

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI “FEDERICO II”
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA



DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO DELL'ECONOMIA
XXXV CICLO

Settore scientifico – disciplinare
IUS/10 – Diritto amministrativo

MISURE STRAORDINARIE EX ART. 32 D.L. 90/2014. POTERI PREFETTIZI E
TUTELA DELLE IMPRESE CONTROINTERESSATE.

EXTRAORDINARY MEASURES EX ART. 32 D.L. 90/2014. PREFECTS POWERS AND
COMPANIES CONCERNED PROTECTION

Coordinatore:
Prof. Massimo Iovane

Candidata:
dott.ssa Aurora Esposito

Tutor:
Prof. ssa Renata Spagnuolo Vigorita

Anno Accademico 2021/2022

INDICE

INTRODUZIONE	6
--------------	---

CAPITOLO I

L'inquinamento criminale dell'economia: dall'approccio repressivo al paradigma preventivo

1. Criminalità tra mercato e diritti;	10
1.1. Le esigenze di regolarità dei contratti pubblici tra diritto europeo e legislatore nazionale;	14
2. Muoversi sul campo dell'anticipazione: prevenzione amministrativa e il problema della discrezionalità. Uno sguardo d'insieme.	19
3. Strategie di contrasto alla criminalità del profitto;	27
3.1. Il modello inabilitativo - stigmatizzante e l'incapacitazione economica delle aziende;	27
3.2. Il modello prospettico – cooperativo e la garanzia della continuità aziendale;	35
4. Commissariamento e commissariamenti: l'eccezione che diventa regola?	38
4.1. L'amministrazione straordinaria delle imprese insolventi;	39
4.2. Il commissariamento delle imprese nel d.lgs. 231/2001;	42
4.3. L'amministrazione giudiziaria delle aziende nel Codice Antimafia;	45
5. Misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio delle imprese ai sensi del d.l. 90/2014;	49
5.1. La vicenda giudiziaria EXPO 2015. Uno (s)bilanciamento in favore della conclusione dell'opera e la recessività della tutela delle imprese controinteressate;	51
6. Sulla scia di EXPO 2015: la legge 17 ottobre 2017, n. 161 e il decreto legge 6 novembre 2021, n. 152 (<i>cenni e rinvio</i>).	58

CAPITOLO II

Misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio delle imprese. Sforzi ricostruttivi e incoerenze ermeneutiche. Sulla natura giuridica e la *ratio legis* dell'intervento pubblico ex art. 32 d.l. 90/2014

1. Art. 32 d.l. 90/2014: un primo tentativo di inquadramento dogmatico;	64
2. Delimitazione soggettiva dell'ambito di applicazione delle misure straordinarie;	66
2.1. Le misure di commissariamento nel settore sanitario;	70
3. Delimitazione oggettiva dell'ambito di applicazione delle misure straordinarie;	71
4. Il nodo della qualificazione giuridica: la natura cautelare e temporanea delle misure straordinarie;	73
5. Misure straordinarie e intervento pubblico a invasività crescente. Declinazione normativa del criterio di proporzione;	74

5.1. Tra interesse pubblico al completamento dell'opera e misure di <i>self cleaning</i> dell'impresa. Alla ricerca di una <i>ratio</i> unificatrice tra il comma 1 e il comma 8 dell'art. 32.	83
--	----

CAPITOLO III

Latitudine della discrezionalità amministrativa e procedimento. Dequotazione della legalità formale e valorizzazione della legittimità procedimentale

1. Coerenza delle misure straordinarie con il principio di legalità. Aspetti critici;	88
2. Presupposti applicativi ai sensi del comma 1 art.32;	90
2.1. I reati-matrice;	90
2.2. I presupposti “ <i>generici</i> ”: il rischio dell'indeterminata latitudine della discrezionalità amministrativa;	95
3. Presupposti applicativi ai sensi del comma 10 art. 32;	102
3.1. L'informazione antimafia interdittiva quale fondamento e perimetro dell'esercizio del potere;	102
3.2. La salvaguardia di preminenti interessi pubblici;	108
4. Alla ricerca di limiti alla discrezionalità amministrativa: ragionevolezza del procedimento e proporzionalità della decisione;	113
5. Procedimento di applicazione delle misure tra il Presidente dell'Anac e le Prefetture;	118
5.1. La procedimentalizzazione del potere di iniziativa del Presidente dell'Anac;	119
5.2. Le valutazioni del Prefetto competente <i>ratione loci</i> ;	124
5.3. Procedimento di applicazione monofasico: iniziativa e definizione prefettizia;	130
6. Natura della discrezionalità prefettizia e sindacato giurisdizionale.	135

CAPITOLO IV

Limiti all'esercizio della libera iniziativa economica e lesione del principio di concorrenza. Riverberi di un bilanciamento complesso sull'attività di impresa e sul sistema delle tutele

1. Il carattere ablatorio/conformativo delle misure straordinarie <i>ex art. 32</i> e le conseguenti implicazioni sul piano costituzionale e convenzionale;	141
2. Limiti e criticità della gestione commissariale: la difficile convivenza con il regime di amministrazione ordinaria e la destinazione degli utili;	145
2.1. Il ruolo dei commissari prefettizi nell'ipotesi di commissariamento antimafia. Un confronto con le prerogative commissariali <i>ex art. 143 T.U.E.L.</i>	150
3. Tra risoluzione del rapporto e realizzazione dell'opera: i poteri della stazione appaltante;	154

4.	Le sorti dell'interdittiva antimafia e le ipotesi di caducazione delle misure straordinarie;	158
5.	Le imprese colpite da interdittiva prefettizia: mitigazione della misura o ulteriore "condanna"?	161
6.	Riverberi processuali di una disuguaglianza sostanziale;	164
7.	I terzi controinteressati e il <i>vulnus</i> della mancata tutela;	170
8.	Le misure straordinarie <i>ex art.32</i> e la prova di resistenza innanzi alla giurisprudenza interna e sovranazionale: verso una possibile (ri)qualificazione sostanziale?	174

CAPITOLO V

Nuove frontiere di prevenzione e contrasto delle infiltrazioni della criminalità nell'economia. Quale spazio per le misure prefettizie *ex art. 32*? Una prospettiva evolutiva

1.	Criticità irrisolte e aporie normative;	181
2.	Il (mancato) coordinamento con le misure di prevenzione giudiziali del Codice Antimafia;	182
2.1.	In particolare, il controverso rapporto con l'istituto del controllo giudiziario;	184
3.	L'ultimo approdo del modello prospettico – cooperativo: problemi di ipertrofia normativa;	189
3.1.	Una nuova prospettiva per la prevenzione amministrativa antimafia: la prevenzione collaborativa;	191
3.2.	Tentativi di inquadramento delle misure straordinarie <i>ex art. 32 d.l. 90/2014</i> nel nuovo panorama normativo. Questioni vecchie e nuove;	197
4.	Una prospettiva <i>de jure condendo</i> .	202
	BIBLIOGRAFIA	206

Introduzione

La sussistenza di un inestricabile connubio di cointeressenze tra imprenditoria legale e criminalità organizzata non è argomento inedito, né per lo studioso né per il legislatore.

Si tratta, invero, di una acquisizione ormai risalente agli anni '90 del secolo scorso e che è andata progressivamente confermandosi negli anni successivi, ove, ad un affinamento delle tecniche normative di contrasto, hanno fatto seguito più subdole capacità delle consorzierie criminali di adattarsi ai nuovi scenari politici e sociali.

Tanto, ha convinto il legislatore dell'ultimo trentennio ad approntare, in una affannosa rincorsa alla "*lotta alla criminalità*"¹, ogni tipo di strumento che potesse ritenersi idoneo per assicurare la tutela dell'ordine pubblico economico, in nome di una supposta emergenza criminale di cui si può, forse, rintracciare l'inizio, ma non ancora la fine.

Le misure messe in campo, non sempre coerenti né appropriate, oscillano tra il diritto penale e il diritto amministrativo, di cui è stata accentuata la vocazione anticipatoria, sulla base di una accresciuta consapevolezza – anch'essa tutt'altro che recente - per cui "*è meglio prevenire i delitti, che punirli. Questo è il fine principale di ogni buona legislazione, che è l'arte di condurre gli uomini al massimo della felicità o al minimo d'infelicità possibile, per parlare secondo tutti i calcoli dei beni e dei mali della vita.*"².

Alla consapevolezza della necessità di muoversi sul campo dell'anticipazione è corrisposto l'approntamento di una strategia di contrasto multilivello, atta a tenere insieme l'arma del contrasto penale con quella della prevenzione, via via arricchendo la costellazione di strumenti amministrativi che consentano di anticipare la soglia di protezione dell'ordine pubblico economico ad una fase antecedente rispetto agli esiti degli accertamenti giudiziari.

Questo approccio, seppur lodevole negli intenti, si muove, tuttavia, su un terreno scivoloso, che è quello del rapporto tra autorità e libertà, dell'equilibrio, precario e instabile, tra istanze securitarie e istanze di libertà.

Il rischio, infatti, è che a mezzo di "*quel potente e suggestivo elemento di legittimazione che è il topos della lotta alla mafia*"³, trovino cittadinanza nell'ordinamento strumenti di prevenzione che rischiano di porsi in contrasto – o quanto meno in difficile compatibilità – con i principi posti ad architrave dello Stato di diritto.

A tale pericolo, sono esposte anche le misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio delle imprese introdotte dall'art. 32 d.l. 90/2014 (conv. in l. 114/2014), che tradiscono, già dall'impostazione semantica, la natura di strumenti che nascono, si muovono e si sviluppano in un contesto che non è ordinario e che, in quanto tale, giustifica il ricorso a risposte normative eccezionali.

¹ Così C. Visconti, *Strategie di contrasto dell'inquinamento criminale dell'economia: il nodo dei rapporti tra mafie e imprese*, in Riv. It. dir. proc. pen., n. 2/2014;

² C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Milano, 1764, ed. a cura di A. Burgio, Milano, 2014.

³ In questi termini, A. Longo, *La "massima anticipazione di tutela". Interdittive antimafia e sofferenze costituzionali*, in Federalismi, 16 ottobre 2019, 30.

Il presente progetto di ricerca, dunque, principia dall'analisi di tali misure *extra ordinem*, per effettuare una indagine, in chiave critica, in merito alla loro effettiva coerenza con i principi costituzionali e convenzionali.

Ma, le misure qui oggetto di studio costituiscono, in realtà, un ponte per affrontare alcune tra le più complesse questioni emerse, in dottrina e in giurisprudenza, in ordine alle misure amministrative di prevenzione, di cui largo uso è stato fatto dal legislatore nell'ambito del contrasto alla criminalità d'impresa.

Il filo rosso che lega le tematiche affrontate, quindi, è quello della dialettica tra poteri amministrativi e diritti dei privati, per calare i termini di detto bilanciamento nell'ambito delle misure straordinarie di cui all'art. 32 d.l. 90/2014.

Il percorso d'indagine seguito si snoda secondo una prospettiva diacronica, che muove dal particolare al generale e, di nuovo, dal generale al particolare.

In questo senso, la prima parte dell'elaborato svolge un'analisi di contesto tesa a ricostruire, tracciandone una evoluzione dinamica, gli strumenti tradizionalmente approntati dall'ordinamento per reagire all'inquinamento criminale nell'economia, guardando, in particolare, al settore dei contratti pubblici, bacino di utilità privilegiato dalle consorterie mafiose per le occasioni di guadagno ad esse connesse.

L'*excursus*, non propriamente storico, quanto politico - criminale, ha consentito di rintracciare due movimenti che hanno animato le scelte legislative in questa materia: un primo approccio, che si è voluto definire repressivo – stigmatizzante, interviene sulle imprese con effetti indiscriminatamente dissolutori, aggredendone la capacità economica o quella giuridica; il secondo, di più recente acquisizione, si fonda, in chiave rimediabile rispetto al primo, su una concezione più lungimirante sia sul piano micro che su quello macroeconomico.

Quest'ultimo modello, che si è definito prospettico – cooperativo, tende a realizzare l'interesse della tutela dell'ordine pubblico senza arrecare sproporzionato nocimento al tessuto economico e produttivo delle imprese, irrimediabilmente compromesso laddove colpito dagli strumenti interdittivi.

Per l'efficace attuazione di questo paradigma, pur senza abdicare alle esigenze di salvaguardia di valori fondamentali dell'ordinamento, il legislatore ha spesso fatto ricorso alle figure commissariali, soggetti terzi, di nomina amministrativa o giudiziale, che vengono inseriti - in via eccezionale e temporanea - nella compagine gestoria di un'impresa affinché garantiscano, senza neutralizzarne le capacità economiche, il soddisfacimento di interessi pubblici primari.

Ed è, in effetti, alla figura di un commissario che ricorre anche il legislatore nel momento in cui è chiamato ad approntare nuovi strumenti a tutela dell'integrità delle commesse pubbliche, ideando, al fine di garantire la realizzazione delle opere connesse all'evento Expo 2015, un istituto che consentisse di contemperare la duplice esigenza di non compromettere l'esecuzione dell'appalto e di non far conseguire un utile a un operatore economico potenzialmente compromesso.

Pertanto, così ricostruito il contesto normativo e storico in cui calare le misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio delle imprese, la ricerca, nel passare da un orizzonte generale a una prospettiva di maggiore dettaglio, giunge ad effettuare una prima analisi del dato normativo di cui all'art. 32 d.l. 90/2014.

Detta indagine, che costituisce essenziale punto di partenza logico per le considerazioni che sono state sviluppate nel prosieguo dell'elaborato, ha inteso, *in primis*, ricostruire la natura giuridica e il perimetro di applicazione oggettivo e soggettivo di detto strumento, analizzando, contestualmente, le varie tipologie di intervento che si rinvencono sotto la comune cornice dell'art. 32 d.l. 90/2014.

Quindi, vengono sin da subito isolate le tre differenti tipologie di misure straordinarie a invasività crescente contemplate dall'art.32 d.l. 90/2014: quelle di cui al comma 1, lett. a) e b), che prevedono, rispettivamente, la rinnovazione degli organi sociali e la straordinaria e temporanea gestione dell'impresa, e quella, dall'ottica decisamente maggiormente orientata alla salvezza dell'azienda, prevista dal comma 8, di sostegno e monitoraggio dell'impresa.

In secondo luogo, è stata indagata la *ratio legis* dell'intervento pubblico, rinvenendo qui i primi risvolti problematici di misure il cui dichiarato intento di perseguimento dell'interesse pubblico, finisce, tuttavia, per considerare, in particolare all'ottavo comma, strumenti di accompagnamento e risanamento dell'impresa.

Sono qui immediatamente isolati, seppur *in nuce*, i nodi maggiormente problematici dell'istituto, solo parzialmente dissipati dalla progressiva emanazione di quello strumento di *fast law* che sono le Linee Guida predisposte, in materia, dall' Anac e dal Ministero dell'Interno.

A questo punto, la ricerca si dipana secondo un duplice filone d'indagine, che vuole cogliere i profili di maggiore criticità dell'istituto e, per il suo tramite, dell'intero sistema preventivo.

Un primo versante è quello relativo alla perimetrazione del potere valutativo dell'amministrazione nell'adozione delle misure di cui all'art. 32 d.l. 90/2014, cui di seguito fa da contraltare, rovesciando la prospettiva di indagine sulle imprese destinatarie degli strumenti di prevenzione, l'analisi del grado di afflittività delle misure e, dunque, la loro coerenza sistematica.

Per ciò che concerne il primo aspetto, invero, il margine particolarmente ampio di apprezzamento dei Prefetti si coglie, in particolar modo, guardando al dettato del comma 1 dell'art. 32 d.l. 90/2014, ove il legislatore fa ricorso, nell'individuazione dei presupposti per l'adozione della misura, a concetti vaghi e indeterminati, alla cui ampiezza potrebbe corrispondere un campo valutativo altrettanto ampio a carico dell'autorità prefettizia, con il suo pregiudizievole portato in termini di rispetto del principio di legalità, sotto il profilo della determinatezza del potere amministrativo.

In altri termini, si devolve ai Prefetti l'effettiva realizzazione di quel temperamento tra garanzia e salvaguardia della libera concorrenza tra imprese e il buon andamento della pubblica amministrazione, attraverso “*un complesso di poteri che afferiscono alla delicatissima funzione di tutela dei principi di democrazia sostanziale nel nostro ordinamento*”⁴.

Il superamento delle perplessità avanzate in merito alla compatibilità di tali misure con il principio di legalità passano per la massima valorizzazione della legittimità procedimentale, consentendo di recuperare, tramite l'attuazione di un equo e giusto procedimento, in piena attuazione dei canoni di proporzionalità e ragionevolezza, la coerenza costituzionale delle misure. La stessa che si assicura, invero, ove si guardi alle

⁴ V. Salamone, *La documentazione Antimafia nella normativa e nella giurisprudenza*, Napoli, 2019.

tutele esperibili nell'ambito del procedimento amministrativo e all'ampiezza dello scrutinio rimesso all'autorità giudiziaria.

A tale tipo di indagine, volta a verificare la logicità - per così dire - interna dell'istituto, se ne affianca una che, allargando il piano di analisi, vaglia i possibili precipitati in termini di compressione della libertà di impresa. Si sottopone a scrutinio qui, l'effettivo grado di afflittività della misura della gestione temporanea e straordinaria delle aziende per comprendere se possa dirsi ben calibrata la reazione dell'ordinamento alla permeabilità dell'operatore economico alle infiltrazioni criminali ovvero, se si debbano preferire altri strumenti che possano dirsi più aderenti, anche ad un ulteriore principio che qui viene in gioco, che è quello relativo alla tutela della libera concorrenza. Sotto questo ultimo aspetto, si analizzano quindi le tutele esperibili dai terzi controinteressati, categoria le cui istanze paiono essere state trascurate dal legislatore in nome di una più pressante salvaguardia degli interessi pubblici.

Nel capitolo conclusivo, infine, estendendo nuovamente il perimetro dell'analisi dal particolare al generale, le misure straordinarie *ex art. 32*, vengono messe in raffronto con gli altri strumenti predisposti dal Codice antimafia, di cui si evidenziano le difficoltà di coordinamento e i profili di potenziale sovrapposizione dovuti all'ipertrofia normativa che ha, da sempre, conosciuto questa materia.

L'analisi effettuata, a questo punto, non omette di considerare anche le più recenti innovazioni legislative, *medio tempore* intervenute nel corso della ricerca, che hanno condotto - tra l'altro - all'introduzione dell'istituto della collaborazione preventiva.

La riforma del 2021, pare porre le basi per una rivoluzione copernicana nell'ambito della legislazione antimafia, nel segno di un più accorto equilibrio del rapporto tra autorità e libertà, riaffermando, anche in questo settore, la piena validità delle garanzie partecipative previste dalla l. 241/1990, e valorizzando, in chiave recuperatoria, le istanze privatistiche degli operatori economici.

La questione, dunque, che si pone all'attenzione dello studioso, è quella di chiedersi, nell'attuale panorama normativo, cosa resta di strumenti che sono il portato di un'emergenza che, invero, perde i caratteri della straordinarietà per ricollocarsi, invece, nel solco di una meno ideologica e più razionale politica di contrasto alla criminalità.

Capitolo I

“L’inquinamento criminale dell’economia: dall’approccio repressivo al paradigma preventivo”

1. Criminalità tra mercato e diritti; 1.1. Le esigenze di regolarità dei contratti pubblici tra diritto europeo e legislatore nazionale; 2. Muoversi sul campo dell’anticipazione: prevenzione amministrativa e il problema della discrezionalità. Uno sguardo d’insieme; 3. Strategie di contrasto alla criminalità del profitto; 3.1. Il modello repressivo- stigmatizzante e l’incapacitazione economica delle aziende; 3.2. Il modello prospettico – cooperativo e la garanzia della continuità aziendale; 4. Commissariamento e commissariamenti: l’eccezione che diventa regola? 4.1. L’amministrazione straordinaria delle imprese insolventi; 4.2. Il commissariamento delle imprese nel d.lgs. 231/2001; 3.3. L’amministrazione giudiziaria delle aziende nel Codice Antimafia; 5. Misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio delle imprese ai sensi del d.l. 90/2014; 5.1. La vicenda giudiziaria EXPO 2015. Uno (s)bilanciamento in favore della conclusione dell’opera e la recessività della tutela delle imprese controinteressate; 6. Sulla scia di EXPO 2015: la legge 17 ottobre 2017, n. 161 e il decreto legge 6 novembre 2021, n. 152 (*cenni e rinvio*)

1. Criminalità tra mercato e diritti ⁵

L’analisi a svolgersi affonda le sue radici nella lettura congiunta di tre diversi termini di un rapporto complesso e multiforme, che si muove in maniera trasversale nella realtà empirica, prima ancora che nell’ordinamento giuridico, che, proprio per la sua vastità, finisce per stagliarsi su un orizzonte problematico assai ampio.

La prospettiva da cui si intende esaminare questa tematica trae l’abbrivio dall’analisi delle misure tese a prevenire e contrastare la diffusione di fenomeni criminogeni nell’economia legale, poste in costante bilanciamento con l’esigenza della tutela dei diritti, per tali intendendosi non solo i diritti di coloro che sono direttamente interessati dalle misure di prevenzione e contrasto ma anche, ampliando la visuale d’indagine, i diritti di coloro che da tali misure risultano attinti in via mediata, in quanto soggetti comunque interessati dall’attività di impresa.

Il mercato, da questa prospettiva, è il teatro in cui si muove e alimenta il rapporto dialettico tra contrasto alla criminalità e tutela dei diritti, scenario di azione dell’autorità pubblica che tende a sottrarre le imprese alla criminalità.

Infatti, laddove si consideri che le organizzazioni criminali hanno, tra le loro principali finalità, l’acquisizione di profitto è indubbio che, pur senza abdicare alle tradizionali attività illecite lucrative – quali estorsioni e traffico di stupefacenti - , le mafie del XXI secolo si

⁵ Il titolo di questo paragrafo ha tratto ispirazione dall’omonimo seminario, tenutosi l’11 novembre 2019 a Viterbo, e organizzato dall’Università degli Studi della Tuscia su iniziativa del Gruppo di Ricerca dell’Università della Tuscia in Scienze criminologiche e forensi, investigazioni e sicurezza.

siano evolute sino a insinuarsi nell'economia legale⁶, sfruttando modalità operative che consentono di deviare in loro favore flussi di spesa pubblica, di investire le risorse illecitamente acquisite in attività imprenditoriali lecite, sino a utilizzare canali finanziari e bancari per raggiungere, e inquinare, il mercato globale⁷.

Si è parlato, in proposito, di “*imprenditorialità mafiosa*”⁸ volendo con tale espressione compendiare il passaggio da una visione della criminalità organizzata che si fonda sull'esercizio padronale e personale del potere mediante intimidazione, a nuove dinamiche di sfruttamento economico e finanziario di detto potere⁹. Tale deviazione strutturale dell'azione criminale si è spinta sino al punto di inverare il carattere imprenditoriale delle consorzierie mafiose: “*da elemento strumentale è divenuto fattore organico*”, consentendo “*l'inabissamento delle dinamiche criminali e la mimetizzazione dei capitali illegali, rendendo così sempre più complessa l'individuazione della linea di demarcazione tra attività illegale e attività imprenditoriale*”¹⁰.

⁶ Costituisce una fotografia di questo *trend* attuale e in continua crescita l'analisi rassegnata in Direzione Investigativa Antimafia, *Relazione semestrale al Parlamento. Luglio – Dicembre 2021*, in www.direzioneinvestigativaantimafia.interno.gov.it. In particolare, nell'ambito della relazione riguardante l'indagine dei fenomeni criminali condotta dalla D.I.A. nel secondo semestre 2021, si evidenzia come “*sulla base delle evidenze investigative, giudiziarie e di prevenzione, (si) conferma ancora una volta che il modello che ispira le diverse organizzazioni criminali di tipo mafioso appare sempre meno legato a manifestazioni di violenza e diversamente rivolto verso l'infiltrazione economico-finanziaria. [...] Le organizzazioni mafiose peraltro non appaiono più semplicemente orientate al “saccheggio parassitario” della rete produttiva ma si fanno impresa sfruttando rapporti di collaborazione con professionisti collusi la cui opera viene finalizzata a massimizzare la capacità di reinvestimento dei proventi illeciti con transazioni economiche a volte concluse anche oltre confine.*”.

⁷ Invero, la percezione del fenomeno in Italia è avvertita in maniera particolarmente preoccupante anche sul piano internazionale: “*Il fenomeno della criminalità organizzata ha raggiunto in Italia proporzioni davvero preoccupanti. I profitti smisurati che le associazioni di stampo mafioso traggono dalle loro attività illecite conferiscono loro un potere la cui esistenza mette in discussione la supremazia del diritto nello Stato*” (Cfr. Corte E.D.U., sent. 7 giugno 2014 Cacucci e Sabatelli c. Italia, ric. 29797/2009).

⁸ Sul tema, gran parte della dottrina penalista ha evidenziato come il ricorso a tale terminologia possa risultare fuorviante, o comunque non completamente rispondente a canoni giuridici *stricto sensu* intesi. In particolare, secondo E. Mezzetti, *L'impresa mafiosa*, in E. Mezzetti, L. Luparia Donati (a cura di), *La legislazione antimafia*, Bologna, 2020, 224, “*la figura in considerazione appare in massima parte criminologicamente sfuggente e dai contorni sfumati, tanto da non riuscirne a delineare i tratti del tipo che siano fruibili per l'interprete secondo le moderne categorie penalistiche, senza mettere in discussione l'applicazione conforme a legalità della disciplina di riferimento*”. Ancora, secondo G. Amarelli, *La contiguità politico-mafiosa. Profili politico-criminali, dommatici ed applicativi*, Roma, 2017, 23, le attitudini e le capacità delle organizzazioni mafiose di “*fare impresa*” e la possibilità di condizionare i mercati legali impongono, comunque, ai sodalizi criminali “*di porsi preliminarmente il problema delle relazioni con la politica e con gli altri settori della società civile e di trovare la via per potersi inserire in maniera mimetica nelle attività lecite o per avere la copertura per le attività illecite*”. Ritiene, invece, A. Mangione, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Padova, 2001, 497, che l'impresa mafiosa è un concetto “*che può conservare validità solo nell'ambito di una cornice di ricerca socio-criminologica o tutt'al più economica [...] le analisi economiche sulla criminalità organizzata ed i paradigmi esplicativi elaborati, non possono certamente pretendere di essere tradotti sic et simpliciter in una definizione giuridico-penale*”. Ritiene, inoltre, F. Iacoviello, *Concorso esterno in associazione mafiosa: il fatto non è più previsto dalla giurisprudenza come reato*, in Cass. pen., 2001, 2082, che “*Sociologicamente i fenomeni della criminalità economica e di quella mafiosa stanno diventando sempre più contigui fino a creare rapporti di simbiosi*”. Si cita, infine, sul tema, G. Fiandaca, voce *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in Dig. Disc. Pen., vol. VIII, Torino, 1994, 119, che rileva le contraddizioni di un modello criminale sussumibile all'interno del paradigma tra mafia e impresa.

⁹ F. Caringella, *Legislazione antimafia e appalti pubblici*, in Urb. e App., n.4/1997.

¹⁰ Così S. Pellegrini, *L'impresa grigia. Le infiltrazioni mafiose nell'economia legale. Un'analisi sociologico – giuridica*, Roma, 2018, 64.

A tal riguardo, infatti, è stato altresì evidenziato che l'indebita commistione tra criminalità ed economia legale si realizza secondo una duplice direttrice¹¹: su un versante si assiste ad una *imprenditorializzazione* delle mafie, con l'adozione da parte delle consorterie criminali di una organizzazione e un paradigma gestorio delle proprie attività in senso spiccatamente imprenditoriale, in questo caso discorrendosi di *impresa mafiosa*¹² in senso stretto; dall'altro l'inquinamento del sistema economico avviene anche attraverso il condizionamento di imprese geneticamente legali su cui, tuttavia, la criminalità organizzata esercita la propria influenza anche sfruttando la rete sistemica di relazioni nella c.d. "*società legale*"¹³.

Così, in maniera molto più silente, ma non per questo meno efficace, le mafie moderne si servono del mercato, falsandone le regole, aumentandone l'instabilità e deviando la concorrenza, sino ad attrarre nell'orbita del malaffare gli operatori economici legali, i quali, a loro volta, finiscono per essere interessati ad attingere a quella stessa rete relazionale, patrimoniale e illecita del mondo criminale, nel tentativo di assicurarsi una maggiore competitività sul mercato e, in ultima analisi, la loro stessa sopravvivenza.

Quello che, infatti, si registra con maggiore evidenza è che questo spostamento del baricentro degli interessi delle organizzazioni criminali, sempre più affine e contiguo ad ambiti dell'economia legale, ha finito con il tradursi in una serie di relazioni e cointeressenze tra imprenditoria e mafie non immediatamente sussumibili in un sistema binario di lettura della realtà. Detta commistione di interessi leciti e illeciti, la mancata possibilità di riconoscere con immediatezza – quantomeno attraverso le tradizionali categorie concettuali – l'impresa mafiosa e, quindi, il mancato stigma sociale, oltre che giuridico, rispetto ai soggetti che della stessa fanno parte, ha implementato il diffondersi di una "*cultura mafiosa*"¹⁴ che si alimenta ed è alimentata dal dilagare di più generali forme di illegalità¹⁵.

Sicché, il confine mobile e sfumato tra economia lecita e illecita ha imposto l'adozione di una strategia di contrasto necessariamente multiprospettica, che alla repressione penale *tout court* affiancasse strumenti di prevenzione di segno più propriamente amministrativo, che si muovano in nome della tutela di superiori interessi pubblici, quali, *in primis*, la salvaguardia dell'ordine e della sicurezza pubblica, nonché la tenuta della regolarità dei mercati e, dunque, dello sviluppo economico del Paese.

La reazione dello Stato a tale fenomeno, complici anche gli orientamenti emersi in ambito sovranazionale (di cui *infra*), si è gradualmente arricchito di numerosi strumenti di

¹¹ Così P. Marotta, P. Marotta, *Natura e limiti del potere amministrativo di prevenzione antimafia*, Milano, 2021, 5. Nel medesimo senso, si veda anche la ricostruzione effettuata da C. Visconti, *Strategie di contrasto dell'inquinamento criminale dell'economia: il nodo dei rapporti tra mafie e imprese*, in Riv. It. Dir. e Proc. Pen., n. 2/2014, 705 e ss.

¹² La definizione è ripresa da P. Arlacchi, *La mafia imprenditrice. Dalla Calabria al centro dell'inferno*, Milano, 2007.

¹³ Cfr. R. Sciarone, *Mafie vecchie, mafie nuove*, Roma, 2009, 46.

¹⁴ M. Renna, C. Micciché, *Appalti pubblici e prevenzione antimafia tra garanzie costituzionali ed europee*, in M. Immordino, N. Gullo (a cura di), *Diritto amministrativo e misure di prevenzione della criminalità organizzata*, Napoli, 2021, 136.

¹⁵ Tra di esse, a titolo esemplificativo, la realizzazione di fattispecie di matrice corruttiva si configura quale metodo endemico di regolazione dei rapporti tra imprese e amministrazioni pubbliche: in questo senso, se è vero che il ricorso alla corruzione ben può riscontrarsi nell'iniziativa economica di soggetti che, in questo modo, cercano illecitamente di ottenere posizioni di vantaggio rispetto ad altri operatori economici nei rapporti con i pubblici poteri, d'altra parte è tutt'altro che infrequente che tali fenomeni criminosi si inseriscano nell'ambito di una più ampia strategia della criminalità organizzata. In questi termini, N. Gullo, *Emergenza criminale e diritto amministrativo. L'amministrazione pubblica dei beni confiscati*, Napoli, 2017, 20.

contrasto cui, alle misure di matrice schiettamente penale, si sono affiancati ulteriori strumenti applicati, in via dichiaratamente preventiva, dall'autorità amministrativa: l'intento perseguito è quello di anticipare la soglia di protezione dell'ordine pubblico economico ad un momento antecedente rispetto agli esiti degli accertamenti giudiziari, scongiurando la possibilità che, nelle more del processo penale, le organizzazioni criminali conseguano, in tutto o anche solo in parte, vantaggi indebiti.

Questo approccio è stato da alcuni definito *diritto amministrativo dell'emergenza criminale* per indicare la “*torsione del diritto della sicurezza pubblica attraverso un ampliamento del suo quadro teleologico e del relativo strumentario giuridico*”¹⁶, giacché al fianco delle tradizionali finalità di tutela dell'ordine pubblico, si è fatta strada l'ulteriore necessità di preservare altri interessi di tenore generale, contenendo le ricadute negative delle misure di prevenzione penali e amministrative che potrebbero determinarsi in punto di salvaguardia dei livelli occupazionali, continuità nell'esecuzione dei contratti pubblici, ripristino della legalità in imprese contigue agli ambienti della criminalità organizzata.

Tuttavia – ed entra qui in gioco il terzo termine del rapporto dialettico che si è tentato di mettere in luce – l'inasprimento delle misure di prevenzione al dilagare dell'illegalità nell'economia ha posto in maniera progressivamente più evidente la questione inerente la piena rispondenza al principio di legalità di detta azione di contrasto, nella sua duplice veste di legalità – indirizzo e di legalità - garanzia¹⁷.

Infatti, sebbene le misure di prevenzione assecondino il dichiarato scopo di anticipare la soglia di reazione dell'ordinamento, risultando ad esse estranea alcuna finalità di tipo sanzionatorio-afflittiva, è indubbio che l'irrompere dello Stato nel ciclo vitale delle aziende – per quanto qui di specifico interesse – si traduca in compressioni significative della sfera giuridica dei destinatari e, in particolare, proprio di quel diritto di libertà di iniziativa economica tutelato dall'art. 41 della Costituzione¹⁸.

In proposito, sebbene si sia tradizionalmente ritenuto¹⁹ che l'affievolimento di determinate garanzie sia un accettabile corollario affinché si disponga di efficaci misure di contrasto alla tentacolare diffusione della criminalità nell'economia, d'altra parte è

¹⁶ Così, N. Gullo, *Emergenza criminale e diritto amministrativo*, op.ult.cit., 24.

¹⁷ Per una prima definizione, nei termini di cui sopra, cfr. D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2021, 36 e ss.

¹⁸ In dottrina il dibattito circa la riconducibilità del diritto di libertà di iniziativa economica ai diritti fondamentali è stato particolarmente ampio. In senso affermativo si è espresso, tra gli altri, V. Spagnuolo Vigorita, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli 1959, che ha interpretato la nozione di libertà economica come un aspetto del diritto alla realizzazione della propria personalità di cui all'art.2 Cost. Di converso, altra parte della dottrina pur non riconoscendo la libertà di iniziativa economica come diritto fondamentale, la riconduceva comunque ai diritti della persona (cfr. M. Luciani, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983; G. Morbidelli, *Iniziativa economica privata*, voce, in Enc. giur., vol. XVII, Roma, 1989; A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Padova 1992), ovvero quale una componente della libertà umana (si veda, in proposito, G. Minervini, *Contro la “funzionalizzazione” della impresa privata*, in Riv. dir. civ. 1958; P.F. Grossi, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione*, Padova, 1972). Risale invece alla concezione di G. Oppo, *L'iniziativa economica*, in *La Costituzione economica a quarant'anni dalla approvazione della carta fondamentale*, Atti del convegno 6-7 maggio 1988, Milano 1990, 52, la teoria per cui si tratti, in questo caso, di una libertà ma non di un diritto.

¹⁹ Su tutte, cfr. Cons. Stato, sez. VI, sent. 21 dicembre 2011, n. 6493, ove si legge che “*la natura sostanzialmente cautelare della misura è essa stessa sintomatica di quelle esigenze di celerità che (come espressamente previsto in tema di comunicazione d'avvio del procedimento, cfr. art. 7 l. n. 241/90) giustificano l'omissione della comunicazione partecipativa altrimenti prescritta, tenuto conto altresì che il procedimento in materia di informative prefettizie antimafia è caratterizzato da riservatezza ed urgenza.*”. In www.giustizia-amministrativa.it.

necessario che tali strategie di contrasto e prevenzione siano incardinate su stringenti valutazioni di ragionevolezza e di proporzionalità dell'intervento pubblico.

Il pericolo insito in questo approccio, infatti, è che sull'altare del ripristino della legalità violata siano irrimediabilmente compromessi interessi e diritti dei privati, peraltro finanche a prescindere dall'accertamento di ipotesi di reato e, anzi, all'esito di procedimenti indiziari e di tipo inquisitorio.

La questione, peraltro, è resa ancor più complessa dal fatto che, proprio al fine di anticipare il momento della tutela della legalità, per l'adozione delle misure di prevenzione l'autorità amministrativa dispone di ampi poteri discrezionali che potrebbero stridere con il principio di legalità sotto molteplici profili, venendo qui in rilievo, *in primis*, la rispondenza dell'azione amministrativa a un principio di ragionevolezza e di proporzionalità delle decisioni assunte, quanto, sotto diverso punto di vista, la prevedibilità delle condotte rilevanti da parte dei consociati²⁰.

Il bilanciamento tra i diritti in gioco si presenta in tutta la sua complessità ove si pensi che anche i correttivi di più recente introduzione, conati dal legislatore in chiave rimediabile alle evidenti storture di tale diritto di polizia²¹ palesano non immediatamente emendabili contraddizioni che si intenderà mettere in luce nel corso della presente trattazione.

1.1. Le esigenze di regolarità dei contratti pubblici tra diritto europeo e legislatore nazionale

La partita del mantenimento dell'integrità dell'economia e dei mercati da ingerenze criminali si gioca, in larga parte, sul piano delle commesse pubbliche.

Appare intuitivo, infatti, che i tentativi di infiltrazione della criminalità organizzata, ovvero, su scala più ampia, i fenomeni di devianza dall'*iter* legale di aggiudicazione e di esecuzione dei contratti pubblici, siano particolarmente accentuati nel settore degli appalti pubblici. La particolare fecondità di tale ambito, è presto spiegata ove si consideri che attorno al settore dei contratti ruota una parte molto significativa della spesa pubblica²², il che giustifica la forte "*capacità attrattiva*"²³ esercitata dalle commesse pubbliche sulle organizzazioni criminali.

È proprio guardando alla portata degli interessi in gioco e alle possibili commistioni che possono annidarsi nelle pieghe dell'interazione fra settore pubblico e privato che,

²⁰ Come si vorrà affrontare *funditus* nel prosieguo della trattazione, la tematica deve essere letta anche alla luce di quanto chiarito dalla Corte E.D.U. nella nota sentenza del 23 febbraio 2017 (ric. n. 43395/09) De Tommaso c. Italia, ove è stato precisato come " [...] una norma non può essere considerata una legge se non è formulata con sufficiente precisione in modo da consentire ai cittadini di regolare la loro condotta; essi devono essere messi in grado di prevedere, a un livello ragionevole nelle specifiche circostanze, le conseguenze che un determinato atto può comportare. ".

Sul tema, si richiama, su tutti, il contributo di G. Amarelli, *Le interdittive antimafia "generiche" tra interpretazione tassativizzante e dubbi di incostituzionalità*, in G. Amarelli, S. Sticchi Damiani (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Torino, 2019.

²¹ Sul tema, in particolare, V. N. D'Ascola, *Per un nuovo diritto (amministrativo) di polizia*, in arch. pen., n. 1/2021.

²² Secondo una rilevazione effettuata dall' OCSE (www.oecd-ilibrary.org) , nel 2020 il mercato degli appalti in Italia ha impegnato, secondo un trend crescente, una spesa pari a 160 miliardi di euro, pari cioè al 10, 4 % del PIL nazionale e al 21,4% della spesa pubblica nazionale.

²³ Cfr. Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione, *La corruzione in Italia, per una politica di prevenzione. Analisi del fenomeno, profili internazionali e proposte di riforma*, 2011, 107.

storicamente, il settore degli appalti pubblici è stato considerato dal legislatore un'area in cui il rischio di infiltrazione della criminalità organizzata o, comunque, del verificarsi di fenomeni di corruzione, è particolarmente elevato.

La portata concreta e attuale del pericolo di devianza illecita delle risorse pubbliche è stata avvertita anche in ambito europeo²⁴, ove la tematica si interseca con lo sviluppo della libera concorrenza nell'ambito del mercato unico europeo, considerata, sin dalla sua istituzione, uno dei valori fondanti dell'Unione²⁵.

La Comunità europea prima e l'Unione europea poi, hanno, infatti, puntato l'attenzione sul mercato dei contratti pubblici, al fine di favorire le politiche di coesione tra gli Stati membri nonché lo sviluppo economico attraverso la creazione di uno spazio concorrenziale il più esteso possibile, fondato su regole procedurali armonizzate²⁶.

Orbene, da una impostazione siffatta, discende la particolare intolleranza, secondo i paradigmi unionali, nei confronti di forme di devianza illecita che possano incidere, in via diretta o mediata, sul regolare dispiegarsi del libero gioco della concorrenza e, conseguentemente, frenare lo sviluppo del mercato: la realizzazione di accordi illeciti, infatti, falsa tutti quei meccanismi concorrenziali finalizzati a garantire l'assegnazione della gara all'impresa che presenta la migliore offerta per l'ente pubblico. La conseguenza è che

²⁴ Su tale aspetto si veda Commissione Europea, *Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo. Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione*, Bruxelles, 3 febbraio 2014, COM(2014/38), in www.eur-lex.europa.eu/legal-content/it. Peraltro, si pensi che è stato rilevato che un quinto del PIL comunitario è speso ogni anno per l'aggiudicazione di lavori, servizi e forniture e si stima che, con riferimento a cinque settori di attività, in otto Stati membri, il costo della corruzione negli appalti si aggiri intorno ai 1,4 e 2,2 miliardi di euro.

Lo studio, risalente al 2013, ha riguardato Francia, Spagna, Italia, Ungheria, Lituania, Paesi Bassi, Polonia, Romania, prendendo a riferimento i settori dei lavori pubblici, edilizia urbana, formazione, ricerca e sviluppo, acqua e rifiuti, strade e ferrovie. Cfr. W. Wenisk, J. M De Vet, *Identifying and reducing corruption in public procurement in the EU*, progetto di ricerca per la Commissione Europea eseguito da PwC e Ecorys, con il supporto dell'Università di Utrecht, consultabile al link www.ec.europa.eu/anti_fraud/documents/anti-fraud-policy/research-and-studies/identifying_reducing_corruption_in_public_procurement_en.pdf.

Sui costi della corruzione, guardata da una prospettiva globale, cfr. Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico – OCSE, 2013 *Issue Paper: Corruption and Economic Growth*: “Il vero costo sociale della corruzione non si può misurare soltanto sulla base della quantità di tangenti versate o di fondi pubblici oggetto di distrazione. Esso include anche la perdita di produzione dovuta a una cattiva allocazione delle risorse, alla distorsione degli incentivi e ad altre inefficienze causate dalla corruzione. La corruzione può anche generare effetti negativi sulla distribuzione del reddito e indifferenza verso la protezione dell'ambiente. Soprattutto, essa mina la fiducia nelle istituzioni legittime, riducendone la capacità di fornire servizi pubblici adeguati e un ambiente favorevole allo sviluppo del settore privato. In casi estremi, può comportare la delegittimazione dello Stato, che a sua volta determina instabilità politica ed economica. L'incertezza che ne consegue scoraggia l'impegno delle imprese private in una strategia di sviluppo a lungo termine, rendendo più accidentato il percorso verso la realizzazione dello sviluppo sostenibile.”.

²⁵ D'altra parte, secondo F. Di Cristina, *La corruzione negli appalti pubblici*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2013, 225, “lo sviluppo di forme di concorrenza per il mercato degli appalti, utili a ridurre il grado di concentrazione e la possibile collusione tra imprese, è uno dei cardini degli interventi sistemici che le istituzioni e gli organismi internazionali considerano basilari per prevenire e combattere la corruzione”.

²⁶ La prospettiva di cui trattasi è stata ribadita a più riprese dalla giurisprudenza europea. Tra le altre, si veda sentenza del 23 dicembre 2009, CoNisma, C-305/08, § 37 dove la Corte di Giustizia ha dichiarato che uno degli obiettivi della normativa comunitaria in materia di appalti pubblici è costituito dall'apertura alla concorrenza nella misura più ampia possibile e che è nell'interesse del diritto comunitario che venga garantita la partecipazione più ampia possibile di offerenti ad una gara d'appalto (così anche sentenza 19 maggio 2009, causa C-538/07, Assitur, §26). In questo senso, l'apertura alla concorrenza più ampia possibile è prevista non soltanto con riguardo all'interesse comunitario alla libera circolazione dei prodotti e dei servizi, ma anche nell'interesse stesso dell'amministrazione aggiudicatrice, che disporrà così di un'ampia scelta circa l'offerta più vantaggiosa e più rispondente ai bisogni della collettività pubblica interessata.

il contraente sul quale ricade la scelta dell'amministrazione è ben lungi dal rappresentare il risultato di una procedura improntata all'imparzialità, al merito e alla concorrenzialità.

Da questo punto di vista, anche in ambito sovranazionale, è stata colta, ormai da decenni²⁷, la particolare correlazione tra il settore degli appalti pubblici e quello della diffusione di fenomeni corruttivi²⁸.

A livello europeo, la menzionata prospettiva di salvaguardia della regolarità dei contratti pubblici dalle potenziali turbative criminali, è stata ripresa dal Libro Verde della Commissione del 27 gennaio 2011, che ha posto le basi e individuato le linee guida ispiratrici delle attuali direttive, nn. 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, in tema di concessioni, appalti e settori speciali, pubblicate sulla GUUE del 28 marzo 2014.

In questo documento le procedure di gara sono espressamente concepite come mezzo per il perseguimento della strategia Europa 2020 ovvero come strumento idoneo a favorire l'innovazione, il rispetto dell'ambiente, l'occupazione nonché la tutela delle categorie più svantaggiate, rappresentando quindi dei volani per la crescita economica e per un più efficiente impiego delle risorse pubbliche.

Per quanto di più specifico interesse, alcune novità si registrano con riferimento ai motivi di esclusione degli operatori economici dalla gara, individuati all'art. 57 della direttiva 24/2014/UE, la quale delinea una norma dal contenuto composito, frutto della combinazione di due distinti e paralleli approcci valutativi.

Da un lato, la disposizione individua, infatti, un insieme di ipotesi delittuose di per sé idonee a compromettere la partecipazione alla gara del concorrente. Il riferimento, in particolare, è alla sussistenza di condanne definitive per fattispecie caratterizzate da elevato disvalore sociale, quali corruzione, frodi, riciclaggio e partecipazione a organizzazioni criminali e terroristiche, ovvero a fattispecie di per sé idonee a compromettere la moralità del concorrente. Dall'altro lato, la norma riconosce ampia discrezionalità alle amministrazioni aggiudicatrici nella verifica della rilevanza di determinati illeciti, ancorché non definitivamente accertati, a sortire il medesimo effetto escludente. Il riferimento, in particolare, è all'ipotesi di cui al par. 2, comma 2, ovvero al mancato pagamento di imposte e tributi da parte dell'operatore economico, accertato con provvedimento privo di definitività, che potrebbe comunque determinare, in esito ad un apprezzamento discrezionale dell'amministrazione, l'esclusione dello stesso.

Questo sistema valutativo si caratterizza, inoltre, per un ulteriore profilo di flessibilità rappresentato dall'istituto delle cd. misure di *self cleaning*, (par. 6), per cui si consente all'operatore economico che sia incorso in una delle cause di esclusione di adottare misure organizzative idonee a dimostrare la propria affidabilità, consentendo, conseguentemente, a dispetto della pregressa commissione dell'illecito, la propria partecipazione alla gara.

²⁷ Sul punto, tra gli altri, L. Giampaolino, *La prevenzione della corruzione negli appalti pubblici*, Lezione del 12 aprile 2016 nell'ambito del Corso appalti e contratti di lavori MIT-SNA, in Roma, www.giuristidiamministrazione.com: "È da più di vent'anni (si potrebbe dire dai primissimi anni '90, vale a dire dalle prime, acute, manifestazioni, mediatiche e politiche, degli accadimenti giudiziari, che vanno sotto il nome di "Tangentopoli"), che i termini "corruzione" e "appalti pubblici" – esponenti di due diverse realtà (l'una, vera patologia che affonda le sue radici nel talvolta non retto sentire ed operare degli uomini; l'altra, un'attività amministrativa ed economica, soprattutto tecnica, della P.A., posta in essere, per la realizzazione di un pubblico interesse) – vengono accomunati: essi quasi si intrecciano, e, nella percezione comune, l'uno, ahimè, richiama l'altro".

²⁸ Tra gli altri, sul tema, cfr. A. Vannucci, *Il lato oscuro della discrezionalità. Appalti, rendite e corruzione*, in G.D. Comporti (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Napoli, 2011, 265 ss.

Il recepimento delle direttive europee del 2014 è avvenuto con l'approvazione del d.lgs. 18 aprile n. 50, recante il Codice dei Contratti pubblici, che ha avuto l'ambizioso compito di riorganizzare e razionalizzare il settore. Si tratta, invero, di un *corpus* normativo particolarmente ricco e articolato che, nei suoi 220 articoli – come successivamente rivisti e modificati - rivede e riscrive l'impianto legislativo dei contratti pubblici.

L'elevato livello di dettaglio della disciplina nazionale, rispetto alle prescrizioni europee, trova storicamente la propria ragion d'essere nella volontà del legislatore di mantenere integra l'Amministrazione da manifestazioni corruttive e dalle infiltrazioni della criminalità organizzata²⁹.

Infatti, la risposta normativa ai possibili tentativi di inquinamento di interessi illeciti si è orientata, dal lato dei committenti pubblici, alla minuziosa prescrizione dei processi e alla riduzione degli spazi di discrezionalità (ove possibile), mentre dal lato degli operatori economici sono richiesti controlli formali sull'assenza di cause di esclusione più estesi di quelli previsti dalle direttive.³⁰

Questo intervento di codificazione c.d. "*a diritto costante*"³¹ ha risentito indubbiamente, guardando al settore che qui maggiormente occupa, delle disposizioni introdotte con l. 6 novembre 2012, n. 190 recante "*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*"³², e , successivamente, con il d.l. 4 giugno 2014, n. 90³³, conv. in l. 11 agosto 2014³⁴ "*Misure*

²⁹ Gli studi effettuati in tema di rapporti tra corruzione e contratti pubblici sono numerosi. Senza pretesa di esaustività, si consenta di rinviare ad A. Barone, *Territorio e politiche anticorruzione*, in F.G. Scoca, A. Di Sciascio (a cura di), *Le proprietà pubbliche: tutela, valorizzazione e gestione*, Napoli, 2016, 113 ss.; A.M. Nico, *La corruzione nella prospettiva dei doveri costituzionali degli affidatari di funzioni pubbliche*, in www.costituzionalismo.it, 2016; G. Piperata, *Contrattazione pubblica e lotta alla corruzione. Uno sguardo alle recenti riforme amministrative italiane*, in www.federalismi.it, 2015; F. Patroni Griffi, *Battere la corruzione. Una sfida impossibile?*, in www.federalismi.it, 2015; G. Fidone, *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 325 ss.; G. Manfredi, *Brevi note su contratti pubblici e corruzione*, in *Urb. app.*, 2015, 749 ss.; B.G. Mattarella, *The Italian efforts on anti-corruption*, in G.M. Racca, C.R. Yukins (a cura di), *Integrity and efficiency in sustainable public contracts: balancing corruption concerns in public procurement internationally*, Bruxelles, 2014; F. Manganaro, *Il contrasto alla corruzione in materia di contratti pubblici*, in www.giustamm.it, 2014; N. Fiorino, E. Galli, *La corruzione in Italia. Un'analisi economica*, Bologna, 2013; A. Vannucci, *Atlante della corruzione*, Torino, 2012.

Laddove, invece, si voglia affrontare il tema privilegiando una prospettiva più strettamente economica, cfr. R. Coppier, *Corruzione e crescita economica. Teorie ed evidenze di una relazione complessa*, Roma, 2005.

Sul versante penalistico, in via di prima approssimazione, ci si limita a rinviare ai saggi di M.C. Ubiali, *La disciplina italiana in materia di corruzione nell'ultimo rapporto GRECO: tra le criticità, la corruzione degli arbitri, la corruzione internazionale, il finanziamento dei partiti*, in, 2018 e G. Pignatone, *Le nuove fattispecie corruttive*, in www.penalecontemporaneo.it, 2018.

Per un approccio sistematico, cfr. F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta, *Diritto amministrativo e criminalità*, Milano, 2013.

³⁰ Le cause di esclusione definite all'art 80 del Codice del 2016 risultano più estese di quelle previste dall'art 57 della Direttiva 24/2014 in particolare per ciò che concerne le misure previste dal d.lgs. n. 159/2011 (Codice antimafia), la commissione di illeciti derivanti dalla mandata osservanza delle norme antinfortunistiche, la mancata denuncia di estorsioni, etc.

³¹ Così, in particolare M. Ramajoli, *A proposito della codificazione e modernizzazione del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 362 e ss., "*Gli attuali codici settoriali, al pari delle consolidazioni rispondono a equilibri del tutto provvisori e criteri di settore. Non aspirano alla stabilità, bensì all'aggiornamento, subendo centinaia di modifiche, non sempre di agevole ricostruzione.*".

³² In Gazzetta Ufficiale n. 265 del 13 novembre 2012.

³³ In Gazzetta Ufficiale n.144 del 24 giugno 2014.

³⁴ In Gazzetta Ufficiale n. 190 del 18 agosto 2014.

urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari”.

In particolare, la c.d. legge anticorruzione ha previsto, tra gli altri, un regime di pubblicità su determinati dati inerenti aggiudicazione ed esecuzione dei contratti, ha ampliato il novero dei reati che conducono alla risoluzione unilaterale del contratto e ha disposto l'obbligatorietà delle c.d. *white list* prefettizie³⁵; con il successivo intervento del d.l. 90/2014 sono state inserite una serie di disposizioni relative alla lotta alla corruzione, che hanno inciso sull'organizzazione amministrativa, attraverso la soppressione della Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici³⁶ e l'attribuzione delle relative funzioni all'Autorità nazionale anticorruzione³⁷, “*dando evidenza semantica alla riconosciuta sistematicità del fenomeno*”³⁸.

Lo stesso d.lgs. 50/2016 prescrive la necessità che la qualificazione delle stazioni appaltanti sia subordinata al controllo di determinati requisiti premianti, tra i quali la valutazione positiva dell'ANAC in ordine all'attuazione di misure di prevenzione dei rischi di corruzione e promozione della legalità³⁹.

L'art. 42, per quanto qui di interesse, obbliga le stazioni appaltanti a prevedere misure per contrastare le frodi, i potenziali conflitti di interesse e i rischi di corruzione nell'aggiudicazione degli appalti per prevenire qualsiasi distorsione della concorrenza. Inoltre, sono previste misure di contrasto alla corruzione legate alla soglia di anomalia delle offerte e alla commissione di specifici reati.

In un'analisi operata ad ampio raggio, è possibile individuare un impianto normativo corposo, che appare ampiamente adeguato alle esigenze da perseguire, composto dalle misure generali anticorruzione, comunque applicabile ai contratti pubblici, cui si aggiunge una normativa specifica per la contrattualistica pubblica.

Il contrastare di una disciplina dei contratti pubblici scritta dall'angolo prospettico della lotta alla corruzione e, più in generale, del contrasto a forme di devianza illecite è che si rischia, in tal modo, di perdere di vista altri obiettivi, finanche generando inefficienza e rallentamenti dell'affidamento delle commesse pubbliche⁴⁰.

³⁵ Sul punto, J. Buggea, *Le white list: strumento di prevenzione del fenomeno corruttivo e delle infiltrazioni del crimine organizzato nel settore degli appalti pubblici*, in *Nuove autonomie*, 2014, 675 ss..

³⁶ L'istituzione dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici si è rivelata inadeguata a causa di diversi fattori: limitata legittimazione, contrapposizione con altri poteri, ridotta collaborazione con altre autorità. Sul punto, cfr. D. De Grazia, *La vigilanza e il controllo sull'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni*, in D. Sorace (a cura di), *Amministrazione pubblica dei contratti*, Napoli, 2013, 155 ss..

³⁷ In tema, cfr. F. Di Cristina, *Le misure urgenti sulla pubblica amministrazione. (Comm. a d.l. 24 giugno 2014, n. 90). La nuova vita dell'Anac e gli interventi in materia di appalti pubblici in funzione anticorruzione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1/2014, 1023 ss. Sul suo ruolo istituzionale in senso ampio, cfr. F. Garri, *Il mercato dei contratti pubblici: il ruolo dell'Autorità di vigilanza di settore e dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008; F. Di Lascio, B. Neri, *I poteri di vigilanza dell'autorità nazionale anticorruzione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 454 ss..

³⁸ G. M. Racca, *Dall'Autorità sui contratti pubblici all'Autorità nazionale anticorruzione: il cambiamento del sistema*, in *dir. amm.*, n. 2-3/2015, cit. 349.

³⁹ Sul ruolo delle Linee Guida ANAC in relazione agli illeciti anticoncorrenziali perpetrati nel ciclo dei contratti pubblici, cfr. R. Spagnuolo Vigorita, *Contratti pubblici e fenomeni anticoncorrenziali: il nuovo codice e le linee guida ANAC. Quale tutela?*, in *Federalismi*, 2017.

⁴⁰ In merito al rapporto tra contratti pubblici e fenomeni corruttivi, si rinvia anche a V. Brigante, *Fenomeni corruttivi nell'affidamento di commesse pubbliche: la discrezionalità multilivello come soluzione di matrice procedimentale*, in *dir. econ.*, n. 3/2018.

Lo sforzo, che talvolta si è trasformato in ossessione normativa, di individuare gli strumenti di contrasto al fenomeno corruttivo in precetti normativi, e quindi di cercare una soluzione esterna all'incedere dell'azione amministrativa, ha allontanato e dissuaso la riflessione legislativa dalla ricerca di una soluzione interna, di tipo procedimentale. Un impianto normativo, per quanto particolareggiato possa essere, non può definire ogni aspetto dei rapporti giuridici, il che implica il riconoscimento dell'autonomia dell'amministrazione e la necessità di preservare l'elasticità della *zona grigia del potere amministrativo*⁴¹.

2. Muoversi sul campo dell'anticipazione: prevenzione amministrativa e il problema della discrezionalità. Uno sguardo d'insieme.

La cennata pervasività della criminalità organizzata nelle dinamiche economiche del Paese e la sua capacità, multiforme e tentacolare, di adattarsi in maniera repentina alle politiche di contrasto, aggirandone gli ostacoli, ha imposto al legislatore di muoversi sul campo dell'anticipazione, passando da un sistema improntato sulla repressione e, dunque, necessariamente *ex post*, ad un contrasto di tipo preventivo.

Invero, la convinzione che la diffusione e lo sviluppo di fenomeni criminali possano essere combattuti non solo con le armi proprie delle categorie tradizionali del diritto penale ma anche, ancor prima, in chiave di anticipazione della soglia di tutela con misure dal carattere più strettamente amministrativo, ha radici tutt'altro che recenti⁴².

Così, dalla repressione della resistenza contro l'occupazione sabauda del Regno delle due Sicilie, ai moti sociali che hanno attraversato l'Italia liberale, passando per il Ventennio, sino al contrasto del terrorismo eversivo di matrice brigadista e alla criminalità organizzata, si è progressivamente assistito all'introduzione di misure di prevenzione giurisdizionali e amministrative, che intervengono prima – *rectius* a prescindere – dalla commissione di un fatto illecito⁴³.

Il continuo ricorso allo strumento preventivo, anche a seguito dell'impostazione garantista imposta dalla Costituzione repubblicana, è stato tuttavia ritenuto, visto il largo uso che se ne è fatto nel corso degli anni, un "*male necessario*" nella lotta alla criminalità

⁴¹ M. Ramajoli, *A proposito della codificazione*, op. cit., 353.

⁴² Per un'analisi sul punto, si consenta di rinviare a L. Lacchè, *Uno "sguardo fugace". Le misure di prevenzione in Italia tra ottocento e novecento*, in Riv. It. Dir. e proc. pen, 2017.

⁴³ La ricostruzione storica delle misure di prevenzione trae origine dalle misure di polizia introdotte dalla legislazione di fine ottocento per rafforzare la tutela sociale della sicurezza pubblica contro i soggetti che venivano considerati potenzialmente pericolosi per la tenuta dello Stato liberale, sulla scorta di quanto numerosi codici penali degli stati preunitari prevedevano con riferimento agli oziosi e ai vagabondi. Di seguito, è con la promulgazione della Legge Pica (l. 15 agosto 1863, n. 1409) che entra e si legittima nell'ordinamento il paradigma di una diversa legalità che, nell'introdurre misure di contrasto al fenomeno del brigantaggio che attentava alla stabilità dello Statuto Albertino, prevedeva misure di prevenzione personale – quali la sorveglianza speciale, il domicilio coatto, l'ammonizione – estremamente restrittive per la sfera giuridica dei destinatari. Queste misure, con i medesimi presupposti applicativi e per le medesime finalità di prevenzione speciale contro soggetti potenzialmente sovversivi, furono riprese dal regime fascista, transitando, poi, nell'ordinamento repubblicano. Sul tema, tra gli altri, I. Mereu, *Cenni storici delle misure di prevenzione nell'Italia "liberale" (1852 – 1894)*, in *Le misure di prevenzione*, Atti del convegno del centro nazionale di difesa e prevenzione speciale, Milano, 1975; P. Troncone, *La legislazione penale dell'emergenza in Italia. Tecniche normative di incriminazione e politica giudiziaria dello Stato liberale*, Napoli, 2001; G. Procacci, *Osservazioni sulla continuità delle leggi sull'ordine pubblico*, in P. del Negro, N. Labanca, A. Staderini (a cura di), *Militarizzazione e nazionalizzazione della storia d'Italia*, Milano, 2005.

organizzata⁴⁴, così efficacemente rappresentando, da un lato, l'indefettibile esigenza di predisporre una anticipazione della protezione di determinati interessi giuridici della collettività pur sacrificando, su altro versante, alcune garanzie attinenti la libertà individuale e il diritto di proprietà.

Così, nelle strategie di contrasto alle mafie il legislatore ha ritenuto prioritario l'approntamento di efficaci misure di prevenzione che consentissero di aggredire repentinamente, in particolare, il patrimonio delle consorterie criminali, a scapito delle garanzie tipiche del procedimento penale che, come noto, si ricollega all'accertamento del compimento di un reato⁴⁵.

Un simile scollamento dai canoni costituzionali⁴⁶ è stato per lo più giustificato facendo ricorso alla necessità e all'urgenza di reagire ad una effettiva emergenza criminale, al cui stabilizzarsi nel corso degli anni non è, tuttavia, corrisposto un differente approccio dell'ordinamento⁴⁷: si è così legittimata una doppia legalità ordinamentale, in cui contemporaneamente sussistono l'attività di repressione dei reati, che si fonda sull'accertamento penale della responsabilità ed è dunque, rimessa all'autorità giudiziaria, e l'attività di prevenzione del crimine, che fa ricorso a categorie tipiche del positivismo giuridico, la cui applicazione è normalmente rimessa all'autorità amministrativa.

Tale impostazione risulta cristallizzata nella legge 16 settembre 1982, n. 646, c.d. "Legge Rognoni – La Torre" che, distinguendo nettamente le disposizioni penali e processuali (Capo I) dalle disposizioni in materia di misure di prevenzione (Capo II),

⁴⁴ Utilizza questa espressione P. Troncone, *Origine ed evoluzione delle misure preventive antimafia*, in G. Amarelli, S. Sticchi Damiani, *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Torino, 2019, 2.

⁴⁵ Secondo A. Longo, *La Corte costituzionale e le informative antimafia. Minime riflessioni a partire dalla sentenza n. 57 del 2020*, in *Nomos*, n. 2/2020, 13, si sarebbe innanzi, qui ad "una sorta di super-argomento che pare non ammettere ponderazioni o eccezioni di sorta: la «costante e crescente capacità di penetrazione della criminalità organizzata nell'economia». Descrivere la mafia come un «cancro» pare essere oramai patrimonio condiviso della nostra cultura politica e giornalistica; osservando la normativa delle interdittive, e la giurisprudenza che ne deriva, questa percezione pare essersi fatta largo anche nelle menti dei giuristi (o in molti di noi). Ed effettivamente l'immane quanto subdola capacità delle organizzazioni criminali di invadere silenziosamente la società civile, mima, persino nelle forme, la nefanda progressione di un cancro il quale, a differenza di un tumore benigno, cresce non «per espansione», rendendo circoscrivibile e visibile la propria massa, ma «per infiltrazione», contaminando silenziosamente le cellule vicine, fino ad immettersi nel flusso ematico della società, per condannarla, irrimediabilmente, alla morte. Di fronte ad una simile prospettiva tanatoide la risposta dell'organismo sociale pare non possa essere che la più estrema, perché, in definitiva, si contempla l'atroce bivio che separa la vita dalla morte.".

⁴⁶ Così E. Giardino, *Le interdittive antimafia tra finalità perseguite e garanzie affievolite*, in M. Immordino, N. Gullo (a cura di), *Diritto amministrativo e misure di prevenzione della criminalità organizzata*, Napoli, 2021, 162.

La complessa compatibilità di tali disposizioni rispetto all'approccio garantista della Costituzione ha suscitato, da sempre, non pochi dubbi ermeneutici, sin da quando il compito di trovare un equilibrio nella dialettica pericolosità/responsabilità, fu affidato alla legge 31 maggio 1965, n.575 recante "Disposizioni contro la mafia" che aggiungeva alle categorie degli emarginati di cui alla legge 27 dicembre 1956, n. 1423, la differente fattispecie concettuale della "pericolosità qualificata", connessa a fatti di mafia.

Successivamente, la legislazione antimafia, che inizia qui a connotarsi di un carattere di specialità rispetto al sistema di prevenzione generale, si arricchisce con la legge 22 maggio 1975, n. 152, "Disposizioni a tutela dell'ordine pubblico" che estende la prevenzione antimafia alla categoria dei reati politici.

⁴⁷ Autorevole dottrina ha segnalato, in proposito, come si sia assistito ad un processo di stabilizzazione dell'emergenza, rendendo così permanenti regole e vincoli ideati per far fronte a situazioni straordinarie che, tuttavia, lungi dall'essere transeunte, finiscono per affiancarsi ai regimi ordinari e a vivere parallelamente ad essi. In tema, G. Insolera, *L'evoluzione della politica criminale tra garantismo ed emergenze. Dagli anni '60 all'emergenza mafiosa*, in *Riv. It. dir. e proc. pen.*, 2014; P. Savona, *Il governo del rischio. Diritto dell'incertezza o diritto incerto?*, Napoli, 2013, 213 e ss.; A. Fioritto, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, 2008, 230 e ss..

effettua una precisa ripartizione tra responsabilità penale e piano preventivo: da un lato, introduce nel codice penale dell'art. 416bis, con conseguente tipizzazione della condotta mafiosa; dall'altro punta sull'aggressione in via preventiva dei patrimoni mafiosi a mezzo della confisca, sulla base della fondamentale acquisizione per cui la lotta alla criminalità organizzata va condotta anche – se non prioritariamente – aggredendo i mezzi finanziari delle consorterie mafiose.

L'inasprimento delle misure dirette a contrastare le organizzazioni mafiose e lo sviluppo di un diritto dell'antimafia che involge nel suo spettro d'operatività un fronte sempre più ricco di fattispecie, si è ulteriormente implementato di nuovi strumenti negli anni successivi, tanto sul piano più strettamente penalistico – ad esempio giungendo a perseguire anche le condotte di coloro che, pur non essendo organicamente parte dell'organizzazione mafiosa, risultassero ad essa attigua e ponessero in essere attività di agevolazione all'operato criminale- che sul piano della prevenzione amministrativa.

Su quest'ultimo versante si assiste, in particolare, all'introduzione della comunicazione antimafia (legge 23 dicembre 1982, n. 936, recante “*Integrazioni e modifiche alla legge 13 settembre 1982, n. 646, in materia di lotta alla delinquenza mafiosa*”) e, successivamente, delle informazioni interdittive antimafia (decreto legislativo 8 agosto 1994, n. 490, “*Disposizioni attuative della legge 17 gennaio 1994, n. 47, in materia di comunicazioni e certificazioni previste dalla normativa antimafia, nonché disposizioni concernenti i poteri del Prefetto in materia di contrasto alla criminalità organizzata*”), strumenti preordinati alla prevenzione delle infiltrazioni criminali nel settore dei contratti pubblici mediante la verifica preventiva in ordine all'esistenza o meno, a carico dei soggetti interessati, di cause ostative connesse alla sussistenza di provvedimenti definitivi di condanna per determinati delitti, ovvero, di elementi relativi a possibili tentativi di infiltrazione mafiosa⁴⁸.

Nel tentativo di effettuare una razionalizzazione del sistema delle misure di prevenzione, che rischiava di apparire all'interprete nebuloso già all'atto dell'individuazione, nel coacervo di norme e correttivi emanati, dei presupposti di applicabilità, il Governo – delegato ai sensi degli artt. 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136 – ha adottato il decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, recante il “*Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia*”⁴⁹ che realizza, per la prima volta, una sintesi razionale degli

⁴⁸ Sulla disciplina della documentazione antimafia, antecedente la promulgazione del Codice antimafia, si vedano, tra gli altri, G. Zgagliardich, E. Mengotti, *La nuova certificazione antimafia*, Milano, 1998; F. Grimadi, *Il sistema delle certificazioni antimafia nella pubblica amministrazione*, Roma, 1997; U. Cimmino, *La nuova certificazione e le altre cautele antimafia*, Palermo, 1995.

⁴⁹ Pubblicato in G.U. 28 settembre 2011, n. 226, il provvedimento è l'ultimo atto di una serie di innovazioni volute dal Governo nell'ambito delle politiche per la sicurezza promosse a partire da 2008 (si intende far riferimento, in particolare, al decreto legge 23 maggio 2008, n. 92, c.d. pacchetto sicurezza, e alla legge 15 luglio 2009, n. 94, c.d. collegato sicurezza). Questa linea, peraltro, ha tratto nuova linfa anche dalla promulgazione del decreto legge 4 febbraio 2010, n. 4, convertito in legge 31 marzo 2010, n. 50, con cui è stata istituita l'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata, nonché con la legge 13 agosto 2010, n. 136 che, in disparte la delega al Governo per il riordino della disciplina vigente in tema di contrasto alle mafie, ha anche varato un Piano straordinario contro le mafie con cui si è inteso pianificare una strategia di ampio respiro per la lotta alla criminalità organizzata.

In tema di misure di prevenzione, la bibliografia di riferimento è sterminata. Si consenta, pertanto, senza alcuna pretesa di esaustività, di rinviare sul punto ad A. Manna, *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, Pisa, 2019;

strumenti preventivi applicabili nel contrasto al mondo criminale e che finiscono, oggi, per intrecciarsi con altre disposizioni introdotte per fronteggiare i fenomeni corruttivi (in particolare la legge 6 novembre 2012, n. 190) ed assicurare la libertà dei mercati (in questa chiave, integrandosi con il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50).

L'avvenuta messa a sistema di questo doppio binario di tutela, cui corrisponde un doppio grado di legalità, non è stata esente da critiche: le misure di prevenzione, in quanto tali, rispondono a una logica punitiva che esula dalla simmetria tra responsabilità colpevole e sanzione e che giunge, in ultima analisi, a mettere in crisi lo stesso principio democratico, lì dove afferma la tutela dei diritti fondamentali dell'uomo e, in particolare, della libertà dell'individuo e della presunzione di innocenza⁵⁰.

Invero, la più evidente distonia di un simile impianto normativo risiede, soprattutto, nell'inesistenza di un principio giuridico che ne giustifichi la fonte e, dunque, la carenza di un sicuro ancoraggio costituzionale⁵¹. Dibattito che si è ulteriormente esacerbato alla luce dei principi e delle garanzie introdotte a livello convenzionale⁵².

Tradizionalmente, gli sforzi ermeneutici di dottrina e giurisprudenza di dare coerenza all'intero sistema, si sono mossi nel senso di valorizzare, *in primis*, il dettato dell'art. 2 della Costituzione che, nel sancire che “*La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo*”, comporterebbe un impegno per lo Stato a predisporre una tutela anticipata dell'ordinamento, attuando così una neutralizzazione preventiva di qualsiasi minaccia alla civile convivenza e all'ordine pubblico, da leggersi in combinato disposto con l'art. 16 della Costituzione, nel punto in cui stabilisce che “*Ogni cittadino può circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale, salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità o di sicurezza*”⁵³.

M. Bertolino, *Diritti fondamentali e diritto penale della prevenzione nel paradigma dell'efficienza*, in C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile, G.L. Gatta (a cura di), *Studi in onore di Emilio Dolcini. La pena, ancora: fra attualità e tradizione*, vol.I, Milano, 2018; V. Maiello, *La prevenzione ante delictum: lineamenti generali*, in V. Maiello (a cura di), *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione e armi*, Torino, 2015; A. Mangione, *Le misure di prevenzione nel nuovo Codice Antimafia (d.lgs. n. 159/2011)*, in B. Romano, G. Tinebra (a cura di), *Il diritto penale della criminalità organizzata*, Milano, 2013; M. Pelissero, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008; P. Troncone, *La legislazione penale dell'emergenza in Italia. Tecniche normative di incriminazione e politica giudiziaria dallo Stato liberale di diritto allo Stato democratico di diritto*, Napoli, 2001; G. Fiandaca, *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, dig. Disc. Pen., VIII, Torino, 1994; G. Vassalli, *Misure di prevenzione e diritto penale*, in *Studi in onore di Biagio Petrocelli*, Milano, 1972; P. Nuvolone, *Legalità e prevenzione*, in giur. Cost., IX, 1964; L. Elia, *Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e l'art. 25 della Costituzione*, in giur. Cost., IX, 1964.

⁵⁰ Cfr. M. Bertolino, *Diritti fondamentali e diritto penale della prevenzione nel paradigma dell'efficienza*, in C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile, G.L. Gatta (a cura di), *Studi in onore di Emilio Dolcini. La pena, ancora: fra attualità e tradizione*, vol.I, Milano, 2018.

⁵¹ Tra gli altri, sul tema, M. Pelissero, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008.

⁵² Si veda, in dettaglio, F. Basile, *Quale futuro per le misure di prevenzione dopo le sentenze De Tommaso e Paternò?*, in giur. it., n. 2/2018.

⁵³ In proposito, occorre qui, sin da subito, evidenziare come la Corte Costituzionale abbia, da sempre, assunto un orientamento spiccatamente conservativo rispetto alle paventate questioni di legittimità costituzionale delle misure di prevenzione, storicamente individuando il loro presupposto legittimante nella considerazione per cui “*l'ordinato e pacifico svolgimento dei rapporti sociali deve essere garantito, oltre che dal sistema di norme repressive di fatti illeciti, anche da un sistema di misure preventive contro il loro verificarsi in avvenire: sistema che corrisponde a una esigenza fondamentale di ogni ordinamento, accolta e riconosciuta negli artt. 13, 16 e 17 Cost.*” (così Corte Cost., sent. 5 maggio 1959, n. 27, in www.cortecostituzionale.it). Si dà altresì atto, che questa impostazione non è stata mai realmente modificata, venendo, piuttosto, ribadita anche nei più recenti arresti giurisprudenziali, ove la piena corrispondenza del sistema di prevenzione risulta posto a garanzia dell'ordinato e pacifico svolgimento dei rapporti tra i cittadini e che,

In questo senso, dunque, seppur con i correttivi e le delimitazioni volte a stemperare i profili maggiormente critici e ricondurre il sistema nell'ambito della più piena coerenza ordinamentale, il ricorso alle misure *ante e praeter delictum* è stato considerato necessario a fronteggiare non più le ipotesi di marginalità sociale – nei confronti delle quali erano originariamente dirette – ma le organizzazioni criminali di stampo mafioso, aggredendone il capitale economico.

Da questo punto di vista, lo spostamento dell'oggetto della prevenzione dalle persone ai beni, da intendersi quali mezzi di cui si servono le mafie per il raggiungimento dei propri scopi, ha attenuato, per certi versi, l'allarme sociale intorno alla potenziale lesione delle garanzie costituzionali: innanzi all'esigenza di combattere un fenomeno percepito come altamente pericoloso per l'ordinato vivere civile, appare ragionevole colpire l'accumulazione del capitale illecito della criminalità organizzata, lasciando, così, sullo sfondo questioni inerenti la libertà personale⁵⁴.

Si è, dunque, assistito ad un ricorso sempre più frequente delle misure di prevenzione patrimoniale⁵⁵ nella convinzione, peraltro, che detti strumenti trovassero una più sicura copertura nell'art. 41 della Costituzione, che pone quale limite all'iniziativa economica l'attività che possa arrecare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana, nonché nell'art. 42 della Costituzione. Detta disposizione, infatti, nel tutelare la proprietà privata, pone il limite della sua funzione sociale, così consentendo di valorizzare la funzione general preventiva delle misure ablatorie patrimoniali, che, in tal guisa, sono strumentali a restituire alla collettività un bene ingiustamente sottratto all'uso comune⁵⁶.

In questo modo, la prevenzione patrimoniale ha finito con l'autonomizzarsi rispetto alla prevenzione personale, configurandosi sempre più come un intervento statale basato sulla pericolosità intrinseca del permanere delle ricchezze illecite in contesti mafiosi con conseguente pericolo di inquinamento dell'economia legale e non già dall'attualità della pericolosità individuale del singolo appartenente alla consorteria criminale⁵⁷.

Pur tuttavia, gli ambiti di frizione con i principi dell'ordinamento si ripropongono, su altri versanti, ove si consideri che l'applicazione di talune misure di prevenzione non solo prescinde dalla commissione di un illecito e, dunque, dall'accertamento di forme di responsabilità, ma anche da un vaglio, seppur sommario, dell'autorità giudiziaria.

Su questo piano, infatti, si disvela un ulteriore nodo gordiano della disciplina delle misure di prevenzione che concerne la competenza dell'autorità amministrativa.

Tale competenza si fonda sull'individuazione del potere amministrativo quale essenziale strumento per il contrasto di situazioni di pericolo e, in altri termini, per la tenuta

quanto alle riserve in punto di ragionevolezza, “[...] non si può ritenere sproporzionata rispetto ai valori in gioco, la cui tutela impone di colpire in anticipo quel fenomeno mafioso sulla cui gravità e persistenza – malgrado il costante e talvolta eroico impegno delle Forze dell'ordine e della magistratura penale – non è necessario soffermarsi ulteriormente.” (cfr. Corte Cost., sent. 26 marzo 2020, n. 57, in www.cortecostituzionale.it).

⁵⁴ Ex multis, A. Mangione, *La misura di prevenzione patrimoniale tra dogmatica e politica criminale*, Padova, 2001.

⁵⁵ Sul tema, A. M. Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001.

⁵⁶ P. Troncone, *L'uso sociale dei beni confiscati alle mafie: un inedito volto sociale alla sanzione penale*, in G. Di Gennaro, A. La Spina (a cura di), *I costi dell'illegalità. Camorra ed estorsioni in Campania*, Bologna, 2010.

⁵⁷ Cfr. C. Visconti, *Strategie di contrasto dell'inquinamento criminale dell'economia: il nodo dei rapporti tra mafie e imprese*, in Riv. It. Dir. e Proc. Pen., n. 2/2014, 713.

dell'ordine e della sicurezza pubblica, tradizionalmente devoluto all'Amministrazione dell'Interno⁵⁸, *sub specie* dell'Autorità di pubblica sicurezza.

Sicché, in quanto espressione di un potere amministrativo, l'applicazione di determinate misure di prevenzione si incontra – *rectius* si scontra – con i limiti e la latitudine operativa delle valutazioni discrezionali rimesse all'Amministrazione.

Se, infatti, la discrezionalità amministrativa deve intendersi come una ponderazione comparativa tra l'interesse “attribuito alla cura funzionale dell'autorità, che si può denominare “interesse essenziale”, e altri interessi che di fronte al primo “hanno carattere secondario (e si possono denominare “interessi secondari”)”⁵⁹, su cui persino il vaglio dell'autorità giudiziaria risulta variamente limitato, si può sostenere che il legislatore intenda recuperare, da questo punto di vista, una visione autoritaria della relazione amministrazione-amministrati per cui la tenuta dell'ordine e della sicurezza pubblica necessitano del sacrificio di garanzie proprie del medesimo ordinamento che si intende proteggere⁶⁰.

In questo contesto, dunque, si rimetterebbe alla valutazione amministrativa il giudizio in merito alla sussistenza di elementi e presupposti tali da fondare l'intervento dello Stato in chiave preventiva, a scapito dei diritti e degli interessi dei destinatari di tali misure.

Le criticità riconnesse alla sussistenza di un simile potere risultano essere tanto più evidenti laddove si pensi che all'ampia discrezionalità riconosciuta all'amministrazione fa seguito, quale suo naturale contraltare, una tendenza giurisprudenziale a riconoscere un sindacato debole ed estrinseco, atteso che tale valutazione è “sindacabile in sede giurisdizionale solo in caso di manifesta illogicità, irragionevolezza e travisamento dei fatti, rimanendo estraneo l'accertamento dei fatti anche di rilievo penale, posti a base del provvedimento.”⁶¹, proprio perché detto potere esprimerebbe quella “logica di anticipazione della soglia di difesa sociale, finalizzata ad assicurare una tutela avanzata nel campo del contrasto alle attività della criminalità organizzata.”⁶².

E dunque, proprio in ragione della delicatezza degli interessi coinvolti e delle ricadute, potenzialmente gravi, sui destinatari delle misure adottate, parte della dottrina e della giurisprudenza, sia amministrativa che costituzionale, ha sottolineato come, nell'esercizio di tale discrezionalità, fosse necessario effettuare una compiuta e ponderata valutazione degli interessi in gioco: da un lato quello pubblicistico della tutela dell'ordine e della sicurezza

⁵⁸ Per una ricostruzione dei concetti di ordine e sicurezza pubblica e della relativa competenza del Ministero dell'Interno, si vedano, tra gli altri, N. Gallo, T. F. Giupponi (a cura di), *L'ordinamento della sicurezza: soggetti e funzioni*, Milano, 2014; F. Caringella, A. Iannuzzi, L. Levita, *Manuale di diritto di pubblica sicurezza*, Roma, 2013; C. Mosca, *La sicurezza come diritto di libertà. Teoria generale delle politiche di sicurezza*, Padova, 2012; L. Mone, *L'Amministrazione della pubblica sicurezza e l'ordinamento del personale*, Roma, 2010; M. Di Raimondo, *Ordine pubblico e sicurezza pubblica. Profili ricostruttivi e applicativi*, Torino, 2009; G. Corso, *Ordine pubblico (dir. pubbl.)*, voce in Enc. Dir., XXX, Milano, 1980; C. Mosca, *Ordinamento dell'Amministrazione della Pubblica sicurezza*, voce in *Novissimo Digesto italiano*, app. vol. VI, Torino, 1980; A. Pace, *Ordine pubblico, ordine pubblico costituzionale, ordine pubblico secondo la Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1971.

⁵⁹ La definizione si deve alla nota ricostruzione effettuata in materia da M. S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi*, Torino, 1939, 77; in termini speculari, anche a p. 101 “l'apprezzamento di opportunità della discrezionalità amministrativa consiste nella valutazione, compiuta dall'autorità, dell'interesse sostanziale che forma oggetto della sua cura, al lume degli interessi secondari ad esso ordinati”.

⁶⁰ In questi termini, E. Giardino, *Le interdittive antimafia tra finalità perseguite e garanzie affievolite*, in M. Immordino, N. Gullo (a cura di), *Diritto Amministrativo e misure di prevenzione della criminalità organizzata*, Napoli, 2021, 163.

⁶¹ Cons. Stato, sez. III, sent. 30 novembre 2017, n. 5623, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶² Cons. Stato, sez. III, sent. 8 marzo 2017, n. 1103, in www.giustizia-amministrativa.it

pubblica, dall'altro quello privatistico – per quanto qui di particolare interesse – della libera iniziativa economica.

Si è argomentato, sul punto, che la discrezionalità amministrativa “*non può sfociare in un arbitrio, il quale ingiustamente minerebbe l'attività di impresa presidiata dal principio di libera iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost.*”⁶³, ma deve trovare limite e coerenza nel rispetto dei principi di prevedibilità, adeguatezza e proporzionalità⁶⁴.

Il maggior banco di prova, a tal riguardo, è stato il vaglio di compatibilità costituzionale e convenzionale delle informazioni interdittive antimafia, di cui agli artt. 84 e ss. del d.lgs. 159/2011 e successive modificazioni e integrazioni.

Dette misure - come ci si riserverà di approfondire *infra* - congiuntamente alle comunicazioni antimafia⁶⁵, costituiscono uno strumento preventivo e cautelare di competenza degli Uffici territoriali del Governo del Ministero dell'Interno, con la finalità di neutralizzare la circolazione di flussi finanziari all'interno dei circuiti mafiosi che volessero entrare in contatto con la pubblica amministrazione per conseguire appalti di forniture e servizi.

A tal proposito, considerato il notevole impatto sulle attività economiche destinatarie di tali misure⁶⁶ e atteso che, nell'adozione dell'interdittiva, si rimette al Prefetto un ampio margine di discrezionalità in ordine alla sussistenza di possibili infiltrazioni mafiose in grado di condizionare le scelte e la gestione delle imprese, notevoli sono stati gli sforzi ermeneutici per ricondurre detta misura a coerenza con il sistema.

Infatti, pur in presenza di indicatori del tentativo di infiltrazione mafiosa, si ritiene riconoscersi in capo all'amministrazione un margine valutativo di apprezzamento giacché “*gli elementi di inquinamento mafioso, ben lungi dal costituire un numero chiuso, assumono forme e caratteristiche diverse secondo i tempi, i luoghi e le persone e sfuggono ad un preciso inquadramento, in ragione dell'insidiosa pervasività e mutevolezza, anzitutto sul piano sociale, del fenomeno mafioso*”⁶⁷. Sicché, la sussistenza del pericolo di infiltrazione mafiosa non si traduce in una “*norma in bianco né una delega all'arbitrio dell'autorità amministrativa imprevedibile per il cittadino*”⁶⁸, essendo invece devoluto al Prefetto un equilibrato apprezzamento sugli elementi che tradiscono tale commistione tra crimine organizzato ed economia legale.

⁶³ T.A.R. Calabria – Reggio Calabria, sent. 4 settembre 2018, n. 516, in www.giustizia-amministrativa.it

⁶⁴ Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 6 aprile 2018, n. 3, in www.giustizia-amministrativa.it

⁶⁵ Di cui al medesimo art. 84, co. 2 d.lgs. 159/2011, che prevede che “*La comunicazione antimafia consiste nell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67*”.

⁶⁶ Giova, sin da ora, evidenziare che quando è emessa una informazione antimafia interdittiva si determinano gli effetti descritti all'art. 94 d.lgs. 159/2011. Nello specifico, i soggetti di cui al citato articolo 83 – ricevute le informazioni antimafia interdittive – non possono stipulare, approvare o autorizzare i contratti o subcontratti, né autorizzare, rilasciare o comunque consentire le concessioni e le erogazioni nei confronti delle imprese attinte dalle interdittive. Inoltre, qualora il Prefetto non rilasci l'informazione interdittiva entro i termini previsti, ovvero nel caso di lavori o forniture di somma urgenza di cui all'art. 92, comma 3 quando la sussistenza di una causa di divieto indicata nell'articolo 67 o gli elementi relativi a tentativi di infiltrazione mafiosa siano accertati successivamente alla stipula del contratto, si procede alla revoca delle autorizzazioni e delle concessioni o al recesso dai contratti. Sul tema, si consenta di rinviare a A. De Pascalis, *Effetti delle misure interdittive antimafia nei rapporti con la Pubblica Amministrazione*, in G. Amarelli, S. Sticchi Damiani (a cura di) *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Torino, 2019.

⁶⁷ Cons. Stato, sez. III, sent. 8 marzo 2017, n. 1109, in www.giustizia-amministrativa.it

⁶⁸ Cons. Stato, sez. III, sent. 5 settembre 2019, n. 6105, in www.giustizia-amministrativa.it.

In quest'ambito, peraltro, muta anche il significato e la portata della discrezionalità amministrativa, *“da intendersi qui non nel senso, tradizionale e ampio, di ponderazione comparativa di un interesse pubblico primario rispetto ad altri interessi, ma in quello, più moderno e specifico, di equilibrato apprezzamento del rischio infiltrativo in chiave di prevenzione secondo corretti canoni di inferenza logica.”*⁶⁹.

Sul punto particolare rilievo hanno rivestito le decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo secondo cui se *“la certezza è altamente auspicabile, essa può portare come strascico una eccessiva rigidità e la legge deve essere in grado di tenere il passo con il mutare delle circostanze”*, con la conseguenza, sempre nell'ottica della Corte che *“molte leggi sono inevitabilmente formulate in termini che, in misura maggiore o minore, sono vaghi e la cui interpretazione e applicazione sono questioni di pratica”*⁷⁰. Poiché da esse la giurisprudenza ha individuato nella stessa norma attributiva del potere il limite e la latitudine di detta discrezionalità⁷¹, ed estrapolato il principio per cui *“è necessario, affinché il potere sia correttamente esercitato e si mantenga nell'ambito di un corretto bilanciamento tra la necessità di impedire l'infiltrazione della criminalità organizzata nelle attività economiche e la salvaguardia del principio di cui all'art. 41 Cost., che l'istruttoria allo stesso sottesa valuti adeguatamente, e la motivazione dia conseguentemente conto, della ragione per la quale dette risultanze non siano ritenute condivisibili, nonché degli elementi fondanti la valutazione circa la perdurante sussistenza del pericolo di condizionamento”*⁷².

Di qui, dunque, l'esercizio di un potere discrezionale assistito da rigorosa motivazione e, quindi, idoneo a palesare non solo l'esistenza dei fatti oggetto di contestazione quanto, soprattutto, l'adeguatezza di un'istruttoria che abbia accertato e verificato, seppur alla stregua del criterio civilistico del *“più probabile che non”*⁷³, la sussistenza di situazioni gravemente indizianti⁷⁴.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ Corte Edu, Grande Camera, sent. 23 febbraio 2017, *De Tommaso c. Italia*, §107.

⁷¹ Ex plurimis, Cons. Stato, sez. III, sent. 30 gennaio 2019, n. 758; Cons. Stato, sez. III, sent. 3 aprile 2019, n. 2212; Cons. Stato, sez. III, sent. 5 settembre 2019, n. 6105; Cons. Stato, sez. III, sent. 25 ottobre 2021, n. 7165. Tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

⁷² T.A.R. Calabria – Reggio Calabria, sent. 11 febbraio 2019, n. 91, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁷³ Sulla valutazione della causalità materiale rimesso all'amministrazione, si veda, in particolare, Cons. Stato, sez. III, sent. 24 aprile 2020, n. 2651, per cui *“la regola probatoria del “più probabile che non” non è un diverso procedimento logico, ma la (minore) forza dimostrativa dell'inferenza logica, sicché, in definitiva, l'interprete è sempre vincolato a sviluppare un'argomentazione rigorosa sul piano metodologico, «ancorché sia sufficiente accertare che l'ipotesi intorno a quel fatto sia più probabile di tutte le altre messe insieme, ossia rappresenti il 50% + 1 di possibilità, ovvero, con formulazione più appropriata, la c.d. probabilità cruciale (Cons. St., sez. III, 26 settembre 2017, n. 4483)”*.

In tema, conformi, si vedano anche Cons. Stato, sez. III, sent. 3 maggio 2016, n. 1743, Cons. Stato, sez. III, sent. 5 maggio 2018, n. 1401, Cons. Stato, sez. III, sent. 8 giugno 2020, n. 3641. Tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

⁷⁴ *“L'impianto motivazionale dell'informazione antimafia deve fondarsi su una rappresentazione complessiva, imputabile all'autorità prefettizia, degli elementi di permeabilità criminale che possano influire anche indirettamente sull'attività dell'impresa, la quale si viene a trovare in una condizione di, potenziale, asservimento rispetto alle iniziative della criminalità organizzata di stampo mafioso. Il quadro indiziario dell'infiltrazione mafiosa posto a base dell'informativa deve dar conto in modo organico e coerente, ancorché sintetico, di quei fatti aventi le caratteristiche di gravità, precisione e concordanza, dai quali, sulla base della regola causale del “più probabile che non”, il giudice amministrativo, chiamato a verificare l'effettivo pericolo di infiltrazione mafiosa, possa pervenire in via presuntiva alla conclusione ragionevole che tale rischio sussiste, tenuto conto di tutte le circostanze di tempo, di luogo e di persona specificamente dedotte a sostegno dell'adottato provvedimento amministrativo (Cons. St., sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743).*

I fatti che l'autorità prefettizia deve valorizzare sono rilevanti nel loro valore oggettivo, storico, sintomatico, perché rivelatori del condizionamento che le associazioni mafiose, in molteplici, cangianti e sempre nuovi modi, possono

In tal guisa, l'esercizio della discrezionalità amministrativa pur rimanendo ampia, non è indeterminata, ma si auto-limita nella attenta e ponderata considerazione dei presupposti applicativi della misura, su cui la valutazione del giudice amministrativo si arresta alla verifica che l'*iter* decisionale seguito sia immune da illogicità e contraddittorietà⁷⁵.

3. Strategie di contrasto alla criminalità del profitto

Si è dato conto, nei paragrafi che precedono, della ipertrofia normativa da cui è contrassegnata la materia delle misure amministrative che, in chiave di prevenzione, sono state approntate dal legislatore per contrastare le sempre più diffuse forme di criminalità economica.

A tal riguardo, nell'ambito delle strategie predisposte dall'ordinamento avverso le mafie del profitto⁷⁶, possono rintracciarsi due diverse tendenze che corrispondono ad altrettanti approcci politico-criminali⁷⁷: uno, che si muove nel senso di attivare strumenti di contrasto dai caratteri *quasi* repressivi, e che può definirsi come una "*giustizia dell'incapacitazione economica*"⁷⁸; l'altro, invece, di più recente acquisizione, si contraddistingue per una contrazione delle ipotesi di paralisi economica e giuridica dell'impresa, nel segno di una più coerente conciliazione tra le esigenze di contrasto alla criminalità organizzata e quelle della tutela dell'iniziativa economica dei privati.

Si delineano e valorizzano, quindi, nell'ambito di questa seconda linea di tendenza, interventi di tipo recuperatorio – non più e non solo demolitori - che riescano a contemperare interessi di stampo pubblicistico e quelli più propriamente privatistici, introducendo strumenti che agiscano in chiave conservativa dell'attività e del valore delle imprese.

3.1. Il modello inabilitativo - stigmatizzante e l'incapacitazione economica delle aziende

La prima linea di intervento nell'ambito della lotta all'inquinamento mafioso dell'economia legale si è tradotta, come osservato, nella predisposizione di misure di contrasto estremamente pervasive nei confronti dei destinatari. L'obiettivo prioritario perseguito, infatti, è stato quello di depurare il mercato dai capitali di origine illecita e di marginalizzare gli operatori economici che ricorressero a espedienti illeciti per realizzare profitto: tale finalità si è concretizzata, soprattutto, nell'aggressione – e conseguente azzeramento – dei vantaggi patrimoniali derivanti dai reati e, al contempo, nella privazione delle risorse finanziarie su cui si fonda l'egemonia delle organizzazioni criminali sul mercato.

esercitare sull'impresa. (Cds Sez. III nn. 3506 del 11.06.2018 e 2236 del 13 aprile 2018)" cit. T.A.R. Calabria – Reggio Calabria, sent. 4 settembre 2018, n. 516, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁷⁵ C.G.A.R.S., sez. giur., sent. 3 novembre 2017, n. 477, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁷⁶ Tra gli altri, L. Fornari, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale moderno*, Padova, 1997.

⁷⁷ M. Galli, *La giustizia dell'incapacitazione economica alla prova dei suoi effetti: verso una prevenzione sostenibile?*, in A. Sterpa, A. Coiante (a cura di), *Sicurezza, legalità ed economia*, Napoli, 2020, 81.

⁷⁸ *Ivi*, 82.

Tale approccio è stato contrassegnato, *in primis*, dal massiccio ricorso a strumenti ablatori – acquisitivi, di cui la confisca⁷⁹ costituisce il paradigma operativo per eccellenza.

Istituto polifunzionale, suscettibile di presentarsi sotto etichettature sia penalistiche che amministrativistiche, la confisca, quale misura di prevenzione patrimoniale *in rem*, è strumentale a fronteggiare l'infiltrazione criminale nel mondo d'impresa, scongiurando il rischio del reinvestimento di ricchezze illecitamente prodotte in altre attività illegali ovvero in azioni anche formalmente lecite, con conseguente deviazione dalle logiche di mercato e dalle regole di concorrenza⁸⁰.

La confisca, soprattutto *sub specie* della confisca allargata e per equivalente, ha conosciuto una diffusione capillare nell'ambito del contrasto preventivo alle mafie, traducendosi, nell'applicazione prevista dal d.lgs. 159/2011 come una *actio in rem* verso beni di provenienza non necessariamente criminale, ma semplicemente incerta⁸¹.

I fattori di questa tendenza espansiva nell'uso degli strumenti di ablazione patrimoniale sono stati numerosi ma, sostanzialmente, riconducibili a quella cennata evoluzione dello stesso paradigma dell'azione criminale che involge, adesso, un piano macroeconomico e, dunque, pone lo Stato innanzi alla necessità di colpire non solo le c.d. *imprese mafiose*, ma anche le c.d. *imprese colluse*⁸², operatori economici che, seppur geneticamente legali, vengono successivamente attratti nell'orbita degli interessi di gruppi criminali.

⁷⁹ Sul tema, A. M. Maugeri, *Confisca (diritto penale)*, in Enc. Dir., Annali VIII, Milano, 2015; T. Padovani, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, in Giustizia Criminale, Pisa, vol. 2/2014; E. Nicosia, *La confisca, le confische. Funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applicativi*, Torino, 2012; F. Mazzacuva, *L'evoluzione nazionale e internazionale della confisca tra diritto penale "classico" e diritto penale "moderno"*, in A. Bargi, A. Cisterna (a cura di), *La giustizia patrimoniale penale*, Milano, 2011; A. Alessandri, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in E. Dolcini, C. E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006.

⁸⁰ In proposito, la Corte di Cassazione ha ribadito che "*l'interesse pubblico all'eliminazione dal circuito economico di beni di sospetta illegittima provenienza, sussiste per il solo fatto che quei beni siano andati a incrementare il patrimonio del soggetto e prescinde dal fatto che perduri in capo a quest'ultimo lo stato di pericolosità, perché la finalità preventiva che si intende perseguire con la confisca risiede proprio nell'impedire che il sistema economico legale sia funzionalmente alterato da anomali accumuli di ricchezza, quale che sia la condizione del soggetto che poi si trovi a farne in qualsiasi modo uso*". Cass., sez. I, sent. 5 giugno 2014, n. 23641, in www.cortedicassazione.it.

⁸¹ In tal guisa, appare che la confisca sembra "*più presupporre che prevenire la commissione di reati*", F. Palazzo, F. Viganò, *Diritto penale. Una conversazione*, Bologna, 2018, 48.

Come noto, il d.lgs. 159/2011 prevede la confisca di un novero molto ampio di beni in disponibilità diretta o indiretta di un soggetto, qualora questi non sia in grado di dimostrarne la provenienza lecita. Il presupposto di questo spossessamento, si fonda sulla ricorrenza di indici di c.d. pericolosità generica, fondata su una attitudine criminale del soggetto preposto. In proposito, vale la pena sottolineare come se le categorie di pericolosità generica sono state ritenute convenzionalmente illegittime nel caso delle misure di prevenzione personali (Corte Edu, Grande Camera, sent. 23 febbraio 2017, *De Tommaso c. Italia*), si continua a far ricorso a tali categorie nel caso delle misure di prevenzione patrimoniali, nei confronti delle quali la stessa giurisprudenza sovranazionale ha ritenuto di poter far ricorso ove sussista un rapporto di proporzionalità tra la lesione del diritto di proprietà e l'interesse pubblico volto a garantire, mediante la lotta alla criminalità organizzata, l'ordinata e pacifica convivenza dei consociati.

Ex plurimis, di vedano Corte Edu, sent. 5 luglio 2001, *Arcuri e altri c. Italia*; Corte Edu, sent. 25 marzo 2003, *Madonia c. Italia*; Corte Edu, sent. 13 novembre 2007, *Bocellari e Rizza c. Italia*.

⁸² Così C. Visconti, *Strategie di contrasto dell'inquinamento criminale dell'economia: il nodo dei rapporti tra mafie e imprese*, in Riv. It. Dir. e Proc. Pen., n. 2/2014, 716-717.

Il ricorso, generoso⁸³, all' intervento ablatorio-acquisitivo si è poi accompagnato, sempre nella medesima ottica stigmatizzante e inabilitante delle imprese, allo strumento interdittivo, con cui si inibisce, sul piano giuridico, la possibilità di concludere validamente rapporti negoziali, di fatto impedendo la prosecuzione dell'attività di impresa e paralizzandone il potere commerciale.

Mentre, dunque, con le misure ablatorie il legislatore mira allo spossessamento patrimoniale degli operatori economici direttamente o indirettamente considerabili mafiosi al duplice scopo di mondare il mercato da capitali illeciti e di privare le imprese mafiose o colluse del loro potere d'acquisto, con l'utilizzo della tecnica interdittiva si impedisce al soggetto proposto di operare sul mercato, inibendo la regolare prosecuzione dell'attività, in tutto o in parte.

Le misure interdittive dell'attività di impresa si concretizzano, quindi, in un ordine emesso dall'autorità giudiziaria ovvero da quella amministrativa, che si traduce in una incapacitazione economica totale o parziale, temporanea o perpetua, dell'azienda, con conseguenti ingenti ricadute pregiudizievoli sull'operatore economico, soprattutto, in termini di perdita di fatturato e di credibilità sul mercato.

Sebbene il ricorso a detto strumento si rinvenga, sia in chiave sanzionatoria che preventivo-cautelare, nell'ambito del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 "*Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica*"⁸⁴, attualmente, il paradigma applicativo della tecnica interdittiva è da ricercarsi nell'ambito delle misure di contrasto alla criminalità organizzata nel settore della contrattualistica pubblica, ove si traduce nelle informazioni antimafia interdittive.

Riconducibili nel più ampio *genus* della documentazione antimafia⁸⁵, le informazioni consistono, in base alla definizione di cui al comma 3 dell'art. 84, d.lgs. 159/2011,

⁸³ In senso contrario a questa tendenza cfr. Cass.pen. sez. V, sent. 17 dicembre 2013, n. 18848, con nota di A. Maugeri, *La Suprema Corte pretende un uso più consapevole della categoria dell'impresa mafiosa in conformità ai principi costituzionali*, in dir. pen. cont., n. 1/2015.

⁸⁴ Nell'ambito della disciplina inerente la responsabilità degli enti, come dettata dal d.lgs. 231/2001, il ricorso a strumenti interdittivi, si rinvia a più riprese. Anzitutto, al comma 2 dell'art. 9, ove vengono elencate le tipologie di sanzioni interdittive applicabili per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato ("*a*) l'interdizione dall'esercizio dell'attività; *b*) la sospensione o la revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; *c*) il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; *d*) l'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; *e*) il divieto di pubblicizzare beni o servizi"), mentre all'art. 16 sono enucleate quelle predisposte in via definitiva ("*1. Può essere disposta l'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività se l'ente ha tratto dal reato un profitto di rilevante entità ed è già stato condannato, almeno tre volte negli ultimi sette anni, alla interdizione temporanea dall'esercizio dell'attività. 2. Il giudice può applicare all'ente, in via definitiva, la sanzione del divieto di contrattare con la pubblica amministrazione ovvero del divieto di pubblicizzare beni o servizi quando è già stato condannato alla stessa sanzione almeno tre volte negli ultimi sette anni. 3. Se l'ente o una sua unità organizzativa viene stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione di reati in relazione ai quali è prevista la sua responsabilità è sempre disposta l'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività e non si applicano le disposizioni previste dall'articolo 17.*"). Tali misure, inizialmente concepite per contrastare episodi di criminalità comune, sono state estese, dall'art. 24ter, anche avverso il compimento di delitti di criminalità organizzata.

⁸⁵ Secondo quanto disposto dall'art. 84, d.lgs. 159/2011, la documentazione antimafia si distingue in comunicazioni e informative. In via di prima approssimazione, e unicamente ai fini della presente trattazione, la sostanziale differenza tra le due tipologie di documentazione risiede nel fatto che le comunicazioni riguardano rapporti economici tra privati derivanti da attività sottoposte a autorizzazione, concessione, abilitazione, iscrizione ad albi, s.c.i.a. e silenzio assenso (art. 89, comma 2, lett. a) e b) d.lgs.159/2011) e presentano un contenuto vincolato, perché la loro adozione è ancorata

“nell’attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all’articolo 67, nonché, fatto salvo quanto previsto dall’articolo 91, comma 6, nell’attestazione della sussistenza o meno di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate indicati nel comma 4”^e, dunque, possono produrre effetti interdittivi o liberatori in base agli esiti delle verifiche istruttorie condotte dall’amministrazione.

Detti provvedimenti, dunque, nell’ottica di assicurare la libera concorrenza, l’ordine pubblico economico, il buon andamento e l’imparzialità dell’amministrazione, sono strumentali a far conoscere preliminarmente al contraente pubblico l’esistenza di impedimenti e situazioni indice di mafiosità degli operatori economici privati, in tal modo vagliando l’affidabilità e la moralità delle imprese in pendenza delle procedure ad evidenza pubblica e durante l’esecuzione del contratto⁸⁶.

All’ampio ricorso che si è fatto di questo strumento, nel corso degli anni⁸⁷, ha fatto seguito un’estensione dell’area applicativa delle interdittive, sia dal punto di visto oggettivo che da quello soggettivo.

Partendo da quest’ultimo aspetto, l’art. 83, co. 1 d.lgs. 159/2011, con una dicitura assai ampia, onera dell’acquisizione delle informative “*le pubbliche amministrazioni e gli enti pubblici, anche costituiti in stazioni uniche appaltanti, gli enti e le aziende vigilati dallo Stato o da altro ente pubblico e le società o imprese comunque controllate dallo Stato o da altro ente pubblico nonché i concessionari di lavori o di servizi pubblici*”, mentre, in termini speculari rispetto all’ampiezza dei soggetti di cui al menzionato art. 83, co. 1, i destinatari delle informative sono individuati dall’art. 85 d.lgs. 159/2011, che fa riferimento ai rappresentanti legali di associazioni, imprese individuali e collettive, al direttore tecnico e ai componenti del collegio sindacale e di vigilanza, ove previsti. Sulla scorta, poi, della cennata tendenza ampliativa dell’operatività della misura, l’art. 85, al co. 3, impone che la documentazione antimafia debba essere acquisita anche con riferimento ai familiari conviventi aventi maggiore età di coloro che ricoprono incarichi direttivi nell’ambito delle

alla sussistenza dei presupposti indicati dalla normativa. In questo dato risiede il maggiore elemento di discriminazione rispetto alle informazioni che, oltre a rivolgersi ai rapporti economici tra privati e pubbliche amministrazioni, sono connotate – come si è avuto modo di anticipare *supra* – dalla natura discrezionale del potere pubblico che le adotta. In proposito, si segnala comunque che, con l’introduzione dell’art. 89-bis al Codice antimafia ad opera del decreto legislativo 13 ottobre 2014, n. 153, è stata superata la tradizionale impermeabilità tra comunicazioni e informazioni, potendo il prefetto comunque adottare un’informazione antimafia quando, in esito alle verifiche di cui all’articolo 88, comma 2, venga accertata la sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa, tanto in base alla considerazione per cui la netta ripartizione prevista in origine si era mostrata non adeguatamente capace di contrastare le organizzazioni mafiose, in grado, invece, di infiltrarsi in tutte le attività economiche, anche quelle soggette a regime autorizzatorio.

Cfr., sul punto, A. Levato, *Ratio e requisiti delle informative antimafia*, in G. Amarelli, S. Sticchi Damiani (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all’infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Torino, 2019.

⁸⁶ Cfr. U. Cimmino, *La nuova certificazione e le altre cautele antimafia*, in *Nuove autonomie*, n. 4/1995.

⁸⁷ Per avere effettiva contezza del fenomeno, sul piano quantitativo, si rinvia all’analisi annuale effettuata dal Ministero dell’Interno (in particolare, con riferimento all’ultima annualità, si veda Dossier Viminale, *Un anno di attività del Ministero dell’Interno (1 agosto 2021 – 31 luglio 2022)*, in www.interno.gov), ove si evidenzia come, nell’ambito del contrasto alla criminalità organizzata, si siano adottati, su scala nazionale, 1621 provvedimenti interdittivi antimafia nel corso dell’anno 2021/2022. Tale valore, invero, registra una contrazione rispetto all’anno 2020/2021, ove le informazioni antimafia interdittive sono state 2263, così segnando una prima inversione in un *trend* che, invece, negli ultimi anni, è stato in continua crescita. Basti mettere a raffronto, in proposito, per fotografare il progressivo, maggiore, utilizzo di tali strumenti, le interdittive adottate nel 2016, emesse in un numero pari a 510, con le 1279 predisposte nel 2018, incrementate a 1865 nel 2020, sino ad arrivare, nell’anno 2021, alla massima espansione di tale fenomeno.

imprese e che, comunque, ai sensi dell'art. 91, co. 5 d.lgs. 159/2011, l'autorità prefettizia può disporre accertamenti anche nei confronti di soggetti che risultano poter determinare o influenzare, in qualunque modo, le scelte o gli indirizzi dell'impresa.

Allo stesso modo, anche per ciò che concerne il versante oggettivo di applicazione dello strumento interdittivo, si è progressivamente registrato un ampliamento dei contratti per cui le amministrazioni contraenti hanno l'onere di richiedere il rilascio dell'informativa antimafia.

L'art. 91, infatti, prevede l'obbligo per la p.a. di verificare l'assenza del pericolo di infiltrazione mafiosa prima del perfezionamento di contratti o subcontratti aventi valore pari o superiore a quello determinato per legge per l'aggiudicazione di lavori pubblici, servizi e forniture, o con importo superiore ad euro centocinquantamila in materia di concessioni e finanziamenti⁸⁸, ferma restando, comunque, la facoltà di richiedere la documentazione antimafia anche per procedure ad evidenza pubblica che si attestino al di sotto di tali valori⁸⁹.

Agli esiti degli accertamenti svolti, nel caso in cui l'Autorità prefettizia si determini per l'adozione di un provvedimento interdittivo, gli effetti nei confronti dell'impresa, disciplinati dall'art. 94 d.lgs. 159/201, sono particolarmente rilevanti.

Infatti, gli operatori economici colpiti da tale misura vengono posti in una condizione di incapacità giuridica parziale e -tendenzialmente- temporanea, che si giustifica in base alla irrimediabile lesione del rapporto fiduciario tra Amministrazione e privato, che non consente al destinatario di essere titolare di posizioni giuridiche che determinino rapporti con la P.A., per tale dovendosi intendere "*ogni tipo di interazione tra il privato e l'Amministrazione che presuppone un titolo abilitativo da parte di quest'ultima, per il tramite di autorizzazioni, concessioni ovvero erogazioni pubbliche*"⁹⁰.

In dottrina, si è parlato in proposito di *ergastolo imprenditoriale*⁹¹, atteso l'effetto in incapacitazione legale delle imprese nell'intrattenere rapporti con la pubblica amministrazione e nello svolgimento delle attività economiche che ne deriva e che rende l'interdittiva antimafia più simile, nelle sue conseguenze, ad un provvedimento

⁸⁸In dettaglio, l'articolo in commento dispone che "*I soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, devono acquisire l'informazione di cui all'articolo 84, comma 3, prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti, ovvero prima di rilasciare o consentire i provvedimenti indicati nell'articolo 67, il cui valore sia:*

a) pari o superiore a quello determinato dalla legge in attuazione delle direttive comunitarie in materia di opere e lavori pubblici, servizi pubblici e pubbliche forniture, indipendentemente dai casi di esclusione ivi indicati;

b) superiore a 150.000 euro per le concessioni di acque pubbliche o di beni demaniali per lo svolgimento di attività imprenditoriali, ovvero per la concessione di contributi, finanziamenti e agevolazioni su mutuo o altre erogazioni dello stesso tipo per lo svolgimento di attività imprenditoriali;

c) superiore a 150.000 euro per l'autorizzazione di subcontratti, cessioni, cottimi, concernenti la realizzazione di opere o lavori pubblici o la prestazione di servizi o forniture pubbliche."

⁸⁹ In questo senso, la giurisprudenza amministrativa ha chiarito che l'elencazione del Codice Antimafia in merito alle ipotesi in cui è necessario richiedere la documentazione antimafia "*non preclude la possibilità di acquisire comunque la documentazione antimafia, non essendovi un divieto di richiedere informazioni al di sotto della soglia indicata*". Ex multis Cons. Stato, sez. III, sent. 13 agosto 2018, n. 4922, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁹⁰ A. De Pascalis, *Effetti delle misure interdittive antimafia nei rapporti con la pubblica amministrazione*, in G. Amarelli, S. Sticchi Damiani, *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Torino, 2019, 149.

⁹¹ L'espressione è utilizzata anche da M. Mazzamuto, *Profili di documentazione amministrativa*, in www.giustamm.it, 2016, n. 3.

sanzionatorio⁹². Difatti, le conseguenze preclusive delle interdittive antimafia non solo non presentano un'efficacia territoriale illimitata - i loro effetti espandendosi su tutto il territorio nazionale - ma gli stessi si riverberano sia sulla fase genetica del rapporto con la pubblica amministrazione che in quella dell'esecuzione dei contratti. Ciò comporta, nel primo caso, l'esclusione *ab origine* dalle procedure di gara; nella seconda ipotesi, in caso di sopravvenienza dell'interdizione, la risoluzione o la revoca dei contratti⁹³, nonché l'impossibilità per il privato di accedere a finanziamenti, contributi ed erogazioni pubbliche⁹⁴.

⁹² Secondo P. Troncone, *Origine ed evoluzione delle misure preventive antimafia*, in G. Amarelli, S. Sticchi Damiani, *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Torino, 2019, 27, "Il vero nodo irrisolto dell'interdittiva antimafia è insito nella confusa natura giuridica del provvedimento che sortisce effetti chiaramente repressivi che vanno ben al di là di quanto la natura amministrativa della decisione farebbe supporre, con un incremento della sua applicazione oggettivamente allarmante che nel solo periodo 2014 – 2018 ha visto l'interdizione di duemila imprese, aumentate da 122 a 573, con un incremento pari al 370%. Non vi è dubbio che per gli effetti paralizzanti per l'impresa che l'interdittiva antimafia rappresenta ha una carica afflittiva che la pone, seppur non formalmente, nell'orbita delle misure di prevenzione ante delictum. Decisamente limitative dei diritti fondamentali della persona, della sua libertà di creare ed esercitare un'impresa, le interdittive sfuggono ad un preventivo controllo della giurisdizione penale e tutto si gioca nel campo della funzione amministrativa. Del resto, a coonestare una evidente natura afflittiva, tipica espressione di una burocrazia punitiva, è anche la collocazione disciplinare nell'ambito del Codice antimafia e le intime connessioni con tutta la materia della prevenzione ante delictum."

⁹³ Dispone l'art. 94 d.lgs.159/2011 che "1. Quando emerge la sussistenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa, di cui all'articolo 84, comma 4 ed all'articolo 91, comma 6, nelle società o imprese interessate, i soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2 cui sono fornite le informazioni antimafia, non possono stipulare, approvare o autorizzare i contratti o subcontratti, ne' autorizzare, rilasciare o comunque consentire le concessioni e le erogazioni.

2. Qualora il prefetto non rilasci l'informazione interdittiva entro i termini previsti, ovvero nel caso di lavori o forniture di somma urgenza di cui all'articolo 92, comma 3 qualora la sussistenza di una causa di divieto indicata nell'articolo 67 o gli elementi relativi a tentativi di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4, ed all'articolo 91, comma 6, siano accertati successivamente alla stipula del contratto, i soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, salvo quanto previsto al comma 3, revocano le autorizzazioni e le concessioni o recedono dai contratti fatto salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite.

3. I soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, non procedono alle revoche o ai recessi di cui al comma precedente nel caso in cui l'opera sia in corso di ultimazione ovvero, in caso di fornitura di beni e servizi ritenuta essenziale per il perseguimento dell'interesse pubblico, qualora il soggetto che la fornisce non sia sostituibile in tempi rapidi.

4. Le disposizioni di cui ai commi 2 e 3 si applicano anche nel caso in cui emergano elementi relativi a tentativi di infiltrazione."

Sull'effettiva portata di tale disposizione, nonché in merito alle interazioni con l'art. 32, comma 10, d.l. 90/2014, ci si riserva di trattare il tema *funditus* nel prosieguo dell'elaborato.

Si consenta, comunque, sin da subito, di rinviare, con riferimento agli aspetti oggetto di disamina a A. De Pascalis, *Effetti delle misure interdittive antimafia nei rapporti con la pubblica amministrazione*, in G. Amarelli, S. Sticchi Damiani, *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Torino, 2019.

⁹⁴ A tal riguardo, vale la pena citare il principio di diritto enunciato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza n. 3 del 6 aprile 2018 (in www.giustizia-amministrativa.it.) per cui: "a) il provvedimento di cd. "interdittiva antimafia" determina una particolare forma di incapacità *ex lege*, parziale (in quanto limitata a specifici rapporti giuridici con la Pubblica Amministrazione) e tendenzialmente temporanea, con la conseguenza che al soggetto – persona fisica o giuridica – è precluso avere con la pubblica amministrazione rapporti riconducibili a quanto disposto dall'art. 67 d. lgs. 6 settembre 2011 n. 159".

b) l'art. 67, co. 1, lett. g) del d.lgs. 6 settembre 2011 n. 159, nella parte in cui prevede il divieto di ottenere, da parte del soggetto colpito dall'interdittiva antimafia, "contributi, finanziamenti e mutui agevolati ed altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati da parte dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità Europee, per lo svolgimento di attività imprenditoriali", ricomprende anche l'impossibilità di percepire somme dovute a titolo di risarcimento del danno patito in connessione all'attività di impresa."

Anche considerando l'estensione temporale degli effetti dell'informativa antimafia, si rivelano ulteriori conseguenze proibitive: ai sensi dell'art. 86, co. 2 d.lgs. 159/2011, il termine di validità delle informazioni è di dodici mesi, decorsi i quali l'impresa che aveva ottenuto il provvedimento liberatorio deve nuovamente essere sottoposta ad accertamenti, onde accertare l'eventuale esistenza del pericolo di infiltrazioni nell'azienda.

Tuttavia, tale termine temporale non si estende, *sic et simpliciter* nei confronti dell'informazione interdittiva, rispetto alla quale la giurisprudenza è costante nell'argomentare che *“il decorso del termine annuale ex art. 86, comma 2, d.lvo n. 159/2011 non produce ex se la perdita di efficacia del provvedimento interdittivo, il quale, una volta spirato il termine suindicato, dovrebbe considerarsi tamquam non esset, ma produce l'effetto (strumentale e procedimentale) di imporre all'Autorità prefettizia il riesame della vicenda complessiva, ergo dei sintomi di condizionamento dai quali era stato distillato il pericolo infiltrativo, ai fini dell'aggiornamento della originaria prognosi interdittiva.”*⁹⁵.

Di tal che, il decorso del termine annuale non comporta la perdita di efficacia del provvedimento interdittivo, ma unicamente la legittimazione del soggetto interdetto a presentare un'istanza volta a sollecitare il riesame del provvedimento medesimo, alla luce delle circostanze sopravvenute alla sua adozione e tali da giustificare la rivalutazione da parte della Prefettura dei relativi presupposti, e di procedere alla attualizzazione della prognosi infiltrativa, laddove sia venuta a conoscenza di circostanze suscettibili di estinguere o attenuare il pericolo di condizionamento mafioso⁹⁶.

L'incapacitazione giuridica che così si viene a determinare in capo all'azienda raggiunta da interdittiva, per quanto la giurisprudenza tenti di temperarne gli effetti, rimane un provvedimento che, al pari dell'incapacitazione economica dell'impresa raggiunta da confisca, è in grado di determinare la morte della persona giuridica nei confronti di cui si rivolge, realizzando, in tal modo, un vero e proprio *enticidio*⁹⁷.

⁹⁵ Cons. Stato, sez.III, sent. 13 dicembre 2021, n. 8309, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁹⁶ Sul punto, infatti, la medesima sentenza del Cons. Stato n. 8309/2021 chiarisce che *“Tale conclusione interpretativa, del resto, è l'unica coerente con l'esigenza di non prefissare rigidamente la durata della vita del provvedimento interdittivo, ma di commisurarla alla reale natura ed intensità dell'esigenza preventiva cui lo stesso è preordinato, consentendo al soggetto interessato (titolare quantomeno di un potere di impulso) ed all'Amministrazione di apprezzare, in relazione alla concreta situazione ostativa ed alla potenzialità evolutiva che la stessa presenta, la sussistenza dei presupposti per procedere alla revisione, in chiave liberatoria, del provvedimento originario.*

Ragionando diversamente, ovvero attribuendo al decorso del predetto termine annuale l'effetto automatico di “azzerare” gli effetti interdittivi dell'informativa, si imporrebbe alla Prefettura – cui sarebbe precluso determinare, con la sua inerzia, lacune temporali nella frontiera che l'interdittiva erige all'accesso dell'impresa contaminata o contaminabile ai rapporti con la P.A. – di procedere costantemente (o, almeno, al decorso del termine annuale) alla verifica della persistenza dei presupposti per la protrazione del regime inibitorio, anche quando nessun elemento nuovo (tale, cioè, da giustificare la sua revisione) si sia verificato (o sia stato addotto dal soggetto interessato), con la conseguente ineluttabilità della sua conferma.

[..]Deve solo aggiungersi che l'interpretazione che precede è sintonica con il dettato normativo richiamato, in quanto la “validità” a termine dell'informativa antimafia che esso prevede può essere correttamente riferita alla prognosi interdittiva (che dell'informativa costituisce il fondamento legittimante), la cui intangibilità resta circoscritta al suindicato orizzonte temporale, con la conseguente esigenza del suo aggiornamento laddove si siano verificate circostanze meritevoli di considerazione ai fini della verifica della sua persistente attualità, ferma restando l'efficacia, nelle more e fino alla sua formale revoca, del provvedimento interdittivo e del connesso regime inibitorio (all'intrattenimento da parte dell'impresa interdetta di rapporti con la P.A. o comunque allo svolgimento di attività in settori cui sia estesa la vigenza della normazione antimafia).”

⁹⁷ L'espressione è di E.Mezzetti, *L'enticidio: una categoria penalistica da ricostruire ed una conseguenza per l'azienda da evitare*, in dir. pen. cont., n. 1/2018, che così lo descrive: *“Enticidio come evento del cortocircuito di sistema che s'inscrive*

Tuttavia, il ricorso indiscriminato, negli ultimi anni, a un simile modello inabilitativo – stigmatizzante soffre della mancanza di una visione strategica a lungo termine⁹⁸, miope rispetto alle ricadute concrete sui mercati, in termini di pregiudizio sui livelli occupazionali, interruzione dei servizi pubblici e, comunque, di azzeramento del valore economico e sociale delle imprese. Con la conseguenza che ciò che ambisce ad essere una cura, finirebbe per trasformarsi, per altro verso, in diversa patologia.

In effetti, l'applicazione delle misure cui si è fatto pocanzi cenno, con la prolungata interdizione dai rapporti con la pubblica amministrazione, ovvero l'impossibilità di prosecuzione di attività che presuppongono autorizzazioni, licenze o concessioni, nonché l'ablazione in via temporanea o definitiva dei beni materiali dell'azienda, potrebbero determinare la crisi irreversibile dell'impresa.

Tale considerazione, invero, imporrebbe di improntare un simile intervento statale alla proporzionalità tra mezzi utilizzati ed obiettivi perseguiti, anche rispetto agli interessi dei terzi in buona fede che possano essere lesi da tali strategie di prevenzione e contrasto della criminalità, in modo da limitare al massimo la crisi d'impresa per mano pubblica⁹⁹.

Peraltro, considerazioni empiriche¹⁰⁰ hanno dimostrato che difficilmente l'azienda raggiunta da tali misure riesca a sopravvivere nel mercato, e che quindi la loro ristrutturazione legale¹⁰¹, di fatto, non sempre è possibile. Finanche il reinserimento delle aziende sottoposte a confisca nel mercato legale sotto l'egida dell'Agenzia Nazionale per i Beni Sequestrati e Confiscati (ANBSC), si è rivelata complessa per fattori sia endogeni che esogeni alla procedura¹⁰².

Sicché, in un ambito dagli equilibri tanto fragili, il rischio è un cortocircuito del sistema, per cui il legislatore, che in base alla funzione sociale della proprietà ai sensi dell'art. 42 Cost. giustifica il proprio intervento nel mercato, dall'altro di tale principio è dimentico laddove manca di ponderare gli effetti, potenzialmente aberranti, di tale strategia.

nel più ampio fenomeno moderno degli omicidi di impresa, che può trovare origine sia da cause endogene, correlate alle forme di responsabilizzazione riconducibili ai soggetti interni, posti in posizione apicale, che s'identificano nel management societario, negli organi di vertice, così come nei singoli individui che possiedono una capacità più o meno ampia di influire sui processi decisionali e sulle scelte strategiche che conducano ad una spinta politica scorretta dell'impresa, che da fattori esogeni, che sono generati, viceversa, da risposte sanzionatorie o misure di contrasto vuoi sproporzionate, vuoi inadatte allo scopo".

⁹⁸ M. Galli, *La giustizia dell'incapacitazione economica alla prova dei suoi effetti: verso una prevenzione sostenibile?*, in A. Sterpa, A. Coiante (a cura di), *Sicurezza, legalità ed economia*, Napoli, 2020, 88.

⁹⁹ Cfr. E. Mezzetti, *L'enticidio*, op.cit., 137, nonché E. Aprile, *Gli effetti dell'intervento penale sull'economia delle imprese. Nuovi equilibri tra repressione dei reati e continuità delle attività produttive?*, in dir. pen.cont., 30 novembre 2015.

¹⁰⁰ Un dato, sul punto, può essere fornito in base a quanto riportato da *Transcrime*, Progetto PON- Sicurezza 2007-2013, *Gli investimenti delle mafie*, Rapporto di ricerca, Milano, 2013 (in www.transcrime.it) ove si evidenzia che dal 1983 al 2013, solo il 15% delle aziende sottoposte a controllo statale è ancora attiva.

¹⁰¹ C. Visconti, *Strategie di contrasto dell'inquinamento criminale dell'economia*, op. cit., 718.

¹⁰² Quanto a quest'ultimo aspetto, e in disparte le latenze burocratiche connesse alla gestione dell'ANBSC, si rileva che un elemento fortemente ostativo all'epurazione dell'impresa attiene proprio alla sua natura intrinsecamente illecita, che, nascendo e sviluppandosi nell'ambito di settori illegali ovvero utilizzando risorse criminali, una volta espunto ogni tipo di condizionamento mafioso, perde ogni possibilità di mostrarsi competitiva nel mercato. Il percorso verso la legalità, inoltre, comporta costi spesso molto elevati, dovendo intervenire, in chiave riparatoria, a situazioni di elevata esposizione bancaria, di mancato inquadramento del personale impiegato ai sensi delle disposizioni lavoristiche e di quella inerente la sicurezza, abusi edilizi, elevati tassi debitori nei confronti di fornitori.

Cfr., sul punto, M. Galli, *La giustizia dell'incapacitazione economica alla prova dei suoi effetti*, op. cit., 89.

3.2. *Il modello prospettico – cooperativo e la garanzia della continuità aziendale*

La deriva di una impostazione che guarda all'intervento statale in una prospettiva puramente *destruens* delle realtà economiche è suscettibile di condurre, come cennato, ad effetti altrettanto distruttivi per il mercato nel suo complesso, tanto più ove si pensi che il sistema penale e il sistema di prevenzione viaggiano su binari paralleli, finendo per costituire, così, sottoinsiemi autonomi e indipendenti che, talvolta in assenza di una razionalità politico-criminale, si sovrappongono e si confondono in un coacervo di disposizioni e misure connotate dai medesimi presupposti e dalle stesse finalità¹⁰³.

Le perplessità emerse in ordine alla perdurante opportunità di condurre una lotta alla criminalità economica unicamente sul piano della inabilitazione delle aziende permeabili a infiltrazioni mafiose, ha fatto prendere corpo, all'interno dell'ordinamento, ad una controtendenza legislativa tesa a rimediare agli aspetti di maggiore criticità di un simile approccio.

In altri termini, si è sviluppata una ragionevole tendenza a considerare le preoccupazioni di ordine economico attinenti alle infiltrazioni della criminalità organizzata, secondo una prospettiva ancipite: se, da un lato, si è assistito ad un incremento del ricorso a misure ablatorio-patrimoniali, dall'altro, a correzione delle storture che l'applicazione di tali strumenti stava cagionando, sono state varate altre possibili soluzioni atte a rendere l'intervento statale maggiormente sostenibile per le imprese e, dunque, per la stessa economia.

Sulla scorta di tale diverso approccio il legislatore, nei confronti di quelle realtà economiche che non siano irrimediabilmente compromesse con le organizzazioni mafiose, ma che siano, al più, con esse "contaminate"¹⁰⁴, ha inteso coniugare la necessità di neutralizzare la deviazione criminale dell'impresa con la sua sopravvivenza giuridica ed economica, nell'intento di assicurarne il salvataggio.

L'approntamento di tali misure risponde ad una logica che recupera il carattere esclusivamente preventivo di detti strumenti – così scongiurando quella eterogenesi dei fini cui pure si è fatto cenno in dottrina¹⁰⁵ –, finalizzati a introdurre un controllo pubblico volto all'epurazione dalle scorie della criminalità organizzata nelle imprese affinché tali realtà, mondate dagli elementi di devianza, possano efficacemente muoversi nel libero mercato, secondo le regole che gli sono proprie.

La valorizzazione di questa prospettiva di intervento consentirebbe, dunque, di riportare al centro delle strategie di prevenzione la tutela dell'ordine economico e degli equilibri di mercato, abbandonando, in tal modo, gli schemi delle misure preventive tradizionali, ancorate, come visto, su logiche di pericolosità sociale: l'ottica di conservazione dell'impresa prevale su malcelate finalità stigmatizzanti ed il percorso di riabilitazione

¹⁰³ Si è evidenziato, in proposito, che la mancanza di dialogo tra tali sistemi e la complessità che ne è derivata ha condotto, quale ulteriore corollario distorsivo, al c.d. *paradosso del millepiedi*, utilizzando qui un'espressione mutuata da G. Melillo, *La responsabilità da reato degli enti. Forme di criminalità, tipologie di enti e risposta sanzionatoria*, relazione svolta in occasione del convegno *Strumenti di prevenzione della criminalità d'impresa e della criminalità mafiosa: dalla responsabilità da reato ai protocolli di legalità*, Palermo, 19 e 20 novembre 2010, alla stregua della quale "per non inciampare è meglio non chiedersi la precisa sequenza in cui vanno mossi i piedi".

¹⁰⁴ La distinzione, è ripresa da C. Visconti, *Strategie di contrasto dell'inquinamento criminale dell'economia*, op. cit., 719.

¹⁰⁵ Cfr. E. Mezzetti, *L'entididio*, op.cit., 137.

dell'ente torna ad essere pienamente coerente con l'art. 41 Cost. che riconosce il principio di iniziativa economica privata nella sua massima estensione.

Questo approccio, si è per lo più concretizzato nella valorizzazione del controllo pubblico dell'impresa, con il moltiplicarsi delle ipotesi di intervento statale nella gestione degli operatori economici privati (seppur secondo livelli differenti di pervasività) al fine di ricondurre l'impresa nei binari della legalità e, al contempo, di prevenire la futura commissione di reati¹⁰⁶.

La direzione politico-criminale, figlia di questa tendenza, ha condotto alla crescente introduzione nell'ordinamento di strumenti conservativo-rieducativi dell'impresa: si tratta di una scelta che sposta il piano di intervento della mano pubblica su un versante di accompagnamento terapeutico delle imprese piuttosto che del loro annientamento. In questo modo, *“l'oggetto della tutela preventiva tende a preservare la stabilità macroeconomica del sistema, assicurando la continuità della produzione di beni o servizi in un equilibrio di domanda e offerta e le relazioni con terze parti, tutelando posti di lavoro.”*¹⁰⁷.

Si è parlato, a tal proposito, di *stick and carrot approach*¹⁰⁸, cioè di un più misurato bilanciamento – tanto sul versante preventivo che su quello più strettamente sanzionatorio - tra le esigenze di stigmatizzazione e rimprovero della condotta criminosa e quella di una palingenesi epurativa dell'impresa.

Gli interventi normativi, in questo senso, sono stati molteplici: partendo dal decreto legge 24 giugno 2014, n. 90 – che ha introdotto, all'art. 32, le misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio delle imprese -, passando per la legge 17 ottobre 2017, n. 161 – laddove non solo è stata ridisegnata la disciplina dell'amministrazione giudiziaria ex art. 34 d.lgs. 159/2011, ma è stato introdotto, all'art. 34bis, il nuovo istituto del controllo giudiziario delle imprese -, fino al decreto legge 6 novembre 2021, n. 152 – che ha contemplato, con l'introduzione dell'art. 94bis, una serie di misure di prevenzione collaborative applicabili in caso di agevolazione occasionale alla criminalità organizzata.

In via di prima approssimazione, con riserva di più dettagliatamente approfondire nel prosieguo, detti interventi di tipo prospettico-cooperativo possono essere ricondotti a due differenti tipologie¹⁰⁹.

Una prima categoria fa riferimento a quegli strumenti di riparazione introdotti dal legislatore proprio con l'effetto di attenuare le ricadute sociali, giuridiche ed economiche delle misure di interdizione economica, nel segno di una più accentuata sostenibilità del sistema. In questo caso, dunque, il ricorso a strumenti conservativi si fonda su un giudizio prognostico in merito all'impatto che l'inabilitazione di un'impresa, seppure connotata da un considerevole tasso di criminalità, potrebbe arrecare al mercato e agli interessi che lo animano, sicché l'ordinamento controbilancia la spinta punitiva che vuole espunta tale

¹⁰⁶ In merito, M. Galli, *Giudicare l'avvenire. Uno studio a partire dalla convention judiciaire d'interet public*, in Riv. It. dir. proc. pen., 2018.

¹⁰⁷ T. Bene, *Dallo spossamento gestorio agli obiettivi di stabilità macroeconomica*, in Arch. pen., 21 maggio 2018, 384-385.

¹⁰⁸ In questi termini, T. Guerini, *L'ente collettivo nell'arcipelago delle misure di contrasto alle infiltrazioni della criminalità organizzata nel sistema economico*, in G. Amarelli, S. Sticchi Damiani, *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Torino, 2019, 188.

¹⁰⁹ Così M. Galli, *La giustizia dell'incapacitazione economica alla prova dei suoi effetti*, op. cit., 95.

impresa dal mondo economico con un'ottica, invece, di conservazione quale alternativa effettivamente sostenibile per i valori tutelati dall'ordinamento.

L'art. 32 d.l. 90/2014, con le peculiarità che si vorranno mettere in luce *infra*¹¹⁰, è un esempio di questo approccio, laddove, al comma 10, rimette all'autorità prefettizia la valutazione in ordine alla possibilità di ammettere l'impresa che sia attinta da una informazione antimafia interdittiva alle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio, così fortemente contenendo le ricadute nocive dell'ergastolo imprenditoriale sul sistema economico, sui livelli occupazionali, sulla resa dei servizi pubblici e, dunque, a tutela della collettività.

Poggiano, invece, su una architrave parzialmente diversa, gli istituti astrattamente riconducibili alla seconda categoria: pur non essendo ad essi estranea la logica relativa alla necessaria continuità aziendale quale garanzia di interessi sovra individuali, la finalità in questo caso perseguita appare più immediatamente riconducibile al *self-cleaning* dell'impresa. L'intromissione statale nella compagine societaria trova qui la sua *ratio* in un principio di proporzionalità e ragionevolezza che impone di intervenire nella maniera meno invasiva possibile nel caso in cui le infiltrazioni criminali nella *governance* dell'ente appaiano più facilmente emendabili attraverso un programma di accompagnamento, meno afflittivo per l'impresa, che ha come fine la sua reimmissione nel circuito economico legale.

L'approccio normativo, in questo caso, muta e pone al centro il tentativo di salvataggio di quelle realtà imprenditoriali che, non essendo intrinsecamente mafiose, si connotano per cointeressenze o commistioni con la criminalità organizzata tali da richiedere un intervento pubblico, ma da non destare un particolare allarme sociale.

Abbandonata, così, la prospettiva dello stigma, in favore, invece, dell'adozione di misure più aderenti alla contemporanea realtà economica e commerciale, la risposta dell'ordinamento viene differentemente ponderata in base alla pervasività della consorceria criminale all'interno dell'impresa, prevedendo l'adozione di misure via via meno afflittive a seconda della stabilità ovvero dell'occasionalità dei condizionamenti mafiosi.

Coerente con questo paradigma risulta essere, ad esempio, l'introduzione dell'art. 34bis ad opera della l. 161/2017, che introduce la possibilità che l'Autorità giudiziaria disponga la misura del controllo giudiziario dell'impresa nel caso in cui il livello di contaminazione del soggetto economico si arresti ad una agevolazione occasionale. In questa ipotesi, laddove si accertino elementi di fatto in ordine al pericolo concreto di condizionamento mafioso, il Tribunale potrà imporre oneri di comunicazione all'azienda, ovvero, in ipotesi più gravi, la continuazione dell'attività sotto la vigilanza di un amministratore giudiziario.

La massima valorizzazione di questa prospettiva recuperatoria si legge, poi, al comma 6 dell'art. 34bis, ove si concede la possibilità all'impresa raggiunta da interdittiva antimafia che abbia presentato ricorso avverso tale misura, di richiedere l'ammissione al controllo giudiziario con prosecuzione dell'attività sotto l'egida di un amministratore, che è, quindi, nominato su istanza di parte.

¹¹⁰ Come si chiarirà *infra*, la riconducibilità, *sic et simpliciter*, dell'art. 32 d.l. 90/2014 nell'ambito di tale categoria non è completamente condivisibile ove si guardi, alle misure di monitoraggio dell'impresa previste dal comma 8 del medesimo articolo e che paiono muoversi, invece, secondo una logica riconducibile, invece, nella seconda categoria del modello prospettico-cooperativo.

Appare qui evidente, dunque, il passaggio dall'incapacitazione alla conservazione, finanche nella sua misura di maggior tutela per il destinatario, cui è data la possibilità di continuare ad operare *sub condicione* di un controllo pubblico, più o meno invasivo, a seconda dell'effettiva compenetrazione con gli interessi criminali.

4. *Commissariamento e commissariamenti: l'eccezione che diventa regola?*

La tendenza che si è voluto mettere in luce nei paragrafi che precedono, nell'indicare una maggiore attenzione dell'ordinamento per il recupero delle imprese, pare normalizzare, di converso, un intervento statale negli affari economici privati che, da eccezionale, diventa sempre più ordinario¹¹¹.

Nella estrema eterogeneità delle modalità in cui si attua tale intromissione pubblica nella compagine imprenditoriale, appare tutt'altro che infrequente che l'ordinamento ricorra alla nomina di soggetti terzi e imparziali, *sub specie* di amministratori straordinari o di commissari, per far fronte alla necessità di garantire il perseguimento di interessi pubblici laddove si sia realizzato un cortocircuito – *rectius* un fallimento - del sistema che rischia di pregiudicarne l'esercizio¹¹².

Questo tipo di sostituzione della gestione ordinaria a una di tipo straordinario, appunto, commissariale, risponde all'esigenza di porre rimedio, con interventi immediati e urgenti, a quella illegittima compromissione degli interessi primari che deriverebbe dal protrarsi della situazione di inefficienza¹¹³.

L'esigenza, quindi di assicurare la soddisfazione dei bisogni impellenti dei cittadini, guardata attraverso la lente della necessità¹¹⁴, si pone a legittimazione di soluzioni

¹¹¹ Che gli ordinamenti prevedano la possibilità di ricorrere a strumenti *extra ordinem* per il governo di situazioni eccezionali, non è un fatto inedito. Dopo l'Unità d'Italia, ad esempio, si era soliti affrontare le emergenze proclamando lo "*stato d'assedio*", istituto a lungo usato nel silenzio della legge e positivizzato per la prima volta, peraltro assicurando ampi margini di atipicità, con il r.d. 6 novembre 1926, n. 1848 (ma sul punto v. L. Rossi, *L'ordinamento dello stato di assedio nelle ultime leggi italiane*, in Riv. dir. pubbl., 1936, 20). Anche gli ordinamenti dell'antichità hanno conosciuto istituti simili e in tal senso la dottrina è solita accostare l'istituto commissariale a quello romano del *dictator*, sul punto si rinvia a F. Salvia, *Il diritto amministrativo e l'emergenza derivante da cause e fattori interni all'amministrazione*, in *Il diritto amministrativo dell'emergenza. Annuario Aipda 2005*, Milano, 2006; G. Morbidelli, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in Dir. amm., 2015.

¹¹² In questi termini, C. Micciché, *Efficienza e legalità nel commissariamento delle opere pubbliche: il commissario come responsabile unico dei progetti più complessi*, in dir. econ., 3/2020, che riconduce le ipotesi di possibile fallimento dell'azione amministrativa, in termini di perseguimento di interessi pubblici, a cause organizzative, normative, culturali, naturali (come nel caso di calamità) o antropiche.

¹¹³ Sul punto, la giurisprudenza amministrativa ha, a più riprese, confermato il principio, già espresso da Corte Cost. 20 gennaio 2004 n. 27 (in www.corecostituzionale.it) secondo cui "*il potere di nomina del Commissario straordinario costituisce attuazione del principio generale, applicabile a tutti gli enti pubblici, del superiore interesse pubblico al sopperimento, con tale rimedio, degli organi di ordinaria amministrazione, i cui titolari siano scaduti o mancanti.*". Si è sostenuto, dunque, che in presenza di disfunzioni o anomalie gestionali il soggetto preposto al controllo dell'ente o della struttura pubblica può sostituirne i vertici "commissariandoli" anche in mancanza di espresse e precise previsioni normative. L'interesse generale al buon funzionamento della struttura pubblica legittimerebbe, infatti, il "commissariamento" quale possibile esternazione del generale potere di controllo, così ammettendo l'esistenza nel nostro ordinamento dell'istituto del commissariamento "atipico" di carattere oggettivo, disposto cioè per ragioni funzionali. Su tutte, Cons. Stato, sez. IV sent. 13 maggio 2013, n. 2596, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹¹⁴ Con riguardo al rapporto tra legalità e necessità si vedano: S. Romano, *Sui decreti legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria*, in Riv. dir. pubbl. e della pubbl. amm. in Italia, 1909, 1; F. Cammeo, *Lo stato d'assedio e la giurisdizione*, in Giur. it., 1898; G. Miele, *La situazione di necessità dello Stato*, in Arch. dir. pubbl., 1936.

procedimentali non ordinarie: il ricorso al commissariamento può descriversi allora come il punto in cui convergono, per essere ricomposti, il principio di legalità dell'azione amministrativa e quello di necessità¹¹⁵.

Da questo punto di vista, quindi, ciò che pare fondare e, al contempo, limitare l'utilizzo dello strumento commissariale è la sussistenza della condizione di necessità e dell'urgenza a provvedere, assurgendo, quest'ultimo, a parametro teso a scongiurare che al ricorso di strumenti *extra ordinem* non corrisponda, in realtà, alcuna situazione emergenziale da superare essendo, piuttosto, dettato dalla volontà di aggirare alcuni limiti normativi¹¹⁶.

Invero, il ricorso sempre più frequente a gestioni commissariali anche in un ambito non più strettamente pubblicistico, pone problemi di compatibilità di simili interventi con il rispetto di principi di rango costituzionale, tanto che si è in proposito parlato di “*una statalizzazione strisciante delle attività imprenditoriali private o, perlomeno, della loro gestione.*”¹¹⁷.

Infatti, alla ricerca di quel complicato bilanciamento tra esigenze di repressione e contrasto alla criminalità economica e di risanamento delle imprese dalle devianze illecite, l'ordinamento ha moltiplicato le possibilità di intervento pubblico diretto nella compagine gestoria delle imprese, con l'effetto collaterale di autorizzare il proliferare, di pari passo, dell'intromissione della mano pubblica nel mercato.

Così, l'applicazione del paradigma interventista si è spostato da ambiti angusti e ristretti, religiosamente rispettosi dei diritti di proprietà privata e di libera iniziativa economica, al contrasto all'impresa mafiosa, sino a dilagare, con la sua più ampia realizzazione, all'impresa illecita.

Ancora una volta, i fattori di rischio sottesi a tale approccio interventista sono quelli di falsare le dinamiche economiche e le regole della libera concorrenza, nonché di realizzare una violazione via via più evidente di quel principio di libertà dell'iniziativa economica privata che, per altri aspetti, si cerca di salvaguardare.

Le scelte di politica-criminale effettuate a partire dall'ultimo decennio del secolo scorso tese, come evidenziato, a valorizzare le strategie di recupero degli enti, hanno finito, dunque, per normalizzare una pervasività dell'intervento pubblico che, invece, era stata, a partire dal secondo dopoguerra, fortemente limitata alla luce di una applicazione estensiva del principio di sussidiarietà orizzontale.

Il breve *excursus* che segue, si propone di ripercorrere, attraverso la ricostruzione di alcuni degli istituti più significativi, l'evolversi di questa tendenza dell'ordinamento, prima di giungere all'analisi delle misure di cui all'art. 32, d.l. 90/2014 e sino ai più recenti approdi legislativi sul punto.

4.1. L'amministrazione straordinaria delle imprese insolventi

Una prima, significativa traccia di questa tendenza interventista nell'economia per la tutela di interessi pubblici primari può rinvenirsi, anzitutto, nel diritto commerciale.

¹¹⁵ In questi termini, C. Micciché, *Efficienza e legalità nel commissariamento delle opere pubbliche: il commissario come responsabile unico dei progetti più complessi*, in dir. econ., 3/2020.

¹¹⁶ S. Cassese, *I paradossi dell'emergenza*, in *Il diritto amministrativo dell'emergenza. Annuario Aipda 2005*.

¹¹⁷ Cit. F. Sgubbi, T. Guerini, *L'art. 32 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90. Un primo commento*, in dir. pen. cont., 24 settembre 2014, 1.

Si fa riferimento, segnatamente, all'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi, introdotta con legge 3 aprile 1979, n. 95 e successivamente riformata dal d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270, nonché all'amministrazione straordinaria speciale, per le imprese di maggiori dimensioni, di cui al d.l. 23 dicembre 2003, n. 347 (conv. in l. 18 febbraio 2004, n. 39), strumenti aventi finalità conservative del patrimonio produttivo mediante prosecuzione, riattivazione o riconversione delle attività imprenditoriali.

Dette misure, seppur differenti per procedura di attuazione, sono accomunate dall'*intentio legis* tesa al salvataggio dell'impresa in crisi che presenti, tuttavia, "*concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico*"¹¹⁸, in tal guisa giustificando l'intromissione pubblica in ragione di una più auspicabile continuità aziendale.

L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, già nella sua formulazione originaria, fu congegnata come procedura concorsuale diretta, a differenza del fallimento, alla conservazione del complesso aziendale, che continuava a svolgere la sua attività per il tramite di un commissario straordinario nominato dall'autorità amministrativa e da aiuti statali di vario tipo tra cui la possibilità di esercitare l'azione revocatoria¹¹⁹.

A seguito dei correttivi adoperati nel 1999, l'impresa subisce gli effetti di uno spossessamento attenuato: la sua attività prosegue sotto il controllo di un commissario e con le autorizzazioni del giudice delegato per gli atti di straordinaria amministrazione¹²⁰, laddove si verifichi la contemporanea sussistenza dei seguenti requisiti: concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico, un numero non inferiore ai duecento dipendenti, debiti per un ammontare complessivo non inferiore ai due terzi tanto del totale dell'attivo dello stato patrimoniale che dei ricavi provenienti dalle vendite e dalle prestazioni dell'ultimo esercizio.

Qui, il ruolo della figura commissariale è duplice: in un primo momento il commissario *giudiziale*, esaminate le scritture contabili e i bilanci, la consistenza e la composizione del patrimonio nonché la posizione dell'impresa nel mercato, entro trenta giorni dalla dichiarazione giudiziale dello stato d'insolvenza, redige una relazione che, nel descrivere le cause dell'insolvenza, analizza e motiva la sussistenza dell'effettivo recupero dell'equilibrio economico dell'azienda; a seguito dell'ammissione dell'impresa, disposta con decreto del Tribunale, è il Ministero dell'Industria a disporre con proprio decreto la nomina di uno o tre commissari straordinari per la gestione l'impresa e l'amministrazione del patrimonio del debitore sotto il controllo del Ministero per gli atti di alienazione o affitto di aziende e rami d'azienda e per altre operazioni di importo superiore a una determinata soglia (artt. 40 e 42) e un comitato di sorveglianza, composto da tre o cinque membri, avente funzioni consultive (artt. 45 e 46), che si occupano della predisposizione di un programma avente, ai sensi dell'art. 55, la finalità di salvaguardare l'unità operativa dei complessi aziendali e gli interessi dei creditori¹²¹. Nel caso in cui non siano emerse prospettive di recupero, il Tribunale dichiarerà, con decreto reclamabile in Corte d'appello, il fallimento.

¹¹⁸ Cfr. art. 27, d.lgs. 270/1999, rubricato "*Condizioni di ammissione alla procedura*".

¹¹⁹ Numerosi, i dubbi che si posero sulla effettiva compatibilità di tali misure con la normativa sovranazionale e, in particolare, rispetto al Trattato di Roma in materia di concorrenza. Sul punto, si veda in particolare Cass., sent. 19 maggio 1997, n. 434, in *Fallimento*, 1998, 598.

¹²⁰ In tema, cfr. G. Terranova, *Le procedure concorsuali. Problemi di una riforma*, Milano, 2004.

¹²¹ Dette finalità possono essere perseguite attuando uno degli indirizzi di cui all'art. 27: a) cessione unitaria del complesso aziendale sulla base di un programma di prosecuzione dell'attività non superiore ad un anno ("programma

Con la c.d. amministrazione straordinaria speciale di cui al d.l. 347/2003, si accentua il carattere terapeutico della misura, giacché essa si caratterizza per la volontarietà della sottoposizione all'amministrazione straordinaria e per l'ammissione amministrativa al beneficio, che, infatti, viene disposto dal Ministro dello Sviluppo economico su richiesta dell'impresa in crisi. In questo caso, quindi, si prescinde dalla fase dell'osservazione per favorire l'immediata apertura dell'amministrazione straordinaria, in ciò segnando la sua peculiarità: l'accertamento giudiziale in merito allo stato di insolvenza dell'azienda avviene ad amministrazione straordinaria già aperta e a commissario straordinario già insediato.¹²²

Sono sottoponibili a questo modello di amministrazione straordinaria le imprese fallibili che impieghino almeno cinquecento dipendenti da almeno un anno e i cui debiti, inclusi quelli derivanti da garanzie rilasciate, ammontino complessivamente ad una somma non inferiore a trecento milioni di euro.

Dal decreto di ammissione disposta dal Ministro, scattano gli effetti di natura patrimoniale che si compendiano nello spossessamento del debitore, sostituito dal commissario straordinario che redige il programma di cui all'art. 54 d.lgs. n. 270/1999, su cui è necessario ottenere l'autorizzazione del Ministero.

In questo caso, dunque, all'autorità amministrativa vengono attribuiti poteri molto ampi sia in termini di ammissione alla misura – disposta con decreto ministeriale (o del Presidente del Consiglio dei Ministri nel caso di imprese operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali) – che in punto di ingerenza operativo-gestionale. L'intromissione del potere pubblico si giustifica proprio in considerazione della strumentalità di questa procedura non solo e non esclusivamente a fini liquidatori, ma anche in virtù della tutela di interessi di tenore più propriamente pubblicistico perché connessi alla tenuta dell'economia nazionale, quali la salvaguardia dei livelli occupazionali, il risanamento economico dell'impresa, la prosecuzione delle attività produttive¹²³, tanto da far ritenere che l'utilità sociale sottesa a tale ingerenza pubblica rende la contrazione della libertà di iniziativa economica proporzionata al fine perseguito¹²⁴.

di cessione dei complessi aziendali"); b) ristrutturazione economica e finanziaria dell'impresa in base a un programma di risanamento di durata non superiore a due anni ("programma di ristrutturazione"); bbis) cessione di complessi di beni e contratti ("programma di cessione di complessi di beni e contratti" previsto per le sole imprese che operano nel settore dei servizi pubblici essenziali ex art. 1, co. 1 bis, d.l. n. 134/2008), che prevede la continuazione dell'attività per un periodo non superiore ad un anno e dietro preventiva autorizzazione da parte del Ministero.

¹²² Sul punto, si consenta di rinviare, tra gli altri, a M. Montanari, *L'amministrazione straordinaria delle "grandissime" imprese in stato di insolvenza (c.d. legge Marzano): profili sistematici del procedimento d'apertura e dei relativi effetti*, in dir. Fall., n. 17/2005, 209 e ss.; L. Ponti, F. Spadetto, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi. Dalla "Prodi-bis" alla "Marzano". Problemi applicativi*, Padova, 2006; V. Sanasi d'Arpe, *L'amministrazione straordinaria dei grandi gruppi in crisi. Lineamenti giuridici*, Napoli, 2005.

¹²³ Tale impostazione, peraltro, risulta confermata anche dalla Corte costituzionale che, seppur in via incidentale, con sentenza del 23 giugno 2010, n. 270 ha riconosciuto che interventi diretti a "garantire la continuità e a permettere la conservazione del rilevante valore dell'azienda [...] in vista della tutela dei livelli occupazionali e di esigenze strategiche dell'economia nazionale" sono diretti a realizzare interessi attinenti la sfera economica riconducibili a ragioni di utilità sociale e a fini sociali.

La pronuncia è rinvenibile all'indirizzo www.cortecostituzionale.it.

¹²⁴ Sul punto, cfr. A. Maltoni, *Nuove forme di ingerenza nella gestione di imprese private*, in S. Perongini (a cura di), *Al di là de nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Torino, 2017.

4.2. *Il commissariamento delle imprese nel d.lgs. 231/2001*

Questa medesima prospettiva di conservazione delle attività imprenditoriali e di continuità aziendale è emersa anche in seno alle misure di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 che ha introdotto peculiari forme di responsabilità amministrativa degli enti in dipendenza di reati.

Tale intervento normativo, già agli albori del nuovo millennio, appare sintomatico del nuovo bilanciamento di interessi effettuato dal legislatore che, innanzi alle criticità di un modello esclusivamente punitivo-repressivo dei crimini di impresa, ha gradualmente valorizzato un approccio preventivo che tenesse in adeguata considerazione anche le plurime esigenze collettive legate allo svolgimento di alcune attività imprenditoriali, relative, ad esempio, alla destinazione finalistica di alcune iniziative di impresa, alle dimensioni delle singole strutture imprenditoriali coinvolte, al loro radicamento territoriale, alla tenuta dei livelli occupazionali.

In questo senso, l'intero impianto delineato dal d.lgs. 231/2001 concilia alcune linee di tendenza del legislatore nell'approccio alla problematica della commistione tra realtà economiche e interessi criminali: anzitutto, è ivi contemplato un sistema di prevenzione con eventuali conseguenze punitive che fonda la responsabilità dell'ente nel caso di mancata predisposizione di misure organizzative idonee alla prevenzione degli illeciti; si valorizza, poi, la funzione terapeutica delle misure sanzionatorie previste, mettendo in risalto le ragioni della continuità dell'impresa, pur a fronte del verificarsi di fenomeni delinquenziali¹²⁵.

In merito al primo di tali versanti, il sistema ha inteso collegare la responsabilità dell'ente in base alla mancata predisposizione di un modello di legalità aziendale preventiva che si compendia nei c.d. *compliance programs*, i Modelli di gestione, organizzazione e controllo (MOGC) di cui agli artt. 6 e 7 d.lgs.231/2001. L'adesione a questo sistema di controllo produce effetti favorevoli per l'ente che, adottandoli prima dell'eventuale commissione di un reato, può fare affidamento sull'operatività di tale causa esimente, e che se introdotti dopo il verificarsi di un illecito, potrebbero essere funzionali ad una attenuazione della sanzione, secondo una logica di *ravvedimento operoso*¹²⁶.

Nello specifico, l'art. 12 contempla i casi di riduzione della pena pecuniaria a seguito della predisposizione, prima dell'apertura del dibattimento, di un programma di vigilanza e controllo atto a impedire il verificarsi, in futuro, di ulteriori episodi di illegalità¹²⁷, mentre all'art. 17 si prevede che non trovino applicazione le sanzioni interdittive di cui all'art. 9 quando, tra l'altro, "*l'ente ha eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi*"¹²⁸.

¹²⁵ Cfr. R. Garofoli, *Il contrasto ai reati di impresa nel d.lgs. 231 del 2001 e nel d.l. n. 90 del 2014: non solo repressione ma prevenzione e continuità aziendale*, in dir. pen. cont., 30 settembre 2015.

¹²⁶ S. A. Palumbieri, *Il ravvedimento post delictum dell'ente*, in A. Cadoppi, S. Canestra, A. Manna, M. Papa, *Diritto penale dell'economia*, vol. 2, Milano, 2017.

¹²⁷ Prevede il comma 2 dell'art. 12 che "*La sanzione è ridotta da un terzo alla metà se, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado: a) l'ente ha risarcito integralmente il danno e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si è comunque efficacemente adoperato in tal senso; b) è stato adottato e reso operativo un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi.*"

¹²⁸ Così art. 17, co. 1, lett. b), d.lgs. 231/2001.

In questo modo, dunque, in un settore che si orienta in base alla logica del profitto, il legislatore rende non conveniente per l'azienda delinquere e, al contempo, abdica a prospettive meramente punitive per diffondere, piuttosto, una cultura della legalità aziendale nel sistema economico nazionale¹²⁹.

Coerentemente a tale approccio, teso più alla riabilitazione dell'attività imprenditoriale e al suo reinserimento nel circuito dell'economia legale, deve leggersi lo strumento predisposto dall'art. 15 del d.lgs. 231/2001.

Con tale prescrizione, infatti, si introduce una ipotesi derogatoria all'applicazione di una misura interdittiva che comporta l'interruzione dell'attività, quando, pur ricorrendone i presupposti, l'autorità giudiziaria ritenga possibile, al verificarsi di determinate condizioni, predisporre la continuazione dell'attività d'impresa sotto il controllo di un commissario.

L'utilizzo di tale strumento, chiaramente previsto dal legislatore in rapporto di eccezione all'ordinaria applicazione delle sanzioni amministrative interdittive, si giustifica in virtù della valorizzazione effettuata dall'ordinamento degli interessi, ulteriori e diversi, alla continuità dell'azienda.

Innanzitutto, infatti, alla prospettiva dell'interruzione dell'attività dell'impresa attinta dalle misure sanzionatorie di cui al d.lgs. 231/2001 – che, come da dettato normativo, possono essere applicate dal giudice non solo in sede di condanna ma anche in via cautelare – potrebbero emergere rilevanti problematiche allorché l'impresa svolga un servizio pubblico ovvero laddove dalla sua chiusura *tout court* possano determinarsi gravi ripercussioni sui tassi occupazionali del territorio ove la stessa ha sede.

In questo caso, quindi, nonostante si versi in ipotesi di accertata responsabilità dell'ente¹³⁰, il legislatore consente all'autorità giudiziaria di optare comunque per la prosecuzione dell'attività dell'azienda previa sterilizzazione dei vantaggi economici perseguibili dall'impresa¹³¹.

Per il raggiungimento di dette finalità, dunque, l'art. 15 d.lgs. 231/2001, prevede che il giudice possa, in luogo dell'applicazione della misura sanzionatoria, disporre la gestione

¹²⁹ Cfr. T. Guerini, *L'ente collettivo nell'arcipelago delle misure di contrasto alle infiltrazioni della criminalità organizzata nel sistema economico*, in G. Amarelli, S. Sticchi Damiani, *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Torino, 2019.

¹³⁰ Pare opportuno ulteriormente specificare che l'applicazione di questa particolare forma di responsabilità dell'ente, negli intenti originari del legislatore del 2001, si fonda sul presupposto che i c.d. delitti di scopo costituiscano solo il mezzo di cui l'impresa si serve per la concretizzazione di altri vantaggi e non costituiscono, dunque, essi stessi il fine unico dell'ente. Diversamente, si verserebbe nell'ipotesi dell'impresa criminale, nei confronti della quale trova applicazione il comma 3 dell'art. 16 d.lgs. 231/2001, che prevede che è sempre disposta l'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività nel caso in cui l'azienda è utilizzata come schermo giuridico per consentire o agevolare la commissione di reati. Tale circostanza è stata ulteriormente ribadita dalla legge 15 luglio 2009, n. 94, che ha introdotto l'art. 24ter nel *corpus* del d.lgs. 231/2001 con l'intento di sanzionare la commissione da parte dell'impresa dei delitti di criminalità organizzata, tale per cui l'ente risponde per i reati di associazione per delinquere (art. 416 c.p.), associazione finalizzata a commettere delitti in materia di immigrazione (art. 416, co. 4 c.p.), associazioni di tipo mafioso anche straniere (art. 416bis c.p.), associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope (art. 74 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309), e del reato di sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 603 c.p.), scambio elettorale politico-mafioso (art. 416ter c.p.). Sul tema, in senso ampio, cfr. M. Levis, A. Perini (a cura di) *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, Bologna, 2014; F. Consorte, T. Guerini, *Reati associativi e responsabilità degli enti: profili dogmatici e questioni applicative*, in Resp. Amm. Soc. enti, n. 2/2013; L. D. Cerqua, *L'ente intrinsecamente illecito nel sistema delineato dal d.lgs. 231/2001*, in Resp. Amm. Soc. enti, n. 2/2012.

¹³¹ In proposito, si segnala che il medesimo art. 15 d.lgs. 231/2001, al comma 4 prevede che, in caso di conservazione dell'impresa sotto l'egida commissariale, "Il profitto derivante dalla prosecuzione dell'attività viene confiscato."

commissariale dell'ente per un periodo equivalente alla durata della pena interdittiva che avrebbe altrimenti trovato applicazione, ove ricorra almeno uno dei seguenti presupposti: lo svolgimento da parte dell'ente di un pubblico servizio, anche non essenziale, o un servizio di pubblica necessità la cui interruzione è suscettibile di arrecare un grave pregiudizio alla collettività, ovvero, che dall'interruzione dell'attività dell'impresa possano derivare, in considerazione delle sue dimensioni e delle condizioni economiche del territorio in cui è situata, rilevanti ripercussioni sull'occupazione.

In proposito, occorre dare atto che già la legge delega 29 settembre 2000, n. 300¹³², all'art. 11, co.1, lett. l), n. 3), aveva previsto la possibilità di individuare un altro soggetto per l'esercizio vicario di una attività suscettibile di interdizione temporanea, *“quando la prosecuzione dell'attività è necessaria per evitare pregiudizi ai terzi”*. La formulazione fin troppo ampia di tale prescrizione, invero, avrebbe potuto degenerare in una traduzione normativa poco coerente con la struttura e le finalità dell'intero sistema sanzionatorio del d.lgs. 231/2001 atteso che *“l'irrogazione di una qualsiasi sanzione è comunque in grado di provocare ripercussioni negative verso altri soggetti”*¹³³.

Ritenendo, quindi, indispensabile circoscrivere la tipologia del pregiudizio, si è inteso accordare salvaguardia ai soli interessi della collettività, facendo riferimento, *in primis*, all'impresa che svolge un pubblico servizio o un servizio di pubblica utilità¹³⁴, la cui interruzione può provocare un grave nocumento alla collettività e alla tenuta dei livelli occupazionali nel contesto territoriale di riferimento. Il ricorso a tali indicatori si presenta, così, funzionale alla ripermizione dei *“pregiudizi a terzi”* quali pregiudizi collettivi, che trascendono dalla considerazione di interessi meramente individuali o di aspettative legate all'esercizio di attività economiche che non coinvolgano l'interesse pubblico alla fruizione

¹³² In G.U. n.250 del 25-10-2000 - Suppl. Ordinario n. 176.

¹³³ Così la Relazione ministeriale di accompagnamento al d.lgs. 231/2001 (in www.documenti.camera.it), ove, sul punto, si specifica ulteriormente che *“il riferimento al grave pregiudizio a terzi come condizione per la prosecuzione dell'attività da parte di un soggetto vicario, denota, se interpretato alla lettera, un'orbita applicativa troppo ampia e tale da vanificare l'applicabilità delle sanzioni interdittive che precludono l'esercizio di una attività. È risaputo, infatti, che l'irrogazione di una qualsiasi sanzione è comunque in grado di provocare ripercussioni negative verso altri soggetti. Così, per fare un esempio, i familiari di un soggetto condannato ad una pena detentiva risentiranno, a livello di reddito familiare, dei mancati introiti derivanti dallo stato di detenzione del loro congiunto; come pure si troveranno costretti a cessare l'esercizio di un'attività imprenditoriale in cui il detenuto svolgeva un ruolo insostituibile. Allo stesso modo, la sanzione interdittiva che impedisce all'ente di svolgere la sua attività può recare pregiudizio ai creditori o ai livelli occupazionali. Sta di fatto che non può certamente essere questo il tipo di pregiudizio sufficiente a vanificare l'applicazione della sanzione interdittiva. Se così fosse, questo tipo di sanzioni non potrebbe mai avere luogo.”*

¹³⁴ Dal punto di vista definitorio, l'individuazione di cosa debba correttamente intendersi per servizi pubblici, appare connotata da intrinseca equivocità, che conduce ad una diversa qualificazione a seconda dei settori dell'ordinamento ove il concetto viene applicato. Sul punto, ai fini che qui occorrono, pare opportuno evocare la definizione che di essi ne dà l'art. 112 TUEL, che indica l'oggetto dei servizi pubblici (locali) nella *“produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e promuovere lo sviluppo economico e civile della comunità locale”*, in quanto tali, dunque, rivolti alla soddisfazione degli interessi della collettività, guardata sia nel suo complesso, sia in relazione ai suoi singoli componenti che, infatti, ne fruiscono individualmente. A tal riguardo, il nuovo approccio nella disciplina della fornitura di beni e servizi sul mercato, nel segno di una accentuata libertà di iniziativa economica dei privati e, quindi, al ricorso, in via ordinaria, ai principi di sussidiarietà orizzontale, ha condotto all'enucleazione del diverso concetto di servizio di pubblica utilità, che si connota per la circostanza che si è qui in presenza di attività private, svolte in regime di libera concorrenza e rispetto alle quali il potere pubblico si limita a dettare misure di regolazione, affinché siano costantemente assicurati, nella fruizione di detti servizi, i principi di *egalité, continuité, mutabilité*. Per approfondimenti su tema, si rinvia a D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2021, 178 e ss.

di un servizio e che risentano fisiologicamente degli svantaggi derivanti dall'applicazione di qualunque tipo di sanzione.

Proprio per accentuare il carattere eccezionale del ricorso al commissariamento, l'art. 15 d.lgs. 231/2001 richiede un elemento ulteriore, qualificando in termini di gravità il pregiudizio che, in caso di interruzione dell'attività, deriverebbe alla collettività nella fruizione del servizio, evitando potenziali aggiramenti delle sanzioni interdittive nel caso in cui la loro irrogazione non comprometta in modo apprezzabile la funzionalità del pubblico servizio.

Con il medesimo provvedimento con cui il giudice dispone il commissariamento dell'impresa, vengono definiti i compiti e i poteri del commissario che dovranno essere calibrati, dunque, in relazione della specifica attività in cui è stato posto in essere l'illecito, in coerenza con la più generale prescrizione rinvenibile all'art. 14 d.lgs. 231/2001, che risponde alla necessaria applicazione del principio di proporzionalità e adeguatezza nella determinazione delle sanzioni¹³⁵.

Al commissario giudiziale è rimessa l'adozione degli atti di ordinaria amministrazione, nonché l'adozione e l'attuazione dei modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi, sulla base degli *standards* organizzativi indicati negli artt. 6 e 7 d.lgs. n. 231/2001, nonché degli eventuali criteri (specificativi dei primi) indicati dal giudice nella sentenza.

La previsione di cui al co. 4 art. 15, per cui il commissario dispone la confisca del profitto derivante dalla prosecuzione dell'attività, enfatizza la natura, comunque, afflittiva del commissariamento che va, infatti, comunque ricondotto ad una logica sanzionatoria, sebbene in sostituzione di una misura interdittiva che avrebbe determinato la paralisi totale dell'impresa.

Nell'ipotesi in esame, infatti, l'applicazione in via sostitutiva della gestione commissariale si giustifica in ragione delle preminenti esigenze di tutela di interessi sovra individuali, che non attengono all'impresa in sé per sé considerata ma ai precipitati negativi, in termini occupazionali e di resa dei servizi alla collettività, che discenderebbero dall'interruzione o dalla cessazione della sua attività, senza che questa possa da tanto derivarne un profitto.

4.3. *L'amministrazione giudiziaria delle aziende del Codice Antimafia*

L'intervento della mano pubblica nell'ambito dell'imprenditoria privata ha trovato, poi, una sua collocazione con riguardo alle misure adottate dell'autorità giudiziaria nei confronti della c.d. impresa illecita, *sub specie* dell'impresa mafiosa.

Il riferimento è, segnatamente, all'art. 34 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, che contempla l'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche.

¹³⁵ Sul tema, anche L. Bertonazzi, *Il d.lgs. n. 231 del 2001 e il nuovo modello sanzionatorio dei soggetti collettivi*, in *Dir. proc. amm.*, fasc.4, 2001.

Detta misura, come successivamente riscritta ai sensi dell'art. 10 della legge 17 ottobre 2017, n. 161¹³⁶, da leggersi in combinato con l'art. 34bis introdotto nell'ambito della medesima riforma (su cui, *infra*), costituisce “*un sottosistema con pretese di omogeneità, basato sulla necessità di diversificazione della risposta giudiziaria prevenzionale al fenomeno della contaminazione dell'attività di impresa da parte della criminalità organizzata*”¹³⁷, in tal modo delineando “*una risposta alternativa da parte del legislatore [...] perché alternativa è la finalità di queste, volte non alla recisione del rapporto col proprietario ma al recupero della realtà aziendale alla libera concorrenza, a seguito di un percorso emendativo*”¹³⁸.

Sicché, il comune obiettivo delle “*misure di prevenzione patrimoniali diverse dalla confisca*”, di cui al Capo V, titolo II, del Codice Antimafia è quello di salvaguardare la continuità aziendale delle imprese e, in tal modo, gli interessi della collettività che, altrimenti, ne verrebbero irrimediabilmente lesi, ponendo in essere un intervento pubblico rivolto a “*sterilizzare proprio il rischio di infiltrazioni mafiose all'interno delle attività economiche*”¹³⁹ e a ripristinare la legalità dell'azienda impedendo che essa divenga completamente asservita alla criminalità organizzata¹⁴⁰.

Appare dunque qui confermata la già segnalata controtendenza dell'ordinamento, che va nella direzione, anche nell'ambito del contrasto ad un fenomeno tanto infido quale l'infiltrazione delle mafie nel comparto economico-imprenditoriale, di favorire un approccio terapeutico, che si avvale di parametri applicativi orientati a privilegiare la minore invasività possibile dell'intervento pubblico nelle realtà produttive private realizzando nuove forme di dialogo con le imprese, conciliando l'esigenza di contrasto alle mafie con la necessità di preservare, al contempo, il tessuto economico e produttivo.

Nello specifico, l'amministrazione giudiziaria, essendo volta a privare i soggetti proposti della disponibilità della gestione di risorse strumentali alla realizzazione di disegni criminogeni, prevede che, laddove nel corso di indagini patrimoniali *ex art. 19* del Codice Antimafia ovvero a seguito degli accertamenti compiuti per verificare i pericoli di infiltrazione mafiosa di cui all'art. 92, oppure di quelli compiuti ai sensi dell'art. 213 d.lgs. 50/2016 dall'Autorità nazionale anticorruzione, emergano sufficienti indizi per ritenere che il libero esercizio di attività economiche, anche a carattere imprenditoriale, sia direttamente o indirettamente sottoposto alle condizioni di intimidazione o di assoggettamento agli ambienti della criminalità organizzata, ovvero possa comunque agevolare l'attività di persone nei confronti delle quali sono state disposte misure preventive personali o patrimoniali, o anche solo imputati per associazione a delinquere di stampo mafioso o per i reati di corruzione, il Tribunale possa disporla - di iniziativa o a seguito di proposta del Procuratore della Repubblica, dal Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo, dal

¹³⁶ Il provvedimento legislativo reca “*Modifiche al codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, al codice penale e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale e altre disposizioni. Delega al Governo per la tutela del lavoro nelle aziende sequestrate e confiscate*” ed è pubblicato in G.U. Serie Generale n.258 del 04.11.2017.

¹³⁷ Così, Cass., Sez. I, sent. 7 maggio 2019, n. 29487, in www.cortedicassazione.it.

¹³⁸ Cit. Cass. S.U., sent. 19 novembre 2019, n. 46898, in www.cortedicassazione.it.

¹³⁹ F. Balato, *La nuova fisionomia delle misure di prevenzione patrimoniali: il controllo giudiziario delle aziende e delle attività economiche di cui all'art. 34-bis codice antimafia*, in *Dir. pen. cont.*, n. 3/2019.

¹⁴⁰ Cfr. F. Siracusano, *L'impresa a “partecipazione mafiosa” tra repressione e prevenzione*, in *arch. pen.*, n. 3/2021.

Questore¹⁴¹ o dal Direttore della Direzione investigativa antimafia - sulle aziende o i beni utilizzabili, direttamente o indirettamente, per lo svolgimento delle predette attività economiche, nel caso in cui non sussistano i presupposti per l'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali.

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

Si tratta, dunque, di aziende che mostrano una spiccata attitudine nel fiancheggiamento di contesti delinquenziali, senza essere qualificabili come “*imprese mafiose*”: le imprese destinatarie del provvedimento, infatti, non devono rientrare nella disponibilità diretta di organizzazioni mafiose, essendo qui sufficiente che tali realtà si collochino in una posizione ancillare, di agevolazione rispetto alla loro attività illecita¹⁴².

Sicché, la predisposizione della misura si basa sulla ricorrenza di un duplice presupposto alternativo.

Da un lato, infatti, la norma fa riferimento a “*sufficienti indizi*” atti a disvelare una forma di assoggettamento o di intimidazione dell'impresa rispetto alla compagine mafiosa, verso la quale risulta, in una certa misura, servente: emergerebbe, in questo caso, una sorta di *metus*, se non di imposizione estorsiva che potrebbe qualificare l'imprenditore, non come soggetto connivente all'organizzazione criminale, quanto, piuttosto, come sua vittima.

Su un ulteriore versante, viene in rilievo l'elemento della “*condotta agevolatrice*” rispetto all'attività di soggetti direttamente attinti in misure di prevenzione o, comunque, indagati per reati di mafia o di corruzione che, invece, diversamente da quanto si è osservato per il primo presupposto, farebbe emergere un elemento di commistione tra l'attività d'impresa e quella dell'organizzazione criminale.

La corretta perimetrazione applicativa della misura, quindi, passa anzitutto dalla più puntuale definizione dei menzionati presupposti.

Sul punto, se il ricorso ai “*sufficienti indizi*” conferisce alla disposizione maggiore concretezza, potendosi qui far riferimento alle ordinarie categorie processual-penalistiche, viceversa, maggiori dubbi ermeneutico-applicativi possono derivare in termini di individuazione dell’*ubi consistam* del presupposto dell'agevolazione.

È parso opportuno, quindi, restringere la latitudine operativa di detto requisito, effettuando un'interpretazione rigorosa volta a incardinare l'elemento dell'agevolazione sulla concreta ricorrenza di presupposti oggettivi dell'apporto ausiliario degli imprenditori rispetto agli interessi mafiosi, nei confronti dei quali essi non risultano indifferenti, essendone, invece, direttamente coinvolti.

Sarebbe, infatti, proprio attraverso la libera gestione dei loro beni che si concretizza inevitabilmente un circuito di commistione di posizioni dominanti e rendite che contribuisce a rafforzare la presenza, anche economica, delle compagini mafiose sul territorio.

¹⁴¹ In tale contesto, la richiesta di adozione dell'amministrazione giudiziaria può essere richiesta dal Questore anche in alternativa all'adozione di una informazione antimafia interdittiva, coordinando l'iniziativa con il Prefetto, qualora non sussistessero i presupposti previsti per la relativa adozione.

¹⁴² Cfr. V. Salamone, *La documentazione antimafia nella normativa e nella giurisprudenza*, Napoli, 2019, 149.

Si tratta, in sostanza, di un apporto effettivo, un'obiettiva sovrapposizione di interessi tra le attività delittuose dell'agevolato e l'attività dell'impresa agevolante, seppur non tale da tradursi nella piena consapevolezza dell'imprenditore in merito alle conseguenze che, da tale condotta, potrebbero derivarne¹⁴³, dovendosi altrimenti far ricorso alla diversa misura della confisca.

L'agevolazione può quindi assumersi come *“parametro della contiguità, come indice rivelatore di un sostanziale vantaggio economico, da parte dell'impresa - per questo colpita dalla misura di cui all'art. 34 - nei confronti del sodalizio criminale, che favorisca un incremento patrimoniale di tipo funzionale o organizzativo”*¹⁴⁴.

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

Con il provvedimento di nomina, l'amministratore giudiziario è immesso nel possesso dei beni aziendali con conseguente iscrizione nel registro tenuto dalla Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura nel quale è iscritta l'impresa stessa.

Da tale momento, l'amministratore esercita tutte le facoltà spettanti ai titolari dei diritti sui beni e sulle aziende oggetto della misura e, nel caso di imprese esercitate in forma societaria, è legittimato ad esercitare i poteri degli organi di amministrazione e degli altri organi sociali secondo le modalità stabilite dal Tribunale, tenuto conto delle esigenze di prosecuzione dell'attività d'impresa, senza percepire ulteriori emolumenti.

Si tratta, ai sensi del co.2, art. 34, di una misura necessariamente temporanea, che è adottata per un periodo non superiore a un anno, prorogabile, a richiesta del pubblico ministero o d'ufficio, per ulteriori sei mesi ma non oltre, complessivamente, a due anni, laddove nella relazione dell'amministratore giudiziario si evidenzia la necessità di completare il programma di sostegno e di aiuto alle imprese amministrate e la rimozione delle situazioni di fatto e di diritto che avevano determinato la misura, in tal senso confermando il carattere spiccatamente riabilitativo della disposizione.

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

Quando vi sia concreto pericolo che i beni sottoposti al provvedimento vengano dispersi, sottratti o alienati, nei casi in cui si abbia motivo di ritenere che i beni siano frutto

¹⁴³ In questo senso, G. Capecci, *La misura di prevenzione patrimoniale dell'amministrazione giudiziaria degli enti e le sue innovative potenzialità*, in dir. pen. cont., 4 ottobre 2017, ha sottolineato come siffatte agevolazioni possono riguardare i rapporti più variegati tra ente e soggetto o network criminale: dal condizionamento di fatto (es. enti che subiscano estorsione o che siano sottoposti ad usura in modo sistematico e più o meno rassegnato e compiacente), all'influenza giuridica (es. il socio di minoranza, o il consulente esterno, o il dipendente fittizio, che di fatto condizionino l'ente diventandone socio leonino o dominus occulto), dall'influenza commerciale (es. il fornitore che abusi di una posizione di dominanza o di restrizioni all'accesso ed alla libera concorrenza in forza di ricatti, di estorsioni o di forme di corruzione privata), a quella finanziaria (es. allorché i flussi di liquidità creditizie immesse nell'ente ne condizionino le strategie organizzative ed operative).

¹⁴⁴ Cit. V. Salamone, *La documentazione antimafia nella normativa e nella giurisprudenza*, Napoli, 2019, 150.

di attività illecite o ne costituiscono l'impiego, i medesimi soggetti che possono richiedere l'amministrazione giudiziaria possono richiedere al Tribunale di disporre il sequestro.

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

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

Le forme di condizionamento mafioso, oggetto di puntuale neutralizzazione, infatti, non pregiudicano irreparabilmente l'integrità aziendale, nel senso che non presentano elementi di capillarità tali da compromettere l'assetto imprenditoriale. Si agisce, pertanto, in un frangente temporale idoneo a salvare e ad isolare l'azienda dal contesto criminale.

Sicché, la finalità perseguita dalla disposizione in commento è stata di inibire l'espansione del fenomeno mafioso, di frenare quella tendenza tipicamente delinquenziale a creare canali di arricchimento tramite l'esercizio di influenze su attività economiche lecite che, pur in carenza di un collegamento diretto con il proposto (e con la sua pericolosità), risultino, in ultima analisi, agevolare l'attività criminale di quest'ultimo e delle consorterie mafiose.

5. *Misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio delle imprese ai sensi del d.l. 90/2014*

Le inchieste giudiziarie che hanno travolto i lavori di preparazione per l'Esposizione Universale del 2015 a Milano, hanno costituito un duro banco di prova per la tenuta del sistema di contrasto all'inquinamento dell'economia legale e della contrattualistica pubblica.

A seguito delle indagini condotte sugli appalti legati alla preparazione dell'Esposizione Universale e, dunque, innanzi al rischio, a legislazione vigente, della risoluzione dei contratti in corso, con il conseguente pericolo della compromissione della buona riuscita dell'evento – connessa alle ulteriori lungaggini determinate dai nuovi affidamenti - il Governo ha preferito optare per un intervento in via d'urgenza che consentisse di conciliare due esigenze apparentemente contrastanti: la prosecuzione dei contratti in essere, seppur viziati da possibili episodi di corruzione, e l'intento di evitare che le imprese accusate di corruzione percepissero ulteriori guadagni dalla prosecuzione della commessa pubblica.

L'alternativa più immediatamente percorribile, dunque, fu quella di riattualizzare e amministrativizzare lo strumento commissariale.

L'introduzione di un modello di commissariamento *ad hoc*, che consentisse la prosecuzione delle opere da parte delle imprese sottoponendole ad una speciale forma di amministrazione straordinaria, quantomeno con riferimento alle attività contrattuali oggetto di indagine, apparve la migliore soluzione a superamento delle criticità emerse nel corso dell'esecuzione dei contratti connessi alla realizzazione dell'Expo 2015.

Il decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, recante “*Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari*”¹⁴⁵, ritenuta la straordinaria necessità ed urgenza di introdurre disposizioni volte a garantire un miglior livello di certezza giuridica, correttezza e trasparenza delle procedure nei lavori pubblici, anche con riferimento al completamento dei lavori e delle opere necessarie a garantire lo svolgimento dell'evento Expo 2015, ha predisposto alcune significative misure in materia di appalti pubblici, oltre ad intervenire sui processi di informatizzazione del processo civile, amministrativo e tributario .

Il decreto, nell'apportare significative modifiche al sistema di controllo sugli appalti pubblici, attribuisce il ruolo di controllo e vigilanza all'Autorità Nazionale Anticorruzione – su cui confluiscono i poteri della soppressa Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici¹⁴⁶ -, ha altresì introdotto all'interno del capo II, Titolo III, ove si dettano “*Misure relative all'esecuzione di opere pubbliche*”, l'art. 32 che contempla una forma straordinaria di commissariamento delle imprese che consente di portare a conclusione le opere oggetto di contratto evitando, tuttavia, che l'operatore economico incriminato consegua il prodotto del reato¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Il d.l. 90/2014 è composto da 54 articoli, suddivisi in 4 titoli, riguardanti rispettivamente: misure urgenti per l'efficienza della pubblica amministrazione e per il sostegno dell'occupazione (artt. 1-23); interventi urgenti di semplificazione (artt. 24-28); misure urgenti per l'incentivazione della trasparenza e correttezza delle procedure nei lavori pubblici (artt. 29-37); misure per lo snellimento del processo amministrativo e l'attuazione del processo civile telematico (artt. 38-54).

¹⁴⁶ L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture fu istituita nel 1994 con la legge 109 (la cosiddetta "Legge Merloni") e, dunque, in piena Tangentopoli, con l'intenzione da parte del legislatore, di costituire un ente preposto a vigilare in un settore particolarmente soggetto ad essere colpito da fenomeni corruttivi quale quello dei contratti e degli appalti pubblici. Tale Autorità collegiale (formata da sette membri nominati dai Presidenti della Camera e del Senato) venne disciplinata poi dal Codice dei Contratti Pubblici (d. lgs. 163/2006), che le conferì poteri di vigilanza e di controllo cui si collegavano dei poco incisivi poteri di vigilanza e di controllo, è stata soppressa ai sensi dell'art. 19, d.l. 90/2014 che, ai commi 1 e 2, espressamente prevede che “*L'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, di cui all'articolo 6 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e successive modificazioni, è soppressa ed i relativi organi decadono a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto. I compiti e le funzioni svolti dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sono trasferiti all'Autorità nazionale anticorruzione e per la valutazione e la trasparenza (ANAC), di cui all'articolo 13 del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, che è ridenominata Autorità nazionale anticorruzione.*”.

¹⁴⁷ Il dettato dell'art. 32, nella versione originaria del d.l. 90/2014, prevedeva che: “*1. Nell'ipotesi in cui l'autorità giudiziaria proceda per i delitti di cui agli articoli 317 c.p., 318 c.p., 319 c.p., 319-bis c.p., 319-ter c.p., 319-quater c.p., 320 c.p., 322, c.p., 322-bis, c.p. 346-bis, c.p., 353 c.p. e 353-bis c.p., ovvero, in presenza di rilevate situazioni anomale e comunque sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali attribuibili ad un'impresa aggiudicataria di un appalto per la realizzazione di opere pubbliche, servizi o forniture, il Presidente dell'ANAC, in presenza di fatti gravi e accertati anche ai sensi dell'articolo 19, comma 3, lett. a) del presente decreto, propone al Prefetto competente, alternativamente:*

a) di ordinare la rinnovazione degli organi sociali mediante la sostituzione del soggetto coinvolto e, ove l'impresa non si adegui nei termini stabiliti, di provvedere alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa appaltatrice limitatamente alla completa esecuzione del contratto d'appalto oggetto del procedimento penale;

b) di provvedere direttamente alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa appaltatrice limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto oggetto del procedimento penale.

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

Si tratta di una disposizione dalla portata incisiva, attesa la sensibilità degli interessi coinvolti, e che finisce per introdurre in via stabile nell'ordinamento una misura cautelare, dai profili solo formalmente amministrativi, la cui adozione prescinde dall'accertamento penale della commissione di un illecito e sfugge dal vaglio dell'Autorità Giudiziaria, ma che vale a paralizzare l'attività delle imprese aggiudicatrici di un appalto pubblico.

5.1. La vicenda giudiziaria EXPO 2015. Uno (s)bilanciamento in favore della conclusione dell'opera e la recessività della tutela delle imprese controinteressate

La promulgazione del d.l. 90/2014 - e, in particolare, delle misure di commissariamento ex art. 32 - trae l'abbrivio dal contenzioso amministrativo seguito alle indagini condotte dalla Procura della Repubblica di Milano che ebbe a contestare la commissione dei reati di associazione a delinquere finalizzata alla corruzione, turbativa

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

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

5. Le misure di cui al comma 2 sono revocate e cessano comunque di produrre effetti in caso di provvedimento che dispone la confisca, il sequestro o l'amministrazione giudiziaria dell'impresa nell'ambito di procedimenti penali o per l'applicazione di misure di prevenzione.

6. Agli amministratori di cui al comma 2 spetta un compenso quantificato con il decreto di nomina sulla base delle tabelle allegate al decreto di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 4 febbraio 2010 n. 14. Gli oneri relativi al pagamento di tale compenso sono a carico dell'impresa.

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

8. Nel caso in cui le indagini di cui al comma 1 riguardino componenti di organi societari diversi da quelli di cui al medesimo comma è disposta la misura di sostegno e monitoraggio dell'impresa.

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

9. Agli esperti di cui al comma 8 spetta un compenso, quantificato con il decreto di nomina, non superiore al cinquanta per cento di quello liquidabile sulla base delle tabelle allegate al decreto di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 4 febbraio 2010 n. 14. Gli oneri relativi al pagamento di tale compenso sono a carico dell'impresa.

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

d'asta, rivelazione ed utilizzazione dei segreti d'ufficio e traffico di influenze illecite nell'ambito di alcuni appalti illecitamente aggiudicati da alcune società pubbliche tra cui Expo 2015 s.p.a.¹⁴⁸. Si tratta di una vicenda complessa, di cui si intendono ripercorrere solo alcuni passaggi salienti perché calare le misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio delle imprese nel contesto in cui hanno visto la luce, consente di rintracciare, sin da ora, alcuni dei profili di maggiore criticità del neo introdotto istituto.

Sicché, a seguito della pubblicazione, nel maggio del 2014, degli esiti delle indagini preliminari svolte dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano –Sezione Distrettuale Antimafia – sulla c.d. inchiesta penale cd. “Expo”, cui sono seguite diverse misure di custodia cautelare personali¹⁴⁹ sfociate, poi, in condanne penali definitive¹⁵⁰ nei confronti del direttore generale della stazione appaltante e dell’amministratore delegato dell’impresa aggiudicataria- emersero irregolarità nella gestione delle procedure d’appalto di progettazione ed esecuzione dei lavori di realizzazione delle c.d. “Architetture di servizio” del sito Expo 2015¹⁵¹.

¹⁴⁸ Expo 2015 s.p.a. è l’organismo istituito dal decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 22 ottobre 2008), che aveva previsto che:

“1. È istituita la Società di gestione EXPO Milano 2015 S.p.A. (di seguito SOGE) avente sede in Milano e, con oggetto sociale, lo svolgimento di tutte le attività indicate nell’art. 1, comma 3, nonché di tutte le attività comunque utili od opportune ai fini della realizzazione dell’evento EXPO Milano 2015. L’atto costitutivo e lo statuto della SOGE sono predisposti dal COSDE nel rispetto della normativa in materia di società per azioni.

2. Soci della SOGE sono il Ministero dell’economia e delle finanze, il Comune di Milano, la regione Lombardia, la provincia di Milano e la Camera di commercio di Milano, secondo le quote stabilite dal Ministero dell’economia e delle finanze. Altri enti locali o enti pubblici, secondo le procedure previste dalla normativa vigente sulle società per azioni, possono aderire alla SOGE, previa definizione della rispettiva quota di partecipazione da parte del Ministero dell’economia e delle finanze.

3. Il consiglio di amministrazione della SOGE è formato da cinque componenti, nominati dall’assemblea dei soci. Per quanto attiene alla regione, alla provincia, ed al comune, nell’osservanza dei rispettivi ordinamenti, degli articoli 2449 e 2450 del codice civile e nell’ambito delle rispettive competenze, la nomina avviene su proposta dei presidenti della regione Lombardia e della provincia di Milano nonché del sindaco di Milano. Lo statuto disciplina la scelta del presidente del consiglio di amministrazione.

4. La SOGE, nel rispetto degli impegni assunti verso BIE dal Governo italiano e previsti nel dossier di candidatura, nonché nel rispetto della normativa nazionale e comunitaria, realizza o fa realizzare le opere necessarie per la migliore riuscita di EXPO Milano 2015, nonché organizza e gestisce l’EXPO Milano 2015.

5. La SOGE redige il piano finanziario dettagliato delle opere essenziali, nel rispetto di quanto riportato nel dossier di candidatura.

6. La SOGE è direttamente assegnataria dei finanziamenti pubblici dagli enti finanziatori.

7. La SOGE redige, alla chiusura dell’evento EXPO Milano 2015, un rendiconto finanziario generale, sottoposto all’approvazione del Ministero dell’economia.

8. La SOGE stipula i contratti relativi alla gestione operativa dell’evento e ne acquisisce i proventi, così come previsto nel dossier di candidatura.

9. La SOGE, sulla base di convenzioni, può anche avvalersi degli uffici tecnici e amministrativi degli enti pubblici interessati e può disporre di personale comandato dagli stessi.

10. La SOGE opera ed è disciplinata secondo le norme del diritto privato. Per la scelta dei suoi contraenti è soggetta alla disciplina interna e comunitaria vigente per i procedimenti a evidenza pubblica.”.

¹⁴⁹ Cfr. Tribunale Ordinario di Milano, Direzione Distrettuale Antimafia, Ordinanza cautelare, del 6 maggio 2014, n. 1015/2011, R.G.G.I.P., Proc. Pen. N. 948/11 RG N.R..

¹⁵⁰ Cfr. Tribunale Penale di Milano, sent. 27 novembre 2014, n. 14/3725.

¹⁵¹ Si trattava, nello specifico, dell’appalto concernente la progettazione esecutiva e l’esecuzione dei lavori delle architetture di servizio, ossia per la realizzazione del complessivo sistema di edifici deputati a raccogliere tutte le diverse funzioni di servizio per l’esposizione, dalla ristorazione agli spazi commerciali, dai servizi ai visitatori o alle imprese partecipanti alla sicurezza, dalla logistica ai magazzini e locali tecnici, con una superficie complessiva di 66.978 mq, per un importo a base d’asta superiore ai 67 milioni di euro.

Le imprese seconde in graduatoria, dunque, anche all'esito del rifiuto della stazione appaltante di procedere alla risoluzione del contratto, proposero ricorso al T.A.R. Lombardia – Milano avverso gli atti relativi alla procedura di affidamento, chiedendo l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva con ulteriore domanda volta ad ottenere la dichiarazione di inefficacia del contratto di appalto, stipulato in data 4 febbraio 2014, tra la stazione appaltante e il raggruppamento temporaneo di imprese aggiudicatario¹⁵².

Pronunciandosi in via cautelare il T.A.R. Lombardia si era determinato per l'accoglimento della domanda di annullamento dell'impugnata aggiudicazione¹⁵³, con conseguente onere a carico dell'Amministrazione di provvedere alla risoluzione del contratto e al subentro delle imprese ricorrenti, qui sostenendo che, nell'ambito del bilanciamento tra necessità della prosecuzione dell'opera e continuazione dell'attività dell'impresa aggiudicataria *“non sussiste giuridica preclusione alla possibilità che le imprese fornitrici e subappaltatrici, ad oggi direttamente coinvolte nell'esecuzione dei lavori, continuino ad operare in loco, garantendo i tempi di consegna e l'ultimazione delle opere”*¹⁵⁴.

¹⁵² Cfr. T.A.R. Lombardia - Milano, sez. I, sent. 9 luglio 2014, n. 1802, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁵³ Al fine di determinare l'illegittimità dell'impugnazione, il T.A.R. lombardo fa riferimento non tanto, come sostenuto dalle ricorrenti, all'asserita violazione delle clausole contenute nel protocollo di legalità, quanto, piuttosto, alle *“condotte inveratesi nella preordinata finalità di illecitamente condizionare il procedimento di gara”*. Infatti, prosegue il giudice amministrativo, le condotte concretatesi nell'ambito delle procedure tese all'aggiudicazione dell'appalto per Expo 2015, sarebbero state tali da realizzare *“una condotta molto più grave rispetto alla “semplice” omissione di denuncia prescritta dalle clausole del Protocollo, che individuano, quale contenuto minimo per sostanziare la violazione dell'obbligo informativo, l'ipotesi del concorrente che sia stato coartato alla dazione di tangenti e che, ciononostante, si sia astenuto dal porre al corrente di tale illecita richiesta la Prefettura e l'Autorità giudiziaria. [...] È attendibile ritenere, perciò, che la procedura di gara, prim'ancora di aver avuto formale avvio, sia stata falsata e distorta da una pressione corruttiva connotata da illeciti accordi incidenti sulla sua legittimità e trasparenza, risultando incontestata – a prescindere dal giudizio di disvalore o di non definitivo accertamento della responsabilità penale, cui le parti hanno fatto riferimento nei loro scritti – l'avvenuta emersione di gravi indizi di colpevolezza circa il tentativo di condizionarne lo svolgimento e l'esito. [...] Non è, quindi, nella specie dubitabile che siano mancate le minime condizioni di trasparenza essenziali per l'efficiente espletamento della gara in questione.[...] Le accertate condotte – sostanziate da indizi gravi, che hanno giustificato la disposta custodia cautelare nei confronti dei soggetti più sopra indicati – non possono, quindi, che ritenersi contrastanti sia con il diritto comunitario che con il diritto nazionale, apparendo al Collegio non persuasiva la minimizzazione degli episodi opposta dalla società controinteressata sul solo presupposto che le indagini sarebbero pendenti, tenuto conto che l'efficienza causale di tali comportamenti sulla legittimità della procedura ha trovato conferma da parte dei diretti interessati. Non è, di conseguenza, necessario attendere gli esiti dei futuri giudizi per affermare che la sensibile alterazione delle condizioni di par condicio tra i concorrenti integri un motivo sufficiente per disporre l'annullamento dell'aggiudicazione, quale rimedio finalizzato a costituire una frontiera più avanzata di tutela dell'Amministrazione contro i possibili abusi dei partecipanti alle procedure di evidenza pubblica.”*. Così, T.A.R. Lombardia - Milano, sez. I, sent. 9 luglio 2014, n. 1802, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁵⁴ *Ibidem*. Sul punto infatti, il medesimo T.A.R., nella sentenza in commento, ha ammesso che *“la risoluzione del contratto, prevista dal Protocollo, appare una soluzione congrua per la società Expo 2015 S.p.A., la quale, immediatamente dopo o addirittura in modo contestuale, potrebbe stipulare un nuovo contratto con il concorrente che segue in graduatoria, ossia il RTI ricorrente, escludendo qualsiasi rinegoziazione economica e variante tecnica al programma dei lavori in corso; non è, quindi, condivisibile l'assunto della società resistente, secondo la quale il subentro sarebbe “assolutamente inimmaginabile, dal punto di vista tecnico e giuridico”. [...] Di contro, la prosecuzione della conduzione della commessa da parte del RTI aggiudicatario darebbe sostanza a una manifesta violazione del principio di legalità e trasparenza degli appalti pubblici, ponendo, inoltre, le premesse giuridiche per il riconoscimento del diritto all'erogazione del corrispettivo contrattuale a un soggetto immeritevole e inaffidabile, oltre che per un cospicuo risarcimento del danno a favore del ricorrente RTI. L'art. 7, comma 4 del Protocollo di Legalità ha, infatti, previsto che “la risoluzione automatica del contratto, la revoca dell'affidamento e dell'autorizzazione al subappalto non comportano obblighi di carattere indennitario né risarcitorio a carico di Expo, né a carico dell'appaltatore/subcontraente, fatto salvo il pagamento dell'attività prestata”. Ciò significa che, se il rapporto contrattuale dovesse continuare a produrre effetti*

Con la richiamata pronuncia, il T.A.R. Lombardia ritenne che nemmeno le neointrodotte misure di cui all'art. 32 d.l. 90/2014, promulgato poche ore prima dello svolgimento della camera di consiglio, potessero fornire una rapida soluzione operativa alla questione, atteso che questa *“nulla aggiungerebbe, in termini di speditezza ed efficienza, all'ipotesi di stipulazione del contratto con il RTI ricorrente, dovendosi considerare che quest'ultimo, avendo elaborato l'offerta per l'appalto in questione, conosce in modo approfondito lo stato dei luoghi, la natura dei lavori e il cronoprogramma degli stessi”* e che *“non potrebbe garantire la definizione degli insorti conflitti, dal momento che l'eventuale provvedimento emesso dal Prefetto in accoglimento della proposta del Presidente dell'ANAC potrebbe essere oggetto di impugnazione e incidere ancor di più sui tempi di consegna delle opere.”*¹⁵⁵

La decisione del Tribunale amministrativo meneghino fu, comunque, impugnata dalle imprese soccombenti in primo grado che proposero appello dinanzi al Consiglio di Stato il quale, viceversa accolse, *medio tempore*, la domanda cautelare¹⁵⁶.

La statuizione, inoltre, venne confermata, in via definitiva, con sentenza del 20 gennaio 2015 n. 143¹⁵⁷, con cui il Consiglio di Stato ha definito, in rito, la controversia, a seguito dell'accoglimento dell'eccezione di tardività del ricorso proposto dalle imprese controinteressate.

In proposito, i giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto di poter richiamare l'indirizzo giurisprudenziale per cui l'aggiudicazione definitiva costituisce il provvedimento da impugnare immediatamente, in quanto con esso termina il procedimento di scelta del contraente ed è direttamente lesivo degli interessi degli altri concorrenti non aggiudicatari, anche a prescindere della compiuta conoscenza della motivazione dell'atto¹⁵⁸.

Si è, dunque, argomentato nel senso di ritenere che nelle controversie in materia di appalti, la conoscenza sopravvenuta di nuovi vizi non consente la riapertura del termine dimidiato di trenta giorni per l'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione, in quanto quel termine decorrerebbe, invece, dalla conoscenza degli elementi essenziali di tale atto, potendo, al massimo, giustificare la proposizione di motivi aggiunti.¹⁵⁹

tra le parti contraenti, il comportamento della stazione appaltante rischierebbe di proiettare sull'Evento universale un'ombra cupa, delineata dall'ammessa incapacità di far fronte a fenomeni di permeabilità del malaffare.”.

¹⁵⁵ *Ibidem*.

¹⁵⁶ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, ord. 16 settembre 2014, n. 4089, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁵⁷ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, sent. 20 gennaio 2015, n. 143, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁵⁸ Questo insegnamento, peraltro, si contrappone a quello, più risalente, e tuttora talvolta ripreso dalla giurisprudenza amministrativa (cfr. T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, sent. 23 maggio 2014, n. 1424, in www.giustizia-amministrativa.it), secondo il quale *“il termine di impugnazione di un provvedimento non può cominciare a decorrere se l'interessato non è a conoscenza anche della motivazione dello stesso, perché la piena conoscenza del provvedimento amministrativo non può essere legata alla semplice conoscenza del suo contenuto dispositivo sfavorevole, ma occorre anche la consapevolezza dei vizi da cui eventualmente l'atto è affetto, raggiunta solo mediante la valutazione della motivazione”*: orientamento che risulta essere stato inaugurato dalla decisione Cons. Stato, sez. V, sent. 20 novembre 2007, n. 522 (in www.giustizia-amministrativa.it), in quanto - si è replicato - il provvedimento privo di motivazione è già di per sé affetto da un vizio di illegittimità evidente, che è la violazione dell'articolo 3 della legge n. 241 del 1990, sicché il destinatario lo deve da subito impugnare facendo valere tale illegittimità senza dover aspettare che l'amministrazione gli comunichi, in un momento successivo, la motivazione.

¹⁵⁹ La decisione prosegue evidenziando poi come i vizi di legittimità dell'atto amministrativo per poter assumere rilievo ai fini della declaratoria giurisdizionale di annullamento, devono poter ricevere adeguata rappresentazione nell'atto, devono cioè essere evincibili dall'atto e non possono risultare, o essere percepibili, *aliunde*. Secondo tale interpretazione, non potrebbero assumere *ex se* rilievo, ai fini della declaratoria di annullamento di un provvedimento

Così risolta la questione in diritto, con conseguente accoglimento dell'appello e riforma in rito della sentenza appellata, il Consiglio di Stato ha ritenuto, comunque, opportuno, al fine di “*orientare le successive determinazioni giudiziali*” vista, in particolare, la perdurante pendenza di contenzioso in merito agli aspetti risarcitori, di pronunciarsi, *obiter dictum*, su alcune questioni attinenti il merito della controversia.

In particolare, viene qui richiamata la natura ancipite dell'*iter* contrattuale della pubblica amministrazione che, come noto, si distingue in una fase propriamente pubblicistica che è quella della procedura ad evidenza pubblica, prodromica all'aggiudicazione, e quella, invece, avente natura privatistica, che segue alla stipula del contratto, ove vi è una tendenziale pariteticità tra le parti, pubblica e privata.

Il precipitato di tale ricostruzione è che, superata la fase pubblicistica, l'unico strumento adoperabile nella fase esecutiva del contratto d'appalto, a fronte dell'emergere di condotte illecite, finanche in violazione del Protocollo di legalità, sarebbe stato il ricorso alla risoluzione contrattuale, visto che quest'ultima, contrariamente a quanto sostenuto dal primo giudice, attiene all'esercizio di un diritto potestativo di tipo privatistico e paritetico, con la conseguenza che “*ogni ipotetica violazione del Protocollo di legalità, che dovesse ricollegarsi alle indagini della Procura della Repubblica di Milano ed alla conseguente esecuzione di misure cautelari, giammai avrebbe potuto viziare l'aggiudicazione definitiva determinandone l'illegittimità: perché, verificatosi l'evento in un momento successivo all'esaurimento della fase pubblicistica di scelta del contraente, esso non avrebbe potuto mai “retroagire” in modo da viziare ex post gli atti della gara.*”¹⁶⁰.

La conseguenza, alla stregua di questa impostazione, è che ogni controversia relativa all'esercizio o meno del potere di risoluzione, configurandosi, appunto, come uno strumento attuabile non *iure imperii* ma *iure privatorum*, il suo esercizio, sfugge alla giurisdizione del giudice amministrativo.

In definitiva, secondo le argomentazioni svolte dal Consiglio di Stato le vicende penali che hanno riguardato l'affidamento per i lavori di Expo 2015, non potendosi tradurre in vizi di legittimità degli atti della procedura selettiva, avrebbero potuto al più indurre la stazione appaltante a valutare l'opportunità di un intervento in via di autotutela sull'aggiudicazione ovvero di una risoluzione del contratto di appalto già stipulato.

amministrativo, le eventuali condotte illecite poste in essere dai soggetti che abbiano operato per conto dell'amministrazione, in quanto la natura del giudizio amministrativo di legittimità presuppone sempre l'accertamento di vizi che devono ricavarsi dai provvedimenti impugnati o dall'*iter* procedimentale che li ha preceduti.

Da tale impostazione i giudici di appello hanno tratto la conseguenza secondo cui termine di impugnativa, in materia di appalti, deve decorrere dalla comunicazione di avvenuta aggiudicazione; solo in mancanza di detta comunicazione la decorrenza scatterà da un momento diverso che coinciderà con l'effettiva conoscenza, *aliunde* ottenuta, del provvedimento sfavorevole. Cfr. Cons. Stato, sez. IV, sent. 20 gennaio 2015, n. 143, in www.giustizia-amministrativa.it. In senso critico a tale decisione, si veda, A. Masaracchia, *Sacrificato l'interesse delle altre imprese partecipanti alla gara*, in www.giustamm.it n.1/2015, laddove evidenzia, commentando detta pronuncia, che “*Nel caso sottoposto all'odierna decisione del Consiglio di Stato, tuttavia, il vizio conosciuto successivamente non era la motivazione dell'aggiudicazione, ma coincideva con i comportamenti contra legem posti in atto dagli amministratori della società aggiudicataria (nonché della stazione appaltante) proprio al fine di ottenere fraudolentemente l'aggiudicazione: comportamenti, quindi, tenuti durante il procedimento a evidenza pubblica e astrattamente in grado, per la loro valenza penalmente rilevante, di comprometterne la legittimità.*”.

¹⁶⁰ Cit. Cons. Stato, sez. IV, sent. 20 gennaio 2015, n. 143, in www.giustizia-amministrativa.it.

Le conclusioni cui giunge detta determinazione, risulterebbero poi, secondo quanto esposto dal Consiglio di Stato, ulteriormente suffragate, *ex post*, dalla disciplina normativa introdotta dall'art. 32 d.l. 90/2014.

Dunque, riprendendo argomentazioni già svolte in fase cautelare, la sentenza si spinge a chiarire la portata delle richiamate le importanti innovazioni introdotte in materia di prevenzione della corruzione negli appalti.

Sostiene, infatti, il Consiglio di Stato che la sopravvenuta disciplina dettata dal d.l. 90/2014, -in applicazione della quale, peraltro, era stato nel frattempo nominato un commissario straordinario insediato nella gestione dell'impresa aggiudicataria¹⁶¹- oltre a rafforzare le esigenze cautelari rappresentate dalle parti appellanti, costituirebbe la piena dimostrazione della non automatica incidenza sulla legittimità degli atti di gara delle indagini penali in corso, pur nell'estrema gravità dei reati ipotizzati.

Infatti, l'opzione normativa di cui al d.l. 90/2014 si muove nel senso di privilegiare, anche in presenza di gravi vizi di legittimità o comunque, di ipotesi di reato a carico degli organi direttivi dell'azienda, il mantenimento in essere del rapporto contrattuale in funzione della sollecita esecuzione dei lavori.

Dunque, alla stregua della lettura che di questa norma dà il Consiglio di Stato, il legislatore si è posto il problema dei rimedi da approntare al verificarsi di situazioni che richiedono un accorto bilanciamento tra gli interessi pubblici e privati in gioco, predisponendo un meccanismo, quello del "commissariamento" dell'impresa appaltatrice

¹⁶¹ L'applicazione della misura di cui all'art. 32, co. 1, lett. b) è stata predisposta dal Prefetto di Milano in data 16 luglio 2014 (prot. 12-B2-2014/014925) a seguito della proposta, in tal senso avanzata, dal Presidente dell' Anac in data 10 luglio 2014 (prot.13739/2014).

Il provvedimento richiamato, nel costituire la primissima ipotesi applicativa della normativa di nuovo conio, ha fatto pregevole applicazione dell'istituto e dell'interpretazione, in chiave garantista, che è stata fornita dalle prime Linee guida ANAC (per approfondimenti di rinvia *infra*), ritenendo di accogliere la richiesta formulata dal Presidente dell' ANAC di adozione delle più gravi misure previste dalla letto b) del predetto art. 32, sulla scorta delle seguenti motivazioni a fondamento del *fumus boni iuris*, che risiederebbe ne "la gravità del *modus operandi* della società ha dimostrato, nel tempo, di "adattarsi" a pressioni criminali pur di acquisire commesse, soprattutto nei contesti condizionabili dalla criminalità, pur non rilevanti, all'epoca, ai fini antimafia, ma che, oggi, assumono rilievo ai fini e per gli effetti di cui al citato art. 32; anche i fatti rilevati e sanzionati dalla società Expo 2015 S.p.a. confermano la spregiudicatezza con cui la società, in concreto, esegue i lavori, dando contezza che la stessa prosegue ancora la sua azione con il medesimo *modus operandi* che già la ha caratterizzata in passato; la valutazione effettuata dalla società Expo 2015 S.p.a., in merito alla necessità di attivazione di un procedimento di monitoraggio della fase esecutiva dei lavori, e il venir meno del rapporto fiduciario, così come evidenziato dalla stessa, richiedono l'urgente e tempestiva attivazione delle misure di gestione straordinaria dell'impresa, a presidio e salvaguardia del corretto operato da parte della società, nella prosecuzione dei lavori relativi all'appalto oggetto di indagine.", nonché del *periculum in mora* sussistente nella considerazione per cui "pur essendo state attivate dalla società misure di sostituzione nella compagine sociale e di dissociazione dai soggetti indagati, la rinnovazione dell'organo sociale non risulti sufficiente a garantire gli interessi di tutela della legalità e dell'immagine dell'amministrazione societaria; persiste, quindi, la possibilità di condizionamento nell'esecuzione dell'appalto in questione e la necessità di salvaguardia degli interessi pubblici tutelati dalla nuova normativa, finalizzati a garantire che la prosecuzione di un appalto affidato illecitamente avvenga al riparo da ulteriori tentativi di condizionamento criminale e senza che l'impresa ne tragga un ingiusto profitto, in quanto derivante da una condotta illecita", individuò un commissario straordinario di sicura stima e di rinomata professionalità che provvedesse alla gestione dell'impresa fino al definitivo collaudo dei lavori oggetto di appalto, in ragione della valenza strategica sottesa agli stessi per la definizione delle opere relative alla completa funzionalità del sito espositivo, in virtù della gravità dei fatti oggetto di indagine e delle particolari esigenze di tutela della legalità dettate per l'Esposizione Universale Expo Milano 2015. Per la consultazione del decreto del Prefetto di Milano, qui in commento, si rimanda al link www.interno.gov.it/it/notizie/expo-2015-commissariata-dal-prefetto-milano-limpresa-maltauro. Per una lettura della proposta di commissariamento del Presidente dell'ANAC, si rinvia all'indirizzo www.anticorruzione.it/portal/public/classic/Autorita/UnitaOperativaSpeciale/Expo2015.

fino all'esito del procedimento penale, ritenuto idoneo a conciliare l'interesse pubblico alla rapida esecuzione dell'opera pubblica con l'esigenza di impedire la percezione dei profitti d'impresa da parte di soggetti sospettati di illeciti, almeno fino alla conclusione del procedimento penale¹⁶².

In proposito il Consiglio di Stato rammenta che, con la normativa in questione, il legislatore d'urgenza, nel sopperire alla precedente mancanza di previsioni normative, ha d'imperio effettuato il delicato contemperamento tra l'interesse pubblico all'esecuzione di opere considerate urgenti e l'interesse privato delle imprese partecipanti a una gara, ma non vincitrici, di subentrare nel contratto, laddove però non ricorrano vizi o vicende tali da indurre a un annullamento dell'aggiudicazione o della gara. E tale bilanciamento tra interessi antitetici appare, invero, del tutto sbilanciato a favore della prima delle due istanze posto che l'interesse delle imprese non aggiudicatrici, sebbene potenzialmente vincitrici, nel merito, in un'eventuale impugnazione giurisdizionale è sempre considerato recessivo rispetto alla realizzazione dell'opera pubblica¹⁶³.

Sicché, nell'ambito della scelta tra la prosecuzione dell'attività per la realizzazione delle opere pubbliche e la tutela degli interessi dei terzi aggiudicatari, il legislatore opta per la prima alternativa¹⁶⁴.

E, dunque, pur nel lodevole intento di sottrarre, comunque, all'imprenditore che abbia commesso attività illecite per l'aggiudicazione dell'appalto il corrispettivo derivante dalla sua esecuzione, l'art. 32 finisce con il sottrarre l'esecuzione delle opere a coloro che avevano correttamente e lealmente partecipato alla gara e che l'avrebbero anche vinta, se non ci fossero stati gli illeciti o le scorrettezze dell'aggiudicatario¹⁶⁵.

Di questo la sentenza in parola dà chiaramente atto, laddove riconosce che, "*piaccia o no*", il legislatore del 2014 ha voluto prendere in considerazione solamente i due interessi pubblici alla sollecita realizzazione dell'opera e a impedire al possibile reo di lucrare sul proprio illecito. Rimane, invece, sullo sfondo, quasi come interesse sacrificabile in nome di più pregevoli finalità pubbliche, le istanze delle altre imprese controinteressate che, essendosi viste escluse dall'aggiudicazione in ragione di dinamiche che si sono rivelate, seppur successivamente, falsate o illecite, avrebbero comunque avuto diritto alla giustiziabilità della loro posizione¹⁶⁶.

¹⁶² Cons. Stato, sez. IV, sent. 20 gennaio 2015, n. 143, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁶³ Cfr. A. Masaracchia, *Sacrificato l'interesse delle altre imprese partecipanti alla gara*, in www.giustamm.it, n.1/2015.

¹⁶⁴ E, invero, non sempre questa scelta sarà quella economicamente razionale alla stregua di una visione economicista: tenere in vita il contratto frutto dell'accordo corruttivo o in generale il contratto e l'aggiudicazione illegittimi, eliminando la reintegrazione in forma specifica, potrebbe essere considerata ragionevole solo ove "*il valore dell'incremento produttivo derivante dalla realizzazione dell'opera sia maggiore del costo della sua realizzazione più il costo del risarcimento dell'eventuale concorrente escluso illegittimamente dall'aggiudicazione del contratto*". Così M. Fiocca, G. Montedoro, *Il costo dell'impazienza: un'analisi giureconomica della legislazione sulle grandi opere*, in *Urb. e app.*, 2004, 10, 1132.

¹⁶⁵ *Ibidem*.

¹⁶⁶ In senso critico rispetto alla decisione del Consiglio di Stato in commento, si veda anche B. Barmann, *Lotta alla corruzione e completamento di opere pubbliche. Quale priorità?*, in *gior. Dir. amm.*, n. 1/2016, 85, che sottolinea come "*rimane il fatto che la P.A., in tali casi, non beneficerà dell'offerta migliore, ma di quella che costituisce il risultato dell'accordo corruttivo, con conseguente sacrificio di altro rilevante interesse pubblico, come quello all'efficienza e al buon andamento*". Su rapporto tra corruzione e appalti pubblici, si rimanda anche a R. Spagnuolo Vigorita, *Contratti pubblici: apertura del mercato e contrasto della corruzione*, in F. Liguori, C. Acocella (a cura di), *Liberalizzazioni. Istituzioni, dinamiche economiche e lavoro nel diritto nazionale ed europeo*, Napoli, 2015, 189 e ss.

E questo risultato rappresenta, secondo quanto espresso dal Consiglio di Stato, l'approdo della legislazione italiana per il salvataggio delle opere pubbliche urgenti e indifferibili: prevale l'interesse alla realizzazione dell'opera, anche allorché sussistano dubbi - *sub specie* di imputazioni penali pendenti - in ordine alla legittimità degli affidamenti e, dunque, della correttezza delle procedure di gara e, in ultima analisi, dell'azione amministrativa¹⁶⁷.

6. Sulla scia di EXPO 2015: la legge 17 ottobre 2017, n. 161 e il decreto legge 6 novembre 2021, n. 152 (cenni e rinvio)

Con l'art. 32 d.l. 90/2014 ha fatto ingresso in via stabile nell'ordinamento una misura cautelare a carattere anticipatorio che, ponendosi nell'ottica di assicurare il completamento dell'opera, lascia insinuare la mano pubblica nella vita aziendale con conseguente – notevole – compromissione della sfera di autonomia privatistica, in particolare con riferimento alla libertà d'impresa, di cui all'art. 41 Cost.

Tuttavia, nonostante i numerosi profili di criticità connessi all'utilizzo di strumenti di tal fatta, le misure di straordinaria e temporanea gestione delle imprese hanno costituito un viatico per l'introduzione di ulteriori strumenti che con esse si pongono, in certo modo, in linea di continuità.

Nel rinviare al prosieguo della trattazione per evidenziare i punti di contatto e di conflitto tra questi ulteriori istituti e le misure *ex art.* 32, occorre dar immediatamente, seppur succintamente, atto che la medesima prospettiva di bilanciamento tra lotta alla criminalità economica e continuità aziendale, è alla base dell'introduzione, ad opera della legge 17 ottobre 2017, n. 161 - recante "*Modifiche al codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, al codice penale e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale e altre disposizioni. Delega al Governo per la tutela del lavoro nelle aziende sequestrate e confiscate*" - dell'art. 34bis nel Codice Antimafia¹⁶⁸.

Tale strumento, di portata accessoria e vicaria rispetto alla misura già contemplata dall'art. 34 del medesimo Codice (di cui *supra*), nel prevedere l'applicabilità del controllo giudiziario nei casi in cui l'agevolazione alla consorceria criminale rivesta carattere di mera occasionalità, si muove esattamente nel senso di attuare una graduazione dell'intervento

¹⁶⁷ In particolare, sul tema, A. Masaracchia, *op.cit.*, arriva a proporre tale suggestione: "*A ben vedere, è lo stesso ragionamento di fondo che, decenni fa, aveva sorretto la famosa sentenza delle sezioni Unite sull'accessione invertita. Non si può perdere un'opera pubblica solo perché è stata illecitamente edificata su un suolo di proprietà privata, ma deve essere la proprietà privata a soccombere, salvo il risarcimento del danno - si disse all'epoca. E sappiamo che fine abbia fatto questo ragionamento, travolto dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Adesso, mutatis mutandis, si dice (o si vorrebbe dire) più o meno la stessa cosa: non si può perdere (recte: ritardare) un'opera pubblica solo perché la gara è stata affidata in modo illegittimo o addirittura illecito, anche a costo di non aggiudicare l'appalto all'impresa che ha concorso lealmente, salvo il risarcimento del danno.*"

¹⁶⁸ Sul tema dell'intervento riformatore del Codice antimafia, si consenta di citare, tra gli altri, C. Visconti, *Codice antimafia. Luci e ombre della riforma*, in *dir. pen. e processo*, n. 2/2018; D. Ferranti, *Il Codice antimafia: le ragioni della riforma delle misure patrimoniali di prevenzione*, in *Cass. pen.*, n. 1/2018; A. Balsamo, G. Luparello, *Il Codice Antimafia e le ulteriori novità in tema di prevenzione*, in *Treccani. Il Libro dell'anno*, Roma, 2018; N. Graziano, L. Levita, *Il nuovo Codice antimafia. Commento organico alla legge 17 ottobre 2017, n. 161 (G.U. del 4 novembre 2017) di riforma del codice antimafia*, Roma, 2017.

pubblico, a invasività crescente, a seconda del tasso di condizionamento della criminalità organizzata rispetto alle dinamiche imprenditoriali.

E, dunque, tale riforma sembra muoversi nel solco tracciato dall'art. 32, valorizzando al massimo l'*intentio legis* di realizzare interventi meno onerosi, in termini di possibili ricadute paralizzanti l'attività di impresa, sulle attività economiche che, tuttavia, risultino non completamente scevre da contatti con il mondo criminale, istaurando, qui, un percorso di accompagnamento teso all'epurazione di ogni influenza criminale e al ritorno nel libero mercato.

Immaginando, dunque, che l'ordinamento intenda tracciare un approccio graduale, ove gli interventi di prevenzione hanno una intensità a scalare sulla base del diverso tipo di compromissione con il malaffare, il controllo giudiziario *ex art. 34bis*, si colloca tra le misure di minor impatto sulla *governance* aziendale, non determinandone lo spossamento¹⁶⁹.

Tra l'altro, finanche l'art. 34bis contempla due diverse forme di intervento, poste tra loro in rapporto di ideale progressione: la prima, ai sensi dell'art. 34bis, co. 2, lett. a)¹⁷⁰, consiste in un obbligo di informazione al Tribunale dei principali atti di amministrazione, acquisizione e gestione dell'azienda; la seconda, disciplinata dall'art. 34bis, co. 2, lett. b)¹⁷¹, prevede la nomina di un soggetto terzo che attua una forma di *vigilanza prescrittiva*¹⁷², con il compito di controllare l'attività dell'azienda, a tal riguardo riferendo al Tribunale su quanto effettuato dall'impresa con cadenza almeno bimestrale.

Con riferimento a tale, più incisiva misura, il comma 3 dell'art. 34bis prevede la possibilità, per l'amministratore giudiziario, di imporre all'impresa una serie di obblighi che, in realtà, si configurano meramente esemplificativi, attesa la clausola aperta di cui alla lett. e) che consente all'Autorità pubblica di "*assumere qualsiasi altra iniziativa finalizzata a prevenire specificamente il rischio di tentativi di infiltrazione o condizionamento mafiosi*" e, dunque, di modulare l'intervento a seconda del caso di specie.

Invero, ove si guardi alla *ratio legis*, così come individuata dalla Commissione Fiandaca, la stessa consisterebbe nel "*fungere da adeguato strumento per consentire la prosecuzione dell'attività di impresa nei casi in cui le aziende vengano raggiunte da*

¹⁶⁹ Cfr. F. Balato, *La nuova fisionomia delle misure di prevenzione patrimoniali: il controllo giudiziario delle aziende e delle attività economiche di cui all'art. 34bis Codice antimafia*, in dir. pen. cont., n. 3/2019.

¹⁷⁰ Ai sensi della disposizione richiamata, il tribunale può: " a) imporre nei confronti di chi ha la proprietà, l'uso o l'amministrazione dei beni e delle aziende di cui al comma 1 l'obbligo di comunicare al questore e al nucleo di polizia tributaria del luogo di dimora abituale, ovvero del luogo in cui si trovano i beni se si tratta di residenti all'estero, ovvero della sede legale se si tratta di un'impresa, gli atti di disposizione, di acquisto o di pagamento effettuati, gli atti di pagamento ricevuti, gli incarichi professionali, di amministrazione o di gestione fiduciaria ricevuti e gli altri atti o contratti indicati dal tribunale, di valore non inferiore a euro 7.000 o del valore superiore stabilito dal tribunale in relazione al reddito della persona o al patrimonio e al volume d'affari dell'impresa. Tale obbligo deve essere assolto entro dieci giorni dal compimento dell'atto e comunque entro il 31 gennaio di ogni anno per gli atti posti in essere nell'anno precedente;".

¹⁷¹ Secondo quanto disposto dalla norma richiamata, il giudice può: "*nominare un giudice delegato e un amministratore giudiziario, il quale riferisce periodicamente, almeno bimestralmente, gli esiti dell'attività di controllo al giudice delegato e al pubblico ministero.*".

¹⁷² In questi termini, cfr. Commissione ministeriale istituita con d.m. 10 giugno 2013, *Relazione della Commissione ministeriale incaricata di elaborare una proposta di interventi in materia di criminalità organizzata*, in dir. pen. cont., 12 febbraio 2014, ove si discorre proprio di "*vigilanza prescrittiva*", con riferimento all'attività del commissario giudiziario nominato dal tribunale, al quale "*viene affidato il compito di monitorare "dall'interno dell'azienda" l'adempimento di una serie di obblighi di compliance imposti dall'autorità giudiziaria*".

*interdittiva prefettizia, garantendo così nel contempo il prevalente interesse alla realizzazione di opere di rilevanza pubblica*¹⁷³.

Sicché, laddove si valorizzi la finalità dell'istituto che è quella di consentire la continuità dell'impresa ma in ragione del soddisfacimento dell'interesse pubblico alla realizzazione delle opere pubbliche, in tal guisa promuovendo, come ulteriore corollario, l'estromissione delle influenze criminali dall'economia legale, non può non emergere una certa sovrapponibilità delle misure in commento con quelle previste dall'art. 32 d.l. 90/2014.

E infatti, si è ritenuto che lo scrutinio che deve essere effettuato dal giudice nell'ammissione a tale procedura è quello relativo non all'interesse del privato ad espletare la propria attività imprenditoriale, quanto quello pubblicistico alla prosecuzione delle prestazioni contrattuali¹⁷⁴. Di tal che, la ponderazione effettuata dall'Autorità giudiziaria appare configurarsi qualitativamente e quantitativamente speculare a quella che viene effettuata dal Prefetto, chiamato alla valutazione discrezionale dei presupposti che consentono di disporre il commissariamento dell'impresa *ex art. 32* nei confronti della quale è stato adottato il provvedimento ostativo.

Un discorso parzialmente diverso, invece, deve svolgersi rispetto alla misura prevista dal comma 6 dell'art. 34bis, ove viene introdotta una fattispecie peculiare di controllo giudiziario attivato a richiesta di parte¹⁷⁵.

Si tratta di una misura che consente all'impresa colpita da interdittiva antimafia, nelle more del giudizio teso all'annullamento di tale provvedimento, di richiedere al Tribunale di essere ammesso alla misura di cui all'art. 34bis, co.2, lett. b)¹⁷⁶. L'ammissione dell'impresa a tale misura comporta l'inizio di un percorso emendativo-riabilitativo, sotto l'egida del commissario giudiziale e che consente di beneficiare dell'effetto sospensivo del provvedimento inibitorio¹⁷⁷.

Nel rinviare, quindi, al prosieguo della trattazione per l'esame dei punti di contatto e di – possibile – frizione tra le misure *ex art. 32* d.l. 90/2014 e il commissariamento *ex art. 34bis* d.lgs. 159/2011, che qui sono stati evidenziati solo in *nuce*, si vuole, al contempo dare

¹⁷³ Cfr. Commissione ministeriale istituita con d.m. 10 giugno 2013, *Relazione della Commissione ministeriale incaricata di elaborare una proposta di interventi in materia di criminalità organizzata*, in dir. pen, cont., 12 febbraio 2014.

¹⁷⁴ R. Cantone, B. Coccagna, *L'impresa raggiunta da interdittiva antimafia tra commissariamenti prefettizi e controllo giudiziario*, in G. Amarelli, S. Sticchi Damiani (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Torino, 2019, 300.

¹⁷⁵ Cfr. T. Alesci, *I presupposti ed i limiti del nuovo controllo giudiziario nel Codice antimafia*, in Giur. It., 2018.

¹⁷⁶ Dispone l'art 34bis, commi 6 e 7, che: "6. Le imprese destinatarie di informazione antimafia interdittiva ai sensi dell'articolo 84, comma 4, che abbiano proposto l'impugnazione del relativo provvedimento del prefetto, possono richiedere al tribunale competente per le misure di prevenzione l'applicazione del controllo giudiziario di cui alla lettera b) del comma 2 del presente articolo. Il tribunale, sentiti il procuratore distrettuale competente, il prefetto che ha adottato l'informazione antimafia interdittiva nonché gli altri soggetti interessati, nelle forme di cui all'articolo 127 del codice di procedura penale, accoglie la richiesta, ove ne ricorrano i presupposti; successivamente, anche sulla base della relazione dell'amministratore giudiziario, può revocare il controllo giudiziario e, ove ne ricorrano i presupposti, disporre altre misure di prevenzione patrimoniali.

7. Il provvedimento che dispone l'amministrazione giudiziaria prevista dall'articolo 34 o il controllo giudiziario ai sensi del presente articolo sospende il termine di cui all'articolo 92, comma 2, nonché gli effetti di cui all'articolo 94. Lo stesso provvedimento è comunicato dalla cancelleria del tribunale al prefetto della provincia in cui ha sede legale l'impresa, ai fini dell'aggiornamento della banca dati nazionale unica della documentazione antimafia di cui all'articolo 96, ed è valutato anche ai fini dell'applicazione delle misure di cui all'articolo 94-bis nei successivi cinque anni."

¹⁷⁷ Così T. Bene, *Dallo spossessamento gestorio agli obiettivi di stabilità macroeconomica*, in Arch. pen., 21 maggio 2018.

atto dell'ulteriore slancio del legislatore, in materia di provvedimenti emendativi delle imprese contigue alla criminalità organizzata, effettuato con la promulgazione del decreto legge 6 novembre 2021, n. 152¹⁷⁸.

Il menzionato decreto, convertito in legge 29 dicembre 2021, n. 233¹⁷⁹, contiene importanti novità in tema di contrasto alla criminalità organizzata, attuando un rovesciamento di prospettiva che realizza, soprattutto per ciò che concerne le informative interdittive antimafia, una rivoluzione copernicana nell'approccio a tale materia.

Segnatamente, per quanto qui di specifico interesse, sono due le novità di maggiore rilievo apportate dalla decretazione d'urgenza: la procedimentalizzazione del contraddittorio con i potenziali destinatari di una informativa antimafia interdittiva, fino a questo momento meramente eventuale; l'introduzione di una nuova forma di tutoraggio delle imprese, disposta dal Prefetto, che si sostanzia in una prevenzione collaborativa con l'operatore economico.

Dette innovazioni costituiscono il portato di un radicale cambio d'approccio del legislatore al contrasto delle infiltrazioni mafiose che tende ad abdicare ad una prospettiva meramente punitiva per far spazio, invece, ad un approccio cooperativo. Ciò è particolarmente evidente dal disposto di cui all'art. 48 d.l. 152/2021, ove, recependo i più recenti approcci giurisprudenziali¹⁸⁰ e dottrinali¹⁸¹, si impone di comunicare l'avvio del al soggetto interessato degli elementi sintomatici dei tentativi di infiltrazione mafiosa¹⁸², pur rimanendo, in ogni caso, preclusa *“la comunicazione di elementi informativi il cui disvelamento sia idoneo a pregiudicare procedimenti amministrativi o attività processuali*

¹⁷⁸ Recante *“Disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per la prevenzione delle infiltrazioni mafiose”*, pubblicato in G.U. del 6 novembre 2021, n. 265.

¹⁷⁹ In G. U. 31 dicembre 2021, n. 310.

¹⁸⁰ Su tutti, cfr. Cons. Stato, sez. III, sent. 30 luglio 2020, n. 4979, in *www.giustizia-amministrativa.it*, ove si era auspicato *“un quantomeno parziale recupero delle garanzie procedurali [...] in tutte quelle ipotesi in cui la permeabilità mafiosa appaia alquanto dubbia, incerta, e presenti, per così dire, delle zone grigie o interstiziali, rispetto alle quali l'apporto procedimentale del soggetto potrebbe fornire utili elementi a chiarire alla stessa autorità procedente la natura dei rapporti tra il soggetto e le dinamiche, spesso ambigue e fluide, del mondo criminale”*.

¹⁸¹ Tra gli altri, A. Levato, *Ratio e requisiti delle informative antimafia*, in G. Amarelli, S. Sticchi Damiani (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Torino, 2019.

¹⁸² In particolare, l'introduzione di tale disposizione è figlia di una linea di tendenza – che pure si è cercato di mettere in luce in queste considerazioni – volta a scongiurare gli effetti potenzialmente draconiani delle misure di prevenzione. E, infatti, uno dei punti di maggior frizione tra l'adozione del provvedimento interdittivo, con i suoi effetti devastanti sulla vita dell'impresa, era la completa assenza di contraddittorio con il privato destinatario della misura che, dunque, veniva colpito da un provvedimento calato dall'alto, inaudita altera parte, senza che venisse a lui data la possibilità di esercitare il proprio diritto di difesa in una sede diversa da quella giurisdizionale. In proposito, nonostante si continuasse pervicacemente ad argomentare che, in tale materia, non potessero trovare spazio né la comunicazione di avvio del procedimento ex art. 7 l. 241/1990, né le altre garanzie partecipative, a motivo delle intrinseche ragioni di urgenza che presiederebbero all'adozione della misura preventiva (Cfr. F. Vignoli, *Diritto amministrativo*, Milano, 2020, 420), negli ultimi anni ha iniziato a serpeggiare un certo imbarazzo sia in dottrina che in giurisprudenza, ove con sempre maggiore difficoltà si voleva sostenere la coerenza di tale previsione con i principi dell'ordinamento, interno e sovranazionale. Sotto questo ultimo aspetto, si fa riferimento, tra gli altri all'ordinanza con cui il T.A.R. Puglia – Bari aveva effettuato un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea in merito alla compatibilità degli artt. 91, 92 e 93 del codice antimafia con il principio del contraddittorio, inteso quale principio di diritto dell'Unione (cfr. ord. sez. III, 27 novembre 2019, n. 28, in *www.giustizia-amministrativa.it*). La Corte di Giustizia, tuttavia, (sez. IX, 28 maggio 2020, n. 17) ha dichiarato manifestamente irricevibile la domanda di pronuncia pregiudiziale, ritenendo che la normativa censurata si collocasse al di fuori dell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea.

*in corso, ovvero l'esito di altri accertamenti finalizzati alla prevenzione delle infiltrazioni mafiose*¹⁸³.

Il momento dialogico che così si instaura tra amministrazione e privati non solo attua anche in quest'ambito le garanzie procedurali di cui alla legge 241/1990, ma consente all'autorità procedente di modulare l'intervento pubblico a seconda degli elementi emersi nel corso del procedimento, ben potendo, infatti, laddove sia emersa un'agevolazione di tipo meramente occasionale, determinarsi per l'applicazione delle nuove misure amministrative di prevenzione collaborativa di cui all'art. 94bis del Codice antimafia.

Lo strumento da ultimo richiamato costituisce l'altra fondamentale innovazione introdotta dall'art. 49, d.l. 152/2021, che arricchisce gli strumenti di prevenzione rimessi al Prefetto, nell'ottica di limitare l'applicazione dell'informativa interdittiva antimafia ai casi di più grave commistione del mondo imprenditoriale con quello mafioso.

In particolare, l'art. 94bis, rubricato "*Misure amministrative di prevenzione collaborativa applicabili in caso di agevolazione occasionale*", consente all'autorità prefettizia, laddove ravveda il carattere meramente occasionale dell'agevolazione della criminalità organizzata, di prescrivere all'impresa l'osservanza – per un periodo compreso tra sei e dodici mesi – di una delle misure di controllo che si sostanziano nell'adozione di misure organizzative, in obblighi di comunicazione al gruppo interforze istituito presso la Prefettura riguardo i principali atti di disposizione patrimoniale e di gestione dell'azienda, oneri di tracciabilità dei flussi finanziari e l'utilizzo di conti dedicati¹⁸⁴, anche provvedendo la nomina di esperti – in numero massimo di tre, da scegliersi tra gli iscritti nella sezione di esperti in gestione aziendale dell'albo nazionale degli amministratori giudiziari – aventi il compito di svolgere funzioni di supporto finalizzate all'attuazione delle misure di prevenzione collaborativa.

Decorso il termine di questa particolare forma di tutoraggio collaborativo, il Prefetto è chiamato a esprimere una valutazione sulle analisi formulate dal gruppo interforze e, laddove accerti il venir meno dell'agevolazione occasionale e l'assenza di altri tentativi di infiltrazione mafiosa, può rilasciare un'informazione antimafia liberatoria.

Così tracciati i caratteri salienti dello strumento della prevenzione collaborativa, emerge, in tutta evidenza, che trattasi di una misura affatto inedita nel novero delle fattispecie previste dal Codice antimafia trovando, anzi, numerosi punti di contatto, se non di sovrapposizione, con quanto disciplinato dall'art. 34bis d.lgs. 159/2011.

¹⁸³ Cfr. art. 92, co. 2bis d.lgs. 159/2011.

¹⁸⁴ L'art. 94bis, al comma 1, prevede, in particolare, che il Prefetto possa chiedere all'impresa di: "*a) adottare ed efficacemente attuare misure organizzative, anche ai sensi degli articoli 6, 7 e 24-ter del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, atte a rimuovere e prevenire le cause di agevolazione occasionale;*

b) comunicare al gruppo interforze istituito presso la prefettura competente per il luogo di sede legale o di residenza, entro quindici giorni dal loro compimento, gli atti di disposizione, di acquisto o di pagamento effettuati, gli atti di pagamento ricevuti, gli incarichi professionali conferiti, di amministrazione o di gestione fiduciaria ricevuti, di valore non inferiore a 5.000 euro o di valore superiore stabilito dal prefetto, sentito il predetto gruppo interforze, in relazione al reddito della persona o al patrimonio e al volume di affari dell'impresa;

c) per le società di capitali o di persone, comunicare al gruppo interforze i finanziamenti, in qualsiasi forma, eventualmente erogati da parte dei soci o di terzi;

d) comunicare al gruppo interforze i contratti di associazione in partecipazione stipulati;

e) utilizzare un conto corrente dedicato, anche in via non esclusiva, per gli atti di pagamento e riscossione di cui alla lettera b), nonché per i finanziamenti di cui alla lettera c), osservando, per i pagamenti previsti dall'articolo 3, comma 2, della legge 13 agosto 2010, n. 136, le modalità indicate nella stessa norma."

Si tratterebbe, infatti, di due forme di prevenzione tra loro speculari, l'una amministrativa, l'altra giurisdizionale¹⁸⁵.

Identico parrebbe, infatti, il presupposto applicativo sia della prevenzione collaborativa che del controllo giudiziario, da rinvenire nell'occasionalità dell'influenza mafiosa, da intendersi quale incontro fortuito e non stabile di volontà e di intenti tra l'impresa e il mondo criminale, tale per cui, proprio in ossequio al principio di proporzionalità la scelta del legislatore è quella di non paralizzare l'impresa, ma, anzi, di traghettarla verso una più limpida attività nel contesto dell'economia legale.

Si potrebbe, quindi, qui parlare di un “*controllo amministrativo*” che, in caso di esito positivo, anticipa e sostituisce il controllo giudiziario, e in caso di insuccesso ne ritarda o ne rende solo eventuale l'applicazione¹⁸⁶.

E infatti, senza dubbio, la scelta di previsione della prevenzione collaborativa quale misura, di fatto, alternativa all'adozione dell'informativa interdittiva antimafia ha il merito di anticipare già nella fase amministrativa, i contenuti di *self-cleaning* tipici del controllo giudiziario *ex art. 34bis*, mettendo in luce una tendenza recuperatoria sempre più marcata e finalizzata al reinserimento progressivo e monitorato nel tessuto economico-sociale lecito di imprenditori solo occasionalmente lambiti, o addirittura in tanti casi vessati, dalle mafie¹⁸⁷.

Sicché, il legislatore avrebbe, in tal modo, aperto la strada ad una forma di cooperazione partecipata, non tra impresa e autorità giudiziaria, bensì tra impresa e autorità amministrativa, consentendo a quest'ultima di entrare in azienda e verificare la presenza o meno dei pericoli di infiltrazione mafiosa e di predisporre interventi mirati per il suo – auspicabile – recupero.

Si tratta di una tendenza che, in parte, inverte i termini del contrasto alla criminalità organizzata, ponendosi quale frutto di scelte politiche maggiormente consapevoli che l'opportunità di redenzione dell'azienda non costituisce un beneficio unicamente per la parte privata ma rappresenta, a ben vedere, un vantaggio per l'interesse pubblico, perché l'oggetto della tutela preventiva consistente nel preservare la capacità produttiva dell'azienda risponde anche all'interesse pubblico di preservare la stabilità macroeconomica del sistema¹⁸⁸.

¹⁸⁵ Così M. Vulcano, *Le modifiche del decreto legge n. 152/2021 al codice antimafia: il legislatore punta sulla prevenzione amministrativa e sulla compliance 231 ma non risolve i nodi del controllo giudiziario*, in giur.pen., 2021.

¹⁸⁶ *Ibidem*.

¹⁸⁷ Cfr. P. Giustozzi, E. Zummo, *Le modifiche legislative presentate dal Governo in materia di interdittive antimafia e controllo giudiziario*, in Osservatorio misure patrimoniali e di prevenzione dell'Unione delle camere penali italiane, 29 ottobre 2021, ove si evidenzia, in proposito che “*Sotto questa chiave di lettura, un segnale di svolta rispetto al passato è innegabile, laddove l'impianto legislativo era connotato invece da una impostazione di tipo bellico-giuridico incentrata sulla esclusione 'immediata' dal circuito degli appalti pubblici dei soggetti ritenuti, sulla base di elementi poco definiti e della logica incerta del 'più probabile che non', anche solo potenzialmente pericolosi. Sicuramente, con la nuova misura si smussano gli evidenti dubbi di compatibilità della disciplina pregressa con il principio di proporzionalità, sollevati dalla irragionevole assimilazione all'interno dell'art. 84 c.a.m. della c.d. contiguità mafiosa compiacente e della contiguità soggiacente e dalla previsione dell'interdittiva come 'misura fissa' per un gamma di situazioni considerate sintomatiche della infiltrazione mafiosa profondamente eterogenee (si oscillava dalle condanne in primo grado di uno dei soggetti apicali dell'impresa per il delitto di associazione di tipo mafioso di cui all'art. 416 bis c.p. alla omessa denuncia di una estorsione mafiosa).*”.

¹⁸⁸ T. Bene, *Dallo spossamento gestorio agli obiettivi di stabilità macroeconomica*, in Arch. pen., 21 maggio 2018.

Capitolo II

“Misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio delle imprese. Sforzi ricostruttivi e incoerenze ermeneutiche. Sulla natura giuridica e la ratio legis dell’intervento pubblico ex art. 32 d.l. 90/2014 ”

1. Art. 32 d.l. 90/2014: un primo tentativo di inquadramento dogmatico; 2. Delimitazione soggettiva dell’ambito di applicazione delle misure straordinarie; 2.1. Le misure di commissariamento nel settore sanitario; 3. Delimitazione oggettiva dell’ambito di applicazione delle misure straordinarie; 4. Il nodo della qualificazione giuridica: la natura cautelare e temporanea delle misure straordinarie; 5. Misure straordinarie e intervento pubblico a invasività crescente. Declinazione normativa del criterio di proporzione; 5.1. Tra interesse pubblico al completamento dell’opera e misure di *self cleaning* dell’impresa. Alla ricerca di una *ratio* unificatrice tra il comma 1 e il comma 8 dell’art. 32.

1. Art. 32 d.l. 90/2014: un primo tentativo di inquadramento dogmatico

Si è dato atto, nelle riflessioni che precedono, che il Governo, intervenendo in via d’urgenza nella prospettiva del salvataggio dei grandi eventi¹⁸⁹ quale quello di *Expo 2015*, la cui compromissione avrebbe avuto ripercussioni gravissime in termini economici, occupazionali, di mercato e di credibilità internazionale, ha, di fatto, coniato una nuova ipotesi di intervento pubblico nell’economia solo parzialmente sussumibile, per procedimento applicativo e per *ratio*, alle diverse ipotesi già presenti nell’ordinamento.

In via di prima approssimazione, e salvo quanto di avrà cura di precisare nel prosieguo della trattazione, le misure in commento si potrebbero collocare nel solco del percorso tracciato da quello che si è definito il modello prospettico – cooperativo¹⁹⁰, che punta, pur in presenza di elementi indiziari sulla presumibile sussistenza di una deviazione illecita dell’impresa, a garantirne la continuità. L’attivazione di tali strumenti, tuttavia, pur realizzando, di fatto, un temperamento degli effetti risolutivi o interdittivi che discenderebbero dall’accertamento di determinate ipotesi di reato, appare finalizzata a realizzare una tutela anticipatoria di prioritari interessi pubblici, lasciando per lo più sullo sfondo la prospettiva di recupero della legalità dell’azienda.

La cautela definitoria che si sta qui utilizzando deriva, invero, dalla difficoltà di trattare in maniera univoca strumenti che, seppur ricondotti sotto il medesimo *nomen juris*, appaiono, in realtà, profondamente differenti.

Invero, sotto la comune cornice dell’art. 32 d.l. 90/2014 convivono strumenti di contrasto all’illegalità assai diversi, tanto che si potrebbe arrivare a dubitare, come si vedrà, persino della sussistenza di una effettiva comunanza di *ratio*.

¹⁸⁹Sulla nozione di grande evento, si consenta di rinviare alle considerazioni svolte da M. Allena, M. Capantini (a cura di), *I grandi eventi: la parola al giurista. Dentro e oltre l’esperienza di Expo 2015*, in www.mucchieditore.it

¹⁹⁰ Si consenta di rinviare, sul punto, alle considerazioni già svolte *supra*, § 3.2..

Nel novero, infatti, di quelle che sono indicate come “*Misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell’ambito della prevenzione della corruzione*”, convergono ipotesi diverse sia in punto di presupposti, sia di finalità perseguite – invero niente affatto riconducibili, come sembrerebbe suggerire la rubrica dell’articolo, *sic et simpliciter* alla prevenzione della corruzione - , che per procedimento applicativo e per diversa graduazione, in termini di afflittività, degli strumenti concretamente adottabili.

Sul punto, una prima e fondamentale *summa divisio*, deve effettuarsi in relazione ai presupposti applicativi delle misure in commento: infatti, se ai sensi del comma 1 la possibilità di far ricorso agli strumenti di cui all’art. 32 si ricollega alla sussistenza, accertata o da accertarsi, di ipotesi di reato collegate a fattispecie corruttive, il comma 10, invece, ne connette l’adozione all’emissione di una informazione antimafia interdittiva.

Le peculiarità connesse all’una e all’altra ipotesi di cui all’art. 32, appaiono evidenti ove si consideri che, mentre la fattispecie di cui al primo comma è funzionale alla tutela di sole esigenze di trasparenza amministrativa e di tutela del buon andamento della pubblica amministrazione, il ricorso alle misure straordinarie effettuata ad opera del decimo comma dell’art. 32 si giustifica nell’intento di salvaguardare interessi diversi e ulteriori, enucleati dallo stesso legislatore, che rischierebbero di essere pregiudicati dalla caducazione del rapporto contrattuale discendente dall’applicazione di un provvedimento antimafia.

Infatti, ad anticipazione di quanto si dirà, l’applicazione di una delle misure contemplate dall’art. 32 si giustifica, ai sensi del comma 1, allorché vi sia la compresenza di accertamenti giudiziari per delitti contro la pubblica amministrazione e venga rilevata, o dall’autorità giudiziaria o dalla stessa Autorità nazionale anticorruzione, una situazione di forte antiggiuridicità nella conduzione dell’impresa. Di converso, la fattispecie di cui al decimo comma appare più correttamente collocarsi nell’area delle misure di prevenzione amministrativa antimafia, presupponendo, invece, l’adozione di un’informazione interdittiva nei confronti del contraente e la tutela di esigenze di pubblico interesse da assicurarsi con la prosecuzione del rapporto negoziale.

In questo senso, il disallineamento sistematico tra le due fattispecie suggerirebbe di qualificare l’ipotesi di cui al decimo comma, più propriamente, come eccezionale rispetto agli effetti interdittivi integrali dell’informazione antimafia, sulla scorta dell’impostazione già tracciata, invero dal già citato art. 15 del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159.

Così argomentando, dunque, la fattispecie contemplata dal comma 10 dell’art. 32 assumerebbe connotazioni proprie ed autonome rispetto a quella descritta nel primo comma della medesima disposizione.

Si tratta di una distinzione, quest’ultima, non meramente speculativa, che si ripercuote, invece, anche sul piano pratico, giacché “*la differenza tra le due fattispecie è netta, al punto da indurre l’interprete a preferire una soluzione interpretativa che le collochi entrambe sul piano equivalente della generalità, piuttosto che della specialità*”¹⁹¹.

E, invero, indice tangibile di tale autonomia sistematica e concettuale tra i due commi si rintraccia anche nel diverso procedimento di applicazione degli strumenti *ex art. 32 d.l. 90/2014*, che si distingue soprattutto in punto di iniziativa e del differente atteggiarsi del rapporto dialettico tra le due istituzioni chiamate a dialogare per l’adozione delle misure. Segnatamente, nel primo caso, il potere propulsivo teso all’adozione della misura è affidato

¹⁹¹ Così Tar Campania – Napoli, sez. I, sent. 27 aprile 2018, n. 2800, in www.giustizia-amministrativa.it.

all' Autorità Nazionale Anticorruzione, al suo Presidente in qualità di affidatario del controllo sulla trasparenza e sulla lotta alla corruzione; nella seconda ipotesi, invece, il procedimento, compresa la sua attivazione, è rimesso integralmente al Ministero dell'Interno, a mezzo dell' Ufficio territoriale del Governo, in persona del Prefetto territorialmente competente, quale titolare della competenza statale a livello locale in materia di pubblica sicurezza.

In questa scelta legislativa, a prescindere dalla modulazione del potere tra le due istituzioni, si legge la volontà di realizzare un meccanismo *extra ordinem* che offra garanzie di speditezza e di celerità, realizzando, al contempo, una certa simmetria tra le due autorità amministrative coinvolte nella sequenza procedimentale¹⁹².

Di tal guisa, dunque, il meccanismo di applicazione delle misure di prevenzione delineato dal decreto viene applicato a seguito dell'intervento di due organi monocratici, funzionalmente collegati, chiamati, ciascuno per le proprie competenze, ad una autonoma valutazione dei fatti: il primo, caratterizzato da indipendenza funzionale nei confronti dell'amministrazione, è titolare del potere di chiedere le misure straordinarie; il secondo, è tenuto a valutare la fondatezza dell'istanza ed eventualmente a predisporre l'intervento che maggiormente si ritiene idoneo al caso di specie.

Questa necessaria premessa in ordine alle differenti finalità perseguite, nell'ambito della medesima disposizione, comporta che detti strumenti finiscono per porre all'interprete – come si vedrà – questioni ermeneutiche non esattamente assimilabili.

Se diverso, quindi, è il fine che sottende a loro adozione, d'altra parte, unitaria è la delimitazione dell'ambito di applicazione degli strumenti previsti dall'art. 32, dal punto di vista oggettivo e soggettivo, così come, sia che si tratti di finalità anticorruzione che di finalità antimafia, le misure effettivamente adottabili sono quelle contemplate dal comma 1, lett. a) e b) e dal comma 8 dell'art. 32, la cui opzione, per l'una o per l'altra, è rimessa all'autorità prefettizia sulla base del principio di proporzionalità¹⁹³.

2. Delimitazione soggettiva dell'ambito di applicazione delle misure straordinarie

E, dunque, all'analisi dei differenti presupposti per l'applicazione delle misure *ex art.* 32 d.l. 90/2014, si antepone, quale *prius* logico, la corretta individuazione dei soggetti cui tali strumenti si rivolgono.

¹⁹² Cfr. R. Cantone, F. Merloni, *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, Torino, 2015.

¹⁹³ Si intende immediatamente evidenziare come si farà sovente richiamo, nell'ambito della presente trattazione, al principio di proporzionalità dell'azione amministrativa la cui valorizzazione appare, nel contesto di cui trattasi, particolarmente importante. Detto principio, nell' enucleazione che dello stesso ne ha fatto la giurisprudenza, infatti, costituisce orientamento e limite per l'esercizio del potere discrezionale dell'amministrazione, richiedendo che l'attività pubblica sia costantemente proporzionata all'obiettivo perseguito dalla norma attributiva del potere, realizzata attraverso la ponderazione e il raffronto di tutti gli interessi in gioco. In merito, in via di prima approssimazione, si richiamano, sul punto, Cons. St., sez. VI, 11 gennaio 2010, n. 19; Cons. St., sez. VI, 10 marzo 2009, n. 1420; Cons. St., sez. VI, 8 febbraio 2008, n. 424; Cons. St., sez. VI, 17 aprile 2007, n. 1746; Cons. St., sez. IV, 1 ottobre 2004, n. 6410, tutte in www.giustizia-amministrativa.it. In dottrina, su tutti, cfr. F. Trimarchi Banfi, *Canone di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016; S. Cognetti, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011; A. Sandulli, *Proporzionalità*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, pp. 4643 ss.; A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998; D. U. Galetta, *Discrezionalità amministrativa e principio di proporzionalità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994.

In proposito, l'art. 32 fa riferimento a “*un'impresa aggiudicataria di un appalto per la realizzazione di opere pubbliche, servizi o forniture nonché ad una impresa che esercita attività sanitaria per conto del Servizio sanitario nazionale in base agli accordi contrattuali di cui all'articolo 8-quinquies del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, ovvero ad un concessionario di lavori pubblici o ad un contraente generale.*”.

Ai fini dell'adozione degli strumenti di cui trattasi, dunque, la normativa fa riferimento a concetti ampi ed elastici, suscettibili di atteggiarsi in maniera più o meno stringente a seconda del rilievo applicativo che voglia riconoscersi a tali misure.

Così, la stessa definizione di “*impresa*”, va intesa accedendo ad una lettura più ampia rispetto a quella prevista dal codice civile¹⁹⁴.

Si adotta qui, piuttosto, una nozione funzionale di tale concetto secondo la ricostruzione offerta dal diritto unionale, che considera di natura *lato sensu* imprenditoriale ogni attività oggettivamente suscettibile di valutazione economica e riconducibile all'esecuzione di lavori o all'offerta di beni e servizi astrattamente acquisibili in un determinato mercato, a prescindere dallo specifico *status* giuridico e dalle singole caratteristiche strutturali del soggetto¹⁹⁵.

Sicché, anche ai fini dell'applicazione delle misure straordinarie di cui all'art. 32 d.l. 90/2014, la nozione di impresa cui fa riferimento la normativa dovrebbe intendersi in senso ampio, coincidente con la più estesa definizione di “*operatore economico*”, di cui all'art. 45 del Codice dei contratti pubblici¹⁹⁶.

Parimenti, sulla base di tale accezione onnicomprensiva, la locuzione “*impresa aggiudicataria*” deve riferirsi al soggetto beneficiario e/o esecutore, in tutto o in parte, della

¹⁹⁴ Ai sensi dell'art. 2082 del Codice civile “*È imprenditore chi esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi.*”.

¹⁹⁵ In questi termini, tra le altre, cfr. Corte di Giustizia U.E., 23 Aprile 1991, *Klaus Hofner e Fritz Elser c. Macroton GmbH*, causa C-41/90, che fa rientrare nell'ambito del concetto di impresa “*qualsiasi entità esplicante un'attività economica, indipendentemente dallo stato giuridico di questa entità e dal suo modo di finanziamento*”. La Commissione l'ha definita, altresì, come “*una qualsiasi attività di natura economica che partecipi agli scambi economici, anche a prescindere dalla ricerca di profitto*” (Decisione n. 92/521/CEE della Commissione del 27 Ottobre 1992, in GUCE, 12 Novembre 1992, L326, 31 e ss.).

¹⁹⁶ In dettaglio, in base a quanto previsto dall'art. 45, comma 2 “*Rientrano nella definizione di operatori economici i seguenti soggetti:*

a) *gli imprenditori individuali, anche artigiani, e le società, anche cooperative;*
b) *i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422, e del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 14 dicembre 1947, n. 1577, e successive modificazioni, e i consorzi tra imprese artigiane di cui alla legge 8 agosto 1985, n. 443;*
c) *i consorzi stabili, costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile, tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro. I consorzi stabili sono formati da non meno di tre consorziati che, con decisione assunta dai rispettivi organi deliberativi, abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa.*
d) *i raggruppamenti temporanei di concorrenti, costituiti dai soggetti di cui alle lettere a), b) e c), i quali, prima della presentazione dell'offerta, abbiano conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, qualificato mandatario, il quale esprime l'offerta in nome e per conto proprio e dei mandanti;*
e) *i consorzi ordinari di concorrenti di cui all'articolo 2602 del codice civile, costituiti tra i soggetti di cui alle lettere a), b) e c) del presente comma, anche in forma di società ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile;*
f) *le aggregazioni tra le imprese aderenti al contratto di rete ai sensi dell'articolo 3, comma 4-ter, del decreto legge 10 febbraio 2009, n. 5, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 aprile 2009, n. 33;*
g) *i soggetti che abbiano stipulato il contratto di gruppo europeo di interesse economico (GEIE) ai sensi del decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240;”.*

commessa pubblica, sia come affidatario singolo che come componente di un raggruppamento temporaneo di imprese (RTI), di un consorzio o di qualsiasi altra forma societaria e associativa deputata all'attuazione del contratto secondo la normativa vigente.

Peraltro, le maglie della definizione dell'ambito oggettivo di applicazione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio, si sono allargate sino al punto da ricomprendere anche la figura del *general contractor* di cui all'art. 194 d.lgs. 50/2016¹⁹⁷.

Ci si riferisce, in particolare, a quella figura introdotta dal legislatore al fine di concentrare su un unico soggetto la realizzazione di una determinata opera pubblica di cui cura la progettazione, l'esecuzione e – talvolta- finanche il finanziamento. Il contraente generale, ordinariamente, ha natura giuridica soggettiva di diritto privato, cui tuttavia si applicano alcune disposizioni tipicamente amministrative in ragione dell'esercizio di funzioni e potestà di derivazione pubblicistica.

In particolare, seguono i principi del diritto amministrativo dei contratti gli atti delle procedure ad evidenza pubblica indette dal *general contractor*, che possono essere qualificati come atti oggettivamente amministrativi: in veste di stazione appaltante per la quota di affidamenti destinati ad imprese terze selezionate mediante procedure competitive, il contraente generale è garante della correttezza degli affidamenti, dovendo assicurare, in tale ambito, il rispetto dei principi di parità di trattamento, trasparenza, economicità nonché di libera e leale concorrenza tra gli operatori economici. Sicché, l'eventuale emersione di condotte scorrette, irregolari o illecite, potrebbe determinare la possibile adozione delle misure preventive contemplate dall'art. 32 d.l. 90/2014, tese a sterilizzare ogni indebita compromissione nella gestione del rapporto contrattuale e nella realizzazione dell'opera "*chiavi in mano*"¹⁹⁸.

La qualifica del contraente generale come stazione appaltante, dunque, comporta che gli effetti del commissariamento necessariamente investano, oltre ai contratti in corso di

¹⁹⁷ Per quanto qui di interesse, i commi 1 e 2 della richiamata disposizione prevedono che "*Con il contratto di affidamento unitario a contraente generale, il soggetto aggiudicatore affida ad un soggetto dotato di adeguata capacità organizzativa, tecnico-realizzativa e finanziaria la realizzazione con qualsiasi mezzo dell'opera, nel rispetto delle esigenze specificate nel progetto definitivo redatto dal soggetto aggiudicatore e posto a base di gara, ai sensi dell'articolo 195, comma 2, a fronte di un corrispettivo pagato in tutto o in parte dopo l'ultimazione dei lavori.*"

2. Il contraente generale provvede:

- a) alla predisposizione del progetto esecutivo e alle attività tecnico amministrative occorrenti al soggetto aggiudicatore per pervenire all'approvazione dello stesso;
- b) all'acquisizione delle aree di sedime; la delega di cui all'articolo 6, comma 8, del decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327, in assenza di un concessionario, può essere accordata al contraente generale;
- c) all'esecuzione con qualsiasi mezzo dei lavori;
- d) al prefinanziamento, in tutto o in parte, dell'opera da realizzare;
- e) ove richiesto, all'individuazione delle modalità gestionali dell'opera e di selezione dei soggetti gestori;
- f) all'indicazione, al soggetto aggiudicatore, del piano degli affidamenti, delle espropriazioni, delle forniture di materiale e di tutti gli altri elementi utili a prevenire le infiltrazioni della criminalità, secondo le forme stabilite tra quest'ultimo e gli organi competenti in materia."

¹⁹⁸ In questi termini, cfr. Proposta di straordinaria e temporanea gestione del Consorzio Collegamenti Integrati Veloci – Co.C.I.V. con sede in Genova, relativamente alla Convenzione per l'affidamento della progettazione esecutiva e della realizzazione della Linea ferroviaria ad alta velocità Milano – Genova, stipulata con TAV S.p.A. in data 16 marzo 1992, e dell'Atto Integrativo alla predetta Convenzione, stipulato con RFI S.p.A. in data 28 ottobre 2011. – Art. 32, comma 1, del decreto legge 24 giugno 2014, convertito con modificazioni dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, del Presidente dell'Anac al Prefetto di Roma, 10 gennaio 2017, Roma, consultabile in www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anacdocs/Attività/Atti/MisureStraordinarieArt32_2/1.art.32_10.01.17_COCIV.omis.pdf.

esecuzione, anche tutte le procedure di gara in fase di espletamento o, addirittura, ancora da espletare per l'esecuzione dell'opera¹⁹⁹.

Così circoscritto l'ambito di operatività soggettivo della disposizione, l'altro elemento cui fa riferimento la normativa per l'adozione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio dell'impresa è la sussistenza di un nesso di correlazione tra i fatti illeciti emersi e l'attività di impresa.

Occorre, in altri termini, che *“le condotte illecite siano ascrivibili, anche in via presuntiva, ad un operatore economico ed abbiano un nesso di diretta e specifica pertinenza con la commessa pubblica, di cui lo stesso operatore sia risultato affidatario.”*²⁰⁰.

Invero, non si è mancato di considerare²⁰¹ come il richiesto nesso di riconducibilità delle condotte illecite all'operatore economico, quasi a voler postulare un giudizio di imputabilità e, quindi, di colpevolezza in capo all'impresa, risulti difficilmente compatibile con la prescrizione di cui all'art. 27, comma 1 Cost., per cui le persone giuridiche non possono essere sottoposte a sanzione penale²⁰².

Pertanto, affinché il verificarsi di condotte illecite o eventi criminali siano effettivamente attribuibili all'ente, sarebbe necessario fare ricorso non già a criteri di imputazione di tipo penalistico, quanto, piuttosto, a parametri di addebito della responsabilità tipicamente amministrativi rinvenibili nell'ambito del d.lgs. 231/2001.

Pare, dunque, doversi qui richiamare l'art. 5, comma 1 del citato d.lgs. 231/2001 che fonda la responsabilità dell'ente e la perseguibilità della condotta nella commissione di reati da parte di soggetti che rivestano posizioni apicali nella direzione dell'impresa, e che a tanto si determinino al fine di avvantaggiare l'ente²⁰³.

¹⁹⁹ È quanto avvenuto, in particolare con la vicenda collegata al commissariamento del Consorzio Collegamenti Integrati Veloci – Co.C.I.V., *general contractor* cui era stata affidata da TAV s.p.a. la realizzazione della linea ferroviaria ad alta velocità Milano Genova. Le vicende giudiziarie che hanno interessato il Consorzio – dalle quali è emerso un sistema corruttivo di gestione delle procedure di affidamento dei lavori che ne ha visto coinvolti i vertici – ha comportato l'intervento dell'Autorità nazionale anticorruzione, al fine di blindare immediatamente le derivazioni corruttive e neutralizzare i rischi connessi alla realizzazione di un'opera strategica dall'alto valore economico e sociale. In questo caso, avendo gli episodi corruttivi riguardato non la fase di individuazione del soggetto cui affidare le funzioni di *general contractor*, ma il successivo momento di attuazione della convenzione, la proposta di commissariamento del Presidente dell'Anac si è rivolta sia nei confronti del *general contractor*, che rispetto ad alcuni dei soggetti aggiudicatari. Tuttavia, il Prefetto di Roma, si è, in tale fattispecie, determinato per il commissariamento unicamente del *general contractor*, giacché il Consorzio aveva autonomamente provveduto ad avviare un'attività di *self cleaning*, con risoluzione di alcuni dei contratti precedentemente stipulati. Cfr. decreto del Prefetto di Roma, n. 77417 del 3 marzo 2017, consultabile in www.prefettura.it/roma.

²⁰⁰ Seste Linee Guida Anac, *Disposizioni per la disciplina del procedimento preordinato alla proposta del Presidente dell'A.N.AC. di applicazione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio, ai sensi dell'art. 32 del d.l. 90/2014*, 8 luglio 2020, in www.anticorruzione.it/-/disposizioni-per-la-disciplina-del-procedimento-preordinato-alla-proposta-del-presidente-dell-a.n.ac.-di-applicazione-delle-misure-straordinarie-di-gestione-sostegno-e-monitoraggio-ai-sensi-dell-art.-32-del-d.l.-90/2014-adottate-in-data-11-aprile-2019-a-s

²⁰¹ In questi termini, cfr. F. Sgubbi, T. Guerini, *L'art. 32 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, un primo commento*, 24 settembre 2014, in www.penalecontemporaneo.it.

²⁰² In materia, tra gli altri A. Alessandri, *Art. 27 comma 1° Cost.*, in Commentario della Costituzione. Rapporti Civili, Bologna, 1991.

²⁰³ Sul tema della responsabilità degli enti, senza pretesa di esaustività, si rinvia, tra gli altri, a T. Guerini, *Diritto penale ed enti collettivi*, Torino, 2018; F. Consorte, T. Guerini, *Reati associativi e responsabilità degli enti: profili dogmatici e questioni applicative*, in resp. amm. soc. enti, n. 2/2013; L. D. Cerqua, *L'ente intrinsecamente illecito nel sistema delineato dal d.lgs. 231/2001*, in resp. amm. soc. enti, n. 2/2012; F. Palazzo (a cura di), *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Padova, 2003; A. Astrologo, *“Interesse” e “vantaggio” quali criteri di attribuzione della responsabilità dell'ente nel d.lgs. 231/2001*, in ind. Pen., 2003.

In questo caso, affinché una condotta illecita possa validamente ritenersi attribuita alla persona giuridica e non già meramente al suo autore materiale, è necessario ricorra sia un elemento oggettivo, relativo al perseguimento di un vantaggio per l'ente, che quello soggettivo, che guarda, invece alla posizione ricoperta dall'agente nell'ambito della compagine societaria: assumono qui rilievo, quindi, i soggetti che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente ovvero coloro che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dell'impresa.

Sicché, ai fini che qui occorrono, pare possibile ritenere attribuibile all'impresa la commissione di un determinato atto illecito, in termini di diretta riconducibilità del fatto alla sua azione, allorché, secondo i criteri delineati dall'impianto del d.lgs. 231/2001, questo risulti commesso da un soggetto che rivesta un ruolo apicale all'interno dell'impresa e che a tanto si sia determinato per conseguire un vantaggio che non è personale, ma è riferibile all'ente, globalmente considerato.

2.1. Le misure di commissariamento nel settore sanitario

La latitudine applicativa dello strumento commissariale di cui all'art. 32 d.l. 90/2014, peraltro, ha conosciuto un ulteriore ampliamento ad opera dell'art. 3, comma 1, d.l. 13 novembre 2015, n. 179²⁰⁴ che, in considerazione della “*necessità e urgenza di individuare misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di esercenti attività sanitaria per conto del SSN*”, ha introdotto all'art. 32 il comma 10bis, con cui si ammette l'adozione delle misure straordinarie anche nei confronti dei soggetti privati titolari di accordi contrattuali con il Servizio Sanitario Nazionale, anche se costituiti in forme giuridiche diverse da quelle dell'impresa.

L'estensione al settore sanitario dell'applicabilità delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio non è di poco momento: detta modifica normativa, infatti, schiude gli orizzonti del commissariamento anche rispetto a soggetti economici che non partecipano a bandi di gara e che, pertanto, non ottengono l'aggiudicazione della commessa pubblica a seguito di procedimenti ad evidenza pubblica²⁰⁵, in ciò segnando l'elemento di maggiore *discrimen* rispetto alle ipotesi ordinariamente previste dall'art. 32.

L'opzione del legislatore di consentire il ricorso alle misure straordinarie del d.l. 90/2014, si spiega per il particolare rilievo assegnato, già nell'ambito della Costituzione al bene-salute, la cui fruizione deve essere garantita in modo paritario a tutti i cittadini, superando ogni forma di disuguaglianza sociale, attraverso la creazione di un sistema centralizzato (il Servizio Sanitario Nazionale, appunto) a base solidaristica e universale²⁰⁶.

Sicché, la valenza cruciale del settore sanitario impone la predisposizione di strumenti che prevengano il verificarsi di situazioni ostative al corretto, legale ed efficiente svolgimento di tali prestazioni indifferibili, quali le misure anticorruzione disciplinate dall'art. 32, d.l. 90/2014.

²⁰⁴ Pubblicato in G.U.14 novembre 2015, n. 266, il decreto reca “*Disposizioni urgenti in materia di contabilità e di concorso all'equilibrio della finanza pubblica delle Regioni*”.

²⁰⁵ Infatti, ai sensi dell'art. 8 *quinquies*, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, appena menzionato, prevede la sussistenza di rapporti diretti tra le Regioni e la singola azienda sanitaria, lasciando in capo alla loro libertà negoziale la stipula della convenzione.

²⁰⁶ Così F. Bocchini, *La sanità lesiva. Ideologie e strategia a confronto*, in *Contratto e impresa*, n. 4/2018.

In questo ambito, valorizzando la peculiarità al settore sanitario, il legislatore ha previsto che, a seguito la proposta di commissariamento del presidente dell'Anac, il decreto prefettizio viene adottato d'intesa con il Ministro della salute, individuando i commissario tra soggetti in possesso di *curricula* che attestassero la sussistenza di qualificate e comprovate professionalità ed esperienza di gestione sanitaria.

3. Delimitazione oggettiva dell'ambito di applicazione delle misure straordinarie

Al tracciamento della cornice soggettiva della disposizione in esame, si accompagna la perimetrazione concernente l'applicabilità delle misure su un versante, stavolta, oggettivo, vale a dire del rapporto negoziale suscettibile di ricadere nell'orizzonte applicativo dell'art. 32.

Si è già fatto cenno, in proposito, alla circostanza per cui l'attuazione degli strumenti in commento non determina uno spossessamento gestorio della parte privata, realizzando, invece, la simultanea compresenza nell'ambito aziendale sia degli organi sociali ordinari che dei commissari prefettizi, che svolgono le loro funzioni in relazione a una limitata porzione dell'attività dell'impresa, che è il singolo rapporto negoziale gravato dal *fumus* dell'illegalità.

E, dunque, la considerazione per cui l'intervento pubblico si realizza unicamente in relazione ad uno specifico contratto – come chiarito nell'ambito delle Prime Linee Guida Anac, che qualificano le misure in commento come strumenti “*ad contractum*” – è indice della particolare rilevanza che assume, in questo ambito, l'individuazione delle tipologie di rapporti negoziali suscettibili di essere sottoposti a commissariamento²⁰⁷.

Come rilevato, l'art. 32 d.l. 90/214 annovera tra i rapporti negoziali potenzialmente assoggettabili alle misure di cui trattasi, gli appalti per la realizzazione di opere, servizi o forniture, gli accordi contrattuali aventi a riferimento il Servizio sanitario nazionale, nonché le concessioni di lavori pubblici.

Sicché, accedendo ad una logica interpretativa che consenta di ricorrere alle misure straordinarie in modo efficace e concreto, appare coerente ritenere che il riferimento della norma all' “*impresa aggiudicataria*” deve essere inteso in una accezione necessariamente ampia, atta a ricomprendere nel proprio ambito applicativo non solo, in senso stretto, gli affidamenti conseguenti alle procedure di scelta del contraente ad evidenza pubblica, così come contemplate dal Codice dei contratti pubblici²⁰⁸, ma anche gli affidamenti diretti, le prestazioni eseguite in forza di proroghe contrattuali e finanche le prestazioni svolte di fatto, in assenza di una specifica legittimazione negoziale²⁰⁹.

²⁰⁷ Cfr. G. Ruggero, *Le misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio delle imprese nell'ambito della prevenzione della corruzione*, in M. Nunziata (a cura di), *Riflessioni in tema di lotta alla corruzione*, Roma, 2017, 409.

²⁰⁸ Si tratta, in particolare, delle ipotesi contemplate dalla Parte II “*Contratti di appalto per lavori servizi e forniture*”, Titolo III “*Procedura Di Affidamento*”, Capo II “*Procedure di scelta del contraente per i settori ordinari*” del d.lgs. 50/2016 ove sono previsti la procedura aperta (art. 60), la procedura ristretta (art. 61), la procedura competitiva con negoziazione (art. 62), la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara (art. 63), il dialogo competitivo (art. 64), il partenariato per l'innovazione (art. 65).

²⁰⁹ Seste Linee Guida Anac, *Disposizioni per la disciplina del procedimento preordinato alla proposta del Presidente dell'A.N.AC. di applicazione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio, ai sensi dell'art. 32 del d.l. 90/2014*, 8 luglio 2020, in www.anticorruzione.it/-/disposizioni-per-la-disciplina-del-procedimento-preordinato-alla-proposta-del-presidente-dell-a.n.ac.-di-applicazione-delle-misure-straordinarie-di-gestione-sostegno-e-monitoraggio-ai-sensi-dell-art.-32-del-d.l.-90/2014-adottate-in-data-11-aprile-2019-a-s

Si attua, quindi, in questo contesto una prospettiva non meramente formale, ma sostanziale, che giunge a interessare ogni tipo di rapporto finalizzato alla realizzazione di opere, servizi o forniture, che veda coinvolto un ente pubblico con un operatore economico privato con cui è stipulato il contratto.

Vale la pena qui sottolineare come la corretta individuazione del perimetro oggettivo della commessa pubblica è essenziale, nell'ambito dell'applicazione delle misure *ex art. 32 d.l. 90/2014*, per tracciare il contesto e i limiti della gestione commissariale, sia quanto al rapporto negoziale effettivamente interessato che con riferimento alla durata temporale della misura che, come segnalato, è limitata alla completa esecuzione dell'opera.

Orbene, la perimetrazione della misura, dal punto di vista oggettivo, è, invero, tutt'altro che immediata soprattutto nelle ipotesi in cui il contratto interessato da episodi corruttivi o mafiosi non si sia concretizzato in un appalto, ma in una concessione ai sensi degli artt. 164 e ss. d.lgs. 50/2016.

In quest'ultimo caso, infatti, le peculiarità che caratterizzano il rapporto tra la parte pubblica e quella privata rendono più complesso delimitare gli ambiti di competenza degli strumenti predisposti dall'art. 32 d.l. 90/2014, sia sul profilo oggettivo che su quello temporale. Ben può, infatti, accadere che non solo l'ente sia stato costituito unicamente per la gestione del rapporto concessorio, ma anche che lo stesso abbia una durata temporale che si protragga ben oltre i limiti di proporzionalità previsti dalla norma in commento.

Nel caso in cui ricorrano, dunque, rapporti di concessione, il rischio è quello che le misure *ex art. 32*, lungi dall'essere misure temporanee e *ad contractum*, finiscano per involgere, *sine die*, l'intera attività sociale.

L'importanza, in questo contesto, dell'individuazione dell'oggetto del commissariamento conduce, come si vedrà, a valorizzare il momento partecipativo della parte privata, ma anche del contraente pubblico, altresì demandando, allo stesso commissario il compito di effettuare una ricognizione dei rapporti contrattuali rientranti nell'ambito del commissariamento²¹⁰.

Non si può escludere, peraltro, che la stessa attività ricognitiva effettuata dai commissari a misura già disposta, possa condurre ad una successiva estensione dell'operatività dello strumento predisposto ai sensi dell'art. 32 d.l. 90/2014. Possono qui venire in rilievo, dunque, anche rapporti negoziali stipulati dall'impresa commissariata in un momento antecedente rispetto all'adozione del decreto *ex art. 32*, ma scoperti solo successivamente: si apre qui la possibilità per l'amministrazione prefettizia - in particolare laddove la misura sia stata predisposta ai sensi comma 10 del medesimo art. 32 - di predisporre una integrazione della misura apportando, laddove ne ricorrano i presupposti, un correttivo all'originario decreto di commissariamento.

²¹⁰ È quanto accaduto, ad esempio, nell'ambito del commissariamento della società Parco Olimpico s.r.l., predisposta dal Prefetto di Torino, con decreto del 30 luglio 2021, n. 7314, ove si è incaricato, anzitutto, il commissario di effettuare *"la ricognizione puntuale di tutti i rapporti contrattuali in corso di esecuzione, di cui risulta titolare la citata società, al fine di acquisire piena contezza del numero e della tipologia di contratti pubblici in essere, ai fini di un'eventuale estensione del perimetro di operatività e di efficacia della misura straordinaria in parola"* e di *"conferire altresì il potere di effettuare la ricognizione puntuale di tutti i rapporti contrattuali stipulati e da stipularsi tra la Parcolimpico S.r.l. e la Federazione Italiana Tennis essenziali per lo svolgimento delle NITTO ATP FINALS 2021- 2025, ai fini di una eventuale migliore definizione del perimetro di operatività e di efficacia della misura straordinaria in parola"*.

Il provvedimento è consultabile in www.prefettura.it/torino.

4. *Il nodo della qualificazione giuridica: la natura cautelare e temporanea delle misure straordinarie*

Nell'ambito delle questioni che si pongono all'attenzione dell'interprete nell'analisi delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio delle imprese di cui all'art. 32 d.l. 90/2014, un primo, fondamentale problema, attiene alla esatta individuazione della natura giuridica da riconoscersi a tali strumenti.

Sul punto, si dà atto che lo sforzo ermeneutico della giurisprudenza e anche quello interpretativo del Ministero dell'Interno e dell'Autorità Nazionale anticorruzione, si sono costantemente mossi nel senso di ricondurre le misure di cui trattasi ad un ambito di piena e assoluta conformità delle misure *ex art. 32 d.l. 90/2014* rispetto ai principi generali dell'ordinamento e, in particolare, ai diritti di proprietà e di libera iniziativa economica previsti dalla Costituzione.

Infatti, la compressione di tali diritti, a prescindere dall'accertamento giudiziario di ipotesi di responsabilità, appare possibile unicamente ove i provvedimenti amministrativi che siano destinati a incidere negativamente sull'esercizio delle menzionate libertà, si giustificano in base all'esigenza di salvaguardia di cogenti interessi pubblici e si caratterizzano, comunque, per un'efficacia temporalmente limitata.

Si tratterebbe, dunque, di misure adottate nell'esercizio di un potere limitativo e conformativo della libertà di iniziativa economica *ex art. 41* della Costituzione, ma vincolate dal rispetto di uno stretto nesso di strumentalità rispetto alla salvaguardia di interessi pubblici di rango primario²¹¹.

Si è, quindi, riconosciuto alle misure straordinarie di cui all'art. 32 d.l. 90/2014 una natura cautelare e preventiva, sostenendo che *“le misure straordinarie di gestione di cui all'art. 32 del decreto legge n. 90/2014, [...], non rientrano nell'ampio genus dei provvedimenti amministrativi a carattere sanzionatorio, ma costituiscono piuttosto tipiche misure cautelari di polizia, preventive e prescrittive, che si aggiungono alle misure di prevenzione antimafia di natura giurisdizionale, essendo espressione della logica di anticipazione della soglia di difesa sociale finalizzata ad assicurare una tutela avanzata nel campo del contrasto ai fenomeni criminali.”*²¹².

Pertanto, gli strumenti di cui trattasi si configurerebbero come provvedimenti avente natura amministrativa cui restano, quindi, estranee finalità afflittive o sanzionatorie, essendo, invece, vincolate al perseguimento di un interesse pubblico prevalente, la cui tutela rende recessivi gli interessi privatistici improntati al principio di libera iniziativa economica.

Tale compressione dei principi costituzionali, tuttavia, per apparire coerente con l'intero contesto ordinamentale, deve necessariamente caratterizzarsi per la temporaneità e la provvisorietà delle misure adottate che, peraltro, devono essere applicate dall'autorità

²¹¹ In questo senso, anche le Seconde Linee Guida Anac *“Seconde linee guida per l'applicazione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione anticorruzione e antimafia”*, del 27 gennaio 2015 (in www.anticorruzione.it/-/seconde-linee-guida-per-l-applicazione-delle-misure-straordinarie-di-gestione-sostegno-e-monitoraggio-di-imprese-nell-ambito-della-prevenzione-anticorruzione-e-antimafia).

²¹² Così Tar Campania – Napoli, sez. I, sent. 18 febbraio 2016, n. 943. In senso conforme, anche Cons. Stato, sez. III, sent. 9 novembre 2015 n. 5100. Entrambe in www.giustizia-amministrativa.it.

amministrativa sulla base di una stringente valutazione di proporzionalità rispetto al fine perseguito.

La riconduzione delle misure *ex art. 32 d.l. 90/2014* nell'ambito dei provvedimenti cautelari amministrativi consente, quindi, di connotarli per un carattere necessariamente provvisorio e transeunte, la cui emissione trova la propria ragion d'essere nell'urgente necessità di salvaguardare gli interessi alla cui tutela sono predisposti e che rischierebbero, altrimenti, di essere irrimediabilmente compromessi.

Sicché, l'assunta natura cautelare²¹³, oltre che provvisoria, delle misure straordinarie *ex art. 32 d.l. 90/2014* comporta che la loro adozione sia subordinata all'accertamento congiunto in ordine alla sussistenza del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*.

In ordine al primo requisito, spetta all'amministrazione verificare l'esistenza, in termini probabilistici, di circostanze concrete comprovanti che, con sufficiente grado di verosimiglianza, "*l'aggiudicazione del contratto pubblico sia avvenuta illecitamente*"²¹⁴, mentre il *periculum in mora* è identificabile nel rischio concreto che "*l'attesa delle pronunce dell'autorità giudiziaria possa compromettere la tempestiva esecuzione del contratto pubblico e consentire l'incameramento delle risorse pubbliche da parte dell'autore della trasgressione*"²¹⁵.

La sussistenza simultanea di tali due elementi se, da un lato, fonda il ricorso alle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio delle imprese, dall'altro ne delimita anche la durata nel tempo. Gli strumenti di cui all'art. 32 d.l. 90/2014 sono, infatti, ideati per essere strutturalmente limitati al perseguimento della tutela degli interessi pubblici ad essi collegata, non potendosi, di converso, ammettere una loro dilatazione *sine die*.

5. Misure straordinarie e intervento pubblico a invasività crescente. Declinazione normativa del criterio di proporzione.

L'affermazione della coerenza sistematica delle misure di cui all'art. 32 d.l. 90/2014 rispetto all'impianto ordinamentale porta, necessariamente, alla valorizzazione della diversa modulazione dell'intervento pubblico nell'economia, differentemente ponderato a seconda della maggiore o minore compromissione dell'impresa con il mondo criminale.

La norma in commento, infatti, contempla tre diverse tipologie di interventi dell'Autorità pubblica nella compagine societaria, misure di cui lo spossessamento gestorio costituisce solo l'*extrema ratio*.

L'approccio seguito, in questo caso, dal legislatore, prevede una differente graduazione dell'intervento prefettizio, ad afflittività crescente, a seconda della gravità dei presupposti riscontrati e in base ad un giudizio prognostico effettuato sulla possibilità

²¹³ Vale la pena ribadire che la natura cautelare delle misure *ex art. 32 d.l. 90/2014*, non deve essere letta nel senso di connettere alla loro emanazione un funzione di congelamento della situazione esistente sino al pronunciamento – peraltro in certe ipotesi anche eventuale – dell'autorità giudiziaria penale, puntando, invece, a una finalità ulteriore che è quella della tutela dell'interesse pubblico. Così *Seconde Linee Guida Anac "Seconde linee guida per l'applicazione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione anticorruzione e antimafia"*, del 27 gennaio 2015, cit., 3.

²¹⁴ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, sent. 20 gennaio 2015, n. 143, commentata da F. Peirone, *La tutela dell'integrità negli appalti pubblici e la giustizia amministrativa*, in *Foro Amm.*, fasc. 7-8/2015.

²¹⁵ *Ibidem*.

dell'impresa di redimersi: dette misure presentano, quindi, una connotazione essenzialmente dinamica ed elastica, dovendosi adattare in maniera proporzionata ed efficace alle specifiche contingenze che vengono in rilievo²¹⁶.

Infatti, l'individuazione della misura da adottare deve avvenire secondo un criterio di gradualità, la cui effettiva ponderazione è rimessa all'amministrazione - e segnatamente all'autorità prefettizia che ne decreta l'adozione - in ragione della gravità, nei termini che si avrà cura di chiarire *infra*, degli elementi riscontrati a carico dell'operatore economico, implicato in un procedimento penale per fatti corruttivi ovvero destinatario di informazione antimafia interdittiva, e del ruolo ricoperto dal soggetto attore nell'ambito dell'organizzazione dell'impresa.

Il disposto dell'art. 32 si informa, quindi, ad un criterio di progressione degli interventi realizzabili, la cui invasività risulta essere direttamente proporzionale al tasso di devianza criminale riscontrata nell'azione dell'operatore economico: è sulla base di detto elemento che si fonda, quindi, la scelta tra il tipo e l'entità dell'intervento che risulta essere necessario predisporre per assicurare che la prosecuzione del contratto possa avvenire in condizioni di legalità indotta, ponendo l'amministrazione al riparo da possibili ipotesi di contiguità, collusioni o agevolazioni rispetto al mondo della criminalità organizzata²¹⁷.

L'art. 32 contempla, dunque, tre alternative forme di intervento, finalizzate all'introduzione di un regime di *legalità controllata*²¹⁸: la prima ipotesi, prevista dall'art. 32, comma 8, si concretizza nelle misure del sostegno e del monitoraggio dell'impresa; la seconda, di cui al comma 1, lett. a) che prevede l'ordine di rinnovazione degli organi sociali, mediante la sostituzione dei soggetti coinvolti nei presunti illeciti o condizionamenti malavitosi; l'ultima e la più incisiva, contemplata dall'art. 32, comma 1, lett. b), prevede la straordinaria e temporanea gestione dell'impresa, limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto o della concessione.

Come evidente, l'ipotesi di minore compromissione dell'ordinaria attività d'impresa è rappresentata dalla disposizione del comma 8 che contempla una forma di accompagnamento *soft* dell'azienda verso la legalità. In questo caso, il Prefetto dispone la nomina di uno o più esperti ad affiancamento degli organi sociali dell'impresa, demandando loro il compito di svolgere funzioni di sostegno e monitoraggio.

L'avvio di questo percorso di tutoraggio, come ben evidenziato dall'Autorità Nazionale Anticorruzione nell'ambito delle Prime Linee Guida, è finalizzato a "*inserire all'interno della compagine di impresa un "presidio", in grado di stimolare l'avvio di un percorso finalizzato a riportare la linea gestionale su binari di legalità e trasparenza.*"²¹⁹.

²¹⁶ Così Seste Linee Guida Anac, *Disposizioni per la disciplina del procedimento preordinato alla proposta del Presidente dell'A.N.AC. di applicazione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio, ai sensi dell'art. 32 del d.l. 90/2014*, 8 luglio 2020, in www.anticorruzione.it/-/disposizioni-per-la-disciplina-del-procedimento-preordinato-alla-proposta-del-presidente-dell-a.n.ac.-di-applicazione-delle-misure-straordinarie-di-gestione-sostegno-e-monitoraggio-ai-sensi-dell-art.-32-del-d.l.-90/2014-adottate-in-data-11-aprile-2019-a-s

²¹⁷ Così, R. Garofoli, *Il contrasto ai reati di impresa nel d.lgs. 231 del 2001 e nel d.l. n. 90 del 2014: non solo repressione ma prevenzione e continuità aziendale*, in *dir. pen. cont.*, 30 settembre 2015.

²¹⁸ Così, *ex multis*, Cons. Stato, sez. III, sent. 10 gennaio 2018, n. 93, in www.giustizia-amministrativa.it.

²¹⁹ Cfr. Prime Linee Guida Anac, *Prime Linee guida per l'avvio di un circuito collaborativo tra Anac- Prefetture – U.t.G. e enti locali per la prevenzione dei fenomeni di corruzione e l'attuazione della trasparenza amministrativa*, 15 luglio 2014, consultabili all'indirizzo: www.anticorruzione.it/-/prime-linee-guida-per-l-avvio-di-un-circuito-stabile-e-collaborativo-tra-anac-prefetture-utg-e-enti-locali-per-la-prevenzione-dei-fenomeni-di-corruzione-e-l-attuazione-della-trasparenza-amministrativa.

Il ricorso a tale meccanismo di *tutorship* pare essere stato delineato dalla disposizione in commento quale ipotesi residuale, trovando applicazione solo laddove le vicende corruttive, ovvero i tentativi di infiltrazione mafiosa, siano riconducibili a soggetti che ricoprono, nell'ambito dell'impresa, ruoli o incarichi diversi da quelli di legale rappresentanza o di amministrazione in senso stretto, ma che siano comunque in grado di condizionarne l'agire anche a prescindere dalla veste formale da essi ricoperta²²⁰.

In questo contesto, l'intervento degli esperti esterni di nomina prefettizia si configura come una attività di indirizzo e di orientamento della *governance* dell'impresa²²¹, attuata in concorso alla piena vigenza degli organi sociali apicali, cui vengono fornite prescrizioni operative tese ad implementare l'adozione e il funzionamento di modelli di trasparenza e controllo sull'attività di impresa, nell'ottica di scongiurare il nuovo verificarsi di episodi di illegalità.

Con la predisposizione di tale misura, dunque, la conservazione del contratto si attua attraverso l'avvio di un percorso di accompagnamento degli esperti di nomina prefettizia ai vertici dell'impresa cui vengono raccomandate alcune iniziative da predisporre sul piano organizzativo e gestionale, soprattutto al fine di realizzare un più accurato sistema di controllo interno.

A questo proposito, sebbene l'art. 32 non effettui uno specifico *remand* in tal senso, guardando all'interpretazione che di tali misure ha dato l'Autorità Nazionale Anticorruzione²²², il punto di riferimento normativo nell'attuazione di tali prescrizioni sarebbe da rinvenire nei *compliance programs* previsti dall'art. 6 d.lgs. 231/2001. Detta disposizione, come già accennato, nel prevedere una serie di misure la cui adozione realizza una causa esimente della responsabilità dell'ente, elenca una serie di strumenti organizzativi dell'azienda che valgono ad assicurare il massimo grado di trasparenza all'interno dell'impresa. Si tratta, in particolare, della creazione di organismi *ad hoc* con il compito di vigilanza e controllo sulla correttezza delle attività condotte in seno all'azienda; della strutturazione di canali di segnalazione degli illeciti, che garantiscano al segnalante adeguate tutele in termini di anonimato e di divieto di ritorsioni e/o discriminazioni; della previsione

²²⁰ Si evidenzia che a detta conclusione è pervenuta la dottrina maggioritaria a commento di tali misure, atteso che, invero, il rinvio effettuato dall'incipit del comma 8 "*Nel caso in cui le indagini di cui al comma 1 riguardino componenti di organi societari diversi da quelli di cui al medesimo comma*", pecca di un difetto di coordinamento, giacché il richiamato comma 1 non contiene un'elencazione degli organi sociali nei confronti dei quali trovano applicazione le misure di cui alla lett. a) e b). Si può quindi, sostenere che la norma abbia voluto riferirsi a soggetti diversi da quelli di amministrazione in senso stretto, ricomprendendo, tra gli "organi sociali" anche figure apicali, quali, ad esempio, il direttore generale. In questi termini, R. Cantone, F. Merloni, *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, Torino, 2015, 108-109. Sul tema, si rinvia anche alla disamina di F. Sgubbi, T. Guerini, *L'art. 32 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90. Un primo commento*, in dir. pen. cont. 24 settembre 2014, 9-10: "*Occorre poi chiarire quale sia il corretto significato da attribuire agli "organi sociali", anche alla luce della riforma del diritto societario del 2003. A nostro parere, il legislatore plus dixit quam voluit: poiché la ratio della norma è quella di garantire una corretta gestione dell'impresa aggiudicataria di appalti pubblici, la norma deve essere intesa in senso restrittivo, con riferimento esclusivo a coloro che amministrano la società. [...] deve ritenersi che la disposizione operi nei confronti degli amministratori nel caso di adozione del sistema tradizionale, nei confronti dei membri del consiglio di gestione nell'ambito del sistema dualistico, mentre nel caso di sistema monistico potranno essere colpiti tanto i membri del consiglio di amministrazione, quanto i membri del comitato per il controllo sulla gestione, essendo entrambi gli organi composti da soggetti dotati di poteri gestori.*"

²²¹ Ovvero, oggi a seguito della novella introdotta dal decreto legge 10 settembre 2021, n. 121, su cui *infra*, "*anche alle imprese che sulla medesima esercitano un controllo ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, ove coinvolte nelle indagini, nonché alle imprese dalle stesse controllate*".

²²² Si rimanda, in proposito, alle Prime Linee Guida Anac, ult. cit.

e conseguente applicazione di sanzioni disciplinari per coloro che si rendano responsabili di condotte illecite; dell'individuazione di modalità di gestione operative e finanziarie che siano idonee a prevenire ipotesi di reato.

La permanenza di tale tutoraggio prescrittivo in cui si traduce l'attuazione della misura prevista dall'art. 32, comma 8, in coerenza con la dichiarata natura *ad tempus* e *ad contractus*, è stata ordinariamente ponderata al soddisfacimento degli interessi pubblici per cui la misura è predisposta che dovrebbero, dunque, ricollegarsi al ripristino della legalità violata ovvero, nel caso in cui lo strumento di cui trattasi sia approntato ai sensi del comma 10 del medesimo art. 32, per sopravvenuta revisione dell'informativa antimafia.

Suscita, dunque, perplessità che non si mancheranno di mettere in luce, l'ulteriore inciso predisposto dall'art. 12, comma 12ter del decreto legge 10 settembre 2021, n. 121²²³, che ha esteso l'ambito di applicazione di questa ipotesi di *tutorship* prefettizia “*anche laddove sia stato concluso e interamente eseguito il contratto di appalto*”, tradendo, a quanto consta, le finalità della disposizione, nonché accentuando i profili di sovrapposizione con l'introdotta istituzione di prevenzione collaborativa ai sensi dell'art. 94bis del Codice antimafia²²⁴.

Omette poi, la disposizione - qui introducendo un ulteriore elemento di complessità - di chiarire quali siano le conseguenze potenzialmente discendenti dalla mancata attuazione, da parte dell'impresa attinta dalle misure di sostegno e monitoraggio di cui all'art. 32, comma 8, delle prescrizioni fornite dagli esperti.

Invero, nell'impianto dell'art 32, se le misure di cui al comma 1, lett. a) e b) si pongono espressamente in un rapporto di presupposizione e consequenzialità, a tale schema rimane estraneo l'affiancamento degli esperti di cui al comma 8, quasi a rimarcare una ontologica e strutturale differenza tra detti strumenti. Tuttavia, appare ragionevole ritenere²²⁵, in ossequio a un principio di coerenza e ragionevolezza, che laddove l'operatore economico nei cui confronti è stato attivato lo strumento del tutoraggio ometta di ottemperare alle misure di accompagnamento proposte dagli esperti, ponendo in essere un atteggiamento ostativo al nuovo corso dell'attività che si intende imprimere all'azienda, sia configurabile quella condotta anomala che, ai sensi del comma 1, legittima l'adozione della più penetrante misura della straordinaria e temporanea gestione dell'impresa.

Le misure di cui al menzionato comma 1, art. 32 d.l. 90/2014 si collocano, infatti, su un piano decisamente più incisivo.

Segnatamente, il ricorso agli strumenti contemplati dalla lett. a) e dalla lett. b) del comma 1 si giustifica in ragione della sussistenza di situazioni di più intenso coinvolgimento della compagine imprenditoriale nella commissione delle ipotesi di reato ivi contemplate e alla cui adozione il Prefetto può determinarsi una volta verificati i presupposti richiamati dal comma 1 e “*valutata la particolare gravità dei fatti oggetto dell'indagine*”²²⁶.

²²³ Il decreto, pubblicato in G.U. del 10 settembre 2021, n. 217, reca “*Disposizioni urgenti in materia di investimenti e sicurezza delle infrastrutture, dei trasporti e della circolazione stradale, per la funzionalità del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, del Consiglio superiore dei lavori pubblici e dell'Agenzia nazionale per la sicurezza delle ferrovie e delle infrastrutture stradali e autostradali.*”

²²⁴ Si rinvia, in proposito, al Capitolo V, par. 3.2 del presente elaborato.

²²⁵ Cfr. Prime Linee Guida Anac, ult. cit.

²²⁶ In via di prima approssimazione, vale la pena segnalare che, secondo costante giurisprudenza di legittimità, devono considerarsi “*gravi*”, “*gli indizi aventi una rilevante consistenza ed una forza probatoria tale da risultarne, a seguito di una rigorosa valutazione di tutti gli elementi, assai probabile la colpevolezza della persona indiziata. Siffatto giudizio si*

In particolare, lo strumento previsto dalla lett. a), si sostanzia nell'ordine di rinnovazione degli organi sociali, da attuarsi mediante l'effettiva sostituzione del titolare o del componente che risulta investito dal procedimento penale o al quale sono ascrivibili le situazioni di contiguità mafiosa. In questo caso, dunque, la valutazione rimessa al Prefetto attiene alla presumibile possibilità dell'ente di emendarsi con l'allontanamento dalla compagine sociale degli – isolati- elementi di devianza direttamente coinvolti nella commissione dell'illecito: l'applicazione della più tenue misura in analisi passa, quindi, dal convincimento dell'autorità procedente della circoscritta invasività dei fenomeni delinquenziali che si sono manifestati, che ben può essere eliminata allontanando dalla *governance* dell'impresa i soggetti che hanno dato luogo alle fattispecie di illiceità della condotta perseguite dalla norma.

Detto ordine di rinnovazione degli organi sociali²²⁷, impartito dal Prefetto, deve essere eseguito dall'impresa, secondo quanto disposto dal comma 2, entro il termine di trenta giorni, ovvero, nei casi più gravi, già entro i dieci giorni successivi²²⁸.

Orbene, laddove l'impresa non adempia all'ordine prefettizio con la sostituzione dei soggetti coinvolti in indagini penali e non si dimostri, dunque, propensa all'attuazione di un percorso di *self-cleaning*, il Prefetto competente è tenuto ad adottare, nei successivi dieci giorni, la misura della temporanea e straordinaria gestione dell'impresa.

Si tratta, in quest'ultimo caso, della misura di maggiore gravità per la società che viene, di fatto, spossessata dalla gestione dei propri affari seppur limitatamente al contratto per cui si dispone il commissariamento.

Pertanto, con l'attuazione dello strumento previsto dall'art. 32, comma 1, lett. b), l'autorità prefettizia provvede, in via diretta nei casi in cui la compromissione dell'azienda sia tale da non consentire il ricorso a interventi meno pregnanti, ovvero in conseguenza dell'inottemperanza all'ingiunzione a rinnovare gli organi sociali, a disporre la misura della gestione straordinaria e temporanea dell'impresa, a mezzo della nomina di uno o più amministratori, destinati ad esercitare tutti i poteri degli organi di amministrazione e direzione, seppur limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto o di concessione.

deve poi tradurre in una penetrante motivazione del provvedimento che deve rendere conto dell'idoneità degli indizi a giustificare, nel concreto contesto del caso di specie, l'emissione della misura, ed indicare gli elementi di atto da cui gli indizi sono desunti nonché specificare i motivi della loro rilevanza probatoria, escludendo qualsiasi clausola di stile o formula generica di motivazione" (Cass.pen. sez I, sent. 934/1990). E ancora: "*La condizione generale per l'emissione di un qualsiasi provvedimento cautelare è la sussistenza di gravi indizi, cioè di elementi probatori che quantitativamente e qualitativamente valutati nella loro essenza e nella loro coordinazione logica, nel rispetto dei principi di cui all'art. 192 cod. proc. pen., resistendo ad interpretazioni alternative, conducano, pur senza raggiungere il grado di certezza richiesto per la condanna, a ritenere fondatamente che il reato accertato sia attribuibile all'imputato"* (Cass. Pen., n. 2989/1990.)

²²⁷ Non va nondimeno sottaciuto che l'estromissione del soggetto coinvolto deve riferirsi all'intera organizzazione aziendale e non soltanto al ramo impegnato nell'esecuzione del contratto, di talché l'ordine di rinnovazione non potrà ritenersi adempiuto laddove costui mantenga incarichi o posizioni all'interno dell'impresa tali da consentirgli di continuare ad influenzare i meccanismi decisionali della stessa.

²²⁸ Si rimanda, ancora una volta, alle indicazioni sul punto fornite dalla più autorevole dottrina, che ha chiarito come, nel silenzio della norma, il termine di cui si discorre non può ritenersi assolutamente vincolato, potendo, di converso, il Prefetto prevedere la possibilità di disporre una proroga, sia d'ufficio, sia a seguito di richiesta dell'impresa in tal senso, al sopravvenire di oggettive difficoltà.

Cfr. R. Cantone, F. Merloni, *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, Torino, 2015, 106.

A tal riguardo, si evidenzia come, sebbene all'indomani della promulgazione del d.l. 90/2014, si sia discusso in ordine alla portata di tale commissariamento²²⁹, nondimeno le Prime Linee Guida Anac, siano intervenute a chiarire come dette misure, essendo preordinate a garantire la continuità dell'esecuzione del contratto pubblico nei tempi previsti, implicano, proprio in virtù del principio di proporzionalità, che l'intervento pubblico sia limitato al perseguimento di tale scopo "come dimostrano le espressioni letterali contenute nelle lettere a) e b) del comma 1, laddove l'intervento diacronico sull'impresa appaltatrice è sempre disposto "limitatamente alla completa esecuzione del contratto d'appalto"; sicché l'intervento legislativo si configura per quest'aspetto effettivamente come una misura ad *contractum*."²³⁰

E, dunque, l'intervento sostitutivo previsto ai sensi della più invasiva delle ipotesi di cui all'art. 32 non si traduce in un *azzeramento* degli organi sociali preesistenti, concretizzandosi, invece, in un più circoscritto intervento di *sterilizzazione*²³¹.

Questa scelta, risulta, invero, coerente alla volontà del legislatore di limitare l'ingerenza pubblica nelle imprese private, quantomeno in questa fase di applicazione delle misure *ex art. 32* ove la predisposizione del commissariamento sfugge dall'accertamento giudiziale in ordine alla sussistenza di un reato per rispondere, in ultima analisi, a un più generale principio di frazionabilità, alla stregua del quale lo spossessamento gestionale viene circoscritto sia da un punto di vista funzionale – limitatamente cioè al ramo d'azienda in cui

²²⁹ In particolare, la dottrina aveva discusso in ordine all'effettiva portata da riconoscere a tale prescrizione normativa, non essendo immediatamente intellegibile se l'inciso "limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto o di concessione" dovesse intendersi in senso prettamente funzionale, relativo cioè al singolo appalto, o in senso temporale con riferimento all'impresa nel suo complesso, sino a quando l'appalto o la concessione non giungano a conclusione. Orbene, in base ad una prima interpretazione, tale misura dovrebbe intendersi come commissariamento *ad contractum*, traducendosi in una netta scissione tra assetti gestionali e proprietari d'impresa, con la nomina di uno o più amministratori straordinari che, senza doversi occupare dell'intera attività sociale, sono tenuti esclusivamente a portare a conclusione l'appalto o la concessione, accantonando l'eventuale utile in un fondo speciale destinato al finanziamento di eventuali interventi che potrebbero essere disposti a seguito dell'accertamento penale. Pertanto, secondo tale prospettazione, la misura di cui all'art. 32 non si tradurrebbe in una revisione completa degli organi sociali, ma sospenderebbe i poteri dell'imprenditore limitatamente all'esecuzione di quello specifico contratto.

Una differente tesi, invece, ha ritenuto che il commissariamento sia volto ad azzerare gli ordini sociali, configurandosi come una gestione globale dell'impresa sottoposta ad inchiesta, soprattutto in vista delle difficoltà applicative di una duplice gestione, prefettizia ed ordinaria, della stessa impresa e valorizzando, a tal fine, il tenore letterale della norma, laddove prevede che agli amministratori siano attribuiti "tutti i poteri e le funzioni degli organi di amministrazione dell'impresa" e che, "nel caso di impresa costituita in forma societaria, i poteri dell'assemblea sono sospesi per l'intera durata della misura."

Si veda, quanto sostenuto in proposito da L. Giampaolino, *Le misure anticorruzione negli appalti: rimedio adeguato al male?*, in www.giustamm.it, 2014; M. Giusitini, *Autorità nazionale anticorruzione e nuove forme di controlli pubblici e altre novità in materia di gare pubbliche*, in F. Caringella, M. Giustiniani, O. Tortoriello, *La riforma Renzi della Pubblica amministrazione*, Roma, 2014; R. Magnani, *Corruzione negli appalti, revoca dei contratti, commissariamento: brevi note anche a seguito del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90*, in www.giustamm.it, n. 7/2014.

²³⁰ Cfr. Prime Linee Guida Anac, *Prime Linee guida per l'avvio di un circuito collaborativo tra Anac- Prefetture – U.t.G. e enti locali per la prevenzione dei fenomeni di corruzione e l'attuazione della trasparenza amministrativa*, 15 luglio 2014, in www.anticorruzione.it/-/prime-linee-guida-per-l-avvio-di-un-circuito-stabile-e-collaborativo-tra-anac-prefetture-utg-e-enti-locali-per-la-prevenzione-dei-fenomeni-di-corruzione-e-l-attuazione-della-trasparenza-amministrativa.

²³¹ *Ivi*, 8.

si sarebbe concretizzato il fatto illecito – che temporale –sino, cioè, alla conclusione del contratto – senza altrimenti incidere sulla residua attività produttiva dell’azienda²³².

E, dunque, in questo caso, gli amministratori di nomina prefettizia sono incaricati di seguire l’esercizio di impresa, in sostituzione degli organi sociali e utilizzando i loro poteri e facoltà limitatamente, però, alla gestione delle attività connesse all’esecuzione del contratto pubblico (o la pluralità di contratti) rispetto al quale siano emersi i fatti corruttivi o i condizionamenti criminali²³³.

Per tutta la durata della straordinaria e temporanea gestione dell’impresa, come dispone l’art. 32, al comma 3, sono attribuiti ai commissari tutti i poteri e le funzioni degli organi di amministrazione dell’ente, con contestuale sospensione dei poteri di disposizione e gestione dei titolari dell’impresa ovvero, laddove si tratti di compagine avente forma societaria, dei poteri dell’assemblea.

Gli organi apicali dell’ente rimarranno, comunque, regolarmente in carica per lo svolgimento e la cura degli affari riguardanti lo stesso o altri eventuali settori dell’attività economica dell’azienda²³⁴.

In questo modo, la straordinaria e temporanea gestione dell’impresa pone in essere una forma *sui generis* di gestione separata dei beni dell’azienda²³⁵, limitata a determinate attività e circoscritta nel tempo, preordinata all’esclusivo fine della realizzazione dell’opera pubblica di cui al rapporto negoziale che si è inteso commissariare²³⁶.

Ciò comporta la simultanea sussistenza, nell’ambito della medesima compagine aziendale di una duplice gestione, quella ordinaria e quella commissariata.

Alla stregua di tale impostazione, il comma 7 dell’art. 32, dispone che l’utile d’impresa derivante dalla conclusione dei contratti d’appalto di cui al comma 1, venga accantonato in

²³² Cfr. N.M. Maiello, *Le misure di straordinaria e temporanea gestione dell’impresa ex art. 32 d.l. 90/2014 nel settore sanitario: l’art. 7 del d.l. “Calabria”, 30 aprile 2019, n. 35*, in G. Amarelli, S. Sticchi Damiani (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all’infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Torino, 2019.

²³³ Proprio tale peculiare forma di commissariamento *ad contractum*, senza coinvolgere, quindi l’intera *governance* dell’impresa in quanto tale, potrebbe essere un primo *discrimen* tra quanto previsto dall’art. 32 d.l. 90/2014 e le misure di prevenzione patrimoniale disposte ai sensi del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 e quelle della nomina di commissario giudiziale ex art. 15 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, prevista nei casi di più grave responsabilità dell’ente, legata alla commissione di reati nel suo interesse o per suo vantaggio.

Così R. Garofoli, *Il contrasto ai reati di impresa nel d.lgs. 231 del 2001 e nel d.l. n. 90 del 2014: non solo repressione ma prevenzione e continuità aziendale*, in dir. pen. cont., 30 settembre 2015.

²³⁴ In senso critico, si veda A. Mutarelli, M. M. Mutarelli, *Considerazioni intorno alle possibili ricadute della misura straordinaria ex art. 32 d.l. 90/2014 (debiti pregressi e rapporti di lavoro)*, in rass. Avv. Stato, n. 1/2017.

²³⁵ Si ritiene in dottrina che le modalità di attuazione del contratto e la gestione dell’impresa potranno essere attuate anche mediante il ricorso agli strumenti già previsti dall’ordinamento che consentono forme di destinazione specifica del patrimonio sociale ad un determinato affare, su tutti quello di cui all’art. 2447bis c.c. (per cui “*La società può: a) costituire uno o più patrimoni ciascuno dei quali destinato in via esclusiva ad uno specifico affare; b) convenire che nel contratto relativo al finanziamento di uno specifico affare al rimborso totale o parziale del finanziamento medesimo siano destinati i proventi dell’affare stesso, o parte di essi. Salvo quanto disposto in leggi speciali, i patrimoni destinati ai sensi della lettera a) del primo comma non possono essere costituiti per un valore complessivamente superiore al dieci per cento del patrimonio netto della società e non possono comunque essere costituiti per l’esercizio di affari attinenti ad attività riservate in base alle leggi speciali.*”).

Sul punto, cfr. V. Salamone, *La documentazione antimafia nella normativa e nella giurisprudenza*, Napoli, 2019.

²³⁶ L’impostazione è stata suffragata anche dalla giurisprudenza amministrativa, laddove ha ritenuto di riconoscere che le misure di cui all’art 32 d.l. 90/2014 “*non incidono in modo sproporzionato o irreversibile sulla governance complessiva dell’impresa, in quanto gli amministratori sono tenuti a realizzare una forma di gestione separata e di carattere temporaneo di un segmento dell’impresa – quello legato alla esecuzione di quello specifico contratto – mentre gli organi sociali restano in carica per lo svolgimento della attività di gestione*”. Cit. T.A.R. Lazio, sez. Iter, sent. 1519/2016.

apposito fondo e non possa essere distribuito né pignorato, sino all'esito dei giudizi in sede penale ovvero, nei casi in cui l'impresa sia stata colpita da informazione interdittiva antimafia, dei giudizi di impugnazione o cautelari riguardanti l'interdittiva. L'intento legislativo perseguito, in tutta evidenza, è quello di evitare che la permanenza dell'impresa nella titolarità del contratto viziato dalla sussistenza di fatti illeciti possa comunque tradursi in un arricchimento della società²³⁷.

Contestualmente, dunque, al decreto che dispone la straordinaria e temporanea gestione dell'impresa, il Prefetto provvede anche alla nomina degli amministratori scelti tra i soggetti dotati dei requisiti di professionalità e moralità previsti dal decreto ministeriale 10 aprile 2013, n. 60 per coloro che vengono chiamati a ricoprire l'incarico di commissario giudiziale e commissario straordinario, alla determinazione dei loro compensi – calcolati sulla base delle tabelle allegate al decreto legislativo 4 febbraio 2010, n. 14²³⁸ -, nonché

²³⁷ In merito al previsto accantonamento degli utili sono intervenute le Seconde Linee Guida Anac "*Seconde linee guida per l'applicazione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione anticorruzione e antimafia*", del 27 gennaio 2015 (in www.anticorruzione.it/-/seconde-linee-guida-per-l-applicazione-delle-misure-straordinarie-di-gestione-sostegno-e-monitoraggio-di-imprese-nell-ambito-della-prevenzione-anticorruzione-e-antimafia). In questo contesto, in particolare, le menzionate Linee guida si sono preoccupate di affrontare la questione in ordine alla destinazione degli utili nel caso di condanna dell'impresa destinataria del commissariamento ex art. 32 d.l. 90/2014.

Pacifica, infatti, la restituzione degli utili all'impresa in caso di sentenza di assoluzione, più complesso appare lo scenario laddove il giudizio – sia penale che amministrativo - abbia avuto esito sfavorevole all'impresa. In assenza di un'espressa previsione, la scelta ermeneutica percorsa è quella di proporre un'interpretazione che sia coerente con le finalità che ispirano la disposizione in commento: evitare che l'esecuzione di un contratto pubblico, in presenza di significativi e gravi scostamenti rispetto agli standard di legalità e sicurezza, venga oltremodo a soffrire di tale situazione. In tale contesto, prevedere che gli utili, al termine della gestione commissariale ritornino all'impresa, non sarebbe coerente con lo spirito e le finalità perseguite dallo stesso legislatore. Orbene, se nel caso di condanna penale potrebbero trovare applicazione gli strumenti normativi individuati dall'autorità giudiziaria, più complessa è l'ipotesi in cui l'interdittiva antimafia sia applicata sulla base di elementi che non sono collegate alla commissione di reati. In questo caso, andrebbe valorizzata la previsione di cui al comma 4 dell'art. 32 che identifica nell'attività di straordinaria e temporanea gestione dell'impresa l'esercizio di un potere pubblicistico, cui consegue, in capo al privato il riconoscimento di una mera aspettativa all'ottenimento dell'utile. Sicché, penalizzare l'impresa, evitando che questa consegua anche l'utile da contratto non è, nell'ambito di una attività espressamente qualificata dalla legge di pubblica utilità, una diseconomia suscettibile di responsabilità, essendo l'operatore economico "soggetto" alla legge, al di fuori di un contesto di pariteticità. Di tal che, "*nella prospettiva (e ratio legis) correlata all'applicazione della misura interdittiva di cui all'art. 32 del d.l. n. 90/2014 non appare possibile - nel quadro di un bilanciamento degli interessi contrapposti coerente con i principi costituzionali di cui all'art. 97 (buon andamento della P.A.) e 41, comma 2, per cui l'iniziativa economica trova un limite quando contrasta con l'utilità sociale o reca danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana ingenerare un vantaggio economico all'impresa in costanza di interdittiva divenuta inoppugnabile per lavori eseguiti per preminenti ragioni di interesse pubblico*". La necessaria separata gestione pubblicistica della vicenda contrattuale oggetto della misura interdittiva, confermata dal Giudice Amministrativo, comporta quindi che l'utile del contratto attenga, piuttosto, alla sfera della stazione appaltante, nel cui esclusivo interesse l'amministratore prefettizio opera - conferendo un apporto manageriale autonomo e aggiuntivo - per consentire la realizzazione dei lavori commissionati, attraverso una sorta di gestione separata (ad esempio, patrimonio destinato ad uno specifico affare di cui all'art. 2447-bis c.c.). In tal senso, è possibile ovviare al paradosso per il quale un operatore economico sottoposto a specifica misura interdittiva andrebbe poi, al termine dell'esecuzione dell'opera gestita da amministratori straordinari nominati dal Prefetto, ad incamerare l'eventuale utile d'impresa, impropriamente beneficiando delle relative entrate economiche e determinando, così, nel concreto, un effetto ingiustificato di arricchimento.

²³⁸ Sulla determinazione dei compensi spettanti ai commissari, si consenta di rinviare a quanto previsto dalle Terze Linee Guida Anac "*Terze linee guida per la determinazione dell'importo dei compensi da liquidare ai commissari nominati dal Prefetto, ai sensi dell'art. 32, commi 1 e 10 del Decreto-Legge n. 90/2014, nell'ambito della prevenzione anticorruzione e antimafia*", del 25 gennaio 2016 (in www.anticorruzione.it/-/terze-linee-guida-per-la-determinazione-dell-importo-dei-compensi-da-liquidare-ai-commissari-nominati-dal-prefetto-ai-sensi-dell-art.-32-commi-1-e-10-del-d.-l.-n.-90/2014-nell-ambito-della-prevenzione-anticorruzione-e-antimafia) e dalle Quarte Linee Guida Anac "*Quarte linee*

l'effettiva durata della misura, necessariamente commisurata alle esigenze connesse all'esecuzione del contratto.

Così, dunque, i commissari prefettizi sono immessi nella gestione dell'impresa effettuando quella che, ai sensi del medesimo art. 32, comma 4, dovrebbe qualificarsi come attività "di pubblica utilità", tanto che gli amministratori i quali sono chiamati a rispondere delle eventuali diseconomie dei risultati di gestione solo nei casi di dolo o colpa grave.

Orbene, alle misure appena esaminate, tradizionalmente rientranti nel novero dell'art. 32 d.l. 90/2014, si è più di recente aggiunta, ad opera dell'articolo 6-quater, comma 12-ter, lettera a), numero 2), del decreto legge 20 giugno 2017, n. 91²³⁹, convertito, con modificazioni, dalla Legge 3 agosto 2017, n. 123, come modificato dal decreto legge 10 settembre 2021, n. 121, convertito, con modificazioni, in legge 9 novembre 2021, n. 156²⁴⁰, una nuova ipotesi inserita al medesimo comma 1, art. 32, lett. b-bis²⁴¹.

Detta nuova disposizione prevede una misura ulteriore che consiste nella attribuzione al Prefetto della possibilità di ordinare alla stazione appaltante che i pagamenti all'operatore economico siano disposti al netto dell'utile derivante dalla conclusione del contratto quantificato nel 10% del corrispettivo. Tale importo dovrà essere accantonato in un apposito fondo in modo da assicurarne una distinzione da un punto di vista contabile.

Si tratta, di una previsione voluta dal legislatore nell'evidente intento di evitare un indebito arricchimento di una impresa su cui gravano pregnanti indizi di illiceità senza, tuttavia, che ne risenta la celerità della realizzazione delle opere pubbliche e, dunque, l'attuazione delle misure previste dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza.

Tutte le ipotesi contemplate del comma 1 sono, infine, accomunate dalla disciplina prevista dal comma 5 dell'art. 32 che individua le fattispecie di cessazione anticipata delle misure di straordinaria e temporanea gestione dell'impresa.

La norma prevede, infatti, che le misure di cui al comma 1 siano revocate, ovvero, cessino comunque di spiegare la propria efficacia nel caso in cui sopravvenga un provvedimento che dispone la confisca, il sequestro o l'amministrazione giudiziaria

guida per l'applicazione dell'articolo 32, commi 2-bis e 10 del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, alle imprese che esercitano attività sanitaria per conto del servizio sanitario nazionale in base agli accordi contrattuali di cui all'articolo 8-quinquies del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502", del 4 agosto 2016 (in www.anticorruzione.it/-/quartelinee-guida-per-l-applicazione-dell-articolo-32-commi-2-bis-e-10-del-d.-l.-24-giugno-2014-n.-90).

²³⁹ Il decreto, che detta "Disposizioni urgenti per la crescita economica nel Mezzogiorno", è pubblicato in G.U. 141 del 20 giugno 2017.

²⁴⁰ In G.U. del 9 novembre 2021, n. 267.

²⁴¹ Così dispone, a seguito delle modifiche intervenute in sede di conversione in legge, l'art. 12, comma 12ter, d.l. 121/2021: "Al fine di garantire il rispetto dei tempi di attuazione del PNRR e il pieno utilizzo dei relativi fondi, nonché di favorire una riduzione degli oneri per le imprese coinvolte, all'articolo 32 del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) al comma 1: 1) alla lettera b), dopo le parole: "straordinaria e temporanea gestione dell'impresa" è inserita la seguente: "anche"; 2) dopo la lettera b) è aggiunta la seguente: "b-bis) di ordinare alla stazione appaltante che i pagamenti all'operatore economico, anche nei casi di cui alla lettera a), siano disposti al netto dell'utile derivante dalla conclusione del contratto, quantificato nel 10 per cento del corrispettivo, da accantonare, ai sensi del comma 7, in un apposito fondo";

b) al comma 7, dopo le parole: "in via presuntiva dagli amministratori," sono inserite le seguenti: "o dalle stazioni appaltanti nei casi di cui al comma 1, lettera b-bis),";

c) al comma 8, dopo le parole: "medesimo comma" sono inserite le seguenti: ", anche laddove sia stato concluso e interamente eseguito il contratto di appalto" e dopo le parole: "gli esperti forniscono all'impresa" sono inserite le seguenti: ", ovvero anche alle imprese che sulla medesima esercitano un controllo ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, ove coinvolte nelle indagini, nonché alle imprese dalle stesse controllate,".

dell'impresa nell'ambito di procedimenti penali o l'applicazione di misure di prevenzione ovvero dispone l'archiviazione del procedimento.

Nel silenzio della norma si ritiene²⁴², comunque, che la revoca debba essere disposta anche nel caso in cui l'Autorità Giudiziaria adotti un provvedimento che escluda ipotesi di responsabilità dell'operatore economico nelle vicende che hanno dato luogo alle misure, quali sentenze di non luogo a luogo a procedere adottata per motivi diversi dall'estinzione del reato, sentenze di assoluzione adottate ai sensi dell'art. 530, comma 1, c.p.p., giacché, in tali ipotesi, viene meno il presupposto sulla base del quale è stato adottato il provvedimento conformativo dell'attività di impresa.

Né, tantomeno, si esclude che la revoca del provvedimento possa essere disposta nell'esercizio del generale potere di autotutela disciplinato dall'art. 21*quinquies* della legge 7 agosto 1990, n. 241.

Si ritiene, invece, che la revoca debba essere proceduta da una valutazione discrezionale, sviluppata dal Prefetto d'intesa con il Presidente dell'ANAC, nell'ipotesi in cui sopravvengano sentenze di proscioglimento per motivi diversi da quelli già indicati, quali sentenze di applicazione della pena su richiesta delle parti, ovvero provvedimenti che determinano la cessazione delle misure cautelari disposte dall'Autorità Giudiziaria. In tali ipotesi, infatti, occorrerà valutare se i provvedimenti sopravvenuti siano in grado di far ritenere che sia venuto meno il profilo di responsabilità addebitabile all'impresa o che esso si sia comunque attestato al di sotto della soglia di certezza o gravità richiesta dal comma 1 dell'art. 32.

Analogamente, la cessazione degli effetti della misura straordinaria va ricondotta all'adozione da parte del giudice amministrativo di provvedimenti cautelari che sospendono l'efficacia o di sentenze di annullamento dell'interdittiva antimafia che producono, come si avrà cura di ulteriormente chiarire nel prosieguo della trattazione, non solo effetti vizianti ma caducanti della misura *ex art. 32*.

5.1. Tra interesse pubblico al completamento dell'opera e misure di self cleaning dell'impresa. Alla ricerca di una ratio unificatrice tra il comma 1 e il comma 8 dell'art. 32

Sono già state evidenziate le peculiarità genetiche che rendono la misura *ex art. 32 d.l. 90/2014* un *unicum* nel panorama delle misure di prevenzione, tanto da costituire ostacolo alla definizione stessa del tipo di intervento.

Tale difficoltà ermeneutico-ricostruttiva, si rinviene anche dall'esame della *ratio legis* dell'art. 32 d.l. 90/2014 e, dunque, della sua esatta collocazione nell'ambito di quello che si è definito il paradigma prospettico-cooperativo.

Infatti, guardando alle finalità perseguite dal legislatore con la previsione delle misure di cui si discorre, è emerso che ciò che tali strumenti intendono tutelare è l'interesse pubblico al completamento dell'opera e alla tenuta dei mercati e non già l'avvio di un processo di bonifica interno all'azienda – finalità propria, come sottolineato, degli strumenti di amministrazione giudiziaria e di controllo giudiziario previsti dal Codice antimafia.

²⁴² Così Prime Linee Guida Anac, ult.cit.

Depongono chiaramente in tal senso le conclusioni rassegnate dall'Anac in sede di adozione delle Seconde Linee Guida, laddove si sostiene che *“la disposizione [...] finalizza le misure di straordinaria gestione dell'impresa, disposte a fini anticorruzione, esclusivamente alla completa esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto pubblico, in relazione al quale sono emerse le fattispecie di reato o gli altri comportamenti illeciti”*²⁴³.

E, infatti, esulerebbero dalle finalità perseguite dall'art. 32, l'interesse dell'impresa a vedersi applicata una delle misure straordinarie nell'intento di continuare nel rapporto con la pubblica amministrazione, sotto controllo di legalità, circostanza che consentirebbe all'operatore economico di non subire l'interruzione del rapporto negoziale con la parte pubblica e, quindi, di non vedere del tutto vanificata ogni prospettiva di lucro nonché, soprattutto, di evitare il venir meno di un requisito per una futura, successiva aggiudicazione.

Tale interesse privatistico sarebbe, quindi, del tutto irrilevante ai fini della decisione del Prefetto anche nell'ipotesi di pendenza dei giudizi di impugnazione o cautelari riguardanti l'informazione antimafia interdittiva: l'art. 32, comma 10 non attribuisce alle misure in argomento una funzione cautelare, aventi cioè il mero intento di cristallizzare una situazione esistente fino all'esito delle decisioni del Giudice Amministrativo.

Si tratta, invece, di strumenti che, pur muovendosi sul piano della massima anticipazione nell'ambito della prevenzione, mirano a qualcosa in più: *“garantire - attraverso una conformazione della libertà d'impresa - la realizzazione di interessi pubblici superiori che vengono messi in pericolo da situazioni di contiguità o di agevolazione mafiosa, ascrivibili a responsabilità dell'impresa e dei soggetti capaci di determinarne l'andamento.”*²⁴⁴

Tale approccio parrebbe, invero, confermato anche dalla giurisprudenza amministrativa che ha avuto modo di chiarire come la gestione commissariale ai sensi dell'art. 32 d.l. 90/2014²⁴⁵, è volta a realizzare una forma di *autotutela contrattuale*²⁴⁶ prevista direttamente dalla legge e tesa a garantire, *in primis*, l'interesse pubblico alla completa esecuzione dell'appalto, ma anche a sterilizzare la gestione del contratto oggetto del procedimento penale dal pericolo di acquisizione delle utilità illecitamente ottenute in danno della pubblica amministrazione. Questa speciale forma di commissariamento, infatti, come chiarito, riguarda soltanto il contratto e non la *governance* dell'impresa in quanto tale, così distinguendosi nettamente dalle misure di prevenzione patrimoniali disposte ai sensi del d.lgs. 159/2011.

²⁴³ Cfr. Seconde Linee Guida Anac *“Seconde linee guida per l'applicazione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione anticorruzione e antimafia”*, del 27 gennaio 2015, in www.anticorruzione.it/-/seconde-linee-guida-per-l-applicazione-delle-misure-straordinarie-di-gestione-sostegno-e-monitoraggio-di-imprese-nell-ambito-della-prevenzione-anticorruzione-e-antimafia

²⁴⁴ Ibidem.

Nello stesso contesto, si evidenzia che sarebbe ulteriore conferma della *ratio* eminentemente pubblicistica delle misure ex art. 32 la circostanza che si tratta di presidi a garanzia di uno specifico "contratto"- quello in relazione al quale vengono in evidenza le esigenze individuate dall'art.32 - e non della totalità delle commesse pubbliche che costituiscono il "portafoglio" dell'impresa all'atto dell'adozione della misura, che verranno travolte dal provvedimento interdittivo rilasciato dal Prefetto.

²⁴⁵ Tale commissariamento è espressamente qualificato come attività di pubblica utilità giacché risponde, primariamente, all'interesse generale di assicurare la realizzazione dell'opera. Così Cons. St. sez. III, sent. 28 aprile 2016 n. 1630; Cons. St. sez. III, sent. 24 luglio 2015 n. 3653, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁴⁶ In termini, Cons. Stato, sez. III, sent. 10 gennaio 2018, n. 93, in www.giustizia-amministrativa.it.

La *ratio* della norma, dunque, è quella di consentire il completamento dell'opera nell'esclusivo interesse dell'amministrazione concedente mediante la gestione del contratto in regime di "*legalità controllata*", in questa stessa prospettiva dovendosi leggere anche il settimo comma dell'art. 32, che impone l'accantonamento degli utili che dal contratto commissariato derivano, giacché completa il sistema di tutela dell'interesse pubblico, aggiungendo all'interesse della prosecuzione del contratto commissariato anche la salvaguardia del recupero patrimoniale che può conseguire dalla definizione dei procedimenti penali²⁴⁷.

Alla stregua di tale ricostruzione, dunque, le misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio parrebbero poter rientrare nell'ambito di quegli strumenti di riparazione introdotti dal legislatore ad attenuazione delle ripercussioni potenzialmente lesive di interessi ultra-individuali cagionati dall'applicazione cieca delle misure di incapacitazione economica *tout court* considerate.

Tale conclusione, tuttavia, non può considerarsi valevole in via immediata anche per le misure di cui al comma 8, art. 32, laddove, come segnalato, si concede all'impresa di accedere a misure di più blando tutoraggio dell'azienda.

Orbene, pare innegabile, in proposito, intravedere nello strumento del sostegno e del monitoraggio dell'ente, una declinazione preventiva più accorta alla riabilitazione dell'impresa che al completamento dell'opera.

E infatti, le stesse Linee Guida hanno chiarito, in proposito, che tale misura, pur essendo geneticamente connessa con il contratto viziato da fenomeni di illegalità e corruzione, è preordinata a garantire la legalità dell'operato aziendale globalmente inteso, consentendo di attuare una revisione virtuosa del modello organizzativo e gestionale, anche a garanzia della correttezza e regolarità di tutti gli altri appalti pubblici di cui può essere affidatario l'operatore economico: "*la misura in questione rivendica, quindi, un ambito di efficacia che trascende il singolo contratto e ne postula la piena operatività indipendentemente da ulteriori e sopravvenute circostanze attinenti alla stessa commessa pubblica.*"²⁴⁸.

Coerente con tale ricostruzione si configura, quindi, l'introduzione dell'inciso "*anche laddove sia stato concluso e interamente eseguito il contratto di appalto*", che slega la portata applicativa della norma all'esecuzione di un determinato contratto, fino ad assegnargli un ambito d'azione più ampio: in questo senso, il legislatore valorizzando la portata trasversale e l'estrema flessibilità della *tutorship* ne suggerisce l'impiego finanche a prescindere dalla esecuzione di un contratto d'appalto specifico, consentendone l'applicazione anche nel caso in cui l'esecuzione delle prestazioni contrattuali sia già stata

²⁴⁷ Ciò, alla stregua di quanto chiarito dalle Seconde Linee Guida, "*al fine di scongiurare il paradossale effetto di far percepire, proprio attraverso il commissariamento, il profitto dell'attività criminosa; in coerenza sia con la disposizione generale che consente nel processo penale di disporre la confisca del profitto del reato (art. 240 c.p.), sia avuto riguardo, nella fattispecie, alla speciale disposizione di cui all'art. 322 ter c.p..*". Cfr. Seconde Linee Guida Anac "*Seconde linee guida per l'applicazione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione anticorruzione e antimafia*", del 27 gennaio 2015.

²⁴⁸ Cit. Seste Linee Guida Anac, *Disposizioni per la disciplina del procedimento preordinato alla proposta del Presidente dell'A.N.AC. di applicazione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio, ai sensi dell'art. 32 del d.l. 90/2014*, 8 luglio 2020, 10, in www.anticorruzione.it/-/disposizioni-per-la-disciplina-del-procedimento-preordinato-alla-proposta-del-presidente-dell-a.n.ac.-di-applicazione-delle-misure-straordinarie-di-gestione-sostegno-e-monitoraggio-ai-sensi-dell-art.-32-del-d.l.-90/2014-adottate-in-data-11-aprile-2019-a-s

ultimata, il contratto sia stato risolto oppure all'affidamento della commessa incriminata non abbia fatto seguito alcuna stipula contrattuale.

Si va quindi, in questo senso, ulteriormente accentuando l'autonomia applicativa della misura del tutoraggio rispetto al singolo contratto d'appalto per cui era, in origine, predisposta, in controtendenza, dunque, rispetto a quanto ritenuto per gli strumenti di cui al medesimo art. 32, comma 1 d.l. 90/2014.

D'altra parte, va adeguatamente considerato che le misure di sostegno e monitoraggio pongono in essere una funzione aggiuntiva di supporto e di orientamento, in base alla quale viene affidato agli esperti di nomina prefettizia il compito di "*verificare in itinere la portata e lo stato di attuazione dei modelli di "organizzazione, gestione e controllo", adottati dalle imprese ai sensi del d.lgs. 231/2001, e di attestarne l'effettiva operatività ed efficacia*"²⁴⁹. E, dunque, sulla scorta di tale lettura, le misure di sostegno e monitoraggio appaiono pienamente conciliabili con parallele iniziative di *self-cleaning*, messe in campo dall'operatore economico e di cui queste costituirebbero unicamente un completamento.

Così ragionando, dunque, si dovrebbe giungere a ritenere che le tre misure di cui all'art. 32 presentano solo apparentemente una *ratio* comune: se ciò è vero per le misure di cui al comma 1, che, nell'incidere sulla *governance* dell'impresa, realizzano uno spossamento gestorio avente il fine ultimo di portare ad esecuzione un contratto la cui compromissione avrebbe conseguenze molto più gravose sulle dinamiche pubbliche, altrettanto non può dirsi per la disposizione di cui al comma 8 del medesimo art. 32 che pare, invece, permeata da uno spirito riabilitativo dell'impresa.

Si registra dunque, nell'ambito della medesima norma, la predisposizione di strumenti con finalità diverse: le prime volte al completamento dell'opera, le seconde al salvataggio delle imprese.

E' in ciò che l'art. 32 rivela la sua natura ancipite, potendo essere parimenti riconducibile a quelle ipotesi in cui ciò a cui l'ordinamento tende non è tanto (o solo) il ripristino della legalità violata, quanto (soprattutto) la riabilitazione dell'azienda, l'attuazione di un programma di accompagnamento che ha come scopo il suo reinserimento nel circuito economico legale.

In base a tale ricostruzione interpretativa si arriva a sostenere che la evidenziata differenza degli scopi cui sono preordinate le misure di cui all'art. 32, suffragata oggi dalle modifiche introdotte dal legislatore, si possa tradurre anche in una differenza applicativa, giacché solo le ipotesi di cui al comma 1 risulterebbero tra loro effettivamente alternative, mentre "*l'ulteriore misura del sostegno e monitoraggio dell'impresa risponde, invece, ad una logica del tutto diversa, avendo una portata applicativa non più circoscritta alla gestione del singolo contratto d'appalto ma riferita trasversalmente alla struttura aziendale nel suo complesso, in una prospettiva di recupero, supporto e controllo dei processi organizzativi al fine di agevolare il ritorno dell'attività d'impresa entro parametri di piena legalità.*"²⁵⁰.

Così, dunque, lo strumento del tutoraggio potrà trovare applicazione in maniera congiunta con una delle altre due misure, contemplando la possibilità, finanche nei casi più

²⁴⁹ *Ibidem.*

²⁵⁰ *Ibidem.*

gravi, a presidio e tutela della legalità dell'operato aziendale nel suo complesso, di un intervento di risanamento radicale sotto il profilo strutturale e organizzativo.

Rendendo così possibile che all'incarico di gestione straordinaria del contratto siano abbinata anche funzioni aggiuntive di sostegno e monitoraggio dell'impresa.

Capitolo III

“Latitudine della discrezionalità amministrativa e procedimento. Dequotazione della legalità formale e valorizzazione della legittimità procedimentale”

1. Coerenza delle misure straordinarie con il principio di legalità. Aspetti critici; 2. Presupposti applicativi ai sensi del comma 1 art.32; 2.1. I reati-matrice e l'avanzamento della soglia di tutela del buon andamento della pubblica amministrazione; 2.2. I presupposti “*generici*”: il rischio dell'indeterminata latitudine della discrezionalità amministrativa; 3. Presupposti applicativi ai sensi del comma 10 art. 32; 3.1. L'informazione antimafia interdittiva quale fondamento e perimetro dell'esercizio del potere; 3.2. La salvaguardia di preminenti interessi pubblici; 4. Alla ricerca di limiti alla discrezionalità amministrativa: ragionevolezza del procedimento e proporzionalità della decisione; 5. Procedimento di applicazione delle misure tra il Presidente dell'Anac e le Prefetture; 5.1. La procedimentalizzazione del potere di iniziativa del Presidente dell'Anac; 5.2. Le valutazioni del Prefetto competente *ratione loci*; 5.3. Procedimento di applicazione monofasico: iniziativa e definizione prefettizia; 6. Natura della discrezionalità prefettizia e sindacato giurisdizionale.

1. Coerenza delle misure straordinarie con il principio di legalità. Aspetti critici

L'analisi effettuata in merito ai profili caratterizzanti l'impianto normativo dell'art. 32 d.l. 90/2014, consente di sottoporre le misure straordinarie a un primo vaglio critico.

La questione che si intende qui affrontare ha ad oggetto l'effettiva coerenza di questo strumento, dal carattere fortemente limitativo della sfera d'autonomia del privato, e, segnatamente della sua libertà d'impresa ai sensi dell'art. 41 della Costituzione, con il principio di legalità²⁵¹.

Si tratta, come si vedrà, di un profilo connotato da particolare problematicità, accentuato dal carattere vago e indeterminato degli elementi indiziati la cui individuazione il legislatore pone a presupposto per l'adozione delle misure in commento.

Infatti, guardando al forte tasso di incisività che le misure straordinarie *ex art. 32* hanno sulla vita dell'impresa, pare opportuno scrutinare la coerenza di questo potere prefettizio, dalla valenza conformativo/ablatoria, rispetto alla sua predeterminazione normativa e alle sue modalità di esercizio.

Nell'ambito delle considerazioni a svolgersi, dunque, si intendono isolare i presupposti normativi che legittimano il ricorso alle misure straordinarie di cui all'art. 32 d.l. 90/2014, ponendo particolare attenzione su quei “*presupposti generici*” la cui indeterminatezza impone, in ottica di ricomposizione con il principio di legalità - qui da intendersi non solo

²⁵¹ Sul principio di legalità la letteratura è vastissima. Si citano qui G. Zanobini, *L'attività amministrativa e la legge*, in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955; P. Calamandrei, *Appunti sul concetto di legalità*, in *Opere giuridiche*, vol. III, Napoli, 1968; F. Satta, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1969; A. Romano, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, 1999; B. Sordi, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, in *Dir. amm.*, 2008; F. Merusi, *La legalità amministrativa*, Bologna, 2012.

come mera conformità dell'azione amministrativa alla legge, quanto come piena rispondenza ai principi generali dell'ordinamento nazionale e comunitario - una valutazione particolarmente accorta.

In questo senso, l'autorità amministrativa cui è affidata l'adozione della misura è chiamata a valutare i fatti attraverso la lente del principio di proporzionalità, tenendo adeguatamente conto di molteplici elementi quali *“il ruolo ed il complessivo comportamento tenuto dall'autore dell'illecito, la pervasività del sistema corruttivo, il coinvolgimento della compagine societaria nella gestione illecita dell'appalto, la permanenza negli asset societari di soggetti con una notevole capacità di influenzare le scelte dell'impresa o la presenza di ulteriori elementi attestanti il rischio di condizionamenti nell'esecuzione del contratto in essere”*²⁵².

Si tratta di un vaglio molto ampio, che pone questioni non di poco momento in ordine alla natura della discrezionalità amministrativa e dei suoi limiti, vieppiù ove si consideri che le eventuali limitazioni al diritto di cui all'art. 41 Cost. sono coperte da una riserva di legge relativa.

In proposito, infatti, basti qui rammentare come la Corte costituzionale ha ribadito che i limiti alla proprietà privata e alla libertà d'impresa devono avere fonte in una riserva di legge che, sebbene relativa, non consente all'amministrazione l'esercizio di una illimitata discrezionalità, essendo necessario che il legislatore determini non solo i fini ma anche i criteri da seguire per il loro raggiungimento, nonché i soggetti titolari del potere²⁵³.

Al fine, dunque, di delimitare il potere discrezionale dell'autorità amministrativa nell'apportare limitazioni alla libertà economica, la giurisprudenza costituzionale si informa ad un orientamento ispirato alla legalità sostanziale, che guarda alla preordinazione del potere al perseguimento degli interessi pubblici connessi alla più ampia nozione di utilità sociale, sicurezza, libertà e dignità umana.

Tuttavia, se da un lato la giurisprudenza costituzionale lascia al legislatore la possibilità di definire il grado di determinatezza dei criteri direttivi dell'azione amministrativa entro i limiti sopra indicati, dall'altro non esplicita gli elementi che dovrebbero fungere da limiti interni alla discrezionalità.

Questi elementi, soprattutto nel caso delle limitazioni apportate dalla misura di commissariamento *ex art. 32 del d.l. n. 90/2014*, vanno, allora, ricercati nei principi propri dell'azione amministrativa, *in primis* in quello di ragionevolezza ed in quello di proporzionalità, viatico per la rispondenza al principio di legalità²⁵⁴.

Gli aspetti di criticità qui evidenziati, dunque, verranno esaminati nelle considerazioni che seguono, in uno all'analisi di ulteriori aspetti critici che attengono più propriamente al profilo della giustizibilità e che finiscono per rievocare problematiche inerenti il sindacato del giudice amministrativo.

²⁵² Cfr. Autorità Nazionale anticorruzione, Richiesta di straordinaria e temporanea gestione della Impresa Costruzioni Giuseppe Maltauro S.p.A. con riferimento all'appalto per la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori di realizzazione dell'impianto di cementazione di soluzioni liquide radioattive – impianto Cemex (Impianto Eurex di Saluggia - Vercelli della SO.G.I.N. S.p.A.), 12 novembre 2014, in www.anticorruzione.it.

²⁵³ Tra le altre, in particolare, si vedano le sentenze Corte Cost., sent. 24 giugno 1961, n. 35 e Corte Cost. sent. 7 aprile 2011, n. 155. Entrambe in www.cortecostituzionale.it.

²⁵⁴ Così F. Nugnes, *Le misure di straordinaria e temporanea gestione d'impresa in caso di corruzione negli appalti pubblici: principali aspetti critici dell'istituto*, in *dir. econ.*, n. 1/2017.

2. Presupposti applicativi ai sensi del comma 1 art. 32

Si è fatto cenno, nelle considerazioni che precedono, alla natura composita e alle finalità differenti perseguite dall'art. 32 d.l. 90/2014, mettendo in luce come, sotto la comune etichetta di misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio, convivano strumenti che, oltre a far riferimento ad ipotesi tra loro molto diverse, si fondano su presupposti applicativi affatto assimilabili.

L'esame della disposizione in commento, infatti, consente di distinguere e isolare, tra le condizioni che legittimano il ricorso a tali misure, due differenti tipologie di presupposti che possono essere ricondotte, in maniera speculare, al perseguimento di due ulteriori finalità nell'ambito del contrasto all'illegalità: segnatamente, al comma primo il legislatore fa riferimento al ricorso agli strumenti di prevenzione in esame al fine di evitare che le commesse pubbliche siano falsate da fenomeni di corruzione; al comma decimo, invece, l'applicazione delle misure di cui all'art. 32 discende dall'adozione, a carico di quella stessa impresa che si intende commissariare, di una informazione antimafia interdittiva da parte del Prefetto.

Dunque, la possibilità di ricorrere agli strumenti di cui all'art. 32, si radica sull'effettiva sussistenza di elementi differenti a seconda che si versi in ipotesi in cui tali misure siano predisposte con finalità anticorruzione ovvero siano adoperate in ottica di prevenzione delle infiltrazioni della criminalità organizzata nell'economia legale, presupposti cui si dedicherà, nei paragrafi che seguono, una trattazione separata.

In particolare, il comma 1 dell'art. 32, nel prevedere un procedimento a formazione progressiva che si avvia su proposta del Presidente dell'ANAC, delimita il campo oggettivo di applicazione della norma, là dove ricollega la possibile applicazione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio delle imprese al verificarsi di eventi o situazioni riconducibili a fatti illeciti di stampo corruttivo in relazione ad una commessa pubblica nella fase procedurale dell'affidamento o nella successiva fase esecutiva.

La disposizione in parola, dunque, si ricollega alla necessità di “*arricchire il sistema di prevenzione dei fenomeni di maladministration, previsti dalla legge n. 190/2012*”²⁵⁵, con la predisposizione di strumenti di immediata applicazione e operatività, che consentano di garantire la completa esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto pubblico, in relazione al quale sono emerse le fattispecie di reato o gli altri comportamenti illeciti.

2.1. I reati - matrice

Guardando, dunque, ai presupposti connessi alle finalità di prevenzione e contrasto della corruzione, il primo comma dell'art. 32 richiama due ipotesi specifiche che possono determinare l'attivazione del potere propulsivo da parte del Presidente dell'Anac: la prima che ricorre qualora vi sia evidenza, nell'ambito di un procedimento penale, della

²⁵⁵ Cit. Seconde Linee Guida Anac “*Seconde linee guida per l'applicazione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione anticorruzione e antimafia*”, del 27 gennaio 2015, 2, (in www.anticorruzione.it/-/seconde-linee-guida-per-l-applicazione-delle-misure-straordinarie-di-gestione-sostegno-e-monitoraggio-di-imprese-nell-ambito-della-prevenzione-anticorruzione-e-antimafia).

contestazione di fattispecie delittuose espressamente incluse nel novero dei reati contro la pubblica amministrazione, considerati dalla norma, come *reati matrice* o *reati spia*; la seconda, invece, fa riferimento alla presenza di situazioni anomale o comunque sintomatiche di condotte illecite.

Nel primo caso, dunque, si tratta di ipotesi in cui l'autorità giudiziaria stia procedendo nei confronti degli amministratori di imprese aggiudicatari di commesse pubbliche, per alcuni reati di cui al Libro II, Titolo II, ove vengono contemplati i reati contro la pubblica amministrazione.

In quest'ambito, dunque, l'opzione legislativa è stata, anzitutto, nel senso di individuare una serie di reati che, per la loro lesività rispetto al buon andamento e all'imparzialità dell'amministrazione, risultino idonei a fondare il legittimo ricorso alle misure *ex art. 32 d.l. 90/2014*: gli strumenti di prevenzione sono così predisposti per evitare che il fatto illecito per cui l'autorità giudiziaria sta procedendo prosegua, indisturbato, a realizzare le sue finalità criminose e continui, d'altra parte, ad arrecare indebiti benefici all'impresa incriminata, quantomeno sino alla sentenza definitiva di condanna.

Sicché, l'effetto di sterilizzazione che si riconnette alla predisposizione delle misure *ex art. 32*, si attiva, anzitutto, al verificarsi dei c.d. presupposti qualificati²⁵⁶, dei reati, cioè, esplicitamente richiamati dalla norma, al ricorrere dei quali il legislatore ricollega una presunzione *iuris tantum* di sussistenza delle condizioni per l'attivazione degli strumenti straordinari di cui trattasi.

Essendo tali misure preordinate, dunque, al contrasto dei fenomeni corruttivi, appare coerente che la normativa ricomprenda tra i "*reati matrice*", anzitutto quelli che attentano al buon andamento della pubblica amministrazione, in punto di indebita commistione tra interessi pubblici e privati.

Si tratta, in particolare, dei delitti di concussione, di induzione indebita, di corruzione e di traffico di influenze illecite²⁵⁷, così come risultanti a seguito del rimaneggiamento della materia adoperato dal legislatore a partire proprio dalla legge 6 novembre 2012, n. 190, sulla scorta degli orientamenti sviluppati sul punto in ambito internazionale.²⁵⁸

²⁵⁶Così, N.M. Maiello, *Le misure di straordinaria e temporanea gestione dell'impresa ex art. 32 d.l. 90/2014 nel settore sanitario: l'art. 7 del d.l. "Calabria", 30 aprile 2019, n. 35*, in G. Amarelli, S. Sticchi Damiani (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Torino, 2019, 335.

²⁵⁷Il comma 1 dell'art. 32 richiama, in particolare il delitto di cui all'art. 317 c.p., che punisce il reato di concussione, l'art. 318 c.p. il delitto di corruzione per l'esercizio della funzione, nonché gli artt. 319 c.p., 319-bis c.p., 319-ter c.p., 319-quater c.p., ove sono perseguite la corruzione per atti contrari ai doveri d'ufficio, la corruzione in atti giudiziari e la induzione indebita a dare o a promettere utilità, l'art. 320 c.p. rubricato "*corruzione di incaricato di un pubblico servizio*", l'art. 322 c.p., istigazione alla corruzione, e l'art. 322-bis c.p., che estende la punibilità delle fattispecie di corruttela anche allorquando si rivolgano a membri della Corte penale internazionale o degli organi delle Comunità europee e di funzionari delle Comunità europee o di Stati membri. Rientrano, infine, nell'ambito dei reati spia idonei a fondare l'intervento del presidente dell'ANAC e, conseguentemente, l'adozione delle misure prefettizie, l'art. 346-bis c.p. laddove si contempla il c.d. traffico di influenze illecite, e gli artt. 353 c.p. e 353-bis c.p. che riguardano la turbata libertà degli incanti e della scelta del contraente.

²⁵⁸Vale la pena segnalare che le riforme introdotte dal legislatore nazionale sono state il frutto di un progressivo adeguamento alle indicazioni pervenute, in tale materia, dalle Convenzioni internazionali di cui l'Italia è stata firmataria. Rilevano, in questo senso, il Primo Protocollo di Dublino che, siglato nel 1996, perseguiva l'intento di armonizzare le legislazioni nazionali, al fine di rendere punibile da parte dei singoli Stati il reato di corruzione anche nel caso in cui soggetto attivo sia un funzionario comunitario o di altro Stato membro dell'Unione Europea; la Convenzione penale sulla corruzione, firmata a Strasburgo nel 1999, che si propone come il più completo strumento di lotta alla corruzione fino a quel momento approvato: al di là del riconoscimento di un numero molto ampio di beni giuridici necessitanti di

Appare evidente, dunque, che la scelta normativa sia stata quella di ricondurre le ipotesi di applicazione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio delle imprese alle fattispecie in cui si verifica il *pactum sceleris*, con il conseguente mercimonio della funzione pubblica: innanzi, dunque, ad episodi che hanno già determinato ricadute penali o che siano idonei a palesare significativi scostamenti dagli *standard* di legalità e correttezza, l'intervento dell'autorità pubblica è finalizzata, anzitutto, in via preventiva e cautelare, ad assicurare che l'esecuzione del contratto pubblico non ne risenta e ne sia garantita la continuità²⁵⁹.

A tale lodevole intento tassativizzante del legislatore, tuttavia, non corrisponde una effettiva limitazione delle potenzialità applicative delle misure: il novero dei delitti contemplati dalla norma, infatti, risulti abbastanza ampio e di per sé atto a ricomprendere ipotesi in cui quella lesione del buon andamento della pubblica amministrazione, che si intende sanzionare, in realtà non si è ancora verificata.

Non è apparsa, infatti, scevra da criticità la scelta del legislatore di far riferimento, ai fini della predisposizione delle misure *ex art. 32 d.l. 90/2014*, anche al traffico di influenze illecite, all'istigazione alla corruzione e alla corruzione per l'esercizio della funzione, reati che, per loro rappresentazione, sarebbero suscettibili di condurre ad un eccessivo arretramento della soglia di prevenzione.

Tale preoccupazione non può dirsi infondata, ove si guardi, in *primis* alla configurazione penalistica del delitto di cui all'art. 346bis c.p., che punisce la condotta di chi, sfruttando relazioni esistenti con un pubblico ufficiale o con un incaricato di un pubblico servizio, indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altro vantaggio patrimoniale, come prezzo della propria mediazione illecita verso il pubblico ufficiale o

protezione, la Convenzione colpisce per la varietà di fattispecie da incriminare individuate, che spaziano dalla corruzione nel settore pubblico a quella nel settore privato, da quella domestica a quella di agenti stranieri, fino alla incriminazione del traffico d'influenze, andando a vincolare gli Stati firmatari ad adottare sanzioni penali anche in riferimento a fatti solamente collegati con la corruzione, come il riciclaggio ed i reati contabili, e a prevedere forme di responsabilità per le persone giuridiche; la Convenzione delle Nazioni Unite sulla corruzione, siglata a Merida nel 2003, in seno alla quale viene siglato l'impegno assunto dagli Stati Parte di tutelare la "*stabilità politica e la sicurezza delle società*", "*i valori democratici, i valori etici, la giustizia e lo Stato di diritto*", "*lo sviluppo sostenibile e le economie nazionali*"; facendo riferimento anche ai "*nessi esistenti tra la corruzione ed altre forme di criminalità, in particolare la criminalità organizzata e la criminalità economica, compreso il riciclaggio di denaro*" (cfr. Preambolo Convenzione Onu di Merida, consultabile in G.U. 14 agosto 2009, n. 188).

Il recepimento, in ambito nazionale, di tali direttrici di prevenzione e contrasto al fenomeno corruttivo, si sono tradotte, sul piano interno, nell'adozione della già menzionata legge 6 novembre 2012, n. 190 che, tra gli altri interventi, in ambito penale ha riscritto il reato di concussione, suddividendo le originarie condotte di "*costrizione*" e "*induzione*" in due autonome fattispecie criminose, eliminando dall'art. 317 c.p. la condotta di "*induzione*", lasciando come unica condotta incriminatrice la "*costrizione*" e creando una nuova fattispecie per la condotta di induzione. Successivamente, il legislatore, con legge 27 maggio 2015, n. 69 sono state introdotte "*Disposizioni in materia di delitti contro la pubblica amministrazione, di associazioni di tipo mafioso e di falso in bilancio*" ed è stato esteso il reato di concussione anche all'incaricato di pubblico servizio, per poi, con la legge 9 gennaio 2019, n. 3 (in G.U. 16 gennaio 2019, n. 13), introdurre un inasprimento delle sanzioni nei reati di matrice corruttiva, nonché misure in tema di prescrizione e di trasparenza nel finanziamento ai partiti.

Da ultimo, in materia si segnala il decreto legislativo 14 luglio 2020, n. 75 (in G.U. 15 luglio 2020, n. 177) emanato per l'attuazione della direttiva UE 2017/1371 relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione.

²⁵⁹ Cfr. V. Torano, *Prime considerazioni sulle misure amministrative di gestione temporanea e straordinaria, sostegno e monitoraggio delle imprese nell'ambito del contrasto della corruzione e della criminalità organizzata*, in www.giustamm.it, n. 2/2015.

l'incaricato di un pubblico servizio ovvero per remunerarlo in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri di ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio.

Appare, in proposito, condivisibile l'osservazione di chi ha sostenuto²⁶⁰ che l'inclusione tra i reati – presupposto di una fattispecie delittuosa che incrimina il raggiungimento di un accordo prodromico a quello corruttivo, comporterebbe una considerevole anticipazione della condotta rilevante ai fini dell'applicazione delle misure in discorso, ponendo, di tal guisa, alcune riserve sul piano della ragionevolezza di tale previsione.

Infatti, la stessa configurazione della condotta incriminata che punisce una attività di mediazione illecita, invero non sfociata –ancora- in un *pactum sceleris* in senso proprio, si potrebbe porre in frizione, sul piano logico, tra la configurazione ontologica del delitto e la misura di straordinaria e temporanea gestione dell'impresa: da un lato, ove la mediazione illecita non sia risultata decisiva ai fini dell'ottenimento della commessa pubblica, l'applicazione di una misura di straordinaria e temporanea gestione anziché svolgere una funzione preventivo/cautelare, parrebbe, invece, avere funzione punitiva e sanzionatoria; d'altra parte, nelle ipotesi in cui la relazione con il pubblico agente abbia sortito esito positivo, la misura sarebbe legittimata dagli indizi del diverso e più grave reato di corruzione.

Di tal che, lo spossamento gestorio che consegue alla predisposizione della più grave delle misure *ex art. 32 d.l. 90/2014* risulterebbe, in questo caso, fondato sulla realizzazione di una condotta che si arresta ad uno stadio antecedente all'integrazione di un accordo corruttivo²⁶¹, con la conseguenza di commissariare l'impresa e, dunque, di imporre una restrizione ad un diritto costituzionalmente tutelato, al verificarsi di una ipotesi di reato in cui il pericolo di una possibile vulnerazione del corretto agire amministrativo si arresta ad una fase ancora embrionale, se non del tutto eventuale²⁶².

Per considerazioni parzialmente speculari, si potrebbero avanzare riserve sulla effettiva funzione preventivo-cautelare delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio dell'impresa con riguardo all'inclusione nei reati- presupposto dei delitti di corruzione per l'esercizio della funzione – *ex art. 318 c.p.* – e di istigazione alla corruzione – *ex art. 322 c.p.*²⁶³.

²⁶⁰ Si fa cenno, in particolare, a quanto efficacemente evidenziato, su tale specifico aspetto, da N.M. Maiello, *Traffico di influenze illecite e misure di commissariamento dell'impresa: le ragioni di una relazione problematica*, in Cass. pen., n.12/2018.

²⁶¹ In questo contesto, infatti, "Lo sviamento del corretto andamento dell'azione amministrativa resta solo sullo sfondo, in quanto si ferma allo stadio embrionale della pressione sul mediatore da parte del terzo" .M. Maiello, *Traffico di influenze illecite*, op. ul. cit..

²⁶² Sul tema, si consenta di rinviare, tra gli altri, a R. Razzante (a cura di), *Corruzione, riciclaggio e mafia. La prevenzione e la repressione nel nostro ordinamento giuridico*, Roma, 2015; F. Consulich, *Millantato credito e traffico di influenze illecite*, in C.F. Grosso, M. Pelissero (a cura di), *Trattato di diritto penale, Parte speciale, Reati contro la Pubblica Amministrazione*, Milano, 2015; V. Maiello, *Il delitto di traffico di influenze indebite*, in B.G. Mattarella- M. Pelissero (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013; V. Valentini, *Dentro lo scrigno del legislatore penale. Alcune disincantate osservazioni sulla recente legislazione anticorruzione*, 7 febbraio 2013, in www.penalecontemporaneo.it.

²⁶³ Così N.M. Maiello, *Le misure di straordinaria e temporanea gestione dell'impresa ex art. 32 d.l. 90/2014 nel settore sanitario: l'art. 7 del d.l. "Calabria", 30 aprile 2019, n. 35*, in G. Amarelli, S. Sticchi Damiani (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Torino, 2019, 336 - 337.

Si tratta, in questi casi, di reati di pericolo²⁶⁴ la cui integrazione prescinde dall'effettiva compromissione di una procedura ad evidenza pubblica, essendo la loro punibilità ricollegata, piuttosto, al rischio, non ancora concretizzatosi, di alterazione del buon andamento della funzione pubblica. La conseguenza sarebbe, dunque, quella di ampliare notevolmente la sfera applicativa delle misure *ex art. 32 d.l. 90/2014*, con il conseguente rischio di mistificare la *ratio* e le finalità dell'istituto, dichiaratamente preventive, piegandone l'utilizzo per scopi che, in questo caso, sembrerebbero essere più affini a prospettive sanzionatorie e repressive.

Con riguardo, in particolare, alla corruzione per l'esercizio della funzione ciò che si intende perseguire con la suddetta ipotesi di reato, come noto, è il malcostume dei pubblici funzionari che accedono all'accordo corruttivo, senza che ciò si traduca, in effetti, in una alterazione della pubblica funzione, che non risulta viziata dal patto²⁶⁵.

E *a fortiori* varrebbero queste considerazioni guardando al reato di istigazione alla corruzione che, nel punire la condotta di chi “*offre o promette denaro od altra utilità non dovuti ad un pubblico ufficiale o ad un incaricato di pubblico servizio, per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri, soggiace, qualora l'offerta o la promessa non sia accettata*”, esclude esso stesso la conclusione del *pactum sceleris*.

La rilevanza degli interessi in gioco e dei valori di rango costituzionale che rischiano di essere compromessi da una attuazione eccessivamente disinvolta della disciplina in commento, ha persuaso ad accedere ad una interpretazione nella valutazione dei presupposti in senso particolarmente restrittivo²⁶⁶.

La medesima cautela ermeneutica deve essere riservata, per motivi sostanzialmente sovrapponibili, all'indicazione per cui è sufficiente che l'autorità giudiziaria “*proceda*” nei confronti dell'impresa per uno dei reati-presupposto. Ciò che la disposizione richiede, in questo caso, non è la pendenza di un processo penale, essendo sufficiente ad attivare il potere propulsivo dell'Anac la mera iscrizione della *notitia criminis* nel registro delle notizie di reato *ex art. 335 c.p.p.* e dunque l'avvio di un procedimento penale. Quello che rilevarebbe, dunque, ai fini della predisposizione di una delle misure di cui all'art. 32 è che uno dei soggetti che ricoprono incarichi direttivi nell'ambito dell'impresa versi nella condizione di soggetto sottoposto a indagine per uno dei reati contemplati dal comma 1.

Non è prevista, quindi, come condizione necessaria la pendenza di un processo penale, ovvero l'esercizio in senso stretto dell'azione penale da cui derivi la qualifica di imputato per il soggetto coinvolto né, tantomeno, una sentenza di condanna²⁶⁷, essendo, di converso,

²⁶⁴ In tema, si rinvia alla più recente giurisprudenza di legittimità che ha chiarito, con riferimento alla fattispecie di corruzione per l'esercizio di una funzione, che questo integra un reato di pericolo, in cui si sanziona il generico asservimento della pubblica funzione, slegato causalmente dal compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio (cfr. Cass., Sez. VI, 29 gennaio 2019, n. 4486, in www.cortecassazione.it).

²⁶⁵ Cfr., tra gli altri, F. Palazzo, *Concussione, corruzione e dintorni: una strana vicenda*, in *Dir. pen. cont. – riv. trim.*, 1/2012.

²⁶⁶ Tale orientamento, risulta, invero, suffragato a più riprese dall'interpretazione che di tale normativa ha fornito l'Autorità nazionale anticorruzione. Si vedano, in particolare, a tal riguardo, le Prime, le Seconde e le Seste linee guida Anac, tutte consultabili in www.anticorruzione.it.

²⁶⁷ Così, F. Nugnes, *Le misure di straordinaria e temporanea gestione d'impresa in caso di corruzione negli appalti pubblici: principali aspetti critici dell'istituto*, in *dir. econ.*, n. 1/2017. Nel medesimo contesto, l'A. sottolinea come la disposizione sembra non tenere in debito conto che la condizione di soggetto sottoposto a indagini è non solo provvisoria, ma anche casuale, circostanza, quest'ultima che mal si concilia con le conseguenze, di fatto, sostanzialmente afflittive derivanti dall'applicazione delle misure straordinarie.

sufficiente che la qualificazione della fattispecie delittuosa contestata dall'autorità giudiziaria procedente corrisponda a uno o più dei reati elencati nella norma.

E, dunque, se il principio garantista di legalità formale che ispira la *ratio* dell'elencazione dei reati-matrice, che è quella di vincolare l'Amministrazione alla sussistenza di determinati presupposti così come chiaramente enucleati dalla norma, può ritenersi rispondente alle esigenze di tutela dei valori di rango costituzionale, d'altra parte la stessa cura degli interessi privatistici pare essere maggiormente claudicante laddove la norma non richiede l'imputazione o la condanna per uno dei delitti enucleati, ma unicamente lo svolgimento di una indagine a carico degli amministratori dell'impresa, a prescindere dal suo effettivo esito.

Si potrebbe individuare, allora, sin dall'impostazione seguita dall'*incipit* dell'art. 32 d.l. 90/2014, una lettura che guarda all'affievolimento delle garanzie nei confronti delle libertà costituzionalmente garantite come inevitabile conseguenza dell'approntamento di risposte celeri e tempestive, la cui tardiva adozione rischierebbe di vanificarne la portata preventiva.

2.2. I presupposti “generici”: il rischio dell’indeterminata latitudine della discrezionalità amministrativa

L'opzione legislativa tesa, prioritariamente, a realizzare un intervento subitaneo a eliminazione possibili infiltrazioni criminali nelle commesse pubbliche risulta particolarmente estremizzata, come accennato, nell'ulteriore previsione di presupposti applicativi dell'art. 32 d.l. 90/2014 dalla portata molto vasta e che guardano alla prevenzione del fenomeno della corruzione in senso ampio o, per meglio dire, indeterminato.

E ciò è tanto vero ove si consideri che, di seguito all'indicazione dei reati-presupposto, il medesimo comma 1 dell'art. 32, introduce una clausola di salvaguardia, dal tenore aperto, che prevede l'attivazione del potere propulsivo del Presidente dell' Anac anche (*rectius* “*ovvero*”) “*in presenza di rilevate situazioni anomale e comunque sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali*”.

Ed è su questa prescrizione che, invero, si possono appuntare le maggiori riserve in ordine alla coerenza sistematica delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio delle imprese, in ragione della potenziale frizione con i principi di proporzionalità e ragionevolezza,²⁶⁸.

Infatti, nel chiaro intento di allargare le maglie che legittimano l'adozione di tali misure di prevenzione e di renderle quanto più possibile aderenti al cangiante scenario empirico, il legislatore ha fatto ricorso all'utilizzo di elementi elastici e indeterminati quali si configurano le *situazioni anomale e comunque sintomatiche di condotte illecite*.

Per realizzare il massimo avanzamento della soglia di protezione del bene giuridico tutelato, quindi, si fa appello, in un campo così multiforme e variegato quale quello del

In ordine allo status provvisorio del soggetto sottoposto a indagini, si rimanda, in particolare, alle considerazioni svolte da E. Aprile, *Nota a Corte Cost.*, 26 marzo 2015, n. 48, in cass. pen., n. 6/2015.

²⁶⁸ Particolarmente accesa la critica, in questo senso, di F. Sgubbi, T. Guerini, *L'art. 32 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, un primo commento*, 24 settembre 2014, in www.penalecontemporaneo.it, ove sostengono che “*Si tratta di una norma di chiusura, non solo del tutto carente sotto il profilo della determinatezza, ma anche estremamente scadente sotto il profilo linguistico.*”.

contrasto alla criminalità, ad una tecnica legislativa che non predetermina le condizioni di operatività della norma in maniera esaustiva e tassativa ma, piuttosto, le rimette ad un'opera di sussunzione e di integrazione da parte dell'interprete che ne riempie il contenuto anche ricorrendo all'applicazione di regole non giuridiche²⁶⁹.

Orbene, seppur l'utilizzo da parte del legislatore di elementi vaghi assolve alla fondamentale funzione di conferire elasticità e dinamicità all'impianto normativo, d'altra parte, la remissione all'amministrazione un simile spazio di valutazione nella determinazione dell'interesse pubblico preminente nel caso concreto, costituisce un notevole fattore di insidia per gli amministrati, con possibili ricadute pregiudizievoli in punto di determinatezza delle condotte – presupposto.

Qui, la genericità dei concetti espressi dalla norma corrisponde ad una precisa scelta del legislatore di voler attribuite all'autorità amministrativa un ampio margine di interpretazione e di integrazione della disposizione: il riferimento, infatti, alle “*situazioni anomale o comunque sintomatiche*”, costituisce un rinvio in bianco ad una molteplicità indefinita di fattispecie concrete che si dovrebbero connotare per una qualche forma di devianza rispetto al modello ideale di gestione di un'impresa.

In questo modo la norma, non consentendo di fotografare l'afferrabilità empirica della condotta, rischia di non costituire un efficace strumento di orientamento per il contegno dei consociati che non possono calcolare in modo certo e rigoroso le conseguenze del loro agire²⁷⁰.

Viene quindi in rilievo, sotto questo aspetto, un altro possibile profilo di lesione del principio di legalità, come inteso, in particolare, in ambito convenzionale, giacché la disposizione finisce per essere carente dei predicati minimi di qualità della legge, in termini di accessibilità e prevedibilità²⁷¹.

A una possibile determinazione estrinseca ed *ex post* della disposizione in commento, non pare del tutto risolutiva nemmeno l'interpretazione che, nell'ambito delle Linee Guida, ne hanno dato l'Autorità nazionale anticorruzione e il Ministero dell'Interno, che seppur intervenuti in logica tassativizzante della fattispecie, finiscono per annoverarvi non solo fatti direttamente sussumibili in reati contro la pubblica amministrazione, ma anche vicende e situazioni che siano a questi propedeutici o contigui²⁷², con il permanere, dunque, di uno spazio di operatività della disposizione estremamente ampio.

Infatti, a ben vedere, l'intervento chiarificatore delle Linee Guida ha avuto l'ulteriore effetto di estendere - anche molto oltre l'elencazione effettuata dal legislatore - il novero dei reati che consentono di intervenire sull'impresa, sconfinando dall'ambito tracciato dalla

²⁶⁹ Per una prima nozione degli elementi vaghi e indeterminati, nell'ambito del diritto amministrativo e in disparte a quanto si dirà nel prosieguo della trattazione, si rinvia a A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984, 573 e ss.

²⁷⁰ In proposito, E. FERRERO, *Concetti giuridici indeterminati e poteri discrezionali delle amministrazioni*, dir. e proc. amm., n. 3/2014, 787, mette in luce come “*i concetti giuridici indeterminati sconvolgono la razionalità del sistema, nel senso che impediscono al diritto di venire calcolato in modo puntuale e rigoroso.*”.

²⁷¹ Cit. N.M. Maiello, *Le misure di straordinaria e temporanea gestione dell'impresa*, op. cit., 338.

²⁷² Cfr., sul punto, Prime Linee Guida Anac, *Prime Linee guida per l'avvio di un circuito collaborativo tra Anac- Prefetture – U.t.G. e enti locali per la prevenzione dei fenomeni di corruzione e l'attuazione della trasparenza amministrativa*, 15 luglio 2014, (in www.anticorruzione.it/-/prime-linee-guida-per-l-avvio-di-un-circuito-stabile-e-collaborativo-tra-anac-prefetture-utg-e-enti-locali-per-la-prevenzione-dei-fenomeni-di-corruzione-e-l-attuazione-della-trasparenza-amministrativa.)

normativa dei reati contro la pubblica amministrazione fino a ricomprendere finanche i reati di truffa aggravata di cui all'art. 640-bis c.p., di riciclaggio (art. 648-bis c.p.), i delitti di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti ovvero con altri artifici, l'emissione di fatture e altri documenti per operazioni inesistenti, l'occultamento o la distruzione di documenti contabili finalizzata all'evasione fiscale (artt. 2, 3, 8 e 10 del D. Lgs. n. 74/2000), i delitti di false comunicazioni sociali (artt. 2621 e 2622 c.c.), riconducendovi finanche le fattispecie distorsive della regolarità e trasparenza delle procedure di aggiudicazione *“quali ad esempio: la comprovata sussistenza di collegamenti sostanziali tra imprese partecipanti alla gara; la rilevata sussistenza di accordi di desistenza artatamente orientati a favorire l'aggiudicazione nei confronti di un'impresa; la accertata violazione dei principi che sorreggono la trasparenza delle procedure ad evidenza pubblica, qualora da elementi di contesto possa formularsi un giudizio di probabile riconducibilità del fatto a propositi di illecita interferenza”*²⁷³.

Peraltro, affinché ricorrano i presupposti per l'applicazione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio delle imprese, la norma richiede unicamente la *sintomaticità* degli episodi emersi ad integrare condotte illecite o fattispecie criminose, e non già l'acquisizione di una certezza probatoria *oltre ogni ragionevole dubbio*, tipica del procedimento penale, in merito ai fatti che fondano l'attivazione di tali misure.

La predisposizione del commissariamento dell'impresa, dunque, si fonda solo sulla ragionevole probabilità che gli elementi riscontrati siano indicativi dell'esistenza delle predette condotte, sulla base della ricostruzione fattuale delle circostanze emerse, frutto di una valutazione discrezionale dell'Autorità amministrativa²⁷⁴.

L'ampiezza del vaglio rimesso all'amministrazione – in prima battuta al Presidente dell'Anac nel formulare la proposta, ma poi, soprattutto, al Prefetto competente all'effettiva determinazione della misura – trova, dunque, come suo perimetro di operatività il criterio di inferenza civilistico del *“più probabile che non”* che impone all'interprete di *“sviluppare un'argomentazione rigorosa sul piano metodologico, ma al fine di ritenere provato un determinato fatto [...] gli è sufficiente accertare che l'ipotesi intorno a quel fatto sia più probabile di tutte le altre messe insieme, ossia rappresenti il 50% + 1 di possibilità”*²⁷⁵.

E tanto, è coerente con la previsione per cui tali circostanze, dotate dei caratteri di pregnanza e attualità, debbano essere *rilevate* dall'Autorità, con ciò estendendo il novero degli elementi suscettibili di porsi a fondamento dell'adozione delle misure *ex art. 32* ad ogni fatto di cui l'Anac sia venuto a conoscenza, in via diretta o indiretta, nell'ambito

²⁷³ *Ivi*, 6-7.

²⁷⁴ In proposito, si vedano le Prime e le Seste Linee Guida Anac, in www.anticorruzione.it. In particolare, queste ultime hanno evidenziato come: *“In assenza di un giudicato definitivo, la verifica sui fatti difficilmente può raggiungere la certezza e lo spessore probatorio tipici del giudizio penale. È sufficiente piuttosto che, sulla base delle evidenze giudiziarie, gli elementi informativi acquisiti sul fatto abbiano una consistenza oggettiva e uno spessore dimostrativo in grado di ammettere - in termini di qualificata probabilità - la loro incidenza e capacità di condizionamento rispetto al corretto iter di una commessa pubblica nella fase genetica o nella successiva fase esecutiva, e che gli stessi elementi siano collegati ad un'attività di tipo illecito riconducibile all'impresa aggiudicataria, potendo ad esempio giustificare l'adozione di un'ordinanza di applicazione di misure cautelari o di un decreto di rinvio a giudizio.”*

²⁷⁵ Cons. Stato, sez. III, 28 giugno 2017, n. 3137, in www.giustizia-amministrativa.it.

dell'esercizio dei poteri ispettivi e di vigilanza che le sono propri²⁷⁶ e, dunque, anche in questa ipotesi, a prescindere dall'avvio di un procedimento penale²⁷⁷.

Ciò che la disposizione richiede, quale criterio a orientamento di una discrezionalità altrimenti potenzialmente illimitata, è che i fatti su cui si fonda l'adozione della misura siano "gravi e accertati", ivi richiamando anche gli elementi di cui l'Autorità sia venuta a conoscenza ai sensi dell'articolo 19, comma 5, lett. a) del medesimo d.l. 90/2014²⁷⁸.

²⁷⁶ In materia di acquisizione delle informazioni prodromiche alla predisposizione delle misure straordinarie, si richiama quanto chiarito, sul punto, dalle Seste Linee Guida Anac, *Disposizioni per la disciplina del procedimento preordinato alla proposta del Presidente dell'A.N.AC. di applicazione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio, ai sensi dell'art. 32 del d.l. 90/2014*, 8 luglio 2020, (in www.anticorruzione.it/-/disposizioni-per-la-disciplina-del-procedimento-preordinato-alla-proposta-del-presidente-dell-a.n.ac.-di-applicazione-delle-misure-straordinarie-di-gestione-sostegno-e-monitoraggio-ai-sensi-dell-art.-32-del-d.l.-90/2014-adottate-in-data-11-aprile-2019-a-s) ove, a titolo esemplificativo, si enucleano gli elementi e le circostanze suscettibili di rilevare ai fini dell'attivazione degli strumenti di cui all'art. 32. Segnatamente, il Presidente dell' Anac può venire a conoscenza di situazioni o episodi che integrano i presupposti per attivare la procedura di richiesta di misure straordinarie, o su apposita comunicazione di soggetti pubblici (ad es., le prefetture; le autorità giudiziarie e, in particolare, le Procure della Repubblica, in ossequio a quanto previsto dall'art. 129, comma 3, delle disp. att. c.p.p.); ovvero nel corso dell'attività consultiva, ispettiva e di vigilanza svolta dagli uffici dell'Autorità (tra cui, in particolare, l'attività di vigilanza sulle segnalazioni di illeciti da parte di *whistleblower*); ancora, su segnalazione di soggetti privati, nonchè in via autonoma (ad es., con la divulgazione, attraverso i mass media, di notizie su inchieste giudiziarie). Al fine di acquisire ogni utile ed ulteriore elemento conoscitivo, il Presidente dell'A.N.AC. può avvalersi anche della collaborazione del personale militare del Corpo della Guardia di Finanza in servizio presso l'Autorità, affidando il compito preparatorio di relazionare sulla singola fattispecie in ordine alla ricorrenza o meno dei presupposti per la richiesta di misure straordinarie in generale. Detto supplemento informativo è funzionale ad ottenere più precisi riscontri in merito alle evidenze emerse nell'ambito del procedimento penale, con particolare riferimento alle fattispecie delittuose contestate e al ruolo che le persone coinvolte negli episodi illeciti di matrice corruttiva e fraudolenta ricoprono - o ricoprivano all'epoca dei fatti - nell'assetto gestionale ed organizzativo dell'operatore economico (amministratori, soci, direttori tecnici, dipendenti, consulenti; responsabili/rappresentanti di zona, ecc.); all'aggiornamento del giudizio penale (riesame di misure cautelari, esercizio dell'azione penale, decreto di archiviazione o di rinvio a giudizio, ecc.); alle caratteristiche precipue dell'operatore economico, in termini di forma giuridica, *governance*, proprietà, requisiti dimensionali, organizzativi e di fatturato, e all'aggiornamento delle vicende societarie quali eventuali operazioni di cessione/affitto del complesso aziendale o di fusione/scissione/incorporazione, anche mediante estrazione di visura camerale; al riepilogo dei dati fondamentali relativi alla commessa pubblica *sub specie* di deliberazioni e altri provvedimenti della stazione appaltante; procedura adottata per la scelta del contraente; atti di gara; stipula del contratto e di eventuali atti aggiuntivi; oggetto e importo contrattuale; data prevista per la conclusione delle prestazioni contrattuali; varianti, proroghe, rinnovi e/o altre ipotesi previste di prolungamento o di estensione delle prestazioni contrattuali, nonché l'aggiornamento del programma negoziale. Precisa, inoltre, l'Autorità, che laddove le vicende delittuose siano riferite a numerose commesse pubbliche aggiudicate da più stazioni appaltanti dislocate in diverse regioni o province, il Presidente dell'Anac può altresì rivolgersi al Nucleo Speciale Anticorruzione della Guardia di Finanza, chiedendo di acquisire, anche per il tramite dei Reparti territorialmente competenti, ulteriori elementi informativi e documentali necessari ad individuare gli affidamenti ancora in corso di esecuzione, anche in virtù di proroghe o rinnovi contrattuali. "La conoscenza di tali informazioni consente di ottenere un riscontro celere ed aggiornato sullo sviluppo delle diverse commesse pubbliche rispetto alle risultanze riportate negli atti giudiziari e di assumere, con piena cognizione di causa, iniziative congruenti e commisurate all'attualità della situazione di fatto."

²⁷⁷ Si evidenzia, comunque, che, anche in vista del dovere di informazione sussistente in capo all' Anac nei confronti del Procuratore della Repubblica in merito all'esistenza di elementi che giustificano l'adozione della misura, vi sia un rapporto di inferenza necessario tra l'adozione di tali strumenti e l'avvio di un procedimento penale. In proposito, sottolineano F. Sgubbi, T. Guerini, *L'art. 32 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, un primo commento*, 24 settembre 2014, in www.penalecontemporaneo.it, 7, che "la lettura sistematica della norma porta a ritenere che, a prescindere da quale sia il soggetto che dà avvio ai controlli, l'esito naturale di questa procedura sia di esplicitare i propri effetti nell'ambito di un procedimento penale. [...]Del resto, sarebbe quanto meno contraddittorio ritenere che il Presidente dell'ANAC e il Prefetto possano applicare misure cautelari di tale rilievo per fatti giudicati non meritevoli di iscrizione nel registro delle notizie di reato di cui all'art. 335 c.p.p."

²⁷⁸ La disposizione di cui trattasi prevede, in particolare che l'Autorità nazionale anticorruzione "a) riceve notizie e segnalazioni di illeciti, anche nelle forme di cui all'art. 54-bis del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165", facendo qui

E, dunque, il primo limite imposto alla discrezionalità amministrativa risiede nel carattere accertato, cioè corroborato da riscontri oggettivi, dei fatti posti alla base dell'adozione della misura: si tratta di *“un riscontro sulla consistenza oggettiva delle condotte e degli episodi illeciti ed è funzionale principalmente ad una puntuale ed appropriata considerazione delle circostanze concrete da assumere a supporto della richiesta di misure straordinarie.”*²⁷⁹.

Per ciò che concerne, poi, il requisito della *“gravità”* - doppiamente valorizzato dalla norma, giacché richiamato esplicitamente anche dal comma 2 dell'art. 32 con riferimento alla valutazione prefettizia - implica una stima concreta del livello di incidenza delle condotte illecite nella procedura di affidamento della commessa pubblica, ovvero nell'ambito della sua esecuzione, tale da poter formulare un giudizio prognostico di responsabilità nei confronti dei soggetti della compagine societaria e della conseguente deviazione della fattispecie rispetto ai valori di lealtà e correttezza previsti dall'ordinamento.

Anche in questo caso, tuttavia, nell'assenza di contestualizzazione del significato da attribuire al concetto di gravità dei fatti da porre a fondamento della misura, rileva la già menzionata differente concezione della rilevanza probatoria richiesta nell'ambito del diritto amministrativo, rispetto al diritto penale: ai fini dell'applicazione di una delle misure straordinarie *ex art. 32* si ritiene sufficiente che sussista in capo all'impresa attinta dallo strumento un pericolo anche solo potenziale di infiltrazione criminale²⁸⁰.

Dunque, in maniera speculare rispetto a quanto accade in materia di informativa antimafia interdittiva, ai fini dell'adozione del provvedimento amministrativo cautelare - sia esso a contenuto conformativo, ablativo o interdittivo - la giurisprudenza amministrativa ha costantemente riconosciuto rilevanza alla sussistenza di *“un quadro indiziario sintomatico del pericolo”*²⁸¹, ritenendo bastevole *“secondo un giudizio prognostico latamente discrezionale, ancorchè ragionevole e circostanziato, la mera possibilità”* della sua esistenza²⁸², giacché dette misure, nel realizzare una tutela avanzata rispetto alle insidie delle infiltrazioni della criminalità organizzata *“non richied[ono] la prova di un fatto ma solo la presenza di una serie di indizi in base ai quali non sia illogico o inattendibile ritenere la sussistenza di infiltrazioni o collegamenti con organizzazioni mafiose o di un*

riferimento alla condotta del *whistleblower*, per tale dovendosi intendere il dipendente pubblico che segnala all'autorità giudiziaria o alla Corte dei Conti ovvero al proprio superiore gerarchico, condotte illecite di cui sia venuto a conoscenza in ragione del suo rapporto di lavoro. In questi casi, tale disposizione, introdotta anch'essa dalla l. 190/2012, ha introdotto strumenti di tutela del soggetto segnalante, garantendogli l'anonimato e prevedendo che questi non possa essere sanzionato, licenziato o sottoposto a misure discriminatorie, dirette o indirette per motivi che risultino essere strettamente collegati, in via diretta o indiretta, alla denuncia effettuata.

²⁷⁹ Seste Linee Guida Anac, *Disposizioni per la disciplina del procedimento preordinato alla proposta del Presidente dell'A.N.AC. di applicazione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio, ai sensi dell'art. 32 del d.l. 90/2014*, 8 luglio 2020, in www.anticorruzione.it/-/disposizioni-per-la-disciplina-del-procedimento-preordinato-alla-proposta-del-presidente-dell-a.n.ac.-di-applicazione-delle-misure-straordinarie-di-gestione-sostegno-e-monitoraggio-ai-sensi-dell-art.-32-del-d.l.-90/2014-adottate-in-data-11-aprile-2019-a-s.

²⁸⁰ Così Cons. Stato, sez. VI, sent. 17 maggio 2006, n. 2867, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁸¹ Cons. Stato, sez. III, sent. 19 settembre 2011, n. 5262, in www.giustizia-amministrativa.it.

In dottrina, tra gli altri, si rimanda a A. Travi, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Il diritto pubblico*, 1995; R. Cavallo Perin, *Il contenuto dell'art.113 della Costituzione fra riserva di legge e riserva di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1998.

²⁸² Cons. Stato, sez. V, sent. 23 giugno 2008, n. 3090. Nel medesimo senso anche Cons. Stato, sez. IV, sent. 12 novembre 2008, n. 5665; Cons. Stato, sez. IV, sent. 17 marzo 2010, n. 1559; Cons. Stato, sez. VI, sent. 21 aprile 2010, n. 2224. Tutte reperibili in www.giustizia-amministrativa.it.

condizionamento da parte di queste, per cui gli elementi raccolti non vanno riguardati in modo atomistico bensì nel loro insieme ed unitamente esplicitandosi in una valutazione nella quale ogni elemento acquista valenza nella sua connessione con gli altri, non con finalità di accertamento di responsabilità, ma di massima anticipazione dell'azione di prevenzione, rispetto alla quale risultano rilevanti anche fatti e vicende solo sintomatiche o indiziarie, al di là delle individuazioni delle responsabilità penali”²⁸³.

Tale differente rigore probatorio, infatti, trova la sua ragione nella considerazione della diversa finalità cui si rivolge il diritto amministrativo di prevenzione che, come noto, non è teso a sanzionare fatti penalmente rilevanti né a reprimere condotte illecite quanto, piuttosto, a scongiurare una minaccia per la sicurezza pubblica e la probabilità che la stessa si realizzi²⁸⁴.

D'altra parte, nel settore di prevenzione antimafia, anche la giurisprudenza della Corte Costituzionale, ha sostenuto che laddove si tratti di materie che esulano da quella penale in senso stretto, non è da escludersi che l'esigenza di predeterminazione delle condizioni idonee a limitare un diritto costituzionalmente e convenzionalmente protetto, possa essere validamente soddisfatta anche in base a una *“interpretazione, fornita da una giurisprudenza costante e uniforme, di disposizioni legislative pure caratterizzate dall'uso di clausole generali, o comunque da formule connotate in origine da un certo grado di imprecisione.”*²⁸⁵.

Sicché, il tentativo di individuare, anche in materia di misure straordinarie *ex art. 32 d.l. 90/2014*, degli *indici di rilevanza*²⁸⁶ che garantissero il soddisfacimento di una condizione di tassatività sostanziale, a supporto della legittimità del provvedimento amministrativo cautelare, è stato effettuato, in questo contesto, dalla medesima Autorità nazionale anticorruzione.

Dall'analisi delle richieste di misure straordinarie emanate dall'Anac²⁸⁷, emerge come tali indici riguardano, in particolare, il rapporto tra i soci, sia in relazione alle loro eventuali frequentazioni con soggetti indiziati o gravati da procedimenti penali, ma anche con riferimento alla detenzione di quote rilevanti della società destinataria del provvedimento o i cui organi apicali ne siano stati destinatari; la capacità di condizionamento a prescindere dalla posizione organizzativa occupata all'interno dell'impresa; la durata nel tempo delle condotte illecite²⁸⁸.

²⁸³ Cfr. Con. Stato, sent. 7 maggio 2015, n. 2284, (in www.giustizia-amministrativa.it), ove si specifica altresì che *“[...] si tratta, come detto, del più avanzato livello di protezione dell'ordinamento da fenomeni particolarmente pericolosi ed aggressivi per la vita della collettività, rimesso alla valutazione prefettizia sulla base delle informative rese dalle forze di polizia e che, proprio per tale sua connotazione, non necessita del supporto di elementi contraddistinti da certezza ed univocità, operando in un ambito di prevenzione che, in quanto tale, deve potersi fondare anche sui meri elementi indiziari non assurgenti al rango di prova.”*

²⁸⁴ Cfr. A. Coiante, *Contratti pubblici e criminalità: l'interdittiva antimafia e il principio di legalità dell'azione amministrativa alla luce dei più recenti approdi giurisprudenziali*, in A. Sterpa, A. Coiante (a cura di), *Sicurezza, legalità ed economia*, Napoli, 2020, 88.

²⁸⁵ Corte Cost., 27 febbraio 2019, n. 24, in www.cortecostituzionale.it.

²⁸⁶ Così F. Di Cristina, *L'informativa prefettizia quale presupposto della revoca dell'aggiudicazione. Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 19 settembre 2011, n. 5262*, in *Gior. Dir. amm.*, n. 1/2012, 50 e ss.

²⁸⁷ Tutte, consultabili sul sito istituzionale dell'Autorità nazionale anticorruzione www.anticorruzione.it.

²⁸⁸ A titolo esemplificativo, l'Autorità nazionale anticorruzione, ad orientamento della propria attività ha stilato, nell'ambito delle Seste Linee Guida (*Disposizioni per la disciplina del procedimento preordinato alla proposta del Presidente dell'A.N.AC. di applicazione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio, ai sensi dell'art.*

Sicché, la gravità, come intesa dalla normativa in commento, pare essere rilevata dalla stessa Autorità sulla base del “*complessivo comportamento tenuto dall’autore dell’illecito, dalla pervasività del sistema corruttivo, dal coinvolgimento della compagine societaria nella gestione illecita dell’appalto, dalla permanenza negli asset societari di soggetti con una notevole capacità di influenzare le scelte dell’impresa o la presenza di ulteriori elementi attestanti il rischio di condizionamenti illeciti nella esecuzione del contratto in essere.*”²⁸⁹, facendo quindi riferimento ad una dimensione valutativa più ampia e trasversale, che allarga notevolmente le maglie della discrezionalità amministrativa e che rende ogni fenomeno di matrice corruttiva “*uno specifico fattore di rischio e di vulnerabilità, che si ripercuote fatalmente sull’intero settore dei contratti pubblici.*”²⁹⁰.

Tali constatazioni, dunque, rendono evidente la scelta del legislatore di approntare una forma di tutela anticipata rispetto alle possibili distorsioni del mercato dovute alle infiltrazioni della criminalità organizzata, tanto da operare anche quando non si siano ancora concretizzati elementi certi di collusione o di cointeressenza, producendo, quale necessaria conseguenza, l’attribuzione di una ampia discrezionalità al Presidente dell’Anac e al Prefetto nella ricostruzione e nella valutazione degli elementi raccolti.

Così, l’assetto dell’equilibrio tra l’interesse pubblico tutelato e la certezza del diritto, viene rimesso dal legislatore all’autorità amministrativa, manifestando in tal modo l’avvenuta “*traslazione del principio di legalità su quello di legittimità dell’azione*

32 del d.l. 90/2014, 8 luglio 2020, in www.anticorruzione.it/-/disposizioni-per-la-disciplina-del-procedimento-preordinato-alla-proposta-del-presidente-dell-a.n.ac.-di-applicazione-delle-misure-straordinarie-di-gestione-sostegno-e-monitoraggio-ai-sensi-dell-art.-32-del-d.l.-90/2014-adottate-in-data-11-aprile-2019-a-s), una elencazione dei fattori distorsivi che possono incidere in maniera pregiudizievole sulla singola fattispecie e, quindi in grado di assurgere a criteri valutativi o indici di rilevanza. Rilevano, in questo senso, in particolare: “*il ruolo o l’incarico (o il rapporto di immedesimazione organica con la società) che le persone coinvolte nel procedimento penale ricoprono all’interno della organizzazione e struttura aziendale, nonché l’entità effettiva dei loro poteri gestionali e decisionali in seno all’impresa; l’eventuale pluralità di commesse pubbliche oggetto del procedimento penale; il valore economico e la rilevanza strategica della commessa pubblica, esprimibile anche in termini di conseguimento di indebite posizioni dominanti e monopolistiche nel mercato di riferimento; le modalità concrete che hanno caratterizzato lo schema corruttivo della commessa pubblica, e la loro incidenza causale sulla fase genetica e/o esecutiva; il grado di coinvolgimento e di complicità, nella vicenda corruttiva, di esponenti della stazione appaltante; la gravità dei reati per i quali procede l’autorità giudiziaria, anche con riferimento a fattispecie delittuose non ricomprese nell’articolo 32 (ad esempio, in caso di contestazione di condotte corruttive abbinata ad ipotesi di reato di cui all’articolo 416 bis del c.p.); l’effettiva consumazione del delitto; il prezzo pagato per la corruzione e il profitto che ne è derivato; la tipologia e l’entità delle eventuali misure cautelari adottate dal giudice penale nei confronti dei soggetti indagati/imputati: di natura personale (detenzione in carcere; arresti domiciliari; interdizione a contrarre con la pubblica amministrazione) e/o di natura reale (sequestro preventivo; confisca; nomina di un custode giudiziario, ecc.); la contestazione di addebiti e responsabilità per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato anche nei confronti dell’impresa come persona giuridica, e l’eventuale adozione di misure cautelari o irrogazione di sanzioni amministrative ai sensi del d.lgs. 231/2001; il comportamento assunto dall’impresa a seguito della vicenda corruttiva e, in particolare, l’adozione di condotte e/o atti realmente dissociativi; le argomentazioni formulate dalle parti in sede di partecipazione al procedimento e la documentazione probatoria a supporto delle stesse.”.*

²⁸⁹ Cit. Presidente Anac, *Richiesta di straordinaria e temporanea gestione della Impresa Costruzioni Giuseppe Maltauro s.p.a. con riferimento all’appalto per la progettazione esecutiva e l’esecuzione dei lavori di realizzazione dell’impianto di cementazioni di soluzioni liquide radioattive – impianto Cemex*, 11 dicembre 2014, Roma, in www.anticorruzione.it.

²⁹⁰ Seste Linee Guida Anac, *Disposizioni per la disciplina del procedimento preordinato alla proposta del Presidente dell’A.N.AC. di applicazione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio, ai sensi dell’art. 32 del d.l. 90/2014*, 8 luglio 2020, 8 (in www.anticorruzione.it/-/disposizioni-per-la-disciplina-del-procedimento-preordinato-alla-proposta-del-presidente-dell-a.n.ac.-di-applicazione-delle-misure-straordinarie-di-gestione-sostegno-e-monitoraggio-ai-sensi-dell-art.-32-del-d.l.-90/2014-adottate-in-data-11-aprile-2019-a-s)

*amministrativa*²⁹¹, che, nell'estrema genericità del dettato normativo, necessita di una particolare prudenza applicativa, informata al pieno ossequio dei principi di ragionevolezza e proporzionalità.

3. Presupposti applicativi ai sensi del comma 10 art. 32

È già stato, a più riprese, sottolineato come le misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio delle imprese trovino applicazione non unicamente in vista della plausibile sussistenza delle fattispecie corruttive di cui *supra*, ma che ad esse il legislatore ha fatto ricorso anche per la prevenzione di ulteriori fenomeni criminali che, dalla lesione del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione, giungano ad assumere la consistenza di associazioni per delinquere di stampo mafioso secondo la definizione penalistica che si rinviene all'art. 416bis c.p.²⁹².

In quest'ambito, allora, la norma richiede, ai fini della predisposizione della misura prefettizia del commissariamento, presupposti differenti rispetto a quelli enucleati per la prevenzione della corruzione, radicandosi detto intervento amministrativo sull'avvenuta adozione, a carico del medesimo operatore economico, di una informativa antimafia interdittiva.

Il ricorso, nell'ambito del contrasto alla mafia di tali misure preventive consente, così, di approntare uno strumento che permetta di contenere gli effetti paralizzanti del provvedimento interdittivo, in via eccezionale, alla ricorrenza di superiori interessi pubblici, espressamente individuati dalla norma, di salvaguardia dei posti di lavoro, dei servizi indifferibili e delle risorse economiche.

3.1. L'informazione antimafia interdittiva quale fondamento e perimetro dell'esercizio del potere

L'art. 32 d.l. 90/2014, al comma 10 prevede, dunque, che le misure previste dai commi 1 e 8 – *id est* l'ordine di rinnovazione degli organi sociali, la gestione commissariale limitata e temporanea, il tutoraggio dell'impresa – possano applicarsi anche nelle ipotesi in cui l'autorità prefettizia abbia emanato, nei confronti dell'operatore economico, una informazione antimafia interdittiva la cui emanazione assurge, qui, a presupposto fondamentale per l'adozione della misura straordinaria.

Come noto²⁹³, l'informazione antimafia interdittiva, rientra, insieme alle comunicazioni, nel più ampio *genus* della documentazione antimafia, di cui agli artt. 82 e ss.

²⁹¹ Cit. F. Nugnes, *Le misure di straordinaria e temporanea gestione d'impresa in caso di corruzione negli appalti pubblici: principali aspetti critici dell'istituto*, in dir. econ., n. 1/2017, 149.

²⁹² Ai sensi del comma 3, art. 416bis c.p. "L'associazione è di tipo mafioso quando coloro che ne fanno parte si avvalgono della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere delitti, per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici o per realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri, ovvero al fine di impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali".

²⁹³ I riferimenti dottrinali, in tema di informazioni antimafia, sono stati numerosissimi, attesi i notevoli profili di interesse che pone il settore di cui trattasi. Pertanto, a titolo meramente indicativo, si rimanda a G. Amarelli, S. Sticchi Damiani (a

d.lgs. 159/2011, che costituiscono “*provvedimenti amministrativi attraverso i quali viene fatto conoscere preliminarmente alla pubblica amministrazione l’esistenza o meno di impedimenti e situazioni indici di mafiosità a carico dei soggetti che si pongono in relazione con essa*”²⁹⁴. A mezzo di tali strumenti, quindi, viene garantito il controllo e il monitoraggio dell’autorità preposta alla tutela dell’ordine e della sicurezza pubblica sulle attività economiche, evitando che si realizzino i rischi connessi all’insinuarsi della criminalità organizzata nel mercato²⁹⁵.

Pertanto, in vista dell’esigenza dell’ordinamento di scongiurare inquinamenti delle mafie nell’ambito delle attività economiche, l’art. 83, comma 1, d.lgs. 159/2011, prevede che siano tenute ad acquisire le informazioni antimafia “*le pubbliche amministrazioni e gli enti pubblici, anche costituiti in stazioni uniche appaltanti, gli enti e le aziende vigilati dallo Stato o da altro ente pubblico e le società o imprese comunque controllate dallo Stato o da altro ente pubblico nonché i concessionari di lavori o di servizi pubblici*”.

L’ampiezza del dettato normativo con riferimento ai soggetti che sono tenuti a richiedere l’informativa antimafia, si riverbera, in maniera speculare, sui soggetti destinatari di tali accertamenti, individuati dall’art. 85 d.lgs. 159/2011 nei rappresentanti legali di associazioni, imprese individuali e collettive e, ove presenti, nel direttore tecnico e nei componenti del collegio sindacale e di vigilanza. A norma del comma 3 della medesima disposizione, poi, la portata dell’informativa è estesa ai familiari conviventi aventi maggiore età dei soggetti previamente individuati, nonché, a norma dell’art. 91, comma 5 d.lgs. 159/2011, nei confronti di tutti i soggetti che risultano poter determinare in qualsiasi modo le scelte o gli indirizzi dell’impresa.

Laddove il Prefetto ritenga sussistenti le condizioni ostative di cui al Codice antimafia²⁹⁶, adotta l’informativa antimafia interdittiva, che agisce nel senso di paralizzare

cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all’infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Torino, 2019; O. Morcavallo, *L’informazione interdittiva antimafia*, Torino, 2019; F. G. Scoca, *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta “anticipata” alla criminalità organizzata*, in www.giustamm.it, n. 6/2018; M. Mazzamuto, *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, in www.giustamm.it, n. 3/2016; S. Gambacurta, *La documentazione antimafia: tipologia e contenuto*, in A. Cisterna, M. V. De Simone, B. Frattasi, S. Gambacurta, *Codice Antimafia*, San Marino, 2013.

²⁹⁴ Così U. Cimmino, *La nuova certificazione e le altre cautele antimafia*, in *Nuove Autonomie*, n. 4/1995.

²⁹⁵ In via di prima approssimazione, si segnala che in ordine all’ambito oggettivo di applicazione, l’art. 91 d.lgs. 159/2011 onera la p.a. ad avviare le operazioni di verifica sull’assenza di eventuali rischi di infiltrazione mafiosa prima del perfezionamento di contratti e subcontratti di valore pari o superiore a quello determinato per legge per l’aggiudicazione di lavori pubblici, servizi o forniture o con importo superiore a centocinquantamila euro in materia di concessioni e finanziamenti. Resta ferma, comunque, la facoltà di acquisire la documentazione antimafia anche per gare di modesto valore, atteso che la giurisprudenza ha in proposito evidenziato l’insussistenza di un divieto di adozione di informative al di sotto della soglia indicata. Cfr., in proposito, Cons. Stato, sez. III, sent. 13 agosto 2018, n. 4922, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁹⁶ Ai sensi dell’art. 84, comma 4, d.lgs. 159/2011, le situazioni relative ai tentativi di infiltrazione mafiosa suscettibili di dar luogo all’adozione dell’informazione antimafia interdittiva possono essere desunte: “ a) dai provvedimenti che dispongono una misura cautelare o il giudizio, ovvero che recano una condanna anche non definitiva per taluni dei delitti di cui agli articoli 353, 353-bis, 603-bis, 629, 640-bis, 644, 648-bis, 648-ter del codice penale, dei delitti di cui all’articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale e di cui all’articolo 12-quinquies del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306 convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356; b) dalla proposta o dal provvedimento di applicazione di taluna delle misure di prevenzione; c) salvo che ricorra l’esimente di cui all’articolo 4 della legge 24 novembre 1981, n. 689, dall’omessa denuncia all’autorità giudiziaria dei reati di cui agli articoli 317 e 629 del codice penale, aggravati ai sensi dell’articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, da parte dei soggetti indicati nella lettera b) dell’articolo 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, anche in assenza nei loro confronti di un procedimento per l’applicazione

l'attività contrattuale con l'amministrazione dell'impresa attinta, in conseguenza di un giudizio di probabile permeabilità alla criminalità organizzata, da cui discende il venire meno del generale requisito di onorabilità necessario per l'accesso alla contrattazione pubblica.

Vale qui la pena evidenziare come - vista la particolare assimilabilità delle valutazioni prefettizie nella predisposizione degli strumenti in discorso con quelle effettuate per l'adozione delle misure preventive *ex art. 32* - in merito all'accertamento della sussistenza del pericolo di connivenza o soggiacenza dell'impresa rispetto alle organizzazioni di stampo mafioso, ci si trovi al cospetto di una valutazione discrezionale dell'autorità prefettizia, fondata su un criterio probabilistico, in merito alla ricorrenza di un *periculum* di infiltrazione mafiosa, desumibile da un *numerus non-clausus*²⁹⁷ di elementi o fatti sintomatici (cointeressenze economiche, rapporti di famiglia, frequentazioni) che assumono forme e caratteristiche diverse secondo i tempi, i luoghi e le persone, che sfuggono, per l'insidiosa pervasività e mutevolezza delle compagini criminali, ad un preciso e definitivo inquadramento²⁹⁸.

di una misura di prevenzione o di una causa ostativa ivi previste; d) dagli accertamenti disposti dal prefetto anche avvalendosi dei poteri di accesso e di accertamento delegati dal Ministro dell'interno ai sensi del decreto-legge 6 settembre 1982, n. 629, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 ottobre 1982, n. 726, ovvero di quelli di cui all'articolo 93 del presente decreto; e) dagli accertamenti da effettuarsi in altra provincia a cura dei prefetti competenti su richiesta del prefetto procedente ai sensi della lettera d); f) dalle sostituzioni negli organi sociali, nella rappresentanza legale della società nonché nella titolarità delle imprese individuali ovvero delle quote societarie, effettuate da chiunque conviva stabilmente con i soggetti destinatari dei provvedimenti di cui alle lettere a) e b), con modalità che, per i tempi in cui vengono realizzati, il valore economico delle transazioni, il reddito dei soggetti coinvolti nonché le qualità professionali dei subentranti, denotino l'intento di eludere la normativa sulla documentazione antimafia.". Inoltre, si prevede, all'art. 91, comma 6 del medesimo Codice antimafia che *"Il prefetto può, altresì, desumere il tentativo di infiltrazione mafiosa da provvedimenti di condanna anche non definitiva per reati strumentali all'attività delle organizzazioni criminali unitamente a concreti elementi da cui risulti che l'attività d'impresa possa, anche in modo indiretto, agevolare le attività criminose o esserne in qualche modo condizionata, nonché dall'accertamento delle violazioni degli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari di cui all'articolo 3 della legge 13 agosto 2010, n. 136, commesse con la condizione della reiterazione prevista dall'articolo 8-bis della legge 24 novembre 1981, n. 689. In tali casi, entro il termine di cui all'articolo 92, rilascia l'informazione antimafia interdittiva."*

²⁹⁷ Per tutte, Cons. Stato, sez. III, sent. 3 maggio 2016, n. 1743, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁹⁸ Riguardo tale aspetto, si vuole evidenziare come la giurisprudenza amministrativa ha lungamente confermato la legittimità dei profili ampiamente discrezionali dei poteri prefettizi *in subjecta materia*, sulla base della considerazione per cui la valutazione del tentativo di infiltrazione mafiosa debba avvenire nella logica delle caratteristiche fattuali e sociologiche del fenomeno mafioso. Quest'ultimo non sempre si concretizza in fatti univocamente illeciti o in accertate responsabilità penali – anzi – spesso si ferma sulla soglia dell'intimidazione, dell'influenza e del condizionamento latente di attività economiche formalmente lecite, sicché l'informazione interdittiva non deve necessariamente fondarsi su prove o collegarsi ad accertamenti in sede penale di carattere certo e definitivo sull'esistenza della contiguità dell'impresa con organizzazioni malavitose *"ma può esser sorretta da elementi sintomatici e indiziari da cui emergano sufficienti elementi del pericolo che possa verificarsi il tentativo di ingerenza nell'attività imprenditoriale della criminalità organizzata"* (Cons. Giust. Amm. Reg. Sicil., Sez. Giurisdizionale, sent. 30 dicembre 2019, n. 1099; Cons. Stato, sez. III, sent. 19 gennaio 2012, n.254; 30 gennaio 2012, n.444; 23 luglio 2012, n.4208. Tutte in www.giustizia-amministrativa.it). Quindi, il rischio di inquinamento mafioso viene valutato *"secondo un ragionamento induttivo, di tipo probabilistico, che non richiede di attingere un livello di certezza oltre ogni ragionevole dubbio, tipico dell'accertamento finalizzato ad affermare la responsabilità penale, e quindi fondato su prove, ma implica una prognosi assistita da un attendibile grado di verosimiglianza, sulla base di indizi gravi, precisi e concordanti, sì da far ritenere "più probabile che non", appunto, il pericolo di infiltrazione mafiosa"*. In questo senso, assumono valore *"a fini antimafia anche fatti e circostanze privi in sé di significato penale e non riconducibili direttamente alla responsabilità dei soggetti raggiunti da interdittiva, ma significativi sul piano prognostico e del rischio di condizionamento, ivi inclusi fatti e accadimenti riferiti a stretti congiunti"* (cfr. Cons. Stato, sez. III, sent. 06 settembre 2021, n. 6225; Cons. Stato, sez. III, 03 maggio 2016, n.1747, in www.giustizia-amministrativa.it); gli elementi di inquinamento mafioso che l'autorità prefettizia deve valutare

Sul punto, la giurisprudenza amministrativa ha costantemente attribuito all'interdittiva antimafia una natura cautelare e preventiva²⁹⁹, adottata in ottica di bilanciamento tra tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica, da un lato, e libertà di iniziativa economica privata *ex art. 41 Cost.*³⁰⁰, dall'altro, giacchè essa costituisce *“una misura volta alla salvaguardia dell'ordine pubblico economico, della libera concorrenza tra le imprese e del buon andamento della pubblica amministrazione”*³⁰¹, sebbene gli effetti tipici del provvedimento inibitorio, come regolati all'art. 94 commi 2 e 3 d.lgs. n. 159/2011, consistano per l'operatore economico nella perdita, seppur parziale e tendenzialmente temporanea, della capacità di contrarre con la P.A.³⁰².

Ordinariamente, dall'adozione di tale provvedimento, discende l'obbligo per la stazione appaltante di recedere, ai sensi dell'art. 94, comma 2 d.lgs. 159/2011, dai rapporti contrattuali in corso, salvo il caso in cui si tratti di opere in via di ultimazione oppure di servizi essenziali per l'interesse pubblico, ove non risulti oggettivamente possibile una

“assumono forme e caratteristiche diverse secondo i tempi, i luoghi e le persone e sfuggono, per l'insidiosa pervasività e mutevolezza, anzitutto sul piano sociale, del fenomeno mafioso, ad un preciso inquadramento, per cui quello voluto dal legislatore è un catalogo aperto di situazioni sintomatiche del condizionamento mafioso”.

²⁹⁹ Vale la pena sottolineare come, anche in giurisprudenza si erano recentemente affacciati orientamenti distonici rispetto al menzionato orientamento maggioritario. Il riferimento è in particolare all'ordinanza di rimessione del TAR Puglia - Bari (ord. 13 gennaio 2020, n. 28, in www.giustizia-amministrativa.it) alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ove è stata sollevata questione pregiudiziale circa la compatibilità con il diritto UE degli articoli 91, 92, 93 d.lgs. 159/2011 che, non prevedendo come ordinaria la garanzia partecipativa del soggetto destinatario di un'interdittiva antimafia, avrebbero condotto alla lesione del principio del contraddittorio così come riconosciuto a livello eurounitario. Il giudice amministrativo, ritiene di non condividere l'assunto della natura cautelare del provvedimento interdittivo, in quanto non farebbe parte dei provvedimenti interinali (i quali vengono adottati *in vista di* un procedimento che definisca il rapporto giuridico controverso), essendo misura non provvisoria né strumentale, bensì vero e proprio atto conclusivo del procedimento amministrativo. Ne consegue, secondo il TAR rimettente, che non vi sarebbe alcuna giustificazione alla portata derogatoria di tali istituti, per i quali si esclude, in via generale, la partecipazione al procedimento amministrativo, di cui agli artt. 7 e 10, della legge 7 agosto 1990, n. 241.

Per completezza espositiva si segnala che la Corte di giustizia UE, sez. IX, con ordinanza del 28 maggio 2020 (causa C-17/20), sulla sollevata questione, si è pronunciata con una decisione in rito, dichiarando irricevibile la domanda proposta dal TAR Puglia ai sensi dell'art. 53, par. 2, del regolamento di procedura della Corte di giustizia (pubblicato in G.U.U.E. 29 settembre 2012, n. L 265) e che, in ogni caso, il legislatore – come si vedrà – ha sancito, con il d.l. 152/2021, l'onere per l'amministrazione del rispetto del contraddittorio anche nel procedimento teso all'adozione delle informazioni antimafia interdittive.

³⁰⁰ Sulle interferenze tra documentazione antimafia e contrattualistica pubblica, si veda tra gli altri, V. Varone, *La disciplina antimafia e i contratti pubblici*, in M. Nunziata (a cura di), *Riflessioni in tema di lotta alla corruzione*, Roma, 2017.

³⁰¹ Cfr. Cons. Stato, sez. III, sent. 3 maggio 2016, n. 1743. Tra le altre, nel medesimo senso, si vedano Cons. Stato, sez. III, sent. 30 gennaio 2019, n. 6105, Cons. Stato, sez. III, sent. 14 settembre 2018, n. 5410, Cons. Stato, sez. III, sent. 31 dicembre 2014, n. 6465. Tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁰² Infatti, l'informazione interdittiva *“determina una particolare forma di incapacità giuridica, e dunque la insuscettività del soggetto (persona fisica o giuridica) che di essa è destinatario ad essere titolare di quelle situazioni giuridiche soggettive (diritti soggettivi, interessi legittimi) che determinino rapporti giuridici con la pubblica amministrazione.”*; incapacità giuridica che è, però, parziale, *“in quanto limitata ai rapporti con la pubblica amministrazione, ed anche nei confronti di questa limitatamente a quelli di natura contrattuale, ovvero intercorrenti con esercizio di poteri provvedimentali, e comunque ai precisi casi individuati dalla legge”* e tendenzialmente temporanea *“potendo venire meno per il tramite di un successivo provvedimento dell'autorità amministrativa competente.”* (Cons. Stato, Ad. Plen., 6 aprile 2018, n. 3, in www.giustizia-amministrativa.it). Si badi che la limitazione temporale dell'efficacia dell'interdittiva, prevista dall'art. 86, comma 2 d.lgs. 159/2011, afferisce ai casi nei quali sia stata attestata *“l'assenza di pericolo di infiltrazione mafiosa, e non già ai riscontri indicativi del pericolo, i quali ultimi conservano la loro valenza anche oltre il termine indicato nella norma”*. Cfr. Cons. Stato, sez. III, sent. 17 febbraio 2017, n. 739; Cons. Stato, sez. V, sent. 1 ottobre 2015, n. 4609. Tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

rapida sostituzione del contraente (così art. 94, comma 3 d.lgs. 159/2011)³⁰³, con conseguente onere, in capo all'amministrazione, di motivare in maniera adeguata e circostanziata le ragioni per cui, nonostante la rilevata presenza di un possibile inquinamento mafioso cristallizzato dal provvedimento interdittivo, l'interesse pubblico alla completa esecuzione del contratto sia così pregnante da legittimare un'impresa in odore di mafia ad effettuare lavori pubblici³⁰⁴.

Le misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio, dunque, in deroga al generalizzato effetto inibitorio e caducatorio connesso all'adozione di una interdittiva antimafia, consentono, invece, di realizzare il completamento dell'esecuzione contrattuale o la sua prosecuzione, laddove si riscontri l'esistenza degli interessi pubblici superiori individuati tassativamente al comma 10.

Si tratta, tuttavia, di una deroga strettamente limitata allo specifico contratto (o agli specifici contratti) rispetto al quale emergono le insopprimibili esigenze di tutela identificate dalla norma. Per il resto, rimangono, invece, intatti tutti gli effetti propri del provvedimento antimafia, di talché l'impresa investita sarà privata della capacità di conservare ovvero di stipulare contratti pubblici o si ottenere altri titoli autorizzatori *ex art. 83 comma 1 d.lgs. n. 159/2011*, fintanto che l'informazione interdittiva manterrà vigore³⁰⁵.

Appare evidente, dunque, come una corretta esegesi dell'art.32 adottato con finalità antimafia debba passare, necessariamente, per una attenta lettura delle disposizioni che disciplinano le informazioni interdittive, che costituiscono presupposto per l'adozione della misura straordinaria e ne indicano la portata applicativa³⁰⁶.

³⁰³ La disposizione in parola, ai richiamati commi 2 e 3 dell'art. 94, stabilisce che *"Qualora il prefetto non rilasci l'informazione interdittiva entro i termini previsti, ovvero nel caso di lavori o forniture di somma urgenza di cui all'articolo 92, comma 3 qualora la sussistenza di una causa di divieto indicata nell'articolo 67 o gli elementi relativi a tentativi di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4, ed all' articolo 91, comma 6, siano accertati successivamente alla stipula del contratto, i soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, salvo quanto previsto al comma 3, revocano le autorizzazioni e le concessioni o recedono dai contratti fatto salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite. I soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, non procedono alle revoche o ai recessi di cui al comma precedente nel caso in cui l'opera sia in corso di ultimazione ovvero, in caso di fornitura di beni e servizi ritenuta essenziale per il perseguimento dell'interesse pubblico, qualora il soggetto che la fornisce non sia sostituibile in tempi rapidi."*

³⁰⁴ Tra le altre cfr. T.A.R. Sicilia – Catania, sez. I, sent. 11 giugno 2018, n. 1247; Cons. Stato, sez. III, 30 dicembre 2017, n. 6195; T.A.R. Abruzzo – Pescara, sez. I, sent. 4 gennaio 2016, n. 1. Tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁰⁵ Sul punto, infatti, le Seconde Linee Guida Anac, hanno chiarito come le misure di cui all'art. 32 d.l. 90/2014, *"sono inidonee a determinare la cessazione degli effetti dell'informazione antimafia interdittiva del Prefetto che continua a dispiegare i propri effetti al di fuori della gestione separata istituita per l'esecuzione dell'appalto in relazione al quale sono state disposte le misure. Di conseguenza, l'impresa interessata sarà incapace di mantenere in essere o stipulare contratti pubblici ovvero gli altri titoli autorizzatori di cui all'art. 83, comma 1, del D. Lgs. n. 159/2011, fino a quando l'informazione antimafia interdittiva manterrà la propria validità. A questo proposito, vale la pena segnalare che l'ottemperanza da parte dell'impresa all'ordine di rinnovazione degli organi sociali non può essere considerata condizione a sola sufficiente a fondare da parte del Prefetto una decisione volta a rimettere automaticamente in bonis l'operatore economico interessato in esercizio del potere di revisione dell'informazione antimafia interdittiva di cui all'art. 9 1, comma 5, del D. Lgs. n. 159/2011."*

Seconde Linee Guida Anac *"Seconde linee guida per l'applicazione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione anticorruzione e antimafia"*, del 27 gennaio 2015, 6-7, (in www.anticorruzione.it/-/seconde-linee-guida-per-l-applicazione-delle-misure-straordinarie-di-gestione-sostegno-e-monitoraggio-di-imprese-nell-ambito-della-prevenzione-anticorruzione-e-antimafia).

³⁰⁶ Conviene, in proposito, precisare come l'esclusivo riferimento effettuato dal legislatore alla sola informazione antimafia interdittiva quale presupposto applicativo per le misure *ex art. 32*, comporta, di conseguenza, che risulta preclusa la possibilità di azionare i poteri di cui al comma 10 della medesima disposizione nel caso in cui sia stata adottata

Il carattere fondante dell'interdittiva antimafia, ai fini dell'applicazione delle misure di cui si discorre, quindi, si rivela anche laddove si consideri che l'individuazione dello strumento da applicare, in relazione al caso concreto, avviene in base alla rilevanza della situazione accertata dal Prefetto con l'adozione del provvedimento inibitorio.

Una lettura sistematica della norma, induce a ritenere che possano venire in considerazione, in proposito, anzitutto situazioni connotate da particolare gravità della contiguità mafiosa dell'impresa.

Segnatamente, si può ritenere che questo tipo di valutazione possa riguardare le ipotesi in cui i tentativi di infiltrazione criminale, individuati dal Prefetto con l'adozione del provvedimento interdittivo possano essere riconducibili, *in primis*, a soggetti che nella compagine di impresa siano titolari delle cariche ovvero degli assetti proprietari indicati all'art. 85 d.lgs. 159/2011 ovvero loro familiari conviventi di maggiore età residenti nel territorio dello Stato, ovvero riguardino situazioni attinenti alle modalità di gestione dell'attività economica ed alle sue relazioni d'affari con altri operatori economici o con soggetti collegati alla criminalità organizzata³⁰⁷.

In presenza di condizioni ritenute di particolare gravità, quindi, la scelta della misura applicabile viene effettuata sulla base dei criteri dettati dall'art. 32, comma 1, lettere a) e b), d.l. 90/2014.

Sicché, in coerenza con le valutazioni già svolte in ordine alla ponderazione della scelta delle misure concretamente adottabili, l'autorità prefettizia si determinerà per la predisposizione dell'ordine di rinnovazione degli organi sociali, di cui all'art. 32, comma 1 lett. a), solo nell'ipotesi in cui, alla luce degli elementi posti alla base dell'informazione antimafia interdittiva, si possa ritenere, secondo un giudizio prognostico fondato sulla regola del "*più probabile che non*", che i tentativi di infiltrazione criminale siano suscettibili di essere eliminati attraverso l'allontanamento di singoli soggetti dalla titolarità degli organi sociali.

Laddove, invece, la pervasività degli interessi criminali nell'ambito dell'azienda, sia tale da aver intaccato integralmente il suo stesso funzionamento, tanto da denotare un livello di compromissione dell'impresa particolarmente forte e diffuso da non poter essere sterilizzato attraverso l'ordine di rinnovazione del singolo organo di amministrazione, direzione o controllo, il Prefetto potrà direttamente disporre la misura della straordinaria e temporanea gestione, procedendo alla nomina degli amministratori, destinati ad esercitare tutti i poteri degli organi di amministrazione e direzione, con riguardo all'esecuzione del contratto in relazione al quale ricorre l'esigenza di tutelare gli interessi pubblici di cui all'art. 32, comma 10, d.l. 90/2014.

Di converso, il ricorso alla nomina, da parte del Prefetto di esperti incaricati di fornire indicazioni di carattere organizzativo, con compiti di sostegno e monitoraggio dell'impresa, di cui all'art. 32, comma 8, d.l. 90/2014, assume, anche in quest'ambito carattere residuale, essendo contemplata la possibilità di applicare la c.d. *tutorship*, solo nelle ipotesi in cui i tentativi di infiltrazione mafiosa siano riconducibili a soggetti della compagine di impresa

non già un'informazione, ma una comunicazione antimafia interdittiva. In questo senso, cfr. *Seconde Linee Guida Anac*, cit., 10. In merito ai rapporti tra comunicazioni e interdittive, si segnala il contributo di A. De Pascalis, *Le comunicazioni antimafia: autonomia o sovrapposizione con le informazioni?*, in G. Amarelli, S. Sticchi Damiani (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Torino, 2019.

³⁰⁷ Così cfr. *Seconde Linee Guida Anac*, cit., 11.

che ricoprono ruoli o incarichi diversi da quelli indicati nel richiamato art. 85 del D. Lgs. n. 159/2011. Si tratta, dunque, in questo caso, di fattispecie in cui i punti di contatto tra l'operatore economico e la compagine criminale siano connotati da maggiore tenuità; tenuità giustificata soprattutto dal coinvolgimento di soggetti i cui poteri siano, ad esempio, limitati a specifici contratti o settori di impresa e non assimilabili per ampiezza a quelli propri degli amministratori o di altri organi di direzione.

3.2. La salvaguardia di preminenti interessi pubblici

L'emanazione di una informazione interdittiva antimafia costituisce presupposto essenziale, ma non di per sé sufficiente alla predisposizione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio delle imprese di cui all'art. 32, comma 10 d.l. 90/2014 nei confronti dell'impresa attinta.

Difatti, come segnalato, al provvedimento prefettizio interdittivo segue, di regola, la risoluzione del rapporto contrattuale con l'operatore economico cui è stata contestata la sussistenza di infiltrazioni mafiose nella compagine societaria, non potendo l'ordinamento tollerare che la pubblica amministrazione intrattenga rapporti con soggetti di cui sia stata messa in dubbio l'integrità³⁰⁸.

E, dunque, in coerenza con tale fondamentale assunto, le ragioni che possano condurre ad una così vistosa deroga al summenzionato principio devono necessariamente trovare fondamento nella tutela di superiori e preminenti interessi pubblici che rendano – quantomeno temporaneamente – più sfumata la necessità di tutela dell'ordine pubblico e di ripristino della legalità violata.

Il comma 10 dell'art. 32, quindi, contempla la continuazione del rapporto negoziale, seppur in regime di legalità controllata, unicamente in chiave di rimedio straordinario e temporaneo, preordinato al soddisfacimento di interessi pubblici il cui sacrificio risulterebbe incoerente con il parametro di ragionevolezza alla base dell'ordinamento. Sicché, la disposizione in esame, prevede che l'eccezionale salvezza del rapporto contrattuale tra impresa attinta da interdittiva antimafia e stazione appaltante, ancorché ricorrano i presupposti di cui al citato art. 94, comma 2 d.lgs. 159/2011, debba essere rimessa ad una valutazione prefettizia in ordine alla sussistenza de "*l'urgente necessità di assicurare il completamento dell'esecuzione del contratto ovvero dell'accordo contrattuale, ovvero la sua prosecuzione al fine di garantire la continuità di funzioni e servizi indifferibili per*

³⁰⁸ Sul punto, tra le altre, T.A.R. Campania – Napoli, sez. I, sent. 1 dicembre 2020, n.5690, "*La prevenzione contro l'inquinamento dell'economia legale ad opera della mafia ha costituito e costituisce, tuttora, una priorità per la legislazione del settore. Tale priorità di lotta all'infiltrazione della criminalità organizzata nelle attività economiche ha, peraltro, giustificato la scelta del legislatore di non riconoscere dignità e statuto di operatori economici nei rapporti con la P.A. a soggetti condizionati, controllati, infiltrati ed eterodiretti dalle associazioni mafiose. Ne deriva che la natura preventiva e non sanzionatoria dell'informativa, avulsa da qualsivoglia logica penale o lato sensu punitiva, costituisce un severo limite all'iniziativa economica privata, che tuttavia è giustificato dalla considerazione che il metodo mafioso, per sua stessa ragion d'essere, costituisce un danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana, già sul piano dei rapporti tra privati prima ancora che in quello con le Pubbliche Amministrazioni, oltre a porsi, ovviamente, in contrasto con l'utilità sociale, limite, quest'ultimo, allo stesso esercizio della proprietà privata ."*, sicché "*l'esclusione dalla procedura di gara conseguente all'adozione dell'interdittiva antimafia costituisce un atto necessitato per la Stazione Appaltante ai sensi dell'art. 80, comma 2, d.lgs. n. 50/2016 e dell'art. 94 del d.lgs. n. 159/2011.*". In *Foro Amministrativo (II)*, 2020, 12, 2356.

la tutela di diritti fondamentali, nonché per la salvaguardia dei livelli occupazionali o dell'integrità dei bilanci pubblici”.

L'accesso alle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio delle imprese, dunque, è rimesso all'alternativa sussistenza di una delle tre situazioni previste dalla norma, ove il legislatore ritiene prevalente l'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera piuttosto che quello che sottende la cessazione immediata della commessa pubblica: si tratta di ipotesi in cui l'immediata e totalizzante incapacità giuridica – quantomeno nei rapporti con la pubblica amministrazione – che discende dall'emanazione di una informazione antimafia interdittiva, pur essendo funzionale a debellare la ricorrenza di fattispecie collusive e compiacenti tra imprese e malavita, si presta, tuttavia, ad arrecare pregiudizi a beni e interessi di tenore ancor più preminente.

In altri termini, la norma indica, in via tassativa, la tutela di interessi pubblici al ricorrere dei quali non si può far ricorso all'interdizione dell'impresa *tout court*, giacché dalla stessa ne deriverebbero conseguenze ulteriori che l'ordinamento non può non tenere in considerazione. Nell'intento, quindi, di evitare che la prevenzione di fenomeni criminosi nell'ambito dei contratti pubblici si traduca nel cieco e irrimediabile travolgimento, con effetti *ex nunc*³⁰⁹, di quanto già realizzato, così compromettendo la tenuta del sistema in punto di salvaguardia di ulteriori interessi della collettività, la normativa consente la sopravvivenza, mediante l'introduzione di presidi di legalità interni all'azienda, dei contratti, delle concessioni e delle autorizzazioni nei casi in cui vi sia “*la sussistenza di ragioni di urgenza connesse alla tutela di specifici interessi pubblici da soddisfare attraverso l'esecuzione del contratto affidato all'impresa colpita dalla misura interdittiva antimafia.*”³¹⁰.

Rientrano nel novero di detti interessi, alla stregua del dettato normativo in commento, anzitutto la continuità di funzioni e servizi indifferibili per la tutela di diritti fondamentali, con ciò dovendosi intendere l'erogazione di prestazioni indispensabili per garantire alla collettività - ovvero a determinate categorie di utenti - l'esercizio di diritti primari, costituzionalmente protetti. Si rimette, quindi, alla valutazione prefettizia l'eventuale prosecuzione del contratto laddove l'impresa attinta da informazione antimafia interdittiva si occupi – in tutto o in parte – della fornitura di beni e servizi da cui discende l'erogazione di servizi pubblici essenziali, la cui repentina interruzione, connessa all'effetto caducatorio del provvedimento antimafia, si potrebbe riverberare, in termini pregiudizievoli, su diritti fondamentali della persona, quali la salute, la libertà di circolazione, l'igiene, le comunicazioni.

In questi termini, quindi, un primo, essenziale, ambito di operatività della disposizione è da ricondursi alla necessità di ricalibrare la portata *destruens* della misura interdittiva nelle ipotesi in cui entrino in gioco beni e interessi collegati ai diritti fondamentali della persona, il cui esercizio deve essere garantito in maniera effettiva e continuata.

La norma contempla, poi, quale ulteriore campo d'applicazione di una delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio, la salvaguardia dei livelli occupazionali.

³⁰⁹ Si rammenta, in proposito, che l'art. 94, comma 2, nel prevedere che dall'informativa antimafia interdittiva consegue la revoca delle autorizzazioni e delle concessioni, nonché il recesso dai contratti fa espressamente “*salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite.*”.

³¹⁰ Cit. T.A.R. Campania – Napoli, sez. I, sent. 27 aprile 2018, n. 2800, in www.giustizia-amministrativa.it.

Ciò che viene qui in rilievo, quindi, è la tutela di un altro diritto fondamentale, quale il diritto al lavoro, potenzialmente leso a seguito della perdita dell'impiego conseguente alla risoluzione del contratto con l'amministrazione. In questo caso, la potenziale lesione degli interessi dei lavoratori deve essere misurata in termini quantitativi, in ordine ad un determinato contesto geografico o produttivo: ciò che la norma ha inteso difendere non può ridursi, infatti, alla tutela di posizioni poco più che individuali, potendosi ammettere, di converso, la possibilità di derogare alla regola generale della risoluzione del contratto con un'impresa contigua alla criminalità organizzata solo in caso in cui sia messo a rischio un numero consistente di posti di lavoro.

In altri termini, la minore tutela dell'interesse "*sicurezza pubblica*" che deriverebbe dalla predisposizione della misura di cui all'art. 32 d.l. 90/2014, avente effetto di mitigazione della portata delle interdittive, può coerentemente giustificarsi unicamente per la salvaguardia non già di singoli posti di lavoro, isolatamente considerati, quanto – come più correttamente indicato dalla norma – dei "*livelli occupazionali*", qui postulando una prospettiva di respiro molto maggiore, che tenga conto o di un determinato contesto territoriale ovvero, di quello produttivo³¹¹.

Rileva, inoltre, quale bene pubblico preminente rispetto alla risoluzione del contratto "*l'integrità dei bilanci pubblici*". A tal riguardo, potrebbe sostenersi che il legislatore non abbia inteso far qui riferimento alla mera capacità di un operatore economico di produrre reddito, e, quindi, di generare un potenziale gettito tributario, giacché, in tal guisa argomentando, sarebbero suscettibili di costituire eccezione alla regola risolutoria di cui all'art. 94, comma 3 d.lgs.159/2011, in sostanza, tutte le imprese attinte da informazione antimafia interdittiva³¹².

Si ritiene, pertanto, che il comma 10 dell'art. 32 intenda riferirsi ad un interesse maggiormente qualificato e concreto, coincidente con la necessità di evitare che l'interruzione di determinate attività implichi un danno diretto ed immediato alle entrate fiscali e quindi alle complessive esigenze della finanza pubblica. Così come sembra che l'interesse all'integrità dei bilanci pubblici possa essere messo a rischio nel caso in cui la realizzazione di un'opera comporti un ingente impiego di risorse pubbliche che potrebbe essere compromesso da un'eccessiva dilatazione dei tempi di esecuzione del contratto.

Al di fuori di tali interessi individuati dal legislatore, la cui effettiva ricorrenza nel caso di specie è rimessa, ancora una volta, alla valutazione del Prefetto, torna a rispandersi la regola generale che prevede la risoluzione dei rapporti contrattuali e la revoca di concessioni e autorizzazioni.

Peraltro, la sussistenza delle esigenze di tutela dei menzionati interessi pubblici, deve essere valutata anche alla luce del parametro della urgente necessità, venendo qui un rilievo un giudizio, che costituisce espressione dei poteri tecnico- discrezionali del Prefetto, in merito ai vantaggi derivanti dal mantenere in piedi un rapporto contrattuale variamente viziato, rispetto all'ipotesi alternativa – e ordinaria – di consentire il subentro di una diversa impresa, "*non [essendo] sufficiente un giudizio di semplice possibilità di completare o*

³¹¹ Cfr. Seconde Linee Guida Anac "*Seconde linee guida per l'applicazione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione anticorruzione e antimafia*", del 27 gennaio 2015, 2-3, (in www.anticorruzione.it/-/seconde-linee-guida-per-l-applicazione-delle-misure-straordinarie-di-gestione-sostegno-e-monitoraggio-di-imprese-nell-ambito-della-prevenzione-anticorruzione-e-antimafia).

³¹² Cfr. Seconde Linee Guida Anac, cit., 3.

proseguire il contratto, al fine di evitare la soluzione di continuità nell'impresa appaltatrice conseguente all'interdittiva che l'ha colpita."³¹³.

Di converso, come appare evidente, non assume rilievo alcuno, nell'ambito della ponderazione discrezionale rimessa all'autorità prefettizia, la considerazione dell'eventuale interesse dell'impresa attinta dall'informativa antimafia interdittiva a vedersi applicare uno degli strumenti di cui all'art. 32, commi 1 e 8 d.l. 90/2014.

Si è ritenuto, infatti, che l'effetto di mitigazione delle conseguenze inibitorie discendenti dal provvedimento antimafia interdittivo consegue qui all'esigenza di tutelare, attraverso una conformazione della libertà d'impresa, interessi pubblici superiori, finanche diversi da quelli che sono posti a fondamento dell'informazione interdittiva, ma che con questi si contemperano per il contrasto a situazioni di contiguità o di agevolazione mafiosa da parte dell'impresa attinta.

Detto altrimenti, l'applicazione di una misura straordinaria di gestione, sostegno e monitoraggio dell'operatore economico in contatto con la pubblica amministrazione prescinde dalla convenienza o meno, per tale impresa, della continuazione del rapporto negoziale sotto presidio di legalità. L'opzione per il Prefetto di attivare uno degli strumenti di gestione o accompagnamento dell'azienda ai sensi dell'art. 32, comma 10, infatti, non mira a realizzare un interesse dell'impresa raggiunta da interdittiva di veder attenuati gli effetti preclusivi dalla stessa discendenti, nemmeno nel caso in cui vi sia stato, nelle more, ricorso avverso detto provvedimento. Sfugge cioè alla valutazione prefettizia ogni tipo di considerazione che sia diversa o ulteriore rispetto a quella che gli è espressamente rimessa dalla legge: la tutela degli interessi pubblici.

Ciò comporta che restano estranei al percorso valutativo del Prefetto eventuali giudizi di impugnazione dell'interdittiva, il cui annullamento, a monte, dovrebbe condurre alla conseguente caducazione della misura straordinaria a valle, giacché queste ultime non sono tese alla cristallizzazione della situazione sino al momento del pronunciamento dell'autorità giudiziaria, non avendo una funzione cautelare in senso proprio³¹⁴.

La conseguenza, sul piano applicativo, sarebbe l'insussistenza, in capo all'impresa interdetta, di un interesse giuridicamente tutelabile, nemmeno sotto forma di mera aspettativa, a vedersi applicata una delle misure di cui all'art. 32 d.l. 90/2014.

In proposito, la giurisprudenza³¹⁵ ha ribadito che la predisposizione degli strumenti di cui all'art. 32, comma 1 d.l. 90/2014, seguono e non precedono l'adozione dell'interdittiva antimafia, sicché il Prefetto può legittimamente emettere l'informativa, ricorrendo ai presupposti di cui all'art. 91 d.lgs. 159/2011, salvo poi, nelle ipotesi di cui al comma 10 dell'art. 32 d.l. 90/2014, adottare successivamente le misure sostitutive di cui al comma 1.

Dunque, la mancata previa adozione degli strumenti straordinari di cui trattasi non ha efficacia invalidante sull'emissione dell'informativa: non può pretendersi, in altri termini, che si predisponga, in via preventiva una delle misure straordinarie ex art. 32, e solo ove tale intervento non appaia idoneo a scongiurare i rischi di infiltrazione mafiosa, provvedere con

³¹³ Così Cons. Stato, sez. III, sent. 7 luglio 2016, n. 3009, in www.giustizia-amministrativa.it.

³¹⁴ Cfr. *Secondo Linee Guida Anac*, cit., 3 – 4, ove si aggiunge che *"Ne è conferma, peraltro, la circostanza che si tratta di presidi a garanzia di uno specifico "contratto"- quello in relazione al quale vengono in evidenza le esigenze individuate dall' art.32 - e non della totalità delle commesse pubbliche che costituiscono il "portafoglio" dell'impresa all'atto dell'adozione della misura, che verranno travolte dal provvedimento interdittivo rilasciato dal Prefetto."*

³¹⁵ *Ex multis*, Cons. Stato, sez. III, sent. 5 maggio 2017, n. 2085, in www.giustizia-amministrativa.it.

l'emanazione dell'interdittiva antimafia. Le due misure, infatti, non sono ideate dal legislatore in chiave di progressività dell'ingerenza pubblica sull'impresa, essendo, anzi, lo strumento di cui al comma 10 congegnato per attenuare gli effetti demolitori di una interdittiva già adottata, laddove ricorrano eccezionali esigenze di tutela degli interessi pubblici³¹⁶.

In questo senso, depone, invero, la stessa lettura combinata della normativa antimafia da cui si desume che le misure di cui all'art. 32, commi 1 e 8 d.l. 90/2014 possono essere applicate contestualmente all'adozione dell'interdittiva antimafia e che l'intervento sostitutivo dell'autorità prefettizia, in ipotesi di interdittiva già in atto, è consentito solo nelle ipotesi eccezionali, previste dal comma 10, che giustificano la prosecuzione del rapporto contrattuale, previa bonifica dell'assetto societario, per preminenti ragioni di interesse generale, al punto che l'attività di temporanea e straordinaria gestione dell'impresa è considerata di "*pubblica utilità*", come chiarisce il comma 4³¹⁷.

E infatti, tanto sono preminenti ed eccezionali tali ragioni e tanto esse sono di interesse generale, che l'art. 92, comma 2^{ter} lett. b) prevede che il procedimento, previsto dall'art. 32, comma 1, d.l. 90/2014, debba essere avviato obbligatoriamente d'ufficio dal Prefetto³¹⁸. Sicché, la lettura combinata delle due disposizioni consentirebbe di affermare che l'adozione delle misure previste dall'art. 32 non deve precedere necessariamente l'emissione dell'informativa, ma anzi che il Prefetto³¹⁹, nell'emettere l'informativa, valuti anche dopo la sua emissione la sussistenza dei presupposti eccezionali per l'adozione di tali misure, mentre l'impresa interessata è legittimata unicamente ad esercitare, nell'ambito di detto procedimento, gli strumenti partecipativi di cui agli artt. 7,8, e 10 l. 241/1990, e non già a richiedere l'avvio di tale procedimento.

³¹⁶ In tale profilo si rintraccia, come si vedrà, una delle più significative differenze rispetto alla neointrodotta misura di cui all'art. 94bis d.lgs. 159/2011, ove si prevede, a seguito della novella del d.l. 152/2021, la possibile applicazione di strumenti di prevenzione collaborativa, che precedono l'emanazione di una interdittiva antimafia e sono ad essi alternativi.

³¹⁷ *Ibidem*.

³¹⁸ La disposizione in commento prevede che il Prefetto, ove non proceda al rilascio dell'informazione antimafia liberatoria " b) adotta l'informazione antimafia interdittiva, procedendo alla comunicazione all'interessato entro il termine e con le modalità di cui alla lettera a), nel caso di sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa. Il prefetto, adottata l'informazione antimafia interdittiva ai sensi della presente lettera, verifica altresì la sussistenza dei presupposti per l'applicazione delle misure di cui all'articolo 32, comma 10, del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114 e, in caso positivo, ne informa tempestivamente il Presidente dell'Autorità nazionale anticorruzione."

³¹⁹ Così, Cons. Stato, sez. III, sent. 24 luglio 2015, n. 3653, che ha chiarito come "La mancata previa adozione di tali misure non ha efficacia invalidante, dunque, sull'emissione dell'informativa né viola i canoni di adeguatezza, proporzionalità ed adeguatezza. [...] le misure di cui all'art. 32, commi 1, 2 e 8, del d.l. 90/2014 possono essere applicate contestualmente all'adozione dell'interdittiva antimafia e che l'intervento sostitutivo dell'autorità prefettizia, in ipotesi di interdittiva già in atto, è consentito solo nelle ipotesi eccezionali, previste dal comma 10, che giustificano la prosecuzione del rapporto contrattuale, previa "bonifica" dell'assetto societario, per preminenti ragioni di interesse generale, al punto che l'attività di temporanea e straordinaria gestione dell'impresa è considerata di "pubblica utilità", come chiarisce il comma 4."

La sentenza è consultabile all'indirizzo www.giustizia-amministrativa.it.

4. *Alla ricerca di limiti alla discrezionalità amministrativa: ragionevolezza del procedimento e proporzionalità della decisione*

La ricognizione appena svolta in ordine ai presupposti che fondano e giustificano l'intervento pubblicistico di cui all'art. 32 d.l. 90/2014 ha consentito di mettere in luce come il legislatore abbia anteposto, in tutta evidenza, la tutela dell'ordine pubblico e le esigenze di continuità nell'esecuzione del contratto alle istanze privatistiche di libertà di iniziativa economica e finanche, a ben vedere, alla certezza del diritto.

Difatti, la remissione all'amministrazione procedente di una così ampia discrezionalità già nella ricostruzione e nella valutazione dei fatti da porre a fondamento dell'adozione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio delle imprese, si configura il portato di quella che è stata definita "*crisi del principio di legalità*"³²⁰. Questa considerazione finisce qui per intercettare una tematica dal più ampio respiro, che concerne l'evoluzione del modo di intendere l'attività della pubblica amministrazione e il rapporto tra amministrazione e amministrati³²¹, che ha condotto al definitivo tramonto di una concezione meramente esecutiva dell'attività della pubblica amministrazione, in favore, invece, dello sviluppo di profili di autonomia funzionale sempre più accentuati.

In particolare, la qualificazione dell'azione amministrativa come *amministrazione di risultato*³²² comporta che il legislatore ha fatto sempre più ricorso a disposizioni che indichino agli apparati amministrativi unicamente i fini da raggiungere e non già i mezzi da adoperare, nella consapevolezza dell'impossibilità, per il potere legislativo, di determinare aprioristicamente e rigidamente le modalità con cui raggiungere un determinato interesse pubblico.

Sicché, l'acquisizione in merito all'acclarata incapacità della legge di assolvere alla sua tradizionale funzione di conformazione dell'attività amministrativa, comporta che il rispetto del principio di legalità dovrà misurarsi vagliando la coerenza della disposizione normativa nei confronti dell'ordinamento giuridico globalmente inteso e degli interessi dallo stesso tutelati in maniera preminente.

Da tale constatazione discende che l'ampiezza del vaglio discrezionale dell'amministrazione in merito all'applicazione delle misure *ex art. 32 d.l. 90/2014* è direttamente proporzionale al tasso di tutela che il legislatore intende riconoscere all'ordine pubblico, consentendo finanche che tale priorità di intenti si possa tradurre in una possibile compressione del paradigma della certezza del diritto³²³.

³²⁰ Aveva evidenziato la valenza sempre più ridotta del principio in questione già S. Cassese, *Alla ricerca del sacro Graal. A proposito della rivista di diritto pubblico*, in riv. trim. dir. pubbl., 1995, 795 e ss.

³²¹ Si veda, in argomento, S. Perongini, *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Torino, 2017.

³²² Sul tema dell'amministrazione di risultato, si fa rinvio, tra i molti, a L. Iannotta, *Merito, discrezionalità e risultato delle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, in dir. proc. amm., 2005 M. Immordino, A. Police (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, Torino, 2004; L. Iannotta (a cura di), *Economia, diritto e politica nell'amministrazione di risultato*, Torino, 2003; M.R. Spasiano, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003; G. Corso, *Amministrazione di risultati*, in *Annuario dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Milano, 2002.; A. Romano Tassone, *Sulla formula "amministrazione per risultati"*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, 2001; F. Ledda, *Dal principio di legalità al principio di infallibilità dell'amministrazione*, in foro amm., 1997.

³²³ D'altra parte, come evidenziato da S. Civitarese Matteucci, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberaldemocratico*, in Dir. pubbl., 2009, 769, "*i tre fattori chiave del concetto di discrezionalità risiedono nelle nozioni, tra loro variamente collegate, di libertà, vaghezza del diritto e conferimento di un potere*".

E, invero, l'ampiezza del vaglio discrezionale rimesso all'amministrazione appare in tutta la sua evidenza dall'indeterminatezza e dall'elasticità dei presupposti per l'avvio del procedimento³²⁴, quali le “*situazioni anomale*” o “*sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali*”, la cui assoluta genericità testuale comporta che la disposizione debba essere considerata “*trama aperta all'interno della quale il suo significato andrà ricercato a partire dal fatto concreto cui la stessa deve essere applicata*”³²⁵.

Se, dunque, la tecnica di redazione delle norme cui fa ricorso il legislatore rimane necessariamente aperta³²⁶, con l'intenzione di ricomprendervi il novero più ampio possibile di situazioni e fattispecie in grado di attentare all'interesse pubblico tutelato, l'amministrazione, nell'agire per il perseguimento di quel medesimo interesse pubblico, deve porre a indirizzo della propria attività un parametro di legalità sostanziale che sia coerente non solo – e non tanto – con il rispetto formale della disposizione normativa – che spesso rimane muta –, ma, piuttosto, con le finalità pubblicistiche verso cui quella disposizione è orientata³²⁷.

Considerato, pertanto, che tra le trame dell'art. 32 d.l. 90/2014 il legislatore non si arrischia a dettare una disciplina completa della valutazione della fattispecie, lasciandola volutamente vaga, la rispondenza del provvedimento adottato e della misura predisposta al principio di legalità deve essere apprezzata facendo ricorso ai principi generali dell'azione amministrativa e, in particolare a quelli di ragionevolezza e proporzionalità³²⁸ “*elevate a presidi della posizione (degli interessi dei privati) nei confronti dell'amministrazione.*”³²⁹.

Detto altrimenti, la rinnovata concezione dell'attività amministrativa, cui pocanzi si è inteso far riferimento, comporta, necessariamente, che la legittimità della decisione dell'amministrazione e la sua rispondenza al principio di legalità debba essere “*scrutinata secondo gli elastici parametri della ragionevolezza e della proporzionalità.*”³³⁰.

³²⁴ Quello che, in questo contesto è stato considerato come vaghezza dei presupposti normativi, corrisponde al concetto degli “*elementi imprecisi*” già segnalata da V. Cerulli Irelli, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984.

³²⁵ Cit. A. Zito, *Il risultato nella teoria dell'azione amministrativa*, in M. Immordino, A. Police (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, Torino, 2004, 87.

³²⁶ A. Orsi Battaglini, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, secondo cui la fattispecie legale che fonda l'esercizio del potere lecito da parte dell'autorità è sempre integrata da clausole generali estremamente elastiche, quali ragionevolezza e non discriminazione.

³²⁷ Conforme a questa impostazione, appaiono i contributi di L. Iannotta, *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in *Sudi in onore di E. Casetta*, Napoli, 2001; L. Iannotta, *Diritto comune dello sviluppo: rispetto e soddisfazione dei diritti, efficacia ed economicità delle decisioni*, in A. Flora (a cura di), *Mezzogiorno e politiche di sviluppo. Regole, valori e capitale sociale*, Napoli, 2002; L. Iannotta, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2005.

³²⁸ In merito al principio di ragionevolezza, senza pretesa di esaustività, visto il grande rilievo che ha avuto in dottrina, si rinvia, tra gli altri a A. Pizzorusso, *Ragionevolezza e razionalità nella creazione e nell'applicazione della legge*, in M. La Torre, A. Spadaro (a cura di) *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002; G. Morbidelli, *Il principio di ragionevolezza nel procedimento amministrativo*, in *Scritti in Onore di Giuseppe Guarino*, vol. III, Padova, 1998; G. Lombardo, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997; P.M. Vipiana, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, 1993.; A.M. Sandulli, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. e soc.*, 1975.

Con riferimento al connesso principio di proporzionalità si veda A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998; D.U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998.

³²⁹ F. G. Scoca, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1055.

³³⁰ Così G. Tropea, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015*, in *Dir. amm.*, 2016, 131.

In merito, senza pretesa alcuna di esaustività di ricostruzioni dogmatiche di concetti degni di ben altro approfondimento, il riferimento all'endiadi ragionevolezza/proporzionalità che qui si adopera, ne propone una lettura che ne riconosce la rispettiva autonomia seppur nel senso di reciproca integrazione³³¹.

In particolare, in ossequio al principio di ragionevolezza, l'amministrazione è tenuta a prendere in considerazione tutti gli interessi in gioco conformando il percorso decisionale alla logicità e alla congrua valutazione dei fatti³³².

Infatti, “*il principio di ragionevolezza si concreta nel bilanciamento qualitativo degli interessi o, per meglio dire, nella plausibilità e giustificabilità di tale bilanciamento*”³³³, così assurgendo a limite e a contenuto del potere discrezionale dell'amministrazione³³⁴. In quanto tale, il principio di ragionevolezza assurge non solo a procedimento di deduzione logica derivante dalla rilevazione dei fatti e dalla ponderazione degli interessi coinvolti, ma diventa, piuttosto, canone di legittimità della decisione amministrativa³³⁵: il provvedimento finale può considerarsi ragionevole solo se adottato all'esito di una attività istruttoria improntata a logicità, esaustività e razionalità³³⁶.

Dunque, la coerenza rispetto al principio di legalità della valutazione discrezionale effettuata nell'individuazione e analisi dei presupposti fondanti la richiesta delle misure da parte del Presidente dell'Anac e la successiva adozione da parte del Prefetto, nella nebulosità della disposizione normativa, può essere valutata unicamente con riferimento alla ragionevolezza della ponderazione dei diversi interessi, pubblici e privati, effettivamente in gioco.

³³¹ Sull'autonomia del principio di proporzionalità da quello di ragionevolezza la dottrina non è concorde: appartengono a questo orientamento G. Lombardo, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza amministrativa*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1997; A.M. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998; D.U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998.

Altro orientamento ritiene che la proporzionalità sia una componente del principio di ragionevolezza: militano, in tal senso P.M. Vipiana, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, 1993; G. Morbidelli, *Il principio di ragionevolezza nel procedimento amministrativo*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, III, Padova, 1998.

³³² F. Nugnes, *Le misure di straordinaria e temporanea gestione d'impresa in caso di corruzione negli appalti pubblici: principali aspetti critici dell'istituto*, in dir. econ., n. 1/2017, 152.

³³³ Cit. A. Sandulli, *Il procedimento*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Torino, 2003, 1076.

³³⁴ P.M. Vipiana, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, 1993, 34.

³³⁵ Secondo A. Romano, *Commento all'art. 26 T. U. Consiglio di Stato*, in A. Romano (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, 1992, 220, la ragionevolezza “consente di verificare la completezza dell'istruttoria, l'adeguatezza tra essa e la decisione finale, la coerenza interna, la non arbitrarietà nella selezione degli interessi, la conformità alla natura delle cose e, dunque, la logicità e la coerenza del processo decisionale”.

³³⁶ Parte della dottrina e della giurisprudenza, invero ormai maggioritarie, ritengono che il principio di ragionevolezza assurga, ormai, a principio avente portata costituzionale, essendo espressione dell'imparzialità e del buon andamento, ai sensi degli artt. 3 e 97 Cost. In questi termini, in dottrina, già G. Corso, *Le norme costituzionali sull'organizzazione*, in *La pubblica amministrazione nella Costituzione: riflessioni e indicazioni di riforma: atti del XXXIX Convegno di studi di scienza dell'amministrazione Varenna*, 16-18 settembre 1993, Milano, 1995, sino a F. Cortese, *Costituzione e nuovi principi del diritto amministrativo*, in Dir. amm., 2020, mentre, in giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, sez. V, sent. 20 febbraio 2017, n. 746, per cui si tratterebbe di “un criterio al cui interno convergono altri principi generali dell'azione amministrativa (imparzialità, uguaglianza, buon andamento): l'amministrazione, in forza di tale principio, deve rispettare una direttiva di razionalità operativa al fine di evitare decisioni arbitrarie od irrazionali”. Negli stessi termini Cons. Stato, sez. V, sent. 21 gennaio 2015, n. 284; Cons. Stato, sez. VI, sent. 14 novembre 2014, n. 5609; Cons. Stato, sez. VI, sent. 18 agosto 2009, n. 4958; Cons. Stato, sez. VI, sent. 2 ottobre 2007, n. 5074. Tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

Orbene, con riguardo alla cennata ponderazione tra interessi pubblici e privati, potenzialmente confliggenti, deve darsi atto del progressivo spostamento del baricentro, cui pure si è fatto cenno, nella dialettica tra potere amministrativo e diritti fondamentali, a favore dei secondi.

La conseguenza, sul piano strettamente amministrativo, è che si è assistito al passaggio da una teoria che vedeva le istanze privatistiche affievolirsi innanzi all'esercizio del potere amministrativo, all'individuazione di diritti fondamentali che non possono essere compresi dall'azione amministrativa, se non per il perseguimento di un superiore interesse generale e salvo, comunque, il rispetto del principio di proporzionalità delle decisioni assunte.

Rileva, in questo senso, il secondo termine della menzionataendiadi, che attiene, invece, più propriamente al provvedimento: mentre il principio di ragionevolezza postula la coerenza tra valutazione compiuta e decisione presa, il rispetto del principio di proporzionalità impone che gli atti amministrativi non vadano oltre quanto è opportuno e necessario per conseguire lo scopo prefissato e che, nel caso in cui si presenti una scelta tra più opzioni, si scelga quella meno restrittiva³³⁷.

La dottrina tradizionale, in proposito, ha identificato il *proprium* di detto principio nella simultanea ricorrenza di un triplice canone di idoneità, necessità e adeguatezza³³⁸.

Secondo questo approccio, l'idoneità dovrebbe qualificarsi nella rispondenza del mezzo impiegato – cioè l'attività amministrativa – rispetto al fine perseguito; la necessità come conformità dell'azione amministrativa alla soluzione più mite per il destinatario tra le diverse soluzioni astrattamente idonee, che implica l'obbligo di scegliere la soluzione che cagioni il minimo pregiudizio per gli interessi contrapposti; e, infine, l'adeguatezza è volta a evitare che sia imposto “*all'interesse antagonista un sacrificio eccessivo se confrontato con il vantaggio conseguito dall'altro*”³³⁹. Pertanto, tale ultimo criterio, guardato dall'angolazione del potere amministrativo si pone quale vincolo quantitativo della scelta, mentre, visto dalla dinamica degli interessi coinvolti nel procedimento, assurge a misura del grado di soddisfazione - ovvero di minor compressione – delle istanze privatistiche dedotte in bilanciamento.

Sicché, il principio di proporzionalità impone “*un'adeguata ponderazione delle contrapposte esigenze, al fine di trovare la soluzione che comporti il minor sacrificio possibile*”³⁴⁰, in questo senso rilevando quale elemento sintomatico della correttezza dell'esercizio del potere discrezionale in relazione all'effettivo bilanciamento degli interessi.

Con riferimento a tale bilanciamento, e proprio valorizzando quel diverso atteggiarsi del nesso tra autorità e libertà che riconosce, attualmente, una preminenza dei diritti fondamentali rispetto all'esercizio del potere amministrativo, potrebbe argomentarsi, in senso critico, che il sistema di intervento prefigurato dal legislatore con l'art. 32 d.l. 90/2014,

³³⁷ Cfr., tra le altre, Cons. Stato, sez. VI, 10 dicembre 2018, n. 6951, in www.giustizia-amministrativa.it.

³³⁸ Sul punto si veda D.U. Galetta, *Principio di proporzionalità*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2010, 110, ove si evidenzia come si sia storicamente fatto ricorso, nel diritto tedesco, a tale teoria tripartita. Tuttavia, non può ritenersi che tale concetto sia stato estraneo alla dottrina giuridica italiana, ove si pensi che del principio di proporzionalità vi discorreva già, commentando alcune pronunce in tema di vincolo storico-artistico ed espropriazione per pubblica utilità V. Spagnuolo Vigorita, *Sulla necessaria proporzione tra area espropriata e pubblica utilità*, in Riv. giur. edil., 1961.

³³⁹ F. Trimarchi Banfi, *Canone di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in Dir. proc. amm., 2016, 361.

³⁴⁰ In questi termini cfr. Cons. Stato, sez. IV, sent. 22 maggio 2013 n.964, in www.giustizia-amministrativa.it.

laddove consente all'amministrazione di incidere sulla libertà di iniziativa economica dei privati potrebbe porsi in contraddizione con il principio di proporzionalità e dunque, in ultima analisi, con il principio di legalità.

Si è sostenuto³⁴¹, infatti, che nell'ambito dell'impianto dell'art. 32 d.l. 90/2014 si potrebbe rinvenire una distonia tra ciò che è ragionevole e ciò che è proporzionato: nessuna garanzia garantista è approntata affinché vi sia la piena rispondenza tra il profilo qualitativo proprio della ragionevolezza del procedimento, e quello quantitativo della idoneità, della necessità e dell'adeguatezza della decisione assunta.

Detto altrimenti, la ragionevolezza del procedimento derivante dal percorso logico e dalla non erroneità delle deduzioni non garantisce che l'applicazione delle misure straordinarie di gestione, specie nel caso di adozione della misura del commissariamento, sia pienamente proporzionale all'interesse pubblico perseguito, in termini, segnatamente, di adeguatezza.

La proporzionalità dell'azione, infatti, comporterebbe una valutazione incidente sulla quantità, vale a dire sulla misura dell'esercizio del potere amministrativo, che avviene proprio attraverso i canoni della idoneità, necessità e adeguatezza: è dall'assenza al ricorso a tali canoni nell'ambito delle misure di cui all'art. 32 d.l. 90/2014 che potrebbe emergere il rischio di illegittimità di tali strumenti per eccesso di potere, connesso al difetto di proporzionalità della decisione e, dunque, con possibile violazione del principio di legalità sostanziale.

Viene quindi qui in rilievo un principio di legalità procedurale che trova la sua realizzazione nel rafforzamento delle garanzie previste, nell'ambito del procedimento amministrativo, a favore dei privati e della loro partecipazione nelle valutazioni che incidono, in via diretta, sulla loro sfera giuridica. Si attua, così, quella che è stata definita una *“correlazione inversa tra legalità sostanziale e legalità procedurale: quanto meno è garantita la prima, per effetto dell'attribuzione alle autorità indipendenti di poteri (...) quasi in bianco, tanto maggiore è l'esigenza di potenziare le forme di coinvolgimento di tutti i soggetti interessati.”*³⁴².

In questo senso, il corretto esercizio del potere discrezionale dell'autorità amministrativa deve trovare riscontro nella logicità del percorso seguito fino all'adozione del provvedimento finale, logicità che affiora anche dall'aver valorizzato ogni forma di partecipazione procedimentale dei portatori degli interessi coinvolti, garantendo il contraddittorio e nel rispetto dell'obbligo di motivazione³⁴³.

Da tale percorso argomentativo emerge, quindi, come il contraddittorio procedimentale non è *“né un bene in sé o un fine supremo ad ogni costo irrinunciabile, ma è un principio strumentale al buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.) e, in ultima analisi, al principio di legalità sostanziale (art. 3, comma 2, Cost.), vero e più profondo fondamento del moderno diritto amministrativo.”*³⁴⁴.

³⁴¹ F. Nugnes, *Le misure di straordinaria e temporanea gestione d'impresa in caso di corruzione negli appalti pubblici: principali aspetti critici dell'istituto*, in dir. econ., n. 1/2017, 150 e ss.

³⁴² In questo senso, cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7972, in Resp. civ. prev., con nota di M. Poto, *Autorità amministrative indipendenti e partecipazione al procedimento amministrativo*.

³⁴³ M. Clarich, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005.

³⁴⁴ Così Cons. Stato, sez. III, sent. 31 gennaio 2019, n. 758, in www.giustizia-amministrativa.it.

5. *Procedimento di applicazione delle misure tra il Presidente dell'ANAC e le Prefetture*

Le considerazioni effettuate in merito allo slittamento del principio di legalità su quello di legittimità e, dunque, sulla remissione all'Autorità amministrativa dell'individuazione del punto di equilibrio nella dialettica autorità/libertà, conducono ad una necessaria valorizzazione del procedimento amministrativo³⁴⁵ sotteso all'adozione delle misure *ex art.* 32 d.l. 90/2014.

La peculiarità dell'*iter* procedimentale delineato dalla disposizione in commento consiste nel coinvolgimento di due Autorità amministrative differenti, aventi diverse competenze e altrettanto diverse strutture. L'art. 32 d.l. 90/2014 inaugura, infatti, una sinergia procedimentale particolarmente stringente tra una Autorità amministrativa indipendente, avente quale *mission* istituzionale la prevenzione e il contrasto ai fenomeni corruttivi, e il Ministero dell'Interno, votato alla difesa dell'ordine e della sicurezza pubblica.

Si tratta, tra l'altro, di un rapporto dialettico che muta sensibilmente, come si dirà, a seconda della finalità per cui lo strumento *ex art.* 32 d.l. 90/2014 viene adoperato: segnatamente, il procedimento si connota per una struttura bifasica e a formazione progressiva laddove si agisca per finalità relative alla prevenzione di fenomeni corruttivi; viceversa, lo stesso si atteggia a procedimento monofasico ad iniziativa e definizione prefettizia nelle ipotesi in cui sia stata emanata un'informazione antimafia interdittiva, con mero onere di comunicazione al Presidente dell'Anac.

Né il Prefetto, né il Presidente dell'Anac, sono legati da vincoli di dipendenza gerarchica o funzionale con le stazioni appaltanti ed entrambi svolgono le proprie funzioni unicamente nell'interesse generale alla correttezza delle gestioni pubbliche nel quadro dell'attività negoziale delle amministrazioni³⁴⁶.

La dialettica procedimentale tra i menzionati organi, tuttavia, si atteggia diversamente a seconda dei presupposti applicativi sulla cui base si vorrebbe adottare la misura, conferendo un ruolo propositivo di maggiore pregnanza al Presidente dell'Anac allorché gli strumenti di cui all'art. 32 siano predisposti ad argine di fenomeni corruttivi.

In particolare, come rilevato, l'adozione in concreto della misura è demandata al Prefetto competente *ratione loci*, che si attiva su proposta del Presidente dell'Anac dando vita a un dialogo diretto e immediato tra due organi monocratici: la *ratio* sottesa a questa scelta è da ricercare nelle esigenze di efficienza preventiva e di speditezza applicativa necessarie per l'utile predisposizione di tali strumenti³⁴⁷.

In questo caso, infatti, la norma delinea un procedimento di adozione della misura a *formazione progressiva*³⁴⁸ che, seppur non configurando dei compartimenti stagni, dà corpo

³⁴⁵ Sulla dimensione collaborativa del procedimento amministrativo, si rimanda, tra gli altri, a F. Saitta, *Contraddittorio e partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, 299; G. della Cananea, *Il diritto di essere sentiti e la partecipazione*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *Il procedimento amministrativo*, Napoli, 2007.

³⁴⁶ Si veda F. Astone, *Interdittive antimafia e "commissariamento" delle imprese (avuto riguardo al settore degli appalti pubblici)*, 30 luglio 2018, www.giustamm.it.

³⁴⁷ Cfr. R. Cantone, B. Coccagna, *La prevenzione della corruzione e delle infiltrazioni mafiose nei contratti pubblici: i commissariamenti per la costituzione di presidi di legalità nelle imprese*, in I.A. Nicotra (a cura di), *L'Autorità nazionale Anticorruzione, tra prevenzione e attività regolatoria*, Torino, 2016, 70-71.

³⁴⁸ Così Prime Linee Guida Anac, *Prime Linee guida per l'avvio di un circuito collaborativo tra Anac- Prefetture – U.t.G. e enti locali per la prevenzione dei fenomeni di corruzione e l'attuazione della trasparenza amministrativa*, 15 luglio 2014,

a due fasi valutative diverse – per cui l’esito della prima non vincola necessariamente la seconda – che sono comunque in reciproca integrazione, considerato che, in assenza dell’iniziativa del Presidente dell’Anac, il Prefetto non dispone, in questo ambito, di un autonomo potere di avvio del procedimento³⁴⁹.

5.1. *La procedimentalizzazione del potere di iniziativa del Presidente dell’Anac*

Il primo segmento procedimentale è appannaggio dell’Autorità nazionale anticorruzione che, a seguito della valutazione degli elementi emersi a carico dell’impresa, culmina nella proposta del Presidente con cui, a mezzo di un percorso valutativo complesso, si suggerisce al Prefetto, senza vincolarlo, l’adozione di una determinata misura.

Nell’ottica di maggiore contemperamento tra valutazione amministrativa e certezza del diritto, è stata valorizzata al massimo la procedimentalizzazione dell’*iter* suscettibile di condurre alla proposta del Presidente dell’Anac secondo i canoni propri della legge sul procedimento amministrativo, anche in forza della considerazione per cui tale momento si configura comunque come un sub-procedimento che si pone a presupposto necessario all’adozione di provvedimenti dal contenuto sfavorevole che rendono, pertanto, esigibili l’applicazione delle garanzie del giusto procedimento³⁵⁰.

E, dunque, laddove si ravvisi la possibile sussistenza dei presupposti oggettivi e soggettivi previsti per la richiesta di misure straordinarie, nei termini pocanzi chiariti, il Presidente dell’Anac avvia d’ufficio il procedimento, dandone comunicazione, ai sensi

7 (in www.anticorruzione.it/-/prime-linee-guida-per-l-avvio-di-un-circuito-stabile-e-collaborativo-tra-anac-prefetture-utg-e-enti-locali-per-la-prevenzione-dei-fenomeni-di-corruzione-e-l-attuazione-della-trasparenza-amministrativa.)

³⁴⁹ Cfr. R. Cantone, B. Coccagna, *I poteri del Presidente dell’ANAC nel d.l. n. 90*, in R. Cantone, F. Merloni (a cura di), *La Nuova Autorità Nazionale Anticorruzione*, Torino, 2015, 113.

³⁵⁰ Il canone del giusto procedimento è assunto a rango di principio fondamentale nell’ambito della normativa convenzionale ed eurounitaria che ne ha, progressivamente, valorizzato il contenuto. Il riferimento è, chiaramente, all’art. 41 della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea del 7 dicembre 2000 che sancisce il diritto del cittadino europeo ad una buona amministrazione, ivi contemplando il diritto per gli interessati di essere ascoltati prima dell’adozione di un provvedimento che possa arrecare loro un pregiudizio. In particolare, la disposizione riconosce al privato una serie di garanzie pertinenti all’esercizio del potere amministrativo da parte delle istituzioni eurounitarie: il primo paragrafo, precisamente, riconosce il diritto a un trattamento imparziale ed equo nell’ambito di un procedimento che abbia durata ragionevole; il secondo, dal taglio maggiormente applicativo e pratico enuclea il diritto al contraddittorio procedimentale nei procedimenti che possono concludersi con un provvedimento limitativo sfavorevole, il diritto di accesso agli atti amministrativi, l’obbligo di motivazione dei provvedimenti; infine, gli ultimi due paragrafi prevedono, in chiave rimediale, la risarcibilità dei danni cagionati dall’Unione Europea nell’esercizio delle sue funzioni, oltre alla possibilità di ricevere riscontro in una delle lingue ufficiali dell’Unione. Si è trattato, invero, di una disposizione che si colloca a coronamento di quella evoluzione funzionale che ha nel tempo subito il concetto di “buona amministrazione”, che “*da principio in funzione dell’efficacia della pubblica amministrazione (ex parte principis), è divenuto principio in funzione dei diritti dei cittadini (ex parte civis)*”. Così S. Cassese, *Il diritto a una buona amministrazione*, in AA.VV., *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011.

Sul tema, la bibliografia è prolifica. Senza pretesa di esaustività si citano, dunque, i contributi di P. Provenzano, *Il procedimento amministrativo e il diritto ad una buona amministrazione*, in D.U. Auletta (a cura di), *Diritto Amministrativo nell’Unione Europea*, Torino, 2020; D.U. Galetta, *Il diritto ad una buona amministrazione fra diritto UE e diritto nazionale e le novità dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in S. Civitarese Matteucci, F. Guarriello, P. Puoti (a cura di), *Diritti fondamentali e politiche dell’Unione europea dopo Lisbona*, Rimini, 2013; G. Della Cananea, C. Franchini, *I principi dell’amministrazione europea*, Torino, 2010; M. Cartabia, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo. La legge n. 241 del 1990 alla luce dei principi comunitari*, Milano, 1991.

dell'art. 7 legge 7 agosto 1990, n. 241³⁵¹, alla stazione appaltante, in quanto parte di un contratto su cui si stagliano le ombre dell'illegalità, e allo stesso operatore economico nei confronti del quale sono stati raccolti gli elementi valutativi di cui al comma 1 art. 32 e che, dunque, sarebbe, in potenza, direttamente interessato dall'adozione della misura³⁵².

La previsione della comunicazione di avvio del procedimento risponde alla fondamentale esigenza di assicurare la piena partecipazione dei destinatari delle misure all'*iter* amministrativo di adozione del provvedimento che si caratterizza, in questo caso, per effetti ablatori e conformativi.

Vale la pena evidenziare, in proposito, che seppur si tratti di una previsione pienamente ossequiosa dei principi, interni e sovranazionali, che governano i rapporti tra privati e amministrazione, essa si pone, invero, in controtendenza rispetto all'impostazione tradizionalmente seguita dal legislatore – e corroborata dalla giurisprudenza³⁵³ – nell'ambito dei procedimenti di prevenzione antimafia, che è stata, invece, una acquisizione dalla portata dirompente unicamente nelle più recenti riforme³⁵⁴.

³⁵¹ Vale la pena rammentare che, ai sensi dell'articolo richiamato, si prevede che: *“Ove non sussistano ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento, l'avvio del procedimento stesso è comunicato, con le modalità previste dall'articolo 8, ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti ed a quelli che per legge debbono intervenire. Ove parimenti non sussistano le ragioni di impedimento predette, qualora da un provvedimento possa derivare un pregiudizio a soggetti individuati o facilmente individuabili, diversi dai suoi diretti destinatari, l'amministrazione è tenuta a fornire loro, con le stesse modalità, notizia dell'inizio del procedimento. 2. Nelle ipotesi di cui al comma 1 resta salva la facoltà dell'amministrazione di adottare, anche prima della effettuazione delle comunicazioni di cui al medesimo comma 1, provvedimenti cautelari.”*

³⁵² Chiariscono le Linee guida Anac (cfr. Seste Linee Guida Anac, *cit.*) che *“Nei casi in cui l'operatore economico risulti affidatario della commessa pubblica in qualità di componente di un consorzio, di un raggruppamento o di qualsiasi altra organizzazione associativa o struttura societaria, il Presidente dell'A.N.AC. può - qualora ne ravvisi la necessità - integrare il contraddittorio comunicando l'avvio del procedimento anche agli altri soggetti che partecipano all'organismo aggregato.”*

³⁵³ Come noto, sino all'ultimo intervento del già citato d.l. 152/2021, costituiva approccio consolidato in giurisprudenza l'affermazione della coerenza sistematica delle disposizioni del Codice antimafia che prevedevano la dequotazione del momento partecipativo dei soggetti attinti alle misure preventive come meramente eventuale, a tal fine valorizzando i profili di urgenza connessi all'adozione della misura. Si vedano in proposito, *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. III, sent. 22 febbraio 2018, n. 1108; Cons. Stato, sez. III, sent. 24 luglio 2015, n. 3653; Cons. Stato, sez. VI, sent. 12 dicembre 2011,, n. 6493; Cons. Stato, sez. V, sent. 2 marzo 2009, n. 1148; Cons. Stato, sez. VI, sent. 7 novembre 2006, n. 6555. Tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

Con riferimento al tema e, in particolare, alla declinazione del principio del giusto procedimento in materia di misure di prevenzione antimafia, si consenta di rinviare, da ultimo, a L. Filleri, *Note sul principio del giusto procedimento nella materia della documentazione antimafia*, in *Nuove Autonomie*, n. 2/2021.

³⁵⁴ Il riferimento è, ancora una volta, al d.l. 152/2021, che, nell'apportare significative modifiche in chiave garantista al Codice antimafia, ha previsto, all'art. 48, rubricato *“Contraddittorio nel procedimento di rilascio dell'interdittiva antimafia”*, la modifica dell'art. 92 del d.lgs. 159/2011, prevedendo, in particolare, al novellato comma 2bis che: *“Il prefetto, nel caso in cui, sulla base degli esiti delle verifiche disposte ai sensi del comma 2, ritenga sussistenti i presupposti per l'adozione dell'informazione antimafia interdittiva ovvero per procedere all'applicazione delle misure di cui all'articolo 94-bis, e non ricorrano particolari esigenze di celerità del procedimento, ne dà tempestiva comunicazione al soggetto interessato, indicando gli elementi sintomatici deitentativi di infiltrazione mafiosa. Con tale comunicazione è assegnato un termine non superiore a venti giorni per presentare osservazioni scritte, eventualmente corredate da documenti, nonché per richiedere l'audizione, da effettuare secondo le modalità previste dall'articolo 93, commi 7, 8 e 9. In ogni caso, non possono formare oggetto della comunicazione di cui al presente comma elementi informativi il cui disvelamento sia idoneo a pregiudicare procedimenti amministrativi o attività processuali in corso, ovvero l'esito di altri accertamenti finalizzati alla prevenzione delle infiltrazioni mafiose. La predetta comunicazione sospende, con decorrenza dalla relativa data di invio, il termine di cui all'articolo 92, comma 2. La procedura del contraddittorio si conclude entro sessanta giorni dalla data di ricezione della predetta comunicazione.”*

E dunque, la comunicazione di avvio del procedimento³⁵⁵, quale primo e fondamentale presidio di partecipazione dei privati, consente ai soggetti potenzialmente destinatari di un provvedimento amministrativo autoritativo di essere messi, anzitutto, a conoscenza della sussistenza di un procedimento che li vede direttamente coinvolti e rispetto al quale viene data loro la possibilità di intervenire instaurando un confronto dialogico e propositivo con l'amministrazione procedente.

A tal fine, detta comunicazione contiene l'indicazione di ogni informazione utile per gli interessati, tra cui l'indicazione del responsabile del procedimento, l'individuazione dell'ufficio presso cui è possibile esercitare l'accesso agli atti, nonché l'indicazione di un termine, ordinariamente pari a venti giorni ma suscettibile – al ricorrere di particolari situazioni di necessità e di urgenza – di essere ulteriormente ridotto, entro cui le parti possono presentare, ove lo ritengano opportuno, eventuali memorie, deduzioni scritte e documenti.

In proposito, l'Anac ha specificato³⁵⁶ come tale intervento del privato nel procedimento non possa, comunque, avere ad oggetto argomentazioni che siano volte a confutare i fatti delittuosi, le responsabilità e/o ulteriori profili di illiceità che vengono posti a fondamento della decisione atteso che trattasi di elementi la cui sussistenza può essere sindacata unicamente dall'autorità giudiziaria nell'ambito di un giudizio penale.

Al ricorrere poi, di situazioni di particolare complessità ovvero laddove si rappresentino specifiche esigenze, al fine di garantire la massima dialettica tra privati e amministrazione, gli interessati possono formulare al Presidente dell'Anac una richiesta motivata di audizione personale, il cui effettivo svolgimento è rimesso ad una valutazione dell'Autorità sulla base della documentazione e delle informazioni acquisite.

All'esito della valutazione delle risultanze istruttorie emerse nel corso del procedimento, che deve concludersi nel termine ordinario di centottanta giorni a decorrere dalla comunicazione di avvio³⁵⁷, il Presidente dell'Anac si determina o per l'archiviazione del procedimento ovvero per la formulazione al Prefetto territorialmente competente della richiesta di applicazione di una delle tre misure previste dall'art. 32, commi 1 e 8.

³⁵⁵ Nell'ambito delle Seste Linee Guida, *cit.*, peraltro, l'Anac ha anche affrontato la questione relativa al coordinamento interno ai medesimi uffici dell'Autorità nonché alle altre pubbliche amministrazioni, in vista di una maggiore coerenza operativa che prevede la trasmissione della comunicazione di avvio del procedimento anche agli uffici di vigilanza sui contratti pubblici e quelli volti alla prevenzione della corruzione. A tal fine *“Lo Staff del Presidente effettua una verifica, attraverso il protocollo informatico, circa l'eventuale pendenza, presso gli altri uffici dell'Autorità, di procedimenti a carico degli operatori economici, ove individuati come possibili destinatari delle misure straordinarie. Nel caso in cui il Presidente disponga di avviare il procedimento, la relativa comunicazione di avvio viene trasmessa, ai fini di un coordinamento interno, agli uffici individuati all'esito delle verifiche di cui sopra. La medesima comunicazione è trasmessa, qualora il Presidente ne ravvisi la necessità per eventuali seguiti di competenza, agli uffici sia di vigilanza anticorruzione sia di vigilanza contratti pubblici. I suddetti uffici sono tenuti ad informare tempestivamente il Presidente sui procedimenti in corso e su eventuali sopravvenienze. Agli uffici di cui sopra sono comunicati, altresì, la formulazione della proposta di adozione delle misure straordinarie – o l'archiviazione del procedimento – e l'adozione del successivo decreto prefettizio. Del decreto prefettizio di adozione delle misure straordinarie, anche ove adottato ai sensi del comma 10 del citato art. 32, viene data comunicazione agli uffici di vigilanza.”*

³⁵⁶ Ancora, Seste Linee Guida Anac, *Disposizioni per la disciplina del procedimento preordinato alla proposta del Presidente dell'A.N.AC. di applicazione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio, ai sensi dell'art. 32 del d.l. 90/2014*, 8 luglio 2020, in www.anticorruzione.it/-/disposizioni-per-la-disciplina-del-procedimento-preordinato-alla-proposta-del-presidente-dell-a.n.ac.-di-applicazione-delle-misure-straordinarie-di-gestione-sostegno-e-monitoraggio-ai-sensi-dell-art.-32-del-d.l.-90/2014-adottate-in-data-11-aprile-2019-a-s

³⁵⁷ *Ibidem*.

Nel primo caso, l'archiviazione può conseguire, anzitutto, ad una riscontrata carenza, originaria o sopravvenuta, dei presupposti ovvero delle finalità sottese alla predisposizione dello strumento cautelare.

Ben può accadere, infatti, che gli elementi informativi e documentali raccolti nell'ambito del procedimento amministrativo non raggiungano quel grado di qualificata probabilità comunque necessaria alla dichiarazione di sussistenza dei presupposti per la richiesta di misure straordinarie, così come può verificarsi che, nelle more dell'adozione del provvedimento – *rectius* della proposta -, si siano affievolite in modo tanto considerevole le istanze di recupero e di salvaguardia della legalità che non si renda più necessario alcun intervento in chiave preventiva³⁵⁸.

In disparte tali ipotesi, deve comunque darsi atto che gli esiti della valutazione discrezionale rimessa al Presidente dell'Anac in ordine alla sussistenza o meno degli elementi di devianza da porre a presupposto delle misure *ex art. 32 d.l. 90/2014* non può non tener conto delle risultanze di eventuali giudizi penali laddove i fatti rilevati si siano concretizzati in una notizia di reato e abbiano condotto all'avvio di un procedimento penale.

Si è già rilevato, infatti, che se è vero che la predisposizione degli strumenti cautelari di cui trattasi non ha quale suo presupposto logico, visto il tenore della *littera legis*, la preventiva instaurazione di un procedimento penale - nel senso che non sussiste tra i due ambiti alcun rapporto di pregiudizialità - non può tuttavia negarsi che laddove questo sia avviato³⁵⁹, i suoi esiti siano in grado di condizionare anche le misure che si intendano adottare sul piano amministrativo: in questo senso, appare ragionevole che il Presidente dell'Anac non si determini per la formulazione della proposta al Prefetto nei casi in cui il Pubblico Ministero non ritenga vi siano elementi sufficienti per la richiesta di rinvio a giudizio ed il relativo procedimento penale si concluda con un decreto di archiviazione del Giudice per le indagini preliminari.

Parimenti, non può ritenersi possibile procedere per l'applicazione della misura amministrativa nel caso di sopravvenuto intervento, nel corso dell'istruttoria, di provvedimenti cautelari di prevenzione di matrice giudiziale: si tratta, in particolare, della predisposizione *medio tempore* delle misure della confisca, del sequestro e dell'amministrazione giudiziaria dell'impresa³⁶⁰.

³⁵⁸ A titolo esemplificativo, è questa l'ipotesi che ricorrerebbe nel caso in cui l'impresa, anche a seguito dell'avvio del procedimento per la predisposizione delle misure di cui all'art. 32 d.l. 90/2014, attuando una sorta di ravvedimento operoso, si attivi per attivare o intensificare tutte le misure di *self-cleaning* previste dal d.lgs. 231/2001 in modo da blindare l'azienda da eventuali tentativi di infiltrazione della criminalità ovvero isolando ed eliminando i riscontrati episodi di devianza.

³⁵⁹ Si segnala, sul punto, che l'art 32, comma 1 impone al Presidente dell'Anac, laddove proceda per rilevate "*situazioni anomale e comunque sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali*" di darne tempestiva comunicazione al Procuratore della Repubblica territorialmente competente, informazione che equivale, in sostanza, all'indicazione di una notizia di reato.

A tal proposito, e riguardo alle criticità del coordinamento tra procedimento amministrativo e processo penale, si veda F. Sgubbi, T. Guerini, *L'art. 32 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, un primo commento*, 24 settembre 2014, in www.penalecontemporaneo.it.

³⁶⁰ Con i riferimento ai rapporti tra le misure di matrice giudiziale e quelle di cui all'art. 32, d.l. 90/2014, si rinvia alle considerazioni che si svolgeranno *funditus* nel prossimo capitolo, anche in relazione al commissariamento di cui all'art. 34bis d.lgs. 159/2011.

Sono misure che, ai sensi del medesimo art. 32, comma 5 d.l. 90/2014³⁶¹ comportano la revoca o la cessazione degli effetti dei provvedimenti straordinari di sostegno, gestione e monitoraggio delle aziende, laddove adottati, e che quindi, *a fortiori* escludono, per incompatibilità logica, la loro successiva predisposizione da parte dell'autorità amministrativa: in questo caso, la misura tesa a garantire il ripristino della legalità violata sarà, in sede cautelare, individuata dal Tribunale così spostando i termini della questione dal piano amministrativo a quello puramente penale.

Ove, invece, l'istruttoria abbia suffragato la sussistenza di elementi e la ricorrenza di fatti tali da fondare il convincimento della necessità di ricorrere all'adozione di una delle misure di cui all'art. 32 d.l. 90/2014, il Presidente dell'Anac procede con la formulazione di una proposta indirizzata al Prefetto competente.

L'atto che si pone a conclusione di questa prima fase del procedimento di applicazione delle misure straordinarie, concretizzandosi in una richiesta di adozione di un provvedimento cautelare all'autorità prefettizia – sino a questo momento estranea al procedimento – contiene l'esplicitazione dei passaggi valutativi dell'*iter* procedurale. Segnatamente, la proposta deve essere diffusamente motivata in ordine a tutti gli elementi a sostegno dell'adozione della misura e le risultanze dell'istruttoria, con conseguente enucleazione dei presupposti oggettivi e soggettivi, dell'accertamento e della gravità dei fatti³⁶², della ponderazione delle argomentazioni espresse dalle parti.

Nell'ambito della proposta, il Presidente dell'Anac si spinge sino ad indicare la misura che ritiene più idonea al caso di specie, effettuando, quindi, una ponderazione degli elementi raccolti e graduando la risposta cautelare a seconda della pervasività dell'illegalità nell'operato dell'azienda e, dunque, degli interventi necessari a ricondurla nell'ambito della legalità.

In base alle peculiarità della singola fattispecie, la proposta può contenere anche la richiesta di applicazione combinata di due misure – normalmente quelle di cui al comma 8 quella di cui al comma, 1 lett. b) art. 32 – nonché la previsione di alcune indicazioni specifiche sui tempi e sulle modalità di esercizio della misura, calibrandole in relazione alla tipologia delle prestazioni contrattuali³⁶³.

³⁶¹ Dispone il comma 5 della disposizione in commento che “ *Le misure di cui al comma 2 sono revocate e cessano comunque di produrre effetti in caso di provvedimento che dispone la confisca, il sequestro o l'amministrazione giudiziaria dell'impresa nell'ambito di procedimenti penali o per l'applicazione di misure di prevenzione ovvero dispone l'archiviazione del procedimento. L'autorità giudiziaria conferma, ove possibile, gli amministratori nominati dal Prefetto.*”.

³⁶² Laddove sia stato instaurato un procedimento penale, per la motivazione in ordine all'accertamento dei fatti, è sufficiente che il Presidente dell'Anac abbia preso cognizione degli elementi fattuali rilevati nell'ambito del procedimento penale e li abbia ritenuti adeguati e coerenti con la sua decisione, potendo legittimamente far ricorso ad una motivazione secondo la dinamica argomentativa *per relationem*, nonché richiamare, anche integralmente, il contenuto dei provvedimenti adottati dall'autorità giudiziaria per quanto riguarda l'esposizione, la ricostruzione e l'accertamento dei fatti. Cfr. Seste Linee Guida Anac, *Disposizioni per la disciplina del procedimento preordinato alla proposta del Presidente dell'A.N.AC. di applicazione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio, ai sensi dell'art. 32 del d.l. 90/2014, cit.*

³⁶³ A titolo esemplificativo, le Seste Linee Guida Anac, cit., si riferiscono a: “*richiesta di adeguamento formale alla situazione negoziale esistente di fatto; aggiornamento del sito web dell'operatore economico con le informazioni relative alla gestione commissariale del contratto; invito alla stazione appaltante di adeguamento del proprio sito istituzionale con la identificazione esplicita e trasparente di ogni utile informazione in ordine alla misura di straordinaria gestione del contratto, in modo da rendere agevole il controllo diffuso da parte dell'utenza sulle modalità di esecuzione della*

La proposta così formulata, corredata dalla documentazione ricevuta nel corso dell'istruttoria, viene trasmessa al Prefetto territorialmente competente per le rispettive determinazioni, nonché, a fini conoscitivi e di coordinamento, al Procuratore della Repubblica, così esaurendo la fase sub-procedimentale in capo all'Autorità anticorruzione. A questo momento propositivo dovrebbe riconoscersi, si ritiene, natura di atto prodromico in senso stretto, giacché segna la conclusione di una fase del procedimento che sintetizza le valutazioni dell'amministrazione, segnando il punto di approdo di un processo decisionale che fa assumere dignità provvedimento alla proposta tanto da renderla immediatamente impugnabile, giacché immediatamente lesiva soprattutto sotto il profilo dell'immagine dell'ente³⁶⁴.

5.2. *Le valutazioni del Prefetto competente razione loci*

Con la trasmissione della proposta, necessaria ma non vincolante per l'Autorità prefettizia³⁶⁵, il procedimento viene incardinato presso la Prefettura – U.t.G. cui spetta ogni successiva valutazione in ordine agli elementi eventualmente sopravvenuti e alle successive istanze che vogliono essere fatte valere nell'ambito del procedimento.

L'indicata scissione tra i due *step* del procedimento si configura, invero, come tendenziale, ben potendo il Prefetto richiedere la collaborazione dell'Autorità anche nella successiva fase, formulando richieste o quesiti interpretativi in ordine alle criticità emerse.

In ordine al prosieguo del procedimento di applicazione delle misure *ex art.* 32 d.l. 90/2014, la formulazione della disposizione – originariamente muta sul punto – non chiarendo i criteri per l'individuazione del Prefetto competente, ha posto, in proposito, un primo problema interpretativo.

E nemmeno la successiva indicazione, in sede di conversione in legge, dell'individuazione della competenza del Prefetto dove ha sede la stazione appaltante, seppur corroborata dall'orientamento fornito dall'Anac³⁶⁶, esaurisce le criticità sul punto.

commessa pubblica; attività di monitoraggio e controllo da parte degli amministratori straordinari sull'attività conformativa del soggetto committente alle prescrizioni e adempimenti della legge 190/2012."

³⁶⁴ Sulle caratteristiche dell'atto prodromico autonomamente impugnabile, v. Cons. Stato, ad. plen., 5 maggio 2014 n. 13, in Foro amm., 2014, 5, p. 1392. L'interesse personale, concreto ed attuale al conseguimento di un vantaggio anche solo di ordine morale è comunemente ritenuto idoneo a integrare il requisito dell'interesse a ricorrere; al riguardo v. da ultimo: Cons. Stato, sez. V, 23 febbraio 2015 n. 855, in Red. Giuffrè amm. 2015, 16 gennaio 2015 n. 87; *ibidem*, 27 agosto 2014; *ibidem* 2014.

³⁶⁵ Tra gli altri, cfr. E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2019, p. 415, che riporta la distinzione tra atto di proposta vincolante e non vincolante: nel primo caso, la proposta comporta il dovere della P.A. che la riceve di conformarvisi e, dunque, di far proprio l'atto proposto; nel secondo caso, che qui ricorre, l'amministrazione può valutare l'opportunità di esercitare il potere o di non adottare l'atto.

³⁶⁶ Cfr. Prime Linee Guida Anac, *Prime Linee guida per l'avvio di un circuito collaborativo tra Anac- Prefetture – U.t.G. e enti locali per la prevenzione dei fenomeni di corruzione e l'attuazione della trasparenza amministrativa*, 15 luglio 2014, (in www.anticorruzione.it/-/prime-linee-guida-per-l'avvio-di-un-circuito-stabile-e-collaborativo-tra-anac-prefetture-utg-e-enti-locali-per-la-prevenzione-dei-fenomeni-di-corruzione-e-l-attuazione-della-trasparenza-amministrativa.), secondo cui: "Per quanto attiene al tema della competenza territoriale del prefetto, attesa l'ellittica formulazione della norma, sarebbero praticabili diverse opzioni. Nelle more di un auspicabile chiarimento in sede di conversione, appare prudente rimettersi ad un criterio interpretativo che agganci l'individuazione della competenza territoriale ad un elemento di sistema già presente nel diritto positivo. In particolare, è possibile fare riferimento all'articolo 90, comma 1, del Codice antimafia, che, in relazione al rilascio delle informazioni, affida tale competenza, alternativamente, al prefetto del luogo in cui hanno sede le stazioni appaltanti o del luogo in cui hanno residenza o sede le persone fisiche, le imprese o gli altri soggetti nei cui confronti viene richiesta la stessa informazione. Il radicamento della competenza conseguirà

Infatti, sebbene l'opzione legislativa che individua il Prefetto competente in base ad un criterio territoriale incardinato nel luogo ove ha sede il soggetto committente è, senz'altro, pienamente compatibile e coerente con la precipua finalità della misura di straordinaria e temporanea gestione, limitata alla completa esecuzione del contratto, comporta problemi applicativi nell'ipotesi, non infrequente, in cui vi siano una molteplicità di contratti d'appalto stipulati con altrettante stazioni appaltanti aventi, ciascuna, sede in una diversa provincia di riferimento.

In questi casi, al fine di non pregiudicare il raggiungimento degli obiettivi perseguiti dalla misura, si è tentato di individuare, in via interpretativa, ulteriori criteri, complementari e integrativi, coerenti con le ragioni di speditezza ed economicità sottese all'art. 32 d.l. 90/2014, cui poter far ricorso per l'individuazione del Prefetto competente ad assumere il provvedimento finale.

Segnatamente, secondo quanto previsto dalle Seste Linee Guida Anac, sarebbe prospettabile una differente soluzione a seconda delle misure che si intenderebbe applicare al caso di specie.

Dunque, in caso di richiesta di commissariamento, il Presidente dell'Anac provvederebbe ad inoltrare la misura a tutti i prefetti territorialmente competenti, evidenziando, tuttavia, l'opportunità che le medesime prefetture concordino modalità di raccordo organizzativo. In questo modo, si conferirebbe ai medesimi uffici territoriali del Governo la possibilità di coordinarsi sulla fattispecie concreta, all'uopo individuando un'unica prefettura in qualità di referente principale, avente funzioni decisionali e di coordinamento, che indichi un'unica gestione commissariale con riferimento a tutti i contratti pendenti.

Una soluzione diversa può, invece, prospettarsi con riferimento alla misura del sostegno e monitoraggio dell'impresa di cui all'art. 32, comma 8.

In questo caso, di fronte alla molteplicità delle stazioni appaltanti coinvolte, il ricorso ad un differente criterio, rispetto a quello ordinariamente previsto dal comma 1, art. 32, si spiega in ragione dei diversi effetti – nonché della diversa *ratio* – connessa all'ipotesi del tutoraggio d'impresa che, nell'incidere sull'assetto organizzativo e gestionale dell'azienda, comporta che l'attività degli esperti si sviluppi non tanto presso i luoghi di esecuzione degli appalti ma presso la sede legale dell'impresa.

Sicché appare congruo che possa demandarsi alla Prefettura del luogo ove ha sede legale l'impresa il ruolo di coordinamento e di verifica sull'applicazione della misura. Infatti, ai fini di una corretta applicazione di tale strumento di accompagnamento assume rilievo preminente la conoscenza della *governance* dell'impresa, delle strutture organizzative e delle dinamiche che ne orientano e ne condizionano le scelte. In tal senso, il Prefetto della provincia in cui l'impresa destinataria del sostegno e monitoraggio ha la propria sede può costituire, con maggiore efficacia, il ruolo di referente per l'adozione delle misure decisionali in ordine all'adozione delle misura³⁶⁷, dovendosi ritenere che “*il livello di*

alla scelta effettuata dalla Autorità proponente, e, dunque, dal Presidente dell'ANAC, sulla base delle varie esigenze che emergono nelle singole fattispecie. Restano ovviamente ferme le disposizioni che, in relazione a particolari fattispecie (com'è, ad esempio, per il caso della ricostruzione in Abruzzo o dell'Expo 2015), prevedono la possibilità di specifiche deroghe anche al cennato articolo 90, comma 1.”

³⁶⁷ Un simile criterio, invero, è stato suffragato dallo stesso Ministero dell'Interno, nell'ambito della circolare n. 9198 dell'8 febbraio 2017, consultabile sul sito istituzionale del Ministero dell'Interno www.interno.gov.it.

efficacia dell'attività svolta dagli esperti, infatti, potrà essere ben più elevato ove la stessa possa esplicitarsi presso un'unica Prefettura, coincidente territorialmente con la provincia ove ha sede l'operatore economico destinatario della misura del sostegno e monitoraggio."³⁶⁸.

L'individuazione della competenza prefettizia, dunque, si fonda su un criterio di *vicinitas* rispetto alle finalità perseguite dalle misure di prevenzione che si intendano concretamente adottare: il luogo ove ha sede la stazione appaltante, in caso di predisposizione di un commissariamento *ad contractum*; il luogo ove ha sede l'impresa – in caso di molteplicità di stazioni appaltanti coinvolte – nel caso in cui appaia sufficiente instaurare una *tutorship* degli organi sociali.

Una simile impostazione discende, peraltro, dalla natura e dalle funzioni attribuite dall'ordinamento agli Uffici territoriali del Governo, dislocazioni periferiche dell'Amministrazione centrale deputate al mantenimento dell'ordine pubblico, alla prevenzione delle infiltrazioni mafiose e al controllo sugli enti locali, aventi il compito di calare le politiche decise a livello centrale sulle peculiari dinamiche del territorio che amministrano³⁶⁹.

In questo senso, la scelta di rimettere l'adozione di un provvedimento cautelare a carattere ablatorio e conformativo per l'impresa che ne è destinataria al Prefetto, risponde alla necessità che l'amministrazione predisponga, sulla base dei già citati criteri di proporzionalità e di efficienza, lo strumento più idoneo a salvaguardare l'interesse pubblico senza arrecare pregiudizi irragionevoli alla libertà economica del privato.

La peculiare posizione del Prefetto nell'ambito del contesto nazionale e territoriale, che vale a renderlo collante informativo e avamposto decisionale del Ministero dell'Interno, una "*rete delle reti*"³⁷⁰ nell'ordinamento repubblicano, consente di attuare più efficacemente l'essenziale bilanciamento tra istanze pubblicistiche e interessi privatistici, sul cui equilibrio si poggia la coerenza delle misure di cui all'art. 32 d.l. 90/2014 con il sistema di prevenzione.

Al Prefetto, infatti, è rimessa, in ultima analisi, l'effettiva decisione in merito allo strumento da adottare e finanche in relazione alla predisposizione dell'intervento pubblicistico.

Infatti, come accennato, sebbene la proposta del Presidente dell'Anac si configuri, in queste ipotesi, come requisito essenziale e imprescindibile per l'adozione delle misure, d'altra parte, permane in capo al Prefetto un margine di valutazione assai ampio, che risulta essere scollegato dai termini e dalle modalità applicative di tali provvedimenti cautelari contenute nell'atto propositivo presidenziale, che non è vincolante.

³⁶⁸ Parere del Ministero dell'Interno alla Prefettura di Monza e Brianza, 8 febbraio 2017, n. 15006/2(49), in www.interno.gov.it.

³⁶⁹ In tema, sul ruolo del Prefetto, si vedano, tra gli altri, M. T. Sempreviva (a cura di), *Ordinamento e attività istituzionali del Ministero dell'Interno*, Roma, 2020; M. Valentini, L. Falco, *Dialogo sul futuro del Ministero dell'Interno. Dieci proposizioni per l'amministrazione dell'interno 4.0*, Napoli, 2018; C. Mosca, *Il Prefetto e l'Unità nazionale*, Napoli, 2016; V. Rossi, *L'intelligence prefettizia*, in *Amministrazione Pubblica*, n. 99/2016.

³⁷⁰ Cfr. P. Cozzoli, *L'intelligence del prefetto e la funzione di governo*, in *Amministrazione Pubblica*, n. 8-9-10/1999.

Le due autorità, in questo modo, danno vita a un meccanismo sinergico *extra ordinem*³⁷¹, in grado di garantire speditezza e celerità applicativa e che si connota per una reciproca autonomia valutativa ma non per indipendenza funzionale³⁷².

Il tenore dell'art. 32 d.l. 90/2014, infatti, nell'individuare il Presidente dell'Anac come unico titolare del potere di iniziativa esclude che, per le fattispecie legate a fenomeni di corruzione, possa essere avviato un procedimento in via diretta dal Prefetto, il quale potrebbe, nel caso lo ritenga opportuno, invitare il Presidente ad attivarsi con riguardo a specifiche ipotesi di presunta compromissione delle procedure ad evidenza pubblica³⁷³.

Allo stesso tempo, la proposta dell'Autorità sarebbe destinata a rimanere lettera morta laddove non fosse condivisa e fatta propria dal Prefetto, in capo al quale residua un margine di discrezionalità relativo alla valutazione dei fatti sia in merito alla prospettazione effettuata in merito dal Presidente e, dunque, alla sussistenza del *fumus boni iuris*, sia in ordine alla scelta della misura da predisporre.

Ricevuta la proposta dell'Anac, quindi, il Prefetto è investito di una autonoma fase procedimentale che ha ad oggetto, in particolare, la verifica in ordine alla sussistenza degli elementi invocati a fondamento del provvedimento da adottare.

Segnatamente, ai sensi del comma 2, art. 32 d.l. 90/2014, la predisposizione di una delle tre misure straordinarie va condotta “*previo accertamento dei presupposti indicati al comma 1*” e a seguito della valutazione della “*particolare gravità dei fatti oggetto dell'indagine*”. Sicchè, non essendo vincolato alla ponderazione che di tali elementi ha compiuto il Presidente dell'Anac, il Prefetto, laddove lo giudicasse necessario, può acquisire ogni ulteriore e diverso elemento che ritenesse opportuno anche in termini della valutazione inerente l'atto più rispondente al singolo caso di specie.

La considerazione per cui al Prefetto è rimesso l'onere di svolgere una propria attività istruttoria, oltre a quella già effettuata dall'Autorità nazionale anticorruzione, renderebbe la sequenza procedimentale di cui trattasi, non qualificabile in termini di decisione *pluristrutturata*³⁷⁴, atteso che il decreto prefettizio non è né una decisione su una proposta, di cui non è modificabile il contenuto, né una approvazione o una mera esternazione dell'atto dell'Anac, necessaria per costituirne gli effetti.

³⁷¹ Cfr. A.M. Baroni, *Le misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio delle imprese (art. 32 del d.l. n. 90/2014)*, in M. T. Sempreviva (a cura di), *Ordinamento e attività istituzionali del Ministero dell'Interno*, Roma, 2017.

³⁷² Sul tema, è stato evidenziato, infatti, come “*il procedimento che porta all'adozione della misura commissariale, da parte del Prefetto, debba necessariamente svilupparsi attraverso momenti valutativi autonomi ma fortemente integrati*”. *Seconde Linee Guida Anac “Seconde linee guida per l'applicazione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione anticorruzione e antimafia”*, del 27 gennaio 2015, 14, (in www.anticorruzione.it/-/seconde-linee-guida-per-l-applicazione-delle-misure-straordinarie-di-gestione-sostegno-e-monitoraggio-di-imprese-nell-ambito-della-prevenzione-anticorruzione-e-antimafia).

³⁷³ È stato, in proposito, efficacemente rilevato che, sebbene il Prefetto non sia vincolato al contenuto dell'atto di iniziativa dell'Anac, “*neppure pare che possa del tutto prescindere, mancando una puntualizzazione normativa analoga a quella prevista dal successivo comma 10, secondo periodo, ove si stabilisce che, in caso di emissione di informazione antimafia interdittiva, le misure sono disposte “di propria iniziativa” dal rappresentante del Governo, che ne informa il Presidente dell'Anac*”. V. Torano, *Prime considerazioni sulle misure amministrative di gestione temporanea e straordinaria, sostegno e monitoraggio delle imprese nell'ambito del contrasto della corruzione e della criminalità organizzata*, in www.giustamm.it, n. 2/2015.

³⁷⁴ Ricorda V. Cerulli Irelli, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino, 2014, p. 368, che è pluri-strutturata la fase decisoria di un procedimento amministrativo articolata in una pluralità di manifestazioni di volontà tra loro in vario modo collegate ed espresse in una pluralità di atti, come avviene nelle ipotesi di: deliberazione collegiale; approvazione; decisione su proposta; concerti e intese; procedimenti presupposti; conferenze di servizi; sportelli unici.

È stato ribadito, infatti, sul punto, che la decisione del Prefetto non può risolversi “nella presa d'atto di un processo valutativo maturato aliunde, ma impone un'attenta e complessa verifica anche sulla congruità della misura proposta in relazione alle indicazioni contenute nell'articolo 32.”³⁷⁵.

E allora, l'autorità prefettizia è qui chiamata a svolgere un'autonoma e puntuale verifica sulla particolare gravità – anche in termini di attualità e concretezza - dei fatti alla base della proposta, potendosi in ciò avvalere del patrimonio info-investigativo a propria disposizione, ovvero anche mediante l'avvio di autonome interlocuzioni oltre che con lo stesso Presidente dell'Anac, anche con gli organi di polizia e l'Autorità Giudiziaria, nonché con ulteriori soggetti istituzionali in grado di corroborare il quadro motivazionale a sostegno del provvedimento, soprattutto in vista di una attualizzazione delle condizioni segnalate dall'Anac.

L'esigenza sottesa alla prospettazione di una simile attività istruttoria è volta a fornire al Prefetto ogni elemento utile ai fini della propria valutazione discrezionale, affinché la stessa sia adeguatamente ponderata e la risposta pubblica risulti proporzionale al pericolo per l'ordine e la sicurezza.

All'esito, quindi, di un autonomo e puntuale percorso valutativo in cui potranno essere disposte ulteriori indagini, e acquisiti ulteriori riscontri documentali, anche con il coinvolgimento degli interessati, il Prefetto può o decidere per l'archiviazione del procedimento e, dunque, di non dar corso alla richiesta dell'Anac – nelle stesse ipotesi, si ritiene, per cui il procedimento possa essere archiviato dalla medesima Autorità a seguito dell'avvio del procedimento (si veda *supra*) - , ovvero determinarsi per l'adozione di una delle tre misure previste dai commi 1 e 8 dell'art. 32.

Con l'adozione del provvedimento conclusivo del procedimento, il Prefetto è tenuto ad adeguarsi ai canoni motivazionali di cui all'art. 3 l. 241/1990. In particolare, nel caso in cui si ritenga di dover adottare una misura ablativo/conformativa a carico dell'impresa, appare congruo con le ragioni sottese alla difesa del privato garantire la massima conoscibilità possibile dell'*iter* logico-giuridico seguito dall'amministrazione per la determinazione del proprio convincimento.

Infatti, il rispetto dell'obbligo di una adeguata motivazione si pone, qui, a riequilibrio dell'ampia discrezionalità prefettizia, imponendo all'amministrazione di esplicitare con coerenza e adeguatezza, il percorso logico che ha condotto all'adozione del provvedimento.

Pare, dunque, coerente che, in forza del recupero di quella legalità procedurale che assurge a criterio di legittimazione e canone di legittimità dell'azione amministrativa, in assenza di coordinate imposte dal legislatore, venga valorizzata al massimo la partecipazione dei privati al procedimento, anche in termini di conoscibilità e di intellegibilità delle valutazioni dell'amministrazione.

Sul Prefetto, allora, grava l'onere di indicare con precisione ogni elemento di fatto e circostanza indiziante posta a presupposto della decisione, anche mediante un rinvio *per relationem* alla proposta del Presidente dell'Anac e alle valutazioni ivi svolte, nonché degli elementi che fondano il convincimento per l'adozione di una misura, piuttosto che per un'altra.

³⁷⁵ Cfr. *Seconde Linee Guida Anac*, *ult. cit.*, 17.

Attiene, infatti, alla valutazione prefettizia l'individuazione della misura più idonea al caso di specie in ragione del maggiore o minore livello di compromissione della *governance* aziendale conseguente a vicende corruttive. Spetta, quindi al Prefetto, all'atto dell'adozione del medesimo provvedimento straordinario, ovvero con successiva determinazione, "conformare" i poteri degli amministratori, fornendo loro indicazioni quanto a tempi e modalità di esercizio della misura e stabilendone il relativo compenso³⁷⁶.

In relazione alla specifica definizione dei contenuti di tali poteri - calibrati in relazione alla tipologia della prestazione oggetto della commessa - il Prefetto potrà avvalersi del supporto tecnico e professionale degli stessi amministratori al fine di individuare apposite linee guida volte a disciplinare l'esecuzione del contratto, anche per i suoi aspetti finanziari e contabili³⁷⁷.

Con riferimento, invece, alla durata temporale della misura, secondo il tenore letterale del medesimo art. 32, lo strumento cautelare del commissariamento *ad contractum* si dilata sino alla completa esecuzione dell'opera, servizio o fornitura oggetto del contratto. Tale indicazione non deve tuttavia indurre a ritenere che la stessa, una volta adottata, perda la sua natura di strumento eccezionale e temporaneo: si tratta di un rischio che può presentarsi, in effetti, laddove si tratti di appalti ad esecuzione continuata, nei quali la misura del commissariamento rischierebbe di prolungarsi oltre la sua naturale e fisiologica funzione.

Si è dunque ritenuto, in proposito, che nelle ipotesi di tal fatta, la determinazione del Prefetto in merito alla durata della straordinaria e temporanea gestione possa essere calibrata non tanto in funzione delle esigenze di ultimazione del contratto pubblico, quanto, piuttosto, in ragione dei tempi necessari a ricondurre lo stesso sul piano della corretta e ordinaria fisiologia di mercato³⁷⁸.

Il provvedimento conclusivo del procedimento viene, dunque, notificato agli interessati e, quindi, al rappresentante legale dell'impresa attinta dalla misura e alla stazione appaltante che ha in corso il contratto incriminato con l'operatore economico che si è reso responsabile di atti illeciti. È trasmesso, altresì, per opportuna notizia e per coordinamento informativo, al Presidente dell'Anac e al Procuratore della Repubblica competente, nonché pubblicato a fini di trasparenza, in versione omissata, sul sito web istituzionale della Prefettura.

Dopo l'adozione del decreto che dispone la misura, spetta all'autonomia valutativa e decisionale del Prefetto la considerazione di ogni ulteriore e successiva circostanza relativa alle modalità attuative della misura stessa. Pertanto, eventuali istanze di proroga, di revisione/riesame/revoca o altre richieste di carattere prettamente gestionale devono essere

³⁷⁶ Esulando, tale profilo, dalla trattazione del presente scritto, si rinvia, in proposito alle coordinate ermeneutico-applicative espresse dalla medesima Autorità anticorruzione nell'ambito delle Terze Linee Guida Anac, *Terze linee guida per la determinazione dell'importo dei compensi da liquidare ai commissari nominati dal Prefetto, ai sensi dell'art. 32, commi 1 e 10 del Decreto-Legge n. 90/2014, nell'ambito della prevenzione anticorruzione e antimafia*, 2 febbraio 2016, in www.anticorruzione.it/-/terze-linee-guida-per-la-determinazione-dell-importo-dei-compensi-da-liquidare-ai-commissari-nominati-dal-prefetto-ai-sensi-dell-art.-32-commi-1-e-10-del-d.-l.-n.-90/2014-nell-ambito-della-prevenzione-anticorruzione-e-antimafia.

³⁷⁷ In tema, anche F. Testi, *Il commissariamento delle imprese appaltatrici ex art. 32 d.l. 90/2014*, in M. D'Alberti (a cura di), *Corruzione e pubblica amministrazione*, Napoli, 2017.

³⁷⁸ *Seconde Linee Guida Anac, ult. cit.*, che evidenziano, in proposito, come la durata del commissariamento possa essere tarata, ad esempio, sul tempo utile all'esperimento delle procedure necessarie all'individuazione di un nuovo contraente *in bonis*.

rivolte esclusivamente al Prefetto che ha disposto la misura e che effettuerà una nuova valutazione in ordine alle possibili sopravvenienze intervenute.

Prima di pronunciarsi in merito alla richiesta, il Prefetto può chiedere al Presidente dell'Anac di esprimere le proprie valutazioni rendendo un parere a titolo collaborativo e, anche stavolta, dal carattere non vincolante rispetto alle decisioni del Prefetto.

5.3. Procedimento di applicazione monofasico: iniziativa e definizione prefettizia

La serie procedimentale che conduce all'applicazione di una tra le misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio delle imprese si connota per notevoli profili di specialità rispetto all'*iter* configurato dal comma 1, art. 32 d.l. 90/2014, laddove sia stata disposta una comunicazione antimafia interdittiva.

Sul punto, il comma 10 della medesima disposizione si limita, laconicamente, ad indicare che *“le misure sono disposte di propria iniziativa dal Prefetto che ne informa il Presidente dell'Anac”*³⁷⁹.

Ove si intenda procedere ai sensi dell'art. 32, comma 10, d.l. 90/2014, dunque, ci si trova al cospetto di un procedimento monofasico, la cui competenza è rimessa, in via sostanzialmente esclusiva all'autorità prefettizia, prevedendo unicamente un dovere informativo nei confronti del Presidente dell' Anac.

Il ruolo ancillare cui è relegata l'Autorità nell'ambito dell'ipotesi di impresa attinta da una informazione antimafia interdittiva è presto spiegata in considerazione dei differenti beni per la cui tutela sono predisposte le misure straordinarie *ex art. 32*: laddove detti strumenti siano applicati per salvaguardare il buon andamento dell'amministrazione da possibili illeciti di matrice corruttiva, pare ragionevole che il procedimento sia rimesso, quantomeno in parte, all'Autorità indipendente che ha quale sua *mission* istituzionale la lotta e la prevenzione della corruzione; di converso, le medesime esigenze di coinvolgimento dell' Anac non paiono assorbenti nella fattispecie delineata dal comma 10, art. 32, che si realizza nel caso in cui sia necessario contemperare la tutela della sicurezza pubblica con ulteriori interessi pubblici di rango primario.

Tale differente valutazione, in ordine alle finalità sottese all'adozione dell'una o dell'altra misura – con finalità anticorruzione o con finalità antimafia – comporterebbe, peraltro, che nel caso di cui al comma 10, art. 32, atteso che l'evento che si pone a fondamento del provvedimento straordinario integra un giudizio sull'onorabilità dell'operatore economico, sotto il profilo della normativa antimafia, che si riverbera sulla complessiva capacità dell'impresa ad intrattenere rapporti giuridici con l'amministrazione, lo strumento straordinario potrebbe essere predisposto non solo per il contratto per cui è stato richiesto il rilascio della documentazione antimafia, ma anche nei confronti di tutti i contratti in atto al momento del rilascio dell'interdittiva, ove ne ricorressero le condizioni di tutela di preminenti interessi pubblici enucleati dal medesimo comma 10.

Il contemperamento tra tali esigenze e, dunque, la miglior realizzazione dell'interesse pubblico, si configura quale la risultante di un bilanciamento che ben può essere rimesso, in

³⁷⁹ Si specifica poi, che *“nei casi di cui al comma 2-bis, le misure sono disposte con decreto del Prefetto, d'intesa con il Ministro della salute.”*.

tale ultimo caso, all'ufficio territoriale del Governo che opera nel contesto in cui l'impresa è attiva e nei confronti della quale si è determinato per l'adozione di una informazione antimafia interdittiva.

Si specifica in proposito, infatti, che a differenza dell'ipotesi in cui l'adozione delle misure straordinarie sia dettata da finalità anticorruzione (in cui, come evidenziato *supra*, la competenza all'adozione del provvedimento spetta al Prefetto del luogo ove ha sede la stazione appaltante che è parte del rapporto contrattuale su cui grava il *fumus* della ricorrenza di illeciti di matrice corruttiva), si rintraccia, invece, un criterio differente per la predisposizione di un provvedimento *ex art.* 32, comma 10.

Il riferimento normativo pare essere quello di cui al novellato art. 92, comma 2^{ter}, lett. b) d.lgs. 159/2011, ove si prevede che il Prefetto che adotta l'informazione antimafia interdittiva verifica l'eventuale sussistenza delle ragioni di tutela di interessi pubblici di cui all'art. 32, comma 10 d.l. 90/2014, così ponendo in capo alla medesima autorità che ha ritenuto sussistenti rischi di infiltrazione della criminalità organizzata nella compagine gestoria dell'impresa la competenza a predisporre un ulteriore e diverso strumento mitigatorio degli effetti incapacitanti dell'interdittiva.

Sicché, la competenza prefettizia, in ipotesi di tal fatta, si radica, ai sensi dell'art. 87 d.lgs. 159/2011, in capo al Prefetto che ha emanato l'informazione antimafia interdittiva, ossia quello della provincia in cui l'impresa coinvolta ha sede legale, ovvero, per le società costituite all'estero e stabilite nel territorio dello Stato *ex art.* 2508 c.c., quello della provincia in cui si trova la sede secondaria dotata di rappresentanza stabile³⁸⁰.

Dunque, con riferimento al momento genetico del procedimento di applicazione delle misure straordinarie *ex art.* 32 d.l. 90/2014, con specifico riguardo a quelle di cui al comma 10, il già menzionato comma 2^{ter}, art. 92, d.lgs. 159/2011, impone al Prefetto che ha adottato l'informazione antimafia interdittiva di vagliare, contestualmente, la sussistenza dei presupposti per il ricorso ad uno degli strumenti eccezionali di gestione, sostegno e monitoraggio dell'impresa a rischio di infiltrazione della criminalità organizzata.

Dal tenore letterale della disposizione – laddove si prevede che “*il Prefetto, adottata l'informazione antimafia interdittiva, verifica altresì la sussistenza dei presupposti per l'applicazione delle misure di cui all'articolo 32, comma 10, del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90 [..]*” - emerge che, all'atto della predisposizione del provvedimento inibitorio, il Prefetto sia tenuto ad accertare la contemporanea ricorrenza dell'urgente necessità di tutelare gli interessi pubblici contemplati dalla normativa che depongono, quindi, per la salvezza del rapporto contrattuale.

³⁸⁰ Nell'ambito delle Seconde Linee Guida Anac, si contempla l'ipotesi in cui non vi sia coincidenza tra l'ambito provinciale in cui è collocata la sede legale dell'impresa colpita dall'informazione antimafia interdittiva e quello in cui si svolge la vicenda contrattuale rispetto alla quale si è posta l'esigenza di intervenire con le misure straordinarie. In tali casi, per la massima tutela degli interessi sottesi alla predisposizione delle misure di cui all'art. 32, appare fondamentale l'instaurazione di un raccordo virtuoso e di una stretta sinergia operativa tra il Prefetto del luogo ove ha sede legale l'impresa attinta e il Prefetto del luogo ove ha sede la stazione appaltante. In particolare, si rende opportuno l'avvio di un dialogo cooperativo tra le due Autorità prefettizie sin dall'avvio del procedimento, in modo che sia, sin da subito, assicurata massima collaborazione e condivisione informativa.

Cfr. Seconde Linee Guida Anac “*Seconde linee guida per l'applicazione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione anticorruzione e antimafia*”, del 27 gennaio 2015, 13, (in www.anticorruzione.it/-/seconde-linee-guida-per-l-applicazione-delle-misure-straordinarie-di-gestione-sostegno-e-monitoraggio-di-imprese-nell-ambito-della-prevenzione-anticorruzione-e-antimafia).

L'onere di simultanea verifica dell'esistenza dei presupposti di cui all'art. 32, comma 10, potrà essere differentemente modulata – quanto a tempi e modalità procedurali - a seconda delle specificità del caso. Ciò comporta, ad esempio, che laddove, per tipologia di contratto, per valore economico, per caratteristiche della prestazione o dell'operatore economico, appaiano *ictu oculi* manifestamente insussistenti le condizioni per l'adozione di una delle misure straordinarie, il Prefetto si limiterà a comunicare nell'ambito del provvedimento interdittivo l'insussistenza dei predetti presupposti, senza dar corso ad ulteriori approfondimenti³⁸¹.

Diversamente, il Prefetto è tenuto a dare avvio alla procedura volta a valutare l'applicazione delle misure straordinarie di cui all'art. 32, comma 10, d.l. 90/2014.

Riprendendo qui le considerazioni svolte *supra* con riferimento alla predisposizione degli strumenti gestori, di monitoraggio o di sostegno previsti con finalità anticorruzione, in merito alla massima valorizzazione delle garanzie partecipative nell'ambito del procedimento amministrativo, anche in questo caso, l'*iter* volto alla concreta adozione della misura è assistito dagli istituti di partecipazione approntati dalla l. 241/1990.

Da tanto discende, anzitutto, un onere di comunicazione di avvio del procedimento, ai sensi dell'art. 7 l. 241/1990, a tutti i soggetti che siano interessati dal provvedimento finale, per tali dovendosi intendere sia la parte pubblica, cioè la stazione appaltante titolare del rapporto negoziale, che la parte privata, individuabile, in tutta evidenza, nell'impresa destinataria dell'informazione antimafia interdittiva.

Le ragioni sottese a un immediato coinvolgimento della stazione appaltante trovano giustificazione nella necessità di improntare l'operato dell'amministrazione pubblica, globalmente intesa, ad un principio di coerenza e non contraddizione, il cui presupposto essenziale è quello dell'implementazione di un flusso informativo tra soggetti pubblici coinvolti che consenta di non condurre a decisioni, tra loro, poco compatibili³⁸².

Il rischio, in altri termini, è che la stazione appaltante, avuto notizia dell'emanazione del provvedimento interdittivo proceda immediatamente, ai sensi dell'art. 94 d.lgs. 159/2011, al recesso dei contratti o alla revoca delle concessioni e autorizzazioni in essere con l'operatore economico attinto.

Nell'ottica, quindi, di evitare che si verifichino tali ipotesi, si è suggerito³⁸³ che il Prefetto competente provveda a notificare la stazione appaltante in ordine all'avvio della

³⁸¹ Si specifica che la valutazione prefettizia in ordine all'insussistenza dei presupposti per l'attivazione delle misure ex art. 32 d.l. 90/2014, si limita a fotografare un giudizio effettuato in un determinato momento ed in base ad elementi informativi che potrebbero essere parziali. Non è, quindi, escluso che il Prefetto competente ponga mano ad una successiva rivalutazione circa la ricorrenza dei presupposti applicativi delle misure ex art. 32 d.l. n. 90/2014, eventualmente su impulso del Presidente dell'ANAC ovvero di taluno degli ulteriori soggetti cui deve essere comunicata l'informazione antimafia ai sensi dell'art. 92 comma 7 bis d.lgs. n. 159/2011.

³⁸² Tale preoccupazione, peraltro, è stata presa in considerazione anche dal Ministero dell'Interno, che ha diramato, sul punto, precise indicazioni agli Uffici territoriali del Governo affinché non siano vanificate le esigenze di tutela degli interessi pubblici sottese all'adozione di una delle misure di cui all'art. 32 d.l. 90/2014. Si veda, sul punto, Circolare del Ministero dell'Interno, *Misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio delle imprese di cui all'art. 32 co. 10, d.l. 90/2014 – Problematiche applicative e interpretative in ordine al modus operandi delle stazioni appaltanti*, 6 agosto 2015, n. 34983, in www.interno.gov.it.

³⁸³ In questo senso, cfr. Comunicato del Presidente dell'ANAC, *Lettera del Presidente dell'ANAC al Capo di Gabinetto del Ministero dell'Interno relativa a "Misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio delle imprese di cui all'art. 32 co. 10, d.l. 90/2014 – Problematiche applicative e interpretative in ordine al modus operandi delle stazioni appaltanti"*, 15 luglio 2015, consultabile in www.anticorruzione.it. Nel medesimo contesto, per far fronte alle criticità

procedura volta all'applicazione delle misure di cui all'art. 32 d.l. 90/2014, già al momento della trasmissione del provvedimento interdittivo, se del caso corredando la nota informativa con l'invito a non assumere iniziative di sorta con riguardo ai rapporti contrattuali in corso con l'impresa destinataria.

Al contempo, l'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento all'operatore economico interessato dalla possibile applicazione della misura straordinaria risponde, qui, ad una indefettibile esigenza di recuperare gli strumenti di garanzia partecipativa dei privati nell'ambito di un procedimento amministrativo che li vede direttamente coinvolti che, invece, non veniva – sino alle modifiche introdotte dal d.lgs. 152/2021 al Codice antimafia – ritenuto necessario nel corso dell'istruttoria volta all'emissione dell'interdittiva a monte.

Trova, invece, nel contesto dell'adozione delle misure *ex art. 32*, piena applicazione l'art. 7, l. 241/1990, inerente la comunicazione di avvio del procedimento, nell'ambito del quale si consente all'operatore economico che si intende commissariare di esercitare tutti i diritti espressamente contemplati dall'art. 10 della medesima l. 241/1990. Segnatamente, si dà la possibilità all'impresa attinta dal provvedimento interdittivo di prendere visione degli atti del procedimento, di presentare memorie scritte e documenti nell'ambito delle quali poter rappresentare elementi in fatto e in diritto che possano essere utili per una più accurata e aderente ricostruzione, in ottica collaborativa, della vicenda di cui si tratta.

Resta, comunque, fermo che trovano qui applicazione le ipotesi derogatorie della partecipazione dei privati al procedimento, previste dal medesimo art. 7, l. 241/1990, al ricorrere delle quali l'eventuale obliterazione del momento partecipativo non si riverbera in un vizio di illegittimità dell'adottato provvedimento ai sensi dell'art. 32 d.l. 90/2014.

Prevede, infatti, il menzionato art. 7, che l'amministrazione procede alla comunicazione dell'avvio del procedimento salvo che “*sussistano ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità*”, in tal guisa ammettendo la cedevolezza del diritto alla partecipazione procedimentale dei privati di fronte ad ipotesi in cui l'autorità sia chiamata a intervenire con una tempestività tale che non le è consentito attivare meccanismi di interlocuzione con gli interessati³⁸⁴.

di cui trattasi, il Presidente Anac ha disposto l'inserimento nel casellario informatico e nella Banca dati nazionale dei contratti pubblici, di cui all'art. 213 commi 8 e 10 d.lgs. 50/2016, dell'annotazione relativa all'avvio del procedimento di adozione delle misure *ex art. 32 d.l. 90/2014*.

³⁸⁴ Con riferimento all'applicazione delle misure *ex art. 32 d.l. 90/2014* e alla possibilità per il Prefetto competente di non predisporre le garanzie procedurali in ragione della particolare urgenza di commissariamento dell'impresa, si veda, a titolo esemplificativo, la valutazione effettuata dal Prefetto di Torino in relazione alla predisposizione della misura straordinaria di temporanea gestione *ex art. 32* della società Parcolimpico s.r.l., adottata nella medesima data del provvedimento interdittivo antimafia.

Si legge, infatti, nella parte motiva del decreto di predisposizione del commissariamento, predisposto al fine di assicurare lo svolgimento della manifestazione sportiva internazionale NITTO ATP FINALS 2021-2025, che sussistevano, nel caso di specie, particolari ed eccezionali esigenze di celerità per cui è consentito procedere anche in assenza della comunicazione di avvio del procedimento per la valutazione dei presupposti per l'applicazione delle misure di straordinaria e temporanea gestione di cui al citato art.32, comma 10, del d.l. n.90/2014, “*tenuto conto che dalla data odierna decorrono n.60 giorni lavorativi alla data prevista per l'inizio dell'allestimento della manifestazione (24 ottobre 2021) ed n.74 giorni lavorativi alla data di inizio dell'evento (14 novembre 2021) e che, in base ad informazioni acquisite, per le ATP FINALS di Torino sarebbero già stati venduti circa 85.000 biglietti, pertanto ne consegue: - l'impossibilità in concreto di valutare i presupposti per programmare e allestire lo svolgimento della manifestazione sportiva internazionale in argomento in un sito alternativo rispetto al “Pala Alpitour”; - l'eccezionale “urgente necessità” di provvedere senza ritardo, onde scongiurare il rischio di mancato svolgimento della manifestazione sportiva nei tempi previsti, con conseguente significativo impatto su tutti gli interessi pubblici delineati nelle citate premesse del decreto-*

Le eventuali controdeduzioni rese dall'impresa a seguito dell'avvio del procedimento costituiscono, ove pertinenti, oggetto di ponderazione da parte dell'amministrazione procedente.

In merito al momento più strettamente valutativo in ordine alla sussistenza dei presupposti per l'adozione delle misure *ex art. 32 d.l. 90/2014*, in particolare in punto di preminenza degli interessi pubblici che depongono nel senso della prosecuzione del rapporto negoziale, nonché con riferimento alla scelta della misura e alla sua conseguente perimetrazione *ratione materiae* e *ratione temporis*, nel silenzio della disposizione, le Seconde Linee Guida³⁸⁵ richiamano uno specifico modulo procedimentale improntato alla snellezza dell'istruttoria e alla contestuale condivisione degli interessi delle amministrazioni pubbliche chiamate a prendervi parte, che è la conferenza di servizi.

Il Prefetto, dunque, valutata la sussistenza di un *fumus boni iuris* in grado di giustificare il ricorso ai poteri di commissariamento, provvede a convocare d'ufficio, ai sensi dell'art. 14, comma 3, l. 241/1990, una conferenza di servizi che prevede la partecipazione, oltre ai rappresentanti della stazione appaltante, anche dei funzionari della competente Direzione Territoriale del Lavoro o dell' Agenzia delle Entrate ovvero dell' Agenzia delle Dogane e dei Monopoli, ovvero di ogni altra amministrazione pubblica che appaia funzionale, relativamente ai singoli casi di specie, all'esame dei presupposti di cui occorre verificare la sussistenza.

Tale momento valutativo, che si tiene in una cornice di leale collaborazione e di condivisione informativa tra le amministrazioni coinvolte, è funzionale, anzitutto - anche sulla base delle deduzioni presentate dall'impresa - a vagliare la sussistenza dei requisiti richiesti dall'art. 32 d.l. 90/2014 per l'attivazione dei poteri straordinari, segnatamente, in punto di esistenza delle superiori esigenze di garanzia della continuità di funzioni e servizi indifferibili, di salvaguardia dei livelli occupazionali o di tutela dell'integrità dei bilanci pubblici che solo il completamento ovvero la prosecuzione del contratto pubblico possono assicurare e, dunque, vagliare le ragioni di fatto - *in primis* la gravità del condizionamento mafioso dell'impresa così come emersa dal provvedimento interdittivo - che conducono a ritenere preferibile l'intervento *ex art. 32 comma 10 d.l. 90/2014* rispetto alla mera prosecuzione del contratto ai sensi dell'art. 94 comma 3 d.lgs. 159/2011³⁸⁶.

In questo contesto, peraltro, il fondamentale supporto conoscitivo della stazione appaltante consentirà di effettuare una più coerente ricognizione dei contratti pubblici in essere con l'operatore economico attinto da interdittiva, individuando i rapporti negoziali in base ai quali potrebbero sussistere le esigenze pubblicistiche di cui all'art. 32 d.l. 90/2014 e, dunque, perimetrando l'ambito applicativo delle adottande misure.

In seno alla conferenza di servizi, quindi, l'autorità prefettizia si determina, tenuto conto degli elementi fattuali emersi, sulla misura - tra quelle indicate dall'art. 32, comma 1,

legge 11 marzo 2020, n.16 - che qui si richiamano - anche tenuto conto della risonanza internazionale della manifestazione sportiva e degli impegni assunti da FIT nei confronti di ATP Tour, Inc; “.

Cfr. decreto del Prefetto di Torino, n. 007314/2021 Area I bis - Ant., 30 luglio 2021, consultabile all'indirizzo www.prefettura.it/torino/.

³⁸⁵ Cfr. Seconde Linee Guida Anac “Seconde linee guida per l'applicazione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione anticorruzione e antimafia”, del 27 gennaio 2015, 15, (in www.anticorruzione.it/-/seconde-linee-guida-per-l-applicazione-delle-misure-straordinarie-di-gestione-sostegno-e-monitoraggio-di-imprese-nell-ambito-della-prevenzione-anticorruzione-e-antimafia).

³⁸⁶ Si veda, sul punto, *infra*.

letto a) e b) e comma 8, del decreto legge n. 90/2014 - ritenuta maggiormente idonea ad assicurare il soddisfacimento degli interessi pubblici previsti dalla normativa. Sicché, preso atto della posizione prevalente emersa (ovvero dell'unanime determinazione) in seno alla conferenza dei servizi, il Prefetto competente adotta la decisione in ordine all'applicazione delle misure straordinarie *ex art. 32 d.l. n. 90/2014* con decreto motivato.

Con il decreto che dispone l'applicazione della misura, il Prefetto indica, oltre alla eventuale nomina dei commissari, la sua durata.

In merito, la disposizione di cui all'art. 32 comma 2 d.l. 90/2014 prevede che la validità temporale della misura sia calibrata sulle "*esigenze funzionali alla realizzazione dell'opera pubblica, al servizio o alla fornitura oggetto del contratto*" e comunque non possa protrarsi oltre il collaudo³⁸⁷.

Tale previsione va, tuttavia, opportunamente modulata – come già indicato pocanzi - nei casi di contratti ad esecuzione continuata nei quali la durata dell'intervento deve parametrarsi non già alla completa attuazione del programma negoziale quanto piuttosto al tempo necessario per ricondurre il contratto stesso a fisiologiche e legittime dinamiche di mercato: tipicamente, con riferimento al tempo che serve alla stazione appaltante a bandire una nuova gara per l'affidamento del servizio a un nuovo contraente, nel rispetto dei principi di libera concorrenza.

6. Natura della discrezionalità prefettizia e sindacato giurisdizionale

Il procedimento amministrativo così delineato si caratterizza, come si è inteso sottolineare a più riprese nel corso della presente disamina, per un vaglio amministrativo dai contorni abbastanza elastici, che ha posto criticità interpretative e applicative nel tentativo di ridefinirne gli argini e garantire, soprattutto, la giustiziabilità dei diritti lesi.

La valutazione rimessa all'autorità prefettizia in ordine alla permeabilità dell'impresa a fenomeni di illegalità è tanto ampia da configurare un potere potenzialmente indefinito, il cui rischio di sfociare in arbitrio non appare, invero, assolutamente remoto.

Segnatamente, con riferimento alle prerogative e ai margini di discrezionalità riconosciuti all'autorità prefettizia, se è vero che l'indeterminatezza dei presupposti si giustifica in ragione di una necessaria flessibilità nelle azioni e la stessa rapida adattabilità nei metodi che connotano l'azione della criminalità³⁸⁸, d'altra parte, rimane fermo il principio, ribadito dalla Corte Costituzionale, per cui ogni potere amministrativo deve essere "*determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere una, pur elastica, copertura dell'azione amministrativa*"³⁸⁹.

³⁸⁷ Cfr. Cons. Stato, sez. V, sent. 20 luglio 2016, n. 3400, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁸⁸ Cfr. Cons. Stato, sez. III, sent. 5 settembre 2019, n. 6105, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁸⁹ Corte Cost., sent. 24 luglio 2019, n. 195, in www.cortecostituzionale.it.

In questa occasione, la Corte Costituzionale si è pronunciata in merito alla discrezionalità del potere prefettizio in tema di scioglimento dei consigli comunali, dichiarando, in proposito, l'illegittimità costituzionale dell'art. 28, comma 1, d.l. 113/2018, convertito, con modificazioni, nella l. n. 132/2018, che ha inserito nell'articolo 143 del Testo unico degli enti locali (Tuel) – sullo scioglimento dei consigli comunali e provinciali per infiltrazioni e condizionamenti mafiosi degli amministratori locali – un nuovo sub-procedimento per l'attivazione dei poteri sostitutivi del prefetto sugli atti degli enti locali. La norma, contrassegnata da particolare discrezionalità, sarebbe lesiva dell'autonomia costituzionalmente

La dottrina e la giurisprudenza hanno a lungo dibattuto sulla natura del potere di prevenzione in materia di contrasto alla criminalità che si connota per le peculiarità proprie della materia che, come visto, vuole caratterizzarsi come espressione di un diritto dell'emergenza.

In particolare, si tratterebbe di stabilire se il potere esercitato dal Prefetto nell'ambito delle misure di cui all'art. 32 d.l. 90/2014, si configuri quale discrezionalità amministrativa in senso proprio ovvero integri la differente categoria della discrezionalità tecnica³⁹⁰, con i conseguenti precipitati, affatto secondari, in ordine alla latitudine del giudizio rimesso alla sindacato del giudice amministrativo³⁹¹.

Senza poter qui ripercorrere l'evoluzione dottrinale in merito alla ricostruzione del concetto di cui trattasi, si ritiene sufficiente rammentare che ricorrerebbe una discrezionalità amministrativa di tipo pieno, laddove il potere esercitato dall'amministrazione si configuri quale espressione di una comparazione tra vari interessi, pubblici e privati³⁹², che rileva sia al momento della valutazione della sussistenza dei presupposti, che all'atto della scelta della

garantita degli enti locali e in contrasto con il principio di tipicità e legalità dell'azione amministrativa, giungendo a disciplinare un nuovo potere prefettizio fondato su presupposti generici ed eccessivamente discrezionali.

Sulla pronuncia, *ex multis*, M. Magri, *Lo scioglimento dei consigli comunali e provinciali per infiltrazioni della criminalità di tipo mafioso: vecchi e nuovi dubbi di costituzionalità, in attesa di una riforma dell'art. 143 del TUEL*, in dir. amm., n. 1/2018.

³⁹⁰ In merito alla ricostruzione concettuale della discrezionalità tecnica, in chiave autonomistica rispetto a quella pura, si veda F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914 (con ristampa a cura di G. Miele, 1960), per cui la discrezionalità tecnica si realizzerebbe in presenza di "*norme imprecise la cui attuazione presuppone il verificarsi di fatti complessi*", e che il *discrimen* tra l'uno e l'altro tipo di discrezionalità sarebbe da rinvenire nel fatto che nella discrezionalità tecnica "*la norma regolatrice c'è, mentre nella discrezionalità pura manca*". Nel medesimo senso, C. Vitta, *Diritto amministrativo*, Torino, 1948, per cui "*la discrezionalità dicesi pura quando a guida dell'a. p. non esiste alcuna norma, tranne quella generalissima di operare nel pubblico interesse, oppure la norma esiste, ma è talmente lata e indeterminata da lasciar pieno campo all'apprezzamento subiettivo dell'agente*". Per una più dettagliata ricognizione del pensiero di Cammeo sul tema della discrezionalità tecnica, si rimanda a A. Andreani, *La valutazione del fatto nel giudizio amministrativo e gli apprezzamenti tecnici della pubblica amministrazione nel pensiero di F. Cammeo*, in Quad. fior. st. pens. giur., 1993.

In senso critico a tale impostazione, cfr. A. Raselli, *Il potere discrezionale del giudice civile*, Milano, 1975.

In merito a tale elaborazione concettuale, si rileva come E. Presutti, *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, 1911, 54 e ss., ha ritenuto di fondare la distinzione tra fatti "*di natura tale che di essi è logicamente possibile affermare che sussistono o non sussistono*" e fatti "*di natura tale, che di essi è possibile dire che sussistono o non sussistono, ma è anche possibile, qualora sussistano, che si presentino in misura infinitamente varia*", senza che le norme determinino "*il grado, la misura in cui debbono presentarsi, perché si abbia l'effetto giuridico da esse contemplato*".

³⁹¹ Come noto, nel caso di discrezionalità tecnica, al giudice amministrativo sarebbe rimessa una valutazione di maggiore pregnanza che si spinge "*sino alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche, sotto il profilo della correttezza del criterio tecnico individuato e del procedimento seguito dall'Autorità per l'applicazione dello stesso*", cit. E. Follieri, *La discrezionalità tecnica*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2019, 179.

In materia, per una ricostruzione degli orientamenti dottrinali si vedano, *ex multis*, F.G. Scoca, *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998; F. Salvia, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in Dir. proc. amm., 1992; V. Cerulli Irelli, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in Dir. proc. amm., 1984; F. Ledda, *Potere tecnico e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in Dir. proc. amm., 1983.

³⁹² Con riferimento alla ricostruzione che, in assenza di dati normativi, la dottrina ha fornito del concetto di discrezionalità, ci si limita a rammentare quanto rassegnato da M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, 49 e ss., che definisce la discrezionalità come "*ponderazione comparativa di più interessi secondari in ordine ad un interesse primario*", cioè, in altri termini, la scelta effettuata dall'amministrazione, all'esito di un giudizio di valutazione comparativa dell'interesse pubblico primario, degli interessi pubblici secondari, nonché degli interessi dei privati, dell'interesse pubblico concreto da perseguire.

misura, secondo una impostazione che presuppone la funzionalizzazione dell'esercizio del potere discrezionale alla realizzazione di interessi pubblici³⁹³.

A tale tipo di valutazione amministrativa fa da contraltare un vaglio estrinseco e c.d. debole del giudice amministrativo, limitato al riscontro della correttezza formale dell'*iter* procedimentale seguito dall'Autorità pubblica e, dunque, all'eventuale sussistenza dei vizi di cui all'art. 21octies l. 241/1990 e, in particolare, dell'eccesso di potere.

Di converso, la discrezionalità di tipo tecnico si avrebbe nei casi in cui, ai fini della propria decisione, l'amministrazione debba far ricorso ad un giudizio che postula l'applicazione di regole tecniche e l'utilizzo di conoscenze specialistiche diverse dalla scienza giuridica³⁹⁴.

Pertanto, *“la discrezionalità tecnica dà luogo a una valutazione di tipo scientifico, concernente il fenomeno naturale in sé, non in coordinazione con gli altri fenomeni sociali; la discrezionalità in senso proprio dà luogo a una valutazione di tipo politico il cui fenomeno non è più naturale, ma sociale, coordinato cioè a un gruppo di altri fenomeni sociali.”*³⁹⁵, tanto che si potrebbe sostenere - come si è sostenuto in dottrina - l'esistenza di una differenza sostanziale tra l'uno e l'altro tipo di discrezionalità, arrivando a connotare quella tecnica come un momento conoscitivo che implica solo giudizio e non volizione³⁹⁶.

Con riferimento a tale tipo di valutazione tecnica e proprio prendendo atto della differenza ontologica rispetto alla discrezionalità amministrativa, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha differenziato la nozione di opportunità che sta alla base delle scelte

³⁹³ In merito al principio di funzionalità dell'azione amministrativa, su tutti, F. Benvenuti, *Eccesso di potere amministrativo per eccesso della funzione*, in Rass. Dir. pubbl., 1950, ora anche in *Scritti giuridici*, II, Milano, 2006; F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento e processo*, in riv. Trim. dir. pubbl., 1952, ora anche in *Scritti giuridici*, II, Milano, 2006; C. Mortati, *Discrezionalità*, in Noviss. Dig. It., V, Torino, 1960, 1100, secondo cui il presupposto della discrezionalità è *“in primo luogo il carattere funzionale del potere (intendendo il termine funzione in quello dei suoi significati in cui si esprime del potere con interessi non propri del soggetto agente, potere che perciò assume il carattere di munus) da cui deriva l'obbligo che il suo esercizio si effettui in modo da soddisfare la funzione.”*

³⁹⁴ Questa concezione è figlia, in particolare, della ricostruzione operata da O. Ranalletti, *Attività amministrativa e attività tecnica*, in Riv. Corte Conti, 1911, 4 e ss., per cui si avrebbe discrezionalità amministrativa tutte le volte in cui la disposizione consenta all'amministrazione di definire il proprio operato attraverso una valutazione degli interessi pubblici, richieda il possesso di cognizioni tecniche che rendono possibile il compimento dell'azione amministrativa *“secondo o nei limiti delle norme giuridiche vigenti e dare alla medesima quel contenuto, che agli interessi collettivi, cui si dirige, sia adeguato, cioè compiere un'azione legittima e conveniente”*.

Alle medesime conclusioni l'A. giunge anche in O. Ranalletti, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912.

³⁹⁵ Cit. M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, op. cit., 42-43.

³⁹⁶ Su tale impostazione vi è largo consenso in dottrina. Senza pretesa di esaustività, si citano, tra gli altri G. Azzariti, *Discrezionalità, merito e regole non giuridiche nel pensiero di Costantino Mortati e la polemica con Massimo Severo Giannini*, in F. Lanchester (a cura di), *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, Napoli, 1989; G. Abbamonte, *Discrezionalità tecnica e controllo di legittimità*, in AA. VV., *Scritti in onore di Guido Capozzi*, II, Milano, 1992; D. De Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995; V. Parisio (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giurisdizionale*, Milano, 1998; D. Mastrangelo, *La tecnica nell'amministrazione fra discrezionalità, pareri e merito*, Bari, 2003; F. Cintoli, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Potere tecnico e “giurisdizionalizzazione”*, Milano, 2005; A. Giusti, *Contributo allo studio di un concetto ancora indeterminato. La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Napoli, 2007; G.C. Spattini, *Le decisioni tecniche dell'amministrazione e il sindacato giurisdizionale*, in dir. proc. amm., 2011; G. Taglianetti, *I limiti del sindacato giurisdizionale amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse delle Autorità indipendenti: punti fermi e perduranti incertezze*, in Foro amm., 2012; B. Giliberti, *Consulenza tecnica, pienezza di sindacato e full jurisdiction*, in dir. proc. amm., 2015; F. Pinto, *Giudice e amministrazione nel sindacato della discrezionalità tecnica: l'età dell'incertezza*, in G. Leone (a cura di), *Scritti in memoria di Giuseppe Abbamonte*, Napoli, 2019.

discrezionali dalla nozione di opinabilità a fondamento delle scelte tecniche³⁹⁷, ammettendone, di conseguenza, un sindacato intrinseco volto alla verifica dell'attendibilità dei criteri tecnici impiegati dall'amministrazione sotto il profilo della loro corretta applicazione. Sindacato che, vale la pena precisarlo, rimane - in virtù del basilare principio della separazione dei poteri - debole e indiretto, volto a vagliare non già la condivisibilità della scelta effettuata dall'amministrazione, ma la sua ragionevolezza³⁹⁸, tale per cui *“sulle valutazioni tecniche opinabili il giudice amministrativo non può sovrapporre la propria decisione a quella dell'amministrazione”*³⁹⁹.

Tanto succintamente premesso, appare evidente che ricondurre l'ambito valutativo rimesso all'autorità prefettizia nell'adozione delle misure *ex art. 32 d.l. 90/2014* nell'orbita dell'uno o dell'altro tipo di discrezionalità, non è questione di poco momento.

Invero, occorre dare atto che in dottrina e in giurisprudenza, in seno alle valutazioni effettuate con riguardo al tipo di discrezionalità esercitata nella predisposizione di informazioni antimafia interdittive - le cui considerazioni appaiono qui mutuabili in ragione della profonda affinità delle materie di cui si discorre⁴⁰⁰ -, non si rintracciano orientamenti perfettamente concordi.

Nello specifico, si potrebbe qui trattare di discrezionalità tecnica nella misura in cui nelle proprie valutazioni la Prefettura si servirebbe di particolari cognizioni di tecnica investigativa e poliziesca, nonché di ampi e ponderati strumenti di investigazione senza che qui ricorra alcuna comparazione tra interessi pubblici primari e interessi privati. La conseguenza è che, sebbene resti esclusa la possibilità per il giudice amministrativo di svolgere un sindacato pieno ed assoluto sugli esiti della valutazione prefettizia, non gli è, tuttavia, impedito di rilevare se i fatti dedotti integrino la fattispecie prevista dalla normativa e, quindi, di formulare a tal riguardo un giudizio di logicità e di congruità in relazione alla decisione assunta⁴⁰¹.

D'altra parte, vi è chi ravvede nelle valutazioni prefettizie un ampio margine di apprezzamento che discenderebbe dalla comparazione di interessi che, nelle ipotesi in commento, fanno capo, da un lato, alla libertà d'impresa, dall'altro, alla tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica. Ciò varrebbe a connotare la discrezionalità prefettizia come discrezionalità amministrativa pura, assoggettata al sindacato del giudice amministrativo solo sotto il profilo della sua logicità in relazione alla rilevanza dei fatti accertati⁴⁰².

Sicché, appare evidente come sussista ancora incertezza in ordine alla qualificazione del tipo di discrezionalità esercitata nel contesto di cui trattasi, che rimane come sospesa tra

³⁹⁷ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, sent. 9 aprile 1999, n. 601, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁹⁸ Cfr. D. De Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995.

³⁹⁹ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, sent. 9 luglio 2018, n. 4153, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁰⁰ Assimilazione, peraltro, più che spesso mutuata dalla stessa giurisprudenza. Su tutte Cons. Stato, sez. III, sent. 9 novembre 2015 n. 5100, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁰¹ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, sent. 4 maggio 2004, n. 2783, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁰² Cfr. Cons. Stato, sez. III, sent. 1 aprile 2019, n. 2141. Conformi, sul punto, Cons. Stato, sez. III, sent. 7 gennaio 2019, n. 163; Cons. Stato, sez. III, sent. 25 giugno 2014, n. 3208; Cons. Stato, sez. VI, sent. 6 ottobre 2013, n. 4119; Cons. Stato, sez. III, sent. 3 settembre 2012, n. 4668.

In Cons. Stato, sez. VI, sent. 26 settembre 2011, n. 5366, si afferma, in particolare, che *“il sindacato in sede giurisdizionale si attesta nei limiti dell'assenza di eventuali vizi della funzione che possano essere sintomo di un non corretto esercizio del potere quanto alla completezza dei dati acquisiti, alla non travisata valutazione dei fatti e alla logicità delle conclusioni.”*

Tutte le sentenze citate sono consultabili in www.giustizia-amministrativa.it.

discrezionalità amministrativa (evocata anche dal riferimento all'esistenza di vizi della funzione amministrativa) e valutazioni tecniche riservate⁴⁰³.

Orbene, ritenendo che in proposito debbano trovare opportuna valorizzazione le esigenze di difesa del soggetto attinto da una delle misure di cui all'art. 32 d.l. 90/2014, con conseguente effettiva soddisfazione in sede di impugnazione del provvedimento restrittivo, si dovrebbe propendere per l'ammissibilità, per il giudice, di esercitare un sindacato tendenzialmente pieno e non condizionato da esigenze di anticipazione della soglia di difesa sociale.

Si dovrebbe quindi riconoscere natura tecnica alle valutazioni effettuate dal Prefetto, dato che la legge fa conseguire all'accertamento dell'esistenza di indici sintomatici della devianza criminale conseguenze conformative e ablatorie, senza che via siano, in merito, margini di apprezzamento discrezionale e di comparazione di interessi⁴⁰⁴.

Il Prefetto, dunque, sarebbe tenuto, nel corso dell'istruttoria, a tenere conto unicamente dell'interesse a prevenire i fenomeni di illegalità nell'ambito dei contratti pubblici, in virtù di disposizioni normative che, servendosi di concetti giuridici indeterminati, gli rimettono altresì l'individuazione della loro consistenza in concreto⁴⁰⁵.

Diversamente argomentando, infatti, l'inquadramento di siffatte prerogative nell'ambito della discrezionalità amministrativa piena comporterebbe che, in sede processuale, il sindacato del giudice amministrativo potrebbe avere ad oggetto unicamente l'*iter* di formazione della decisione prefettizia ma non il suo contenuto, con conseguente notevole compressione del diritto di difesa dell'imprenditore attinto da un provvedimento restrittivo del proprio diritto di libera iniziativa economica e, dunque, in ultima analisi, in violazione degli artt. 23, 24, 41 e 42 della Costituzione⁴⁰⁶.

La collocazione, invece, di tale tipo di discrezionalità nell'ambito di quella tecnica consente al giudice amministrativo di spingersi fino a valutare la decisione in sé, in ragione proprio dell'assenza di qualsivoglia ponderazione d'interessi, potendo all'uopo ricorrere anche ad apposite consulenze tecniche che ben potrebbero rimettere in discussione la decisione del Prefetto.

Torna, nuovamente, qui in rilievo, anche ai fini della giustiziabilità delle pretese privatistiche, la valorizzazione del momento partecipativo e procedimentale: questa

⁴⁰³ Cfr. S. Biancifiori, *Ancora sull'ampiezza della discrezionalità del Prefetto in tema di informative antimafia e sui correlati limiti del sindacato del giudice amministrativo*, 19 agosto 2018, in www.italiappalti.it.

⁴⁰⁴ Cons. Stato, sez. III, sent. 25 giugno 2014, n. 3208, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁰⁵ In merito del tipo di discrezionalità prefettizia nell'ambito delle informazioni antimafia interdittive, si veda L. Marilotti, *La valutazione del Prefetto nell'interdittiva antimafia*, in riv. giur. sarda, n. 1/2020.

⁴⁰⁶ Si vogliono qui evidenziare, brevemente, alcune delle più dannose conseguenze connesse a un commissariamento illegittimo, che può spingersi sino "a provocare il fallimento dell'impresa coinvolta, sol che si considerino le conseguenze negative sull'avviamento connesse alla diffusione sul mercato della notizia dell'emissione del decreto prefettizio. Il tutto per tacere, poi, del danno derivante da una gestione commissariale inefficiente, tale cioè da far perdere all'imprenditore, in tutto o in parte, l'utile che gli sarebbe derivato dalla commessa pubblica e che non è facilmente predeterminabile. Atteso che, ai sensi dell'art. 7, comma 3, c.p.a., il giudice competente a conoscere di tali doglianze sarebbe quello amministrativo, la domanda andrebbe proposta entro il breve termine di decadenza di centoventi giorni, di cui all'art. 30, comma 3, c.p.a. Inoltre, il privato dovrebbe fornire la prova di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito, come individuati dalla giurisprudenza, che attribuisce natura «speciale» alla responsabilità della p.a. per provvedimento illegittimo". V. Torano, *Prime considerazioni sulle misure amministrative di gestione temporanea e straordinaria, sostegno e monitoraggio delle imprese nell'ambito del contrasto della corruzione e della criminalità organizzata*, in www.giustamm.it, n. 2/2015.

valutazione, discrezionale ma “*dalla forte componente tecnica*”, deve essere accuratamente motivata, onde consentire “*un vaglio giurisdizionale pieno ed effettivo*”⁴⁰⁷.

⁴⁰⁷ Cons. Stato, sez III, sent. 25 ottobre 2021, n. 7165, in www.giustizia-amministrativa.it.

Capitolo IV

“Limiti all’esercizio della libera iniziativa economica e lesione del principio di concorrenza. Riverberi di un bilanciamento complesso sull’attività di impresa e sul sistema delle tutele”

1. Il carattere ablatorio/conformativo delle misure straordinarie *ex art. 32* e le conseguenti implicazioni sul piano costituzionale e convenzionale; 2. Limiti e criticità della gestione commissariale: la difficile convivenza con il regime di amministrazione ordinaria e la destinazione degli utili; 2.1. Il ruolo dei commissari prefettizi nell’ipotesi di commissariamento antimafia. Un confronto con le prerogative commissariali *ex art. 143 T.U.E.L.*; 3. Tra risoluzione del rapporto e realizzazione dell’opera: i poteri della stazione appaltante; 4. Le sorti dell’interdittiva antimafia e le ipotesi di caducazione delle misure straordinarie; 5. Le imprese colpite da interdittiva prefettizia: mitigazione della misura o ulteriore “condanna”? 6. Riverberi processuali di una disuguaglianza sostanziale; 7. I terzi controinteressati e il *vulnus* della mancata tutela; 8. Le misure straordinarie *ex art.32* e la prova di resistenza innanzi alla giurisprudenza interna e sovranazionale: verso una possibile (ri)qualificazione sostanziale?

1. Il carattere ablatorio/conformativo delle misure straordinarie ex art. 32 e le conseguenti implicazioni sul piano costituzionale e convenzionale

Le considerazioni svolte in ordine alla natura e alla *ratio* dell’intervento pubblico previsto dal legislatore ai sensi dell’art. 32 d.l. 90/2014, consentono di riscontrare, nelle maglie del potere prefettizio di intervento sull’attività d’impresa, una incisiva limitazione di alcuni diritti fondamentali costituzionalmente garantiti, suscettibile finanche di porsi in frizione con libertà e principi previsti a livello unitario e convenzionale, quali quelli della libera concorrenza e, nei termini che si chiariranno di seguito, del principio del *ne bis in idem*.

Dunque, all’esame effettuato pocanzi in merito alla compatibilità delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio delle imprese rispetto al principio di legalità e così intercettata la latitudine della discrezionalità prefettizia, occorre, a questo punto, affiancare un’ulteriore filone di indagine volto a vagliare la coerenza dell’intervento di prevenzione amministrativa con le guarentigie costituzionali apprestate, in particolare, al diritto di proprietà e alla libera iniziativa economica dei privati.

Si intende, pertanto, prendere in considerazione gli effetti pregiudizievoli e limitativi che i provvedimenti in parola determinano sul diritto di libera iniziativa economica privata di cui all’art. 41 Cost., analizzati, segnatamente, dal punto prospettico degli operatori economici direttamente – o indirettamente – attinti dalle misure in discorso, sondando altresì i possibili profili censurabili, e dunque, le tutele esperibili, in sede giudiziale.

Parimenti, la considerazione della posizione giuridica dell’impresa esclusa dall’aggiudicazione, cui non viene data possibilità, in ragione dell’adozione di uno degli

strumenti preventivi di cui all'art. 32 d.l. 90/2014, di subentrare nella commessa pubblica, consente di mettere in luce non solo l'opzione effettuata dal legislatore in merito alla recessività dell'interesse dei controinteressati, ma anche di valutare le implicazioni che tale scelta normativa comporta sul piano della tenuta del principio eurounitario relativo alla libera concorrenza sul mercato.

Si è già evidenziato, infatti, nell'ambito delle conclusioni rassegnate *supra*, che a mezzo dell'adozione delle misure straordinarie contemplate dal d.l. 90/2014 si realizza una compressione, a pervasività crescente, del diritto di libera iniziativa economica; compressione che appare, *ictu oculi*, sufficientemente limitata nel caso in cui si predisponga il tutoraggio dell'operatore economico ai sensi del comma 8, mentre appare di più difficile giustificazione nel caso dell'ordine di rinnovazione degli organi sociali e, vieppiù, dello spossessamento gestorio attuati ai sensi del comma 1, art. 32.

Invero, i profili di maggiore criticità in punto di tenuta dell'istituto rispetto ai principi ordinamentali si rinvergono proprio con riferimento all'ipotesi della straordinaria e temporanea gestione che, nel privare gli organi ordinari dell'impresa dei loro poteri di disposizione e di amministrazione di uno o più segmenti di attività dell'azienda, finisce per avere un effetto non solo conformativo ma anche ablatorio che, sebbene circoscritto nell'oggetto e – tendenzialmente – limitato nel tempo, si traduce, di fatto, in una limitazione delle libertà dei privati, realizzando una restrizione della loro sfera giuridica patrimoniale⁴⁰⁸.

La portata ablatoria del provvedimento, peraltro, può riscontrarsi anche con riferimento alla previsione, di cui al comma 7, art. 32, dell'accantonamento dell'utile di impresa derivante dal contratto commissariato in un apposito fondo che è sottratto alla gestione dell'impresa, quantomeno sino all'esito dei giudizi in sede penale ovvero, nei casi di cui al comma 10, dei giudizi di impugnazione o cautelari riguardanti l'informazione antimafia interdittiva⁴⁰⁹.

Dunque, laddove si metta adeguatamente in luce la natura, come rilevato, dichiaratamente preventiva e cautelare delle misure straordinarie in commento e, dunque, il notevole avanzamento della soglia di protezione degli interessi pubblici tutelati dal comma 1 e dal comma 10 dell'art. 32, appare evidente che la predisposizione del commissariamento schiude scenari di potenziale incoerenza rispetto alla più volte cennata libertà di iniziativa economica privata di cui all'art. 41 della Costituzione⁴¹⁰.

Come noto, la citata prescrizione costituzionale, nel garantire la libertà di esercizio dell'iniziativa economica, non la prefigura in termini assoluti, ammettendone, invece, una possibile limitazione tesa a soddisfare, ovvero a non pregiudicare, altri diritti o interessi rilevanti quali la sicurezza, la libertà e la dignità umana.

⁴⁰⁸ Sul punto cfr. A. Masaracchia, *Sacrificato l'interesse delle altre imprese partecipanti alla gara*, in Guida dir., 7 febbraio 2015, n. 7, che assimila la portata ablatoria delle misure di cui trattasi a quella dell'espropriazione di un ramo dell'impresa.

⁴⁰⁹ Si rinvia, per una più ampia disamina dei profili procedurali connessi all'accantonamento degli utili nonché, per quanto di maggiore interesse, con riferimento alla loro sorte, al successivo par.2.

⁴¹⁰ Segnatamente, dispone l'art. 41 Cost. che "L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali."

A tal riguardo, è stato variamente sottolineato⁴¹¹ come la formulazione dell'art. 41 Cost. sia volta a sintetizzare una prospettiva duplice, la prima che guarda all'attività economica come strumentale alla realizzazione dei programmi di sviluppo dello Stato, la seconda, invece, concepisce l'attività economica privata come scevra da vincoli nei limiti del rispetto di ulteriori interessi pubblici⁴¹².

In proposito, pare potersi aderire a quella dottrina che legge i tre i commi dell'art. 41 in senso unitario, tale per cui *“fra il comma 1 e i commi successivi non v'è alcun contrasto, il 2 e in particolare il comma 3 contenendo la garanzia costituzionale della posizione del pubblico potere di sottoporre il diritto d'impresa e/o l'esercizio di esso a potestà pubbliche, quando vi sia ineranza di interessi pubblici”*⁴¹³.

Dalla lettura unitaria dell'art. 41 Cost., consegue, quindi, che il diritto di libertà di cui trattasi non è riconosciuto in modo assoluto, ma può esistere e riconoscersi tutela laddove esso si ponga in armonia con gli altri principi indicati nel secondo e terzo comma: la libertà di iniziativa e di svolgimento di attività economica si configura come un valore limitabile a seconda delle esigenze di tutela di altri valori o di altri interessi e libertà⁴¹⁴.

Da tali considerazioni, discendono due ordini di conseguenze: la prima, attinente alla sussistenza di una riserva di legge relativa con riferimento agli strumenti che possono determinare la compressione di tale libertà, l'altra concernente il bilanciamento tra gli interessi effettivamente in gioco in relazione al caso di specie che non può tradursi nell'adozione di strumenti irragionevolmente afflittivi del medesimo diritto di libera iniziativa economica privata.

Dunque, è in quest'ultimo senso che rilevano i profili di maggiore criticità delle misure straordinarie ex art. 32, d.l. 90/2014, la cui asserita natura di prevenzione amministrativa rischia di stridere, di fatto, con il suo stesso grado di afflittività⁴¹⁵.

⁴¹¹ Le due anime che informano il disposto dell'art. 41 Costituzione, figlie, l'una del costituzionalismo liberale, l'altra del pensiero sociale cattolico e marxista, hanno aperto la strada a diverse interpretazioni da parte della dottrina. Tra queste, senza pretese di esaustività, cfr. E. Cheli, *Libertà e limiti all'iniziativa economica privata nella giurisprudenza della Corte costituzionale e nella dottrina*, in Rass. dir. pubbl., 1960, 260 ss.; M.S. Giannini, *L'attività economica nella costituzione italiana*, in Cons. Stato, 1957, 60; G. Amato, *La nuova Costituzione economica*, in G. della Cananea, G. Napolitano (a cura di), *Per una nuova Costituzione economica*, Bologna, 1998; A. Baldassare, *Iniziativa economica privata*, voce in Enc. dir., vol. XXI, Milano, 1971.

⁴¹² Secondo questa ricostruzione, quindi, l'attività economica incontra limiti significativi nel non contrastare l'utilità sociale, la sicurezza, la libertà e la dignità umana, oltre alla possibilità di essere programmata e coordinata dal legislatore a fini sociali. Da ciò discende, secondo E. Cheli, *Libertà e limiti all'iniziativa economica privata*, cit., 300 e ss., il carattere *“indeterminato nel suo nucleo politico centrale”* che ha contrassegnato la norma per una natura *“anfibologica”* al punto che la stessa apparirebbe suscettibile di due opposte interpretazioni.

⁴¹³ Cfr. M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995, 178. Si deve dare atto che, ad oggi, la dottrina maggioritaria ritiene che l'art.41Cost. sia stato tacitamente superato in via interpretativa, per effetto del processo di integrazione europea che configura la disposizione in commento come uno strumento di garanzia non solo dell'iniziativa economica privata dalle ingerenze dello Stato, ma come mezzo di garanzia per la tutela del mercato concorrenziale. A tal proposito, si veda G. Di Plinio, *La Costituzione economica nel processo costituente europeo*, in Dir. pubbl. comp. eur., 2003, 1787 ss.

⁴¹⁴ Sul punto, si consenta di rinviare ai già citati, A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Padova 1992; G. Morbidelli, *Iniziativa economica privata*, voce, in Enc. giur., vol. XVII, Roma, 1989; M. Luciani, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983; G. Minervini, *Contro la “funzionalizzazione” della impresa privata*, in Riv. dir. civ. 1958; P.F. Grossi, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione*, Padova, 1972.

⁴¹⁵ La tematica concernente i possibili profili sostanzialmente sanzionatori di provvedimenti amministrativi non costituisce un *novum* per le misure amministrative di prevenzione, tanto che, parte della dottrina ne ha evidenziato, a più riprese, le criticità. In proposito, si vedano C. Elia, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962; C. Macri,

Le ricadute sul piano della libertà d'impresa, infatti, appaiono tali da aprire una breccia alla teoria che ne deduce la natura sostanzialmente sanzionatoria, assimilabile alle sanzioni di tipo penale⁴¹⁶.

Una simile ricostruzione, consentirebbe, altresì di evidenziare un ulteriore aspetto problematico che è quello relativo al divieto di *ne bis in idem* ai sensi art. 4, protocollo n. 7 Cedu⁴¹⁷ e art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁴¹⁸.

Si tratterebbe, dunque, di vagliare la possibilità di mutuare in quest'ambito quanto già affrontato dalla Corte Edu⁴¹⁹, in merito alla questione della natura nominalmente amministrativa delle sanzioni, ma sostanzialmente penale, proprio in considerazione del loro particolare grado di afflittività sui destinatari che potrebbe comportare, in ultima analisi, l'applicazione di una duplice sanzione per il medesimo fatto.

La questione di cui si discorre, peraltro, appare strettamente connessa allo stesso sistema sanzionatorio del doppio binario, amministrativo e penale, del nostro ordinamento che, in quanto tale, si presta a rimanere esposto al rischio di incorrere nella violazione del divieto del *ne bis in idem* in tutti i casi in cui, come nelle misure straordinarie di cui all'art. 32, comma 1, lett. b) d.l. 90/2014, detti strumenti finiscano per incidere significativamente nella sfera soggettiva dei destinatari. Si tratta allora, di comprendere se il ripristino dello *status quo ante*, offerto da un provvedimento giudiziale che annulli o affievolisca la misura già applicata possa dirsi effettivamente sufficiente ad alleviare la compressione dell'autonomia già sofferta dall'impresa, in termini di pregiudizi patrimoniali e personali subiti in ragione del provvedimento amministrativo.

Le criticità che si sono qui rappresentate, dunque, saranno oggetto di scrutinio nell'ambito delle considerazioni che seguono, analizzando, in particolare, proprio il tasso di compressione sulle libertà d'impresa determinato dal commissariamento prefettizio *ex art.* 32.

V. Macrì, *La legge antimafia*, Napoli, 1987; MAIELLO V., *La prevenzione ante delictum: lineamenti generali*, in V. Maiello (a cura di), *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione e armi*, Torino, 2015.

⁴¹⁶ Cfr. A. Longo, *La "massima anticipazione di tutela". Interdittive antimafia e sofferenze costituzionali*, in *Federalismi*, 16 ottobre 2019; F. Goisis, *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014.

⁴¹⁷ L'art. 4 Cedu, rubricato "*Diritto a non essere giudicato o punito due volte*", prevede che "*1. Nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge ed alla procedura penale di tale Stato. 2. Le disposizioni del paragrafo precedente non impediscono la riapertura del processo, conformemente alla legge ed alla procedura penale dello Stato interessato, se fatti sopravvenuti o nuove rivelazioni o un vizio fondamentale nella procedura antecedente sono in grado di inficiare la sentenza intervenuta. 3. Non è autorizzata alcuna deroga al presente articolo ai sensi dell'articolo 15 della Convenzione.*".

⁴¹⁸ L'art. 50 CDFUE prevede che "*Nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge.*".

⁴¹⁹ Si intende alludere, in particolare, alla questione della perimetrazione della nozione autonoma di *matière pénale* ai sensi della consolidata giurisprudenza della Corte Edu, espressa, in particolare, in Corte Edu, sent. 8 giugno 1976, Engel e altri c. Paesi Bassi e Corte Edu, sent. 4 marzo 2014, Grande Stevens c. Italia, entrambe pubblicate in www.giustizia.it.

2. *Limiti e criticità della gestione commissariale: la difficile convivenza con il regime di amministrazione ordinaria e la destinazione degli utili.*

La possibile lesione dei diritti relativi alla libertà di iniziativa economica privata, costituzionalmente garantita, emerge con particolare evidenza con riferimento all'applicazione prefettizia della misura di cui all'art. 32, comma 1 lett. b) d.l. 90/2014, lì dove si prevede la straordinaria e temporanea gestione dell'impresa.

Il ricorso a tale strumento, infatti, consiste in un commissariamento dell'azienda titolare di uno o più rapporti negoziali con la pubblica amministrazione che, seppur temperato dalla limitazione oggettiva e temporale (giacché realizza uno spossessamento gestorio relativamente al contratto verosimilmente viziato da fatti illeciti e solo per il tempo strettamente necessario alla sua esecuzione) comporta, comunque, una invasione particolarmente penetrante nei confronti dell'autonomia imprenditoriale.

Ai commissari nominati dal Prefetto, infatti, sono attribuiti ampi poteri conformativi e limitativi della libertà di iniziativa economica ove si consideri che, ai sensi dello stesso disposto del comma 3, art. 32 d.l. 90/2014, ad essi sono conferiti tutti i poteri e le funzioni degli organi di amministrazione dell'azienda e che, in costanza della straordinaria e temporanea gestione, sono sospesi i poteri di disposizione e gestione dei titolari d'impresa, nonché, in caso di società, i poteri dell'assemblea dei soci, limitatamente all'esecuzione del contratto.

Orbene, nonostante si sia sostenuto, a tal proposito, che i commissari “*senza doversi occupare dell'intera attività sociale, dovranno occuparsi solamente di portare a termine l'appalto incriminato*”, per cui la misura si tradurrebbe “*in una sorta di commissariamento dell'appalto o della commessa, che non incide sulla governance complessiva dell'impresa ma sospende i poteri dell'imprenditore o degli organi sociali limitatamente alla gestione di quello specifico lavoro*”⁴²⁰, la *littera legis*, pare, in effetti, disporre di una diversa e più pregnante limitazione dei poteri di gestione degli organi sociali che si riverberano sull'attività di impresa globalmente considerata.

Guardando infatti alle laconiche prescrizioni dell'articolo in commento, non solo l'attuazione della misura di straordinaria e temporanea gestione comporterebbe che siano rimessi ai commissari “*tutti*” i poteri degli organi di amministrazione ordinaria - così potendo, al più, qualificare la limitazione alla completa esecuzione dell'appalto a un profilo strettamente temporale e non già gestionale- ma essa comporterebbe, tra l'altro, la non disponibilità della partecipazione detenuta da parte dei soci, che sono quindi impossibilitati ad alienarla o comunque ad effettuare qualsivoglia atto di disposizione.

D'altra parte, pure appare segnata da ambiguità la previsione della sospensione dei poteri assembleari, non solo perché questi non si sostanziano in competenze di natura gestionale in senso proprio, ma anche perché la norma sembra non considerare che all'assemblea è rimesso l'esercizio di alcune funzioni fondamentali per l'attività d'impresa, quali, ad esempio, l'approvazione del bilancio. La conseguenza è che, al fine di non

⁴²⁰ Così, Proposta del Presidente dell'Anac al Prefetto di Milano, *Richiesta di straordinaria e temporanea gestione della società Maltauro spa con riferimento all'appalto relativo alle “architetture di servizio” afferenti al sito per l'esposizione universale del 2015*, 10 luglio 2014, n. 13739, in www.anticorruzione.it.

compromettere il funzionamento dell'azienda, si renderebbe necessario predisporre una loro sostituzione, oltre che una loro sospensione⁴²¹.

Volendo, di converso, accedere all'interpretazione che di questa disposizione hanno dato l'Autorità nazionale anticorruzione e il Ministero dell'Interno nell'ambito delle Linee Guida, si dovrebbe ammettere una convivenza forzata tra amministratori straordinari e gli altri organi sociali, con la contemporanea sussistenza di una gestione commissariale, circoscritta ai settori di attività implicati nel contratto pubblico oggetto dell'intervento *ex art.* 32, e una ordinaria che continua ad operare in relazione a tutte le altre commesse, di controparte pubblica o privata, diverse rispetto a quella per le quali la misura è stata adottata.

Tuttavia, a tal riguardo, l'art. 32 non consente di evincere con ragionevole certezza come debba svolgersi, all'interno dell'azienda, la dialettica tra amministratori straordinari e titolari dell'azienda né, tantomeno, fornisce dei principi cui debba ispirarsi la dialettica aziendale tra organi sociali sospesi *in parte qua* e i poteri degli amministratori straordinari rispetto all'attività non soggetta a commissariamento: in altri termini, *“la norma non chiarisce se tra gestione ordinaria e gestione straordinaria si realizzi una separatezza reale o ideale.”*⁴²².

A questo proposito, può ritenersi ragionevole interpretare la norma nel senso che detta separazione sia solo ideale: i commissari sono titolari dei poteri di gestione e rappresentanza propri degli amministratori di nomina sociale nei limiti del perimetro oggettivo individuato nel decreto prefettizio e ferma la conformazione dell'attività commissariale al perseguimento degli interessi pubblici sottesi alla misura, così evitando, al contempo, che un'attività dispositiva o gestoria parallela da parte degli organi sociali rimasti in carica possa entrare in conflitto reale o virtuale con il perseguimento dell'interesse pubblico (che il commissario è tenuto a garantire per l'intera durata del suo mandato).

Pertanto, rispetto alle commesse pubbliche commissariate, i titolari dell'impresa non solo non avrebbero poteri di alienazione dei beni, ma è a costoro inibita anche la disposizione, non potendo costituire diritti reali (come l'uso) o di godimento (come la locazione) sui beni funzionali alle commesse commissariate né, più in generale, compiere atti idonei, nemmeno potenzialmente, a ripercuotersi sulla gestione del servizio.

Verrebbe qui, dunque, in rilievo una *“forma di gestione separata e “a tempo” di un segmento dell'impresa, finalizzata esclusivamente all'esecuzione dell'appalto pubblico”*⁴²³, *“secondo un modello di governance che dovrà essere definito dagli amministratori nominati dal Prefetto.”*⁴²⁴.

⁴²¹ Queste criticità sono state evidenziate, tra gli altri, da R. Mangani, *Corruzione negli appalti, revoca dei contratti, commissariamento: brevi note anche a seguito del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90*, in www.giustamm.it, n. 7/2014, 8.

⁴²² Così, A. Mutarelli, M. M. Mutarelli, *Considerazioni intorno alle possibili ricadute della misura straordinaria ex art. 32 d.l. 90/2014 (debiti pregressi e rapporti di lavoro)*, in *rass. Avv. Stato*, n. 1/2017, 256.

⁴²³ Cfr. Prime Linee Guida Anac, *Prime Linee guida per l'avvio di un circuito collaborativo tra Anac- Prefetture – U.t.G. e enti locali per la prevenzione dei fenomeni di corruzione e l'attuazione della trasparenza amministrativa*, 15 luglio 2014, (in www.anticorruzione.it/-/prime-linee-guida-per-l-avvio-di-un-circuito-stabile-e-collaborativo-tra-anac-prefetture-utg-e-enti-locali-per-la-prevenzione-dei-fenomeni-di-corruzione-e-l-attuazione-della-trasparenza-amministrativa).

⁴²⁴ Cfr. Seconde Linee Guida Anac *“Seconde linee guida per l'applicazione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione anticorruzione e antimafia”*, del 27 gennaio 2015, 2, (in www.anticorruzione.it/-/seconde-linee-guida-per-l-applicazione-delle-misure-straordinarie-di-gestione-sostegno-e-monitoraggio-di-imprese-nell-ambito-della-prevenzione-anticorruzione-e-antimafia).

Secondo questa impostazione, dunque, si rimette agli stessi commissari prefettizi il compito di individuare la linea di demarcazione tra la gestione ordinaria e quella straordinaria, sia sotto il profilo economico e contabile, sia per quanto attiene alle risorse umane e strumentali impiegate, e quindi, in sostanza, il compito di individuare il giusto punto di bilanciamento tra interesse pubblico alla prosecuzione dei contratti commissariati e libertà dell'impresa.

La ricerca di questo delicato punto di equilibrio tra interesse pubblico e tutela del valore aziendale – sul quale si regge, peraltro, la effettiva compatibilità delle misure straordinarie con il dettato costituzionale - deve essere realizzato attraverso una articolata attività dei commissari straordinari in relazione al caso concreto, tenendo conto e valutando anche le esigenze aziendali, allo scopo di evitare crisi o pregiudizi di cui potrebbero rispondere patrimonialmente gli stessi commissari, che non possono assumere iniziative che possano attentare alla redditività dell'azienda.

Sul punto, rileva la previsione di cui al comma 4 dell'art. 32, che, nel premettere che l'attività degli amministratori deve considerarsi di pubblica utilità⁴²⁵, prevede ipotesi di loro responsabilità in caso di diseconomie dei risultati, laddove cagionate per dolo o colpa grave.

D'altra parte, la considerazione relativa al necessario rispetto del valore dell'azienda nell'ambito della gestione commissariale può ritenersi confermata anche con riferimento alle previsioni concernenti l'accantonamento – e la successiva sorte – degli utili derivanti dall'attività.

A tal riguardo, dispone il comma 7, art. 32, d.l. 90/2014 che l'utile d'impresa derivante dal contratto pubblico oggetto di commissariamento deve essere accantonato in un apposito fondo, anche a mezzo della costituzione di un patrimonio destinato ai sensi dell'art. 2447bis c.c., che, quindi, non può essere né distribuito né pignorato sino all'esito dei giudizi penali, ovvero dei giudizi di impugnazione o cautelari concernenti l'informazione antimafia interdittiva.

Sul punto, mentre nel caso in cui i giudizi si concludano con una sentenza di assoluzione, proscioglimento o archiviazione rispetto ai reati-presupposto, ovvero sia disposto l'annullamento dell'interdittiva, gli utili dovranno essere restituiti all'impresa, più complessa è l'ipotesi in cui la sussistenza del *fumus* posto a fondamento dell'adozione della misura straordinaria venga confermato anche in sede giudiziale.

In merito alla sorte degli utili, in questo caso, si dovrebbe effettuare una distinzione in relazione ai presupposti che hanno condotto al commissariamento.

Segnatamente, se la misura *ex* art. 32 d.l. 90/2014 è stata adottata in ragione della commissione di una ipotesi di reato, sarebbero attivate d'ufficio, dal Prefetto o su richiesta dell'amministratore nominato, gli strumenti già previsti dalla legge penale ovvero quelli

⁴²⁵ Si veda, in proposito, A. Maltoni, *Nuove forma di ingerenza nella gestione di imprese private da parte di autorità pubbliche: presupposti e limiti*, in S. Perongini (a cura di), *Al di là de nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Torino, 2017, 177, che osserva come “*la qualificazione ex lege dell'attività di temporanea e straordinaria gestione dell'impresa da parte dei commissari in termini di pubblica utilità a tutti gli effetti, [...] comporta che il potere di commissariamento non può che essere considerato un potere speciale attribuito al Prefetto a tutela di interessi pubblici generali.*”.

individuati dall'autorità giudiziaria⁴²⁶, ben più complessa è la destinazione dell'utile dell'azienda laddove venga confermato in sede giudiziale il provvedimento interdittivo.

La normativa, infatti, - ancora una volta muta per questo ulteriore aspetto - impone all'interprete di comprendere fino a che punto si estenda il *munus* pubblico dei commissari e i poteri di disposizione rispetto ai beni dell'azienda.

In proposito, l'interpretazione che è stata suffragata nell'ambito delle Seconde Linee Guida è tutta protesa nel senso di valorizzare l'*intentio legis* della normativa in commento, che sarebbe quella di evitare che l'esecuzione di un contratto pubblico, in presenza di significativi e gravi scostamenti rispetto agli standard di legalità e sicurezza, realizzi un guadagno per un operatore economico nei cui confronti sono state accertate situazioni di compromissione con la criminalità organizzata. In questo senso, ammettere che, al termine della gestione commissariale, gli utili da questa derivanti ritornino nella disponibilità dell'impresa finirebbe per falsare le finalità perseguite dall'art. 32 d.l. 90/2014.

Sicché, facendo leva sulla qualificazione in termini di pubblica utilità dell'attività di straordinaria e temporanea gestione dell'impresa, si è concluso nel senso di ritenere che il commissariamento configuri l'esercizio, da parte dei commissari prefettizi, di un potere pubblicistico che pone l'operatore economico attinto in una posizione di soggezione: mentre in una situazione ordinaria e fisiologica di gestione del rapporto contrattuale, l'utile costituirebbe un naturale componente del sinallagma, lo stesso non potrebbe dirsi laddove sia stato applicato lo spossessamento gestorio *ex art. 32 d.l. 90/2014*.

Infatti, dal riconoscimento dell'esercizio di un *munus* pubblico in capo ai commissari prefettizi, discenderebbe che l'attività gestionale sfugge dall'applicazione dei canoni civilisti, giacché costoro operano nell'interesse dello Stato (da intendersi qui sia come Stato-apparato, attesa la nomina da parte del Prefetto, sia come Stato-comunità, considerato l'interesse perseguito di lotta alla criminalità ed alla corruzione e completamento di opere pubbliche) in guisa che *“l'immedesimazione organica tra gli amministratori nominati dal Prefetto e la funzione ad essi delegata consente quindi di ritenere che la fase esecutiva del rapporto contrattuale non sia governata dalle norme di rango privatistico quanto piuttosto da quelle di rango pubblicistico e che l'esecuzione dell'appalto sia fatta nell'interesse della stazione appaltante e non dell'impresa appaltatrice.”*⁴²⁷.

In tal modo argomentando, quindi, l'utile derivante dal contratto dovrebbe essere devoluto alla stazione appaltante, così evitando che un operatore economico sottoposto a misura interdittiva potrebbe poi, con la conclusione del commissariamento, incamerare comunque l'utile d'impresa. Per cui, *“nel quadro di un bilanciamento degli interessi contrapposti coerente con i principi costituzionali di cui all'art. 97 (buon andamento della P.A.) e 41, comma 2, per cui l'iniziativa economica trova un limite quando contrasta con l'utilità sociale o reca danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana ingenerare un vantaggio economico all'impresa in costanza di interdittiva divenuta inoppugnabile per lavori eseguiti per preminenti ragioni di interesse pubblico.”*⁴²⁸.

⁴²⁶ Così, Seconde Linee Guida Anac *“Seconde linee guida per l'applicazione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione anticorruzione e antimafia”*, cit., 18.

⁴²⁷ Seconde Linee Guida Anac *“Seconde linee guida per l'applicazione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione anticorruzione e antimafia”*, cit., 19.

⁴²⁸ *Ibidem*.

Tuttavia, il bilanciamento così effettuato tra i vari interessi in gioco rischierebbe, invero, di rendere le misure straordinarie *ex art. 32 d.l. 90/2014* difficilmente compatibili con alcuni fondamentali principi dell'ordinamento⁴²⁹.

Segnatamente, la qualificazione del ruolo dei commissari prefettizi come titolari di *munera* pubblici, in quanto tali in posizione di preminenza rispetto agli organi gestori ordinari - comunque in carica per tutta la gestione commissariale - non trova, a ben vedere, un preciso ancoraggio normativo nella disposizione di cui trattasi⁴³⁰.

Si è detto, infatti, che l'attività gestionale degli esperti di nomina prefettizia è del tutto assimilabile a quella degli organi sociali ordinari, spossessati *ad tempus*, relativamente alla commessa pubblica da portare ad esecuzione: sicché, non essendo attribuito dalla legge alcun potere al Prefetto di autorizzare specifici atti posti in essere dai commissari, non pare che costoro possano dirsi investiti di poteri pubblici cui far corrispondere posizioni giuridiche di interesse legittimo.

Ancor più stridente con i principi costituzionali sarebbe il consentire che, per il tramite delle misure *ex art. 32 d.l. 90/2014*, si realizzi una forma di espropriazione, ovvero di confisca, degli utili conseguiti nell'esecuzione del contratto laddove manchi un collegamento con specifiche fattispecie di reato. Invero, non si rinviene in questo contesto alcuna disposizione legislativa a fondamento del potere, in patente violazione, quindi, del principio di legalità, *sub specie* di legalità-garanzia, che impone, come noto, che l'adozione degli atti limitativi della sfera giuridica dei destinatari possano essere adottati dall'amministrazione solo se espressamente previsto dalla legge e nei limiti da essa stabiliti⁴³¹.

In questo caso, quindi, si finirebbe per ammettere che il vincolo conformativo che deriva all'impresa dalla predisposizione del commissariamento si trasformi in un vincolo con connotazione anche espropriativa⁴³², con conseguente ammissione della natura sostanzialmente afflittiva di detto strumento e delle relative, possibili considerazioni relativamente alla compatibilità con la giurisprudenza convenzionale⁴³³ che, in base al grado di afflittività, assimila gli illeciti amministrativi a quelli penali in termini di garanzie procedurali e processuali che devono essere assicurati ai soggetti attinti⁴³⁴.

⁴²⁹ A questo proposito, si rimanda alle considerazioni svolte da A. Maltoni, *Nuove forma di ingerenza nella gestione di imprese private*, op. cit., 178 e ss.

⁴³⁰ Cfr. A. Mutarelli, M. M. Mutarelli, *Considerazioni intorno alle possibili ricadute della misura straordinaria ex art. 32 d.l. 90/2014 (debiti pregressi e rapporti di lavoro)*, in *rass. Avv. Stato*, n. 1/2017, 259.

⁴³¹ Sul punto, D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2021, 36.

⁴³² In questi termini, A. Mutarelli, M. M. Mutarelli, *op.cit.*, 260.

⁴³³ Tra gli altri, si vedano Corte Edu, 27 settembre 2011, A. Menarini Diagnostic s.r.l. c. Italia; Corte Edu, 30 giugno 2011, Messier c. Francia; Corte Edu, 21 marzo 2006, Valico s.r.l. c. Italia; Corte Edu, 23 luglio 2004, Janovic c. Svezia; Corte Edu, 9 novembre 1999, Varuzza c. Italia; Corte Edu, 9 febbraio 1995, Welch c. Regno Unito; Corte Edu, 24 febbraio 1994, Bendemoun c. Francia; Corte Edu, 15 agosto 1987, Lutz c. Germania; Corte Edu, 21 febbraio 1984, Ozturk c. Germania. Tutte in www.giustizia.it.

⁴³⁴ Il riferimento alla giurisprudenza Edu si veda, L. Giampaolino, *Le misure anticorruzione negli appalti: rimedio adeguato al male?*, 30 luglio 2014, in www.giustamm.it che evidenzia come "già oggi, la Corte europea dei diritti dell'uomo, andando oltre la mera qualificazione formale di misura penale od amministrativa e guardando al contenuto sostanzialmente punitivo ed intrinsecamente afflittivo di una misura, ritiene necessaria la trasposizione delle garanzie della "materia penale", espresse dagli artt. 6 e 7 della Convenzione, agli illeciti amministrativi."

2.1. *Il ruolo dei commissari prefettizi nell'ipotesi di commissariamento antimafia. Un confronto con le prerogative commissariali ex art. 143 T.U.E.L.*

La gestione commissariale di cui all'art. 32, comma 1 lett. b), d.l. 90/2014, si connota per profili di particolare peculiarità, oltre a quelli già messi in luce nel paragrafo precedente, allorché la misura è predisposta con finalità antimafia a seguito dell'emanazione di un provvedimento interdittivo.

Dette specificità si rinvengono proprio nel presupposto e negli obiettivi perseguiti con l'adozione di detto strumento che si fonda, in questo caso, non sulla commissione di un reato da parte dell'operatore economico ma, piuttosto, su un giudizio di disvalore sull'impresa espresso dall'amministrazione che le impedisce, in linea di principio, di intrattenere rapporti con la p.a..

Questo giudizio di disvalore finisce per riverberarsi sulle modalità e sui limiti operativi della gestione commissariale.

In ordine al primo aspetto, infatti, pare non del tutto agevole ipotizzare strumenti e sedi di coordinamento decisionale tra gli amministratori prefettizi e gli organi societari, ove si consideri che in questi ultimi potrebbero sedere i soggetti direttamente coinvolti con la criminalità organizzata, e che questi sono, tra l'altro finanche del tutto privi di alcun margine di operatività laddove il commissariamento si rivolga, di fatto, all'attività d'impresa globalmente considerata.

E quindi, con riguardo al secondo aspetto, deve ritenersi che il perimetro oggettivo del commissariamento possa non essere vincolato a uno specifico contratto – similmente a come avviene allorché si siano manifestate fattispecie corruttive -, ma è suscettibile di involgere più settori di attività dell'azienda nel caso in cui il Prefetto ritenga che più di una commessa pubblica debba rientrare nell'ambito di operatività *ex art. 32 d.l. 90/2014*.

E quindi, in ipotesi di tal fatta, il commissariamento, per quanto fondato sulla tutela di beni e valori costituzionali fondamentali si estende ben oltre il singolo contratto, sino a giungere, di fatto, ad una sostituzione piena dei commissari nell'intera gestione dell'impresa, così realizzando una piena sovrapposizione tra perimetro della gestione commissariale e attività dell'azienda globalmente intesa⁴³⁵. La conseguenza, sul piano pratico e in base al combinato disposto di cui ai commi 3 e 10, dell'art. 32, d.l. 90/2014, sarebbe, quindi, la sospensione di tutti i poteri di gestione e di disposizione degli organi amministrativi sociali e dei poteri dell'assemblea⁴³⁶.

Orbene, valorizzando le considerazioni svolte rispetto al necessario bilanciamento tra interessi di rango costituzionale coinvolti nell'adozione delle misure di cui trattasi, una così estesa sostituzione dei commissari nella gestione dell'impresa non può mancare di destare perplessità soprattutto ad un vaglio di ragionevolezza e di proporzionalità, considerato che l'applicazione di tale strumento comporta limitazioni nell'attività gestionale che non sono

⁴³⁵ È quanto accaduto, a titolo esemplificativo, in relazione al commissariamento effettuato dalla Prefettura di Trieste nei confronti della Depositi Costieri Trieste S.p.A., (decreto prefettizio 1312 del 10 gennaio 2018, consultabile in www.prefettura.it/trieste) ove è stata rilevata la piena coincidenza tra l'attività imprenditoriale gestita dall'impresa e quella da sottoporre a misura straordinaria a seguito di interdittiva antimafia e riguardante l'esercizio del deposito costiero oggetto della concessione demaniale.

⁴³⁶ Queste considerazioni emergono anche in Autorità nazionale anticorruzione, *Relazione annuale 2016*, Roma Camera dei deputati, 6 luglio 2017, 259, in www.anticorruzione.it.

invece riscontrabili nell'amministrazione giudiziaria disposta dal Tribunale, né, tantomeno nell'ambito del controllo giudiziario.

Un commissariamento così disposto, che si estenda, quindi, sino a ricomprendere tutti i contratti pubblici in essere, oltre a determinare una notevole lesione del diritto di libera iniziativa economica – difficilmente giustificabile in termini di proporzione del sacrificio imposto rispetto al bene tutelato -, può comportare delle gravi inefficienze in punto di gestione dell'impresa, non sempre rimediabili al termine del commissariamento.

Sicché, la misura di cui trattasi allorquando sia suscettibile di involgere tutta, o gran parte, dell'attività dell'impresa attinta, deve necessariamente essere applicata valorizzando al massimo le finalità di tutela degli interessi pubblici di rango costituzionale per cui la stessa è predisposta.

Tale considerazione, peraltro, è avvalorata anche dalla giurisprudenza che ha evidenziato come debba valutarsi, al fine di evitare la soluzione di continuità nell'esecuzione del contratto da parte dell'impresa, non tanto la concreta possibilità di completare o proseguire detto contratto in presenza di un'interdittiva antimafia, quanto la sussistenza di un'urgente necessità connessa ai vantaggi derivanti dal *“mantenere in cantiere l'impresa appaltatrice rispetto all'ipotesi alternativa di far subentrare una diversa impresa alla luce dei prevedibili effetti delle soluzioni alternative sugli interessi pubblici (obiettivi o finalità) menzionati al comma 10”*, cioè di *“garantire la continuità di funzioni e servizi indifferibili per la tutela di diritti fondamentali, nonché per la salvaguardia dei livelli occupazionali o dell'integrità dei bilanci pubblici.”*⁴³⁷.

Unicamente ricollegando l'applicazione della misura straordinaria ex art. 32 d.l. 90/2014 alla tutela di interessi pubblici può ritenersi compatibile il dettato normativo in commento sul piano interno ed eurounitario che, in ambito di tutela della concorrenza ammette deroghe che siano giustificate proprio dall'esigenza di assicurare la piena fruizione di interessi di rango superiore.

Come si vedrà, tuttavia, la scelta tra la risoluzione del contratto e la sua riviviscenza per tutelare la continuità di funzioni e servizi indifferibili, la salvaguardia dei livelli occupazionali, l'integrità dei bilanci pubblici, si traduce in un *vulnus* di tutela per i terzi controinteressati le cui istanze il legislatore omette di prendere in considerazione.

In disparte i profili evidenziati, le cui ambiguità, in chiave critica, verranno messe in luce nei paragrafi che seguono, con riferimento alla gestione commissariale con finalità antimafia di cui al comma 10, art. 32 d.l. 90/2014 corre d'obbligo un raffronto, sia pure necessariamente limitato alle finalità della presente trattazione, con le prerogative e i compiti rimessi ai commissari straordinari nelle ipotesi di scioglimento dei consigli comunali ex art. 143, decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, recante il *Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*.

Si è qui al cospetto di una *“misura governativa straordinaria di carattere sanzionatorio”*⁴³⁸ che è *“funzionale all'esigenza di contrasto della criminalità organizzata*

⁴³⁷ Cfr. Cons. Stato, sez. III, sent. 7 luglio 2016, n. 3009, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴³⁸ Tale natura, invero, risulta contraddetta dalla giurisprudenza amministrativa più recente, che ne riconosce, invece, un carattere *“preventivo, per la cui legittimazione è sufficiente la presenza di elementi indiziari, che consentano di individuare la sussistenza di un rapporto inquinante tra l'organizzazione mafiosa e gli amministratori dell'ente considerato infiltrato. Esso è uno strumento di tutela della collettività, in particolari situazioni ambientali, nei confronti dell'ingerenza delle organizzazioni criminali sull'azione amministrativa degli enti locali, quale misura “a carattere*

*mafiosa o similare*⁴³⁹, di un potere *extra ordinem* e altamente discrezionale del Governo volta a fronteggiare situazioni di eccezionalità, relativa alla sussistenza di elementi concreti, univoci e rilevanti che indichino la ricorrenza di elementi di condizionamento della criminalità organizzata⁴⁴⁰, in cui è necessario effettuare una sintesi tra principi di libertà, uguaglianza, buon andamento, e regolare svolgimento della vita amministrativa dell'ente locale⁴⁴¹.

In proposito, si evidenzia che il procedimento teso allo scioglimento dell'amministrazione comunale, proprio in ragione del considerevole impatto che l'intervento commissariale è destinato ad avere sulla stessa tenuta democratica dell'ordinamento, è complesso e consta di più fasi in cui sono coinvolti vari livelli dell'amministrazione dell'Interno. In particolare, l'iniziativa spetta al Prefetto competente per territorio, che promuove l'accesso presso l'ente interessato e contestualmente nomina una commissione d'indagine, disponendo comunque ogni opportuno accertamento e acquisendo anche informazioni dal procuratore della Repubblica competente. Raccolti e valutati tutti gli elementi utili, a partire dalle conclusioni della commissione d'indagine, il Prefetto, sentito il comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica, stila una relazione finale inviandola al Ministro dell'Interno, cui è rimessa la valutazione circa l'effettiva sussistenza degli elementi indicativi del collegamento, diretto o indiretto, con la criminalità organizzata di tipo mafioso.

In tal caso, alla conferma della sussistenza di detto inquinamento da parte della criminalità organizzata in ragione del collegamento tra la compagine malavitosa e uno o più amministratori locali, il Consiglio dei Ministri delibera lo scioglimento che è disposto con decreto del Presidente della Repubblica.

Nell'ambito del decreto che dispone lo scioglimento, si provvede alla nomina contestuale di una Commissione straordinaria, composta, ai sensi dell'art. 144 TUEL, da tre membri, che esercita le sue funzioni sino al primo turno elettorale.

Orbene, i poteri rimessi ai commissari straordinari in parola, definiti nell'ambito del medesimo decreto istitutivo, sono molto ampi in quanto, sostituendo tutti gli organi dell'ente, si concretizzano in un potere di autotutela ad ampia portata che si articola, sotto il profilo organizzativo e decisionale, in maniera differente a seconda della funzione svolta e della materia oggetto della delibera.

La peculiarità maggiore di tale tipo di gestione commissariale consiste, dunque, nell'esercizio di prerogative che travalicano quelle degli amministratori ordinari e che si giustificano proprio in ragione della necessità di eliminare ogni fonte di condizionamento, diretto o indiretto, dell'amministrazione pubblica nei vari settori in cui è stata accertata la presenza della consorteria criminale. A tal fine, i commissari non si limitano ad effettuare

straordinario per fronteggiare una "emergenza straordinaria". Così T.A.R. Lazio, Roma, sez. Im sent. 22 marzo 2018, n. 3187, che si pone sulla stessa linea di Cons. Stato, sez. III, sent.. 24 aprile 2015, n. 2054. Entrambe in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴³⁹ Cfr. Corte Cost., sent. 11 giugno 2014, n. 182, pubblicata in G.U. 25 giugno 2014, n. 27.

⁴⁴⁰ In ordine agli indici atti a rivelare una patologia nella gestione dell'ente, si vedano, *ex multis*, Cons. Stato, sez. III, sent. 9 luglio 2012, n. 3998; Cons. Stato, sez. III, sent. 6 marzo 2012, n. 1266; Cons. Stato, sez. III, 7 dicembre 2017, n. 5782. Tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁴¹ Per una disamina accurata dell'istituto, non appropriatamente ripercorribile in questa sede, si rinvia a S. Guerra, *Lo scioglimento per infiltrazioni mafiose: gestione straordinaria e profili di responsabilità*, in M.T. Sempreviva (a cura di), *Ordinamento e attività istituzionali del Ministero dell'Interno*, Bari, 2017.

un mero riesame in ordine alla legittimità e all'opportunità dei singoli atti, ma estendono il loro controllo a tutti gli strumenti organizzativi e contrattuali contaminati dalla presenza del sodalizio criminale.

Tanto comporta, non solo che la Commissione sia dotata di un pregnante potere di riorganizzazione dell'apparato burocratico dell'ente, con possibile sostituzione dei soggetti ritenuti conniventi alla consorteria mafiosa, ma soprattutto - per quanto di più precipuo interesse - essa è titolare di un incisivo potere anche con riferimento ai rapporti contrattuali, per tali intendendosi sia quelli da instaurarsi che quelli in corso al momento del decreto di scioglimento.

In particolare, si consente ai commissari di approvare ed eseguire progetti pubblici, da includersi in un piano delle priorità disposto dai commissari, anche in deroga alla disciplina sugli enti locali dissestati, ai sensi dell'art. 145, comma 2 TUEL, ma anche, in materia di contratti pubblici, di intervenire sugli appalti, le concessioni e i contratti già in essere, mediante l'adozione di tutti i provvedimenti ritenuti necessari. Questo potere si espande sino al punto da ritenere che sia possibile per la Commissione straordinaria disporre la revoca dalle deliberazioni già adottate o la rescissione dai contratti già conclusi, peraltro senza provvedere ad alcun emolumento, in termini di indennizzo, per l'operatore economico interessato, in ciò concretizzando una vistosa deroga al regime di cui agli artt. 21^{quinquies} e 21^{sexies} l. 241/1990.

Tra l'altro, la particolare attenzione del legislatore per la materia relativa agli appalti pubblici, come già ribadito, tra le più attrattive per gli interessi criminali, emerge anche dalla disposizione di cui all'art. 100 del Codice antimafia, per cui si impone all'ente locale sciolto per infiltrazioni mafiose di provvedere, non solo sotto l'egida commissariale, ma anche nei cinque anni successivi allo scioglimento, all'acquisizione della informazione antimafia precedentemente alla stipulazione, all'approvazione o all'autorizzazione di qualsiasi contratto o subcontratto, ovvero precedentemente al rilascio di qualsiasi concessione o erogazione, indipendentemente dal loro valore economico.

Sicché, guardando alle principali prerogative spettanti ai commissari straordinari in caso di scioglimento dell'ente locale per infiltrazioni mafiose, qui succintamente riportate, appare evidente come i poteri previsti dall'art. 143 TUEL si connotino per una invasività tale da segnare una profonda differenza qualitativa rispetto ai commissari nominati ai sensi dell'art. 32, comma 10, d.l. 90/2014.

Dunque, nonostante le finalità delle due disposizioni possano accomunarsi sotto la cornice del contrasto alla criminalità organizzata, tale rassomiglianza non si rinviene ove si guardi ai poteri conferiti dalle rispettive normative di settore che, per quanto riguarda i commissari prefettizi di cui all'art. 32, limita dette prerogative a una gestione ordinaria vigilata e all'accantonamento dell'utile d'impresa.

La cennata differenza qualitativa, conforta, quindi, la tesi suffragata al paragrafo precedente che ritiene di contestare la qualificazione che è stata operata in seno alle Linee Guida rispetto all'esercizio di un *munus* pubblicistico da parte dei commissari *ex art.* 32 d.l. 90/2014: le funzioni di ordinaria amministrazione a costoro rimesse nell'ambito dell'attività d'impresa non consente di giustificare *tout court* una qualificazione pubblicistica della loro attività che, seppur svolta a tutela di un interesse pubblico, non può non informarsi alle disposizioni di diritto privato.

3. *Tra risoluzione del rapporto e realizzazione dell'opera: i poteri della stazione appaltante*

Quanto sinora rassegnato consente di affermare che le misure straordinarie introdotte con il d.l. 90/2014 realizzano un temperamento, di fatto, degli effetti dell'informazione antimafia interdittiva laddove ciò appaia rispondente al soddisfacimento di superiori interessi pubblici.

L'introduzione dell'art. 32, comma 10, nel contemplare l'eccezionale mantenimento del rapporto negoziale con l'amministrazione di una impresa colpita da un provvedimento inibitorio, configura una vistosa deroga - come già segnalato - alla regola prevista dall'art. 94, commi 1 e 2 del Codice antimafia, presentando, altresì, profili di possibile sovrapposizione con il comma 3 del medesimo articolo.

Orbene, in assenza di un compiuto coordinamento tra le due disposizioni in commento, possono rilevarsi alcuni aspetti critici in ordine alla lettura in combinato disposto tra le due disposizioni normative e, quindi, alla possibile applicazione dell'una o dell'altra previsione.

Segnatamente, ai commi 1 e 2 dell'art. 94 d.lgs. 159/2011 il legislatore introduce un principio generale in ordine agli effetti della predisposizione di una informazione antimafia interdittiva che comporta la revoca dell'aggiudicazione, ovvero, se la stipula negoziale è già intervenuta, la risoluzione del contratto con l'impresa attinta dal provvedimento inibitorio.⁴⁴²

Al comma 3 della medesima disposizione si prevede, poi, che non sia predisposta la cessazione del rapporto nel caso in cui *"l'opera sia in corso di ultimazione ovvero, in caso di fornitura di beni e servizi ritenuta essenziale per il perseguimento dell'interesse pubblico, qualora il soggetto che la fornisce non sia sostituibile in tempi rapidi."*

Il rapporto in cui si pone tale ultimo comma rispetto alle prescrizioni contemplate nei primi due è quello di eccezione rispetto alla regola: in presenza di causa ostative al rilascio di una informazione antimafia liberatoria, ovvero, all'iscrizione nelle *white lists* prefettizie, grava sulla stazione appaltante un onere di revoca dell'aggiudicazione ovvero di risoluzione del contratto.

Tale conclusione, secondo quanto previsto dalle *Seconde Linee Guida*⁴⁴³, deve ritenersi valida anche con riferimento all'applicazione del comma 10, art. 32 d.l. 90/2014: in

⁴⁴² L'art. 94 d.lgs. 159/2011, rubricato *"Effetti delle informazioni del prefetto"* espressamente prevede, ai commi 1 e 2, che *"1. Quando emerge la sussistenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa, di cui all'articolo 84, comma 4 ed all'articolo 91, comma 6, nelle società o imprese interessate, i soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2 cui sono fornite le informazioni antimafia, non possono stipulare, approvare o autorizzare i contratti o subcontratti, né autorizzare, rilasciare o comunque consentire le concessioni e le erogazioni. 2. Qualora il prefetto non rilasci l'informazione interdittiva entro i termini previsti, ovvero nel caso di lavori o forniture di somma urgenza di cui all'articolo 92, comma 3 qualora la sussistenza di una causa di divieto indicata nell'articolo 67 o gli elementi relativi a tentativi di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4, ed all'articolo 91, comma 6, siano accertati successivamente alla stipula del contratto, i soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, salvo quanto previsto al comma 3, revocano le autorizzazioni e le concessioni o recedono dai contratti fatto salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite."*

⁴⁴³ Cfr. *Seconde Linee Guida Anac "Seconde linee guida per l'applicazione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione anticorruzione e antimafia"*, del 27 gennaio 2015, 8, (in

presenza di una informativa antimafia interdittiva, la regola generale è quella della revoca dell'aggiudicazione o della risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 94, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 159/2011, costituendo la prosecuzione del rapporto negoziale un'eventualità dal carattere straordinario, la cui ricorrenza si giustifica unicamente in presenza delle eccezionali finalità di interesse pubblico e nei rigorosi limiti stabiliti dagli artt. 94, comma 3, del d.lgs. n. 159/2011 e 32, comma 10, del d.l. n. 90/2014.

Ciò comporta che, in via di principio, al ricorrere del provvedimento prefettizio di interdizione dell'operatore economico, la revoca o il recesso si atteggiano a conseguenze necessitate della rilevata mafiosità dell'impresa, costituendo *“un provvedimento non soltanto fortemente caratterizzato nel profilo contenutistico, ma anche connotato dall'urgenza del provvedere.”*⁴⁴⁴.

La portata derogatoria, rispetto al principio della cessazione del rapporto negoziale, degli art. 94, comma 3 d.lgs. 159/2011 e 32, comma 10 d.l. 90/2014, comporta che agli stessi potrà ricorrersi solo in presenza delle esigenze di salvaguardia di ulteriori e preminenti interessi pubblici, relegando l'eventuale prosecuzione del contratto ad ipotesi eccezionale e straordinaria, limitata nel tempo e comunque sorretta da uno specifico interesse pubblico (quale la conservazione dei posti di lavoro, al fine di consentire il reimpiego dei lavoratori o il pregiudizio alla esecuzione dei lavori o del servizio conseguente ad una repentina interruzione dello stesso).

Secondo la giurisprudenza⁴⁴⁵, ciò comporta che fino all'adozione della misura di straordinaria e temporanea gestione dell'impresa - laddove, ovviamente, il Prefetto ritenga sussistenti i presupposti di cui all'art. 32, comma 10, del d.l. 90/2014 - l'informativa mantiene inalterati tutti gli effetti interdittivi, di cui all'art. 94, commi 1 e 2, d.lgs.159/2011. La stazione appaltante, dunque, è vincolata a recedere dal contratto, quando sia stata emessa l'informativa, e salva l'eccezionale ipotesi dell'art. 94, comma 3, d.lgs.159/2011, *“se e fino a quando”*⁴⁴⁶ non sopraggiunga l'eventuale provvedimento di straordinaria e temporanea gestione adottata, in via eccezionale, dal Prefetto sulla scorta della sussistenza degli interessi pubblici da salvaguardare previsti dall'art. 32, comma 10, d.l. 90/2014.

Dunque, il rapporto tra l'art. 32 d.l. 90/2014 e il principio generale di revoca dell'aggiudicazione e risoluzione del contratto deve leggersi nel senso che il primo costituisce deroga eccezionale – e, peraltro, meramente eventuale – alla regola che impone alla stazione appaltante di disporre la cessazione dei contratti in corso, in costanza di provvedimento interdittivo nei confronti dell'impresa contraente.

Tanto comporta, dunque, che anche nelle more dell'adozione di una delle misure straordinarie di cui all'art. 32, in costanza di provvedimento antimafia interdittivo, la

www.anticorruzione.it/-/seconde-linee-guida-per-l-applicazione-delle-misure-straordinarie-di-gestione-sostegno-e-monitoraggio-di-imprese-nell-ambito-della-prevenzione-anticorruzione-e-antimafia).

⁴⁴⁴ Così T.A.R. Marche, sez. I, sent. 4 luglio 2022 n. 402. Nel medesimo contesto, il Giudice amministrativo ha ritenuto che il carattere vincolato e urgente della revoca dell'aggiudicazione – nel caso di specie – sia tale da elidere le garanzie procedurali: *“Ad escludere l'obbligo della previa comunicazione di avvio del procedimento concorrono, quindi, il carattere spiccatamente cautelare della misura e le esigenze di celerità che, ai sensi dell'art. 7 della l. n. 241/90, rendono giustificata l'omissione della notizia partecipativa altrimenti prescritta. La stessa natura di atto vincolato ed urgente ben si attaglia alla revoca dell'aggiudicazione, rispetto alla quale, quindi, la comunicazione di avvio del procedimento non costituisce requisito di legittimità.”* La sentenza è consultabile in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁴⁵ Cfr. *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. III, sent. 12 dicembre 2017, n. 6045, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁴⁶ In questi termini, T.A.R. Lazio - Roma, sez. I, sent. 13 luglio 2021, n. 8322, in www.giustizia-amministrativa.it.

stazione appaltante è tenuta a disporre la revoca dell'aggiudicazione o la risoluzione del contratto, salva la valutazione in ordine alla possibile ricorrenza delle condizioni, anch'esse derogatorie, di cui all'art. 94, comma 3 che consente alla stazione appaltante di non procedere alle revoche e ai recessi di cui al comma 2, nel caso in cui l'opera sia in corso di ultimazione ovvero qualora il soggetto che la fornisca beni e servizi essenziali non sia sostituibile in tempi rapidi⁴⁴⁷.

E invero, la giurisprudenza ha chiarito, a più riprese, come il potere di disposizione del contratto da parte della stazione appaltante, non cessi nemmeno nel caso in cui il Prefetto abbia comunque predisposto una delle misure straordinarie *ex art. 32 d.l. 90/2014*, ben potendosi, in proposito, ritenere salvi i poteri di autotutela di cui agli artt. *21quinquies* e *21nonies* l. 241/1990⁴⁴⁸.

Sul tema, infatti, si è argomentato nel senso di ritenere che tra il potere di cui all'art. 32, d.l. 90/2014 e quello generale di autotutela non sono ravvisabili interferenze, né di ordine strutturale né funzionale, atte a giustificare la tesi secondo cui l'esercizio del primo espliciti efficacia ostativa all'esperimento del secondo: l'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione, infatti incide sulla fonte genetica del rapporto di appalto, rimuovendola *ab origine* e con effetti retroattivi sui rapporti giuridici costituiti sulla base della stessa.

Inoltre, assai diversi sono i presupposti costitutivi dei poteri *de quibus*, con il corollario che le valutazioni compiute dall'Amministrazione prefettizia in sede applicativa delle misure temporanee e straordinarie di gestione dell'impresa, non intersecano né condizionano quelle spettanti alla stazione appaltante in vista dell'eventuale esercizio del potere di autotutela. E, infatti, all'adozione delle misure straordinarie non può ricondursi alcun effetto sanante delle patologie inficianti il provvedimento costitutivo del rapporto contrattuale: diversamente argomentando, e quindi, intendendo negare la possibilità per l'amministrazione di intervenire in autotutela, significherebbe ammettere la stipula – o la salvezza - di un contratto che ha come fondamento un'aggiudicazione probabilmente illecita, a danno dell'amministrazione (in termini economici e d'immagine), dei potenziali concorrenti e di tutti gli utenti del servizio⁴⁴⁹.

Dunque, la valorizzazione delle ragioni sottese alla tutela della libera concorrenza e alla possibilità di subentro nel medesimo contratto di altre imprese, comportano che appare rispondente ad un principio generale di ragionevolezza e di minor compressione delle libertà dei privati contestare quell'orientamento, pure sostenuto dalla giurisprudenza, secondo cui il Prefetto, quand'anche a seguito dell'interdittiva antimafia la stazione appaltante abbia proceduto a recedere dal contratto, là dove sussistano i presupposti di cui all'art. 32, comma 10, d.l. 90/2014, nel perseguimento dell'interesse pubblico, può *“invalidare o privare di efficacia il recesso... e disporre la prosecuzione del rapporto in amministrazione straordinaria”*⁴⁵⁰.

Invero, una simile impostazione non solo non è contemplata dalla normativa, ma finirebbe per recare un grave e ingiustificato pregiudizio alle imprese concorrenti, atteso che queste, a seguito della cessazione del rapporto con l'impresa colpita da interdittiva,

⁴⁴⁷ Così anche Cons. Stato, sez. III, sent. 28 aprile 2016, n. 1630, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁴⁸ Tra le altre, T.A.R. Lombardia - Milano, sez. IV, sent. 27 febbraio 2018, n. 553, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁴⁹ Ancora, T.A.R. Lombardia - Milano, sez. IV, sent. 27 febbraio 2018, n. 553, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁵⁰ Aveva sostenuto, in via incidentale, questa tesi Cons. Stato, sez. III, sent. 28 aprile 2016, n. 1630, in www.giustizia-amministrativa.it.

potrebbero già essere subentrate nell'esecuzione del contratto senza compromettere gli interessi pubblici, a giudizio della medesima stazione appaltante, che non si è determinata per l'applicazione dell'art. 94, bis, comma 3 Codice antimafia.

Di converso, l'opposta facoltà della stazione appaltante di non revocare l'appalto nonostante il collegamento dell'impresa con organizzazioni malavitose sia stato accertato, deve ritenersi ipotesi eccezionale rispetto alla regola generale che impone la risoluzione del rapporto, *“data l'evidente ratio di pieno sfavore legislativo alle infiltrazioni mafiose nei contratti pubblici, e quindi remota e residuale”*⁴⁵¹ e che comporta, quindi, in capo all'amministrazione precedente, un onere motivazionale rafforzato in cui si dia adeguatamente conto della sussistenza degli interessi pubblici di cui al comma 3, art. 94 del Codice antimafia⁴⁵².

Così, appurato che la *ratio* sottesa all'art. 32 d.l. 90/2014 non è quella di privare la stazione appaltante di ogni potere circa la risoluzione o la prosecuzione del rapporto una volta disposta la gestione straordinaria e temporanea dell'impresa, permanendo, anzi, in capo alla stazione appaltante la potestà autoritativa in merito alla valutazione dell'interesse pubblico al mantenimento o meno dell'aggiudicazione⁴⁵³, resta da chiarire in quali termini debbano leggersi le disposizioni di cui all'art. 94, comma 3 d.lgs. 159/2011 e al medesimo art. 32, comma 10 d.l. 90/2014.

A dirimere la questione inerente l'ordine di priorità da seguire nella scelta delle modalità con le quali deve avvenire la continuazione della prestazione negoziale, sovviene il dettato dell'art. 32, che, al comma 10, prevede che le misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio dell'impresa trovino applicazione *“ancorché ricorrano i presupposti di cui all'articolo 94, comma 3”* d.lgs. 159/2011.

Sicché, pare chiaro che l'art. 94, comma 3, d.lgs. 159/2011 assume valenza di strumento di carattere del tutto residuale: e ciò *“appare del tutto logico”*⁴⁵⁴, ove si consideri che la disposizione del Codice antimafia consente di proseguire nel rapporto contrattuale, senza all'uopo introdurre alcuna forma di controllo o di presidio di legalità nell'impresa che risulta essere infiltrata.

La lettura combinata di queste disposizioni consente quindi di dirimere con maggiore immediatezza i dubbi in ordine alla norma cui far riferimento, in concreto, nelle ipotesi in cui entrambi gli strumenti appaiano astrattamente applicabili.

Un esempio⁴⁵⁵, in questo senso, può aversi allorché ricorrano fattispecie inerenti rapporti negoziali che concernono la gestione o la fornitura di servizi pubblici essenziali, ambito, quest'ultimo, suscettibile di ricadere sia in seno alla previsione *ex art. 94, comma 3*

⁴⁵¹ In questi termini, T.A.R. Sicilia - Catania, sez. I, sent. 11 giugno 2018, n. 1247, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁵² Secondo quanto espresso dalla giurisprudenza amministrativa *“La stazione appaltante, mentre può richiamare l'informativa a supporto della decisione di risolvere il contratto, senza addurre particolari giustificazioni, ha viceversa il dovere di motivare adeguatamente nel caso in cui, nonostante la presenza di un inquinamento mafioso, l'interesse pubblico alla completa esecuzione del contratto è così pregnante da legittimare un'impresa sospetta ad effettuare lavori pubblici.”*. Così, in particolare, Cons. Stato, sez. III, sent. 30 dicembre 2017, n. 6195, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁵³ Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. III, sent. 22 agosto 2018, n. 5023, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁵⁴ *Seconde Linee Guida Anac “Seconde linee guida per l'applicazione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione anticorruzione e antimafia”*, del 27 gennaio 2015, 8, (in www.anticorruzione.it/-/seconde-linee-guida-per-l-applicazione-delle-misure-straordinarie-di-gestione-sostegno-e-monitoraggio-di-imprese-nell-ambito-della-prevenzione-anticorruzione-e-antimafia).

⁴⁵⁵ *Ivi*, 9.

d.lgs. 159/2011 - il quale fa appunto riferimento alla necessità di proseguire il rapporto contrattuale con imprese interdette per garantire l'erogazione di servizi essenziali – che in quella di cui all'art. 32, comma 10, d.l. 90/2014, che, espressamente consente di predisporre le misure straordinarie ove ricorra l'esigenza di garantire lo svolgimento di funzioni e servizi indifferibili per la tutela di diritti fondamentali.

In simili evenienze, deve quindi valorizzarsi il disposto dell'art. 32, comma 10 che consente di fare luogo alle misure da esso contemplate anche quando ricorrono i presupposti per l'applicazione dell'art. 94, comma 3: detta previsione costituisce una norma volta a dirimere i conflitti apparenti di norme, attribuendo un carattere predominante alle misure di gestione, sostegno e monitoraggio delle imprese.

Detto criterio di risoluzione del cennato conflitto apparente di norme deve trovare applicazione anche nelle ipotesi in cui gli interessi pubblici – specie quelli di natura occupazionale - potrebbero essere parimenti garantiti dalla decisione della stazione appaltante di mantenere in vita il rapporto contrattuale con l'impresa interdetta che avrebbe, in questo caso, tutto l'interesse a che si applichi in suo favore il comma 3 dell'art. 94 del Codice antimafia, piuttosto che della misura che introduce, all'interno della compagine societaria, presidi di controllo o di legalità.

In questi casi, l'individuazione della norma da applicare avviene sulla base del criterio ermeneutico di specialità di cui all'art. 15 delle preleggi: mentre con il ricorso all'art. 94, comma 3, la tutela degli interessi pubblici sarebbe meramente incidentale ed eventuale, la loro piena soddisfazione si realizza solo attraverso il ricorso alle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio delle imprese che tempera la difesa di interessi pubblici di rango primario con quella della salvaguardia della pubblica sicurezza.

Peraltro, la decisione prefettizia di dar corso agli strumenti previsti dall'art. 32 d.l. 90/2014, in luogo di quello contemplato dall'art. 94, comma 3, deve essere appropriatamente motivata all'atto della predisposizione del provvedimento, ivi opportunamente indicando le ragioni di fatto - tra cui la gravità della situazione di controindicazione rilevabile sulla base degli elementi a fondamento dell'informazione interdittiva - che portano a preferire tale soluzione rispetto ad un'eventuale prosecuzione del rapporto contrattuale da parte della stazione appaltante.

4. Le sorti dell'interdittiva antimafia e le ipotesi di caducazione delle misure straordinarie

La rilevata circostanza per cui l'adozione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio delle imprese di cui all'art. 32, adottate ai sensi del comma 10, trova a suo presupposto e fondamento la predisposizione di una informazione antimafia interdittiva, comporta che le eventuali sopravvenienze in grado di incidere su tale provvedimento non possono non riverberare i loro effetti anche su di esse.

Segnatamente, potrebbe rilevarsi foriera di criticità l'ipotesi della successiva invalidazione giudiziale del provvedimento interdittivo.

Infatti, sebbene l'art. 32, comma 5, preveda la cessazione degli effetti delle misure straordinarie nel caso in cui sopravvenga un provvedimento che disponga la confisca, il sequestro o l'amministrazione giudiziaria dell'impresa nell'ambito di procedimenti penali o per l'applicazione di misure di prevenzione ovvero che preveda l'archiviazione del

procedimento, non viene contemplata l'ipotesi di revoca anticipata degli strumenti gestori laddove sovvenga una declaratoria giudiziale di annullamento del provvedimento interdittivo.

Rileva in questo caso, invece, quanto disposto dal legislatore al comma 10 del medesimo art. 32 d.l. 90/2014⁴⁵⁶.

Si legge, infatti, all'ultimo periodo dell'art. 32, comma 10, che “*Le stesse misure sono revocate e cessano comunque di produrre effetti in caso di passaggio in giudicato di sentenza di annullamento dell'informazione antimafia interdittiva, di ordinanza che dispone, in via definitiva, l'accoglimento dell'istanza cautelare eventualmente proposta ovvero di aggiornamento dell'esito della predetta informazione ai sensi dell'articolo 91, comma 5, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, e successive modificazioni, anche a seguito dell'adeguamento dell'impresa alle indicazioni degli esperti.*”.

La norma, dunque, riconduce le ipotesi di cessazione anticipata delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio delle imprese, a tre ambiti principali: il passaggio in giudicato di una sentenza di annullamento in sede amministrativa del provvedimento interdittivo, l'accoglimento di una istanza cautelare proposta avverso la medesima informativa, nonché l'eventuale e successiva rivalutazione, da parte della stessa autorità prefettizia in merito al successivo venir meno delle condizioni poste alla base del diniego di rilascio di informazione antimafia liberatoria.

E, quindi, al ricorrere di una delle circostanze da ultimo enucleate, e salvo, comunque, la possibilità per il Prefetto di far ricorso ad un più generale potere di autotutela ai sensi degli artt. 21^{quinquies} e 21^{nonies} l. 241/1990, si rende necessario disporre una cessazione immediata degli effetti delle misure di gestione, sostegno e monitoraggio dell'impresa raggiunta dall'interdittiva antimafia, successivamente venuta meno. In questi casi, dunque, le misure straordinarie non arrivano a realizzare la loro naturale finalità – *id est* il completamento dell'opera - poichè “*la permanenza del commissariamento è legata, in primis, alla vita del provvedimento inibitorio*”⁴⁵⁷.

In proposito, pare opportuno domandarsi se il sopravvenuto annullamento della informazione antimafia interdittiva produca sulle disposte misure *ex art.* 32 d.l. 90/2014, non un effetto meramente viziante, bensì *ex se* caducante.

Come noto, tradizionalmente⁴⁵⁸, si riconosce la possibilità che un provvedimento sia gravato da invalidità non propria ma derivata giacchè dipendente da un altro atto, con cui si trova in rapporto di consequenzialità. In tale ambito, si è distinto tra una invalidità ad effetto viziante, tale per cui l'intervenuto annullamento dell'atto presupposto vizia il provvedimento conseguente di cui, comunque, appare necessaria una autonoma impugnazione, dall'invalidità ad effetto caducante, ove si riconosce una capacità di travolgimento

⁴⁵⁶ Per completezza, vale la pena qui rammentare che l'ipotesi di sopravvenuta cessazione degli effetti dell'informazione antimafia interdittiva è presa altresì in considerazione dal comma 7 del medesimo art. 32 d.l. 90/2014, ove, con riguardo all'accantonamento degli utili dell'impresa, sancisce che non può essere distribuito né essere soggetto a pignoramento, sino all'esito dei giudizi in sede penale ovvero, nei casi di cui al comma 10, dei giudizi di impugnazione o cautelari riguardanti l'informazione antimafia interdittiva.

⁴⁵⁷ R. Cantone, B. Coccagna, *L'impresa raggiunta da interdittiva antimafia tra commissariamenti prefettizi e controllo giudiziario*, in G. Amarelli, S. Sticchi Damiani (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Torino, 2019, 293.

⁴⁵⁸ La distinzione risale, infatti, alla pronuncia del Cons. Stato, Ad. Plen., sent. 19 ottobre 1955, n. 15, in www.giustizia-amministrativa.it.

dell'illegittimità dell'atto a monte tale da riverberarsi automaticamente sul provvedimento a valle.

L'individuazione della sussistenza della invalidità con effetto caducante viene rimessa alla valutazione del nesso di presupposizione che collega i due atti: detto effetto potrà riconoscersi solo ove il rapporto tra i provvedimenti sia immediato, diretto e necessario, nel senso che l'atto successivo si ponga, nell'ambito della stessa sequenza procedimentale, come inevitabile conseguenza di quello anteriore, senza necessità di nuove ed ulteriori valutazioni di interessi, essendo tra essi sussistente un "*collegamento non già meramente occasionale, bensì genetico, cioè tale da descrivere il primo atto come quello che giustifica e delimita la produzione di quello che segue*"⁴⁵⁹.

In particolare, nel caso di invalidità ad effetto caducante la concatenazione tra i due provvedimenti è così stretta e indissolubile che l'annullamento in sede giurisdizionale del primo travolge in via automatica il secondo, il quale deve considerarsi per ciò stesso "*caducato*" per il solo effetto dell'annullamento dell'atto presupposto.

L'estensione dell'annullamento all'atto presupponente si verifica "*anche quando questo non sia stato impugnato*"⁴⁶⁰ e trova un impedimento nel solo caso in cui con detto atto posteriore sia stato conferito un bene o una qualche utilità ad un soggetto non qualificabile come parte necessaria nel giudizio che ha per oggetto l'atto presupposto: solo in tal caso la giurisprudenza afferma la necessità che l'invalidità derivata dell'atto finale venga fatta valere con i rimedi tipici del processo impugnatorio, onde evitare l'indebita produzione degli effetti negativi del giudicato di annullamento a carico di soggetti che mai hanno potuto esercitare il loro diritto di difesa.

Tanto premesso, si ritiene di poter suffragare quanto concluso da parte della dottrina⁴⁶¹ in ordine alla sussistenza del citato nesso di presupposizione tra interdittiva antimafia e il provvedimento di predisposizione delle misure straordinarie *ex art. 32 d.l. 90/2014*.

Tale orientamento, infatti, appare confermato non solo da un dato testuale desumibile dal medesimo comma 10, art. 32, laddove dispone che dette misure sono revocate e "*cessano comunque di produrre effetti*", ma dalla natura stessa degli strumenti straordinari che traggono dalla sussistenza dell'informativa antimafia interdittiva il primo – e fondamentale – presupposto per la loro attivazione.

Il precipitato pratico di tale assesto è, dunque, di ritenere che le sorti del provvedimento interdittivo si ripercuotano, in via diretta e immediata, sulla validità e sull'esistenza delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio delle imprese⁴⁶², comportandone

⁴⁵⁹ *Ex multis*, Cons. Stato, sez. V, sent. 7 febbraio 2000, n. 672; Cons. Stato, sez. V, sent. 13 novembre 2015, n. 5188; T.A.R. Sicilia – Catania, sez. III, sent. 6 aprile 2018, n. 713, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁶⁰ In questi termini, si veda, da ultimo, Cons. Stato, sez. III, sent. 3 agosto 2022, n. 6811 in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁶¹ In particolare, cfr. V. Salamone, *La documentazione antimafia nella normativa e nella giurisprudenza*, Napoli, 2019.

⁴⁶² Pare opportuno segnalare, in questa sede, che il menzionato effetto caducante sulle misure *ex art. 32 d.l. 90/2014* può ritenersi sussistente unicamente ove sopravvenga una declaratoria di invalidità dell'informazione antimafia interdittiva che costituisce il suo antecedente logico e giuridico. Pertanto, non determinano la revoca automatica della straordinaria e temporanea gestione commissariale sopravvenienze di tipo differente rispetto all'annullamento in sede giudiziale dell'interdittiva antimafia, quali, ad esempio, l'annullamento della custodia cautelare in carcere di uno degli amministratori coinvolti nell'ambito di un procedimento giudiziario per associazione a delinquere di stampo mafioso, ove, tale provvedimento non abbia fatto venir meno le esigenze cautelari connesse al mancato rilascio della informativa liberatoria. Si veda, in questi termini, T.A.R. Lazio – Roma, sez. I ter, sent. 3 febbraio 2016, n. 1519, in www.giustizia-amministrativa.it.

l'immediata caducazione alla declaratoria dell'illegittimità dell'informazione antimafia interdittiva.

5. *Le imprese colpite da interdittiva prefettizia: mitigazione della misura o ulteriore "condanna"?*

Le considerazioni che precedono in ordine ai precipitati sull'autonomia gestionale e amministrativa dell'impresa raggiunta dalla misura straordinaria di cui al comma 1, lett. b), art. 32 d.l. 90/2014, esprimono appieno il carattere particolarmente incisivo sulla libertà di iniziativa economica privata che si determina a seguito della sua applicazione.

Lo spossamento gestorio che realizza la misura in esame, infatti, seppur ideato con limitazioni oggettive e temporali atte a temperare gli effetti conformativi del diritto in parola, finisce, nei fatti, per incidere significativamente sulla vita dell'impresa sconfinando, in alcuni casi, il perimetro dell'*ad tempus* e *ad contratum*, così come previste dal legislatore.

Non può negarsi, infatti, che in entrambi i casi i limiti tracciati dalla norma risultino, nella pratica, sfumati e variabili, non essendo normativamente predeterminati *ex ante*.

In particolare, con riferimento alla limitazione temporale, occorre mettere in rilievo come, a differenza, invece, di quanto più compiutamente accade nelle parallele misure di gestione commissariale previste dalla legislazione antimafia⁴⁶³, il legislatore non abbia indicato, nell'ambito dell'art. 32 d.l. 90/2014, alcun riferimento temporale certo, facendo, piuttosto, richiamo esclusivamente alla "*alla completa esecuzione del contratto di appalto ovvero dell'accordo contrattuale o della concessione*".

Invero, il ricorso alla durata del rapporto negoziale quale momento di conclusione del commissariamento, oltre a rendere mobile – e potenzialmente anche differibile – il termine della misura, pare omettere di considerare la profonda diversità delle ipotesi richiamate, cioè il contratto di appalto, l'accordo contrattuale e la concessione.

Vengono qui in rilievo, infatti, strumenti molto eterogenei, assimilabili, a ben vedere, unicamente per la presenza della parte pubblica nell'ambito del rapporto. Sicché, se può essere agevole rintracciare il termine finale di un contratto di appalto - o perché predeterminato nella fornitura di un servizio ovvero perché collegato alla realizzazione di un'opera - maggiori difficoltà possono rinvenirsi nell'ambito dei rapporti di concessione. Infatti, sebbene, ai sensi dell'art. 168 d.lgs. 50/2016⁴⁶⁴, la durata delle concessioni debba

⁴⁶³ Corre qui, ad esempio, il confronto con le misure di prevenzione giudiziale previste dal Codice antimafia agli artt. 34 e 34bis, che, sia con riferimento all'amministrazione che al controllo giudiziario, prescrivono la durata temporale massima delle misure, individuandole, nel primo caso, "*per un periodo non superiore a un anno e può essere prorogata di ulteriori sei mesi per un periodo comunque non superiore complessivamente a due anni*", nel secondo in "*un periodo non inferiore a un anno e non superiore a tre anni*".

⁴⁶⁴ Prevede l'art. 168 del Codice dei contratti pubblici che "*La durata delle concessioni è limitata ed è determinata nel bando di gara dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore in funzione dei lavori o servizi richiesti al concessionario. La stessa è commisurata al valore della concessione, nonché alla complessità organizzativa dell'oggetto della stessa. Per le concessioni ultraquinquennali, la durata massima della concessione non può essere superiore al periodo di tempo necessario al recupero degli investimenti da parte del concessionario individuato sulla base di criteri di ragionevolezza, insieme ad una remunerazione del capitale investito, tenuto conto degli investimenti necessari per conseguire gli obiettivi contrattuali specifici come risultante dal piano economico-finanziario. Gli investimenti presi in considerazione ai fini del calcolo comprendono quelli effettivamente sostenuti dal concessionario, sia quelli iniziali sia quelli in corso di concessione.*".

essere predeterminata nel bando di gara, d'altra parte le stesse possono essere prorogate, laddove ultraquinquennali, per un “*periodo di tempo necessario al recupero degli investimenti da parte del concessionario*”.

Per evitare, dunque, l'ipotesi che il commissariamento si protragga *sine die*, occorre far ricorso al criterio elaborato in via ermeneutica dalle Linee Guida, ove si è valorizzata la necessità che, in tali casi, la misura venga calibrata non in funzione delle esigenze di ultimazione del contratto pubblico, quanto, piuttosto, “*in ragione dei tempi necessari a ricondurre lo stesso sul piano della corretta e ordinaria fisiologia di mercato (attraverso , ad esempio, l'esperimento delle procedure necessarie all'individuazione di un nuovo contraente in bonis)*.”⁴⁶⁵.

D'altra parte, per ciò che attiene alla limitazione oggettiva, che confina lo spossessamento gestorio alla singola commessa pubblica, anche in questo caso, lo scarso riferimento normativo poco sopra richiamato rischia di essere insufficiente, giacché omette di considerare le più complesse variabili relative sia all'atteggiarsi dei contratti pubblici, ma anche all'organizzazione di impresa. Infatti, nel caso - affatto remoto - dell'istituzione di soggetti economici espressamente finalizzati alla gestione di una commessa pubblica – tipicamente, ad una concessione – finirebbe per realizzarsi una piena immedesimazione tra il settore di attività sottoposto a gestione straordinaria e attività d'impresa *tout court*.

Orbene, le criticità accennate, risultano particolarmente esacerbate nell'ipotesi in cui l'adozione dello strumento di cui all'art. 32 d.l. 90/2014 sia predisposto a seguito di una informazione antimafia interdittiva, atteso l'intervenuto giudizio di disvalore nei confronti dell'impresa che intrattiene rapporti con la pubblica amministrazione, e che dovrebbe comportare, in via ordinaria, di impedirle di proporsi per ulteriori bandi pubblici e, al contempo, determinare la revoca dei contratti e la cessazione dei finanziamenti.

E si è anche già riferito, in proposito, come le misure straordinarie *ex art. 32*, laddove applicate ai sensi del comma 10, costituiscano – indubbiamente - una mitigazione di quell'ergastolo imprenditoriale cui sono destinati gli operatori economici colpiti da informazione antimafia interdittiva.

Tuttavia, sebbene non possa dubitarsi che, nel garantire all'impresa la reviviscenza, a mezzo della misura *ex art. 32*, di parte dei contratti che all'impresa facevano capo, ciò consenta di evitare l'effetto paralizzante determinato dall'interdittiva, d'altra parte occorre mettere compiutamente in luce le conseguenze che l'intervento commissariale comporta sulla vita d'impresa.

Se, dunque, in questo senso, il commissariamento possa considerarsi un temperamento della portata totalizzante del provvedimento interdittivo, si è anche affermato che esso si giustifica unicamente in ragione della tutela di altri interessi pubblici preminenti atteso che, come più volte ribadito, non assume rilievo, ai fini dell'adozione della misura, la posizione dell'impresa⁴⁶⁶.

⁴⁶⁵ Seconda Linea Guida Anac “*Seconda linea guida per l'applicazione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione anticorruzione e antimafia*”, del 27 gennaio 2015, 17, (in www.anticorruzione.it/-/seconde-linee-guida-per-l-applicazione-delle-misure-straordinarie-di-gestione-sostegno-e-monitoraggio-di-imprese-nell-ambito-della-prevenzione-anticorruzione-e-antimafia).

⁴⁶⁶ Prima Linea Guida Anac, *Prima Linea guida per l'avvio di un circuito collaborativo tra Anac- Prefetture – U.t.G. e enti locali per la prevenzione dei fenomeni di corruzione e l'attuazione della trasparenza amministrativa*, 15 luglio 2014, (in

Sicché, la scelta del legislatore di improntare l'adozione della misura a un dogma di utilità pubblica che si impone, di tal guisa, su quella privata – che, infatti, si omette qui di considerare -, finisce per pregiudicare ulteriormente la posizione dell'operatore economico che rimane vincolato a un contratto la cui prosecuzione può rivelarsi antieconomica.

Peraltro, considerata la molteplicità di strumenti previsti, ad oggi, dal Codice antimafia, l'azienda ben potrebbe avere interesse a farsi applicare una diversa – e a sé più favorevole – misura, in grado di conciliare la tutela degli interessi pubblici, con una più ordinaria e fisiologica vita dell'impresa⁴⁶⁷.

Infatti, al fine di non comprimere in misura eccessiva la libertà di iniziativa economica e il diritto di proprietà dell'operatore economico sottoposto al commissariamento prefettizio, dovrebbe potersi vagliare, quale misura alternativa, la possibile risoluzione del contratto.

In particolare, in determinate circostanze, sarebbe opportuno temperare il rischio che si verificano dei ritardi nell'esecuzione del contratto – come conseguenza del subentro nel medesimo di altro concorrente, illecitamente pregiudicato – con le limitazioni relative alla gestione dell'impresa imposte *ex lege* dal commissariamento.

Tra queste, come già evidenziato, rientrano la sospensione dei poteri e delle funzioni degli organi sociali, con tutte le ripercussioni che ciò comporta in termini di interferenze sulla gestione ordinaria dell'impresa derivanti dalla gestione commissariale del contratto; interferenze che si annullano nei casi in cui vi sia coincidenza tra attività commissariale e attività d'impresa, finendo per travolgere tutto l'impianto societario.

Inoltre, in merito agli effetti pregiudizievoli del commissariamento, non si può non valorizzare la disciplina, pure accennata, della sorte degli utili d'impresa, derivanti dall'esecuzione del contratto pubblico, determinabili anche in via presuntiva dai commissari di nomina prefettizia – che non possono essere distribuiti e sono impignorabili fino all'esito dei giudizi penali ovvero dei giudizi di impugnazione o cautelari riguardanti l'informazione antimafia interdittiva – che devono essere accantonati in un apposito fondo, con inevitabili costi che ricadono sulla medesima impresa che, rischia, anche alla luce delle considerazioni svolte poco sopra, di non incamerare mai l'utile, finanche in assenza di una condanna penale nel frattempo intervenuta in sede giudiziale.

Né, tantomeno, si può trascurare il fatto che col decreto commissariale vengono determinati anche i compensi spettanti ai commissari, di cui deve farsi carico interamente l'impresa sottoposta a commissariamento, con conseguenti ulteriori esborsi per l'operatore economico.

Nell'applicazione della disciplina qui in considerazione sembrerebbe dunque potersi completamente pretermettere ogni valutazione circa i costi/benefici per l'impresa commissariata – ovvero ogni valutazione riguardante i costi di transazione addossati interamente su quest'ultima – atteso che per detta impresa, quand'anche il

www.anticorruzione.it/-/prime-linee-guida-per-l-avvio-di-un-circuito-stabile-e-collaborativo-tra-anac-prefetture-utg-e-enti-locali-per-la-prevenzione-dei-fenomeni-di-corruzione-e-l-attuazione-della-trasparenza-amministrativa).

⁴⁶⁷ Senza dover necessariamente riferirsi ai già citati artt. 34 e 34bis del Codice antimafia, basti pensare all'art. 94, comma 3 del medesimo Codice, che, come segnalato, rimette alla stazione appaltante un vaglio discrezionale in ordine alla possibilità di non revocare il contratto per la salvaguardia di preminenti esigenze pubbliche per cui, *"in simili ipotesi l'impresa colpita da informazione antimafia interdittiva avrebbe tutto l'interesse a vedersi applicato il regime dell'art. 94, comma 3, del D. Lgs. n. 159/2011, non fosse altro perché tale disposizione non prevede l'inserimento al suo interno di presidi di controllo o di legalità"*. *Secondo Linee Guida Anac "Secondo linee guida per l'applicazione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese"*, cit.

commissariamento dovesse cessare per sopravvenuta conclusione del giudizio penale o inoppugnabilità del provvedimento interdittivo antimafia, con conseguente restituzione all'impresa delle somme accantonate – potrebbe comunque risultare più conveniente non proseguire nell'esecuzione del contratto ossia pervenire ad una risoluzione del medesimo al verificarsi delle condizioni che legittimano l'adozione di detta misura straordinaria di gestione.

6. Riverberi processuali di una disuguaglianza sostanziale

I particolari connotati che, si è visto, essere tipici delle misure amministrative di prevenzione antimafia e delle finalità dalle stesse perseguite comportano un bilanciamento di interessi tali da richiedere, per certi versi, il ricorso ad una disciplina più accorta anche in sede di giustiziabilità dei diritti che dall'applicazione di detti provvedimenti, immancabilmente, possono ritenersi lesi.

Con riferimento, dunque, al sistema delineato dall'art. 32 d.l. 90/2014 occorre, a questo punto dell'indagine, sondare gli spazi di tutela riconosciuti alle posizioni giuridiche suscettibili di subire pregiudizio, in via diretta o mediata, dall'adozione del commissariamento prefettizio e dalla conseguente salvezza del contratto.

Sul punto, pare opportuno brevemente premettere come assurga a rango di principio costituzionale, ai sensi dell'art. 113 Cost. – da leggersi in stretta connessione con l'inviolabilità del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost.-, la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi che si assumano lesi dai provvedimenti amministrativi. L'applicazione di tali principi comporta, dunque, che tutti sono legittimati ad adire l'autorità giudiziaria a difesa delle proprie posizioni giuridiche soggettive – si concretino esse in diritti soggettivi o interessi legittimi – dovendosi sempre ammettere la tutela giurisdizionale – sia essa innanzi al giudice ordinario ovvero innanzi al giudice amministrativo – contro gli atti della pubblica amministrazione.

La tutela giurisdizionale, secondo quanto previsto dal secondo comma dell'art. 113 Cost., inoltre, non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinati tipologie di atti, onde evitare che si formi una zona di affrancamento del potere amministrativo al sindacato giurisdizionale⁴⁶⁸.

Come noto, quindi, si discorre qui di un principio immanente nell'ordinamento giuridico che, peraltro, l'art.113 Cost. riferisce in modo specifico alle questioni relative alla pubblica amministrazione in quanto sicura espressione di “*valori irrinunciabili di una società natura, di una società che ha raggiunto un grado di civiltà elevato*”⁴⁶⁹.

Il portato sostanziale del rispetto di tale principi sul piano processuale implica un onere, in capo alla pubblica amministrazione, di esercitare i propri poteri (in particolare laddove si tratti di poteri discrezionali) informandosi ai principi generali dell'ordinamento e nel rispetto dei limiti posti dalla normativa, consentendo al giudice di esercitare un

⁴⁶⁸ Sul punto, un rinvio corre d'obbligo a F. Saitta, *Art.113*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, III, 2142 ss.; F. Scoca, *Interessi protetti (dir.amm)*, in Enc. Giur., XVII, Roma, 1989.

⁴⁶⁹ Così si esprimeva A. Falzea, *I principi generali del diritto* (Lectio magistralis, svolta a Messina il 25 ottobre 2007), dattiloscritto, riportato da F. Saitta, *Il principio di giustiziabilità*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012,227.

sindacato che realizzi una tutela piena degli interessi legittimi e dei diritti soggettivi della cui lesione ci si duole nell'ambito del giudizio⁴⁷⁰.

Appare, allora, evidente che un primo fondamentale punto di snodo dell'indagine a svolgersi riguarda, quanto agli strumenti predisposti dall'autorità prefettizia ed oggetto del presente elaborato, la sindacabilità dei c.d. vizi di merito⁴⁷¹, che interseca, qui, la questione relativa al sindacato giurisdizionale dei concetti giuridici vaghi o indeterminati.

Con riferimento a tale tematica, si è già segnalato *supra*, come il problema della formulazione normativa in termini di elementi non aprioristicamente determinati, ma unicamente determinabili *ex post*, attraverso una attività di sussunzione al caso concreto, effettuata dalla stessa amministrazione nell'ambito dell'esercizio del potere discrezionale⁴⁷², finisca per ripercuotersi proprio sulla demarcazione dell'area di riserva amministrativa rispetto a quella del controllo giurisdizionale⁴⁷³.

Orbene, se con riferimento alla sindacabilità in giudizio dei concetti giuridici indeterminati la dottrina germanica⁴⁷⁴, prevalsa, poi, anche negli ordinamenti dell'Europa centrale, consente al giudice di attuare un sindacato sostanzialmente pieno sull'operato dell'amministrazione, con riferimento all'ordinamento interno non può dirsi perfettamente mutuata la stessa concezione, in ragione di una granitica convinzione sull'esistenza di un

⁴⁷⁰ Si veda, in proposito, anche C. Cudia, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008.

⁴⁷¹ Con riferimento all'evoluzione del concetto di merito amministrativo si rinvia a A. Romano Tassone, *Sulle vicende del concetto di "merito"*, in *Dir. amm.*, 2008.

Sul punto, pare opportuno evidenziare come parte della dottrina sia arrivata a ritenere che il sindacato sui vizi di merito sfuggirebbe alla copertura costituzionale di cui all'art. 113 Cost., tra cui A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2008.

⁴⁷² L'ampiezza, in termini di vaghezza della formulazione, dei concetti giuridici indeterminati è direttamente proporzionale al potere discrezionale che è riservato all'amministrazione nell'applicarli. Una simile impostazione, invero, non è scevra da pericoli per gli amministrati, come autorevolmente rilevato da S. Spaventa, *La giustizia nell'amministrazione e altri scritti*, Napoli, 2006, che rilevava le criticità derivanti da un eccessivo ricorso a concetti che "quasi non mettono alcun limite o condizione e neppure forma all'uso delle facoltà che conferiscono; ma si restringono a indicare semplicemente lo scopo a cui si ha da provvedere, [...] lasciando all'ufficiale pubblico la scelta dei mezzi per ottenere qualsiasi di questi effetti".

⁴⁷³ In ambito di concetti giuridici indeterminati ed estensione del sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo, si veda, tra gli altri, S. Veneziano, *Il controllo giurisdizionale sui concetti giuridici a contenuto indeterminato e sulla discrezionalità tecnica in Italia*, relazione al XI Convegno di diritto amministrativo *Concetti giuridici a contenuto indeterminato e giurisdizione amministrativa*, Palermo, 14 ottobre 2005, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁷⁴ Storicamente, lo studio del rapporto tra legge e riserva amministrativa risale soprattutto alle elaborazioni effettuate in merito dalla dottrina tedesca. Un primo approccio si rinviene nelle opere di E. Bernatzik, *Rechtsprechung und Materielle Rechtskraft: Verwaltungsrechtliche Studien*, Vienna, 1886, che elabora una teoria soggettiva, per cui i concetti giuridici indeterminati rientrano nell'esercizio della discrezionalità rimessa all'amministrazione, che li applica nel modo più opportuno per la collettività per cui si sottraggono da un sindacato pieno del giudice. In senso fortemente critico a tale elaborazione, F. Tezner, *Zur Lehre von freien Ermessen als Grund zur Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte*, Vienna, 1888, fautore di una teoria oggettiva, alla stregua della quale i concetti con contenuto evanescente devono necessariamente essere integrati secondo ciò che è, oggettivamente, l'unica soluzione percorribile. Ciò comporterebbe, pertanto, il pieno sindacato giudiziale sull'operato dell'amministrazione. Con riferimento ai concetti giuridici indeterminati un fondamentale contributo è quello reso da W. Jellinek, *Gesetz Gesetzesanwendung und Zweckmassigkeitserwägung*, Tubinga, 2013, che segna la distinzione tra concetti attributivi di un potere discrezionale, che richiedono l'espressione di un ulteriore giudizio di valore da parte dell'interprete, e i concetti meramente descrittivi o empirici che, invece, si limitano a fotografare elementi della realtà facilmente identificabili. Con la conseguenza che solo in quest'ultimo caso si consentirà al giudice un vaglio pieno sull'operato dell'amministrazione.

In Italia, la stessa teoria è stata mutuata da F. Levi, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967. Per una ricostruzione sul tema, si veda, R. Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo. Le pubbliche amministrazioni nell'era della globalizzazione*, Bari, 2005.

insopprimibile *spazio di valutazione*, appannaggio esclusivo dell'autorità amministrativa⁴⁷⁵. Tale impostazione ha recato come suo naturale corollario, in ambito processuale, il riconoscimento di un sindacato giurisdizionale limitato a tutto ciò che non arriva ad impingere nell'ambito strettamente valutativo dell'amministrazione.

La dottrina successiva, tuttavia, soprattutto in ragione della proliferazione dell'utilizzo normativo dei concetti giuridici indeterminati nei c.d. *settori amministrativi speciali*⁴⁷⁶ e la necessità del legislatore di muoversi in società del rischio, in cui “*le situazioni in cui agiscono gli uomini di modificano prima che i loro modi di agire si consolidino in abitudini e procedure*”⁴⁷⁷ ha tentato di ricondurre a un migliore equilibrio il rapporto tra amministrazione e giurisdizione⁴⁷⁸ facendo ricorso a un immanente principio di ragionevolezza, per cui “*il sindacato del giudice amministrativo sarebbe consentito soltanto nella stretta misura in cui non si spinga oltre il terreno del ragionevole e del plausibile, che rimarrebbe una prerogativa della pubblica amministrazione.*”⁴⁷⁹.

In giurisprudenza si è assistito, dunque, a un progressivo passaggio da un sindacato estrinseco a uno più penetrante, seppure autolimitato mediante l'utilizzo di criteri finalizzati a “*circoscrivere l'esercizio del loro potere di interpretare la norma indeterminata con l'auto apposizione di soglie uniformi che possano contenere in modo omogeneo il concreto esercizio della loro azione di controllo*”⁴⁸⁰. La tendenza, tradizionalmente, è stata quella di un sindacato giurisdizionale limitato essenzialmente alle figure sintomatiche dell'eccesso di potere o del sindacato di proporzionalità, rimanendo, di converso, esclusa la valutazione delle premesse del fatto connesse all'applicazione della clausola generale rientranti nel merito amministrativo.

Si è fatta, tuttavia, strada in anni più recenti una giurisdizione di legittimità sempre più aperta alla conoscenza e alla qualificazione del fatto⁴⁸¹, che ha allargato il sindacato del giudice amministrativo ammettendo la possibilità di effettuare – ove ricorrano concetti giuridici indeterminati – una valutazione intrinseca, anche avvalendosi di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza applicata dall'amministrazione⁴⁸².

⁴⁷⁵ L'affermarsi di tale teoria che, come evidente, sottrae la discrezionalità amministrativa dal vaglio del giudice, si sviluppa in Italia a partire dal secondo dopoguerra, come reazione alla tradizionale conformazione dell'attività della pubblica amministrazione rispetto alla legge che rispondeva alla logica liberale della assoluta supremazia della seconda sulla prima: il principio di legalità formale designava uno Stato di leggi in cui la legalità, cioè la corrispondenza alla *lex*, si imponeva sulla legittimità, da intendersi come corrispondenza allo *ius*. Così, anche G. Zagrebelski, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008.

⁴⁷⁶ L'espressione è mutuata da R. Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo*, cit., 266, ove indica come tali “*peculiari branche disciplinari che dal diritto amministrativo originano e al diritto amministrativo riportano, senza aver (ancora) acquisito uno statuto disciplinare autonomo e sufficiente*”.

⁴⁷⁷ Cit. Z. Bauman, *Vita liquida*, Bari, 2011, VIII.

⁴⁷⁸ Così D. De Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995.

⁴⁷⁹ In questi termini, la ricostruzione effettuata da E. Ferrero, *Concetti giuridici indeterminati e poteri discrezionali delle amministrazioni*, dir. e proc. amm., n. 3/2014.

⁴⁸⁰ S. Cognetti, *Legge, amministrazione, giudice. Potere amministrativo tra storia e attualità*, Torino, 2014, 109.

⁴⁸¹ Basti pensare al diverso approccio che anima il d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, Codice del processo amministrativo, che ammette, ad esempio, all'art. 67, la consulenza tecnica d'ufficio, che è ammissibile nei limiti in cui si traduca in un “*accertamento sotto il profilo tecnico di un ben individuato presupposto di fatto*”, senza che possa delegarsi al consulente la funzione di ripercorrere “*le complesse valutazioni rimesse in prima battuta all'amministrazione.*”. Così Cons. Stato, sez. VI, sent. 23 aprile 2002, n. 2199, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁸² In giurisprudenza, su tutte, cfr. Cons. Stato, sez. VI, sent. 23 aprile 2002, n. 2199, in www.giustizia-amministrativa.it.

Si tratta, comunque, di un sindacato debole che non consente al giudice di sostituire la propria valutazione tecnica opinabile (ovvero il proprio modello logico di attuazione del concetto giuridico indeterminato) a quanto effettuato dall'amministrazione, ma che ha tuttavia determinato la progressiva erosione dei confini dello *spatium decidendi* rimesso all'esclusivo vaglio dell'amministrazione.

Attualmente, dunque, si consente al giudice amministrativo di conoscere i fatti alla base del provvedimento adottato “*onde acclarare se la ricostruzione di essi operata dall'Autorità sia immune da travisamenti e vizi logici, e accertare che le norme giuridiche siano state correttamente individuate, interpretate e applicate; laddove residuino margini di opinabilità in relazione ai concetti indeterminati, il giudice non può comunque sostituirsi nella definizione [...], se quella operata dall'Autorità è immune da travisamento dei fatti, da illogicità, da violazione di legge.*”⁴⁸³.

Detta impostazione ha portato, quindi, a una sempre più accentuata evanescenza dell'ideale linea di demarcazione tra legittimità e merito, in questo senso potendosi rilevare un profondo mutamento della giurisdizione di legittimità non solo in ragione della “*sua capacità di accedere al fatto ormai assicurata dal consolidato ampliamento dei mezzi di prova nel processo amministrativo, ma soprattutto dall'ampliamento dei poteri del giudice e delle garanzie di tutela che oggi, eccedendo la tutela demolitoria di annullamento, si estendono alla riparazione piena o semipiena delle situazioni giuridiche soggettive eventualmente lese dall'attività amministrativa.*”⁴⁸⁴.

Le succinte considerazioni che precedono consentono, a questo punto, di poter calare il discorso sui margini del sindacato del giudice amministrativo sulle misure straordinarie *ex art. 32 del d.l. n. 90/2014*.

In particolare, si tratta di individuare portata e limiti di cognizione dell'autorità giudiziaria amministrativa con riferimento ai concetti giuridici indeterminati nei casi in cui, come quello in oggetto, la norma definisce in modo elastico e generico i presupposti dell'agire.

Il riferimento, come evidente, è al rimando a concetti giuridici vaghi effettuato dal comma 1 dell'art. 32 che richiama, quali presupposti per l'attivazione del potere propulsivo del Presidente dell'Anac, le “*situazioni anomale e comunque sintomatiche di condotte illecite*”, le cui criticità, in merito alla perimetrazione del potere decisionale del potere amministrativo relativo all'adozione di una misura straordinaria, già si è tentato di mettere in luce *supra*.

In maniera speculare, dunque, si tratta, adesso, di comprendere fino a che punto possa spingersi l'autorità giudiziaria nel sindacare la qualificazione di un determinato accadimento storico come situazione “*anomala*” o “*comunque sintomatica*” della perpetrazione di uno o più reati da parte dell'impresa aggiudicataria di un appalto.

⁴⁸³ Così T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 7 maggio 2013, n. 4478, in www.giustizia-amministrativa.it; in senso conforme anche Cons. Stato, sez. VI, 9 febbraio 2011, n. 896; Cons. Stato, sez. VI, 14 luglio 2011, n. 4283; Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926. Tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁸⁴ Così A. Police, *Attualità e prospettive della giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, in *Studi in Onore di Alberto Romano*, II, Napoli, 2011, 1447. In tema, con riferimento all'opportunità di una revisione delle tradizionali interpretazioni della giurisdizione di merito, si rinvia anche a F. D'Angelo, *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, Torino, 2013.

Orbene, appare plausibile ritenere che una valutazione giudiziale relativa all'accertamento della sussistenza di fatti che costituiscono il presupposto dell'adozione del provvedimento, non si traduce, *sic et simpliciter*, in un giudizio relativo all'opportunità e alla convenienza dell'atto rispetto al perseguimento dell'interesse pubblico da parte dell'amministrazione⁴⁸⁵: l'indeterminatezza della disposizione in esame esige uno sforzo interpretativo dell'amministrazione circa l'intento dell'attribuzione del potere discrezionale, che può essere sindacato dall'autorità giudiziaria amministrativa senza che si verifichi alcuna sostituzione⁴⁸⁶.

Il ricorso della norma a concetti vaghi, elastici e indeterminati, implica uno sforzo dell'amministrazione di dare corpo a elementi che, sebbene possano anche comprendere giudizi valoriali, si fondano, comunque, su dati di natura prettamente fattuale. Pertanto, al giudice si consente di affermare o negare la sussistenza di tali fatti, senza che ciò si traduca in un sindacato sull'opportunità della ricostruzione operata dall'amministrazione, suscettibile di configurare, in tal caso, un eccesso di potere giurisdizionale e un indebito sconfinamento nel merito amministrativo⁴⁸⁷.

Sicchè, la dilatazione dei significati della norma e la conseguente incertezza che essa pone in ambito applicativo non vale a sottrarre alla cognizione del giudice quantomeno l'accertamento sugli elementi empirici che l'applicazione di tale norma presuppone, con riferimento alla ragionevolezza e alla proporzionalità della valutazione amministrativa⁴⁸⁸, atteso che la qualificazione del fatto è un "*problema cognitivo di interpretazione della fattispecie descritta dalla norma, la cui soluzione spetta al giudice*". Ciò si traduce nella piena conoscibilità dei fatti posti a presupposto dell'adozione di una determinata misura da parte del giudice di legittimità, "*quale corollario del suo potere*"⁴⁸⁹.

Così delineato, il sindacato dell'autorità amministrativa non arriva a involgere l'opportunità o la convenienza del decreto prefettizio di adozione di una delle misure straordinarie di cui all'art. 32 del d.l. n. 90/2014, ma si arresta all'attività di accertamento e di valutazione dei presupposti per l'emanazione del provvedimento gravato.

⁴⁸⁵ Sulle questioni qui affrontate si vedano anche le considerazioni rassegnate, nei medesimi termini, da F. Nugnes, *Le misure di straordinaria e temporanea gestione d'impresa in caso di corruzione negli appalti pubblici: principali aspetti critici dell'istituto*, in dir. econ., n. 1/2017, 172 e ss.

⁴⁸⁶ Così anche A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa*, Milano, 2005, 166 e ss.. Sul punto anche F. G. Scoca, *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998, 108, sostiene che è attraverso il giudizio interpretativo che il giudice delimita il margine e l'intensità della discrezionalità dell'amministrazione.

⁴⁸⁷ Ha chiarito la giurisprudenza che si configurerebbe eccesso di potere giurisdizionale, in relazione al profilo dello sconfinamento nel merito con conseguente lesione dell'art. 111, comma 8 Cost. quando "*l'indagine svolta dal giudice amministrativo, eccedendo i limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato, divenga strumentale ad una diretta e concreta valutazione dell'opportunità e convenienza dell'atto, ovvero quando la decisione finale, pur nell'rispetto della formula dell'annullamento, esprima la volontà dell'organo giudicante di sostituirsi a quella dell'amministrazione, procedendo ad un sindacato di merito che si estrinsechi in una pronuncia la quale abbia il contenuto sostanziale e l'esecutorietà propria del provvedimento sostituito, senza salvezza degli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa*". Così Cass. civ. S.U., sent. 26 novembre 2018, n. 30526, in red. *Giuffrè amm.*, 2018.

⁴⁸⁸ In relazione alla considerazione per cui l'opinabilità di un fatto non può automaticamente impedire il vaglio del giudice amministrativo, si veda F. Liguori, *La funzione amministrativa. Aspetti di una trasformazione*, Napoli, 2010. Inoltre, come rilevato da A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Padova, 2001, 463, l'estrema conseguenza della dilatazione del concetto di merito amministrativo avrebbe l'effetto di sottrarre parti significative dell'attività dei pubblici poteri alla cognizione piena del giudice.

⁴⁸⁹ In questo senso, cfr. R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, 165.

Non parrebbe venire in rilievo, dunque, alcuna potenziale sovrapposizione del potere giudiziario su quello amministrativo, giacché il giudice non è chiamato a effettuare uno scrutinio di attendibilità o condivisibilità valoriale della sussunzione effettuata quanto, unicamente, un giudizio sulla ricorrenza e sull'esatto inquadramento di un fatto.

Né, tantomeno, vale a confutare tale orientamento il rilievo, seppur pregnante, per cui l'indeterminatezza e la genericità dei concetti utilizzati nell'ambito dell'art. 32 d.l. 90/2014, implicherebbe uno sforzo ermeneutico-ricostruttivo ulteriore teso a dare concretezza, calandoli nella realtà, a elementi vaghi: se è vero che l'accertamento in merito all'effettiva ricorrenza dei c.d. presupposti generici per l'adozione delle misure straordinarie - cioè le "situazioni anomale o comunque sintomatiche" - si configura come attività complessa poiché riguarda fatti che non si prestano ad essere interpretati in modo univoco⁴⁹⁰, detta operazione di sussunzione non involge l'ambito della discrezionalità amministrativa.

Infatti, l'opera di ermeneusi del dettato normativo e la scelta tra la molteplicità di interpretazioni astrattamente riconducibili a un determinato concetto normativo non attinge al potere discrezionale dell'amministrazione, per cui il sindacato in sede giurisdizionale sui provvedimenti adottati non comporta un giudizio circa l'opportunità o la convenienza della decisione finale, quanto, piuttosto un vaglio inerente la corretta interpretazione del dettato legislativo, la ragionevolezza dell'*iter* procedimentale e la non abnormità della decisione assunta⁴⁹¹.

Sicché, valorizzando la sostanziale diversità sussistente tra conoscenza del fatto, merito amministrativo e discrezionalità, ne deriva che il sindacato giudiziale ben potrà estendersi a sondare la coerenza del percorso logico-valutativo effettuato dall'Autorità amministrativa relativamente al rapporto intercorrente tra la situazione anomala o sintomatica e la misura straordinaria da applicare, giacché non viene in rilievo, qui, l'esercizio di un potere discrezionale in senso proprio, quanto, piuttosto un'attività valutativa ed interpretativa, seppur complicata dall'indeterminatezza della norma⁴⁹².

In questo senso, la conoscibilità del fatto e la sua ricostruzione in concreto da parte del giudice non sembra tale da travalicare quel c.d. nocciolo duro o nucleo compatto di insindacabilità che costituisce "l'estrema frontiera segnata dall'applicazione del principio della separazione dei poteri"⁴⁹³ e, in quanto tale, riservato all'amministrazione, ma è strumentale a individuare le fattispecie concrete che rientrano in quelle contemplate - o contemplabili - dalla disposizione normativa, in modo da fornire una tutela piena alle posizioni giuridiche soggettive su cui incide il provvedimento⁴⁹⁴.

Né si potrebbe argomentare diversamente, atteso che anche i destinatari delle norme, nel caso in esame gli operatori economici, necessitano di "una giustizia e un'amministrazione il cui funzionamento possa, almeno in linea di principio, venire

⁴⁹⁰ Così, F. Nugnes, *op. ul. cit.*, 173.

⁴⁹¹ Così, secondo V. Ottaviano, *La giurisdizione di merito nella giustizia amministrativa*, in G. Miele (a cura di), *La giustizia amministrativa*, Vicenza, 1968, 194, il sindacato del giudice involge un vaglio sulla "legge correttamente interpretata e applicata al caso concreto e non costituisce una sostituzione del giudice all'amministrazione nell'esercizio del proprio potere discrezionale."

⁴⁹² Così, F. Nugnes, *op. ul. cit.*, 174.

⁴⁹³ S. Cognetti, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011.

⁴⁹⁴ Così A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione*, cit., 444.

*calcolato razionalmente in base a norme generali e precise*⁴⁹⁵, così recuperando la valenza del principio di legalità, in funzione di garanzia, cui si è fatto cenno pocanzi.

In questo senso, il ricorso a concetti giuridici indeterminati finisce per tradursi in uno spazio ampio di valutazione al giudice che si fonda, qui, su un condiviso principio di civiltà giuridica per cui ad ogni espansione della realtà deve corrispondere una identica espansione dei diritti⁴⁹⁶.

Questa prospettiva, peraltro, consente di ricondurre l'impianto delineato dall'art. 32 ad una più piena coerenza sistematica, nel rispetto dei principi di giustiziabilità e legalità declinati secondo un principio di *full jurisdiction* cui si impronta la giurisprudenza della Corte Edu⁴⁹⁷.

7. I terzi controinteressati e il vulnus della mancata tutela

Dalla disciplina tracciata con riferimento alle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio delle imprese introdotta con l'art. 32 d.l. 90/2014, spicca, per assenza, la posizione dei terzi controinteressati.

In proposito, la normativa citata, nella foga di perseguire un superiore interesse pubblico, trascura di considerare altre posizioni giuridiche, oltre quelle degli operatori economici direttamente attinti dalle misure in commento, che sono quelle proprie delle imprese non aggiudicatrici dell'appalto successivamente risultato compromesso da fattispecie – in potenza o in atto – delittuose.

Questo interesse, a ben vedere, rispecchia una posizione che pur facendo concretamente capo a soggetti immediatamente individuati o individuabili, è in realtà espressione di un più generale principio di tutela della libera concorrenza di matrice eurounitaria che appare, in questo contesto, fortemente compromesso.

Peraltro, la scelta effettuata dal legislatore nell'ambito del d.l. 90/2014, laddove predilige la prosecuzione del contratto ai fini della celere realizzazione dell'opera pubblica, implica che in tali casi la pubblica amministrazione non beneficerà dell'offerta migliore, e dunque di quella maggiormente concorrenziale, ma di quella che costituisce il risultato dell'accordo corruttivo, con conseguente sacrificio di un altro rilevante interesse pubblico, quale quello all'efficienza e del buon andamento della p.a.⁴⁹⁸.

Orbene, come noto, le procedure di evidenza pubblica disciplinate dalle normative europee perseguono il soddisfacimento di finalità di interesse generale più ampie rispetto agli interessi patrimoniali dello Stato e delle stazioni appaltanti, atteso che la disciplina europea della concorrenza è rivolta “*essenzialmente alla tutela delle posizioni soggettive delle imprese, cui dovrebbe corrispondere in capo alla pubblica amministrazione l'obbligo di tenere un corretto comportamento verso i concorrenti nelle gare pubbliche.*”⁴⁹⁹, di tal che

⁴⁹⁵ M. Weber, *Economia e società*, Milano, 1968, II, 688.

⁴⁹⁶ Cfr. E. Ferrero, *Concetti giuridici indeterminati*, cit., 788.

⁴⁹⁷ F. Nugnes, *op. ul. cit.*, 175, ove si richiama anche, nel medesimo senso, L. Iannotta, *Considerazioni sul controllo di full jurisdiction sui provvedimenti amministrativi alla luce dell'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, vivente nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2019.

⁴⁹⁸ In questi termini cfr. B. Barmann, *Lotta alla corruzione e completamento di opere pubbliche. Quale priorità?*, in *Gior. Dir. amm.*, n. 1/2016, 86.

⁴⁹⁹ In questi termini, cfr. Cons. Stato, sez. V, sent. 8 novembre 2012, n. 5686, in www.giustizia-amministrativa.it.

eventuali limitazioni a tale principio potrebbero ritenersi astrattamente possibili, laddove improntate a un criterio di proporzionalità, solo in ragione di della sussistenza esigenze imperative, quali, ad esempio, la tutela dell'ordine pubblico.

Si è quindi sostenuto che il sacrificio dei diritti di proprietà e di iniziativa economica privata che derivano dalle misure straordinarie *ex art. 32 d.l. 90/2014* si possa giustificare sull'argomento di un preminente obiettivo di tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica.

Invero, sulla base delle considerazioni svolte in questa sede, una simile impostazione potrebbe ritenersi valida unicamente con riguardo alle ipotesi contemplate al comma 10 dell'art. 32 d.l. 90/2014 che, trovando come presupposto la previa emissione di una informativa antimafia interdittiva, considera preminente le ragioni connesse alla tutela dell'ordine pubblico. Lo stesso, invece, non potrebbe dirsi con riferimento agli altri presupposti delle misure di commissariamento che guardano più alla celere realizzazione della commessa pubblica e ad evitare che il reo consegua ulteriori utilità dal contratto gravato dal ricorso di fattispecie illecite.

E, ad ogni modo, quand'anche si volesse sostenere che la decisione assunta dal Prefetto affondi la sua *ratio* in esigenze di tutela dell'ordine pubblico, si dovrebbe comunque scrutinare, sotto la lente del rispetto del principio di proporzionalità, il sacrificio imposto non solo all'operatore economico ma anche ai concorrenti non risultati aggiudicatari, in ragione dei fatti corruttivi emersi, atteso che ai medesimi non viene mai consentito di subentrare nell'esecuzione del contratto e dunque di conseguire il bene della vita⁵⁰⁰.

In questo senso, la determinazione prefettizia di salvezza di un rapporto negoziale, in una delle tre forme previste dall'art. 32 d.l. 90/2014, determina un evidente pregiudizio per i concorrenti – e una parallela lesione del diritto alla concorrenza – che, verosimilmente, sarebbero risultati aggiudicatari là dove non si fossero verificati quegli illeciti che hanno falsato la gara⁵⁰¹, non attribuendo alcun rilievo al fatto che nell'aggiudicazione del contratto non siano state assicurate procedure eque, trasparenti e imparziali.

Né smentisce tale approdo interpretativo quella giurisprudenza che ha sostenuto che *“la tutela della continuità dell'esecuzione dell'appalto riguarda essenzialmente l'opportunità di non gravare la stazione appaltante dei tempi e dei costi necessari all'espletamento di una nuova procedura, o comunque all'impasse legata alle vicende dell'aggiudicataria, ma non può spingersi – pena l'incostituzionalità dell'art. 32 per violazione degli artt. 24 e 113 Cost., nonché del principio euro-unitario di tutela della concorrenza – fino al punto di blindare l'esito della procedura di evidenza pubblica, rendendolo insensibile alle iniziative giurisdizionali degli altri concorrenti. E nemmeno può comportare in capo a questi ultimi l'onere di impugnare il provvedimento che ha disposto la gestione straordinaria e temporanea, i cui eventuali vizi di legittimità non li riguardano.”*⁵⁰².

⁵⁰⁰ Detta impostazione emerge costantemente anche dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato che ha a più riprese ribadito che il commissariamento costituisce uno *“strumento per l'esecuzione del contratto nell'esclusivo interesse della p.a. (in alternativa al recesso) cui si affianca l'ulteriore funzione cautelare e preventiva, di accontamento degli utili eventualmente prodotti in vista della definitiva confisca”*. Così, tra le altre, Cons. Stato, sez. III, sent. 10 gennaio 2018, n. 93, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁰¹ Il paradosso a cui conduce tale impostazione, con riferimento alle posizioni dei terzi, è ben evidenziato, in maniera critica, da A. Masaracchia, *Sacrificato l'interesse delle altre imprese partecipanti alla gara*, in Guida dir., 7 febbraio 2015, n. 7.

⁵⁰² Cfr. Cons. Stato, sez. III, sent. 15 aprile 2016, n. 1533, in www.giustizia-amministrativa.it.

Ciò comporta che gli operatori economici controinteressati potranno agire in giudizio unicamente dolendosi dei vizi che avrebbero inficiato l'adozione dell'atto a monte, cioè dell'aggiudicazione, senza che sia prevista, invece, la possibilità per costoro di impugnare il decreto prefettizio di disposizione della misura.

La conseguenza di una simile impostazione, tuttavia, è che i concorrenti non aggiudicatari della gara risulterebbero pregiudicati due volte⁵⁰³: la prima perché è loro sfuggita la possibilità di ottenere una commessa pubblica a causa di una procedura di aggiudicazione, comunque, falsata; la seconda perché è inibito loro il subentro nell'esecuzione del contratto, giacché, non potendo far valere gli illeciti quali vizi autonomi della procedura di aggiudicazione, l'intervento del commissariamento mantiene in vita il rapporto con la medesima impresa attinta dalla misura *ex art. 32*.

Questo tipo di conseguenze, evidentemente pregiudizievoli per gli operatori economici non aggiudicatari, realizza per costoro un evidente *vulnus* sul piano delle tutele, come possibilità concreta di perseguire un determinato interesse.

Ciò è particolarmente palese in punto di irrilevanza, sul piano del giudizio della legittimità dell'azione amministrativa della stazione appaltante, della sussistenza, in relazione a quella determinata procedura di gara, di illeciti che possono averne falsato gli esiti. Una simile impostazione, invero, è stata seguita - come già segnalato in questa sede - nella stessa vicenda relativa ai lavori di *Expo 2015* ove si è a più riprese ribadito il principio per cui laddove l'accertamento dell'esistenza di fatti illeciti sia stato rilevato dopo la conclusione della fase pubblicitica della scelta del contraente, non si può ammettere che questo evento possa viziare, in maniera retroattiva, gli atti di gara⁵⁰⁴, in base alla considerazione per cui *“per “provvedimento adottato in violazione di legge” deve intendersi quello in cui il vizio sia stato posto in essere nell'ambito dell'attività procedimentale/provvedimentale della p.a., senza che possano assumere rilievo ex se le eventuali condotte illecite (o finanche penalmente rilevanti) poste in essere dai soggetti che abbiano operato per conto della stessa p.a.”*⁵⁰⁵. Le medesime condotte, quindi, potrebbero semmai essere censurate per eccesso di potere, *sub specie* di sviamento, ma solo laddove tale vizio risulti direttamente evincibile dai provvedimenti amministrativi oggetto di gravame.

Sicché, facendo leva sulla concezione della *“diversa natura del giudizio amministrativo di legittimità, che presuppone sempre l'accertamento di vizi che devono ricavarsi dai provvedimenti impugnati o dall'iter procedimentale che li ha preceduti, rispetto al giudizio penale, che ha ad oggetto l'accertamento di responsabilità individuali per fatti previsti dalla legge come reati”*⁵⁰⁶, si finisce per non tenere conto della violazione del principio della concorrenza cagionata proprio dalle fattispecie di reato che sono state rilevate *ex post*.

Infatti, non può dirsi garantito il rispetto dei principi di imparzialità e di *par condicio* in una pubblica gara nella quale l'impresa aggiudicataria sia scelta in virtù di artifici che costituiscono la diretta conseguenza dei patti corruttivi conclusi, quand'anche manchi

⁵⁰³ Così A. Maltoni, *Commissariamento di imprese limitatamente a singoli contratti pubblici, tutela della concorrenza nella fase di esecuzione contrattuale e Protocolli di legalità*, dir. econ., 2/2018.

⁵⁰⁴ Si tratta, qui, della già citata Cons. Stato, sez. IV, sent. 5 maggio 2016, n. 1808, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁰⁵ Cons. Stato, sez. IV, 20 gennaio 2015, n. 143, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁰⁶ *Ibidem*. In senso diverso, si veda, invece, T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, sent. 28 febbraio 2018, n. 553, in www.giustizia-amministrativa.it.

l'estrinsecazione formale della violazione di tali principi negli atti del procedimento. Si tratta, in altri termini, di una soluzione formalistica che pare non tener conto del fatto che è la complessiva attività della stazione appaltante nella procedura di evidenza pubblica a risultare inficiata: essendo falsato il confronto concorrenziale dovrebbero, in maniera più ragionevole, essere oggetto di rivalutazione le offerte *illo tempore* presentate.

Tuttavia, tale illegittimità, soprattutto a distanza di anni dall'aggiudicazione e dall'avvio dell'esecuzione del contratto, potrebbe rilevare, al più, sul piano risarcitorio.

Soccorre qui, il disposto dell'art. 30 d.lgs. 104/2010 che ammette che l'azione di condanna al risarcimento del danno possa proporsi anche in via autonoma rispetto a quella tesa ad accertare l'illegittimità, fermo restando, ai sensi del comma 3 della medesima disposizione, che la domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi deve proporsi entro il termine di decadenza di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato *“ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo.”*

Dunque, nei casi di illegittima aggiudicazione di una commessa pubblica a causa del verificarsi di illeciti commessi per falsare la gara, il termine di decadenza indicato per a domanda di risarcimento del danno decorrerebbe dal momento del passaggio in giudicato della sentenza con cui viene accertata l'effettiva realizzazione e le conseguenti responsabilità dei reati sul cui *fumus* è stata adottata la misura *ex art. 32 d.l. 90/2014*. È, infatti, unicamente in tale momento che può ritenersi che il soggetto che ha subito il pregiudizio abbia avuto piena contezza del fatto che il confronto concorrenziale, in quella determinata procedura, è risultato falsato e l'aggiudicazione è avvenuta in contrasto ai principi del diritto europeo, tenuto conto che *“ per poter esercitare il diritto al risarcimento del danno è cioè indispensabile che il titolare sia adeguatamente informato non solo dell'esistenza del danno, ma anche della sua ingiustizia, non potendo altrimenti riscontrarsi nel suo comportamento l'inerzia che è alla base della prescrizione”* e che il termine per proporre la domanda di risarcimento non dev'essere, pertanto, fatto decorrere *“dal momento in cui l'agente compie l'illecito o da quello in cui il fatto del terzo determina ontologicamente il danno all'altrui diritto, bensì dal momento in cui l'illecito e il conseguente danno si manifestano all'esterno, divenendo oggettivamente percepibili e riconoscibili.”*⁵⁰⁷.

Tanto comporta che la decorrenza del termine decadenziale si riconnette alla esatta percezione delle conseguenze dannose scaturite dall'illiceità della procedura di gara oggetto del contendere, dal momento che *“le ripercussioni degli illeciti [sono] divenute conoscibili alle ricorrenti soltanto dopo l'eclatante scoperta del patto delittuoso volto a turbare la selezione pubblica”*⁵⁰⁸.

Pare, quindi, possibile ritenere che il termine per la proposizione dell'azione risarcitoria decorrerebbe dalla conoscenza dell'illegittimità dell'atto di aggiudicazione e non già meramente dall'accertamento in via definitiva della sussistenza degli illeciti penali, giacché è solo dal momento in cui l'operatore economico viene a sapere di quelle attività integranti reato che hanno falsato la gara che può affermarsi che il terzo ne sia venuto effettivamente a conoscenza. Non si ritiene, quindi, sufficiente la semplice percezione della lesione della sfera giuridica individuale provocata dall'atto illegittimo, ma è altresì

⁵⁰⁷ Cfr. Cass. civ. sez. III, sent. 6 dicembre 2011, n. 26188, in www.italgiure.giustizia.it.

⁵⁰⁸ Si veda, TAR Lombardia, Milano, sez. I, sent. 20 aprile 2015, n. 974, in www.giustizia-amministrativa.it.

necessaria “*un’esatta conoscenza delle conseguenze dannose che, nella maggior parte dei casi non avviene al momento della conoscenza dell’atto ma in quello in cui tali conseguenze si sono prodotte e sono divenute conoscibili dalla vittima anche in relazione al nesso eziologico che le lega al fatto illecito.*”⁵⁰⁹.

Dunque, anche in virtù della menzionata lesione del principio della libera concorrenza, nonché delle posizioni giuridiche dei soggetti che ad essa sono connesse, l’autorità amministrativa sarebbe chiamata a tenere adeguatamente conto, nell’ambito di quel bilanciamento da effettuarsi in seno al procedimento di adozione di una delle misure di cui all’art. 32 d.l. 90/2014, anche degli interessi legittimamente vantati dai terzi esclusi.

Si aggiungerebbe, quindi, in questo caso, un terzo termine da considerare nell’ambito del procedimento di adozione delle misure straordinarie: si dovrebbe, cioè, contemperare il rischio che si verifichino dei ritardi nell’esecuzione del contratto – come conseguenza del subentro nel medesimo di altro concorrente, illecitamente pregiudicato – con le limitazioni alla gestione dell’impresa imposte *ex lege* dal commissariamento, segnatamente individuabili nella sospensione dei poteri e delle funzioni degli organi sociali, e tenuto altresì conto delle possibili interferenze sulla gestione ordinaria dell’impresa derivanti dalla gestione commissariale del contratto⁵¹⁰.

In tal guisa discorrendo, non sembra che possa prescindersi nella valutazione che deve essere compiuta ai fini dell’adozione della misura del commissariamento dal fatto che la procedura di aggiudicazione non è stata equa ed imparziale e che i concorrenti che non sono risultati aggiudicatari potrebbero avere interesse a subentrare nell’esecuzione del contratto. L’applicazione delle misure straordinarie *ex art. 32 d.l. 90/2014*, dunque, rappresentando l’estrinsecazione di un potere discrezionale amministrativo, deve tener conto, nella ponderazione tra i diversi interessi coinvolti nella decisione riguardante l’adozione di detto strumento, del principio concorrenziale che trova applicazione non solo al momento della scelta del contraente ma anche nella fase di esecuzione dei contratti pubblici.

Sicché, anche in questa sede possono ritenersi valide le considerazioni svolte in merito alla valorizzazione del principio di proporzionalità: il vaglio in merito alla coerenza delle misure *ex art. 32 d.l. 90/2014* rispetto all’ordinamento interno e convenzionale può considerarsi superato unicamente laddove si imponga all’amministrazione di tenere in adeguata considerazione tutti gli interessi in gioco affinché la deroga all’applicazione del principio di libera concorrenza e alla libera circolazione dei capitali sia concretamente giustificata dalla salvaguardia di interessi superiori.

⁵⁰⁹ Così R. Gisondi, *Art. 30*, in *Codice del nuovo processo amministrativo*, (a cura di) F. Caringella, M. Protto, Roma, 2015, 384.

⁵¹⁰ In questo senso, anche M. Giustiniani, *Autorità nazionale anticorruzione, nuove forme di controlli sui contratti pubblici e altre novità in materia di gare*, in *La riforma Renzi della Pubblica amministrazione*, a cura di F. Caringella, M. Giustiniani, O. Toriello, Roma, 2014.

8. *Le misure straordinarie ex art.32 e la prova di resistenza innanzi alla giurisprudenza interna e sovranazionale: verso una possibile (ri)qualificazione sostanziale?*

Le deduzioni svolte consentono, a questo punto dell'indagine, di esaminare compiutamente l'effettiva coerenza dell'impianto normativo delineato dall'art. 32 d.l. 90/2014 con l'ordinamento interno e sovranazionale.

Orbene, sul piano interno, nonostante le perplessità a più riprese messe in luce in dottrina sul punto – e di cui si è dato conto nella presente trattazione –, la giurisprudenza amministrativa si è monoliticamente determinata nel senso di sostenere la piena compatibilità di tali misure di prevenzione con il sistema costituzionale.

È stata, quindi, variamente suffragata la lettura che di tali strumenti hanno dato l'Autorità nazionale anticorruzione e il Ministero dell'Interno⁵¹¹, inquadrandoli nell'ambito dei provvedimenti cautelari di prevenzione, di natura ontologicamente e funzionalmente limitata e temporanea, tesi a scongiurare la produzione di pregiudizi ulteriori per preminenti interessi pubblici, tra cui la tenuta dell'ordine pubblico.

Infatti, le misure in commento dovrebbero qualificarsi come misure cautelari di polizia, preventive e prescrittive, di cui l'ordinamento abbisogna per introdurre una *“anticipazione della soglia di difesa sociale finalizzata ad assicurare una tutela avanzata nel campo del contrasto ai fenomeni criminali.”*⁵¹².

Entrerebbero, quindi, in gioco qui i limiti alla libera iniziativa economica privata che, come si è visto, sono contenuti nei medesimi commi 2 e 3 dell'art. 41 Cost., tale per cui la compressione del diritto può ritenersi validamente apposta laddove lo stesso rischi di comportare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.

In base a questa impostazione, la lesione, in chiave conformativo/ablatoria, che le misure straordinarie ex art. 32, d.l. 90/2014 introducono all'esercizio di libertà costituzionalmente garantite appare fondarsi e, quindi, giustificarsi, sul presupposto che *“la lotta alla criminalità organizzata debba fisiologicamente comportare l'utilizzo di mezzi in certo modo eccezionali, perché eccezionalmente pervasiva ed eccezionalmente infida è l'azione delle associazioni a stampo mafioso.”*⁵¹³.

Invero, si deve evidenziare come l'impostazione da ultimo segnalata ha fatto breccia finanche nelle aule di giustizia sovranazionali, in cui si è riconosciuto come lo scopo perseguito dalle misure di prevenzione antimafia sia in grado di giustificare interpretazioni e deroghe a tutela di detto settore⁵¹⁴.

⁵¹¹ Cfr., in particolare, Prime Linee Guida Anac, *Prime Linee guida per l'avvio di un circuito collaborativo tra Anac-Prefetture – U.t.G. e enti locali per la prevenzione dei fenomeni di corruzione e l'attuazione della trasparenza amministrativa*, 15 luglio 2014, (in www.anticorruzione.it/-/prime-linee-guida-per-l-avvio-di-un-circuito-stabile-e-collaborativo-tra-anac-prefetture-utg-e-enti-locali-per-la-prevenzione-dei-fenomeni-di-corruzione-e-l-attuazione-della-trasparenza-amministrativa.)

⁵¹² Tar Campania – Napoli, sez. I, sent. 18 febbraio 2016, n. 943, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵¹³ Cit. A. Longo, *La “massima anticipazione di tutela”. Interdittive antimafia e sofferenze costituzionali*, in *Federalismi*, 16 ottobre 2019, 28. Si rileva altresì come, in tema di conformità del sistema di prevenzione alle garanzie costituzionali, l'A. rilevi che si versa, in tali ipotesi, in un *“cono d'ombra”* che si giustifica, adoperando una vera e propria *“ipocrisia interpretativa”*, facendo ricorso a *“quel potente e suggestivo elemento di legittimazione che è il topos della lotta alla mafia, il quale deve prevedere strumenti repressivi della natura più varia e soprattutto flessibile.”*

⁵¹⁴ *“I guadagni smisurati che le associazioni di stampo mafioso ricavano dalle loro attività illecite danno loro un potere la cui esistenza mette in discussione la supremazia del diritto nello Stato. Quindi, i mezzi adottati per combattere questo*

Tuttavia, pur volendosi ammettere la coerenza interna, rispetto ai principi costituzionalmente propugnati, delle misure di cui all'art. 32 d.l. 90/2014, non possono sottacersi i punti di frizione che detti strumenti incontrano proprio sul piano convenzionale.

Il primo, concerne la loro esatta qualificazione giuridica, alla luce degli orientamenti giurisprudenziali espressi dalla Corte europea dei Diritti dell'Uomo.

Rileva, qui, in particolare, la c.d. concezione autonomista della materia penale, alla stregua della quale rientrerebbero nel perimetro della materia penale tutte quelle reazioni sanzionatorie predisposte dagli ordinamenti interni che, a prescindere dall'etichetta nominalistica loro attribuite, siano dotate di un contenuto intrinsecamente punitivo in ragione degli effetti sostanzialmente afflittivi che dalle stesse derivano⁵¹⁵.

E, invero, il commissariamento di cui all'art. 32, potrebbe imporre una eccessiva compressione – in termini di sproporzione - alla libertà di iniziativa economica delle imprese sottoposte a tale misura, in nome della tutela di superiori interessi pubblici, come si desume anche dalla previsione dell'obbligo di segregazione delle somme destinate a confische o risarcimenti⁵¹⁶.

Tuttavia, pur innanzi al consolidato orientamento giurisprudenziale interno, cui si è fatto cenno, che ha condotto, a più riprese, a escludere che potessero ricorrere, in tale ambito, violazioni all'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo in punto di *right to be heard*⁵¹⁷, nonché dell'art. 1 Prot. Add. Cedu, in materia di tutela del diritto di proprietà⁵¹⁸,

potere economico [..], possono risultare indispensabili per poter efficacemente combattere tali associazioni", Corte Edu, 17 luglio 2012, *Buongiorno e altri c. Italia*, § 45, in www.giustizia.it.

⁵¹⁵ Sul concetto di materia penale nella giurisprudenza sovranazionale cfr. C.E. Paliero, "Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione "classica" a una svolta radicale, in riv. It. dir. e proc. pen., 1985; V. Manes, *La confisca "punitiva" tra Corte costituzionale e CEDU: sipario sulla "truffa delle etichette"*, in Cass. pen., 2011.

⁵¹⁶ Cfr. A. Maltoni, *Commissariamento di imprese limitatamente a singoli contratti pubblici, tutela della concorrenza nella fase di esecuzione contrattuale e Protocolli di legalità*, dir. econ., 2/2018.

⁵¹⁷ Dispone l'articolo in commento che "1. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia.

2. Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata.

3. In particolare, ogni accusato ha diritto di:

(a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico;

(b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa;

(c) difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia;

(d) esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico;

(e) farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza."

⁵¹⁸ La disposizione richiamata, in particolare, prevede che "Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di mettere in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende."

non sono state isolate le voci in dottrina che hanno avanzato dubbi sul carattere amministrativo e cautelare delle misure in commento.

Anzitutto, è stato rilevato⁵¹⁹ come, più che atti aventi una natura cautelare, cioè anticipatoria del contenuto di un successivo provvedimento definitivo, le misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio delle imprese potrebbero atteggiarsi a provvedimenti, *de facto*, definitivi adottati in via d'urgenza. A ben vedere, infatti, tali strumenti non si pongono ad anticipazione di una successiva determinazione, di cui tendono a garantire l'immediata effettività per impedire che la stessa sia *inutiliter data*, ma costituiscono, piuttosto, provvedimenti conclusivi di un procedimento amministrativo cui può – non necessariamente *deve* – seguire l'applicazione, stavolta giudiziale, di una diversa misura.

Nessuna unitarietà soggettiva o procedimentale, dunque, è ravvisabile tra una fase che si vuole ritenere “cautelare”, che sfocia nei decreti prefettizi, e una più propriamente “definitiva”.

Inoltre, anche la provvisorietà della misura, intesa come limitazione temporale della stessa, rischia di rivelarsi, come sottolineato, più apparente che reale, in quanto, con riguardo all'ipotesi più invasiva di straordinaria e temporanea gestione dell'impresa, il commissariamento, verosimilmente, si protrarrà sino alla completa esecuzione del contratto, modificando irreversibilmente la realtà giuridica e garantendo all'amministrazione aggiudicatrice l'utilità che intendeva conseguire determinandosi a contrarre.

Si intravede, qui, come già si è tentato di mettere in luce *supra*, una contraddizione di fondo tra l'apparente natura eccezionale e interinale del commissariamento *ad contractum* e i suoi esiti sostanziali.

Ciò comporta che, a prescindere dal *nomen juris* e dalla connotazione formalmente amministrativa e preventiva, le misure straordinarie *ex art.32*, comma 1, del d.l. n. 90/2014 potrebbero rivelare, per il loro grado di afflittività in concreto, una valenza sanzionatoria.

Si è discusso, a tal riguardo, sul carattere sostanzialmente penale della misura di commissariamento alla stregua dei criteri elaborati, in ambito sovranazionale, dalla giurisprudenza della Corte Edu e dalla Corte di Giustizia, con la possibile conseguenza, sul piano sistematico, di estendere le garanzie previste dagli artt. 6 e 7 Cedu anche ai provvedimenti di cui all'art. 32 d.l. 90/2014⁵²⁰.

Prendendo a riferimento quanto espresso dalla Corte Edu, in particolare, nell'ambito del giudizio *Grande Stevens e altri contro Italia*⁵²¹, ove è stata confutata la natura amministrativa delle sanzioni applicate - nel caso di specie dalla Consob -, sulla base del grado di afflittività per i soggetti attinti tale da disvelare un contenuto sostanzialmente penale, si potrebbe affermare che ciò che qualifica come sostanzialmente penale delle sanzioni formalmente amministrative potrebbe desumersi dalla modalità di ponderazione

⁵¹⁹ Tra gli altri V. Torano, *Prime considerazioni sulle misure amministrative di gestione temporanea e straordinaria, sostegno e monitoraggio delle imprese nell'ambito del contrasto della corruzione e della criminalità organizzata*, in www.giustamm.it, n. 2/2015.

⁵²⁰ Cfr. L. Giampaolino, *Le misure anticorruzione negli appalti: rimedio adeguato al male?*, 30 luglio 2014, in www.giustamm.it.

⁵²¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, 4 marzo 2014, ricorso n. 18640/10 -*Grande Stevens e altri c. Italia*, specie ai punti 96, 97 e 98; la sentenza è commentata, *ex multis*, da M. Allena, *Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi CEDU*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014; F. Cintioli, *Giusto processo, CEDU e sanzioni antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2015.

della misura, suscettibile di tradire un carattere latamente sanzionatorio nell'ipotesi in cui l'invasività del provvedimento rispetto al soggetto destinatario sia direttamente proporzionale alla condotta contestata, piuttosto che al danno cagionato alla comunità.

La medesima tendenza, si rintraccia anche nell'ambito della giurisprudenza della Corte di giustizia europea⁵²² che ha individuato i caratteri penalistici della sanzione non solo nella qualificazione giuridica nominalistica offerta dal diritto interno, ma anche dalla natura oggettiva dell'illecito e soprattutto dal grado di severità della sanzione.

Dunque, il punto cardine di entrambe le Corti si rinviene nella necessità di evitare che la medesima condotta venga assunta a fondamento sia di sanzioni formalmente amministrative ma sostanzialmente penali, che da sanzioni penali in senso stretto, con conseguente imposizione di una doppia sanzione e, quindi, violazione del principio del *ne bis in idem*.

Questa nuova dimensione multilivello dell'ordinamento giuridico, estendendo il concetto della materia penale oltre lo schermo nominalistico tracciato dal legislatore nazionale⁵²³, comporterebbe, sul piano procedimentale, l'applicazione al procedimento amministrativo delle medesime garanzie previste per il procedimento penale e sul piano oggettivo sanzionatorio, l'irrogazione di sanzioni amministrative il cui grado di severità non sia tale da tramutare le stesse in sanzioni penali⁵²⁴.

D'altra parte, una differente qualificazione sostanziale delle misure *ex art. 32 d.l. 90/2014*, imporrebbe finanche di rivedere le deduzioni rassegnate in punto di tassatività e determinatezza della disposizione che introduce misure sostanzialmente penali.

Anche sotto questo aspetto, tuttavia, pare opportuno propendere per la lettura che emerge nella dialettica tra la Corte europea e il Giudice amministrativo nazionale, che, nel qualificare, comunque, come amministrativi gli strumenti di prevenzione – segnatamente quelli antimafia -, ha ritenuto che, sebbene una maggiore determinatezza nella descrizione delle condizioni di applicabilità delle misure sarebbe “*auspicabile, in abstracto, sul piano della certezza del diritto e della prevedibilità delle condotte*”, sul piano pratico rischierebbe di frustrare, nel suo “*fattore di rigidità*” la *ratio* che ispira la materia della prevenzione che “*deve affidarsi anche e necessariamente, a “clausole generali”, come quelle del tentativo di infiltrazione mafiosa, e alla valutazione di situazioni concrete, non definibili a priori, spesso ancora ignote alle stesse forze di polizia, prima ancora che alla più avanzata*

⁵²² Su tutte, si veda, in particolare, Corte di giustizia dell'Unione Europea, sentenza del 26 febbraio 2013, C-617/10, caso Aklagaren c. Hans Akerberg Fransson, in www.eur-lex.europa.eu.

⁵²³ Cfr. L. Maserà, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018.

⁵²⁴ Si rileva, sul punto, come la ricostruzione della nozione di natura penale desumibile dalla cennata giurisprudenza sovranazionale imporrebbe una rivisitazione del principio di legalità formale compendiato all'art. 25 Cost e all'art. 1 c.p., tuttavia di difficile attuazione e dagli esiti incerti. Si è evidenziato, infatti, in proposito, che un'estensione delle garanzie di cui all'art. 6 della Cedu al procedimento amministrativo potrebbe far insorgere il rischio di complicare oltremodo la normativa degli illeciti amministrativi delineata dalla legge n. 689/1981 che appare corredata di specifiche garanzie a tutela del soggetto coinvolto, quali ad esempio il principio di legalità ed irretroattività, la previsione di scriminanti, il principio di necessaria colpevolezza. Cfr. D. Voza, *I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 15 aprile 2013. Nei medesimi termini, anche F. Nugnes, *Le misure di straordinaria e temporanea gestione d'impresa in caso di corruzione negli appalti pubblici: principali aspetti critici dell'istituto*, in *dir. econ.*, n. 1/2017.

*legislazione, attraverso e quali la mafia opera e si traveste, in forme nuove e cangianti per condizionarne le scelte imprenditoriali.”*⁵²⁵.

E, dunque, la norma che regola misure *praeter delictum*, può validamente far riferimento a clausole di apertura connotate da un certo grado di vaghezza ed elasticità, senza, tuttavia essere redatta in maniera completamente aperta e indeterminata⁵²⁶, garantendo così un valido punto di orientamento per le condotte dei consociati e per il legittimo esercizio della discrezionalità amministrativa⁵²⁷.

Così ricondotto l’impianto dell’art. 32 d.l. 90/2014 nell’orbita dei principi che governano l’ordinamento interno e convenzionale, vale la pena soffermarsi su un altro potenziale aspetto di frizione, che è quello relativo alla tutela della concorrenza.

Infatti, il meccanismo ideato per l’applicazione delle misure straordinarie in commento potrebbe determinare una discrasia tra il diritto interno, che tutela in via prioritaria l’interesse delle amministrazioni aggiudicatrici all’integrale esecuzione del contratto, e il diritto europeo che mira ad assicurare, in attuazione del principio concorrenziale, che le procedure di affidamento di contratti pubblici siano eque, imparziali e non condizionate da fattori distorsivi della concorrenza⁵²⁸.

In proposito, non può dirsi pienamente soddisfacente il bilanciamento effettuato dal legislatore che comporta, di fatto, che la tutela degli interessi patrimoniali delle stazioni appaltanti avvenga a scapito degli altri concorrenti nella medesima procedura di aggiudicazione. Infatti, il rischio che tende a scongiurare la normativa in esame, e cioè l’ingiusto arricchimento dell’impresa derivante dall’esecuzione del contratto, ben sarebbe evitato dal subentro nell’esecuzione del contratto di un altro concorrente non aggiudicatario, altresì assicurando tutela anche a quest’ultimo che, in caso contrario, verrebbe del tutto frustrate le sue aspettative.

Il fatto che la disposizione, invece, non inserisca tali ulteriori prospettive nell’ambito degli interessi che il Prefetto è chiamato a considerare nell’applicazione della misura, costituisce un *vulnus* non facilmente rimediabile che è tanto più lesivo quanto più l’autorità amministrativa si determini nel senso di gestire in via straordinaria l’impresa aggiudicataria piuttosto che recedere dal contratto.

⁵²⁵ Così Cons. Stato, sez. III, sent. 5 settembre 2019, n. 6105, in www.giustizia-amministrativa.it. La pronuncia in parola è diffusamente commentata, tra l’altro, da G. Amarelli, *Le interdittive antimafia “generiche” tra interpretazione tassativizzante e dubbi di incostituzionalità*, in G. Amarelli, S. Sticchi Damiani (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all’infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Torino, 2019, 223 e ss.

⁵²⁶ Così anche, Corte Edu, 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia, §125, in www.giustizia.it.

⁵²⁷ Si tratta, in sostanza, di recuperare qui quanto espresso anche in seno alla Corte Costituzionale anche nella più recente Corte Cost., 24 luglio 2019, n. 195, che ha dichiarato l’illegittimità dell’articolo 28, primo comma d.l. 113/2018, convertito, con modificazioni, nella legge n. 132 del 2018, che ha inserito nell’articolo 143 del Testo unico degli enti locali (Tuel) – sullo scioglimento dei consigli comunali e provinciali per infiltrazioni e condizionamenti mafiosi degli amministratori locali – un nuovo sub-procedimento per l’attivazione dei poteri sostitutivi del prefetto sugli atti degli enti locali. La norma, infatti, è stata ritenuta lesiva dell’autonomia costituzionalmente garantita degli enti locali e contraria al principio di tipicità e legalità dell’azione amministrativa, disciplinando un nuovo potere prefettizio fondato su presupposti generici ed eccessivamente discrezionali (si è parlato, in proposito, di “*un potere prefettizio sostitutivo extra ordinem, ampiamente discrezionale, sulla base di presupposti generici e assai poco definiti, e per di più non mirati specificamente al contrasto della criminalità organizzata; ossia complessivamente in termini tali da non essere compatibili con l’autonomia costituzionalmente garantita degli enti locali territoriali*”). Sentenza consultabile all’indirizzo www.cortecostituzionale.it.

⁵²⁸ In questo senso, A. Maltoni, *Nuove forme di intervento pubblico nella gestione di imprese private: presupposti e limiti*, in S. Perongini (a cura di), *Al di là de nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Torino, 2017.

Capitolo V

“Nuove frontiere di prevenzione e contrasto delle infiltrazioni della criminalità nell’economia. Quale spazio per le misure prefettizie ex art. 32? Una prospettiva evolutiva”

1. Criticità irrisolte e aporie normative; 2. Il (mancato) coordinamento con le misure di prevenzione giudiziali del Codice Antimafia; 2.1. In particolare, il controverso rapporto con l’istituto del controllo giudiziario; 3. L’ultimo approdo del modello prospettico – cooperativo: problemi di ipertrofia normativa; 3.1. Una nuova prospettiva per la prevenzione amministrativa antimafia: la prevenzione collaborativa; 3.2. Tentativi di inquadramento delle misure straordinarie ex art. 32 d.l. 90/2014 nel nuovo panorama normativo. Questioni vecchie e nuove; 4. Una prospettiva *de jure condendo*.

1. Criticità irrisolte e aporie normative

Lo sforzo ricostruttivo effettuato in questa sede, nel mettere in luce le notevoli difficoltà di inquadramento della disciplina oggetto della presente trattazione, si è mosso nel tentativo di ammantare tali misure di prevenzione amministrativa di una veste coerente con i principi dell’ordinamento su cui, come evidente, l’applicazione di detti strumenti rischia di incidere in maniera stridente.

Le criticità emerse, invero, numerose, possono tuttavia, essere ricondotte ad un’unica questione di fondo che riguarda, in realtà, un problema di impostazione dell’intero paradigma preventivo, basato, come noto, sul c.d. “doppio binario” e che giunge a mettere in discussione la perdurante compatibilità della sussistenza, all’interno dell’ordinamento, di strumenti tesi ad incidere, in via diretta, su alcune libertà costituzionalmente garantite, ponendosi, così “*ai confini estremi dello Stato di diritto*”⁵²⁹.

La questione, invero, pare non essere indifferente nemmeno al legislatore che ha progressivamente implementato gli istituti di collaborazione con il mondo imprenditoriale che consentissero di attenuare, in particolare, gli effetti esiziali discendenti dalle informazioni antimafia interdittive.

Infatti, dall’adozione del d.l. 90/2014, la normativa antimafia, in particolare, è stata arricchita da nuovi e diversi strumenti di intervento, sia di matrice giudiziale che amministrativa, che hanno arricchito il ventaglio delle misure esperibili contro le interferenze illecite nell’economia legale, secondo una prospettiva non più necessariamente stigmatizzante ma, laddove possibile, garantendo l’avvio di percorsi di salvataggio delle aziende.

Il nuovo approccio del legislatore è, quindi, quello di contrarre le ipotesi di diretta gestione delle aziende private, adoperando, al loro posto, una meno invasiva vigilanza

⁵²⁹ Così, T. Guerini, *L’ente collettivo nell’arcipelago delle misure di contrasto alle infiltrazioni della criminalità organizzata nel sistema economico*, in G. Amarelli, S. Sticchi Damiani (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all’infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Torino, 2019, 205.

prescrittiva, strumentale a rimettere sul mercato imprese pulite, che possano liberamente concorrere tra loro, senza ricorrere all'ausilio delle mafie.

È secondo questo nuovo paradigma terapeutico che devono, quindi, leggersi le innovazioni legislative del Codice antimafia che hanno introdotto, da un lato, l'istituto del controllo giudiziario *ex art.* 34bis, dall'altro, in tempi più recenti, quello della collaborazione preventiva ai sensi dell'art. 94bis d.lgs. 159/2011.

Le misure citate, che saranno oggetto di commento nei paragrafi che seguono, sebbene siano accumulate dall'indubbio pregio di essere finalizzate a realizzare un più equo temperamento tra gli interessi pubblici e privati sottesi al contrasto alla criminalità organizzata, soffrono, d'altra parte, della mancanza di un coordinamento trasversale che rischia di renderle, di fatto, di complessa applicazione.

In questo senso, si affronteranno le menzionate disposizioni mettendo in luce i punti di frizione e quelli di possibile coordinamento con l'art. 32 d.l. 90/2014, nell'intento di vagliarne, da ultimo, i residui campi di operatività.

2. *Il (mancato) coordinamento con le misure di prevenzione giudiziali del Codice Antimafia*

La riconduzione sul piano sistematico dell'istituto di cui all'art. 32, d.l. 90/2014 - in particolare sotto forma dell'intervento di cui al comma 10 - nell'ambito degli strumenti approntati dall'ordinamento per la prevenzione delle infiltrazioni criminali di stampo mafioso nell'economia legale, importa che, ai fini di una loro più piena comprensione, le misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio delle imprese, debbano leggersi in raccordo con gli ulteriori strumenti che il Codice antimafia ha, via via, previsto, affinando le strategie di contrasto alla devianza mafiosa di tipo economico, in chiave anticipatoria dell'intervento pubblico.

In proposito, il d.lgs. 159/2011 affianca, nel novero delle armi predisposte contro le organizzazioni criminali, a misure che assoggettano le realtà economiche ad un vincolo di carattere espropriativo - in particolare, il sequestro e la confisca di cui agli artt. 20 e 24 d.lgs. 159/2011- , strumenti aventi effetto conformativo e/o limitativo della libertà d'impresa.

Si tratta, in particolare, di provvedimenti cautelari adottati dall'autorità giudiziaria che sono tesi a disinnescare la contaminazione mafiosa di quelle realtà imprenditoriali che si vuole risanare, in base a un giudizio prognostico che ritiene possibile la completa epurazione dall'azienda dalle scorie di contaminazione criminale⁵³⁰.

La crescente attenzione del legislatore a tale tipo d'intervento ha condotto alla graduale introduzione di strumenti ispirati alla comune *ratio* di salvaguardia del libero mercato e della concorrenza dalle infiltrazioni criminali, senza addivenire alla necessaria e definitiva paralisi dell'attività di impresa, valutando, piuttosto, un suo accompagnamento verso la completa riappropriazione delle sue funzioni legali.

Di tale impostazione - e in disparte quanto si dirà a proposito dell'introduzione dell'art. 94bis nel Codice antimafia ad opera del d.l. 152/2021 - costituiscono paradigmi applicativi

⁵³⁰ In questo senso, si veda, tra gli altri, C. Visconti, *Contro le mafia non solo confisca ma anche "bonifiche" giudiziarie per imprese infiltrate: l'esempio milanese*, in dir. pen. cont., 20 gennaio 2012.

gli istituti della amministrazione giudiziaria, di cui all'art. 34 d.lgs.159/2011 e quella del controllo giudiziario, introdotto dall'art. 34bis d.lgs. 159/2011.

Si tratta, in entrambi i casi, di interventi che, al pari delle misure straordinarie *ex art.* 32 d.l. 90/2014, limitano o conformano la libertà d'impresa di operatori economici che, pur presentando forme di infiltrazione o condizionamento mafioso, non ne siano integralmente pregiudicati, con ciò sottraendoli all'applicazione delle più gravi misure del sequestro o della confisca⁵³¹.

In particolare, come già rilevato in precedenza, ci si limita qui succintamente a rammentare che, ai sensi dell'art. 34 del Codice antimafia, l'amministrazione giudiziaria è disposta quando – pur non sussistendo i requisiti per l'irrogazione del sequestro o della confisca – ricorrano comunque sufficienti indizi in merito al pericolo di condizionamento della criminalità organizzata nei confronti di determinate attività economiche. La norma fa riferimento, in particolare, alle situazioni di intimidazione o assoggettamento dei membri dalla compagine aziendale nei confronti di soggetti incriminati ai sensi dell'art. 416bis c.p., ovvero di agevolazione nei confronti di soggetti imputati o condannati per i reati di cui agli artt. 603bis, 629, 644, 648bis e 648ter c.p..

A tale rilevata situazione di condizionamento o agevolazione, l'ordinamento risponde prevedendo la possibile nomina di un amministratore giudiziario che, su modello dei commissari prefettizi, esercita tutte le facoltà spettanti ai titolari dei diritti sui beni e sulle aziende attinte, secondo le modalità stabilite dal Tribunale e tenuto conto delle esigenze di prosecuzione dell'attività imprenditoriale.

Anche in tale ipotesi, dunque, si realizza uno spossessamento gestorio – e, dunque, una compressione dell'esercizio della libertà di iniziativa economica – che è limitato nel tempo, avendo durata predeterminata *ex lege* in un limite massimo di due anni (così art. 34, comma 2, d.lgs. 159/2011), ma che si estende, stavolta, sino a ricomprendere l'attività dell'operatore economico nella sua interezza.

Si tratta, quindi, di un provvedimento di natura cautelare e preventiva emesso dall'autorità giudiziaria, che non è limitato a un singolo rapporto o a una singola commessa pubblica ma che coinvolge l'intero impianto dell'azienda, così determinando un completo esautoramento degli amministratori privati.

Questo profilo, vale certamente a connotare l'istituto di cui trattasi per una maggiore afflittività – in termini di maggiore compromissione dei diritti – per l'impresa attinta rispetto all'adozione delle misure amministrative di cui all'art. 32 d.l. 90/2014, nell'ambito delle quali la limitazione temporale dello strumento si accompagna ad una operatività circoscritta ad un singolo filone di attività ovvero a un singolo contratto.

La diversa, e più pregnante, incidenza dell'amministrazione giudiziaria predisposta ai sensi dell'art. 34 del Codice antimafia, insieme alla sua natura di provvedimento giudiziale –per ciò solo più coerente con gli effetti limitativi che si impongono all'impresa che ne è destinataria – segna la retrocessione delle istanze sottese alla predisposizione delle misure *ex art.* 32 d.l. 90/2014 e, dunque, la prevalenza dell'amministrazione giudiziaria sulle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio delle imprese.

⁵³¹ In argomento, si rinvia, tra gli altri, a C. Santoriello, *Le misure di prevenzione patrimoniali diverse dalla confisca*, in S. Furfaro (a cura di), *Misure di prevenzione*, Milano, 2013; F. Vergine, *Le misure patrimoniali diverse dalla confisca*, in F. Fiorentin (a cura di), *Misure di prevenzione personali e patrimoniali*, Torino, 2018.

I due istituti in parola, infatti, potrebbero leggersi in chiave di progressione e reciproca interazione: alla immediata adozione, a tutela di preminenti interessi pubblici, di un commissariamento prefettizio potrebbe ragionevolmente seguire la predisposizione, da parte del giudice, dell'amministrazione giudiziaria.

Del resto tale ipotesi è presa espressamente in considerazione dal comma 5 dell'art. 32, laddove si prevede che la misura predisposta dal Prefetto debba essere revocata o cessa comunque di produrre effetti in caso di provvedimento che dispone l'amministrazione giudiziaria dell'impresa nell'ambito di procedimenti penali o per l'applicazione di misure di prevenzione.

2.1. In particolare, il controverso rapporto con l'istituto del controllo giudiziario

Proprio alla luce del richiamato art. 32, comma 5, emerge una più rilevante problematica di coordinamento in ordine alla sorte delle misure straordinarie disposte dal Prefetto nell'ipotesi in cui il Tribunale competente per l'applicazione delle misure di prevenzione – anche eventualmente adito dall'impresa interdetta –, si determini successivamente per il controllo giudiziario.

Si tratta di una misura che, infatti, non risulta menzionata tra quelle suscettibili di determinare la cessazione degli strumenti *extra ordinem* predisposti dal Prefetto: si è qui al cospetto, invero, di una mancanza di coordinamento tra norme, in cui la successiva, l'art. 34bis d.lgs. 159/2019, introdotta dalla legge 17 ottobre 2017, n. 161⁵³², manca di considerare quanto previsto ai sensi dell'art. 32 d.l. 90/2014⁵³³.

Detta sovrapposizione normativa, in assenza di una forma di dialogo tra i due strumenti, mette in luce una vistosa contraddizione nell'ambito delle misure di prevenzione

⁵³² Pubblicato in G.U. 4 novembre 2017, il provvedimento reca “*Modifiche al codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, al codice penale e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale e altre disposizioni. Delega al Governo per la tutela del lavoro nelle aziende sequestrate e confiscate*”.

⁵³³ Questo difetto di coordinamento potrebbe spiegarsi in ragione del fatto che i lavori preparatori per la predisposizione della riforma del 2017, si sono conclusi prima della promulgazione del d.l. 90/2014. Si tratta, in particolare, delle considerazioni svolte dalla Commissione Fiandaca, istituita con d.m. 10 giugno 2013, avente il compito di proporre interventi in merito al contrasto della criminalità organizzata. Sul punto, già le prime proposte avanzate dalla Commissione prevedevano di incorporare lo strumento del controllo giudiziario dal dettato dell'art. 34, attribuendogli un rilievo autonomo sì da poter essere valorizzato nella promozione del disinquinamento mafioso delle attività economiche, salvaguardando al contempo la continuità produttiva e gestionale delle imprese.

Cfr., in questi termini, Commissione ministeriale (d.m. 10 giugno 2013), *Relazione della commissione ministeriale incaricata di elaborare una proposta di interventi in materia di criminalità organizzata*, in dir. pen. cont., 12 febbraio 2014.

Sulla incongruenza delle disposizioni adottate con la riforma della l.161/2017 e le misure straordinarie di cui all'art. 32, d.l. 90/2014, M. Mazzamuto, *Misure giurisdizionali di salvataggio delle imprese versus misure amministrative di completamento dell'appalto: brevi note sulle modifiche in itinere del Codice antimafia*, dir. pen. cont., 2016, evidenzia che “*come a volte avviene, certi percorsi riformatori si incanalano inizialmente in binari che restano poi impermeabili alle mutazioni nel frattempo intercorse nell'ordinamento, e anche questo sembra essere il caso*”.

In merito alla cennata riforma del Codice antimafia si rinvia, per uno sguardo d'insieme, a D. Ferranti, *Il Codice antimafia: le ragioni della riforma delle misure patrimoniali di prevenzione*, in Cass. pen. , n. 1/2018; S. Finocchiaro, *La riforma del Codice antimafia (e non solo): uno sguardo d'insieme alle modifiche appena introdotte*, in dir. pen. cont., 2017; F. Menditto, *Verso la riforma del d.lgs. 159/2011 (c.d. Codice antimafia) e della confisca allargata*, in dir. pen. cont., 22 dicembre 2015.

delle infiltrazioni della criminalità organizzata⁵³⁴, in punto di poteri amministrativi demandati al Prefetto e i nuovi poteri del Tribunale delle misure di prevenzione.

Infatti, come già accennato *supra*, lo strumento del controllo giudiziario, nel fondarsi sulla occasionalità dell'agevolazione o del condizionamento delle attività imprenditoriali alle consorterie criminali, introduce una forma di tutoraggio avente l'obiettivo di "promuovere il recupero delle imprese infiltrate dalle organizzazioni, nel quadro di una ammodernata disciplina tendente a bilanciare in maniera più equilibrata le diverse aspettative ed esigenze oggi in gioco in questo campo"⁵³⁵, senza qui realizzare uno spossessamento gestorio – su modello dell'amministrazione giudiziaria *ex art.* 34 d.lgs. 159/2011 ovvero della misura straordinaria di gestione dell'impresa di cui all'art. 32, comma 1, lett. b) d.l. 90/2014 - ma un presidio di vigilanza interno all'azienda avente il compito di monitorare l'adempimento di una serie di obblighi di *compliance* imposti dall'autorità giudiziaria⁵³⁶.

Al contempo, la disposizione prevede che l'accesso a tale strumento di vigilanza, relativamente all'ipotesi contemplata dall'art. 34, comma 2, sub lett. b)⁵³⁷ di nomina di un amministratore giudiziario con compiti di controllo sull'attività d'azienda, possa essere attivata anche su istanza di parte laddove l'impresa sia stata attinta da una informazione antimafia interdittiva e abbia proposto, avverso detto provvedimento prefettizio, ricorso in sede giurisdizionale⁵³⁸.

⁵³⁴ Tra gli altri, in questo senso, M. Biffa, G. Grieco, *Ancora guerre tra imprese e magistratura: la riforma delle misure di prevenzione patrimoniali assegna un preoccupante spazio al novo istituto del controllo giudiziarie delle aziende*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, n. 4/2016.

⁵³⁵ Così Commissione ministeriale (d.m. 10 giugno 2013), *Relazione della commissione*, cit.

⁵³⁶ Si veda anche M. Urbano, *Il controllo giudiziario delle aziende di cui all'art. 34 bis del Codice antimafia*, in AA.VV. *Criticità gestionali di beni e aziende sequestrate*, Bari, 2018; T. Alesci, *I presupposti ed i limiti del nuovo controllo giudiziario nel Codice antimafia*, in giur. It., 2018; A. V. Sarnataro, *Controllo giudiziario delle aziende*, in L. De Gennaro, N. Graziano, *La nuova legislazione antimafia*, Roma, 2017.

⁵³⁷ Ai sensi delle disposizioni richiamate, "Il controllo giudiziario è adottato dal tribunale per un periodo non inferiore a un anno e non superiore a tre anni. Con il provvedimento che lo dispone, il tribunale può: [...] b) nominare un giudice delegato e un amministratore giudiziario, il quale riferisce periodicamente, almeno bimestralmente, gli esiti dell'attività di controllo al giudice delegato e al pubblico ministero."

⁵³⁸ Su tale aspetto, vale la pena evidenziare come, soprattutto nell'applicazione che ne è stata fatta in giurisprudenza, si è protesi per una interpretazione della norma atta ad escludere qualunque automatismo nella disposizione di tale misura. In effetti, lo stesso legislatore richiede che l'autorità giudiziaria destinataria della richiesta realizzi un autonomo e ulteriore processo valutativo condotto in contraddittorio con il Pubblico ministero, il Prefetto che ha adottato il provvedimento interdittivo e gli altri soggetti interessati, al fine di vagliare l'effettiva sussistenza dei presupposti richiesti per l'applicazione del controllo giudiziario *tout court*, giacché "la misura introdotta dal comma 6 non rappresenta una ipotesi diversa e ulteriore rispetto a quella prevista dal primo comma dell'art. 34 bis, condividendo con essa i medesimi presupposti." (così Trib. Catanzaro, sez. Misure di prevenzione, dec. 14/2018). In questo senso, dunque, la valutazione rimessa al Giudice si fonda sulle condizioni dell'occasionalità del condizionamento, circostanza che rende profondamente differenti il giudizio prevenzione e quello amministrativo, in quanto trattasi di procedimenti "del tutto autonomi quanto alle valutazioni che in essi i giudici sono chiamati a svolgere: sussistenza o meno delle condizioni per far luogo alla emissione della informativa antimafia, in quello amministrativo; sussistenza o meno delle condizioni per ritenere meramente occasionale la condotta agevolatrice di persone socialmente pericolose, in quello preventivo." (Trib. Santa Maria Capua Vetere, sez. Misure di prevenzione, dec. 3/2018).

Di converso, parte della dottrina, facendo riferimento all' "oscuro" richiamo del legislatore ai "presupposti" da accertare per l'adozione della misura in commento, non richiederebbe nulla di più e nulla di diverso rispetto alla sussistenza del provvedimento interdittivo e alla sua impugnazione. Così C. Visconti, G. Tona, *Nuove pericolosità e nuove misure di prevenzione: percorsi contorti e prospettive aperte nella riforma del codice antimafia*, in leg. Pen., 14 febbraio 2018.

Di tal che, appare evidente, che numerosi appaiono i punti di contatto - se non di sovrapposizione - di tale istituto rispetto alle misure straordinarie di adozione prefettizia, anche laddove si consideri che, secondo quanto espresso dalla Commissione Fiandaca, la *ratio* del controllo giudiziario volontario sarebbe quella di *“fungere da adeguato strumento per consentire la prosecuzione dell’attività di impresa nei casi in cui le aziende vengano raggiunte da interdittiva prefettizia, garantendo così nel contempo il prevalente interesse alla realizzazione di opere di rilevanza pubblica.”*⁵³⁹.

Si andrebbe così a configurare un vaglio rimesso all’autorità giudiziaria dal tenore quasi integralmente sovrapponibile a quello rimesso al Prefetto⁵⁴⁰ allorché questi intenda determinarsi per l’applicazione di una misura straordinaria a seguito dell’emissione dell’interdittiva antimafia⁵⁴¹.

Si potrebbe in proposito ritenere, come peraltro pare essersi orientato lo stesso Ministero dell’Interno, che *“il presidio di legalità nella forma del tutoraggio dell’azienda si fonda sul medesimo presupposto della gestione commissariale di nomina prefettizia già avviata, vale a dire la presenza di indizi di fatto rivelatori di pericoli di contiguità o di agevolazione mafiosa. E, pertanto, che il controllo disposto dal magistrato determini il venir meno della misura di cui all’art. 32, analogamente a quanto previsto dal comma 5 della medesima norma per il caso in cui siano applicate la confisca, il sequestro o l’amministrazione giudiziaria dell’impresa.”*⁵⁴².

Tuttavia, la questione inerente l’esatto coordinamento tra i due strumenti non pare di così immediata risoluzione, rendendosi, invece, necessario isolare e comprendere, per coerenza dogmatica ma ancor prima per orientamento empirico, in che misura e con quali modalità il controllo giudiziario e le misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio possano convivere e fino a che punto debba, invece, considerarsi recessivo il provvedimento amministrativo a fonte della predisposizione di uno strumento tutorio di matrice giudiziale.

Infatti, sebbene sia impossibile non rintracciare una effettiva coincidenza in ordine alle dichiarate finalità perseguite dagli istituti in esame, lo stesso non può sostenersi con riferimento alle modalità applicative e agli effetti delle misure *ex art. 32 d.l. 90/2014* rispetto a quelle di cui all’art. 34bis d.lgs. 159/2011.

⁵³⁹ Commissione ministeriale (d.m. 10 giugno 2013), *Relazione della commissione*, cit.

⁵⁴⁰ Così R. Cantone, B. Coccagna, *L’impresa raggiunta da interdittiva antimafia tra commissariamenti prefettizi e controllo giudiziario*, in G. Amarelli, S. Sticchi Damiani (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all’infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Torino, 2019, 300.

⁵⁴¹ Tra l’altro, la giurisprudenza di legittimità ha recentemente messo in luce le profonde differenze sussistenti tra il controllo giudiziario previsto, in via ordinaria dal comma 1 dell’art. 34bis, e quello, invece di cui al comma 6 della medesima disposizione che contempla la possibile iniziativa di parte. In particolare, a differenza di quanto previsto dall’art. 34 bis, comma 1, citato, in relazione al quale *“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 - trattandosi di misura richiesta ad iniziativa pubblica in funzione di un controllo cd. prescrittivo - nel caso del comma 6 della medesima disposizione, la valutazione deve tener conto del provvedimento preventivo di natura amministrativa”* e dunque non può prescindere *“dall’accertamento di quello stesso prerequisito effettuato dall’organo amministrativo, substrato della decisione riservata alla cognizione del giudice ordinario, così da risultare preclusa la possibilità di negare addirittura la misura ove si ritenga inesistente, con gli standard probatori propri del giudizio penale di prevenzione, quello stesso pericolo di infiltrazione che, invece, l’organo amministrativo ha affermato, sia pure sulla base di un diverso parametro di giudizio, in dimensione prospettica, attraverso una lettura prognostica delle informazioni acquisite”*. Così Corte Cass., sent. 28 gennaio 2021, n. 9122, in www.cortedicassazione.it.

⁵⁴² Così Circolare del Ministero dell’Interno, 28 marzo 2018, n.11001/119/20(8)-A, in www.interno.gov.it.

Anzitutto, un primo *discrimen* deve essere tracciato con riferimento alle misure di cui al comma 8 dell'art. 32 d.l. 90/2014 la cui consistenza, su un piano strettamente qualitativo e quantitativo non appare affatto dissimile all'accompagnamento legale predisposto dal controllo giudiziario.

Nelle ipotesi di cui si discorre, infatti, la minore compromissione dell'azienda interdetta rispetto alle possibili infiltrazioni della criminalità organizzata viene affrontata dal legislatore attraverso l'inserimento nell'apparato societario di un presidio di legalità composto da esperti, la cui *mission* è di sostenere e monitorare la gestione imprenditoriale in un percorso di legalità e trasparenza, prefigura qui, un intervento per certi versi sovrapponibile al ruolo di supporto collaborativo e di vigilanza rimesso all'amministratore giudiziario.

La sostanziale identità di misure – e di effetti – sulla gestione dell'impresa, nonché la medesimezza dei presupposti che a tanto hanno condotto, potrebbe ragionevolmente leggersi in termini di continuità e di reciproca integrazione tra l'una e l'altra misura: l'eventuale percorso già intrapreso dagli esperti di nomina prefettizia si limiterebbe a transitare sotto l'egida dell'amministratore giudiziario di nomina pretoria, altresì valorizzando il portato dell'art. 32, comma 5 d.l. 90/2014, nella parte in cui prevede che “*L'autorità giudiziaria conferma, ove possibile, gli amministratori nominati dal Prefetto.*”.

Più problematico, invece, il temperamento tra le due disposizioni allorchè venga in rilievo l'applicazione del provvedimento prefettizio di straordinaria e temporanea gestione del singolo contratto ai sensi dell'art. 32, comma 1 lett. b) d.l. 90/2014⁵⁴³.

Con la misura della straordinaria gestione, i commissari si sostituiscono agli organi dell'impresa interdetta, seppur limitatamente al segmento di *governance* aziendale afferente all'esecuzione del solo contratto coinvolto in vicende di contiguità o agevolazione mafiosa dell'impresa affidataria, così realizzando uno spossessamento, seppur *ad rem*, dell'attività dell'azienda rispetto agli amministratori ordinari. Circostanza, quest'ultima, che vale a connotare le misure prefettizie di un *quid pluris* rispetto al mero controllo giudiziario, che lascia, di fatto, la concreta gestione ed esecuzione degli affidamenti - anche di quelli coinvolti nelle vicende che hanno portato alla occasionale contaminazione dell'impresa affidataria – agli stessi organi di amministrazione societaria che si era inteso colpire con il provvedimento interdittivo.

Si sarebbe, quindi, al cospetto, in questo caso, di una evidente discrasia dell'ordinamento laddove uno stesso fatto possa essere virtualmente posto, al contempo, dall'autorità amministrativa, a fondamento di un provvedimento commissariale *ex art.* 32 d.l. 90/2014 giacchè connotato dai caratteri di gravità richiesti dalla norma e, dall'autorità giudiziaria, a presupposto dell'intervento di cui all'art. 34bis del Codice antimafia, posta la differenza sostanziale tra il requisito della gravità e quello dell'occasionalità, che ben potrebbero coincidere⁵⁴⁴.

In ipotesi di tal fatta, dunque, la contraddizione che pone in essere il sistema sta in ciò: che uno stesso fenomeno venga, simultaneamente, prima valutato grave alla stregua del

⁵⁴³ Cfr. M. Vulcano, *Le modifiche del decreto legge n. 152/2021 al codice antimafia: il legislatore punta sulla prevenzione amministrativa e sulla compliance 231 ma non risolve i nodi del controllo giudiziario*, in giur.pen., 2021.

⁵⁴⁴ Cfr., in questo senso anche C. Visconti, G. Tona, *Nuove pericolosità e nuove misure di prevenzione: percorsi contorti e prospettive aperte nella riforma del codice antimafia*, in la leg. Pen., 14 febbraio 2018

giudizio di proporzionalità posto in essere dall'autorità amministrativa nell'ambito dei suoi poteri discrezionali e, poi, meramente occasionale dall'autorità giudiziaria tale da poter giustificare una minore compromissione della *governance* di impresa, limitandosi, l'intervento pubblico, ad un accompagnamento vigilato verso la legalità⁵⁴⁵.

La supposta cedevolezza, quindi, della misura amministrativa in favore dello strumento giudiziale comporterebbe che la medesima fattispecie venga scrutinata due volte con conseguenze - e, dunque, effetti - differenti: una prima volta l'autorità prefettizia propende per l'applicazione della misura più grave del commissariamento nei confronti dell'impresa, mentre, nell'ambito del vaglio giudiziale, per epurare la compagine societaria dalle scorie di infiltrazione criminale pare sufficiente introdurre una forma di tutoraggio che, di converso, era stata precedentemente ritenuta non rispondente alle finalità pubbliche da parte del Prefetto.

Ammettendo, quindi, il ricorso sistematico al controllo giudiziario si rischierebbe una retrocessione sulle condizioni di massima garanzia di legalità del contratto che si presenta come strumento per la tutela di interessi pubblicistici e collettivi di elevato rango costituzionale.

E tali conseguenze sono ben più gravi laddove la misura commissariale *ex art. 32 d.l. 90/2014* sia stata predisposta ai sensi del comma 10 della medesima disposizione.

A ben vedere, infatti, con il controllo giudiziario il contratto verrebbe sottoposto ad una gestione incidentalmente "*controllata*" dal monitoraggio affidato all'amministratore nominato dal Tribunale, con permanenza e riviviscenza di tutti i rapporti negoziali dell'impresa interdetta, non solo di quelli rispondenti alla tutela di superiori e preminenti interessi pubblici⁵⁴⁶.

Una immediata ed efficace gestione potrebbe, invece, essere assicurata attraverso la misura di natura amministrativa che, consentendo anche un'adeguata tutela delle esigenze di pubblica sicurezza, metterebbe al riparo la direzione dell'appalto da qualsiasi ulteriore tentativo di infiltrazione mafiosa proprio valorizzando la circostanza per cui gli amministratori prefettizi dispongono di "*poteri gestori ben più penetranti per quanto concerne la prosecuzione delle commesse pubbliche, rispetto al più blando meccanismo tutorio del controllo giudiziario.*"⁵⁴⁷.

Sicchè, appare evidente come i due istituti finiscano per riverberarsi in modi assai differenti sull'assetto gestionale dell'impresa, per cui, laddove l'autorità amministrativa abbia già costituito un presidio di legalità per garantire la prosecuzione dei contratti pubblici, la successiva introduzione del controllo giudiziario impone di realizzare il migliore raccordo possibile tra le due autorità coinvolte per il più adeguato soddisfacimento degli interessi pubblici.

D'altra parte, altra dottrina ha qui ravvisato un contrasto che non si può ridurre ad una mera opzione per l'una o l'altra modalità operativa, venendo qui, invece, in rilievo un

⁵⁴⁵ Si veda M. Irrera, *Il decreto anticorruzione e l'amministrazione di nomina prefettizia: una complessa sfida interpretativa*, in Riv. Soc., 2018.

⁵⁴⁶ Si segnala sul punto come, nella prassi, alcune prefetture abbiano preferito ricorrere ad una sospensione piuttosto che ad una revoca *tout court* del decreto di applicazione delle misure *ex art. 32 d.l. 90/2014*. Così, ad esempio decreto del Prefetto di Catanzaro, 30 maggio 2018, n. 56774/2018, in www.prefettura.gov.it/catanzaro.

⁵⁴⁷ R. Cantone, B. Coccagna, *L'impresa raggiunta da interdittiva antimafia tra commissariamenti prefettizi e controllo giudiziario*, cit., 305.

possibile conflitto di *rationes* tra l'intervento giurisdizionale, volto al salvataggio, e quello prefettizio, volto al completamento dell'opera, tale per cui *“ritenere che il controllo giudiziario [...] debba avere effetti paralizzanti del potere amministrativo, si traduce in una scelta di campo sulle finalità perseguite.”*⁵⁴⁸.

3. *L'ultimo approdo del modello prospettico – cooperativo: problemi di ipertrofia normativa*

In premessa alla presente disamina, si è evidenziato come la sempre più pressante necessità di approntare un idoneo bilanciamento tra la tutela dell'ordine pubblico e la tutela di diritti costituzionalmente garantiti, quali la libertà di impresa e l'iniziativa economica, ha condotto ad una continua opera di adeguamento delle misure di prevenzione delle fonti di inquinamento dell'economia legale, affinando gli strumenti cautelari secondo quella che si è già definita una prospettiva conservativa-rieducativa delle imprese.

Detto altrimenti, *“l'ordinamento positivo in materia, dalla legge-delega al cd. “Codice antimafia” sino alle più recenti integrazioni di quest'ultimo, ha voluto apprestare, per l'individuazione del pericolo di infiltrazione mafiosa nell'economia e nelle imprese, strumenti sempre più idonei e capaci di consentire valutazioni e accertamenti tanto variegati e adeguabili alle circostanze, quanto variabili e diversamente atteggiati sono i mezzi che le mafie usano per cercare di moltiplicare i loro illeciti profitti. Nella ponderazione degli interessi in gioco, tra cui certo quello delle garanzie per l'interessato da una misura interdittiva è ben presente, non può pensarsi che gli organi dello Stato contrastino con “armi impari” la pervasiva diffusione delle organizzazioni mafiose che hanno, nei sistemi globalizzati, vaste reti di collegamento e profitti criminali quale “ragione sociale” per tendere al controllo di interi territori”*⁵⁴⁹.

Sicché, nella consapevole caratterizzazione multiforme e tentacolare delle possibili deviazioni criminali nell'imprenditoria, il legislatore, nell'intento di scongiurare il rischio della paralisi economica del Paese, ha introdotto forme sempre nuove di accompagnamento *soft* dell'impresa verso la legalità, qui conciliando la necessità di riaffermare la presenza dello Stato senza giungere – a meno che ciò non sia strettamente necessario – allo spossamento dell'impresa.

La segnalata tendenza è approdata alla promulgazione del decreto legge 6 novembre 2021, n. 152⁵⁵⁰, convertito, con modificazioni in legge 29 dicembre 2021, n. 233⁵⁵¹, recante *“Disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per la prevenzione delle infiltrazioni mafiose”* che, nell'ottica di garantire la tempestiva attuazione degli interventi relativi al Piano nazionale di ripresa e resilienza, introduce alcuni strumenti di semplificazione e accelerazione delle procedure, incluse quelle di spesa, volte a rafforzare la capacità gestionale delle amministrazioni titolari degli interventi, simultaneamente approntando *“più incisive misure in tema di sistema di prevenzione*

⁵⁴⁸ M. Mazzamuto, *Misure giurisdizionali di salvataggio delle imprese versus misure amministrative di completamento dell'appalto: brevi note sulle modifiche in itinere del Codice antimafia*, dir. pen. cont., 2016.

⁵⁴⁹ Così Cons. Stato, sez. III, 09 febbraio 2017, n. 565, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁵⁰ In G.U., 6 novembre 2021, n.265.

⁵⁵¹ In G.U., 31 dicembre 2021, n. 310.

*antimafia, coesione territoriale, gestioni commissariali, organizzazione della giustizia, sostegno alle imprese*⁵⁵².

Per quanto in questa sede di maggiore interesse, il provvedimento in esame ha aggiunto alle armi a disposizione del Prefetto nel contrasto alla criminalità, specie quella organizzata, un nuovo strumento che si colloca a mitigazione degli effetti di una eventuale informazione antimafia interdittiva, prevenendone l'emanazione in prospettiva di collaborazione tra parte pubblica, vigilante, e parte privata, vigilata.

La norma, di cui si tratterà ampiamente appresso, si va così a collocare nell'ambito del già composito e variegato – per non dire frammentario e stratificato – panorama delle misure cautelari di prevenzione delle infiltrazioni mafiose nell'economia, in proposito ponendo, tuttavia, nuovi problemi di coordinamento e di operatività tra gli strumenti amministrativi e giudiziari connotati dalle medesime finalità.

In merito, sul versante del coordinamento con gli strumenti di prevenzione giudiziale, per dare coerenza al sistema antimafia, ne era stata offerta una lettura in chiave diacronica⁵⁵³: sul versante amministrativo il provvedimento interdittivo si limiterebbe a cristallizzare il passato, connotandosi per una dimensione statica che determina l'incapacità giuridica ed economica dell'imprenditore nei rapporti di diritto pubblico; sul versante, invece, della prevenzione penale le misure dell'amministrazione giudiziaria e del controllo giudiziario presentano un carattere dinamico, che le proietta in una dimensione temporale futura poiché tendenti a sostituire o monitorare provvisoriamente l'imprenditore nei futuri rapporti, anche con l'amministrazione.

Le due misure, quindi, convivevano nel sistema antimafia in virtù del diverso approccio che animerebbe l'una e l'altra: quella penale ha carattere bonificante ed è strumentale a reinserire le imprese bonificate nel circuito economico, nelle more del giudizio amministrativo teso ad accertare la legittimità dell'informazione antimafia interdittiva.

Più complessa appare, dunque, la ricostruzione del mosaico delle misure preventive delle infiltrazioni della criminalità organizzata alla luce del nuovo strumento amministrativo di prevenzione di cui all'art. 94bis Codice antimafia, del quale è necessario perimetrare attentamente ambito di operatività e di efficacia per scongiurare possibili duplicazioni e sovrapposizioni, vista la medesima *ratio* e finanche i medesimi effetti che caratterizzano lo strumento in parola rispetto alle misure giudiziali previste nell'ambito dello stesso Codice antimafia.

Su diverso versante, sarà necessario collocare la misura di nuovo conio in rapporto con gli strumenti di cui all'art. 32 d.l. 90/2014 che rimangono qui sullo sfondo, senza che il legislatore si curi di precisarne la rispettiva latitudine operativa ed, anzi, aumentandone, per altro verso, i profili di interferenza⁵⁵⁴.

⁵⁵² Così recita il preambolo del medesimo d.l. 152/2021, in G.U., 6 novembre 2021, n.265.

⁵⁵³ In questi termini, G. Veltri, *La prevenzione antimafia collaborativa: un primo commento*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2022.

⁵⁵⁴ Il riferimento è, in particolare, alle modifiche introdotte segnatamente al comma 8, art. 32 d.l. 90/2014, a seguito dell'entrata in vigore del decreto legge 10 settembre 2021, n. 121 (G.U n.217 del 10 settembre 2021), convertito con modificazioni dalla legge 9 novembre 2021, n. 156 (in G.U. 09/11/2021, n. 267), recante "*Disposizioni urgenti in materia di investimenti e sicurezza delle infrastrutture, dei trasporti e della circolazione stradale, per la funzionalità del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, del Consiglio superiore dei lavori pubblici e dell'Agenzia nazionale per la sicurezza delle ferrovie e delle infrastrutture stradali e autostradali.*"

Ciò che tuttavia emerge con sufficiente chiarezza già dalle brevi considerazioni qui rassegnate è che il sistema normativo di contrasto alla criminalità organizzata si caratterizza, oggi, per una ipertrofia sempre più evidente, che pone l'interprete innanzi a una molteplicità di istituti che si rassomigliano per finalità e per conseguenze, i cui rispettivi confini non paiono immediatamente intellegibili.

Viene qui in rilievo, invero, un tema affatto nuovo nell'ordinamento giuridico ma che qui si connota anche per la particolare sensibilità degli interessi sottesi al bilanciamento che fonda l'adozione delle misure di prevenzione antimafia.

In proposito, se deve rilevarsi, sul punto, come tale proliferazione normativa risponda alla stessa esigenza fondamentale che il diritto segua e regoli lo sviluppo della società, d'altra parte tale molteplicità di leggi e disposizioni – prodotte in tempi diversi e da soggetti diversi – implica inevitabilmente la possibilità che alcune delle norme in tal modo prodotte, pur compresenti in uno stesso ambito ordinamentale, si contrappongano, si contraddicano, e variamente contrastino tra loro.

In altri termini, le diverse velocità con cui si muovono l'ordinamento giuridico da una parte e la società dall'altra e le diverse tendenze di sviluppo perseguite dal diritto nel tentativo di rincorrere i multiformi profili di sviluppo del reale, danno spesso luogo ad una sovrabbondanza di norme tutte potenzialmente idonee a regolare un singolo caso concreto.

Sicché, la molteplicità dei provvedimenti normativi che si sono stratificati intorno ai soggetti collettivi, sin dall'introduzione della loro responsabilità da reato ai sensi del d.lgs. 231/2001, per giungere ai più recenti interventi in materia di prevenzione della corruzione e di contrasto alla criminalità organizzata, si traduce in una effettiva difficoltà di ricognizione all'interno di un sistema composito e variopinto, la cui efficacia complessiva deve essere accuratamente soppesata⁵⁵⁵.

3.1. Una nuova prospettiva per la prevenzione amministrativa antimafia: la prevenzione collaborativa

Dunque, nell'ambito del processo evolutivo della legislazione interna concernente le misure preventive antimafia, nel segno di quel più equo bilanciamento tra gli interessi concretamente in gioco cui a più riprese si è fatto riferimento nel corso della presente trattazione, si innesta l'istituto introdotto dal d.l. 152/2021 che ha inserito, al nuovo art. 94bis⁵⁵⁶ del Codice antimafia, rubricato "*Misure amministrative di prevenzione*

⁵⁵⁵ Così, S. Renzetti, *La responsabilità degli enti per corruzione e infiltrazioni criminali negli appalti in Italia*, in L. Scomparin (a cura di), *Corruzione e infiltrazioni criminali negli appalti pubblici: Strumenti di prevenzione e contrasto*, Torino, 2016.

⁵⁵⁶ Ai sensi dell'art. 49 d.l. 152/2021, rubricato "*Prevenzione collaborativa*" si prevede che: "*Al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, dopo l'articolo 94, è inserito il seguente: «Art. 94 -bis (Misure amministrative di prevenzione collaborativa applicabili in caso di agevolazione occasionale) — 1. Il prefetto, quando accerta che i tentativi di infiltrazione mafiosa sono riconducibili a situazioni di agevolazione occasionale, prescrive all'impresa, società o associazione interessata, con provvedimento motivato, l'osservanza, per un periodo non inferiore a sei mesi e non superiore a dodici mesi, di una o più delle seguenti misure: a) adottare ed efficacemente attuare misure organizzative, anche ai sensi degli articoli 6, 7 e 24 -ter del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, atte a rimuovere e prevenire le cause di agevolazione occasionale; b) comunicare al gruppo interforze istituito presso la prefettura competente per il luogo di sede legale o di residenza, entro quindici giorni dal loro compimento, gli atti di disposizione, di acquisto o di pagamento effettuati, gli atti di pagamento ricevuti, gli incarichi professionali conferiti, di amministrazione o di gestione*

collaborativa applicabili in caso di agevolazione occasionale”, una ulteriore misura di prevenzione amministrativa antimafia, preventiva, cautelare e provvisoria.

Si tratta dell’istituto della “*prevenzione collaborativa*”, inedito strumento fornito all’autorità prefettizia nel contrasto alla criminalità organizzata che si fonda e giustifica in ragione della sussistenza di una componente infiltrativa meramente occasionale, che non giunge a compromettere la regolare attività dell’operatore economico, e nella cui redenzione, quindi, si confida.

La misura in parola costituisce ulteriore sublimazione di quell’approccio prospettico – cooperativo cui si è fatto cenno in premessa, ponendosi quale ultimo punto di approdo del legislatore nella rivisitazione della dialettica amministrazione/amministrati che, nella foga del contrasto alla criminalità organizzata, finiva per essere squilibrata, in maniera esiziale, a danno dei secondi.

Segnatamente, in coerenza con i già richiamati principi di solidarietà e di buon andamento della pubblica Amministrazione, di cui è corollario il principio di leale collaborazione, attualmente ricompreso nel novero dei principi che informano l’azione amministrativa ai sensi dell’art. 1 l. 241/1990⁵⁵⁷, la nuova misura di prevenzione collaborativa consente di anticipare alla fase amministrativa, a fronte del carattere meramente occasionale dei tentativi di infiltrazione, le misure di *self cleaning* previste per il controllo giudiziario⁵⁵⁸.

Si apre così utilmente la strada a una cooperazione “*tra impresa e autorità amministrativa, consentendo a quest’ultima di entrare in azienda e verificare la presenza o*

fiduciaria ricevuti, di valore non inferiore a 7.000 euro o di valore superiore stabilito dal prefetto, sentito il predetto gruppo interforze, in relazione al reddito della persona o del patrimonio e del volume di affari dell’impresa; c) per le società di capitali o di persone, comunicare al gruppo interforze eventuali forme di finanziamento da parte dei soci o di terzi; d) comunicare al gruppo interforze i contratti di associazione in partecipazione stipulati; e) utilizzare un conto corrente dedicato, anche in via non esclusiva, per gli atti di pagamento e riscossione di cui alla lettera b) , nonché per i finanziamenti di cui alla lettera c) , osservando, per i pagamenti previsti dall’articolo 3, comma 2, della legge 13 agosto 2010, n. 136, le modalità indicate nella stessa norma. 2. Il prefetto, in aggiunta alle misure di cui al comma 1, può nominare, anche d’ufficio, uno o più esperti, in numero comunque non superiore a tre, individuati nell’albo di cui all’articolo 35, comma 2 -bis , con il compito di svolgere funzioni di supporto finalizzate all’attuazione delle misure di prevenzione collaborativa. Agli esperti di cui al primo periodo spetta un compenso, quantificato con il decreto di nomina, non superiore al 50 per cento di quello liquidabile sulla base dei criteri stabiliti dal decreto di cui all’articolo 8 del decreto legislativo 4 febbraio 2010, n. 14. Gli oneri relativi al pagamento di tale compenso sono a carico dell’impresa, società o associazione. 3. Le misure di cui al presente articolo cessano di essere applicate se il tribunale dispone il controllo giudiziario di cui all’articolo 34 -bis , comma 2, lettera b) . Del periodo di loro esecuzione può tenersi conto ai fini della determinazione della durata del controllo giudiziario. 4. Alla scadenza del termine di durata delle misure di cui al presente articolo, il prefetto, ove accerti, sulla base delle analisi formulate dal gruppo interforze, il venir meno dell’agevolazione occasionale e l’assenza di altri tentativi di infiltrazione mafiosa, rilascia un’informazione antimafia liberatoria ed effettua le conseguenti iscrizioni nella banca dati nazionale unica della documentazione antimafia. 5. Le misure di cui al presente articolo sono annotate in un’apposita sezione della banca dati di cui all’articolo 96, a cui è precluso l’accesso ai soggetti privati sottoscrittori di accordi conclusi ai sensi dell’articolo 83 -bis , e sono comunicate dal prefetto alla cancelleria del Tribunale competente per l’applicazione delle misure di prevenzione.» 2. Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano, altresì, ai procedimenti amministrativi per i quali, alla data di entrata in vigore del presente decreto, è stato effettuato l’accesso alla banca dati nazionale unica della documentazione antimafia e non è stata ancora rilasciata l’informazione antimafia”.

⁵⁵⁷ Si allude, in particolare al neo introdotto comma 2bis, art. 1 l. 241/1990, che, introdotto dal d.l. 16 luglio 2020, così dispone: “*I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede*”.

⁵⁵⁸ Sul punto, si veda la disamina effettuata da M.A. Sandulli, *Rapporti tra il giudizio sulla legittimità dell’informativa antimafia e l’istituto del controllo giudiziario*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2022.

meno dei pericoli di infiltrazione mafiosa, senza però esporla al rischio di una paralisi e salvaguardando il going concern aziendale e i livelli occupazionali”⁵⁵⁹

Si introduce qui, dunque, un *tertium genus* nelle misure preventive che possono essere disposte dal Prefetto nell’ambito del contrasto, in chiave di anticipazione, delle devianze criminali nell’economia: all’informazione antimafia interdittiva, con il suo portato di inibizione della prosecuzione dell’attività d’impresa nei confronti della pubblica amministrazione, e alle misure straordinarie *ex art. 32 d.l. 90/2014*, con cui si impongono forme di accompagnamento o di sostituzione da parte di esperti e commissari di nomina prefettizia, allorché sussistano preminenti esigenze di tutela di interessi pubblici, si aggiunge, adesso, un’altra forma di monitoraggio dell’impresa, che rappresenta una più ragionevole sintesi dei vari interessi sottesi alla prevenzione antimafia.

Può quindi dirsi che lo strumento introdotto con la legislazione d’urgenza al termine del 2021 sia finalizzato a rispondere all’esigenza fondamentale di graduare l’intervento amministrativo sugli operatori economici, di fatto, riducendo al massimo il ricorso allo strumento interdittivo che, in tal modo, viene ricondotto a *extrema ratio* della prevenzione amministrativa, cui è legittimamente possibile fare ricorso unicamente laddove la permeabilità dell’impresa alla criminalità organizzata sia tale da non consentire di accedere ad alcuna prospettiva recuperatoria.

D’altra parte, il pieno significato di tale intervento normativo può coerentemente leggersi laddove opportunamente collocato nell’ambito degli altri interventi previsti dal medesimo d.l. 152/2021, e ove si colgano le scelte di politica pubblica ad esso sottese.

In proposito, il menzionato decreto apporta, in realtà, poderose modifiche al sistema di prevenzione antimafia, attuando, tra l’altro, all’art. 48, una riscrittura pressoché totale dell’art. 92 d.lgs. 159/2011 che, in tema di procedimento per l’applicazione delle informazioni antimafia, introduce per la prima volta la previsione di un contraddittorio pieno e reale con il potenziale destinatario della misura⁵⁶⁰, qui riaffermando la valenza degli

⁵⁵⁹ Così M. Vulcano, *Le modifiche del decreto-legge n. 152/2021 al codice antimafia: il legislatore punta sulla prevenzione amministrativa e sulla compliance 231 ma non risolve i nodi del controllo giudiziario*, in *Giur. pen. web*, 2021, 11.

⁵⁶⁰ Si guardi, in particolare, al novellato comma 2bis dell’art. 92 d.lgs. 159/2011, che così dispone “*Il prefetto, nel caso in cui, sulla base degli esiti delle verifiche disposte ai sensi del comma 2, ritenga sussistenti i presupposti per l’adozione dell’informazione antimafia interdittiva ovvero per procedere all’applicazione delle misure di cui all’articolo 94-bis, e non ricorrano particolari esigenze di celerità del procedimento, ne dà tempestiva comunicazione al soggetto interessato, indicando gli elementi sintomatici dei tentativi di infiltrazione mafiosa. Con tale comunicazione è assegnato un termine non superiore a venti giorni per presentare osservazioni scritte, eventualmente corredate da documenti, nonché per richiedere l’audizione, da effettuare secondo le modalità previste dall’articolo 93, commi 7, 8 e 9. In ogni caso, non possono formare oggetto della comunicazione di cui al presente comma elementi informativi il cui disvelamento sia idoneo a pregiudicare procedimenti amministrativi o attività processuali in corso, ovvero l’esito di altri accertamenti finalizzati alla prevenzione delle infiltrazioni mafiose. La predetta comunicazione sospende, con decorrenza dalla relativa data di invio, il termine di cui all’articolo 92, comma 2. La procedura del contraddittorio si conclude entro sessanta giorni dalla data di ricezione della predetta comunicazione.*”.

strumenti partecipativi di cui alla legge 241/1990⁵⁶¹, la cui attivazione era, viceversa, meramente eventuale⁵⁶².

Il recupero degli strumenti partecipativi a favore dell'impresa è indice, in questo caso, non solo di un tentativo di emancipare la materia della prevenzione antimafia a quella ontologica urgenza e necessità⁵⁶³ che ha finito per rendere immune la disciplina che qui occupa da "urgenze garantistiche"⁵⁶⁴ che, invece, hanno sempre più permeato altri settori dell'ordinamento, ma anche di limitare, attraverso il confronto con il privato, il ricorso allo strumento interdittivo, i cui effetti penalizzanti per le imprese, in assenza di un temperamento, potrebbero rivelarsi pregiudizievoli anche in vista della realizzazione dei progetti previsti dal Piano Nazionale Ripresa e Resilienza, la cui mancata attuazione rischierebbe di compromettere l'elargizione dei fondi europei⁵⁶⁵.

Nella prospettiva da ultimo segnalata, dunque, può collocarsi anche l'introduzione dell'istituto della prevenzione collaborativa, qui oggetto di disamina, che introduce esattamente quel diaframma che mancava, sul piano amministrativo, tra informazione antimafia interdittiva e liberatoria.

Lo strumento di cui all'art. 94bis d.lgs. 159/2011, valorizzando l'ottica di recupero dell'imprenditoria legale, istituisce una forma di tutoraggio che può, a sua volta, variamente graduarsi tra obblighi di comunicazione al Gruppo Interforze istituito presso la Prefettura

⁵⁶¹ In dottrina, tra le numerosissime voci che si sono stagliate contro questo dissonante regime derogatorio, in materia di interdittive antimafia, non potendo qui effettuare un rimando esaustivo, si rinvia, su tutti a S. Sticchi Damiani, *Interdittive tra lacune normative e discrezionalità amministrativa: il ruolo del giudice amministrativo nell'individuazione degli elementi indiziari*, in G. Amarelli, S. Sticchi Damiani (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Torino, 2019, 89 e ss.

⁵⁶² Tra le molteplici, in tal senso, Cons. Stato, sez. III, 28 giugno 2017, n. 3171 (in www.giustizia-amministrativa.it) per cui "La pubblica amministrazione è esonerata dall'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento relativamente all'informazione antimafia e ai provvedimenti consequenziali, trattandosi di procedimenti intrinsecamente caratterizzati da profili di urgenza; va sul punto invero evidenziato che l'art. 93, comma 7 d.lgs. n. 159 del 2011 prevede la mera facoltatività dell'audizione dell'impresa interessata, condizionata alla preventiva valutazione del Prefetto in merito alla "utilità del contraddittorio".". Ai fini di una ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali sul punto si rinvia a M. Noccelli, *I più recenti orientamenti della giurisprudenza sulla legislazione antimafia*, in www.giustizia-amministrativa.it, che, in particolare, evidenzia che "La giurisprudenza del Consiglio di Stato ribadisce, così, che in questo tipo di procedimenti non sono previsti né la comunicazione di avvio, di cui all'art. 7 della l. n. 241 del 1990, né le ordinarie garanzie partecipative e che il vincolo dei provvedimenti prefettizi antimafia, rispetto alle amministrazioni destinatarie della documentazione antimafia tenute a recepirne l'effetto interdittivo senza margini di residua discrezionalità, rende irrilevante l'esistenza di errori procedurali da queste compiuti nell'emissione dei provvedimenti consequenziali al documento antimafia (si pensi alla doverosa revoca delle aggiudicazioni o ai recessi dai contratti già stipulati), vizi che non sortiscono efficacia c.d. invalidante ai sensi dell'art. 21-octies, comma 2, della stessa l. n. 241 del 1990 per il contenuto vincolato, appunto, dei provvedimenti stessi".

⁵⁶³ In questo senso, tra le altre, in giurisprudenza, T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, sez. I, sent. 10 gennaio 2018, n. 27; T.A.R. Umbria, Perugia, sez. I, sent. 5 dicembre 2017, n. 747. Tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁶⁴ Così A. Longo, *La "massima anticipazione di tutela". Interdittive antimafia e sofferenze costituzionali*, in *Federalismi*, 16 ottobre 2019, 26.

⁵⁶⁵ La medesima lettura è fornita da M.A. Sandulli, *Rapporti tra il giudizio sulla legittimità dell'informativa antimafia e l'istituto del controllo giudiziario*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2022, che commenta nel senso che "L'inserimento della novella nel decreto-legge sull'attuazione del PNRR rileva peraltro che le nuove misure di collaborazione preventiva non perseguono soltanto l'obiettivo privatistico di permettere all'impresa attinta dall'interdittiva di proseguire la propria attività imprenditoriale, ma anche un importante obiettivo pubblicistico, volto ad arginare i ritardi nell'attuazione delle politiche economiche nazionali (tra cui la realizzazione delle opere pubbliche di rilevanza nazionale, la ripresa delle attività edilizie e del turismo, ecc.) derivanti dai provvedimenti interdittivi, consentendo direttamente ai prefetti di sostituire, laddove possibile, le misure di prevenzione inibitoria con strumenti finalizzati a "recuperare" le imprese a rischio, indirizzandole verso una economia sana".

con riferimento ai più significativi atti di gestione amministrativa e disposizione patrimoniale dell'azienda, e istituzione di un monitoraggio, effettuato da esperti di nomina prefettizia che non appare, invero, dissimile alla misura di cui all'art. 32, comma 8 d.l. 90/2014.

Il sistema così delineato sembra configurare una “*messa alla prova*” dell'impresa, ove si consideri, peraltro, che al termine del periodo della misura – legislativamente determinato, stavolta, in un periodo non inferiore a sei mesi e non superiore a dodici mesi - , ai sensi del comma 4 dell'art. 94bis, “*il Prefetto, ove accerti, sulla base delle analisi formulate dal gruppo interforze, il venir meno dell'agevolazione occasionale e l'assenza di altri tentativi di infiltrazione mafiosa, rilascia un'informazione antimafia liberatoria ed effettua le conseguenti iscrizioni nella banca dati nazionale unica della documentazione antimafia*”.

In tal guisa si impone al Prefetto un onere di accertamento finale circa gli esiti della prevenzione collaborativa, in termini di ritorno dell'azienda alla piena legalità, cui potrà conseguire, laddove favorevole, il rilascio di una informazione antimafia liberatoria. Altrimenti, nel caso in cui il rischio di infiltrazione criminale non possa considerarsi completamente annullato, e non potendo, al contempo, più connotarsi per l'occasionalità, dovranno ritenersi sussistenti gli elementi che fondano l'emissione di una informazione interdittiva.

Tanto vale, in tutta evidenza, a collocare la prevenzione collaborativa su un piano di minore afflittività rispetto all'informazione antimafia, finalizzata a porre in essere - mediante l'applicazione di misure direttamente individuate dall'autorità prefettizia ed adeguatamente motivate - una virtuosa collaborazione di tipo preventivo con l'impresa interessata, efficacemente arginando, così, i rischi connessi a una agevolazione occasionale delle infiltrazioni mafiose.

A tal proposito, non sfugge come il presupposto applicativo richiesto dal legislatore per la predisposizione della prevenzione collaborativa sia integralmente sovrapponibile a quella prevista per l'adozione del controllo giudiziario, poco sopra esaminato che, del pari, si fonda sull'occasionalità del rischio infiltrativo.

Invero, non può sottacersi, seppur con i limiti di questa sede, come i punti di contatto tra i due istituti non si esauriscano nel presupposto applicativo, ma involgano anche gli effetti e la stessa *ratio legis* delle due misure⁵⁶⁶.

Infatti, la prevenzione collaborativa attua un sorta di controllo giudiziario⁵⁶⁷ senza giudice né amministratore, in cui si prevedono obblighi di tracciamento e comunicazione dei pagamenti e soprattutto l'obbligo di attuare misure organizzative previste dagli artt. 6,7, 24ter d.lgs. 231/2001, atte a rimuovere e prevenire le cause di agevolazione della consorceria criminale.

Dirimente, quindi, ai fini dell'applicazione della misura, è l'esatta qualificazione del concetto giuridico indeterminato della “*occasionalità*”, che deve essere vagliato, secondo l'interpretazione datane dalla giurisprudenza di legittimità, guardando alla realtà imprenditoriale nella sua componente non statica, ma dinamica, giacchè, “*è solo seguendo*

⁵⁶⁶ Si veda, in materia, F. Gatto, *Le nuove frontiere della Legislazione Antimafia alla luce del D.L. 6 novembre 2021, n. 152*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2021.

⁵⁶⁷ Cfr., in proposito G. Veltri, *La prevenzione antimafia collaborativa: un primo commento*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2022.

il loro divenire - dal passato e con proiezione nel futuro - nel contesto di riferimento che si può veramente cogliere a entità del legame esistente tra l'impresa e i fattori inquinanti ai fini di qualificarlo o meno come occasionale."⁵⁶⁸. Dal che emergerebbe come l'occasionalità è diretta a cogliere una determinata circostanza passata, finanche duratura, ma che appare possibile rimuovere per il futuro.

Peraltro, il vaglio amministrativo rimesso al Prefetto in ordine alla sussistenza del carattere occasionale del coinvolgimento mafioso dell'impresa si traduce in un mutamento qualitativo del sindacato giurisdizionale sull'interdittiva antimafia: se, fino ad oggi al giudice amministrativo era rimessa una valutazione inerente i profili di ragionevolezza e non contraddizione della decisione prefettizia in merito alla ritenuta sussistenza dei presupposti per l'adozione di una misura di prevenzione amministrativa, attualmente paiono schiudersi nuovi profili di scrutinabilità del provvedimento⁵⁶⁹. Infatti, la remissione al Prefetto di un potere di scelta in ordine a due misure alternative di prevenzione che incidono in termini di diversa gravità sulla vita dell'impresa, comporta un più diffuso onere motivazionale in ordine alla rispondenza della misura adottata ai canoni di adeguatezza e proporzionalità.

Sicché, si sottopone all'esame del giudice amministrativo anche il profilo inerente la legittimità del ricorso all'una o all'altra misura, giungendo ad indagare, con un sindacato effettivo sul fatto, il carattere strutturale od occasionale delle circostanze da cui il Prefetto ha rilevato un pericolo di infiltrazione⁵⁷⁰.

Su un ulteriore versante, l'identità di *ratio* tra la misura in questione e quella sottesa all'applicazione dell'istituto del controllo giudiziario di cui all'art. 34bis d.lgs. 159/2011, pone problemi di confronto e coordinamento tra i due istituti.

Infatti, entrambi gli strumenti predisposti dal legislatore sono finalizzati a vagliare, attraverso il dispiegamento delle facoltà previste dalla normativa, la possibilità di salvaguardare la struttura aziendale incisa da situazioni di permeabilità mafiosa che, tuttavia, per il loro carattere occasionale, non presentano i profili di cronicità sottesi all'applicazione degli istituti interdittivi *tout court*.

Vengono, dunque, in rilievo due forme di prevenzione complementari, accomunate dall'obiettivo di non travolgere le imprese inquinate da forme di interferenza mafiosa marginali, tali da non determinare un rapporto di contiguità imprenditoriale, così come canonizzato dalla giurisprudenza di legittimità⁵⁷¹.

Detta complementarità si traduce, in ambito applicativo, in un rapporto di prevalenza della misura giudiziale su quella amministrativa, come disposto dell'art. 34 bis novellato, per cui "*Nel caso in cui risultino applicate le misure previste dall'articolo 94-bis, il tribunale*

⁵⁶⁸ Così Corte Cass, sez. V, 22 dicembre 2021, n. 46799, in www.cortecassazione.it.

⁵⁶⁹ Sul punto, si evidenzia come Corte Cost., sent. 26 marzo 2020, n. 57, in www.cortecostituzionale.it era giunta ad affermare la coerenza del sistema delle interdittive antimafia rispetto al contesto ordinamentale attuale sulla base della valorizzazione del carattere preventivo e astrattamente provvisorio della misura, sufficiente a giustificare la prevalenza dell'interesse pubblico a fugare ogni possibile rischio di infiltrazione della criminalità organizzata nell'economia sull'interesse dell'imprenditore a non essere estromesso dal mercato. Nel medesimo contesto, la Consulta aveva affermato anche la compatibilità costituzionale della tassativizzazione giurisprudenziale delle ipotesi indiziarie della contaminazione, connessa alla necessità di rispondere con la massima prontezza alla capacità delle organizzazioni mafiose di adattarsi "*camaleonticamente*" ai mutamenti economici e sociali. In questi termini, A. Longo, *La Corte costituzionale e le informative antimafia. Minime riflessioni a partire dalla sentenza n. 57 del 2020*, in *Nomos*, n. 2/2020.

⁵⁷⁰ In questi termini, cfr. da M.A. Sandulli, *Rapporti tra il giudizio sulla legittimità dell'informativa antimafia e l'istituto del controllo giudiziario*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2022.

⁵⁷¹ Cfr. Corte Cass, sez. V, 1 ottobre 2008, n. 39042, in www.cortecassazione.it.

valuta se adottare in loro sostituzione il provvedimento di cui al comma 2, lettera b)”, cui fa da contraltare, nell’art. 94bis, la previsione per cui “Le misure di cui al presente articolo cessano di essere applicate se il tribunale dispone il controllo giudiziario di cui all’articolo 34-bis, comma 2, lettera b). Del periodo di loro esecuzione può tenersi conto ai fini della determinazione della durata del controllo giudiziario.”.

Dunque, la prevenzione collaborativa, attuando una sorveglianza più *soft* rispetto a quella prevista in sede di controllo giudiziale, può essere da quest’ultima sostituita, laddove il Tribunale ne ravveda l’opportunità. Sicché può sostenersi che il neo introdotto art. 94bis d.lgs. 159/2011 si traduca in una forma di controllo amministrativo, che, in caso di successo, anticipa e previene il controllo giudiziario; mentre, in caso di insuccesso, ne ritarda o ne rende soltanto eventuale l’applicazione⁵⁷².

Tali figure costituiscono, quindi, in ultima analisi, piena applicazione del principio di ragionevolezza che deve permeare gli istituti giuridici nel perseguimento degli obiettivi posti, individuando con equilibrio modalità idonee a conseguire il risultato voluto, incidendo su altri diritti nei limiti in cui ciò è necessario.

Potrebbe in tal senso parlarsi di una categoria di istituti antimafia di tipo conservativo, volti, sulla base di precise e stringenti prescrizioni dell’autorità e conseguenti attività da parte della società, ad acclarare, a conclusione in termini positivi del processo collaborativo, il venir meno del pericolo di infiltrazione e la possibilità di prosecuzione delle attività imprenditoriali.

3.2. Tentativi di inquadramento delle misure straordinarie ex art. 32 d.l. 90/2014 nel nuovo panorama normativo. Questioni vecchie e nuove.

Così tracciati i caratteri fondamentali della innovativa disciplina della prevenzione antimafia introdotta dal legislatore al termine del 2021, non ci si può esimere, ai fini della presente trattazione, dal tentativo di collocare, nella rinnovata costellazione degli strumenti – amministrativi e giudiziali - di contrasto alla criminalità organizzata, le misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio delle imprese disciplinate dall’art. 32 d.l. 90/2014.

La questione, invero, rimane completamente sullo sfondo del *novum* legislativo, atteso che alcun riferimento, in termini di coordinamento, ovvero di prevalenza e recessività, tra le due disposizioni emerge dal nuovo impianto del Codice antimafia.

Non può, in effetti, negarsi che l’introduzione del nuovo strumento amministrativo della prevenzione collaborativa *ex art.* 94bis Codice antimafia sia suscettibile di impattare

⁵⁷² In chiave critica, si veda, invece, M.A. Sandulli, *Rapporti tra il giudizio sulla legittimità dell’informativa antimafia e l’istituto del controllo giudiziario*, cit., che individua, nella simultanea vigenza di entrambi gli istituti, un cortocircuito del sistema sul piano dei rapporti tra giudice penale e giudice amministrativo, ove si consideri che “*Se, infatti, il Prefetto, nonostante la nuova possibilità di adottare la misura di collaborazione, ha ritenuto comunque necessario disporre la più grave misura interdittiva, vuol dire che ha già escluso il carattere “occasionale” della contaminazione e la conseguente possibilità di “bonificare” l’azienda, traghettandola in un contesto economico “sano”.*”, con la conseguenza che “*il fatto stesso dell’ammissione al controllo imporrebbe al Prefetto un immediato riesame della propria decisione interdittiva, secondo le nuove regole del contraddittorio procedimentale, con la precisazione che qualora la nuova istruttoria si concludesse con un giudizio prognostico positivo per l’impresa, alla rimozione dell’interdittiva dovrebbe fare automaticamente seguito la cessazione della misura di prevenzione penale, anche se medio tempore reiterata.*”.

fortemente sui –residui – ambiti di operatività delle misure straordinarie di cui all’art. 32 d.l. 90/2014, già fortemente limitati dalla legge 17 ottobre 2017, n. 161.

In questo caso, tuttavia, non si rintraccia una opzione di sistema a favore dell’applicazione di una misura giudiziale ovvero amministrativa, collocandosi l’art. 94bis, come già evidenziato, nel novero degli strumenti a disposizione dell’autorità prefettizia per la prevenzione di possibili alterazioni del mercato a causa di rilevati fattori di devianza criminale.

Il legislatore, dunque, sulla scorta di una nuova, pressante esigenza, che è stata quella di assicurare una maggiore fluidità degli appalti e di evitare il rischio che la normativa antimafia determinasse, a causa delle caratteristiche su cui essa si fonda, una assoluta e totalizzante paralisi delle imprese attinte dalle misure di prevenzione tale da mettere a repentaglio i piani di investimenti elaborati dal Piano Nazionale Ripresa e Resilienza, ha rimesso al Prefetto un nuovo ambito valutativo atto a graduare l’intervento statutale a tutela dell’ordine pubblico in base a un parametro di maggiore o minore compromissione – e, dunque, di maggiori o minori prospettive di risanamento – dell’azienda rispetto alla consorzierie criminali.

I poteri prefettizi, dunque, si arricchiscono adesso di un nuovo strumento e di una diversa valutazione da effettuarsi in ordine ad un medesimo fatto che, invece, avrebbe precedentemente condotto ad un unico epilogo: il riconoscimento dell’occasionalità dell’agevolazione comporta adesso la salvezza dell’impresa dalla scure interdittiva, mediante l’avvio di una fase, la cui durata massima è predeterminata *ex lege* in un anno, di controllo attivo sulla compagine societaria, al termine del quale la posizione dell’ente, in termini di mafiosità, è sottoposta ad ulteriore valutazione.

Orbene, il carattere eminentemente alternativo tra le misure di prevenzione collaborativa e l’informazione antimafia interdittiva, segna la prima, fondamentale differenza con le misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio delle imprese che, laddove adottate ai sensi del comma 10 del medesimo art. 32, nell’emanazione del provvedimento interdittivo trovano il loro presupposto.

In questo caso, dunque, le misure di prevenzione *ex art. 94bis d.lgs. 159/2011* e quelle di cui all’art. 32 d.l. 90/2014, si muovono su piani diversi: in base alla prima, si scongiura il ricorso all’interdizione in vista della rilevata occasionalità dell’infiltrazione mafiosa; a mezzo della seconda, invece, si precludono gli effetti potenzialmente pregiudizievoli del provvedimento prefettizio per la tutela di superiori interessi pubblici previsti dalla norma (lo si rammenta: tutela dei livelli occupazionali, salvaguardia dei bilanci pubblici, fruizione di servizi essenziali).

Rileva, infatti, in questo contesto, anche una sostanziale diversità di *ratio* delle due disposizioni richiamate che, seppur muovendosi entrambe sul terreno comune della tutela dell’ordine pubblico, si giustificano per una prospettiva di salvataggio dell’impresa, l’una, e di salvaguardia di preminenti interessi pubblici, l’altra.

Pertanto, la misura del commissariamento predisposta ai sensi dell’art. 32, comma 10, potrebbe rinvenire il proprio ambito di operatività in tutti i casi in cui, rilevata una situazione di connivenza tale tra la criminalità organizzata e l’impresa, tale da escludere, secondo la valutazione prefettizia, la possibile applicazione della più tenue prevenzione collaborativa, l’amministrazione si determini per l’adozione di una informazione antimafia interdittiva.

A questo punto, laddove il Prefetto rilevi, poi, la contestuale esigenza di salvaguardia di determinati interessi pubblici previsti dal medesimo art. 32 d.l. 90/2014 che impongono la continuazione del contratto sino al suo completamento, tale per cui non pare possibile ricorrere alla revoca dei finanziamenti e delle concessioni e al recesso dai contratti ai sensi dell'art. 94, comma 2, Codice antimafia, potrebbe considerarsi legittima l'adozione del commissariamento di cui si discorre.

Resta, infatti, pur sempre fermo, anche ai sensi del novellato comma 2ter, art. 92 d.lgs. 159/2011 che laddove il Prefetto adotti l'informazione antimafia interdittiva, "*verifica altresì la sussistenza dei presupposti per l'applicazione delle misure di cui all'articolo 32, comma 10, del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90*".

In questo senso, quindi, l'adozione di una delle misure di cui all'art. 32 d.l. 90/2014 ove predisposta in ragione dell'emanazione di una interdittiva antimafia, dovrà considerarsi doppiamente residuale: ed essa lo è, in effetti, a una prima indagine, in quanto recessiva rispetto all'eventuale sussistenza del carattere dell'occasionalità dell'agevolazione – che basterebbe, come detto, a condurre all'adozione dello strumento preventivo previsto dall'art. 94bis d.lgs. 159/2011 -, e, ad un successivo vaglio, rispetto all'indagine del Prefetto in ordine alla ricorrenza, nel caso di specie, dell'urgente necessità di approntare strumenti di salvaguardia di interessi pubblici ritenuti preminenti rispetto alla totale inibizione dell'attività imprenditoriale attinta dall'informativa antimafia.

Tale più complessa e articolata valutazione si riverbera sul piano strettamente motivazionale del decreto prefettizio che dispone il commissariamento che dovrebbe, in maniera maggiormente diffusa, dar atto delle considerazioni effettuate in sede procedimentale.

In maniera speculare, a parere di chi scrive, in caso di impugnativa in sede giudiziale della misura adottata si estende la latitudine dello scrutinio di legittimità da parte del giudice amministrativo che, come già messo in luce *supra*, si spingerà, adesso, sino a vagliare il fatto posto a fondamento dell'adozione della misura e a determinare la proporzionalità delle circostanze emerse rispetto agli strumenti predisposti.

In tal guisa, si riapre qui la breccia, cui si è fatto cenno pocanzi, della contraddittorietà del sistema laddove prevede la convivenza di tali istituti amministrativi con quelli, paralleli, di applicazione giudiziale, con il riproporsi del medesimo rischio, già evidenziato in merito ai rapporti tra le misure straordinarie e l'art. 34bis Codice antimafia della duplicazione valutativa di un medesimo evento che può condurre, peraltro, a una differente - e contrastante - ricostruzione giuridica.

Le conclusioni rassegnate in merito al ritagliato ambito di possibile operatività, a legislazione vigente, delle misure straordinarie *ex art. 32, comma 10*, paiono, invero, validamente effettuate laddove riferite agli strumenti di cui al comma 1 e, segnatamente, quello della straordinaria e temporanea gestione di cui alla lett. b).

Maggiori difficoltà di coordinamento si rinvengono, invece, ove il Prefetto intenda fare applicazione del tutoraggio previsto dal comma 8 del medesimo art. 32.

Come già diffusamente sottolineato, lo strumento da ultimo citato si connota per una minore invasività dell'autorità pubblica nella compagine gestoria dell'impresa che viene, in questo caso, sottoposta a un controllo da parte degli esperti di nomina prefettizia, secondo uno schema che è, invero, ripreso dal legislatore nell'ambito della prevenzione collaborativa.

Il Codice antimafia, infatti, disegna una tipologia di intervento che si fonda sul medesimo principio di controllo e monitoraggio sull'operatore economico, su cui gravano oneri di comunicazione all'amministrazione – in particolare, come visto, al Gruppo interforze Antimafia - nell'ordine di avviare “*un percorso finalizzato a riportare la linea gestionale su binari di legalità e trasparenza.*”⁵⁷³, in maniera, dunque, integralmente sovrapponibile al citato comma 8, art. 32.

E, invero, la similitudine sostanziale tra i due istituti si rinviene con ancora maggiore evidenza nel caso in cui, ai sensi del comma 2 dell'art. 94bis d.lgs. 159/2011, “*Il Prefetto, in aggiunta alle misure di cui al comma 1, può nominare, anche d'ufficio, uno o più esperti, in numero comunque non superiore a tre, individuati nell'albo di cui all'articolo 35, comma 2-bis, con il compito di svolgere funzioni di supporto finalizzate all'attuazione delle misure di prevenzione collaborativa.*”.

Emerge, in questo caso, la pressoché perfetta assimilazione tra le due misure entrambe tese ad accompagnare l'impresa in un percorso di riabilitazione verso la legalità mediante quel processo di *self-cleaning* auspicato dal legislatore e che si rinviene nei medesimi strumenti organizzativi previsti dal d.lgs. 231/2001.

A ben vedere, tra l'altro, laddove si acceda alla ricostruzione che in questa sede è stata propugnata, con riferimento alla *ratio* sottesa al comma 8 dell'art. 32, d.l. 90/2014⁵⁷⁴, tra gli istituti in commento non sembra rinvenirsi nemmeno una differente modulazione degli interessi da tutelare, posto che entrambi appaiono permeati da un intento di salvataggio delle imprese che, invece, come già ricordato, non si intercetta nel caso in cui siano predisposti l'ordine di rinnovazione degli organi sociali ovvero la straordinaria e temporanea gestione dell'azienda.

Peraltro, tale differente finalità rimessa alla disciplina di cui trattasi, pare essere suffragata dallo stesso legislatore che, intervenendo a rimaneggiare l'art. 32 d.l. 90/2014 a mezzo dell'art. 12 bis del decreto legge 10 settembre 2021, n. 121, convertito in legge 9 novembre 2021, n. 156, ha introdotto, nel segno di una maggiore valorizzazione della misura, degli ulteriori correttivi proprio al comma 8.

In particolare, il decreto in esame introduce dei correttivi nel senso di estendere la portata oggettiva e soggettiva dello strumento in commento che, adesso, trova applicazione “*anche laddove sia stato concluso e interamente eseguito il contratto di appalto*” e anche nei confronti delle imprese che esercitano sull'azienda destinataria della misura un controllo ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, ove coinvolte nelle indagini, nonché alle imprese dalle stesse controllate.

Le modifiche apportate, dunque, sembrano essere orientate a incoraggiare un più ampio utilizzo della *tutorship* di cui al comma 8, art. 32, svincolando il ricorso alla misura dal singolo contratto di appalto – tanto che essa trova applicazione anche nel caso in cui il rapporto negoziale tra operatore economico ed amministrazione si sia già esaurito – e

⁵⁷³ Così, a proposito del comma 8, art. 32, Prime Linee Guida Anac, *Prime Linee guida per l'avvio di un circuito collaborativo tra Anac- Prefetture – U.t.G. e enti locali per la prevenzione dei fenomeni di corruzione e l'attuazione della trasparenza amministrativa*, 15 luglio 2014, 10 (in www.anticorruzione.it/-/prime-linee-guida-per-l-avvio-di-un-circuito-stabile-e-collaborativo-tra-anac-prefetture-utg-e-enti-locali-per-la-prevenzione-dei-fenomeni-di-corruzione-e-l-attuazione-della-trasparenza-amministrativa.)

⁵⁷⁴ Per cui si rinvia al Capitolo II, § 5.1.

consentendo che siano coinvolte in questo monitoraggio anche le imprese controllanti e controllate.

Potrebbe quindi leggersi, in questa parziale riscrittura del comma in esame, una ulteriore opzione legislativa che, tra tutti gli strumenti offerti dall'art. 32, dilata l'orizzonte applicativo unicamente di quella meno invasiva, del tutoraggio.

Una simile ricostruzione, tuttavia, rende ancor meno agevole individuare i campi di reciproca emancipazione sussistenti tra l'art. 32, comma 8 d.l. 90/2014 e la prevenzione collaborativa prevista dal Codice antimafia.

In questo caso, nuovamente soccorre il criterio dell'occasionalità dell'agevolazione che, di converso, non si rinviene nell'ambito dell'art. 32 d.l. 90/2014: infatti, la predisposizione dello strumento del sostegno e del monitoraggio delle imprese trova attuazione allorché i fatti che si pongono a fondamento della misura - siano essi di matrice corruttiva ovvero mafiosa - abbiano riguardato soggetti diversi rispetto agli organi sociali di gestione e amministrazione dell'azienda.

Sicché, si deve supporre, per garantire un margine di perdurante operatività allo strumento in parola, che il tutoraggio potrà essere adottato dal Prefetto, in luogo della prevenzione collaborativa in tutti i casi in cui l'agevolazione da parte della criminalità organizzata debba riconnettersi al coinvolgimento di soggetti diversi rispetto a quelli impegnati in ruoli di direzione dell'azienda, senza, tuttavia, sol per questo, potersi considerare come occasionali.

Il tentativo, che qui si sta conducendo, di riportare a coerenza il sistema delle misure di prevenzione, non può concludersi senza indagare un ultimo aspetto, che viene in rilievo allorché le misure straordinarie di gestione sostegno e monitoraggio traggano l'abbrivio dalla sussistenza, accertata o potenziale, di una fattispecie corruttiva ai sensi del comma 1, art. 32 d.l. 90/2014.

In questo caso, potrebbe argomentarsi nel senso di ritenere che la misura da ultimo richiamata involga, qui, profili differenti dall'occasionale agevolazione mafiosa contemplata dall'art. 94bis d.lgs.159/2011, consentendo, in tal guisa, di non rinvenire sovrapposizioni in termini di medesimezza degli ambiti di operatività delle due norme.

Orbene, tale –semplicistica – lettura, potrebbe, invero, trovare accoglimento unicamente nei casi in cui i fatti corruttivi accertati dall'Anac si qualificano come eccezionale ed episodica manifestazione di illegalità, senza che possano ad essa riconnettersi più ampi profili di criminalità che sconfinino in indici di mafiosità.

In altri termini, se è vero che le norme a raffronto paiono avere un campo indipendente di applicazione, è parimenti vero che le stesse tornano a sovrapporsi nel caso in cui alle “*situazioni anomale o comunque sintomatiche di condotte illecite*” sia da ricondursi la più strutturata presenza della criminalità organizzata nell'impresa, che sfrutti il ricorso a espedienti corruttivi in luogo dei tradizionali meccanismi intimidatori.

In casi di tal fatta, peraltro, gli strumenti in commento si pongono su un piano di perfetta alternative. Alternative che rischia di rimettere al Prefetto un vaglio estremamente complesso in ordine alla riconducibilità di quell'avvenimento criminoso nell'ambito della occasionale agevolazione o meno.

Anche qui, quindi, rileva una scelta che è in realtà una opzione tra diversi intenti: preminente interesse al completamento dell'opera, nel caso del ricorso all'art. 32 d.l.

90/2014, ovvero, bonifica dell'azienda dalle scorie di criminalità nell'ipotesi di applicazione dell'art. 94bis d.lgs. 159/2011.

4. *Una prospettiva de jure condendo*

L'analisi sino a questo momento condotta è stata strumentale a porre in evidenza le criticità connesse ad un istituto, quello dell'art. 32 d.l. 90/2014, dalla natura composita e dalle multiformi ipotesi applicative.

Si tratta di uno strumento che è figlio dell'emergenza –si rammenti, infatti, la vicenda giudiziaria EXPO2015, sulla cui scorta è stato emanato il decreto legge 24 giugno 2014, n. 90 - e che di una più pressante emergenza rimane espressione, che è quella della lotta alla criminalità nell'economia, in specie nell'ambito delle commesse pubbliche.

Le evidenze che, infatti, si è tentato di mettere in luce nel presente elaborato, si muovono nel senso di tracciare una evoluzione normativa (che per altro verso, come si è pure sottolineato, è involuzione nella tutela dei diritti) che è stata progressivamente sempre più consapevole che il contrasto alla illegalità, per essere effettivo, non può prescindere da strumenti di prevenzione che intervengano sulla realtà in maniera tempestiva, scongiurando il rischio che l'intervento statale, come la nottola di Minerva di hegeliana memoria, si realizzi quando la realtà si è già compiuta.

D'altra parte, l'estrema conseguenza di questo ragionamento finirebbe, come rilevato, per trascurare un'altra, fondamentale acquisizione, e cioè che un'efficace lotta alla criminalità mafiosa non può prescindere dalla contestuale salvaguardia del tessuto economico e produttivo del Paese⁵⁷⁵.

Sicché, l'effettiva coerenza delle misure preventive di cui all'art. 32 d.l. 90/2014, si gioca tutta su questo equilibrio, che si sostanzia in un delicato e precario bilanciamento di interessi tra la tutela dell'ordine pubblico e la salvaguardia della libertà d'impresa e delle sue implicazioni su un piano anche convenzionale.

Si è dato atto, nelle trame di questo elaborato, come il sistema ideato per far fronte alla situazione di straordinaria emergenza connessa alla realizzazione di Expo, Milano 2015 soffra, a più riprese e sotto molteplici profili, di una tendenza legislativa più propensa a salvaguardare gli interessi pubblici che marginalizza, lasciandole sullo sfondo, le istanze degli operatori economici, per lo più guardati dal legislatore con malcelata diffidenza⁵⁷⁶.

Queste “*misure estreme*”⁵⁷⁷, nascono nell'emergenza, come si è detto, ma in quadro emergenziale restano, nella perdurante convinzione che la lotta all'illegalità, in generale, e alla criminalità organizzata, in particolare, debba fisiologicamente comportare il ricorso a mezzi “*in certo modo eccezionali, poiché eccezionalmente pervasiva ed eccezionalmente infida è l'azione delle associazioni di stampo mafioso*”⁵⁷⁸.

⁵⁷⁵ C. Visconti, *Strategie di contrasto dell'inquinamento criminale dell'economia: il nodo dei rapporti tra mafie e imprese*, in Riv. It. Dir. e Proc. Pen., n. 2/2014, 737.

⁵⁷⁶ Si veda, in proposito, le critiche mosse da J.P. De Jorio, *Misure di prevenzione e Stato di diritto. L'insanabile contrasto tra la normativa italiana e la Convenzione europea dei Diritti dell'uomo*, Napoli, 2020, 139, che parla, a tal riguardo, di una vera e propria “*caccia alle streghe*”.

⁵⁷⁷ Cfr. Giampaolino, *Le misure anticorruzione: un rimedio adeguato al male?*, 30 luglio 2014, in www.giustamm.it.

⁵⁷⁸ A. Longo, *La “massima anticipazione di tutela”. Interdittive antimafia e sofferenze costituzionali*, in *Federalismi*, 16 ottobre 2019, 28.

I predicati di tale situazione eccezionale hanno finito per impiantare, nell'ordinario evolversi degli strumenti normativi, i semi di una dialettica tra autorità e libertà che, in questo campo, ancora pare riconoscere una preminenza alla prima, a svantaggio delle seconde.

Una impostazione di tal fatta rischia tuttavia, come evidenziato, di scontrarsi con lo statuto della legalità interna e sovranazionale, così come è vivo lo scontro tra le libertà costituzionalmente garantite e il sistema delle misure preventive.

I ripetuti momenti di frizione, sul piano interno e convenzionale degli strumenti di cui trattasi (vengono qui in rilievo, in particolare, i più volte citati art. 41 Cost., gli artt. 6 e 7, nonché l'art. 4, protocollo 7, della Convenzione Edu) hanno condotto gli interpreti prima e il legislatore poi ad introdurre strumenti di temperamento agli effetti draconiani che una simile politica stava attuando, optando, invece, nel senso di una maggiore sostenibilità – dall'ottica delle imprese – dell'intervento pubblico.

Un simile, differente, approccio, permette quindi, di garantire maggiore coerenza e razionalità alle politiche di contrasto al crimine d'impresa rispetto al fine della stabilità micro e macro economica cui esse tendono, ma consente, allo stesso tempo, di approntare più adeguati strumenti di garanzia per le libertà e i diritti dei soggetti coinvolti: *“L'anima razional – economica, immessa nei percorsi della sostenibilità, mostra il suo volto più umano.”*⁵⁷⁹.

In questo senso, c'è un'altra lettura che si può proporre con riferimento alle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio delle imprese ex art. 32 d.l. 90/2014, che si intravede, in particolare, tra le pieghe del tutoraggio di cui al comma 8: esse possono essere guardate come una prima breccia, seppur finalizzata eminentemente alla salvaguardia di interessi pubblici, in un sistema di prevenzione che, in mancanza, avrebbe condannato le imprese ad un ergastolo economico.

Questa breccia, nella prospettiva di una sempre maggiore valorizzazione delle istanze privatistiche e nell'ottica, quindi, di una graduazione dell'intervento statale nel segno della ragionevolezza e proporzionalità degli strumenti adoperati, si è via via aperta grazie alle ulteriori modifiche normative adoperate nell'impianto del Codice antimafia.

Si è fatto qui cenno, dunque, alle misure del controllo giudiziario e, in particolare della prevenzione collaborativa, strumento amministrativo nelle mani dei Prefetti che consente loro di mettere in atto una strategia di prevenzione che tenga adeguatamente conto del possibile *vulnus* arrecato all'ordinamento da parte dell'impresa e, dunque, di predisporre interventi che siano, in maniera sempre più chirurgica, calati sui destinatari.

Le innovazioni da ultimo richiamate, però, paiono essere un punto di partenza più che un punto di approdo della revisione del sistema di prevenzione amministrativo⁵⁸⁰.

Tuttavia, ciò che in proposito emerge, quale ulteriore profilo problematico è la proliferazione di interventi normativi che non paiono dialogare tra loro.

Emblematico, in tal senso, è il mancato accenno alle misure straordinarie ex art. 32 d.l. 90/2014 nell'ambito delle riforme al Codice antimafia, sia in quella del 2017, che ha introdotto il controllo giudiziario, sia in quella del 2021, che ha ideato la nuova figura della

⁵⁷⁹ M. Galli, *La giustizia dell'incapacitazione economica alla prova dei suoi effetti: verso una prevenzione sostenibile?*, in A. Sterpa, A. Coiante (a cura di), *Sicurezza, legalità ed economia*, Napoli, 2020, 101.

⁵⁸⁰ È questo, in particolare, l'auspicio di P. Giustozzi, E. Zummo, *Le modifiche legislative presentate dal Governo in materia di interdittive antimafia e controllo giudiziario*, in Osservatorio misure patrimoniali e di prevenzione dell'Unione delle camere penali italiane, 29 ottobre 2021.

prevenzione collaborativa. Così come non pare possa ritenersi sufficientemente coerente il meccanismo ideato dal legislatore in merito al coordinamento delle due misure da ultimo citate⁵⁸¹.

Sembra qui allora riproporsi quello stesso “*paradosso del millepiedi*” cui si è fatto cenno nelle premesse di questa analisi, tale per cui, “*per non inciampare è meglio non chiedersi la precisa sequenza in cui vanno mossi i piedi*”⁵⁸².

La sfida, dunque, e quella di rinvenire meccanismi di gestione della complessità discendente dalla concorrenza di molteplici strumenti normativi e dall’ intreccio, spesso difficilmente districabile, di competenze e soluzioni operative che si possono attingere a un medesimo fatto.

D’atra parte, tale complessità sistematica appare, oggi, una complessità di intenti, nel senso che all’interprete –sia esso il giudice o l’amministrazione - è rimessa non solo la mera scelta tra uno strumento e l’altro, ma una opzione a favore dell’ una o l’altra strategia di politica criminale. Il che si traduce, in una scelta tra autorità e libertà.

La coerenza e la stessa tenuta del sistema, impone qui, non solo un comune impegno di coordinamento tra gli attori pubblici chiamati all’applicazione delle misure ma si risolve, a monte, in un intervento legislativo che chiarisca i reciproci rapporti tra i vari strumenti potenzialmente adoperabili, invero, non solo a livello nazionale, ma neanche europeo⁵⁸³.

Con riferimento a quest’ultima prospettiva, non può mancare di evidenziarsi come, a parere di chi scrive, può giungersi, oggi, a dubitare della sussistenza di un effettivo spazio di operatività delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio delle imprese *ex art. 32 d.l. 90/2014*: se le stesse, infatti, possono ragionevolmente trovare applicazione con i limiti indicati nelle riflessioni che precedono, d’altra parte è la perdurante opportunità della presenza di tali strumenti nel panorama delle misure amministrative di prevenzione che può, a questo punto, essere messa in dubbio.

Ci si chiede, in altri termini, se innanzi a strumenti che consentano di realizzare, in chiave maggiormente garantista per i destinatari, finalità simili a quelle propugnate dal legislatore del 2014, possa ancora farsi ricorso ad una misura che, come cennato, si traduce, pur sempre, in una lesione del diritto di libera iniziativa economica e, per altro verso, del principio della concorrenza.

Ci si domanda, quindi, se può ancora ritenersi attuale quella opzione del legislatore che, “*piaccia o no*”⁵⁸⁴, ha tenuto conto, nella redazione della norma, dei due interessi pubblici

⁵⁸¹ Si vedano le critiche mosse, in particolare da M.A. Sandulli, *Rapporti tra il giudizio sulla legittimità dell’informativa antimafia e l’istituto del controllo giudiziario*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2022.

⁵⁸² G. Melillo, *La responsabilità da reato degli enti. Forme di criminalità, tipologie di enti e risposta sanzionatoria*, relazione svolta in occasione del convegno *Strumenti di prevenzione della criminalità d’impresa e della criminalità mafiosa: dalla responsabilità da reato ai protocolli di legalità*, Palermo, 19 e 20 novembre 2010

⁵⁸³ È l’auspicio di V. Musacchio, *L’Europa ha bisogno di nuove strategie per combattere le mafie*, in Huffington post, 9 gennaio 2022, che rileva come “*il Consiglio europeo ci conferma che nel 2019 i proventi da attività illecite nei principali mercati criminali ammontavano all’1% del PIL dell’Unione europea, ossia a 139 miliardi di euro. Non è disponibile una statistica più recente, ma a parità di condizioni, è indubbio che la cifra per il periodo 2020-21 (periodo di pandemia da covid-19) sia notevolmente più alta. Finora negli anni precedenti non è mai scesa. Le organizzazioni criminali sono presenti in tutti gli Stati membri e operano a livello transfrontaliero. Le principali attività criminali in Europa sono il traffico di stupefacenti, la cyber-criminalità, le frodi, il traffico di armi e la tratta di esseri umani. Nonostante una serie di nuove leggi e di sequestri di grandi dimensioni il colpo inferto alle organizzazioni mafiose è del tutto insufficiente*”.

⁵⁸⁴ Così, la decisione della vicenda Expo 2015, Cons. Stato, sez. IV , sent. 20 gennaio 2015 , n. 143, in www.giustizia-amministrativa.it.

alla sollecita realizzazione dell'opera e a impedire al possibile reo di lucrare sul proprio illecito, lasciando totalmente sullo sfondo l'interesse delle altre imprese partecipanti alla gara.

Probabilmente, alla luce degli ultimi interventi normativi, il bilanciamento può giungere, oggi, a segnare un equilibrio diverso.

Bibliografia

- ABBAMONTE G., *Discrezionalità tecnica e controllo di legittimità*, in AA. VV., *Scritti in onore di Guido Capozzi*, II, Milano, 1992
- ALESCI T., *I presupposti ed i limiti del nuovo controllo giudiziario nel Codice antimafia*, in giur. it., 2018.
- ALESSANDRI A., *Art. 27 comma 1° Cost.*, in *Commentario della Costituzione. Rapporti Civili*, Bologna, 1991.
- ALESSANDRI A., *Criminalità economica e confisca del profitto*, in E. Dolcini, C. E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006.
- ALLEN M., CAPANTINI M. (a cura di), *I grandi eventi: la parola al giurista. Dentro e oltre l'esperienza di Expo 2015*, in www.mucchieditore.it
- APRILE E., *Gli effetti dell'intervento penale sull'economia delle imprese. Nuovi equilibri tra repressione dei reati e continuità delle attività produttive?*, in *dir. pen.cont.*, 30 novembre 2015.
- APRILE E., *Nota a Corte Cost.*, 26 marzo 2015, n. 48, in *cass. pen.*, n. 6/2015.
- AMARELLI G., *Interdittive antimafia e controllo giudiziario volontario: la Cassazione delinea un nuovo ruolo per le Prefetture?*, in *Sistema Penale*, 10 aprile 2020.
- AMARELLI G., *La contiguità politico-mafiosa. Profili politico-criminali, dommatici ed applicativi*, Roma, 2017
- AMARELLI G., *L'onda lunga della sentenza De Tommaso: ore contate per l'interdittiva antimafia "generica" ec art. 84.4 lett. d) ed e) D.lgs. n. 159/2011?*, in *dir. pen. cont.*, n. 4/2017.
- AMARELLI G., STICCHI DAMIANI S. (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Torino, 2019.
- AMATO G., *La nuova Costituzione economica*, in G. della Cananea, G. Napolitano (a cura di), *Per una nuova Costituzione economica*, Bologna, 1998.
- ANDREANI A., *La valutazione del fatto nel giudizio amministrativo e gli apprezzamenti tecnici della pubblica amministrazione nel pensiero di F. Cammeo*, in *Quad. fior. st. pens. giur.*, 1993.
- ARLACCHI P., *La mafia imprenditrice. Dalla Calabria al centro dell'inferno*, Milano, 2007.
- ASTONE F., *Interdittive antimafia e "commissariamento" delle imprese (avuto riguardo al settore degli appalti pubblici)*, 30 luglio 2018, www.giustamm.it.
- ASTROLOGO A., *"Interesse" e "vantaggio" quali criteri di attribuzione della responsabilità dell'ente nel d.lgs. 231/2001*, in *ind. pen.*, 2003.

AZZARITI G., *Discrezionalità, merito e regole non giuridiche nel pensiero di Costantino Mortati e la polemica con Massimo Severo Giannini*, in F. Lanchester (a cura di), *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, Napoli, 1989.

BALATO F., *La nuova fisionomia delle misure di prevenzione patrimoniali: il controllo giudiziario delle aziende e delle attività economiche di cui all'art. 34-bis codice antimafia*, in dir. pen. cont., n. 3/2019.

BALDASSARE A., *Iniziativa economica privata*, voce in Enc. dir., vol. XXI, Milano, 1971.

BALSAMO A., LUPARELLO G., *Il Codice Antimafia e le ulteriori novità in tema di prevenzione*, in *Treccani. Il Libro dell'anno*, Roma, 2018.

BAUMAN Z., *Vita liquida*, Bari, 2011.

BIANCIFIORI S., *Ancora sull'ampiezza della discrezionalità del Prefetto in tema di informative antimafia e sui correlati limiti del sindacato del giudice amministrativo*, 19 agosto 2018, in www.italiappalti.it.

BARMANN B., *Lotta alla corruzione e completamento di opere pubbliche. Quale priorità?*, in gior. dir. amm., n. 1/2016.

BARONE A., *Territorio e politiche anticorruzione*, in F.G. Scoca, A. Di Sciascio (a cura di), *Le proprietà pubbliche: tutela, valorizzazione e gestione*, Napoli, 2016.

BASILE F., *Quale futuro per le misure di prevenzione dopo le sentenze De Tommaso e Paternò?*, in giur. It., n. 2/2018.

BENE T., *Dallo spossamento gestorio agli obiettivi di stabilità macroeconomica*, in arch. pen., 21 maggio 2018.

BENVENUTI F., *Eccesso di potere amministrativo per eccesso della funzione*, in rass. dir. pubbl., 1950.

BENVENUTI F., *Funzione amministrativa, procedimento e processo*, in riv. trim. dir. pubbl., 1952.

BERTOLINO M., *Diritti fondamentali e diritto penale della prevenzione nel paradigma dell'efficienza*, in C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile, G.L. Gatta (a cura di), *Studi in onore di Emilio Dolcini. La pena, ancora: fra attualità e tradizione*, vol. I, Milano, 2018.

BERTONAZZI L., *Il d.lgs. n. 231 del 2001 e il nuovo modello sanzionatorio dei soggetti collettivi*, in dir. proc. amm., fasc.4, 2001.

BIFFA M., GRIECO G., *Ancora guerre tra imprese e magistratura: la riforma delle misure di prevenzione patrimoniali assegna un preoccupante spazio al novo istituto del controllo giudiziarie delle aziende*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, n. 4/2016.

BOCCHINI F., *La sanità lesiva. Ideologie e strategia a confronto*, in *Contratto e impresa*, n. 4/2018.

BRICOLA F., *Forme di tutela ante delictum e profili costituzionali della prevenzione*, in AA. VV., *Le misure di prevenzione, Atti del convegno di Alghero* (Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale), Torino, 1975.

BRIGANTE V., *Fenomeni corruttivi nell'affidamento di commesse pubbliche: la discrezionalità multilivello come soluzione di matrice procedimentale*, in *dir. econ.*, n. 3/2018.

BUGGEA J., *Le white list: strumento di prevenzione del fenomeno corruttivo e delle infiltrazioni del crimine organizzato nel settore degli appalti pubblici*, in *Nuove autonomie*, 2014

CALAMANDREI P., *Appunti sul concetto di legalità*, in *Opere giuridiche*, vol. III, Napoli, 1968.

CAMMEO F., *Lo stato d'assedio e la giurisdizione*, in *giur. it.*, 1898.

CAMMEO F., *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914.

CANTONE R., MERLONI F., *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, Torino, 2015.

CANTONE R., *Il sistema della prevenzione della corruzione in Italia*, in *dir. pen. cont.*, 27 novembre 2017.

CANTONE R. - BOVA C., *L'ANAC alle prese con la vigilanza sui contratti pubblici; un ponte verso il nuovo codice degli appalti?*, in *gior. dir. amm.*, n. 2/2016.

CANTONE R. – COCCAGNA B., *La prevenzione della corruzione e delle infiltrazioni mafiose nei contratti pubblici: i commissariamenti per la costituzione di presidi di legalità nelle imprese*, in NICOTRA I. A. (a cura di), *L'Autorità Nazionale Anticorruzione*, Torino, 2016.

CAPECCHI G., *La misura di prevenzione patrimoniale dell'amministrazione giudiziaria degli enti e le sue innovative potenzialità*, in *dir. pen. cont.*, 4 ottobre 2017.

CARINGELLA F. – GIUSTINIANI M., - TORIELLO O., *La riforma Renzi della Pubblica Amministrazione*, Roma, 2014.

CARINGELLA F, IANNUZZI A., LEVITA L., *Manuale di diritto di pubblica sicurezza*, Roma, 2013.

CARINGELLA F., *Legislazione antimafia e appalti pubblici*, in *urb. e app.*, n.4/1997.

CARTABIA M., *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo. La legge n. 241 del 1990 alla luce dei principi comunitari*, Milano, 1991.

CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2019.

CASSESE S., *Alla ricerca del sacro Graal. A proposito della rivista di diritto pubblico*, in *riv. trim. dir. pubbl.*, 1995.

CASSESE S., *I paradossi dell'emergenza*, in *Il diritto amministrativo dell'emergenza. Annuario Aipda 2005*.

CASSESE S., *Il diritto a una buona amministrazione*, in AA.VV., *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011.

CAVALLO PERIN R., *Il contenuto dell'art.113 della Costituzione fra riserva di legge e riserva di giurisdizione*, in *dir. proc. amm.*, 1998.

CERQUA L. D., *L'ente intrinsecamente illecito nel sistema delineato dal d.lgs. 231/2001*, in *resp. amm. soc. enti*, n. 2/2012.

CERULLI IRELLI V., *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *dir. proc. amm.*, 1984.

CERULLI IRELLI V., *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino, 2014.

CHELI E., *Libertà e limiti all'iniziativa economica privata nella giurisprudenza della Corte costituzionale e nella dottrina*, in *rass. dir. pubbl.*, 1960.

CIMMINO U., *La nuova certificazione e le altre cautele antimafia*, Palermo, 1995.

CINTOLI F., *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Potere tecnico e "giurisdizionalizzazione"*, Milano, 2005.

CIVITARESE MATTEUCCI S., *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberaldemocratico*, in *dir. pubbl.*, 2009.

CLARICH M., *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005.

COGNETTI S., *Legge, amministrazione, giudice. Potere amministrativo tra storia e attualità*, Torino, 2014.

COGNETTI S., *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011.

COGNETTI S., *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011.

COLOMBO M. C., *Le novità a prima lettura in tema di appalti*, in *Diritto e pratica amministrativa – Il Sole 24 ore*, Luglio-Agosto 2014.

CONSORTE F., GUERINI T., *Reati associativi e responsabilità degli enti: profili dogmatici e questioni applicative*, in *resp. amm. soc. enti*, n. 2/2013.

CONSULICH F., *Millantato credito e traffico di influenze illecite*, in C.F. Grosso, M. Pelissero (a cura di), *Trattato di diritto penale, Parte speciale, Reati contro la Pubblica Amministrazione*, Milano, 2015.

CORSO G., *Ordine pubblico (dir.pubbl.)*, voce in Enc. Dir., XXX, Milano, 1980.

CORSO G., *Le norme costituzionali sull'organizzazione*, in *La pubblica amministrazione nella Costituzione: riflessioni e indicazioni di riforma: atti del XXXIX Convegno di studi di scienza dell'amministrazione Varenna*, 16-18 settembre 1993, Milano, 1995.

CORSO G., *Amministrazione di risultati*, in *Annuario dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Milano, 2002.

CORSO G., *La normativa antimafia*, in Sandulli M.A., De Nictolis R., Garofoli R. (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, V, Milano, 2008.

CORTESE F., *Costituzione e nuovi principi del diritto amministrativo*, in dir. amm., 2020.

COPPIER R., *Corruzione e crescita economica. Teorie ed evidenze di una relazione complessa*, Roma, 2005.

COZZOLI P., *L'intelligence del Prefetto e la funzione di governo*, in *Amministrazione Pubblica*, n. 8-9-10/1999.

CUDIA C., *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008.

D'ALESSANDRO N., *Commissariamenti antimafia: partecipazione ai procedimenti ed esiti*, in www.cameraamministrativasiciliana.it.

D'ANGELO F., *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, Torino, 2013.

D'ASCOLA V. N., *Per un nuovo diritto (amministrativo) di polizia*, in arch. pen., n. 1/2021.

DE GRAZIA D., *La vigilanza e il controllo sull'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni*, in D. Sorace (a cura di), *Amministrazione pubblica dei contratti*, Napoli, 2013, 155 ss..

DE JORIO J.P., *Le interdittive antimafia e il difficile bilanciamento con i diritti fondamentali*, Napoli, 2019.

DE JORIO J.P., *Misure di prevenzione e Stato di diritto. L'insanabile contrasto tra la normativa italiana e la Convenzione europea dei Diritti dell'uomo*, Napoli, 2020.

DE JORIO J.P., *Stato di diritto e normativa in materia di interdittive antimafia: una frattura che permane insanabile*, in ist. dir. ec., n. 1/2020.

DE PRETIS D., *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995.

DELLA CANANEA G., *Il diritto di essere sentiti e la partecipazione*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *Il procedimento amministrativo*, Napoli, 2007.

DELLA CANANEA G., FRANCHINI C., *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2010.

- DI CRISTINA F., *La corruzione negli appalti pubblici*, in riv. tr. dir. pub., n. 1/2012.
- DI CRISTINA F., *L'informativa prefettizia quale presupposto della revoca dell'aggiudicazione. Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 19 settembre 2011, n. 5262*, in gior. dir. amm., n. 1/2012.
- DI CRISTINA F., *Le misure urgenti sulla pubblica amministrazione. (Comm. a d.l. 24 giugno 2014, n. 90). La nuova vita dell' Anac e gli interventi in materia di appalti pubblici in funzione anticorruzione*, in gior. dir. amm., n. 11/2014.
- DI LASCIO F. – NERI B., *I poteri di vigilanza dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, in gior. dir. amm., n. 4/2015.
- DI MASCIO F., *Il primo anno di attuazione delle politiche di prevenzione della corruzione*, in riv. tr. dir. pub., n. 1/2014.
- DI PLINIO G., *La Costituzione economica nel processo costituente europeo*, in dir. pubbl. comp. eur., 2003.
- DI RAIMONDO M., *Ordine pubblico e sicurezza pubblica. Profili ricostruttivi e applicativi*, Torino, 2009.
- ELIA C., *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962.
- ELIA L., *Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e l'art. 25 della Costituzione*, in giur. Cost., IX, 1964.
- FALZEA A., *I principi generali del diritto* (Lectio magistralis, svolta a Messina il 25 ottobre 2007), dattiloscritto, riportato da F. Saitta, *Il principio di giustiziabilità*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012.
- FERRANTE W., *Interdittive antimafia: una strumentalizzazione dell'istituto del controllo giudiziario ex art. 34 bis Codice antimafia*, in Rassegna Avvocatura dello Stato, n. 2/2021.
- FERRANTI D., *Il Codice antimafia: le ragioni della riforma delle misure patrimoniali di prevenzione*, in Cass. pen. , n. 1/2018.
- FERRARA R., *Introduzione al diritto amministrativo. Le pubbliche amministrazioni nell'era della globalizzazione*, Bari, 2005.
- FERRARO F. – GAMBACURTA S., *Anticorruzione – Commento alla Riforma*, Roma, 2013.
- FERRERO E., *Concetti giuridici indeterminati e poteri discrezionali delle amministrazioni*, dir. e proc. amm., n. 3/2014.
- FIANDACA G., voce *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in Dig. Disc. Pen., vol. VIII, Torino, 1994.

- FIDONE G., *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici*, in *gior. dir. amm.*, n. 3/2015.
- FILLERI L., *Note sul principio del giusto procedimento nella materia della documentazione antimafia*, in *Nuove Autonomie*, n. 2/2021.
- FINOCCHIARO S., *La riforma del Codice antimafia (e non solo): uno sguardo d'insieme alle modifiche appena introdotte*, in *dir. pen. cont.*, 2017.
- FIOCCA M., MONTEDORO G., *Il costo dell'impazienza: un'analisi giureconomica della legislazione sulle grandi opere*, in *urb. e app.*, 2004.
- FIORENTINO S., *Sulla esclusione delle imprese da gare pubbliche per pregresse condotte che integrano illeciti anticoncorrenziali*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato* n. 4/2018.
- FIORINO N., GALLI E., *La corruzione in Italia. Un'analisi economica*, Bologna, 2013.
- FIORITTO A., *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, 2008.
- FOLLIERI E., *La discrezionalità tecnica*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2019.
- FORNARI L., *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale moderno*, Padova, 1997.
- GALETTA D. U., *Discrezionalità amministrativa e principio di proporzionalità*, in *riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994.
- GALETTA D. U., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998.
- GALETTA D. U., *Il diritto ad una buona amministrazione fra diritto UE e diritto nazionale e le novità dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in S. Civitarese Matteucci, F. Guarriello, P. Puoti (a cura di), *Diritti fondamentali e politiche dell'Unione europea dopo Lisbona*, Rimini, 2013.
- GALLIM., *Giudicare l'avvenire. Uno studio a partire dalla convention giudicarie d'interet public*, in *riv. It. dir. proc. pen.*, 2018.
- GALLO N., GIUPPONI T.F. (a cura di), *L'ordinamento della sicurezza: soggetti e funzioni*, Milano, 2014.
- GAMBACURTA S., *La prevenzione delle infiltrazioni della criminalità organizzata negli appalti pubblici e nelle attività economiche*, in Ramacci F., Spangher G. (a cura di), *Il sistema della sicurezza pubblica*, Milano, 2010.
- GAROFOLI R., *Il contrasto ai reati di impresa nel d.lgs. 231 del 2001 e nel d.l. n. 90 del 2014: non solo repressione ma prevenzione e continuità aziendale*, in *dir. pen. cont.*, 30 settembre 2015.

GARRI F., *Il mercato dei contratti pubblici: il ruolo dell'Autorità di vigilanza di settore e dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008.

GATTO F., *Le nuove frontiere della Legislazione Antimafia alla luce del D.L. 6 novembre 2021, n. 152*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2021.

GIAMPAOLINO L., *Le misure anticorruzione negli appalti: rimedio adeguato al male?*, in www.giustamm.it, 2014;

GIAMPAOLINO L., *La prevenzione della corruzione negli appalti pubblici*, 12 aprile 2016, in www.giuristidiamministrazione.com.

GIAMPAOLINO L., *Le misure anticorruzione negli appalti: rimedio adeguato al male?*, 30 luglio 2014, in www.giustamm.it.

GIANNINI M.S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi*, Torino, 1939.

GIANNINI M.S., *L'attività economica nella costituzione italiana*, in Cons. Stato, 1957.

GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993.

GIANNINI M.S., *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995.

GILIBERTI B., *Consulenza tecnica, pienezza di sindacato e full jurisdiction*, in *dir. proc. amm.*, 2015.

GISONDI R., *Art. 30*, in *Codice del nuovo processo amministrativo*, (a cura di) F. Caringella, M. Protto, Roma, 2015.

GIUSTI A., *Contributo allo studio di un concetto ancora indeterminato. La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Napoli, 2007.

GIUSITINIANI M., *Autorità nazionale anticorruzione e nuove forme di controlli pubblici e altre novità in materia di gare pubbliche*, in F. Caringella, M. Giustiniani, O. Tortoriello, *La riforma Renzi della Pubblica amministrazione*, Roma, 2014.

GIUSTOZZI P., ZUMMO E., *Le modifiche legislative presentate dal Governo in materia di interdittive antimafia e controllo giudiziario*, in Osservatorio misure patrimoniali e di prevenzione dell'Unione delle camere penali italiane, 29 ottobre 2021.

GOISIS F., *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014.

GRAZIANO N., LEVITA L., *Il nuovo Codice antimafia. Commento organico alla legge 17 ottobre 2017, n. 161 (G.U. del 4 novembre 2017) di riforma del codice antimafia*, Roma, 2017.

GRILLO V., *L'informativa antimafia quale strumento di contrasto alla criminalità organizzata. Il delicato equilibrio tra la tutela preventiva della sicurezza pubblica e la salvaguardia del patrimonio economico privato*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, n. 1/2019.

GRIMADI F., *Il sistema delle certificazioni antimafia nella pubblica amministrazione*, Roma, 1997.

GROSSI P.F., *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione*, Padova, 1972.

GUERINI T., *Diritto penale ed enti collettivi. L'estensione della soggettività penale tra repressione, prevenzione e governo dell'economia*, Torino, 2018.

GUERINI T., *Antimafia e anticorruzione nell'epoca del furore punitivo*, in *Arch. Pen.*, n. 2/2019.

GULLO N., *Emergenza criminale e diritto amministrativo. L'amministrazione pubblica dei beni confiscati*, Napoli, 2017.

IACOVIELLO F., *Concorso esterno in associazione mafiosa: il fatto non è più previsto dalla giurisprudenza come reato*, in *Cass. pen.*, 2001.

IANNOTTA L., *Diritto comune dello sviluppo: rispetto e soddisfazione dei diritti, efficacia ed economicità delle decisioni*, in A. Flora (a cura di), *Mezzogiorno e politiche di sviluppo. Regole, valori e capitale sociale*, Napoli, 2002.

IANNOTTA L. (a cura di), *Economia, diritto e politica nell'amministrazione di risultato*, Torino, 2003.

IANNOTTA L., *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, in *dir. proc. amm.*, n. 1/2005.

IMMORDINO M., POLICE A. (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, Torino, 2004.

IMMORDINO M., GULLO N. (a cura di), *Diritto Amministrativo e misure di prevenzione della criminalità organizzata*, Napoli, 2021.

INSOLERA G., *L'evoluzione della politica criminale tra garantismo ed emergenze. Dagli anni '60 all'emergenza mafiosa*, in *riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014.

INSOLERA G., *Ha senso rafforzare ulteriormente l'armamentario delle misure di contrasto alla corruzione?*, in *Discrimen*, 21 febbraio 2019.

IRRERA M., *Il decreto anticorruzione e l'amministrazione di nomina prefettizia: una complessa sfida interpretativa*, in *riv. soc.*, 2018.

LACCHÈ L., *Uno "sguardo fugace". Le misure di prevenzione in Italia tra ottocento e novecento*, in *riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017.

- LAZZARA P., *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001.
- LEDDA F., *Dal principio di legalità al principio di infallibilità dell'amministrazione*, in foro amm., 1997.
- LEDDA F., *Potere tecnico e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in dir. proc. amm., 1983.
- LEVI F., *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967.
- LIGUORI F., *La funzione amministrativa. Aspetti di una trasformazione*, Napoli, 2010.
- LONGO A., *La "massima anticipazione di tutela". Interdittive antimafia e sofferenze costituzionali*, in *Federalismi*, 16 ottobre 2019;
- LONGO A., *La Corte costituzionale e le informative antimafia. Minime riflessioni a partire dalla sentenza n. 57 del 2020*, in *Nomos*, n. 2/2020.
- LOMBARDO G., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza amministrativa*, in riv. trim. dir. pubbl., 1997.
- LUCIANI M., *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983.
- MACRÌ C., MACRÌ V., *La legge antimafia*, Napoli, 1987.
- MAIELLO N.M., *Traffico di influenze illecite e misure di commissariamento dell'impresa: le ragioni di una relazione problematica*, in Cass. Pen., n. 12/2018.
- MAIELLO V., *La prevenzione ante delictum: lineamenti generali*, in V. Maiello (a cura di), *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione e armi*, Torino, 2015;
- MALTONI A., *Commissariamento di imprese limitatamente a singoli contratti pubblici, tutela della concorrenza nella fase di esecuzione contrattuale e Protocolli di legalità*, in dir. econ., n. 2/2018.
- MANES V., *La confisca "punitiva" tra Corte costituzionale e CEDU: sipario sulla "truffa delle etichette"*, in Cass. pen., 2011.
- MANFREDI G., *Brevi note su contratti pubblici e corruzione*, in Urb. app., 2015.
- MANGANARO F., ROMANO TASSONE A., SAITTA F., *Diritto amministrativo e criminalità*, Milano, 2013.
- MANGANARO F., *Il contrasto alla corruzione in materia di contratti pubblici*, in *www.giustamm.it*, 2014.
- MANGANI R., *Corruzione negli appalti, revoca dei contratti, commissariamento: brevi note anche a seguito del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90*, in *www.giustamm.it*, n. 7/2014

- MANGIONE A., *Le misure di prevenzione nel nuovo Codice Antimafia (d.lgs. n. 159/2011)*, in B. Romano, G. Tinebra (a cura di), *Il diritto penale della criminalità organizzata*, Milano, 2013.
- MANGIONE A., *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Padova, 2001.
- MANNA A., *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, Pisa, 2019.
- MARILOTTI L., *La valutazione del Prefetto nell'interdittiva antimafia*, in riv. giur. sarda, n. 1/2020.
- MAROTTA P., MAROTTA P., *Natura e limiti del potere amministrativo di prevenzione antimafia*, Milano, 2021.
- MASARACCHIA A., *Sacrificato l'interesse delle altre imprese partecipanti alla gara*, in Guida dir., 7 febbraio 2015, n. 7.
- MASERA L., *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018.
- MASTRANGELO D., *La tecnica nell'amministrazione fra discrezionalità, pareri e merito*, Bari, 2003.
- MATTARELLA B. G. – PELLISSERO M., (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013
- MATTARELLA B. G., *The Italian efforts on anti-corruption*, in G.M. Racca, C.R. Yukins (a cura di), *Integrity and efficiency in sustainable public contracts: balancing corruption concerns in public procurement internationally*, Bruxelles, 2014.
- MAUGERI A. M., *Confisca (diritto penale)*, in Enc. Dir., VIII, Milano, 2015.
- MAUGERI A. M., *La Suprema Corte pretende un uso più consapevole della categoria dell'impresa mafiosa in conformità ai principi costituzionali*, in dir. pen. cont., n. 1/2015.
- MAZZACUVA F., *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017.
- MAZZACUVA F., *L'evoluzione nazionale e internazionale della confisca tra diritto penale "classico" e diritto penale "moderno"*, in A. Bargi, A. Cisterna (a cura di), *La giustizia patrimoniale penale*, Milano, 2011.
- MAZZAMUTO M., *Profili di documentazione amministrativa*, in www.giustamm.it, 2016, n. 3.
- MAZZAMUTO M., *Misure giurisdizionali di salvataggio delle imprese versus misure amministrative di completamento dell'appalto: brevi note sulle modifiche in itinere del Codice antimafia*, dir. pen. cont., 2016.

MAZZAMUTO M., *Il salvataggio delle imprese tra controllo giudiziario volontario, interdittive prefettizie e giustizia amministrativa*, in *Sistema penale*, n. 3/2020.

MELILLO G., *La responsabilità da reato degli enti. Forme di criminalità, tipologie di enti e risposta sanzionatoria*, relazione del convegno *Strumenti di prevenzione della criminalità d'impresa e della criminalità mafiosa: dalla responsabilità da reato ai protocolli di legalità*, Palermo, 19 e 20 novembre 2010.

MENDITTO F., *Verso la riforma del d.lgs. 159/2011 (c.d. Codice antimafia) e della confisca allargata*, in *dir. pen. cont.*, 22 dicembre 2015.

MEREU I., *Cenni storici delle misure di prevenzione nell'Italia "liberale" (1852 – 1894)*, in *Le misure di prevenzione*, Atti del convegno del centro nazionale di difesa e prevenzione speciale, Milano, 1975.

MERUSI F., *La legalità amministrativa*, Bologna, 2012.

MEZZETTI E., *L'enticidio: una categoria penalistica da ricostruire ed una conseguenza per l'azienda da evitare*, in *dir. pen. cont.*, n. 1/2018

MEZZETTI E., LUPARIA DONATI L. (a cura di), *La legislazione antimafia*, Bologna, 2020.

MEZZOTERO A., PUTRINO GALLO S.P., *Il sistema delle informative antimafia nei recenti arresti giurisprudenziali*, in *rass. Avv. Stato*, n.2/2017;

MICCICHÈ C., *Efficienza e legalità nel commissariamento delle opere pubbliche: il commissario come responsabile unico dei progetti più complessi*, in *dir. econ.*, n. 3/2020.

MICONI L., *Le misure di semplificazione in materia di lavori pubblici: ponte tra trasparenza ed effettività della prevenzione*, in *Diritto e pratica amministrativa*, Speciale ottobre 2014.

MIELE G., *La situazione di necessità dello Stato*, in *arch. dir. pubbl.*, 1936.

MINERVINI G., *Contro la "funzionalizzazione" della impresa privata*, in *riv. dir. civ.*, 1958.

MONTE L., *L'Amministrazione della pubblica sicurezza e l'ordinamento del personale*, Roma, 2010.

MONGILLO V., *Crimine organizzato e corruzione: dall'attrazione elettiva alle convergenze repressive*, in *dir. pen. cont.*, n. 1/2019.

MONGILLO V. e PARISI N., *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 *rass. econ.*, 2019.

MONTANARI M., *L'amministrazione straordinaria delle "grandissime" imprese in stato di insolvenza (c.d. legge Marzano): profili sistematici del procedimento d'apertura e dei relativi effetti*, in *dir. fall.*, n. 17/2005.

- MORBIDELLI G., *Iniziativa economica privata*, voce, in Enc. giur., vol. XVII, Roma, 1989.
- MORBIDELLI G., *Il principio di ragionevolezza nel procedimento amministrativo*, in *Scritti in Onore di Giuseppe Guarino*, vol. III, Padova, 1998.
- MORBIDELLI G., *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in dir. amm., 2015.
- MORTATI C., *Discrezionalità*, in Noviss. Dig. It., V, Torino, 1960.
- MOSCA C., *Ordinamento dell'Amministrazione della Pubblica sicurezza*, voce in Noviss. Dig. It., app. vol. VI, Torino, 1980.
- MOSCA C., *La sicurezza come diritto di libertà. Teoria generale delle politiche di sicurezza*, Padova, 2012.
- MOSCA C., *Il Prefetto e l'Unità nazionale*, Napoli, 2016.
- MUSACCHIO V., *L'Europa ha bisogno di nuove strategie per combattere le mafie*, in Huffington post, 9 gennaio 2022.
- MUTARELLI A., MUTARELLI M. M., *Considerazioni intorno alle possibili ricadute della misura straordinaria ex art. 32 d.l. 90/2014 (debiti pregressi e rapporti di lavoro)*, in rass. Adv. Stato, n. 1/2017.
- NICO A. M., *La corruzione nella prospettiva dei doveri costituzionali degli affidatari di funzioni pubbliche*, in www.costituzionalismo.it, 2016.
- NICOSIA E., *La confisca, le confische. Funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applicativi*, Torino, 2012.
- NOCCELLI M., *I più recenti orientamenti della giurisprudenza sulla legislazione antimafia*, in www.giustizia-amministrativa.it.
- NUGNES F., *Le misure di straordinaria e temporanea gestione d'impresa in caso di corruzione negli appalti pubblici: principali aspetti critici dell'istituto*, in dir. econ., n. 1/2017.
- NUVOLONE P., *Legalità e prevenzione*, in giur. Cost., IX, 1964.
- OPPO G., *L'iniziativa economica*, in *La Costituzione economica a quarant'anni dalla approvazione della carta fondamentale*, Atti del convegno 6-7 maggio 1988, Milano 1990
- ORSI BATTAGLINI A., *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in riv. trim. dir. proc. civ., 1988.
- ORSI BATTAGLINI A., *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa*, Milano, 2005.
- OTTAVIANO V., *La giurisdizione di merito nella giustizia amministrativa*, in G. Miele (a cura di), *La giustizia amministrativa*, Vicenza, 1968.

PACE A., *Ordine pubblico, ordine pubblico costituzionale, ordine pubblico secondo la Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1971.

PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Padova 1992.

PADOVANI T., *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, in *Giustizia Criminale*, n. 2/2014.

PALAZZO F. (a cura di), *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Padova, 2003

PALAZZO F. (a cura di), *Corruzione pubblica. Repressione penale e prevenzione amministrativa*, Firenze, 2012.

PALAZZO F., *Concussione, corruzione e dintorni: una strana vicenda*, in *dir. pen. cont. – riv. trim.*, n. 1/2012.

PALAZZO F., VIGANÒ F., *Diritto penale. Una conversazione*, Bologna, 2018.

PALIERO C.E., *“Materia penale” e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo: una questione “classica” a una svolta radicale*, in *riv. it. dir. e proc. pen.*, 1985

PALUMBIERI S.A., *Il ravvedimento post delictum dell’ente*, in A. Cadoppi, S. Canestra, A. Manna, M. Papa, *Diritto penale dell’economia*, vol. 2, Milano, 2017.

PARISIO V. (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giurisdizionale*, Milano, 1998.

PATRONI GRIFFI F., *Battere la corruzione. Una sfida impossibile?*, in www.federalismi.it, 2015.

PEIRONE F., *La tutela dell’integrità negli appalti pubblici e la giustizia amministrativa*, in *foro amm.*, n. 7 – 8/2015.

PELISSERO M., *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008

PELLEGRINI S., *L’impresa grigia. Le infiltrazioni mafiose nell’economia legale. Un’analisi sociologico – giuridica*, Roma, 2018.

PERONGINI S. (a cura di), *Al di là de nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Torino, 2017.

PIGNATONE G., *Mafia e corruzione: tra confische, commissariamenti e interdittive*, in *dir. pen. cont.*, n. 4/2015.

PIGNATONE G., *Le nuove fattispecie corruttive*, in *dir. pen. cont.*, 2018.

PINTO F., *Giudice e amministrazione nel sindacato della discrezionalità tecnica: l’età dell’incertezza*, in G. Leone (a cura di), *Scritti in memoria di Giuseppe Abbamonte*, Napoli, 2019.

- PIPERATA G., *Contrattazione pubblica e lotta alla corruzione. Uno sguardo alle recenti riforme amministrative italiane*, in www.federalismi.it, 2015.
- PIZZORUSSO A., *Ragionevolezza e razionalità nella creazione e nell'applicazione della legge*, in M. La Torre, A. Spadaro (a cura di) *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002.
- POLICE A., *Attualità e prospettive della giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, in *Studi in Onore di Alberto Romano*, II, Napoli, 2011.
- POLICE A., *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Padova, 2001.
- PONTI L., SPADETTO F., *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi. Dalla "Prodi-bis" alla "Marzano". Problemi applicativi*, Padova, 2006.
- PRESUTTI E., *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, 1911.
- PROCACCI G., *Osservazioni sulla continuità delle leggi sull'ordine pubblico*, in P. del Negro, N. Labanca, A. Staderini (a cura di), *Militarizzazione e nazionalizzazione della storia d'Italia*, Milano, 2005.
- PROVENZANO P., *Il procedimento amministrativo e il diritto ad una buona amministrazione*, in D.U. Auletta (a cura di), *Diritto Amministrativo nell'Unione Europea*, Torino, 2020.
- RACCA G.M., *Dall'Autorità sui contratti pubblici all'Autorità nazionale anticorruzione: il cambiamento del sistema*, in *dir. amm*, n. 2-3/2015
- RAMAJOLI M., *A proposito della codificazione e modernizzazione del diritto amministrativo*, in *riv. trim. dir. pubbl.*, 2016.
- RANELLETTI O., *Attività amministrativa e attività tecnica*, in *riv. Corte Conti*, 1911.
- RANELLETTI O., *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912.
- RASELLI A., *Il potere discrezionale del giudice civile*, Milano, 1975.
- RAZZANTE R. (a cura di), *Corruzione, riciclaggio e mafia. La prevenzione e la repressione nel nostro ordinamento giuridico*, Roma, 2015.
- ROMANO A., *Commento all'art. 26 T. U. Consiglio di Stato*, in A. Romano (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, 1992.
- ROMANO A., *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, 1999.
- ROMANO S., *Sui decreti legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria*, in *riv. dir. pubbl. e pubbl. amm. in Italia*, 1909.
- ROMANO TASSONE A., *Sulla formula "amministrazione per risultati"*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, 2001.

- ROMANO TASSONE A., *Sulle vicende del concetto di “merito”*, in dir. amm., 2008.
- ROSSI V., *L’intelligence prefettizia*, in *Amministrazione Pubblica*, n. 99/2016.
- RUGGERO G., *Le misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio delle imprese nell’ambito della prevenzione della corruzione*, in M. Nunziata (a cura di), *Riflessioni in tema di lotta alla corruzione*, Roma, 2017.
- SAITTA F., *Art.113*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006.
- SAITTA F., *Contraddittorio e partecipazione nel procedimento amministrativo*, in dir. amm., 2010.
- SALAMONE V., *La documentazione Antimafia nella normativa e nella giurisprudenza*, Napoli, 2019.
- SALERNO A., *Le misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio*, in *Nuovo diritto amministrativo*, 2, 2015.
- SALVIA F., *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in dir. proc. amm., 1992.
- SALVIA F., *Il diritto amministrativo e l’emergenza derivante da cause e fattori interni all’amministrazione*, in *Il diritto amministrativo dell’emergenza. Annuario Aipda 2005*, Milano, 2006.
- SANASI D’ARPE V., *L’amministrazione straordinaria dei grandi gruppi in crisi. Lineamenti giuridici*, Napoli, 2005.
- SANDULLI A., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984.
- SANDULLI A., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in dir. e soc., 1975.
- SANDULLI A., *La proporzionalità dell’azione amministrativa*, Padova, 1998.
- SANDULLI A., *Il procedimento*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Torino, 2003.
- SANDULLI A., *Proporzionalità*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006.
- SANDULLI A., *Rapporti tra il giudizio sulla legittimità dell’informativa antimafia e l’istituto del controllo giudiziario*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2022.
- SANTORIELLO C., *Le misure di prevenzione patrimoniali diverse dalla confisca*, in S. Furfaro (a cura di), *Misure di prevenzione*, Milano, 2013.

SARNATARO A. V., *Controllo giudiziario delle aziende*, in L. De Gennaro, N. Graziano, *La nuova legislazione antimafia*, Roma, 2017.

SATTA F., *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1969.

SCIARRONE R., *Mafie vecchie, mafie nuove*, Roma, 2009.

SCOCA F. G., *Interessi protetti (dir.amm)*, in Enc. Giur., XVII, Roma, 1989.

SCOCA F. G., *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998.

SCOCA F. G., *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in riv. trim. dir. pubbl., 2000.

SCOCA F. G.,(a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2019.

SCOMPARIN L. (a cura di), *Corruzione e infiltrazioni criminali negli appalti pubblici: Strumenti di prevenzione e contrasto*, Torino, 2016.

SEMPREVIVA M.T. (a cura di), *Ordinamento e attività istituzionali del Ministero dell'Interno*, Bari, 2020.

SGUBBIF. - GUERINI T., *L'art. 32 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90. Un primo commento*, in dir. pen. cont., 24 settembre 2014.

SIRACUSANO F., *L'impresa a "partecipazione mafiosa" tra repressione e prevenzione*, in arch. pen., n. 3/2021.

SORACE D., *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2021.

SORDI B., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, in dir. amm., 2008.

SPAGNUOLO VIGORITA R., *Contratti pubblici: apertura del mercato e contrasto della corruzione*, in F. Liguori, C. Acocella (a cura di), *Liberalizzazioni. Istituzioni, dinamiche economiche e lavoro nel diritto nazionale ed europeo*, Napoli, 2015.

SPAGNUOLO VIGORITA R., *Contratti pubblici e fenomeni anticoncorrenziali: il nuovo codice e le linee guida ANAC. Quale tutela?*, in *Federalismi*, 2017.

SPAGNUOLO VIGORITA R., *Semplificazione e sostituzione della legge "Madia" al decreto legge n. 76/2020. Il ruolo dell'amministrazione nelle politiche di sviluppo economico e sociale*, in F. Liguori (a cura di), *Il problema amministrativo. Aspetti di una trasformazione tentata*, Napoli, 2021.

SPAGNUOLO VIGORITA V., *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli 1959.

- SPAGNUOLO VIGORITA V., *Sulla necessaria proporzione tra area espropriata e pubblica utilità*, in riv. giur. edil., 1961.
- SPASIANO M.R., *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003.
- SPATTINI G.C., *Le decisioni tecniche dell'amministrazione e il sindacato giurisdizionale*, in dir. proc. amm., 2011.
- SPAVENTA S., *La giustizia nell'amministrazione e altri scritti*, Napoli, 2006.
- STERPA A., COIANTE A. (a cura di), *Sicurezza, legalità ed economia*, Napoli, 2020.
- TAGLIANETTI G., *I limiti del sindacato giurisdizionale amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse delle Autorità indipendenti: punti fermi e perduranti incertezze*, in foro amm., 2012.
- TASCIOTTI U., *La trasparenza e l'anticorruzione*, Roma, I, 2016.
- TERRANOVA G., *Le procedure concorsuali. Problemi di una riforma*, Milano, 2004.
- TESTI F., *Il commissariamento delle imprese appaltatrici ex art. 32 d.l. 90/2014*, in M. D'Alberti (a cura di), *Corruzione e pubblica amministrazione*, Napoli, 2017.
- TORANO V., *Prime considerazioni sulle misure amministrative di gestione temporanea e straordinaria, sostegno e monitoraggio delle imprese nell'ambito del contrasto della corruzione e della criminalità organizzata*, in www.giustamm.it, n.2/2015.
- TRAVI A., *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in dir. pubb., 1995.
- TRAVI A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2008.
- TRIMARCHI BANFI F., *Canone di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in dir. proc. amm., 2016.
- TRONCONE P., *La legislazione penale dell'emergenza in Italia. Tecniche normative di incriminazione e politica giudiziaria dello Stato liberale*, Napoli, 2001.
- TROPEA G., *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015*, in dir. amm., 2016.
- UBIALI M.C., *La disciplina italiana in materia di corruzione nell'ultimo rapporto GRECO: tra le criticità, la corruzione degli arbitri, la corruzione internazionale, il finanziamento dei partiti*, in dir. pen. cont., 2018.
- URBANO M., *Il controllo giudiziario delle aziende di cui all'art. 34 bis del Codice antimafia*, in AA.VV. *Criticità gestionali di beni e aziende sequestrate*, Bari, 2018.
- VALENTINI V., *Dentro lo scrigno del legislatore penale. Alcune disincantate osservazioni sulla recente legislazione anticorruzione*, 7 febbraio 2013, in www.penalecontemporaneo.it.

VALENTINI M., FALCO L., *Dialogo sul futuro del Ministero dell'Interno. Dieci proposizioni per l'amministrazione dell'interno 4.0*, Napoli, 2018.

VANNUCCI A., *Il lato oscuro della discrezionalità. Appalti, rendite e corruzione*, in G.D. Comporti (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Napoli, 2011.

VANNUCCI A., *Atlante della corruzione*, Torino, 2012.

VASSALLI G., *Misure di prevenzione e diritto penale*, in *Studi in onore di Biagio Petrocelli*, Milano, 1972.

VASSALLI G., *Corruzione propria e impropria*, in *Studi in onore di Musotto*, V, Palermo, 1998.

VELTRI G., *La prevenzione antimafia collaborativa: un primo commento*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2022.

VENEZIANO S., *Il controllo giurisdizionale sui concetti giuridici a contenuto indeterminato e sulla discrezionalità tecnica in Italia*, relazione al XI Convegno di diritto amministrativo *Concetti giuridici a contenuto indeterminato e giurisdizione amministrativa*, Palermo, 14 ottobre 2005, in www.giustizia-amministrativa.it.

VERGINE F., *Le misure patrimoniali diverse dalla confisca*, in F. Fiorentin (a cura di), *Misure di prevenzione personali e patrimoniali*, Torino, 2018.

VILLATA R., RAMAJOLI M., *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006.

VIPIANA P.M., *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, 1993.

VISCONTI C., *Strategie di contrasto dell'inquinamento criminale dell'economia: il nodo dei rapporti tra mafie e imprese*, in *riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2/2014;

VISCONTI C., *Codice antimafia. Luci e ombre della riforma*, in *dir. pen. e proc.*, n. 2/2018.

VISCONTI C., TONA G., *Nuove pericolosità e nuove misure di prevenzione: percorsi contorti e prospettive aperte nella riforma del codice antimafia*, in *leg. pen.*, 14 febbraio 2018.

VITTA C., *Diritto amministrativo*, Torino, 1948.

VOZZA D., *I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale*, in *dir. pen. cont.*, 15 aprile 2013.

VULCANO M., *Le modifiche del decreto legge n. 152/2021 al codice antimafia: il legislatore punta sulla prevenzione amministrativa e sulla compliance 231 ma non risolve i nodi del controllo giudiziario*, in *giur.pen.*, 2021.

WEBER M., *Economia e società*, Milano, 1968.

ZAGREBELSKI G., *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008.

ZANOBINI G., *L'attività amministrativa e la legge*, in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955.

ZGAGLIARDICH G., MENGOTTI E., *La nuova certificazione antimafia*, Milano, 1998.

ZORLONI L., *Appalti commissariati ma puntuali: quel paradosso sui cantieri Expo*, su *Il Giorno* del 20 marzo 2015.