e appalti”*, numero 2, 1 marzo 2024

- FALCONE, TURONE, *“Tecniche di indagine in materia di mafia, in CSM, Riflessioni ed esperienze sul fenomeno mafioso, suppl. n. 2 al n. 3 della rassegna”, “Il Consiglio Superiore della Magistratura”, 1982*
- FERRARA *“Interesse e legittimazione al ricorso (ricorso giurisdizionale amministrativo)”*, in Dig.disc. pubbl., Torino 1993
- FINOCCHIARO *“La confisca “civile” dei proventi da reato”*, in *“Criminal Justice Network”*, Milano, 2018
- FINUOLI *“La confisca ante delictum e il principio di proporzione”*, Giappichelli Editore, Torino, 2021
- FORTE, *“Il nuovo codice antimafia e la tutela dei terzi”*, in *“Rivista di diritto penale contemporaneo”*, numero 11, 2017
- GIUSTINIANI e P. FONTANA, *“La tutela nei confronti delle infiltrazioni mafiose nelle attività economiche”*, in *“Giurisprudenza italiana”*, numero 6, 1 giugno 2017
- INFANTE ANTONIO; S. MENICHELLI *“Origini ed evoluzione della certificazione antimafia” “Diritto penale e processo”*, numero 12, 1 dicembre 1997
- LEONETTI *“Gli operatori economici e i requisiti di partecipazione”*, *“Speciale Nuovo Codice dei contratti pubblici”*, in *“Giornale di diritto amministrativo”*, numero 3, 1 maggio 2023
- MAIELLO, *“La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi”*, G. Giappichelli Editore, Torino 2015
- MANCA; ROSSI; USAI, *“Guida pratica alla gestione dei fondi del PNRR”*, Maggioli Editore, Rimini, 2022
- MANES *“L’ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione”*, in *“Riv. Italiana Processuale Penale”*, numero 3, 2015
- MARCHETTI *“Atti di aggiudicazione e poteri di rinegoziazione della pubblica amministrazione nei contratti ad evidenza pubblica”*, *“Giornale di diritto amministrativo”*, numero 5, 1 maggio 2003

- MASSARI E GRECO *“Le nuove direttive comunitarie sugli appalti”* parte I sezione I Maggioli editore, 2006
- MAUGERI *“La riforma delle misure di prevenzione patrimoniali ad opera della l. 161/2017 tra istanze efficientistiche e tentativi incompiuti di giurisdizionalizzazione del procedimento di prevenzione”*, in *“Archivio Penale”*, 9 marzo 2018
- MAZZACUVA *“I percorsi di riallineamento costituzionale della confisca di prevenzione nella recente riflessione dottrinale”* in *“Sistema Penale”*, 3 maggio 2023
- MAZZAMUTO, *“Il salvataggio delle imprese tra controllo giudiziario volontario, interdittive prefettizie e giustizia amministrativa”*, in *“Sistema penale”*, 3 marzo 2020
- MAZZAMUTO; *“Le interdittive prefettizie tra prevenzione antimafia e salvataggio delle imprese”*; *“Giurisprudenza Italiana,”* numero 10, 1 ottobre 2018
- MAZZETTI, DONATI, BIRITTERI, *“La legislazione antimafia”*, *“Le riforme del diritto italiano”*, *“I nuovi strumenti di bonifica aziendale nel Codice antimafia: amministrazione e controllo giudiziario nelle aziende”*, Zanichelli 2020
- MENDITTO, *“Le misure di prevenzione e la confisca allargata”*, Giuffrè Editore, Milano, 2017
- MENDITTO *“Le misure di prevenzione patrimoniali: profili generali”*, *“Giurisprudenza italiana”*, numero 6, 1 giugno 2015
- MERLO *“Ancora controversi i rapporti fra controllo giudiziario “volontario” e interdittive”*, *“Giurisprudenza Italiana”*, *“Codice antimafia-controllo giudiziario”*, dicembre 2023
- MINELLI *“White List e interdittive antimafia”* *“Urbanistica e appalti”* numero 5, 1 settembre 2019
- MOLINARI, *“Misure di prevenzione”*, in Enc. Dir., Giuffrè Editore, Milano, 1998
- MONGILLO, *“Anatomia della prevenzione economico-aziendale antimafia”*, *“Rivista trimestrale di diritto penale dell’economia”*, numero 3 e 4, 1 luglio 2023

- MONGILLO E PARISI, *“L’intervento del giudice penale e dell’autorità amministrativa nella gestione societaria, tra impresa lecita, “socialmente pericolosa”, e mafiosa: alla ricerca di un disegno”*, in *“Rassegna economica”*, numero 1 del 2019
- MONTEDORO *“La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo Codice dei contratti pubblici”* in *giustizia-amministrativa.it*, 2023
- NAPOLI, *“Imprese vittime della criminalità organizzata ed esclusione dalle pubbliche gare”*, *“Urbanistica e appalti”*, numero 12, 1 dicembre 2009
- NERI; *“Informativa antimafia e contrasto alla criminalità organizzata”*, *“Il corriere del Merito”*, numero 8 e 9, 1 settembre 2010
- PATRITO, *“La regolarizzazione documentale: dal diritto europeo ai diritti nazionali (Belgio, Francia, Italia)”*, *“Urbanistica e appalti”*, 1 gennaio 2015,
- PERFETTI *“Codice dei contratti pubblici commentato”*, commentari ipsoa, Wolters Kluwer
- PONZONE *“Nuovo Codice dei Contratti Pubblici Ragionato”*, Neldiritto Editore, II edizione, Codici Ragionati Maior, 2024
- ROMANO *“Il controllo giudiziario: tra esigenze di tutela dell’ordine pubblico e diritto d’impresa”* *“Diritto Penale e Processo”*, numero 9, 1 settembre 2023
- ROSSI *“Titolare effettivo e segnalazioni sospette dopo la circolare n. 27/2023”* in *“Azienditalia”*, numero 1, del 1 gennaio 2024
- RUSSO *“Le misure patrimoniali antimafia applicabili agli enti”*, in *“Archivio penale”*, numero 3, 2012
- . SALAMONE, *“L’efficacia temporale delle interdittive antimafia e le procedure di revisione. Si tratta veramente di un ergastolo imprenditoriale?”*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2023
- SPANGHER, *“La lunga transizione”*, in *“Ilpenalista.it”*, 19 marzo 2018
- TONNARA *“Informative antimafia e discrezionalità del prefetto”*, in *“Urbanistica e appalti”* numero 2, 1 marzo 2017

- TORIELLO *“L’amministrazione dell’azienda sottoposta a sequestro preventivo, tra prassi applicative e prospettive di riforma”*, *“Cassazione penale”*, 2017
- URBANI, *“Le nuove direttive sugli appalti pubblici e le concessioni. L’efficienza della committenza pubblica e il mercato unico”*, *“Giornale di diritto amministrativo”*, numero 12, 1 dicembre 2014
- VIPIANA *“L’organizzazione amministrativa e i suoi mezzi”* 2019 Wolters Kluwer Italia
- VISCONTI *“Contro le mafie non solo confisca ma anche bonifiche giudiziarie per imprese infiltrate: l’esempio milanese”*, in *“www.penale contemporaneo.it”*, 20 gennaio 2012
- VISCONTI *“Strategie di contrasto dell’inquinamento criminale dell’economia: il nodo dei rapporti tra mafie e imprese”*, in *“Rivista italiana di diritto processuale penale”* numero 2, 2014

GIURISPRUDENZA

- Cassazione Civile, Sezione III, sentenza numero 13345 del 7 giugno 2006
- Cassazione Penale, Sezione II, sentenza numero 3883 del 19 novembre 2019
- Cassazione Penale, Sezione II, sentenza numero 9122 del 5 marzo 2021
- Cassazione Penale, Sezione V, sentenza numero 32688 del 31 gennaio 2018
- Cassazione Penale, Sezione VI, sentenza numero 22395 del 24 maggio 2023
- Cassazione Penale, Sezione VI, sentenza numero 33264 del 8 settembre 2021
- Cassazione, Sezione Unite, sentenza numero 12621 del 16 marzo 2017
- Cassazione, Sezione Unite, sentenza numero 4880 del 26 giugno 2014
- Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, Sezione giurisdizionale, sentenza numero 257 del 03 agosto 2016
- Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, Sezione giurisdizionale, sentenza numero 842 del 11 ottobre 2021
- Consiglio di Stato, Adunanza Generale, parere numero 2 del 1 febbraio 2004
- Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza numero 5 del 4 maggio 2018
- Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza numero 9 del 25 febbraio 2014

- Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza numero 13 del 7 maggio 2013
- Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza numero 16 del 28 agosto 2020
- Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza numero 19 del 29 novembre 2021
- Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza numero 20 del 29 novembre 2021
- Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza numero 21 del 7 giugno 2012
- Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza numero 21 del 29 novembre 2021
- Consiglio di Stato, Sezione III, sentenza numero 1349 del 26 febbraio 2019
- Consiglio di Stato, Sezione III, sentenza numero 1553 del 6 marzo 2019
- Consiglio di Stato, Sezione III, sentenza numero 1559 del 2017
- Consiglio di Stato, Sezione III, sentenza numero 1700 del 20 febbraio 2023
- Consiglio di Stato, Sezione III, sentenza numero 1743 del 3 maggio 2016, cit.
- Consiglio di Stato, Sezione III, sentenza numero 20215 del 2017
- Consiglio di Stato, Sezione III, sentenza numero 2085 del 5 maggio 2017
- Consiglio di Stato, Sezione III, sentenza numero 2327 del 16 maggio 2017
- Consiglio di Stato, Sezione III, sentenza numero 2343 del 18 aprile 2018
- Consiglio di Stato, Sezione III, sentenza numero 3506 del 11 giugno 2018
- Consiglio di Stato, Sezione III, sentenza numero 4086 del 25 giugno 2020
- Consiglio di Stato, Sezione III, sentenza numero 4421 del 27 giugno 2019
- Consiglio di Stato, Sezione III, sentenza numero 452 del 20 gennaio 2020
- Consiglio di Stato, Sezione III, sentenza numero 492 del 24 gennaio 2018
- Consiglio di Stato, Sezione III, sentenza numero 5203 del 4 ottobre 2012
- Consiglio di Stato, Sezione III, sentenza numero 539 del 22 gennaio 2019
- Consiglio di Stato, Sezione III, sentenza numero 5784 del 2018
- Consiglio di Stato, Sezione III, sentenza numero 6105 del 5 settembre 2019
- Consiglio di Stato, Sezione III, sentenza numero 6205 del 14 ottobre 2020
- Consiglio di Stato, Sezione III, sentenza numero 6322 del 16 marzo 2018
- Consiglio di Stato, Sezione III, sentenza numero 759 del 30 gennaio 2019
- Consiglio di Stato, Sezione III, sentenza numero 820 del 7 febbraio 2018
- Consiglio di Stato, Sezione III, sentenza numero 9398 del 2 novembre 2023
- Consiglio di Stato, Sezione IV, sentenza numero 4207 del 6 agosto 2014
- Consiglio di Stato, Sezione IV, sentenza numero 5989 del 19 giugno 2023

- Consiglio di Stato, Sezione IV, sentenza numero 7471 del 27 novembre 2020
- Consiglio di Stato, Sezione IV, sentenza numero 8371 del 15 dicembre 2021
- Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza numero 1645 del 16 febbraio 2023
- Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza numero 1871 del 5 gennaio 2018
- Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza numero 2801 del 20 marzo 2023
- Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza numero 2726 del 15 marzo 2023
- Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza numero 3507 del 4 giugno 2020
- Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza numero 3595 del 21 luglio 2015
- Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza numero 4363 del 30 maggio 2022
- Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza numero 4644 del 5 ottobre 2017
- Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza numero 5205, 26 maggio 2023
- Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza numero 5496 del 11 ottobre 2002
- Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza numero 5969 del 16 giugno 2023
- Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza numero 5922 del 28 agosto 2019
- Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza numero 6281 del 13 dicembre 2002
- Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza numero 6541, 12 ottobre del 2004
- Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza numero 7104 del 4 dicembre 2006
- Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza numero 7723 del 27 ottobre 2021
- Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza numero 7870 del 21 agosto 2023
- Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza numero 8864 del 18 ottobre 2022
- Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza numero 1199 del 23 marzo 2016
- Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza numero 22395 del 24 maggio 2023
- Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza numero 3015 del 20 maggio 2011
- Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza numero 33264 del 8 settembre 2021
- Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza numero 3910, 7 agosto 2015
- Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza numero 4421 del 27 giugno 2019
- Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza numero 584 del 2021
- Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza numero 6541, 12 ottobre del 2004
- Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza numero 7104 del 4 dicembre 2006
- Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza numero 8081 del 6 dicembre 2021
- Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza numero 9596 del 3 novembre 2022

- Consiglio di Stato, Sezione VII, sentenza numero 9596 del 3 novembre 2022
- Corte Cost. sentenza numero 222 del 15 luglio 2019
- Corte costituzionale, sentenza numero 24 del 2019
- Corte di Cassazione, Sezione Unite, sentenza numero 12621 del 16 marzo 2017
- Corte di Giustizia, Grande Sez., sentenza numero 66 del 21 dicembre 2023
- T.A.R. Campania, Napoli, Sezione II, sentenza numero 6507 del 10 dicembre 2014
- T.A.R. Piemonte, Sezione I, sentenza numero 702 del 29 luglio 2022
- T.A.R. Puglia Bari, Sezione I, sentenza numero 744 del 9 giugno 2016
- T.A.R. Puglia Bari, Sezione II, sentenza numero 275 del 18 febbraio 2020
- T.A.R. Sicilia, sentenza numero 3036 del 2020
- Tribunale di Milano, Sezione misure di prevenzione, Decreto numero 59 del 6 maggio 2019

NORMATIVA

- Circolare ministeriale numero 1/2439 dell'8 giugno 1983
- Circolare ministeriale numero 400/123 del 4 Novembre 1982
- Decreto-legge numero 90 del 24 giugno 2014
- Decreto legislativo numero 159 del 6 settembre 2011
- Decreto legislativo numero 163 del 12 aprile 2006
- Decreto legislativo numero 36 del 31 marzo del 2023
- Decreto legislativo numero 50 del 18 aprile del 2016
- Direttiva 26 febbraio 2014, numero 2014/24/UE, Parlamento europeo
- Legge numero 78 del 21 giugno 2022
- Legge numero 152 del 6 novembre 2021
- Legge numero 190 del 6 novembre 2012
- Legge numero 55 del 19 marzo 1990

- Legge numero 575 del 31 maggio 1965
- Legge numero 689 del 24 novembre 1981
- Regio Decreto numero 827 del 23 maggio 1924

ALTRE FONTI

- ANAC, Determinazione n. 1 dell'8 gennaio 2015
- ANAC atto di segnalazione numero 1 del 21 gennaio 2015, in www.anticorruzione.it
- ANAC linee guida n.6, di attuazione del D. Lgs. 1 aprile 2016, n. 50
- Autorità garante della concorrenza del mercato, *“Appalti pubblici e concorrenza”*
- Consiglio Nazionale del Notariato, “Commissione antiriciclaggio, Studio 1 2023 B- La ricerca del titolare effettivo”
- Corte di Cassazione *“Relazione dell’Ufficio del Massimario e del ruolo della Corte di Cassazione”* numero 56 dell'8 luglio 2020
- Libro Bianco COM (85) 310, Milano, 28 e 29 giugno *Completing the Internal Market: White Paper from the Commission to the European Council*
- NAPOLITANO *“Committenza pubblica e principio del risultato”* Relazione al Codice Convegno “Il nuovo Codice degli Appalti Avvocatura dello Stato”, Roma, 27 gennaio 2023
- Parere della Commissione europea nell’ambito della procedura di infrazione numero 4646 del 1995, reso il 23 marzo 1998
- Parere del Consiglio di Stato, commissione speciale del 12 ottobre 2001 numero 1084

SITOGRAFIA

- <https://archiviopenale.it>
- <https://bpr.camera.it>
- <https://dejure.it>
- Ipenalista.it
- onelegale.wolterskluwer.it
- uif.bancaditalia.it
- www.anticorruzione.it
- www.giustiziaamministrativa.it
- www.ilnuovodirittoamministrativo.it
- www.sistemapenale.it
- www.penalecontemporaneo.it
- www.sistemapenale.it

RINGRAZIAMENTI

Vorrei sinceramente ringraziare coloro che mi hanno permesso di svolgere l'attività di ricerca e sviluppare l'elaborato: il professor Giovanni Acquarone, che mi ha trasmesso l'importanza e il valore di seguire ciò che appassiona, e la professoressa Paola Frulio, che mi ha supportato con dedizione nella realizzazione del progetto.

Un affettuoso ringraziamento ai miei genitori e ai miei cari amici, che mi hanno sempre motivato a raggiungere i miei obiettivi e supportato a perseguire le mie ambizioni.

Con grande affetto vorrei ringraziare i miei nonni materni: Lillo e Natalina, che da sempre mi guidano e mi permettono di diventare una persona più consapevole e diligente attraverso il loro esempio.

E un ringraziamento prezioso a Matilde, con la quale ho condiviso l'emozione di intraprendere, proseguire e concludere il mio percorso universitario, che è stato reso ancor più speciale grazie a lei.