



13 AGOSTO 2025

Forme di prevenzione antimafia nello spettro delle regole e dei principi del nuovo codice degli appalti

di Ludovico Di Benedetto e Jacopo Buongiorno

Dottore di ricerca e Dottorando di ricerca in Diritto pubblico
Sapienza Università di Roma

Forme di prevenzione antimafia nello spettro delle regole e dei principi del nuovo codice degli appalti *

di **Ludovico Di Benedetto e Jacopo Buongiorno**

Dottore di ricerca e Dottorando di ricerca in Diritto pubblico
Sapienza Università di Roma

Abstract [It]: Il contributo, prendendo spunto dalle conseguenze che la recente introduzione del nuovo codice dei contratti pubblici ha avuto sui principali strumenti di prevenzione amministrativa antimafia, approfondisce alcune tematiche sostanziali concernenti questi ultimi. In particolare, rispetto alla documentazione antimafia, si analizzano i suoi effetti sulla procedura ad evidenza pubblica e la sua tenuta costituzionale e convenzionale; rispetto alle *white list* e ai protocolli di legalità, il loro rapporto con le gare pubbliche e la loro conformità al diritto unionale.

Title: Forms of anti-mafia prevention within the spectrum of rules and principles of the new procurement code.

Abstract [En]: This paper, starting from the consequences of the recent introduction of the new public contracts code has had on the main administrative anti-mafia prevention tools, examines in depth some substantial issues concerning the latter. Especially, with respect to anti-mafia documentation, its effects on the public tender procedure and its constitutional and conventional validity are analyzed, with respect to whitelists and legality protocols, their relationship with public tenders and their compliance with EU law.

Parole chiave: documentazione antimafia; *white list*; protocolli di legalità; esclusione dalla procedura ad evidenza pubblica; principio del risultato.

Keywords: anti-mafia documentation; whitelist; legality protocols; public tender procedure exclusion; result principle.

Sommario: 1. Premessa. Direttrici normative del contrasto all'influenza mafiosa sull'azione amministrativa. 2. Quadro sinottico dei principi generali del nuovo codice degli appalti. **Parte I** - Sistema pubblicistico delle misure antimafia. La documentazione: 1.1. Note sintetiche sulla documentazione antimafia. La comunicazione antimafia. 1.2. Segue: l'informazione antimafia. 2.1. Le ripercussioni dell'informazione sui contratti pubblici: le regole nella fase pubblicistica. 2.2. Segue: le regole nella fase esecutiva. 2.3. Il caso dell'operatore economico in forma collettiva. 3. Tutela costitutiva e sindacato giurisdizionale. 4. La seriazione delle misure nella lotta all'infiltrazione mafiosa nei contratti pubblici e i principi del nuovo codice. **Parte II** - Sistema informativo-reputazionale e sistema pattizio delle misure antimafia. *White list* e protocolli di legalità: 5. Le *white list*. 5.1. Inquadramento generale dei protocolli di legalità. 5.2. La compatibilità dei protocolli di legalità con il diritto europeo. 5.3. I protocolli di legalità alla luce della pandemia COVID-19 e della normativa emergenziale, l'articolo 83 bis e nuovi problemi con il principio di tassatività delle cause di esclusione dalle procedure ad evidenza pubblica. 6. Conclusioni: un bilancio delle misure.

1. Premessa. Direttrici normative del contrasto all'influenza mafiosa sull'azione amministrativa

La Costituzione, conformandosi al principio personalistico, ha disegnato un'amministrazione pubblica come strumentale alla protezione e alla soddisfazione dei diritti e delle libertà dei singoli¹. Ciò si evince,

* Articolo sottoposto a referaggio. Ferma la progettazione comune, la Premessa e la Parte I sono opera di Ludovico Di Benedetto, la Parte II di Jacopo Buongiorno.

¹ Lo mettono in luce, tra gli altri, A. BARTOLINI, A. PIOGGIA, *La legalità dei principi di diritto amministrativo e il principio di legalità*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 80 e

non solo dalle disposizioni direttamente concernenti l'apparato pubblico (gli artt. 97 e 113 Cost., per intenderci), ma anche dai principi fondamentali di cui agli artt. 2 e 3 della Carta.

L'inquinamento delle strutture amministrative ad opera della criminalità organizzata e, segnatamente, di quella mafiosa, mette in seria difficoltà la realizzazione di questo progetto costituzionale. Ciò, si badi, vale sia quando il destinatario del condizionamento sia proprio un soggetto pubblico, sia quando il termine passivo sia un privato, persino in veste imprenditoriale, che si trovi in un rapporto giuridicamente qualificato con la p.a. (negozi, atti amministrativi ampliati). Vista l'importanza economica e sociale, particolarmente sensibile è il settore delle commesse pubbliche.

È risaputa la pervasività della criminalità organizzata nell'economia legale². Per fronteggiarla è richiesta una reazione sinergica di tutte le branche dell'ordinamento, non solo di quella penalistica³. La realizzazione dei delitti-scopo, caratteristica di qualsiasi associazione a delinquere (art. 416 c. 1 c.p.), è foriera di ingenti profitti, prontamente reinvestiti, e diviene strumentale, nella consorte mafiosa, ad altri obiettivi, tanto economici quanto sociali.

Inutile sottolineare quanto sia imponente la forza imprenditoriale di un operatore, come quello mafioso, che ben può piegare a suo favore le regole della concorrenza e addivenire al suo obiettivo ultimo, che è quello di imporre il monopolio nel mercato, estromettendo tutte le imprese potenzialmente rivali e non conniventi⁴.

Di qui tutta una serie di interventi di normazione primaria volti ad evitare che le organizzazioni criminali attecchiscano nell'economia legale, creando un complesso sistema di tutela preventivo-amministrativo, che affianchi (*recte*: anticipi), quello repressivo-penale.

Il legislatore, infatti, ha preso atto dell'insufficiente - o, quantomeno, farraginosa - copertura del fenomeno in discorso per opera degli istituti penalistici comuni (quelli del codice penale: artt. 317, 318,

ss. e A. CRISMANI, *L'influenza della criminalità organizzata sul libero esercizio dell'azione amministrativa degli enti locali*, in *Federalismi.it*, n. 7, 2014, p. 2.

² La proiezione imprenditoriale delle cosche traspare già dalla nozione di mafiosità di cui all'art. 416 bis c. 3 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 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 una puntuale definizione di impresa mafiosa, si rinvia a E. FANTÒ, *L'impresa a partecipazione mafiosa. Economia legale ed economia criminale*, Edizioni Dedalo, Bari, 1999, p. 39.

³ Lo avverte lucidamente, ad esempio, G. FIANDACA, *Criminalità organizzata e controllo penale*, in *Indice penale*, 1991, pp. 30-31: "[...] il tema della criminalità organizzata presenta [...] risvolti che vanno ben al di là della triplice prospettiva criminologica, penale e di polizia".

⁴ Nella *Relazione conclusiva della Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali, anche straniere*, XVII legislatura, del 7.2.2018, disponibile al sito Inchieste Camera, si attesta che le fondamenta del potere economico delle mafie "non risiedono in loro particolari abilità imprenditoriali e manageriali, ma vanno rintracciate nel fatto che possono contare sul sostegno, la cooperazione e le competenze di altri soggetti che intrattengono con i primi scambi reciprocamente vantaggiosi" (p. 21). Non è un caso che i settori merceologici a più alta densità mafiosa siano, dunque, quelli connotati da basso tasso tecnologico, notevole intensità di manodopera, cospicui investimenti di capitali, ma scarsa capacità gestionale (per esempio, l'edilizia, il ciclo dei rifiuti, l'agricoltura).

319, 416 e 416 bis c.p.), dal momento che, in primo luogo, non in grado di colpire situazioni affini, cariche di pericolosità ma di difficile tipizzazione (stante il divieto di analogia ex art. 25 Cost. e art. 14 prel. c.c.); in secondo luogo, perché, ancorati all'impostazione individualistica, risultano incapaci di sanzionare l'organismo economico *ex se* (il codice prescrive solo misure civilistiche: art. 197 c.p.); soprattutto, in ultimo luogo, in quanto intervengono a consuntivo, a situazione, cioè, già compromessa.

L'introduzione della responsabilità amministrativa da reato in forza del d.lgs. 231/2001 è riuscita solo parzialmente ad innovare la materia, includendo nell'elenco dei reati imputabili all'ente morale pure quelli contro la pubblica amministrazione e di criminalità organizzata (cfr. artt. 24 ter e 25 del decreto citato)⁵. Pertanto, sono stati prodotti nuovi testi normativi, finalizzati a coprire queste vulnerabilità. Le coordinate legislative della prevenzione amministrativa si estrapolano oggi dal codice antimafia e dal codice degli appalti.

Di queste normative si parlerà diffusamente nel prosieguo della trattazione; qui basti rimarcare come l'impalcatura offerta dal legislatore con queste riforme abbia imposto un obiettivo di ampio respiro: più che la repressione di uno specifico episodio criminoso, essa ha di mira il contrasto, in senso più comprensivo, della *maladministration*, da intendere come asservimento della funzione pubblica agli interessi particolari⁶, *in primis* quelli della criminalità.

Dall'intreccio di queste disposizioni di legge si evince che il principio di legalità (art. 97 Cost.) ed il principio di rango europeo di concorrenza (art. 26 TFUE) influenzano l'attività amministrativa anche sul versante contrattuale. Dal punto di vista contenutistico, le autorità pubbliche devono indirizzare l'autonomia negoziale di cui godono al soddisfacimento di interessi generali prefissati dalla legge. Dal lato procedimentale, le amministrazioni sono obbligate a rispettare una sequenza di atti, scandita dal legislatore al fine di scegliere la controparte negoziale.

Tra le regole formali che limitano la selezione del contraente, sono oggetto del presente studio quelle destinate ad escludere dalla gara pubblica operatori economici, la cui iniziativa imprenditoriale, a prescindere da interventi definitivi del giudice penale, si palesi come un pericolo per l'ordine pubblico e per la competitività dei mercati.

In particolar modo, si tratta di esempi riconducibili al sistema pubblicistico e pattizio delle misure antimafia, *sub specie* di documentazione, *white list* e protocolli di legalità. Tali istituti, dunque, pur innestandosi nel microcosmo dei contratti pubblici, sono da annoverare tra gli strumenti di prevenzione amministrativa dell'inquinamento degli appalti pubblici dalla criminalità organizzata. La loro *ratio* si

⁵ Se ha introdotto un complesso sistema sanzionatorio ritagliato sulle specificità della persona giuridica (artt. 9 e ss.) e ha fissato alcune importanti regole per una buona organizzazione imprenditoriale (art. 6), l'elemento costitutivo del reato commesso nell'interesse o vantaggio dell'ente (art. 5 c. 1), in uno con la mancanza di strumenti preventivi cogenti, rendono comunque anche questa iniziativa normativa insufficiente alle esigenze manifestate in apertura.

⁶ Il concetto viene proposto in S. CASSESE, "*Maladministration*" e rimedi, in *Foro italiano*, n. 5, 1992, p. 243.

rinviene nell'evitare che si instauri una relazione giuridico-economica tra p.a. e soggetti che orbitano attorno al circuito mafioso.

2. Quadro sinottico dei principi generali del nuovo codice degli appalti

La recente introduzione del nuovo codice degli appalti, in uno con alcune riforme della normativa di riferimento, rendono opportuno un approfondimento sugli strumenti di prevenzione antimafia, onde affrontarne le problematiche più attuali, verificarne la tenuta rispetto alla novella legislativa e saggiarne la compatibilità sovranazionale e costituzionale. Il raffronto con le regole e, soprattutto, con i principi generali fissati in apertura del codice dei contratti, a partire da quelli di risultato, fiducia e accesso al mercato, posti in una posizione di preminenza ermeneutica (art. 4 del codice), sarà utile per dipanare molteplici questioni interpretative sorte in materia.

Prima di affrontare alcune di queste tematiche, è utile premettere una breve panoramica dei canoni appena citati. Il loro inserimento, salutato con favore dai primi commentatori⁷, persegue la finalità di aumentare i confini di discrezionalità dell'amministrazione procedente, ampliandone i margini valutativi.

La novità è evidente se si confronta con l'impostazione sottesa alla previgente regolamentazione. Infatti, la normativa di cui al codice del 2016 - ma lo stesso vale per quella del 2006 - era prevalentemente incentrata sull'assicurare la concorrenza ad ogni costo, anche qualora ciò avesse significato azzerare la discrezionalità della p.a. ovvero imporre oneri economici e procedurali difficilmente comprensibili in capo agli operatori privati. Tanto che, come evidenziato efficacemente in dottrina⁸, la stazione appaltante si riduceva ad un mero soggetto banditore, chiamato a regolare la gara sull'idea che la competizione tra i candidati fosse l'obiettivo da raggiungere, e non il mezzo per arrivare all'affidamento (e quindi alla realizzazione di opere, servizi, forniture nell'interesse della collettività).

La novella cambia prospettiva, ricalibrandola a favore dell'amministrazione di risultato e dell'interesse pubblico finale. Come dichiarato esplicitamente dal legislatore (art. 1 c. 2 del codice), la concorrenza rientra nei suoi ranghi e diviene strumento per il raggiungimento di questi scopi; si conferisce così il primato logico e giuridico alla funzione di committenza pubblica.

Specialmente con la consacrazione del principio di risultato, corollario del canone di buon andamento (art. 97 Cost.)⁹ e collocato al vertice del codice (art. 1), si è voluto estendere gli spazi di esercizio del potere

⁷ Per esempio, L. CARBONE, *La scommessa del "Codice dei contratti pubblici" e il suo futuro*, disponibile al sito [Giustizia Amministrativa](#), 2023, *passim*, e G. NAPOLITANO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 3, 2023, p. 287 e ss.

⁸ F. CINTIOLI, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, disponibile al sito [Giustizia Amministrativa](#), 2023, p. 1. Si veda, prima ancora, M. CAFAGNO, *Lo Sato banditore*, Giuffrè, Milano, 2001, *passim*.

⁹ Da questo punto di vista, il principio del risultato non è una novità nel sistema: si guardi ai canoni di economicità e di non aggravamento citati nell'art. 1 della l. 241/90, nonché agli artt. 11 e 21 octies c. 2 della medesima legge.

discrezionale (art. 1 c. 4), cercando di arginare il deprecabile fenomeno della burocrazia difensiva (o, che è lo stesso, della paura della firma; cfr. le lett. a) e b) del citato comma 4). Tradottasi in appesantimenti procedurali e allungamenti temporali, questa degenerazione, alimentata dal legislatore e dalla giurisprudenza, era giustificata proprio dall'idea di comprimere il più possibile la discrezionalità in materia, vista come fattore aleatorio e potenzialmente criminogeno¹⁰.

Nella medesima direzione si pone pure il principio di fiducia (art. 2) che, in sé dotato di valenza programmatica, diviene precetto nel momento in cui si collega al precedente. D'altronde, solo postulando l'autonomia decisionale dei soggetti pubblici, senza pregiudiziali sospetti, sarà possibile per l'amministrazione raggiungere l'obiettivo che si prefigge (art. 2 c. 2)

Certo, tutto questo non significa che, pur di raggiungere il risultato, l'amministrazione possa affidare il contratto senza vagliare tutti gli elementi del caso, ma che la stazione appaltante, tra più soluzioni ragionevoli, dovrà selezionare quella più conforme col principio del risultato e che, tra l'agire e il non agire, è preferibile (e maggiormente garantito) il primo¹¹.

In ultima analisi, il legislatore, fissando questi principi, ha preso atto della complessità crescente del diritto dei contratti pubblici e ha conferito cittadinanza ad alcune valvole di sfogo, immaginate per mediare tra legalità e buon andamento al fine costruire o completare la norma del caso concreto. Il sistema non può (più) soddisfarsi del rispetto formale delle regole.

Sarà chiarito nel corso della trattazione se e entro quali limiti questi principi possano essere spesi nella materia della prevenzione antimafia.

Parte I - Sistema pubblicistico delle misure antimafia. La documentazione

1.1. Note sintetiche sulla documentazione antimafia. La comunicazione antimafia

Uno¹² dei mezzi congegnati dall'ordinamento giuridico per evitare le difficoltà ricordate nella premessa nel contesto dei rapporti con le pubbliche amministrazioni è la documentazione antimafia. Di essa si

¹⁰ Basti porre mente al pacchetto di riforme sulla prevenzione della corruzione, originate nel 2014 e concluse con il codice del 2016.

¹¹ Si veda a tal proposito la proroga del cosiddetto scudo erariale, che esclude la responsabilità contabile in caso di condotta attiva gravemente colposa: art. 1 c. 9 del d.l. 202/2024, convertito in l. 15/2025.

¹² Ma non l'unico, si badi. Ne esistono altri, alcuni dei quali verranno citati nel corso della trattazione; qui sia consentito farne solo una menzione: l'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche e delle aziende (art. 34 d.lgs 159/2011), il controllo giudiziario delle aziende (art. 34 bis dello stesso decreto), la prevenzione collaborativa (art. 94 bis), le misure di straordinaria e temporanea gestione dell'impresa (art. 32 d.l. 90/2014).

Per una trattazione istituzionale della documentazione, A. POLICE, *La disciplina antimafia tra tutela dell'ordine pubblico e diritto al sostentamento*, in *Amministrazione in cammino*, n. 2, 2023, p. 121; S. MAZZAMUTO, *Profili di documentazione antimafia*, in *Giustamm.it*, n. 3, 2016, p. 1; G. AMARELLI, S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2019, *passim*; A.M. BARONI, E. DI AGOSTA, A. PETRONELLI, *Gli strumenti di contrasto alle infiltrazioni mafiose nel settore degli appalti pubblici*, in M. T. SEMPREVIVA (a cura di), *Ordinamento e attività istituzionali del Ministero dell'interno*, Dike giuridica, Roma, 2020, p. 193, nonché F.

occupano gli artt. 82 e ss. del d.lgs. 159/2011 (codice delle leggi antimafia e di prevenzione, d'ora innanzi clamp)¹³, eredi di una lunga tradizione¹⁴. Trattasi di un provvedimento amministrativo a carattere preventivo¹⁵, non punitivo¹⁶, di competenza dell'autorità prefettizia, con il quale si accerta la presenza di elementi che comportano una speciale incapacità giuridica in capo all'operatore economico: ove questi difettino, la documentazione assume valenza prettamente ricognitiva (e liberatoria); allorquando, viceversa, siano ritenuti sussistenti, ha efficacia costitutivo-impeditiva. In quest'ultima evenienza, a protezione rispettivamente dell'ordine pubblico, del buon andamento, della concorrenza nel mercato, si vuole evitare che la stessa p.a. possa inconsapevolmente assecondare gli interessi malavitosi, addivenire alla stipula di contratti con soggetti inadatti, menomare indirettamente la contendibilità delle commesse¹⁷.

FIGORILLI, W. GIULIETTI, *Contributo allo studio della documentazione antimafia: aspetti sostanziali, procedurali e di tutela giurisdizionale*, in *Federalismi.it*, n. 14, 2021, p. 56.

¹³ Attuativo della delega di cui agli artt. 1 e 2 della l. 136/2010. Il codice è stato a più riprese modificato; tra le novelle più significative rammentiamo quelle del 2014 (d.l. n. 119 e d.lgs. n. 153), del 2017 (l. n. 161) e, da ultimo, del 2021 (d.l. n. 152). Il quadro normativo qui in discorso, contenuto nel libro II, è definito "in alcune parti poco organico e inadeguato" in S. STICCHI DAMIANI, *Le interdittive tra lacune normative e discrezionalità amministrativa: il ruolo del giudice amministrativo nell'individuazione degli elementi indiziari*, in G. AMARELLI e S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Le interdittive*, cit., p. 89. In effetti, non si può non notare la sua scarsa linearità ed intelligibilità.

¹⁴ Germinate dal più ampio *genus* delle misure di polizia *ante o praeter delictum*, le prime forme di autentica tutela preventiva antimafia risalgono alla l. 575/1965, in cui si prevedeva il divieto per l'amministrazione di emanare provvedimenti di favore verso chi fosse stato attinto da una misura di prevenzione (art. 10). Col successivo d.lgs. 490/1994 (art. 4) si è disposta la distinzione tra comunicazione ed informazione antimafia, poi confermata nel testo unico di cui al d.p.r. 252/1998 (in special modo, artt. 1, 10 e 11). Sulla normativa pregressa, cfr. U. CIMMINO, *La nuova certificazione e le altre cautele antimafia*, Quattosoli, Palermo, 1995, *passim* e G. ZGAGLIARDICH, E. MENGOTTI, *La nuova certificazione antimafia. Il DPR 252/98 e la nuova disciplina vigente dal 28 settembre 1998*, Giuffrè, Milano, 1998, *passim*.

Per approfondimenti storici sul diritto della prevenzione, M. SBRICCOLI (a cura di), *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Giuffrè, Milano, 2009, *passim* e L. LACCHÈ, *Uno "sguardo fugace". Le misure di prevenzione in Italia tra ottocento e novecento*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 2, 2017, p. 413.

¹⁵ Ma non cautelare né d'urgenza; cfr. le annotazioni presenti in TAR Puglia, Bari, sez. III 28/2020. Pregevole la ricostruzione in termini di provvedimento di controllo in senso proprio: la p.a. effettua una verifica di conformità rispetto ad un parametro valutativo preesistente, con la possibilità di disporre sanzioni conseguenti (F. FIGORILLI e W. GIULIETTI, *op. cit.*, p. 7).

¹⁶ È ben noto che, conformemente alla giurisprudenza internazionale (ovvio il richiamo a Corte EDU, Engel v. Paesi Bassi, 8 giugno 1976), il carattere afflittivo o meno di una sanzione non si possa evincere dal solo dato formale (il *nomen iuris*), ma vada ricercato nei suoi connotati sostanziali e teleologici. Rispetto alla documentazione antimafia, la giurisprudenza è tetragona nello stimarla come strumento non penale, bensì preventivo; eppure, è necessario sottolineare che la compressione di un diritto, come quello di libera iniziativa economica discendente dall'interdittiva, può sia assolvere una finalità punitiva sia una funzione preventiva. Infatti, ad esempio, propendono per la natura quasi penale dell'interdittiva, P. PROVENZANO, *Note minime in tema di sanzioni amministrative e materia penale*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 6, 2018, *passim*; A. LONGO, *La "massima anticipazione di tutela". Interdittive antimafia e sofferenze costituzionali*, in *Federalismi.it*, n. 14, 2019, p. 2, e J.P. DE JORIO, *Le interdittive antimafia ed il difficile bilanciamento con i diritti fondamentali*, Jovene, Napoli, 2019, p. 9, mentre è a favore della prevalente natura preventiva (o almeno ibrida) - con l'aggiunta delle garanzie fissate nella sentenza Corte Edu, De Tommaso v. Italia, ric. 43395/09, deciso nel 2017 - F. MAZZACUVA, *La natura giuridica delle misure interdittive antimafia*, in G. AMARELLI e S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *op. cit.*, p. 69.

¹⁷ Nella *Relazione conclusiva della Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno della criminalità organizzata mafiosa o similare*, XV legislatura, del 19.2.2008, disponibile al sito Inchieste Camera, si legge: "Il crimine organizzato ha individuato nel settore degli appalti pubblici il vero e proprio core business dell'imprenditoria illegale, in grado di assicurare concreti vantaggi che vanno anche oltre il mero arricchimento [...]. Attraverso gli appalti pubblici, infatti, le organizzazioni mafiose ricercano spazi economici legali, verso cui canalizzare i proventi illeciti con finalità di riciclaggio; rafforzano ulteriormente il controllo sul territorio imponendo subappalti [...]; ed infine acquisiscono una nuova veste di rispettabilità sociale connessa ad una minore visibilità [...]" (p. 32).

In estrema sintesi, sono il principio personalistico (art. 2 Cost.) e quelli di legalità e buon andamento (art. 97 Cost.), sottesi ad ogni azione amministrativa, a reclamare un controllo sulle relazioni economiche tra autorità pubblica e privati¹⁸.

Come già indicato, la documentazione non viene richiesta per qualsiasi rapporto giuridico né rispetto a qualsiasi soggetto. L'art. 83 clamp, infatti, indica innanzitutto, nella parte iniziale del comma 1 e nel comma immediatamente successivo, i soggetti "attivi", cioè coloro che sono *ex lege* obbligati ad acquisire la documentazione, senza poterla contestare nel merito: ovviamente le autorità pubbliche, ma anche certi corpi formalmente privati eppure materialmente collegati alla gestione dell'interesse pubblico (società controllate, concessionari, contraenti generali)¹⁹.

I soggetti "passivi", nei cui riguardi cioè deve essere disposto il controllo e che rispetto ad esso vantano un interesse legittimo oppositivo, sono invece elencati nell'art. 85 clamp, che distingue opportunamente tra operatore economico "semplice" ex comma 1 (*id est* impresa individuale, secondo la nozione civilistica: saranno il titolare e il direttore tecnico) e quello "complesso" (società, consorzi, raggruppamenti temporanei di impresa), avente una disciplina ben più dettagliata di cui ai commi susseguenti (di regola, sarà il rappresentante legale)²⁰.

Dall'ultima parte del comma primo dell'art. 83, inoltre, si trae l'ambito applicativo oggettivo, in quanto si precisa che tale tipologia provvedimentale deve essere acquisita in sede di gara ad evidenza pubblica (prima della stipulazione, approvazione o autorizzazione di contratti, compresi subcontratti) e di rapporti *strictu sensu* pubblicistici (prima del rilascio di autorizzazioni, concessioni, licenze)²¹. Il perimetro della

¹⁸ "Se un vero e più profondo fondamento, allora, si vuole generalmente rinvenire nella legislazione antimafia e, particolarmente, nell'istituto dell'informazione antimafia, esso davvero riposa nella dignità della persona [...]": così si esprime Cons. St. sez. III 758/2019.

Circa l'inefficienza complessiva del sistema ove rapportato alle altre misure di prevenzione, si vedano le critiche in F. G. SCOCA, *Razionalità e costituzionalità della documentazione antimafia in materia di appalti pubblici*, in *Giustamm.it*, n. 6, 2013, p. 13.

e *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta "anticipata" alla criminalità organizzata*, in *Giustamm.it*, n. 6, 2018, p. 8, nonché N. DURANTE, *L'interdittiva antimafia, tra tutela anticipatoria ed eterogenesi dei fini*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, n. 4, 2020, p. 1966. Ulteriori indicazioni si possono trarre da F. FRATTINI, *Caratteri salienti e criticità recenti delle informative antimafia*, disponibile al sito Giustizia Amministrativa, 2020, *passim*.

¹⁹ Interessanti spunti si colgono in Cons. St. sez. III 452/2020, ove si propone di ritornare al testo originario del codice che, fino al 2012, prevedeva la possibilità di controlli anche da parte di soggetti formalmente e sostanzialmente privati, in rapporti *iure privatorum*.

²⁰ Meritano speciale menzione il comma 2 ter, dedicato alle società costituite all'estero, e il comma 3, il quale estende i controlli anche ai familiari maggiorenni conviventi con i soggetti elencati nelle disposizioni precedenti. L'Atto Senato n. 1236 - al momento in cui si scrive in discussione in sede camerale, dopo essere stato approvato all'altro ramo - aggiunge, condivisibilmente, le imprese parti di un contratto di rete (art. 3). È pacifico che in nessun caso possa essere attinto dalla documentazione il singolo come persona fisica, in forza non solo dell'inequivoco tenore testuale della normativa, ma anche secondo un'interpretazione sistematica e teleologica (Cons. St. sez. III 5350/2024 e 2212/2023).

²¹ Si rinvia, come fa lo stesso art. 83, alla lunga elencazione di cui all'art. 67 c. 1 clamp, che, si badi, non annovera solo atti amministrativi in senso stretto, ma anche atti formalmente privati (come la segnalazione certificata di inizio attività).

documentazione è infine ritagliato dal comma 3 dell'articolo da ultimo citato, il quale fissa alcune eccezioni all'obbligo anzidetto²².

Ferma la disciplina comune appena tratteggiata, il legislatore discerne, in base ai contenuti e all'efficacia, due tipologie di documentazione antimafia, la comunicazione e l'informazione (art. 84 c. 1 clamp).

Con la comunicazione antimafia, la cui regolazione è dislocata negli artt. 84 c. 2, 86 c. 1 e c. 5 e 87 e ss. clamp, l'amministrazione attesta la presenza (o meno) di una misura preventiva personale e definitiva di competenza giudiziaria di cui agli artt. 4 e ss. clamp oppure di una condanna - anche non definitiva ma confermata in appello - per i gravi reati richiamati dall'art. 51 c. 3 bis c.p.p.²³. È dunque un provvedimento dal carattere vincolato, che non presuppone alcun margine di scelta in capo al soggetto pubblico né tanto meno una sua valutazione sulla delibazione della magistratura. La p.a., semplicemente, non deve fare altro che verificare la presenza dei detti atti²⁴.

Se l'accertamento dà esito negativo, ossia si riconosce che le misure anzidette non siano più aggiornate (in quanto caducate o altrimenti prive di effetti), viene rilasciata una comunicazione liberatoria che conferisce il potere di addivenire alla stipula del contratto o di ottenere il provvedimento favorevole per

²² Tra le più importanti delle quali ricordiamo quella della lett. e) che lo esclude allorché si tratti di contratti e provvedimenti non aventi un valore economico superiore ad una data soglia, pari oggi a 150.000 euro. Pur a fronte di tali deroghe, l'amministrazione è comunque facoltizzata ad acquisire l'accertamento: Cons. St. sez. III 3874/2014 e 3300/2016. L'art. 91 c. 7 clamp affida ad un regolamento governativo l'individuazione delle attività produttive maggiormente esposte al rischio di infiltrazione, rispetto alle quali l'ottenimento della documentazione è sempre obbligatoria, a prescindere dal valore. Anche gli artt. 91 c. 1 bis e 95 c. 3 annoverano ipotesi di acquisizioni indipendenti dall'importo degli emolumenti.

²³ L'art. 84 c. 2 clamp, nello scolpire tale previsione, rinvia infatti all'art. 67: il comma 1, a sua volta, rimanda al libro I, titolo I, capo II del codice antimafia e, cioè, appunto, alle misure citate nel corpo; l'ultimo comma alle fattispecie criminose riferite (per esempio, associazione mafiosa, scambio elettorale politico-mafioso, associazione a delinquere per spaccio di droga).

Ove sia occorsa la riabilitazione ex art. 178 c.p. per i reati accertati giudizialmente o quella ex art. 70 clamp, la comunicazione non può più essere ostativa. Per una migliore trattazione del rapporto riabilitazione-documentazione, A. ALBERICO, *Giudizio penale, riabilitazione ed interdittive*, in G. AMARELLI, S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *op. cit.*, p. 309.

²⁴ La comunicazione viene acquisita dai soggetti "attivi" mediante diretta consultazione della banca dati nazionale unica (bdna), di cui agli artt. 96 e ss. (cfr. altresì il d.p.c.m. 193/2014). Il rilascio della comunicazione è immediato in mancanza di misure afflittive (artt. 87 c. 1 e 88 c. 1 clamp: cosiddetta comunicazione *de plano*). Qualora invece emergano le cause ostative richiamate (oppure quando il soggetto "passivo" non sia censito dalla bdna), il procedimento si aggrava, prevedendosi uno slittamento di attribuzione in favore della prefettura competente per territorio (per il riparto di competenza amministrativa cfr. art. 87 c. 2 clamp).

Data la rilevanza degli interessi in gioco, la legislazione giustifica una compressione delle garanzie procedurali comuni di cui alla l. 241/1990. In particolare, vista l'urgenza, viene pretermesso il contraddittorio endoprocedimentale, mancando la comunicazione di avvio (Cons. St. sez. III 4555/2016, 565/2017, 758/2019, 1968/2019 e 2854/2020). È sicuramente applicabile l'art. 21 octies c. 2 sui vizi formali non invalidanti; sul punto cfr. Cons. St. sez. III 5623/2013 e 4716/2024.

Parziale attenuazione subisce infine il diritto di accesso documentale. Conformemente all'art. 24 c. 1 l. 241/90, il d.m. 415/94 (lett. d), art. 3), per quanto qui rileva, vieta l'ostensione dei documenti dell'amministrazione dell'interno "per motivi di ordine o di sicurezza pubblica ovvero ai fini di prevenzione e repressione della criminalità". La giurisprudenza ritiene che in tale espressione non rientri automaticamente la documentazione antimafia, essendo necessario che la p.a. motivi di volta in volta il diniego secondo le regole generali. Il tema è scandagliato in Cons. St. sez. III 1788/2012 e 6360/2023 e CGARS 9/2011.

i successivi 6 mesi²⁵; nell'evenienza opposta, l'autorità prefettizia adotta una comunicazione interdittiva²⁶ che estingue tutte le iscrizioni, autorizzazioni, abilitazioni per lo svolgimento di attività imprenditoriali, compresi silenzi assenso e segnalazioni certificate (artt. 67 c. 1 e 89 c. 2 clamp), ed è altresì fonte del divieto di concludere contratti (e subcontratti) con la p.a. (art. 67 c. 2 clamp)²⁷.

1.2. Segue: l'informazione antimafia

L'informazione (o informativa) antimafia è il provvedimento che accerta la presenza (o meno), ancora una volta, di una misura preventiva personale disposta con provvedimento definitivo dall'autorità giudiziaria ovvero - ed è questo l'aspetto saliente - di tentativi di infiltrazione mafiosa aventi la finalità di condizionare le scelte economiche dell'organismo interessato²⁸ (art. 84 c. 3 clamp). Il condizionamento può anche essere desunto dagli elementi indicati in via esemplificativa dallo stesso codice: dall'elencazione non tassativa²⁹ di cui all'art. 84 c. 4 clamp la dottrina e la giurisprudenza hanno tratto la distinzione tra informativa specifica, basata sui rivelatori di cui alle lett. a), b), c) ed f) (ma si veda pure l'art. 91 c. 6, ultima parte)³⁰, e informativa generica, radicata, in forza delle restanti lettere (e della prima parte dell'art. 91 c. 6), su indici sintomatici non legislativamente predeterminati ma lasciati alla valutazione dell'amministrazione³¹.

²⁵ L'efficacia semestrale è fissata nell'art. 86 c. 1 clamp e, a parere del diritto pretorio (Cons. St. sez. III 5479/2019; TAR Palermo sez. I 288/2018), vale solo per le comunicazioni liberatorie, non avendo termine quelle interdittive.

²⁶ Da comunicare entro i successivi 5 giorni all'interessato: comma 4 quinquies dell'art. 88 clamp.

²⁷ Per l'estensione delle incapacità al convivente e ai corpi morali controllati dal preposto, si veda il comma 4 dell'art. 67 clamp. Gli strumenti preventivi e, di conseguenza, la comunicazione ostativa possono eccezionalmente essere accantonate per opera del giudice della prevenzione nel caso in cui, per effetto delle medesime, l'interessato (e la sua famiglia) verrebbero privati dei mezzi di sostentamento (comma 5).

²⁸ L'elemento del condizionamento che si aggiunge a quello dell'accertamento del rischio di infiltrazione è ingiustamente sacrificato, tanto nella prassi amministrativa quanto nella giurisprudenza. Lo denuncia F. G. SCOCA, *Le interdittive*, cit., p. 2.

²⁹ E non potrebbe essere diversamente secondo il formante giurisprudenziale: cfr. Cons. St. sez. III 565/2017, 1109/2017, 6896/2023, 142/2024 e 193/2024. In Cons. St. sez. III 1743/2016 si afferma: "*Gli elementi di inquinamento mafioso, ben lungi dal costituire un numerus clausus, 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*".

³⁰ Rispettivamente concernenti la condanna (o il rinvio a giudizio o l'apposizione di misure cautelari) per certi gravi reati (per citarne alcuni: turbata libertà degli incanti, estorsione, usura; beninteso, la presenza di questi reati spia non comporta alcun automatismo), l'irrogazione (o la proposta) di una misura preventiva, l'omessa denuncia di alcuni reati (concussione ed estorsione aggravati dalla finalità/agevolazione mafiosa), l'effettuazione di manovre societarie sospette (per esempio, sostituzione degli organi sociali compiute da conviventi stabili con i soggetti di cui alle lett. a) e b)). L'art. 91 c. 6, ultima frase, clamp si riferisce d'altra parte alla violazione degli obblighi di tracciabilità finanziaria. Al di là delle specificità, si tratta dunque di elementi indiziari che possono assumere valenza ai presenti fini secondo una valutazione *ex post facto*.

³¹ Qui il legislatore alle lett. d) ed e), infatti, si limita a rinviare agli accertamenti effettuati dal prefetto, anche al di fuori della provincia di competenza, in forza delle potestà di cui all'art. 93 c. 1 clamp (accesso in cantiere e alla banca dati) e al d.l. 629/1982, artt. 1, 1 bis, 1 ter, 1 quater, i quinquies, 1 sexies (poteri delegati dal Ministero dell'interno). Per la prima parte dell'art. 91 c. 6 clamp, inoltre, l'infiltrazione può essere evinta da condanne non definitive per reati strumentali - che non vengono nominati - all'attività della consorteria, in uno con concreti elementi da cui risulti che l'attività imprenditoriale possa, anche indirettamente, agevolare l'attività criminosa o esserne condizionata. La giurisprudenza, nonostante le critiche della dottrina (su tutti, G. AMARELLI, *L'onda lunga della sentenza De Tommaso: ore contate per l'interdittiva antimafia "generica" ex art. 84, co. 4, lett. d) ed e) d. Lgs. n. 159/2011?*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 4, 2017, p.

Pertanto, è di tutta evidenza come l'informazione se, rispetto alla ricognizione delle misure preventive inoppugnabili, presenta, come la gemella comunicazione, un connotato vincolato, nell'altra ipotesi riguardante l'infiltrazione criminosa assume incontestabilmente un contenuto discrezionale o, meglio ancora, vista l'assenza di una concreta ponderazione di interessi, tecnico discrezionale³²: il riconoscimento dell'influenza clanica deriva da un giudizio che, per quanto figlio di indizi chiari, precisi, concordanti (art. 2729 c.c.), valutati globalmente secondo la regola della causalità cruciale, non può che essere soggettivo e opinabile. Questo istituto per il suo connotato preventivo non esige infatti la prova di un fatto (né del reato di associazione mafiosa né dell'avvenuta infiltrazione), ma la presenza di elementi, pur risalenti nel tempo e non antiggiuridici, da cui si possa desumere, secondo una ragionevole delibazione a struttura bifasica (diagnosi dei fatti rilevanti e prognosi di permeabilità), l'attuale pericolo di ingerenza mafiosa³³. Tra gli indizi più significativi emersi nel diritto vivente, si segnalano: provvedimenti giudiziari diversi da quelli elencati nell'art. 84 c. 4 clamp³⁴, rapporti di parentela³⁵, frequentazioni consuetudinarie³⁶, anomalie nella gestione societaria³⁷.

290 e ss.), ha dato un'interpretazione tassativizzante degli elementi sintomatici: cfr. l'elencazione in Cons. St. n. 1743 cit., ripresa in Cons. St. sez. III 758 e 2212 del 2019 e persino in C. Cost. 57/2020. Il tema sarà ripreso *infra* nell'ultimo paragrafo.

³² In termini, M. NOCELLI, *I più recenti orientamenti della giurisprudenza nella legislazione antimafia*, in *Giustamm.it*, n. 5, 2018, p. 5. Questa è l'ermeneusi prevalente (Cons. St. sez. VI 3598 e 3723 del 2008; CGARS 17/2010; in dottrina: F. G. SCOCA, *op. cit.*, p. 3), ma non l'unica. In TAR Calabria, Catanzaro, sez. I 1371/2015 si preferisce per esempio discorrere di discrezionalità pura. Si veda anche S. BIANCIFIORI, *Ancora sull'ampiezza della discrezionalità del Prefetto in tema di informative antimafia e sui correlati limiti del sindacato del giudice amministrativo*, in *Italiappalti*, 2018, p. 1.

³³ Un giudizio, tutto sommato, non dissimile da quello che il giudice penale compie in materia di misure di sicurezza personali. Sulla nozione di "tentativi di infiltrazione mafiosa" si veda A. BONGARZONE, *L'informativa antimafia nelle dinamiche negoziali tra privati e pubbliche amministrazioni*, ESI, Napoli, 2017, p. 36 e ss. ove si prospetta un interessante confronto con gli istituti penalistici del tentativo di delitto (art. 56 c.p.) e del reato impossibile (art. 49 c.p.). Risulta pacifico che con questa espressione il legislatore abbia voluto indicare una fattispecie di pericolo concreto (lo afferma efficacemente Cons. St. n. 758 cit.), non per forza riconducibile alla pendenza di procedimenti penali né al paradigma del delitto tentato, non foss'altro perché non esiste un reato di infiltrazione mafiosa.

³⁴ Quali misure cautelari o preventive, archiviazioni, proscioglimenti, assoluzioni (Cons. St. sez. III 2683/2016), condanne per altri reati (Cons. St. sez. III 1657/2017) e ogni altra delibazione della magistratura (Cons. St. sez. III 1901/2018). I fatti dedotti giudiziarmente rilevano comunque come dati oggettivi e storici, persino se risalenti nel tempo.

³⁵ Purché suffragati da puntuali elementi (convivenza, cointeressenza imprenditoriale, compartecipazione ai medesimi fatti): Cons. St. sez. III 96/2013, 1743/2016, 7151/2018, 2141/2019, 4300/2021, 1925/2024 ("[...] *in una famiglia mafiosa anche il soggetto che non sia attinto da pregiudizio mafioso può subire, nolente, l'influenza del capofamiglia e dell'associazione*"). Sono equiparate le convivenze *more uxorio*.

³⁶ Sempreché non episodiche o casuali (Cons. St. sez. III 484/2013, 4295/2017, 2343/2018 e 7081/2023).

³⁷ Prestanome al vertice dell'impresa, subcontratti a favore di imprese mafiose, irregolarità contabili, assunzione di soggetti raccomandati dalle cosche, scissioni, fusioni, affitti di azienda; per una tassonomia più puntuale, si veda sempre Cons. St. 1743/2016 cit. nonché Cons. St. sez. III 488/2022. In caso di instaurazione di relazioni commerciali con soggetti già accertati come inquinati e la connessa tematica dell'informativa "a cascata": Cons. St. sez. III 2774/2016, 1103/2017, 4588/2018, 1359/2019 e 4421/2019. Sarebbe tuttavia auspicabile un utilizzo del tutto eccezionale e senza alcun automatismo di sorta dell'interdittiva *par ricochet*, come traspare da Cons. St. sez. III 132/2024; CGARS 125/2018 e TAR Sicilia, Palermo, sez. I, 1310/2019.

La devoluzione della competenza ad una autorità amministrativa e non giurisdizionale, come previsto invece per alcune delle misure preventive contenute nel medesimo *corpus* normativo, non cozza col dettato costituzionale, in quanto la riserva di giurisdizione è fissata dall'art. 13 Cost. in materia di libertà personale, laddove la libertà di iniziativa economica, che qui viene in gioco, è costituzionalmente bilanciabile in nome di altri interessi (art. 41 Cost.).

Ben vero, la cornice indiziaria entro cui è incastonata la prognosi di inquinamento deve trovare solido fondamento nella motivazione provvedimento (art. 3 l. 241/90), entro la quale la p.a. dia conto, in modo razionale ed organico, se del caso rinviando *per relationem* agli atti degli organi di polizia, di tutti quei fatti su cui quest'ultima poggia, secondo un criterio inferenziale che può persino attingere a dati di comune esperienza (ove pertinenti) e che rimane estraneo, per ovvie ragioni, alla logica, tutta penalistica, della certezza probatoria al di là di ogni ragionevole dubbio, per assestarsi sullo standard quantitativamente inferiore del "più probabile che non"³⁸.

Com'è intuibile, l'informativa, se interdittiva³⁹, costituisce una forma di incapacità giuridica parziale e temporanea, che inibisce di giungere alla stipulazione (o approvazione o autorizzazione) dell'appalto pubblico (o del subappalto) ovvero di ottenere concessioni ed erogazioni (art. 94 c. 1 clamp)⁴⁰.

³⁸ L'enfasi sull'obbligo motivazionale è costantemente presente nel diritto pretorio, dove pacifica è l'ammissibilità della *relatio; ex multis*, Cons. St. n. 1743 cit. L'applicazione del criterio della probabilità statisticamente preponderante è unanime (*ex plurimis*, Cons. St. sez. III 4657/2015, 3583/2016, 1923/2017, 3173/2017, 2343/2018, 6105/2019, 1825/2021, 999/2024). L'impiego del paradigma dell'elevato grado di probabilità logica "*imporrebbe alla pubblica amministrazione una probatio diabolica, come si è osservato in dottrina, in quanto, se intesa in senso assoluto, richiederebbe di falsificare ogni ipotesi contraria e, se intesa in senso relativo [...] richiederebbe alla pubblica amministrazione uno sforzo istruttorio sproporzionato rispetto alla finalità del suo potere e ai mezzi di cui è dotata per esercitarlo*" (sono le parole di Cons. St. n. 6105 cit. che riecheggia M. NOCELLI, *Le informazioni antimafia tra tassatività sostanziale e tassatività processuale*, disponibile al sito Giustizia Amministrativa, 2020, p. 31).

Più rigoroso nel giudizio il Consiglio siciliano (cfr. CGARS 125 e 237 del 2018), in ciò confortato da certa dottrina (in particolare, F. G. SCOCA, *op. cit.*, p. 4).

Per chi volesse approfondire il versante penalistico, G. CANZIO, *L'"oltre il ragionevole dubbio" come regola probatoria e di giudizio nel processo penale*, in *Rivista italiana di diritto processuale penale*, 2004, p. 303 e ss.

³⁹ Per la giurisprudenza prevalente (Cons. St. sez. III 5479/2019 e 8309/2021; TAR Palermo sez. I 288/2018; ne tratta anche C. Cost. 57/2020), in un'ottica di prevenzione e salvi gli aggiornamenti di cui all'art. 91 c. 5 clamp, la sola informativa liberatoria ha valenza annuale: art. 86 c. 2 clamp. Il decorso dell'anno per un'interdittiva, invece, produce l'effetto di onerare la p.a. a revisionare la situazione in corrispondenza delle sopravvenienze ovvero fa nascere il diritto dell'impresa a vedersi riesaminata la propria condizione.

Dal punto di vista formale, identicamente alla comunicazione, l'informazione è conseguita per mezzo della bdna ed il suo rilascio è immediato in mancanza di misure di prevenzione o di rischi di inquinamento mafioso (artt. 90 c. 1 e 92 c. 1 clamp: informazione *de plano*). Come prima, però, se affiorano le anzidette cause ostative (oppure quando il soggetto "passivo" sia sconosciuto alla banca dati), subentra l'autorità prefettizia (le regole di competenza territoriale sono le stesse della comunicazione: art. 90 c. 2 clamp) che, grazie anche ai poteri di accesso e di stimolo al contraddittorio di cui all'art. 93 commi 1 e 7 clamp, confezionerà, a seconda dei casi, una informativa liberatoria o interdittiva.

Comuni all'altra tipologia di documentazione sono infine le cautele assunte dal legislatore ove spirino i termini procedurali o si proceda in caso di urgenza (art. 92 commi 2, 3, 4 e 5 clamp; *infra* par. 2.2).

⁴⁰ Per ulteriori spunti, si rimanda *infra* al par. 2.1. In punto di tutela procedimentale, se in passato si assisteva al sacrificio degli istituti di garanzia - essendo il contraddittorio del tutto eventuale ex art. 93 c. 7 clamp (cfr. nota n. 24) - a seguito della riforma recata col d.l. 152/2021 si è dato nuovo vigore alla dialettica endoprocedimentale. L'art. 92 clamp, infatti, è stato innanzitutto compendiato di un comma 2 bis che sancisce l'obbligo della prefettura di dare una tempestiva notizia

2.1. Le ripercussioni dell'informazione sui contratti pubblici: le regole nella fase pubblicistica

L'ordinamento, lo si è visto, ha concepito l'istituto della documentazione affinché l'amministrazione eviti di intrattenere rapporti economicamente significativi con un'impresa entrata nell'orbita della malavita. L'imprenditore, in questi frangenti, magari dotato di adeguati mezzi organizzativi e finanziari, non merita tuttavia la fiducia delle istituzioni e subisce una serie di svantaggi di sicuro rilievo. Difatti, come avvertito in chiusura del precedente paragrafo, il soggetto attinto da un'informazione interdittiva antimafia sconta una forma di incapacità giuridica⁴¹, caratterizzata da relatività, in quanto concerne solamente alcuni rapporti con la pubblica amministrazione, da illimitatezza spaziale e da tendenziale temporaneità, potendo venir aggiornata in un secondo momento⁴².

Qui si gioca il delicatissimo equilibrio tra la tutela di beni metaindividuali di palese rilevanza costituzionale (ordine pubblico, concorrenza, buon andamento della p.a.) e il *vulnus* arrecato ad interessi individuali pure essi protetti costituzionalmente (libertà d'impresa).

In particolare, gli effetti in materia di appalti pubblici sono di notevole impatto; è opportuno distinguere il caso dell'interdittiva emessa prima della stipulazione del contratto, dall'evenienza in cui sia l'informazione a seguire la conclusione del negozio. La prima ipotesi è oggetto di approfondimento nel presente paragrafo.

al soggetto "passivo" quando propende per l'irrogazione dell'interdittiva, indicando gli elementi sintomatici. Così, da un lato, viene stimolato il dialogo con l'interessato, il quale, entro i successivi 20 giorni, può presentare memorie e documenti e richiedere di essere ascoltato e, dall'altro, vengono sospesi i termini procedurali del comma 2 (secondo le ritualità dell'art. 93 commi 7, 8 e 9 clamp). Il legislatore scandisce anche le possibili conclusioni della dialettica (comma 2 ter art. 92 cit.).

Per un'attenta ricostruzione dell'impatto della riforma sulla legislazione antimafia, si rinvia a F. GATTO, *Le nuove frontiere della Legislazione antimafia alla luce del D.L. 6 novembre 2021, n. 152*, disponibile al sito Giustizia Amministrativa, 2024, p. 3; D. ALBANESE, *Le modifiche del d.l. 152/2021 al "codice antimafia": maggiori garanzie nel procedimento di rilascio dell'interdittiva antimafia e nuove misure di "prevenzione collaborativa"*, in *Sistema Penale*, n. 1, 2022, p. 2. L'auspicio per una maggior pregnanza del contraddittorio in materia, almeno nei casi più dubbi, era stato palesato per esempio in Cons. St. sez. III 4979/2020. In senso più ampio, M. MAZZAMUTO, *Profili di documentazione antimafia*, in *Giustamm.it*, n. 3, 2016, p. 5; F. G. SCOCA, *op. cit.*, *passim* nonché F. FIGORILLI, W. GIULIETTI, *op. cit.*, p. 19 e ss.

Si è giustamente rimarcato in dottrina (D. ALBANESE, *op. cit.*, p. 5) come l'istituto *de qua* più che guardare alla comunicazione di avvio del procedimento, pare avvicinarsi al preavviso di rigetto (art. 10 bis l. 241 cit.): una sorta, cioè di predecisione sfavorevole e motivata che conferisce la possibilità all'interessato di controbattere alla p.a., con la particolarità che si applica a procedimenti iniziati d'ufficio e con l'ulteriore aggravio dei limiti sopra citati.

⁴¹ In termini Cons. St. Ad. Plen. 3/2018 ove si è statuito che l'incapacità copre pure ogni obbligazione pecuniaria soggettivamente pubblica, compresa quella di risarcimento danni nei confronti del privato. Per una critica a tale *decisum*, G. LEONE, *Il rischio dell'interpretazione evolutiva della orma. Un caso emblematico in tema di interdittiva antimafia*, in G. AMARELLI, S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *op. cit.*, p. 117.

L'art. 83 bis clamp conferisce la possibilità, tramite protocolli stipulati tra il Ministero dell'interno e le imprese di rilevanza strategica, di estendere la disciplina - e soprattutto gli effetti impeditivi - della documentazione anche nei rapporti tra privati. Per uno studio più attento *infra*, par. 2.3 della Parte II.

⁴² La sanzione così descritta viene enfaticamente etichettata in dottrina (F. CARINGELLA, *Legislazione antimafia e appalti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, n. 4, 1997, p. 369; M. MAZZAMUTO, *Le interdittive prefettizie tra prevenzione antimafia e salvataggio delle imprese*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 10, 2018, p. 2222) e in giurisprudenza (Cons. St. sez. III 758/2019) come "ergastolo imprenditoriale". Ma si badi ci sono anche altre conseguenze: dall'interdittiva discende, per esempio, l'impossibilità di iscrizione in albi ed elenchi, comprese le *white list* prefettizie dell'art. 1 commi 52 e 53 l. 190/2012 e art. 29 c. 1 d.l. 90/2014, e la necessaria inclusione nel casellario informatico gestito dall'ANAC.

L'art. 94 c. 1 clamp, per quanto qui di interesse⁴³, sancisce che ove i soggetti “attivi” recepiscano un’informativa ostativa, questi non possano stipulare (né autorizzare né approvare) il contratto (o il subcontratto). Nonostante la lettera della disposizione sembri indicare che l’interdittiva non operi come causa di esclusione dalla gara, per assumere rilievo solo all’esito della selezione⁴⁴, è l’art. 94 c. 2 del nuovo codice degli appalti (d.lgs. 36/2023, da qui in poi cod. app.)⁴⁵ a chiarire, opportunamente, che l’attestazione dell’infiltrazione mafiosa da parte del provvedimento prefettizio è requisito negativo generale di partecipazione, la cui presenza comporta l’automatica esclusione. Dal combinato disposto delle due norme citate deriva, dunque, che l’impresa attinta dall’informativa inibitoria è impedita sia di siglare il negozio sia, a monte, di prender parte alla gara ad evidenza pubblica, in linea con l’idea di evitare che si giunga all’aggiudicazione, ancor prima che alla stipulazione del contratto, a favore di soggetti non degni di fiducia per preminenti ragioni di ordine pubblico.

D’altra parte, va ricordato che nelle procedure competitive i requisiti di partecipazione tipizzati dal legislatore devono sussistere per tutta la procedura e finanche nella fase privatistica dell’esecuzione⁴⁶: se mancano *ab origine*, l’operatore economico è inibito a presentare la propria candidatura; se vengono meno in corso di gara, si traducono nell’estromissione di quest’ultimo, con conseguente impossibilità di ottenere l’aggiudicazione.

Il comma 6 dell’art. 96 cod. app. fa comunque salva la possibilità per l’imprenditore attinto da una causa di esclusione - interdittiva antimafia compresa - di provare la sua effettiva affidabilità tramite l’adozione di adeguate misure di risanamento (risarcimento danni, chiarimento dei fatti, collaborazione con le autorità, interventi di carattere tecnico, organizzativo, gestionale). Una sorta di integrazione istruttoria che conferisce la possibilità, aprendo un contraddittorio con la stazione appaltante, di dar adeguato peso alle sopravvenienze emerse *medio tempore* onde far salva la partecipazione alla competizione, in ossequio ai principi di fiducia e massima partecipazione concorrenziale (artt. 2 e 3 cod. app.).

2.2. Segue: le regole nella fase esecutiva

A prima vista, parrebbe quantomeno ambiguo che nelle situazioni di maggior delicatezza, cioè quelle in cui affiorino dei dubbi sull’infiltrazione che non permettono il rilascio dell’informativa liberatoria *de plano*, la p.a. abbia la possibilità di proseguire il suo iter in assenza della statuizione della prefettura, in conformità

⁴³ In caso di atti di matrice pubblicistica, la disposizione prosegue inibendo alla p.a. procedente di rilasciare l’autorizzazione, la concessione, l’agevolazione richieste. Si veda anche il contributo di G. CORSO, G. PESCE, *Requisiti generali: in particolare la normativa antimafia*, in M. A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. II, Milano, 2019, p. 913 e ss.

⁴⁴ Coerentemente con l’art. 38 del d.lgs. 163/2006 (codice degli appalti del 2006) che non annoverava tra le cause di estromissione dalla competizione l’infiltrazione mafiosa.

⁴⁵ Identica era la dizione del previgente art. 80 c. 2 d.lgs. 60/2016 (codice degli appalti del 2016).

⁴⁶ Per esempio, Cons. St. sez. V 1810/2017.

all'art. 92 c. 3, primo periodo, clamp. Per questo l'ordinamento ha erto alcuni argini volti a temperare l'esigenza di efficienza e celerità amministrativa con la salvaguardia dell'ordine pubblico.

L'art. 94 c. 2 e il (quasi) omologo art. 92 c. 3, secondo periodo, del codice antimafia racchiudono la disciplina da seguire ove l'informativa impeditiva sopraggiunga alla stipula del contratto⁴⁷: a discapito dell'ordinaria sequenza immaginata nel primo comma dell'art. 94 (informazione-negozio), l'inversione (negozio-informazione) può avvenire o perché i termini ordinatori di cui all'art. 92 c. 2 clamp (30 giorni) sono inutilmente trascorsi o in quanto si procede per "somma urgenza" (*sic!*)⁴⁸. Ebbene, in questo caso, il codice sancisce prima di tutto che il negozio contrattuale debba essere fatto oggetto di recesso da parte dell'amministrazione interessata e che le erogazioni ad esso connesse siano soggette a condizione risolutiva⁴⁹.

Lo stesso fenomeno - l'interdittiva tardiva - è dunque crocevia di plurime conseguenze, tutte accomunate dall'instabilità della relazione contrattuale: recesso e avveramento di condizione. Ciò che viene propriamente difeso non è l'interesse dell'amministrazione a contrattare con soggetti lontani dai clan, ma quello negativo di non contrattare con operatori influenzati dalla mafia.

Il recesso *de quo* (menzionato in ambo le disposizioni citate) è un diritto potestativo di natura pubblicistica e di fonte legale (art. 21 sexies l. 241/90, ma si noti l'affinità con l'art. 11 c. 4 della medesima legge), con finalità di *ius poenitendi* rispetto ad un vincolo obbligatorio che non sarebbe dovuto nascere⁵⁰. Si pone in rapporto di specialità col recesso, discrezionale, *sine die* e oneroso, fissato all'art. 123 cod. app., da cui ripete, in mancanza di regolamentazione, le ritualità procedurali (cfr. comma 2).

Sotto la vigenza delle cosiddette informative atipiche⁵¹ - così definite perché, pur in presenza di alcuni indici di allarme, venivano rilasciate dalla prefettura in assenza della certezza indiziaria dell'infiltrazione - che devolvevano ai soggetti "attivi" il potere di stabilire discrezionalmente le sorti del rapporto con

⁴⁷ Anche in questo paragrafo, come nel precedente, teniamo separate le conseguenze sui provvedimenti ampliativi (autorizzazioni, concessioni): qui l'art. 94 c. 2 prevede l'istituto della revoca (art. 21 quinquies l. 241/90, anche se per la verità è una forma di autotutela vincolata - salva la deroga del comma 3).

Interessanti spunti dottrinari sono presenti in C. VILLANACCI, *Gli effetti civilistici dell'interdittiva antimafia*, disponibile al sito Giustizia Amministrativa, 2020, *passim*.

⁴⁸ Invece nell'art. 92 c. 3 clamp l'urgenza perde il superlativo.

⁴⁹ Le medesime contromisure sono previste nell'art. 88 clamp per la comunicazione antimafia.

⁵⁰ Sulla natura di questo potere (e sul tema della condizione), cfr. A. BONGARZONE, *L'informativa antimafia*, cit., p. 80 e ss., ove si conclude a favore della tesi della eterogeneità di questo rispetto al recesso civilistico ex art. 1373 c.c. per la mancanza di un'autentica discrezionalità nella scelta della spendita del potere.

⁵¹ La base normativa si rinveniva nel combinato disposto dell'art. 10 c. 7 lett. d) e c. 9 d.p.r. 252/1998 e dell'art. 1 septies d.l. 629/1982. Per un'applicazione pratica, Cons. St. sez. V 5710/2000. Alcuni autori (B. MACRILLÒ, *La sopravvivenza della informativa atipica dopo il "correttivo" del codice antimafia*, in *Giustamm.it*, n. 1, 2014, p. 11) le ritengono ancora vigenti, in mancanza di un'espressa abrogazione; la tesi maggioritaria, tuttavia, opina nel senso della loro cancellazione dal sistema normativo, rimanendo al più concepibili come meri atti endoprocedimentali (Cons. St. sez. III 5854/2024 e 8507/2023; R. GRECO, *La giurisprudenza del Consiglio di Stato in tema di misure antimafia*, disponibile al sito Giustizia Amministrativa, 2024, p. 4).

l'impresa, era la p.a., con una sua autonoma deliberazione, a decidere se mantenere o far estinguere il vincolo contrattuale. Oggi, venuto meno l'istituto ad opera del codice antimafia ed essendo le documentazioni tutte tipiche, l'amministrazione non ha margini di scelta: deve procedere alla caducazione del negozio. Non è ipotizzabile, d'altra parte, che il soggetto "attivo" sindachi il merito della scelta dell'autorità prefettizia, atteso che si tratta di potere volto alla cura di interessi collettivi rimessi all'esclusivo apprezzamento dell'amministrazione di pubblica sicurezza⁵².

In definitiva, il recesso costituisce per la p.a. un atto necessitato.

Tuttavia, il legislatore ha codificato due valvole di sfogo, onde attenuare la rigidità della tratteggiata disciplina. L'autorità pubblica è abilitata a non procedere al recesso se l'opera è in corso di ultimazione oppure se l'operatore economico non è rapidamente sostituibile e si versi in tema di servizi di pubblica necessità (comma 3 art. 94 cit.)⁵³. Pertanto, secondo un approccio eminentemente improntato a pragmatismo ed economicità (art. 1 cod. app.), a fronte di un evidente sperpero di risorse ovvero di una profonda menomazione dell'erogazione di attività ritenute essenziali per la collettività, l'interesse a stralciare i rapporti con l'operatore economico inquinato soccombe rispetto a quello di far sopravvivere il vincolo negoziale, derogandosi in aggiunta alla regola della persistenza dei requisiti di partecipazione in capo all'aggiudicatario. Invero, nel rispetto del principio di legalità, la p.a. è tenuta a dare adeguata motivazione della sua scelta: ove opti per il recesso, può essere bastevole rinviare tramite *relatio* all'atto prefettizio; allorquando, viceversa, la sua deliberazione sia favorevole alla persistenza del contratto, è chiamata a soddisfare un puntuale onere motivazionale che giustifichi il ribaltamento dei rapporti di forza tra regola (recesso) ed eccezione (non recesso)⁵⁴.

All'estinzione contrattuale seguono infine due effetti: uno non richiamato dall'art. 94 in analisi, ma estrapolabile dal sistema, l'altro menzionato in questo articolo. Il primo si ricava quindi dall'art. 124 c. 1 del codice dei contratti pubblici⁵⁵, ove si statuisce che l'amministrazione, scelto il recesso, per assecondare le sue esigenze di risultato entro la cornice dell'evidenza pubblica, deve contattare gli altri partecipanti alla gara secondo l'ordine della graduatoria definitiva, al fine di addivenire alla stipula di un nuovo negozio alle medesime condizioni offerte dal vincitore (salvo diversa indicazione del bando). Qualora ciò non sia possibile, si dovrà indire un nuovo confronto competitivo.

⁵² Cons. St. sez. III 1292/2015 e 6045/2017.

⁵³ Altra ipotesi di sopravvivenza contrattuale si ha quando, nonostante l'interdittiva, venga disposta la straordinaria e temporanea gestione d'impresa ex art. 32 c. 10 d.l. 90/2014. In tal caso però siamo di fronte ad una decisione della stessa prefettura che, in nome degli interessi selezionati dal legislatore, ritiene necessaria la prosecuzione del singolo rapporto negoziale.

⁵⁴ Onere che giustamente viene messo in evidenza in giurisprudenza: Cons. St. sez. III 6045/2017, 6195/2017 e 1247/2018; TAR Campania, Napoli, sez. I 860/2014.

⁵⁵ Cfr. la simmetrica dizione dell'art. 110 c. 1 del codice del 2016.

L'altra conseguenza è prevista dall'ultima parte del comma 2 dell'art. 94 clamp e concerne l'evenienza in cui non solo l'interdittiva sia successiva al contratto, ma quest'ultimo abbia avuto una parziale esecuzione. In nome del principio civilistico di necessaria causalità dei trasferimenti di ricchezza⁵⁶ e di quello di fiducia (art. 2 c. 1 cod. app.), l'operatore economico, nonostante l'estinzione della relazione contrattuale, ha diritto al pagamento delle opere già realizzate e alla rifusione delle spese sostenute per le rimanenti, nei limiti dell'utilità conseguita⁵⁷. Quest'ultima espressione non assume valenza escludente, essendo da leggere nel senso che tutte le utilità conseguite rispetto alle opere già realizzate devono essere liquidate; non si può chiaramente pensare invece di monetizzare le utilità per i lavori residui e non completati, rispetto ai quali infatti sono rimborsate le sole spese.

Per quanto riguarda invece la condizione (si badi, citata nel solo art. 92 clamp), può esser vista come una *condicio iuris* positiva, unilaterale e casuale, afferente ai presupposti legali del contratto, in cui l'evento dedotto, senza che sia dichiarato apertamente, consiste nella posticipata emanazione dell'interdittiva. Essa viene disposta in riferimento alle agevolazioni economiche (e qui siamo fuori dalla materia degli appalti), come pure - e questo è di interesse ai fini della presente dissertazione - rispetto alle "altre erogazioni di cui all'art. 67", comprese quindi quelle che trovano causa in un contratto pubblico.

Ora, coordinare quest'ultimo congegno, con quello, avente il medesimo presupposto, del recesso, non è operazione agevole⁵⁸. Da un lato, abbiamo il recesso, fonte di estinzione non retroattiva del contratto, rimesso ad un atto necessitato di manifestazione unilaterale di volontà da parte della p.a., che può dar vita ad obbligazioni indennitarie per quest'ultima; dall'altro, la condizione risolutiva, causa di inefficacia negoziale retroattiva, operante *ipso iure*, da cui sgorgheranno eventualmente obblighi restitutori in capo al

⁵⁶ Che si può evincere dai cosiddetti quasi contratti (gestione di affari altrui, ripetizione dell'indebito, ingiustificato arricchimento); non è peraltro un *unicum* nel panorama dei contratti pubblici: si vedano gli artt. 122 c. 5 e 123 c. 1 del codice degli appalti.

⁵⁷ Identica regola si applica ove si discorra di revoca di provvedimento amministrativo di favore. Rispetto a questa situazione si registra però un contrasto interpretativo in ordine all'eventuale obbligo di restituzione da parte del privato delle somme pubbliche già percepite ed investite. Secondo Cons. St. sez. III 5578/2018 l'inciso finale "nei limiti delle utilità conseguite" di cui all'art. 94 c. 2 (e art. 92 c. 3) si riferisce solo ai rapporti contrattuali e perciò le somme ottenute tramite agevolazioni amministrative andrebbero ripetute integralmente. A parere invece di CGARS 3/2019 non può esistere un obbligo di restituzione rispetto a rapporti esauriti o che avrebbero dovuto già esserlo ma che non lo sono per colpa imputabile all'amministrazione; se così non fosse i ritardi e le inefficienze di quest'ultima verrebbero premiati. Il conflitto si è poi risolto a favore della prima soluzione, in nome dell'eccezionalità dell'art. 94 c. 2 (Cons. St. Ad. Plen. 23/2020). Il dibattito è efficacemente ricostruito in A. DE PASCALIS, *Effetti delle misure interdittive antimafia nei rapporti con la pubblica amministrazione*, in G. AMARELLI, S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *op. cit.*, p. 155 e ss.; per ulteriori approfondimenti F. VALENTINI, *Controllo giudiziario e revoca di contributi e finanziamenti in caso di interdittiva antimafia. Nota a Tar Catanzaro 14 giugno 2021, n. 1203*, disponibile al sito Giustizia Amministrativa, 2021, *passim*. Maggiormente oneroso è invece il recesso previsto nel codice degli appalti, in quanto, oltre al pagamento delle prestazioni eseguite e dei materiali in cantiere, la stazione appaltante è tenuta a versare il decimo del valore dei lavori ancora da eseguire (art. 122 c. 1).

⁵⁸ L'abrogato art. 4 d.lgs 490/1994 prescriveva infatti una disciplina diversa e concorrente: il recesso - peraltro facoltativo - operava solo ove si procedesse per "somma urgenza", la condizione risolutiva nelle restanti ipotesi di superamento del *dies procedimentale*.

privato. Per dare razionalità al sistema, si può condividere quella ricostruzione dottrinaria⁵⁹, basata sull'elasticità richiesta dal principio del risultato (art. 1 c. 4 cod. app.), che vede i due istituti aventi un ambito applicativo diverso ma complementare, dipendente dalla presenza o meno di esborsi pubblici, secondo questa scansione: 1) ove nessuna delle prestazioni pattuite abbia avuto esecuzione, scatta il recesso (=estinzione pura e semplice); 2) se l'amministrazione ha già anticipato, anche solo parzialmente, il pagamento, a fronte della mancanza di controprestazione, deve operare la condizione risolutiva (=obbligo di ripetizione dell'indebito); 3) nell'ipotesi inversa in cui è l'operatore ad aver dato esecuzione ai suoi obblighi e sia il corpo amministrativo a rimanere inerte, deve operare il recesso, mancando *in toto* un esborso di pubblico denaro (=obbligo di indennizzo); 4) da ultimo, il caso ibrido in cui entrambi le prestazioni abbiano avuto (almeno) principio. Qui in teoria potrebbero trovare eguale spazio i due istituti, ma in concreto il risultato è il medesimo: se si sceglie il recesso, il privato va conseguentemente rimborsato delle opere realizzate; se si decide di far valere la condizione, essa non può avere effetti retroattivi, come d'altronde prescritto in caso di prestazioni di durata dall'art. 1360 c. 2 c.c.⁶⁰, perché significherebbe altrimenti arrivare alla demolizione dell'*opus*, con grave nocumento all'interesse collettivo. Di conseguenza la controparte imprenditoriale dovrà restituire solo la differenza tra quanto percepito dalla p.a. e quanto ha diritto ad ottenere come indennizzo per le attività già svolte.

Da ultimo ci sarebbe come supplemento un ulteriore strumento previsto dal legislatore per fronteggiare l'anticipazione della stipulazione contrattuale, specialmente riferibile alle situazioni di cui al descritto n. 4), e si rinverrebbe dall'estensione analogica dell'art. 92 c. 5 clamp⁶¹: ivi si dispone un meccanismo tutto sommato paragonabile alla condizione sospensiva, con la possibilità dell'amministrazione di bloccare la corresponsione delle agevolazioni economiche derivanti da atti ampliativi fin quando non venga emanata l'informativa liberatoria; allo stesso modo, vista l'identica *ratio* sottesa, tale potere cautelare-conservativo potrebbe essere applicabile per gli emolumenti pattiziamente dovuti.

Per completezza, si ricorda che il codice degli appalti prevede, all'art. 122, una precipua forma di risoluzione contrattuale procedimentalizzata, operante allorquando ricorrano alcune situazioni contigue

⁵⁹ Ancora una volta sia consentito il rinvio a A. BONGARZONE, *op. cit.*, p. 159.

⁶⁰ Ma si veda pure il riferimento alla "*natura del rapporto*" del comma 1.

⁶¹ A. BONGARZONE, *op. cit.*, p. 76. In particolare, lo strumento condizionale descritto nel testo si dovrebbe utilizzare nel caso in cui l'operatore economico nei confronti del quale ci siano dei dubbi di inquinamento, sia già censito nella banca dati e siano decorsi i termini procedimentali dell'art. 92; invece, ove si tratti di soggetto non scrutinato dalla bdna, si dovrebbe far riferimento al recesso.

Sulla stessa scia, in C. Cost. 57/2020 si auspica un intervento legislativo volto ad estendere il potere sospensivo-cautelare dell'art. 67 c. 5 clamp (congelamento giudiziario dell'efficacia delle decadenze e dei divieti ivi sanciti allorché pregiudichino i mezzi di sostentamento dell'interessato) anche alla materia *de qua*. Ma la relativa questione di costituzionalità è stata di recente rigettata dal giudice delle leggi, pur con l'ammonimento che, nel caso di protrazione dell'intervento legislativo volto ad appianare la differenza di trattamento, interverrà direttamente (C. Cost. 180/2022). Ad oggi, l'Atto Senato n. 1236, il cui *iter legis* è pendente, prevede una modifica nella direzione auspicata dalla Consulta (art. 3).

all'informativa. In particolare, per quanto rileva in questa sede, avremo, in forza del rinvio che l'art. 122 c. 1 lett. c) fa all'art. 94 c. 1 cod. app., una risoluzione discrezionale se l'operatore economico sia colpito da sentenza di condanna definitiva, tra gli altri, per associazione mafiosa (o per reato aggravato ex art. 416 bis.1 c.p.); avremo invece una risoluzione vincolata e obbligatoria ex art. 122 c. 2 lett. b), qualora sovvenga una misura preventiva definitiva di cui al clamp (che, come già anticipato, è uno dei presupposti per la documentazione antimafia per il combinato disposto dell'art. 67 con gli artt. 84 c. 2 e 92 c. 1 clamp). In questi casi, la controparte privata ha comunque diritto al pagamento delle prestazioni eseguite, con detrazione degli oneri aggiuntivi derivanti dallo scioglimento dell'accordo (art. 122 commi 5 e 6).

In conclusione, assistiamo nella materia *de qua* all'integrazione, che è una costante nel diritto pubblico⁶² e che oggi è sempre più frequente persino nel diritto comune⁶³, dell'autonomia privata della p.a. con regole e principi eteronomi, al fine di dettare ordine nella vita di relazione.

Libertà negoziale significa possibilità di autoregolare la propria sfera giuridica. Eppure, l'ordinamento è sempre più attento a come i soggetti, privati e pubblici, la impiegano.

Diviene quindi cruciale un intervento più incisivo dell'autorità legislativa, finalizzato a razionalizzare l'esercizio dell'autonomia contrattuale, soprattutto in vista della tutela di valori superindividuali⁶⁴. A rigore, si conferma una volta di più l'immanenza della cura concreta dell'interesse pubblico all'attività, finanche *iure privatorum*, dell'amministrazione.

2.3. Il caso dell'operatore economico in forma collettiva

L'operatore economico può prender parte alla gara ad evidenza pubblica o in forma singola (impresa individuale, società, singolo professionista) o in forma collettiva (raggruppamento temporaneo di imprese - rti, consorzio, gruppo europeo di interesse economico)⁶⁵. Quest'ultima variante è particolarmente favorita dalla legislazione nazionale ed europea in nome del principio della massima partecipazione,

⁶² Già U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Cedam, Padova, 1965, p. 137 e F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 1987, p. 155; si veda anche Cons. St. Ad. Plen. 5/1999.

⁶³ Come non pensare alle normative sui contratti del consumatore (d. lgs. 206/2005) e sulla subfornitura (l. 198/1998). Ma si veda anche il dibattito circa l'abuso del diritto (in tema di recesso, Cass. sez. III 20106/09; sul divieto di frazionamento abusivo del credito, Cass. sez. II 28847/2021) e l'interpretazione del canone di buona fede come regola imperativa di validità (F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e malafede del contraente forte*, in *Contratto e impresa*, n. 2, 1997, p. 423). In generale, circa i confini del sindacato del giudice sull'autonomia contrattuale, Cass. Sez. Un. 18128/2005.

⁶⁴ P. RESCIGNO, *Il principio di uguaglianza nel diritto privato (a proposito di un libro tedesco)*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1959, p. 1515; A. DI MAJO, *Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto*, in *Rivista di diritto commerciale*, n. 1, 1970, p. 202; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 87, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, ESI, Napoli, 1991, p. 290. Per approfondimenti supplementari sul versante civilistico, U. NATOLI, *Limiti costituzionali all'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1955, p. 89; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 27; E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Giappichelli, Torino, 2018, *passim*.

⁶⁵ Si veda l'onnicomprendensiva nozione di "operatore economico" di cui all'art. 1 c. 1 lett. l) dell'All. I.1 al codice degli appalti, maggiormente dettagliata all'art. 65 c. 2.

funzionale alla concorrenza per il mercato (art. 3 cod. app.)⁶⁶. È evidente come un singolo soggetto con una struttura organizzativa ed economica elementare abbia maggiori chance di essere selezionato se si presenta aggregato con altri organismi imprenditoriali.

Il *favor participationis* è ben presente anche nella materia qui in analisi, tanto che il legislatore ha fissato una regolamentazione *ad hoc* nel codice antimafia, onde evitare, da un canto, che un intero gruppo di imprenditori finisca col subire gli effetti negativi della condotta imputabile ad uno solo di essi (principio di autoresponsabilità e affidamento); e, dall'altro, che la loro esclusione infici, a sua volta, la posizione di terzi estranei (in particolare, lavoratori e fornitori)⁶⁷.

Innanzitutto, in tema di soggetti “passivi”, l'art. 85 c. 2 clamp prevede che, per quanto qui di interesse, il controllo, oltre che sul direttore tecnico, sia effettuato sul rappresentante legale, sugli esponenti del consiglio di amministrazione e sulle singole consorziate (se hanno una partecipazione pari ad almeno il 5%), per i consorzi di cooperative e per i consorzi con attività esterna; sul rappresentante legale e sui singoli componenti, per i consorzi ordinari ed i gruppi europei; sulle singole imprese, per l'rti (rispettivamente, lett. b), d) e h)). Come si vede, dunque, il monitoraggio antimafia viene realizzato non sul gruppo in sé, bensì su ciascun membro.

L'art. 95 clamp contiene inoltre le indicazioni da seguire, a pena di esclusione dalla gara ovvero di recesso/estinzione contrattuale secondo quanto riferito in precedenza, allorquando l'infiltrazione criminosa sia sfociata in un'interdittiva nei confronti di uno dei soggetti parte del raggruppamento temporaneo o del consorzio.

Nel caso di rti⁶⁸, viene sancito che gli effetti sfavorevoli indicati dalla legge (l'esclusione dalla gara ex art. 94 c. 2 cod. app.) non si propagano sulle altre imprese, se quella infiltrata sia stata estromessa o sostituita nell'immediato o, al più tardi, entro 30 giorni dalla notificazione, se l'informazione impeditiva è occorsa dopo la stipulazione del contratto. Pertanto, il codice antimafia, alle dette condizioni, fa salva la costituzione e la prosecuzione del rapporto con l'amministrazione, a patto ovviamente che la rimodulazione soggettiva non faccia perdere i necessari requisiti di qualificazione per l'esecuzione dell'appalto. Riecheggiando i principi di risultato e fiducia, la regola è dunque la persistenza del rapporto, l'eccezione l'esclusione. Tuttavia, questa previsione vale testualmente solo se l'interdetta è una mandante.

⁶⁶ Sulla medesima lunghezza d'onda si pongono gli istituti dell'avvalimento e del subappalto.

⁶⁷ Per maggiori approfondimenti, M. MONTEDURO, S. STICCHI DAMIANI, *I consorzi tra società cooperative nel diritto dei contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 63, e A. DE PASCALIS, *Effetti delle misure interdittive antimafia nei rapporti con la pubblica amministrazione*, in G. AMARELLI, S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *op. cit.*, p. 162.

⁶⁸ La definizione si rinviene all'art. 1 c. 1 lett. m) dell'All. I.1 al codice degli appalti. Tale figura realizza una forma di cooperazione imprenditoriale, proiettata alla partecipazione alla gara pubblica e connotata da temporaneità e transitorietà, nella quale i vari soggetti conservano la loro autonomia e indipendenza; solamente, conferiscono mandato collettivo rappresentativo alla capogruppo (mandataria), che sarà l'unica abilitata a prender parte attivamente alla competizione e a dialogare con la p.a. L'articolata disciplina materiale è allocata all'art. 68 cod. app.

A contrario, nel silenzio del codice antimafia, si potrebbe dunque ritenere che, se l'informazione ostativa tocchi la mandataria, è l'intero raggruppamento a subirne le ripercussioni deteriori. Un'interpretazione sistematica, di nuovo improntata alla concorrenza, ci conduce invece ad un'altra conclusione.

L'art. 68 c. 15 del codice dei contratti pubblici, sancendo il principio generale dell'immutabilità subiettiva dei partecipanti (in nome della più ampia *par condicio*), stabilisce che la modifica del raggruppamento dal lato soggettivo è ammissibile nelle sole ipotesi del comma 17 del medesimo articolo (recesso di un componente, sempre ammesso se persistono le qualificazioni necessarie) e, soprattutto, dell'art. 97. Quest'ultimo articolo è proprio dedicato all'evenienza in cui una causa di esclusione - certamente ricompresa quella dell'art. 94 c. 2 cod. app. - vada a colpire, gara pendente, uno dei membri dell'agglomerato imprenditoriale; vi viene scandita la sequenza da rispettare per evitare l'estromissione dell'rti in blocco, con ciò confermando la regola generale della contaminazione delle cause escludenti all'interno dell'operatore economico in forma collettiva. I rapporti di forza sono dunque invertiti rispetto all'art. 95 clamp: qui la regola generale è l'esclusione, l'eccezione la prosecuzione del rapporto⁶⁹. Il risultato cede il passo alla legalità laddove non si rispetti lo schema indicato in questi articoli (come sancito dallo stesso art. 1 c. 1 del codice degli appalti).

Pertanto, affinché l'interdittiva verso la mandataria non porti alla bocciatura di tutto il gruppo, questa deve, se la causa escludente è affiorata già prima della presentazione dell'offerta, comunicarlo alla stazione appaltante e assumere le contromisure indicate dalla legge, laddove possibile (*id est*, estromissione o sostituzione dell'impresa: art. 97 c. 1 lett. a) e c. 2); qualora, invece, l'informativa sopraggiunga in corso di gara, deve adottare e comunicare la sostituzione/estromissione - ove non impossibile - prima dell'aggiudicazione (art. 97 c. 1 lett. b) e c. 2)⁷⁰. Per l'ampio dettato codicistico e per la comunanza di finalità, lo stesso è a dirsi per l'interdittiva sopravvenuta in fase di esecuzione negoziale, ma il precedente contratto va stralciato e costituito un nuovo rapporto contrattuale avente i medesimi contenuti⁷¹.

⁶⁹ Semmai si potrebbe discutere dell'antinomia tra i due articoli, visto che la disposizione racchiusa nel codice degli appalti non distingue tra mandante e mandataria. Si potrebbe allora pensare che il codice, essendo norma più recente, abbia abrogato l'art. 95 c. 1 clamp, ma, in contrario, si ricordi che *lex posterior generalis non derogat priori speciali*.

⁷⁰ Più leggera e sistematicamente più fruibile era la disciplina previgente di cui all'art. 48 c. 17 del codice del 2016, a mente del quale la mandataria doveva essere sostituita per evitare l'esclusione. A completamento dell'art. 95 c. 1 clamp stava poi il successivo comma 18, che sanciva la sostituibilità della mandante attinta dall'informativa con un terzo, con la mandataria o con un'altra mandante. Il diritto pretorio aveva riconosciuto la perfetta conciliabilità delle due disposizioni: cfr. CGARS 34/2016.

Nel vigore del codice del 2016, per approfondimenti, TAR Campania, Napoli, sez. I, 94/2015 e TAR Lazio, Latina, sez. I, 655/2018.

⁷¹ Si veda il quadro riassuntivo in O. MORCAVALLO, *L'informazione interdittiva antimafia*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 29. È ragionevole comunque porsi il dubbio se, in mancanza di un'espressa regolamentazione dell'informazione ostativa sopraggiunta in fase di esecuzione contrattuale, sia più logico rinviare alle regole comuni, studiate *supra* nel paragrafo precedente.

In tema di consorzi⁷², l'art. 95 c. 2 clamp, così come l'art. 97 c. 3 cod. app., estende *expressis verbis* la disciplina surriferita a quelli ordinari e non obbligatori⁷³. La dicotomia rti-consorzio si traduce perciò nei binomi mandante-consorziata, mandataria-consorzio e, dunque, se l'interdittiva viene emanata nei riguardi di un'impresa consorziata, essa deve essere sostituita/estromessa subito (o entro 30 giorni, se il negozio è già perfetto), sempreché non siano elusi i requisiti di partecipazione⁷⁴.

3. Tutela costitutiva e sindacato giurisdizionale

Alcuni utili elementi di studio sulla tenuta del sistema della documentazione antimafia si possono trarre dall'analisi del formante giurisprudenziale. Il rimedio principale avverso la documentazione di tipo interdittivo è l'azione di impugnazione per annullamento in sede giurisdizionale (art. 29 c.p.a.)⁷⁵. Non c'è dubbio che, stante l'immediata efficacia e l'incisività delle conseguenze, provvedimenti di tal fatta possono essere oggetto di impugnativa in via autonoma⁷⁶. Anzi, la marginalizzazione della dialettica procedimentale rende il momento giurisdizionale la prima (e spesso unica) forma di difesa. Tuttavia, se la comunicazione, col suo contenuto vincolato, non pone problemi circa il sindacato del magistrato, che sarà pieno⁷⁷, l'informazione, al contrario, visto il suo connotato tecnico discrezionale, comporta una serie di complessità.

Tutti e tre i canonici vizi di illegittimità risentono massicciamente delle peculiarità del contesto normativo di riferimento: la patologia della violazione di legge, a fronte dell'annacquamento delle garanzie procedurali, si riduce a poca cosa; l'incompetenza relativa, già piuttosto rara in generale, vede restringersi qui ulteriormente i suoi margini applicativi vista la presenza di puntuali regole di distribuzione

⁷² La definizione si ricava dalla normativa civilistica, art. 2702 c.c. In concreto l'organismo consorziale non si atteggia in modo diverso dall'rti, ma il mandato è sostituito dall'atto costitutivo del consorzio e le funzioni della mandataria sono devolute agli organi del consorzio.

⁷³ Non dovrebbero esserci comunque ostacoli per un'interpretazione analogica delle disposizioni rispetto al gruppo europeo o al contratto di rete. Cfr. Cons. St. sez. III 1079/2016.

⁷⁴ Sul delicato tema della restituzione delle somme percepite dal consorzio ove un'impresa partecipante sia afflitta da interdittiva, la giurisprudenza ritiene che, nonostante la sostituzione/estromissione, l'organismo consorziale sia obbligato a restituire il *tantundem* (Cons. St. sez. III 4404/2019 e TAR Lazio, Roma, sez. II ter, 4830/2019).

⁷⁵ Certamente, non si possono escludere altre tipologie rimediali, come l'azione di nullità provvedimento o - ma è assai inverosimile - l'azione avverso il silenzio inadempimento da parte dell'amministrazione interessata contro la prefettura inerte (art. 31 c.p.a.), ovvero ancora il risarcimento danni da provvedimento illegittimo (art. 30 c.p.a.). Va comunque detto, a tale ultimo riguardo, che, conciliare la responsabilità oggettiva in materia di appalti con la classica responsabilità per colpa presunta da atto illegittimo, non pare operazione agevole. Non bisogna infine dimenticare che la documentazione è inoltre passibile di impugnazione mediante ricorso al Presidente della Repubblica in forza dell'art. 7 c. 8 c.p.a. Il provvedimento prefettizio poi è senza dubbio soggetto ad autotutela, sia caducatoria sia manutentiva.

⁷⁶ Si ritenevano invece non avversabili autonomamente le interdittive atipiche, per carenza di interesse; qui era l'atto negativo a valle a dover essere fatto oggetto di gravame (cfr. TAR Campania, Napoli, sez. I 1153/2012). Ben vero, il più delle volte la documentazione ostativa risulterà impugnata assieme ad un secondo atto (esclusione dalla gara, recesso, revoca, diniego provvedimento) che specifica la lesione.

⁷⁷ Ma va detto che la tutela costitutiva risulta oltremodo indebolita: essendo l'atto privo di discrezionalità non può esistere vizio di eccesso di potere ed inoltre la violazione di legge, grazie all'art. 21 octies c. 2 l. 241/90, è di improbabile configurazione. Sul tema, in generale, Cons. St. sez. V 6391/2014.

dei poteri; l'eccesso di potere, che dovrebbe assurgere a garanzia massima, viene decisamente fiaccato dalle dinamiche giurisprudenziali. Occorre soffermarsi più nel dettaglio su quest'ultima figura patologica, onde comprendere più in senso ampio i rapporti tra amministrazione e giurisdizione.

Il ruolo assunto dalla giurisprudenza in materia è significativo della presenza di equivoci, interpretativi ed applicativi, derivanti dalla mancanza di norme di raccordo tra la parte generale del diritto amministrativo e quella speciale del diritto dell'antimafia. Inoltre, la *littera legis*, deliberatamente lasciata aperta su più fronti dal legislatore, crea un terreno fertile per una necessaria opera di ponderazione, spettante senza dubbio alla magistratura, tra il formalistico impiego delle norme settoriali e l'enfaticizzazione del vizio sostanziale dell'eccesso di potere.

Come già ricordato, il formante giurisprudenziale è costante nel riconoscere in capo all'amministrazione di pubblica sicurezza un'ampissima discrezionalità, censurabile solo per le figure sintomatiche di manifesta illogicità, irragionevolezza e travisamento dei fatti, rimanendo comunque estraneo al sindacato giudiziario l'accertamento dei fatti posti alla base della statuizione amministrativa⁷⁸. Il filtro attraverso cui adoperare il vaglio sull'eccesso di potere si evince in negativo dalle coordinate che sempre la giurisprudenza ha fornito per inquadrare i caratteri dell'accertamento prefettizio: se quest'ultimo si radica su un'analisi globale e sinergica degli indizi, i quali, secondo il parametro della probabilità cruciale, devono dimostrare l'attualità e concretezza del rischio di inquinamento, *a contrario* si ricava che sarà illegittima la deliberazione amministrativa che sia giustificata da una visione parcellizzata dei medesimi, che ne tralasci volutamente alcuni in quanto equivoci o, ancora, che si basi su una prognosi statisticamente non significativa o che provi solo un rischio potenziale ed ipotetico. Inutile aggiungere che il vaglio messo in campo dall'autorità giudiziaria è di mera legittimità, non potendosi sostituire alla valutazione amministrativa⁷⁹ né estendere a valutazioni di merito.

Al di là dei profili nominalistici del sindacato, sovente esaltato come pieno ed effettivo⁸⁰, la profondità del vaglio giurisdizionale non pare aver subito significativi mutamenti. Il controllo adoperato dall'organo giurisdicante rimane, nella stragrande maggioranza dei contenziosi, adagiato sulle valutazioni e sulle ricostruzioni istruttorie già effettuate dall'amministrazione resistente, senza che si possa accedere ad una

⁷⁸ *Ex multis*, Cons. St. sez. III 2141/2019. Si veda la giurisprudenza disseminata *supra* nelle note del par. 1.2. Nondimeno in Cons. St. sez. III 6105/2019, leggiamo che “[...] Il giudice amministrativo è, a sua volta, chiamato a valutare la gravità del quadro indiziario [...] e il suo sindacato sull'esercizio del potere prefettizio, con un pieno accesso ai fatti rivelatori del pericolo [sic], consente non solo di sindacare l'esistenza o meno di questi fatti [...] ma di apprezzare la ragionevolezza e la proporzionalità della prognosi [...]”.

⁷⁹ D'altronde non sarebbe seriamente ipotizzabile servirsi di un verificatore o consulente tecnico che accertino la presenza dell'infiltrazione criminosa. È indubbio che, se invece si asseccasse la ricostruzione delle interdittive come provvedimenti quasi penali, al giudice spetterebbe un controllo ben più ampio, in grado di abbracciare ogni punto, di fatto e di diritto, dell'atto contestato.

⁸⁰ Basti guardare al corpo motivazionale della pronuncia C. Cost. 57/2020.

autonoma selezione e ricognizione dei fatti⁸¹. Sicché a ragione può concludersi che, se l'assetto dei dati fattuali estrapolato dalla p.a. pare verosimile e la delibazione prefettizia non illogica, le doglianze mosse dall'interessato saranno con buona approssimazione destinate alla reiezione in sede giurisdizionale.

Il quadro è poi aggravato dalla tara rappresentata dall'affievolimento del contraddittorio endoprocedimentale, che si traduce in una contrazione della stessa dialettica processuale. Se eventuali lacune nella dinamica procedimentale sono fino ad un certo punto tollerabili, è necessario un contrappeso adeguato sul versante processualistico⁸². Il pericolo che si corre è che due dei tre protagonisti del contenzioso (il ricorrente ed il giudice) rimangano passivi innanzi alla decisione amministrativa, con buona pace delle garanzie costituzionali del giusto processo (art. 111 Cost.) e della giustiziabilità dell'operato amministrativo (art. 113 Cost.).

Lo svilimento del sindacato pretorio trova origine da un equivoco di fondo, a dire la sovrapposizione dell'analisi del momento conoscitivo-istruttorio e di quello teleologico-decisorio del potere prefettizio. È quest'ultimo difatti che - proteso ad innovare la realtà giuridica per mezzo del dispositivo provvedimentale - può essere posto a confronto col canone di ragionevolezza; tale vaglio, se, di contro, applicato al piano istruttorio, rischia di sfociare, come visto, in un depotenziamento del controllo giurisdizionale⁸³.

Innanzitutto a queste conseguenze non auspicabili, il principio di effettività della tutela (art. 6 par. 1 CEDU, sul versante civilistico) esige tuttavia di riconoscere un puntuale controllo dell'adeguatezza istruttorio, del corretto apprezzamento dei presupposti, della ragionevolezza e proporzionalità della decisione amministrativa, al fine di scandire i limiti concreti della spendita di potere pubblico, oltrepassati i quali si sconfina nell'abuso; lo stesso, d'altronde, avviene da tempo nel limitrofo settore dello scioglimento dei consigli comunali e provinciali in presenza di fenomeni di infiltrazione e di condizionamento di tipo mafioso o simile, ai sensi dell'art. 143 d.lgs. 267/2000 (testo unico delle leggi degli enti locali), ove la giurisprudenza ammette, ferma la discrezionalità amministrativa, un sindacato pregnante e puntuale⁸⁴.

⁸¹ Percepisce lucidamente questo *self restraint* L. BORDIN, *Le interdittive antimafia tra potere prefettizio e sindacato del giudice amministrativo*, in *Federalismi.it*, n. 9, 2023, p. 21.

⁸² Questa, in sintesi, è la *regula iuris* che rampolla dal noto arresto Corte EDU Grande Stevens v. Italia, ric. 18640/10, deciso nel 2014. Cfr. nella presente materia Cons. St. sez. III 4979/2020.

⁸³ I fatti di per sé non sono ragionevoli né irragionevoli. Pare delinearsi così un quadro non molto diverso da quello che connotava i contenziosi in materia di discrezionalità tecnica fino alla fine dello scorso secolo, nei quali il sindacato giurisdizionale (definito non a caso estrinseco) era limitato solo alle ipotesi più macroscopiche di eccesso di potere.

⁸⁴ Cons. St., sez. IV, 876/2016. Sul parallelismo tra scioglimento comunale e documentazione, 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 TUEL*, in *Diritto amministrativo*, n. 1, 2018, p. 128.

Escluso un intervento diretto e sostitutivo, si può percorrere la strada del sindacato di “maggiore attendibilità”⁸⁵: all’esito del contraddittorio processuale orchestrato con un pieno accesso ai fatti di indagine secondo il modello della *full jurisdiction*⁸⁶, l’organo giudicante deve indicare le ragioni per le quali ritiene la motivazione dell’amministrazione comparativamente più attendibile dell’opposta lettura fornita dal ricorrente, non essendo dunque sufficiente provare che la statuizione prefettizia sia semplicemente non implausibile. Il tutto senza mettere in discussione il principio di separazione dei poteri e la natura non penale delle interdittive.

Così rientrano in gioco le figure tipizzate dalla giurisprudenza per misurare la bontà (*recte*: l’attendibilità) della valutazione amministrativa in caso di informative cosiddette generiche⁸⁷. La prevedibilità delle regole di valutazione che si ottiene in questa maniera è dirimente per il privato al fine di adottare le idonee e necessarie cautele, onde evitare l’esposizione a rischi di infiltrazione (in uno coi provvedimenti sfavorevoli) e conseguire la finalità preventiva voluta dall’ordinamento, garantendo una diffusa conformazione spontanea sotto la scure sanzionatoria.

Concludendo, lo studio dei caratteri del sindacato giurisdizionale si dimostra un interessante banco di prova per la conformità costituzionale e convenzionale del sistema della documentazione antimafia. Anche al di fuori della materia penale, il principio di *fair trial* e di necessaria prevedibilità delle conseguenze sfavorevoli sulla sfera giuridica del singolo, che sgorga dal principio di legalità, possono infatti dirsi soddisfatti grazie, rispettivamente, ad un vaglio di legittimità che non si riduca ad un mero simulacro di forma e ad una ermeneusi giurisprudenziale univoca e costante di disposizioni sovente imprecise e indeterminate. Ciò è confermato dalle ragioni sottese all’inserimento dei più volte menzionati principi nel codice dei contratti pubblici; bisogna però avvertire che l’eccessiva enfasi che l’organo giudicante potrebbe essere tentato di conferir loro, potrebbe comportare un’impunità dell’operato amministrativo. Se, da un canto, esiste il rischio che la loro sottovalutazione possa dar luogo a decisioni che giudichino invalido un provvedimento soltanto per violazioni che non dovrebbero assumere un rilievo viziante alla luce del modo in cui i principi in questione sono stati applicati; dall’altro, esiste il pericolo opposto di un troppo drastico uso della logica del risultato, tale da appiattire il sindacato giurisdizionale sulle scelte fatte dall’amministrazione.

⁸⁵ L’espressione è adottata, in sede di sanzioni *antitrust*, in Cons. St. sez. VI 4990/2019 e ripresa in L. BORDIN., *op. cit.*, p. 25.

⁸⁶ Sul punto non possiamo che rinviare a A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Cedam, Padova, 2001, *passim*; M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Editoriale scientifica, Napoli, 2012, *passim* e A. CARBONE, *Il dibattito sull’art. 6 CEDU nel diritto amministrativo italiano ed europeo*, in A. CARBONE (a cura di), *L’applicazione dell’art. 6 CEDU nel processo amministrativo dei paesi europei*, Jovene, Napoli, 2020, p. 10.

⁸⁷ Il riferimento è sempre a Cons. St. sez. III 1743/2016.

4. La seriazione delle misure nella lotta all'infiltrazione mafiosa nei contratti pubblici e i principi del nuovo codice

Chiariti gli aspetti più significativi della materia, con l'intenzione di rendere più semplice la comprensione delle specificità della materia, possiamo concludere proponendo uno sguardo d'insieme sugli strumenti giuridici di cui l'ordinamento si dota per osteggiare l'inquinamento mafioso nell'economia legale⁸⁸. Essi sono sia repressivi che preventivi.

I primi sono propri del diritto penale e consistono in misure restrittive della libertà personale (detenzione) e della proprietà (sequestro e confisca diretta delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono il prezzo, il prodotto, il profitto o che ne costituiscono l'impiego), previste come sanzioni per i reati di associazione mafiosa (art. 416 bis c.p.), di concorso esterno (artt. 110 e 416 bis c.p.) e per la fattispecie aggravata dell'agevolazione o del metodo mafioso (art. 416 bis.1 c.p.)⁸⁹. L'operatività di queste afflizioni dipende dal rispetto dei fondamentali principi costituzionali ed internazionali che contornano la materia criminale (su tutti, riserva di giurisdizione, principio di legalità, principio di colpevolezza, giusto processo: artt. 13, 25 c. 2, 27 e 111 Cost. e artt. 6 e 7 CEDU).

Si crea in questo modo un presidio penale alquanto avanzato, costruito per cerchi concentrici, volto a colpire ogni manifestazione di mafiosità, anche quella più sfuggente, in cui il cerchio più piccolo è rappresentato dall'*intranseus*, quello intermedio dal complice *extraneus*, quello più esterno dalla ipotesi circostanziata⁹⁰.

Non dissimile nella struttura l'impianto offerto dal legislatore per le misure preventive. Innanzitutto troviamo gli strumenti *ante* o *praeter delictum* irrogabili nei confronti dell'indiziato di appartenere ad un'associazione mafiosa (art. 4 c. 1 lett. a) clamp; il cerchio minore per restare alla metafora di prima) e che si sostanziano nel sequestro/confisca dei beni di valore sproporzionato o che paiono costituire il frutto di attività illecite o ne costituiscono il reimpiego (artt. 20 e 24 clamp; cosiddetta confisca allargata), nell'amministrazione giudiziaria delle aziende quando sussistono sufficienti indizi per ritenere che il libero esercizio dell'attività economiche sia direttamente o indirettamente sottoposto alle condizioni di intimidazione o di assoggettamento o possa comunque agevolare attività mafiose (art. 34 clamp) e, infine, nel controllo giudiziario delle attività economiche qualora l'agevolazione risulti occasionale (art. 34 bis

⁸⁸ Si segue qui l'impostazione proposta in N. DURANTE, *L'interdittiva antimafia, tra tutela anticipatoria ed eterogenesi dei fini*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, n. 4, 2020, p. 1963 e ss.

⁸⁹ Nel contesto commerciale, si guardi al microcosmo sanzionatorio di cui al d.lgs. 231/2001, soprattutto dopo che con l'inserimento dell'art. 24 ter, l'ente risponde penalmente anche dell'associazionismo mafioso. È singolare notare che fino al 2001, appunto, le uniche misure spendibili nei confronti dei corpi morali contigui al fenomeno mafioso fossero quelle di prevenzione, non anche quelle penali. Per ulteriori elementi su questo versante, 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), *op. cit.*, p. 188 e ss.

⁹⁰ Volendo si potrebbero aggiungere il reato di scambio elettorale politico-mafioso (art. 416 ter c.p.) ed il favoreggiamento mafioso (art. 378 c. 2 c.p.).

clamp). Sono all'evidenza misure non penali, ma di prevenzione, che attingono i diritti reali o i complessi aziendali; nondimeno, come le prime, devono conformarsi ai supremi principi di legalità e tassatività (artt. 41 e 42 Cost. e art. 1 Prot. 1 CEDU) e sono disposte dall'autorità giudiziaria (art. 111 Cost.), seppur sulla base di una cognizione meno rigorosa rispetto a quella richiesta per l'accertamento di un crimine.

Da ultimo si rinviene la documentazione antimafia, oggetto del presente studio⁹¹. Come più volte indicato nel corso della trattazione, essa esemplifica un provvedimento amministrativo (dunque, non giurisdizionale come gli altri) a carattere preventivo, non punitivo, il cui standard di garanzia costituzionale e convenzionale si riduce agli artt. 41, 42 e 113 Cost. e all'art. 1 Prot. 1 CEDU⁹².

Caratteristica trasversale di tutte le misure brevemente descritte è che esse incidono su beni costituzionalmente presidiati (libertà personale, diritto di proprietà, libertà di iniziativa economica). Tuttavia, mentre le prime due tipologie sono espressione di un potere sanzionatorio (o quasi sanzionatorio) e conseguono ad un accertamento giurisdizionale di responsabilità individuale, anche solo a livello indiziario; la documentazione antimafia è invece espressione di un potere di pubblica sicurezza, che non postula alcun accertamento di responsabilità, neanche presuntivo (si rammenti però che la comunicazione quantomeno recepisce un giudizio di disvalore formatosi prima ed all'esterno dalla volontà prefettizia). Gli strumenti penali e di prevenzione poggiano inoltre su una valutazione effettiva o prognostica, in termini di responsabilità penale oppure di probabile vicinanza mafiosa, ad opera del giudice penale, nella dialettica tra le parti (pubblica accusa e imputato); le misure amministrative invece postulano una delibazione negativa sull'andamento di un'organizzazione privata, effettuata da un'autorità amministrativa in un contraddittorio quantomeno flebile, anche dopo le recenti modifiche, il cui esito è sindacabile solo in punto di legittimità.

Stante questa graduazione di risposte, ognuna delle quali caratterizzata da presupposti, competenze e ritualità differenti, non si vede perché l'armamentario amministrativistico, fondamentale per colpire ogni fenomenologia mafiosa non penalmente fronteggiabile, debba appiattirsi sulle garanzie forgiate per lo *ius criminale*. In particolare, non hanno ragion d'essere i dubbi di costituzionalità avanzati in tema di interdittive generiche ex art. 84 c. 4 lett. d) ed e) (e art. 91 c. 6) del codice antimafia in riferimento al principio di legalità, *sub specie* di necessaria prevedibilità delle conseguenze sfavorevoli per la propria condotta.

⁹¹ Analogo discorso può farsi pure per la nuova misura della collaborazione preventiva ex art. 94 bis clamp.

⁹² Circa le ragioni dell'assenza di riferimenti nel testo costituzionale alle misure preventive la letteratura costituzionalista è divisa. Da un lato, c'è chi ritiene che tale scelta fu dovuta alla ritrosia dei costituenti verso gli istituti di polizia usati dalla repressione fascista (A. AMATO, *Potere di polizia e potere del giudice nelle misure di prevenzione*, in *Politica del diritto*, n. 5, 1974, p. 340); un altro filone opina nel senso di lasciare maggiori margini di manovra al legislatore ordinario (P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984, p. 137). Comunque, l'indiretta base costituzionale del diritto della prevenzione si rinviene, sin da C. Cost. 27/1959, negli artt. 13, 16, 17 e 25 c. 2 Cost.

Nella letteratura⁹³ degli ultimi anni si è infatti sollevata qualche perplessità circa la tenuta costituzionale delle disposizioni da ultimo citate, specialmente in esito all'arresto della Corte EDU, noto come caso De Tommaso v. Italia⁹⁴. A parere di questa dottrina, pure in tema di informazione antimafia si anniderebbe una lesione delle prerogative convenzionali omologhe a quelle indicate in questa pronuncia, essendo carente di quel livello minimo di precisione che consente ai cittadini di orientare il proprio comportamento e di rendere ragionevolmente prevedibile le risposte sanzionatorie. Ovviamente non si può richiamare la legalità richiesta in materia di libertà di circolazione, visto che, rispetto alla documentazione, viene in gioco semmai il diritto di proprietà (art. 1 Prot. 1 CEDU).

Eppure, bisogna dare uno sguardo anche all'altro emisfero del sistema, cioè il diritto interno. La Consulta⁹⁵, adita subito dopo la pronuncia convenzionale, ha dato solo in parte seguito a questo *dictum*, dichiarando incostituzionale esclusivamente una delle categorie stigmatizzate, non anche l'altra, sulla base del convincimento che qui si è registrata una tassativizzazione per mezzo di una stratificazione di sentenze costanti ed univoche, a differenza della prima casistica ove regnava un grave caos pretorio.

Lo stesso è a dirsi in tema di interdittive generiche⁹⁶. Ivi si è consolidata una categorizzazione delle ipotesi dotate di maggior significatività, dislocate entro i due poli della contiguità soggiacente (imprenditore vittima, che non può fare altro che assecondare le istanze mafiose) e della contiguità compiacente (imprenditore colluso, sceso a patti con la criminalità organizzata, per reciproco tornaconto)⁹⁷. Perciò, se il giudice delle leggi ha fatto salva l'interpretazione tipizzante giurisprudenziale nella branca della

⁹³ G. AMARELLI, *L'onda lunga della sentenza De Tommaso: ore contate per l'interdittiva antimafia "generica" ex art. 84, co. 4, lett. d) ed e) d. Lgs. n. 159/2011?*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 4, 2017, p. 290 e *Le interdittive antimafia "generiche" tra interpretazione tassativizzante e dubbi di incostituzionalità*, in G. AMARELLI, S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *op. cit.*, p. 214 (ma in generale, si veda tutto il volume); note critiche sono presenti in V. MANES, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, disponibile al sito Archivio Diritto Penale Contemporaneo, 2018, p. 21; N. DURANTE, *op. cit.*, p. 1968 e ss.

Alcune proposte di riforma paiono meritevoli (quali l'introduzione dell'obbligo legale per gli operatori economici che vogliono prender parte a gare pubbliche di assumere a monte *compliance program* idonei a prevenire l'infiltrazione, sul modello del d.lgs. 231/2001, o la devoluzione del contenzioso alla giurisdizione esclusiva oppure a quella ordinaria), altre quantomeno discutibili (come quella di privare della competenza decisoria la prefettura, a vantaggio del tribunale della prevenzione), altre ancora, per quanto verrà indicato nel testo, superflue (come l'elencazione normativa delle situazioni di allarme al posto delle clausole generali dell'art. 84 c. 4).

⁹⁴ Ric. 43395/09, deciso nel 2017. Riassumendo, la Corte ha condannato l'Italia in quanto le due categorie di pericolosità cosiddetta generica di cui all'art. 1 lett. a) (chi è abitualmente dedito ai traffici delittuosi) e b) (chi vive abitualmente traendo proventi da attività delittuose) clamp sono eccessivamente generiche e non predeterminabili; pertanto, vulnerano la *rule of law*, intesa come "diritto alla certezza del diritto", sancita dall'art. 2 Prot. 4 CEDU.

⁹⁵ C. Cost. 24/2019.

⁹⁶ A partire in special modo dalla cruciale Cons. St. sez. III 1743/2016, ripresa in C. Cost. 57/2020. Più di recente, Cons. St. sez. III 758/2019, 6105/2019, 3182/2021 e 7165/2021, che si sono apertamente poste il dubbio - superandolo - della conformità a Costituzione e a convenzione della normativa *de qua*. Come pietra di paragone può prendersi un ulteriore intervento della Consulta, la quale ha dichiarato contraria a Costituzione la disciplina del potere prefettizio di intervento sugli enti locali per eccessiva genericità dei presupposti e senza che ci fosse un diritto vivente a supporto (C. Cost. 195/2019).

⁹⁷ Cfr. Cons. St. sez. III nn. 4945 e 1925 del 2024. La distinzione trova fondamento in questo, che il ragionamento inferenziale richiesto dalla normativa non esige la prova di un'adesione volontaria e consapevole alle istanze mafiose.

prevenzione personale, tanto più e a maggior ragione non si vede perché non debba essere tollerata sul fronte del diritto amministrativo.

D'altronde, la minuziosa tipizzazione degli elementi di allarme porterebbe, immancabilmente, ad un vuoto di tutela. Nessuno spazio residuerebbe in capo all'amministrazione per adattare il suo intervento alle evoluzioni sociali, tecnologiche ed imprenditoriali e alle specificità locali. Si badi peraltro che la clausola del pericolo di infiltrazione, lungi dal conferire una delega illimitata all'autorità pubblica, costituisce il fondamento e, al contempo, il limite della potestà discrezionale prefettizia⁹⁸.

Ampliando l'orizzonte della dissertazione, esistono altri frangenti del diritto amministrativo connotati, al pari delle informative, dall'impiego di poteri ablatori tecnico discrezionali, incidenti su diritti fondamentali del singolo (in specie, la proprietà) e radicati su clausole generali. Ebbene, si possono seriamente nutrire dubbi di costituzionalità per indeterminatezza perché il vincolo culturale viene apposto sulla base dell'"interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico" di un bene⁹⁹, perché la bellezza di un immobile paesaggistico si misura sul suo "notevole interesse pubblico"¹⁰⁰ o perché l'ablazione di *res* private deriva da ragioni di "pubblica utilità"¹⁰¹?

Anzi, l'espropriazione può essere un interessante banco di confronto. Ci riferiamo all'istituto dell'occupazione acquisitiva/usurpativa: anche qui c'è stato l'intervento, prima, della CEDU¹⁰² e, successivamente, della Consulta¹⁰³ e pure in questo caso il problema era la carenza di una giurisprudenza costante, non essendo chiari i confini delle figure né prevedibili le conseguenze per il privato. La *rule of law* non era menomata dall'origine pretoria dell'occupazione *sine titulo*, ma dalla sua concreta applicazione incerta ed arbitraria.

La legalità preventiva, tirando le fila del discorso, non deve forzatamente corrispondere alla legalità punitiva¹⁰⁴. E ciò vale vieppiù in un sistema, come quello succintamente delineato, qualificato da un intervento sanzionatorio graduale ed improntato al principio di proporzionalità: in maniera ancora più

⁹⁸ In termini, recentemente, Cons. St. sez. III 999/2024 e 8395/2023. Si veda anche R. GRECO, *La giurisprudenza del Consiglio di Stato in tema di misure antimafia*, disponibile al sito Giustizia Amministrativa, 2024, p. 10.

⁹⁹ Artt. 10 e ss. d.lgs. 42/2004.

¹⁰⁰ Secondo le sfumature dell'art. 136 d.lgs. n. 42 cit.

¹⁰¹ Artt. 12 e ss. d.p.r. 327/2001. L'art. 43 Cost. legittima l'espropriazione di imprese per "*fini di utilità generale*".

¹⁰² Sin dal noto arresto Carbonara v. Italia, ric. 24638/94, deciso nel 2000.

¹⁰³ Che però si è limitata al profilo del *quantum* dovuto per l'occupazione, non diffondendosi sulla legittimità dell'istituto in sé: C. Cost. 349/2007.

¹⁰⁴ Sulla dicotomia legalità punitiva-legalità preventiva, ripresa in Cons. St. n. 758 cit., P. NUVOLONE, voce *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1976, vol. XXVI, p. 635: "[...] il tema della certezza del diritto si pone, perciò, in quanto concerne la prevenzione, in termini assai diversi da quelli tradizionali del diritto penale. La certezza del diritto è qui certezza di premesse legislative generali, di criteri di giudizio validi per l'ordinamento giuridico, di finalità che l'ordinamento giuridico riconosce". Elementi di sintesi si traggono in Cons. St. sez. III 4061/2021.

marcata con la recente novella del 2021 (cfr. art. 92 c. 2 ter clamp), le informazioni ostative rimangono l'*extrema ratio*, la cui scelta va giustificata adeguatamente rispettando un puntuale onere motivazionale¹⁰⁵. Ora, già nei precedenti paragrafi si è fatto riferimento ai principi del codice degli appalti per avvalorare certe ricostruzioni. Ebbene, l'inserimento dei principi nel nuovo codice - soprattutto quello di risultato - può giocare un ruolo anche su quest'ultimo frangente. Va sgomberato il campo da un possibile equivoco circa la loro applicabilità al diritto dell'antimafia: il fatto che siano canoni generali, peraltro già noti al sistema, li rende certamente utilizzabili in questo settore; solo, perderanno la loro valenza privilegiata, in quanto l'art. 4 cod. app. li pone in posizione poizore limitatamente all'interpretazione delle disposizioni codicistiche.

Si faccia attenzione, il ruolo che qui si vuol attribuire ai principi codificati non può sicuramente comportare il totale sacrificio di fondamentali meccanismi di garanzia, come la comunicazione e l'informazione antimafia, sull'altare del risultato o della fiducia. D'altronde che il canone del risultato debba essere bilanciato con la legalità dell'azione amministrativa è dichiarato all'art. 1 c. 1 cod. app. e ciò è ancora più vero per quanto detto circa l'art. 4.

Se un margine di flessibilità si vuole allora ammettere in capo all'amministrazione procedente, lo si deve rinvenire, ancora una volta, nella residualità di questi istituti. La discrezionalità e l'individuazione della regola del caso concreto, che sgorgano dal canone del risultato, conferiscono maggiore stabilità alla scelta che la p.a. è chiamata ad effettuare nel graduare gli strumenti di prevenzione, come sancito dall'art. 92 c. 2 ter clamp.

A parere di chi scrive, un'operazione di ripulitura normativa, che cancelli le duplicazioni, le incongruenze terminologiche e che razionalizzi i rapporti tra i vari istituti, sarebbe in grado, in definitiva, di fugare ogni perplessità.

¹⁰⁵ Che porta con sé un ovvio ampliamento del sindacato giurisdizionale. Per concludere col parallelismo con le procedure ablatorie reali, si noti che, tra i motivi per cui l'utilizzazione senza titolo dell'art. 42 bis d.p.r. 327/2001 - che ha chiuso l'annosa questione dell'espropriazione indiretta - è stata ritenuta immune da censure di incostituzionalità, si rinviene quello della sua necessaria residualità (C. Cost. 71/2015: "[...] l'adozione dell'atto acquisitivo è consentita esclusivamente allorché costituisca l'*extrema ratio* [...]"). D'altra parte, è questo il retroterra che sembra trasparire in C. Cost. 180/2022, quando ha sottolineato la rilevanza della novella, la quale, con l'ampliamento del contraddittorio procedimentale (nuovi commi dell'art. 92) e l'introduzione dello strumento della prevenzione collaborativa (art. 94 bis), "*ha introdotto la possibilità [...] di evitare l'informazione e i suoi effetti interdittivi [...]*".

In un certo senso anche l'art. 89 bis clamp congiura a favore di questa concezione: l'informazione sostitutiva può essere prodotta solo se, all'esito del procedimento per l'irrogazione della comunicazione, affiorino rischi di infiltrazione che dimostrino l'insufficienza della seconda misura. Si potrebbe infine aggiungere che l'iniziativa economica non è riconosciuta come diritto fondamentale dal diritto convenzionale (Cons. St. sez. III 5601/2023).

Parte II - Sistema informativo-reputazionale e sistema pattizio delle misure antimafia. *White list* e protocolli di legalità

5. Le *white list*

Le *white list* rappresentano un importantissimo strumento di cui l'ordinamento giuridico dispone per contrastare le infiltrazioni mafiose all'interno del settore degli appalti pubblici. Si possono definire come gli elenchi di fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a rischio di infiltrazione mafiosa e operanti in settori "sensibili"¹⁰⁶. Tali elenchi sono custoditi presso ogni prefettura per le imprese aventi sede in quella provincia.

Il primo richiamo a tale istituto è contenuto in una direttiva del Ministro dell'interno del 2010¹⁰⁷. In tale documento veniva espressa preoccupazione riguardo l'insufficienza dell'allora vigente sistema di prevenzione antimafia e si indicava come possibile soluzione quella di collegare gli strumenti a disposizione per il contrasto alle infiltrazioni mafiose con le specifiche realtà territoriali. Valorizzando l'elemento della territorialità, veniva ipotizzata la creazione di un sistema che fosse in grado di individuare preventivamente un elenco di operatori economici ritenuti affidabili da sottoporre alle verifiche antimafia prima della loro partecipazione ad una gara pubblica. In questo modo, grazie alla disponibilità fin dal momento dell'emanazione del bando di gara di tale elenco di operatori puliti, la procedura di affidamento, una volta iniziata, non veniva sospesa nell'attesa di ottenere la documentazione antimafia i cui tempi, spesso non preventivabili, finivano per rimandare l'aggiudicazione del contratto.

Questo sistema, nato in un contesto emergenziale dovuto a calamità naturale, è stato replicato nel 2012¹⁰⁸ e ha trovato poi la sua consacrazione durante le varie procedure di affidamento dei lavori in vista dell'Esposizione Universale di Milano del 2015. Dalla sua elaborazione per fenomeni ben localizzati, l'implementazione di tale apparato si è oggi diffuso capillarmente in tutto il territorio nazionale, tanto che ogni prefettura custodisce i propri elenchi di *white list*.

Allo stesso tempo, il legislatore ha provveduto a fondare la legittimità di tale istituto, inserendo la sua disciplina nella legge n. 190 del 2012, in particolare all'articolo 1, commi 52 e seguenti.

Proprio in queste disposizioni, in particolare al comma 53, sono elencate le attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiose¹⁰⁹. Tale elenco ha una valenza fondamentale, in quanto l'iscrizione negli

¹⁰⁶ Circolare Ministero dell'interno, n. 11001/119/12(5) del 28 luglio 2020.

¹⁰⁷ Direttiva del Ministro dell'Interno, intitolata "*Controlli antimafia preventivi nelle attività a rischio di infiltrazione da parte delle organizzazioni criminali*", n. 4610 del 23 giugno 2010, concepita nel contesto emergenziale post terremoto dell'Aquila del 2009.

¹⁰⁸ A seguito del sisma che colpì l'Emilia-Romagna.

¹⁰⁹ Per quanto attiene ai settori considerati sensibili, è da segnalare una novella legislativa sul punto, che ne ha emendato il catalogo. Infatti, il decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23, convertito nella legge 5 giugno 2020 n. 40, modificando il comma 53 dell'articolo 1 della legge 190 del 2012, ha innovato l'elenco dei settori maggiormente a rischio di infiltrazione, inserendone di nuovi che risultano, alla luce dell'andamento economico odierno, maggiormente esposti ed eliminando quelli che, al contrario, hanno perso rilevanza. Tale riforma legislativa si è resa necessaria in quanto si avvertiva sempre

elenchi prefettizi è obbligatoria per le imprese operanti nei settori richiamati che vogliano partecipare ad una gara d'appalto bandita da una pubblica amministrazione. Il principio della obbligatorietà per le pubbliche amministrazioni di acquisire la documentazione antimafia tramite la consultazione delle *white list* non era contenuto nella originaria versione della legge, ma è stato successivamente aggiunto dal decreto-legge n. 90 del 2014, che ha abolito quindi il requisito della volontarietà dell'iscrizione in tali elenchi.

Se la velocizzazione dell'affidamento dell'appalto costituisce il primo effetto dell'intero sistema delle *white list*, nonché il più visibile agli occhi di ogni cittadino, quanto fino a qui descritto è stato accolto con particolare favore anche in virtù della sua *ratio*, che consiste nel promuovere nuove forme di legalità partecipata dagli operatori economici nel settore degli appalti pubblici, da sempre considerato di estrema delicatezza¹¹⁰. Il fine ultimo consiste, infatti, nel premiare le società virtuose, abbandonando quella logica di repressione che aveva come obiettivo finale l'esclusione dalla gara per l'impresa in odore di mafia.

Per meglio comprendere tale meccanismo virtuoso, è opportuno soffermarsi sulla procedura di iscrizione di un'impresa all'interno delle *white list* prefettizie, disciplinata dal decreto del Presidente del Consiglio del 18 aprile 2013.

Per poter iscrivere la propria impresa, il titolare deve presentare la relativa istanza alla prefettura competente per territorio¹¹¹. Se il soggetto risulta già censito e libero da elementi ostativi, viene rilasciata l'informativa antimafia liberatoria ai sensi dell'art. 92 clamp¹¹². Qualora, invece, il soggetto non risulti censito oppure ricorrano situazioni ostative, il prefetto dispone le necessarie verifiche, paragonabili a quelle che vengono svolte per l'informazione antimafia¹¹³. A conferma della equiparabilità dei due istituti, l'articolo 4, comma 2 del dpcm 30 ottobre 2014, n. 193, stabilisce l'equipollenza negli effetti tra i provvedimenti interdittivi prefettizi e quelli di diniego o cancellazione di un'impresa dalle *white list*. Per

di più l'urgenza di rendere maggiormente penetranti i controlli antimafia verso coloro che operano in ambiti considerati particolarmente appetibili dalla criminalità che erano ormai cambiati rispetto a quelli stabiliti otto anni prima. Si riporta, per quanto di interesse, l'art. 1 c. 53 l. 190/2012, nel nuovo testo: “c) Estrazione, fornitura e trasporto di terra e materiali inerti; d) Confezionamento, fornitura e trasporto di calcestruzzo e di bitume; e) Noli a freddo di macchinari; f) Fornitura di ferro lavorato; g) Noli a caldo; h) Autotrasporto per conto terzi; i) Guardiania dei cantieri; i-bis) Servizi funerari e cimiteriali; i-ter) Ristorazione, gestione delle mense e catering; i-quater) Servizi ambientali, comprese le attività di raccolta, di trasporto nazionale e transfrontaliero, anche per conto di terzi, di trattamento e di smaltimento dei rifiuti, nonché le attività di risanamento e di bonifica e gli altri servizi connessi alla gestione dei rifiuti”.

¹¹⁰ A. M. BARONI, E. DI AGOSTA, A. PETRONELLI, G. PINTUS, *Gli strumenti di contrasto alle infiltrazioni mafiose nel settore degli appalti pubblici*, in M. T. SEMPREVIVA (a cura di), *op. cit.*, p. 232.

¹¹¹ La quale attiva la procedura di consultazione della banca dati nazionale antimafia (bdna).

¹¹² Una volta ottenuta l'iscrizione, questa possiede una validità di 12 mesi dalla data in cui è disposta, salvi gli esiti delle verifiche periodiche che il prefetto può comunque ordinare qualora lo ritenga necessario. I controlli per accertare la continuata insussistenza di rischi di infiltrazione criminale possono essere altresì disposti a campione e con modalità a sorpresa, in tal modo attuando una forma di controllo dinamico che permette all'amministrazione prefettizia di ampliare la conoscenza della realtà economica del proprio territorio, valorizzando quel carattere preventivo che permea l'intero sistema descritto.

¹¹³ Cons. St. sez. III 1743/2016. Cfr. *supra* parr. 1.1 e 1.2 della Parte I, anche in nota.

quanto attiene agli effetti del diniego di iscrizione o della cancellazione dalle *white list* si rinvia, stante la sovrapposizione, a quanto illustrato sugli effetti di una interdittiva occorsa durante la procedura di gara¹¹⁴ e quelli in cui l'interdittiva giunga dopo l'aggiudicazione del contratto, nella fase di esecuzione¹¹⁵.

È evidente come questo meccanismo crei un maggior legame tra Stato “controllore” e imprese pulite, oltre che una maggior fiducia e certezza nella legalità da parte di imprenditori e cittadini. Tramite le *white list* sono gli imprenditori “puliti” che si fanno conoscere dallo Stato prima ancora che una stazione appaltante emani un bando di gara e non vi è, quindi, un controllo successivo, spesso effettuato sotto pressione, a causa dei limiti temporali per l'avvio dei lavori, sull'unica impresa vincitrice. Tale legame risulta peraltro riconducibile, oggi, al principio di fiducia, enunciato all'articolo 2 del nuovo codice dei contratti pubblici e che deve intendersi come reciproco tra i funzionari pubblici e gli operatori economici. Rapportato a quello, aggiunto nel medesimo *corpus* normativo, del risultato, il principio della fiducia è diretto a salvaguardare i margini di azione dei soggetti pubblici e privati e, al contempo, a garantire uno spazio di manovra scevro da politiche del sospetto.

In definitiva, ciò che si può ricavare dal nuovo codice degli appalti in riferimento alle *white list* è la prosecuzione del percorso che vuole portare al cambiamento del modello da repressivo a preventivo - tema che, in generale, occupa tutta la materia della prevenzione antimafia. In questo caso il sistema diventa premiale per chi, al di là della specifica gara, mantenga sempre libera la propria azienda da qualunque pericolo di condizionamento mafioso.

5.1. Inquadramento generale dei protocolli di legalità

Al sistema legislativo delle misure antimafia sopra descritto si affianca il sistema pattizio, composto dai cosiddetti protocolli di legalità, i quali trovano un proprio riconoscimento normativo nell'articolo 83 bis del codice delle leggi antimafia, introdotto con il decreto-legge n. 76 del 2020¹¹⁶.

Già prima di tale introduzione normativa, tuttavia, il codice dei contratti pubblici del 2006, all'articolo 176, comma 3, lett. e), ammetteva la possibilità di pervenire ad accordi simili a quelli che oggi chiamiamo protocolli di legalità¹¹⁷. Si trattava, in sostanza, della facoltà di adottare un documento formale, non tipizzato, al cui interno erano contenute specifiche clausole tramite le quali l'impresa aggiudicataria si impegnavano a denunciare eventuali tentativi di estorsione.

¹¹⁴ Vedi *supra* Parte I, paragrafo 2.1.

¹¹⁵ Vedi *supra* Parte I, paragrafo 2.2.

¹¹⁶ Convertito, con modificazioni, nella legge 11 settembre 2020, n. 120.

¹¹⁷ L'art. 176, c. 3, lett. e) prevedeva infatti che i soggetti aggiudicatori di opere strategiche potessero stipulare appositi accordi con gli organi competenti in materia di sicurezza nonché di prevenzione e repressione della criminalità, finalizzati alla verifica preventiva del programma di esecuzione dei lavori in vista del successivo monitoraggio di tutte le fasi di esecuzione delle opere e dei soggetti che le realizzano.

La *ratio* di tale disposizione era quella di rafforzare la tutela della legalità e prevenire con un ulteriore strumento di natura pattizia, oltre a quelli già esistenti di natura normativa, le infiltrazioni della criminalità organizzata nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici¹¹⁸.

Se la finalità di tale istituto appare chiara, il dibattito si è sviluppato in merito alla loro natura giuridica.

Secondo un primo orientamento, avvalorato da una pronuncia del CGARS, questi accordi rappresentavano atti di emanazione del potere politico afferente all'amministrazione di riferimento. Ne conseguiva che loro contenuto era connotato da una impostazione strategica e non vincolante per quanto riguardava l'attività amministrativa dell'ente¹¹⁹. Tale orientamento però non convinceva per il fatto che, se così fosse stato, la loro violazione sarebbe stata priva di conseguenze, ma ciò non poteva essere a causa della delicatezza del settore che tutelavano.

Un secondo indirizzo riconduceva, invece, queste intese agli accordi tra pubbliche amministrazioni siglati in virtù dell'articolo 15 della legge n. 241 del 1990, valorizzando l'interesse in comune tra pubbliche amministrazioni, quella appaltante e quella di controllo, a prevenire fenomeni corruttivi ed infiltrazioni mafiose¹²⁰.

Infine, la teoria formatasi in seno al Consiglio di Stato, qualificava tali accordi come un rafforzamento di obblighi già esistenti all'interno dell'ordinamento, esaltando l'elemento della vincolatività delle loro clausole. I patti d'integrità vengono infatti definiti come un sistema di condizioni o requisiti la cui accettazione è presupposto necessario e condizionante la partecipazione delle imprese alla specifica gara di cui trattasi. Infatti, tramite la loro sottoscrizione al momento della presentazione della domanda, l'impresa accetta un sistema di regole più rigide rispetto a quelle "ordinarie" del bando che prevedono, in caso di violazione, sanzioni di carattere patrimoniale, oltre alla conseguenza, comune a tutte le procedure concorsuali, della estromissione dalla gara¹²¹.

Quest'ultimo orientamento verrà poi ripreso nella legge n. 190 del 2012, la quale, all'articolo 1 comma 17, ammette che le stazioni appaltanti possano prevedere negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito che il mancato rispetto delle clausole contenute nei protocolli di legalità o nei patti di integrità costituisce causa di esclusione dalla gara.

Sulla scia di queste ultime ricostruzioni, la giurisprudenza è giunta a qualificare tali patti come "utili strumenti pattizi volti a contrastare il fenomeno delle infiltrazioni mafiose nelle attività economiche,

¹¹⁸ M. A. SANDULLI, A. CANCRINI., *I contratti pubblici*, in F. MERLONI, L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Passigli, Firenze, 2010, p. 437.

¹¹⁹ CGARS, sez. I, 1100/2008.

¹²⁰ S. VINTI, *I protocolli di legalità nelle procedure di evidenza pubblica e il giudice amministrativo come nuovo protagonista nelle politiche anticorruzione*, in *Giustamm.it*, n. 2, 2016, *passim*.

¹²¹ Cons. St., sez. V, 4267/2008.

aventi natura di impegni assunti volontariamente tra i soggetti coinvolti nella gestione dell'opera pubblica tramite i quali sono rafforzati i vincoli previsti dalle norme della legislazione antimafia"¹²².

I protocolli di legalità, quindi, non incidono sulle tempistiche o sulla bontà dell'esecuzione del contratto, ma sul comportamento che gli operatori economici devono mantenere dal momento in cui scelgono di partecipare ad una procedura di gara fino al termine dell'esecuzione.

Accanto alle dichiarazioni di natura comportamentale, volte a rafforzare gli impegni di legalità e trasparenza, le clausole contenute nei patti di integrità consentono alle stazioni appaltanti di avvalersi inoltre di un regime sanzionatorio che spazia dall'esclusione nella fase di partecipazione alla gara qualora l'operatore economico non sottoscriva il patto, alla revoca dell'aggiudicazione e conseguente applicazione delle misure accessorie, nonché alla risoluzione del contratto eventualmente stipulato, in caso di accertata violazione delle clausole pattuite. Per quanto riguarda soprattutto l'esclusione dalla partecipazione, il codice attualmente in vigore nulla ha innovato rispetto al precedente, non prevedendo, né all'art. 94, che disciplina le clausole di esclusione automatiche, né all'art. 95, riguardante le clausole di esclusione non automatiche, il puntuale richiamo alla mancata sottoscrizione del protocollo di legalità come fattore di esclusione dalla procedura di gara.

A tali misure, si aggiungono poi quelle interdittive connesse alla cancellazione dagli albi degli operatori economici qualificati e al divieto di partecipazione a tutte le procedure di affidamento per un periodo determinato. Tramite l'uso di questi protocolli, la stazione appaltante si appropria della possibilità di poter attivare l'istituto della clausola risolutiva espressa, prevista dell'articolo 1456 c.c., nei casi in cui l'operatore economico non comunichi tempestivamente il tentativo di concussione subito oppure siano emersi accordi corruttivi tra il soggetto aggiudicatore e l'impresa aggiudicataria.

L'implementazione di questi strumenti pattizi ha ricevuto ulteriore forza anche a seguito dell'adozione di varie linee guida e intese¹²³. Tali disposizioni, seppur di cosiddetto *soft law*, qualificano i protocolli di legalità come utilissimi mezzi di prevenzione, capaci di porre delle forti barriere alle interferenze illecite della criminalità organizzata nelle procedure di evidenza pubblica e, pertanto, invitano le stazioni appaltanti ad ampliare l'ambito di operatività di questi strumenti. A tal fine è stato approvato uno schema tipo di protocollo di legalità, da allegare ai bandi di gara per l'affidamento di lavori per la realizzazione di infrastrutture strategiche di cui alla legge n. 443/2001¹²⁴.

¹²² TAR Sicilia, Palermo, sez. II, 568/2014.

¹²³ Tra cui le più significative sono state sottoscritte nel luglio 2014 e nel gennaio 2015 tra ANAC, prefetture ed enti locali.

¹²⁴ Cfr. delibera CIPE n. 62 del 6 agosto 2015, laddove prevede che i bandi di gara per l'affidamento di lavori per la realizzazione di infrastrutture strategiche, emanati successivamente alla data di pubblicazione della delibera, dovranno prevedere, a carico del contraente generale o del concessionario che risulterà aggiudicatario, l'obbligo di stipulare il protocollo di legalità con la prefettura competente e con la stazione appaltante. Tale indicazione è stata successivamente aggiornata con una nuova delibera CIPE del 26 novembre 2020, attraverso la quale vengono approvati i modelli di

5.2. La compatibilità dei protocolli di legalità con il diritto europeo

Una volta chiarita la funzione dei protocolli di legalità, dobbiamo ora indagare la loro compatibilità con l'ordinamento dell'Unione Europea che si basa, come è noto, su alcuni principi cardine, tra cui la libertà di concorrenza. Quest'ultima sembrerebbe a prima vista collidere con quanto previsto dai protocolli di legalità, in particolare con quell'effetto collaterale generale che prevede l'esclusione dalla procedura ad evidenza pubblica per l'operatore economico che dichiara di non volerne rispettare le clausole.

La questione giunse davanti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea in virtù di una vicenda originatasi in Sicilia, dove due imprese si erano aggiudicate un appalto bandito dalla soprintendenza ai beni culturali della provincia di Trapani, per lo svolgimento di lavori di restaurazione di alcuni antichi templi greci. Entrambe le società vennero, tuttavia, escluse dalla gara perché non avevano presentato, al momento dell'offerta, la dichiarazione di accettazione delle clausole contenute nel protocollo di legalità appositamente preparato dalla stazione appaltante. Le imprese vincitrici ricorsero dapprima al TAR e poi in appello al Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Sicilia che rimise alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione in termini generali circa la compatibilità dal punto di vista giuridico tra quanto previsto dai protocolli di legalità, ossia la clausola che prevede l'esclusione in caso di mancata sottoscrizione del protocollo stesso e la libertà di concorrenza¹²⁵.

La prima norma da prendere in considerazione per meglio inquadrare il problema è l'articolo 46, comma 1 bis, del previgente codice dei contratti pubblici, corrispondente all'articolo 10 del codice vigente, che disciplinava le cause di esclusione dagli appalti pubblici, stabilendo il principio di tassatività riguardo la loro esistenza¹²⁶.

Tale prima osservazione è stata superata in quanto una ipotesi di esclusione era costituita dall'inadempimento delle prescrizioni previste dal codice, dal suo regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti. Tra queste altre leggi vi rientrava anche la legge n. 190 del 2012 nella parte in cui disciplinava i protocolli di legalità. In questo modo il rispetto del principio di tassatività delle cause di esclusione da una procedura di appalto veniva garantito e, pertanto, i protocolli di legalità non venivano dichiarati in conflitto con il principio di tassatività delle cause di esclusione.

Con riferimento, invece, alla compatibilità con i valori europei, la Corte di Giustizia osserva che l'obbligo di accettare i patti di integrità nasconde il duplice scopo di visto di garanzia sul comportamento dell'impresa che si aggiudica l'appalto, e di tutela della parità di trattamento tra gli operatori economici. Grazie alla sottoscrizione del protocollo viene, infatti, garantito un altro principio chiave

protocolli di legalità per quelle infrastrutture ed insediamenti considerati prioritari per la prevenzione e repressione di tentativi di infiltrazione mafiosa e per le quali è istituito presso il Ministero dell'interno un apposito Comitato di coordinamento, menzionato all'art. 203 del vecchio codice, e all'articolo 39 del nuovo.

¹²⁵ CGARS, sez. I, n. 534/2014.

¹²⁶ All'epoca dei fatti era in vigore il vecchio codice dei contratti pubblici (d. lgs. 163/2006).

dell'ordinamento comunitario, quello di non discriminazione e di parità di trattamento tra gli operatori economici, in quanto l'obbligo di accettare le disposizioni dei protocolli di legalità ricade su tutti i partecipanti, addirittura in un momento antecedente l'aggiudicazione, gravando in ugual modo su ognuno¹²⁷.

La Corte di Giustizia ha comunque individuato un importante limite alla operatività dei protocolli. Le loro clausole devono, infatti, sottostare al rispetto del principio di proporzionalità, cioè non devono imporre un onere eccessivo rispetto all'obiettivo che si intende raggiungere¹²⁸. Essendo il fine dei protocolli di legalità quello di contrastare le infiltrazioni della criminalità organizzata negli appalti pubblici, per verificare il rispetto del principio di proporzionalità è, quindi, necessario indagare sullo specifico contenuto dei singoli accordi. A questo punto, i giudici della Corte approfondiscono l'analisi delle singole clausole e notano che gli obblighi consistenti nel comunicare lo stato di avanzamento dei lavori, l'oggetto, l'importo e la titolarità dei contratti di subappalto, oltre che nel segnalare qualsiasi tentativo di turbativa o irregolarità nello svolgimento della gara d'appalto e nel denunciare alle forze di polizia qualsiasi tentativo di intimidazione nei loro confronti, rispettano il principio di proporzionalità, non andando oltre quanto necessario per il perseguimento dell'obiettivo, in quanto si limitano a richiedere un comportamento leale da parte del candidato nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice e la sua collaborazione con le forze dell'ordine. Altre disposizioni del protocollo, invece, come quelle che richiedono ai partecipanti di non trovarsi in situazioni di controllo o di collegamento con altri concorrenti, di essersi accordato e di non accordarsi in futuro con altri partecipanti alla gara, di non subappaltare lavorazioni di alcun tipo ad altre imprese partecipanti alla gara, vengono ritenute non compatibili con il principio di proporzionalità, dal momento in cui prevedono l'esclusione automatica dalla procedura d'appalto. Infatti, sostiene la Corte, che, se il fine è quello di salvaguardare il principio di concorrenza, deve essere garantito all'imprenditore quantomeno il diritto a fornire la prova contraria¹²⁹.

In conclusione, ciò che si apprende dalla sentenza della Corte di Giustizia è, quindi, che i protocolli di legalità non solo rappresentano un utilissimo strumento per la prevenzione della corruzione e delle infiltrazioni criminali, ma valorizzano altresì la trasparenza e, per certi versi, anche la concorrenza nel settore degli appalti pubblici. Essi sono compatibili con l'ordinamento dell'Unione Europea con la condizione che ogni loro clausola rispetti il principio di proporzionalità e non ecceda rispetto a quelli che

¹²⁷ CGUE, sez. X, C-425/14 del 22 ottobre 2015.

¹²⁸ Per approfondimenti, cfr. anche il Glossario dell'Unione Europea, disponibile al sito Glossario UE.

¹²⁹ La CGUE, chiarisce, infatti, nei parr. 35-39 della sentenza C-425/14, che una clausola del tipo di quelle sopra menzionate eccede lo scopo di salvaguardare le infiltrazioni criminali poiché vieta qualsiasi tipo di accordo tra soggetti economici, mentre quelli di condannare dovrebbero essere solamente gli accordi collusivi che limitano il gioco della concorrenza.

sono gli obiettivi per cui l'istituto è stato concepito, imponendo obblighi non necessari agli operatori economici impegnati nell'aggiudicazione di una gara¹³⁰.

5.3. I protocolli di legalità alla luce della pandemia COVID-19 e della normativa emergenziale, l'articolo 83 bis e nuovi problemi con il principio di tassatività delle cause di esclusione dalle procedure ad evidenza pubblica

Il moltiplicarsi dei contagi dovuti alla pandemia causata dal coronavirus ha portato il governo, il 31 gennaio 2020, a dichiarare lo stato di emergenza nazionale e ad attuare una serie di misure restrittive che hanno avuto un impatto significativo sulla quotidianità di tutti noi, ma anche sull'economia nazionale.

Per alcuni mesi, infatti, è stato imposto il divieto di esercitare qualsiasi attività che non rientrasse tra quelle definite essenziali e questo ha implicato pesantissime conseguenze in quasi ogni filiera economica.

In un simile contesto, il Ministero dell'interno si è trovato a svolgere un ruolo chiave in considerazione della sua capillarità sul territorio e alla sua funzione di garante dell'ordine pubblico e della sicurezza¹³¹.

La situazione di sconforto e di stallo dell'economia vissuta in Italia nel 2020 ha rappresentato un fertile terreno per la criminalità organizzata che ha potuto far fiorire i suoi traffici e infiltrarsi nel tessuto produttivo nazionale. Il lavoro di prevenzione svolto dalle prefetture nel delicato settore degli appalti pubblici si è rivelato una volta di più di vitale importanza, grazie al lavoro di coordinamento con gli altri attori coinvolti, su tutti forze dell'ordine e le direzioni investigative antimafia.

Oltre all'attività svolta sul territorio dell'amministrazione prefettizia, notevole è stata anche la copiosa produzione normativa emanata per fronteggiare al meglio tale situazione di emergenza.

Nell'ambito che qui interessa, è sicuramente da segnalare il decreto-legge 16 luglio 2020 n. 76 (noto come decreto semplificazioni)¹³². L'intervento normativo ha introdotto nell'ordinamento italiano numerose novità in materia di appalti pubblici e ha inciso profondamente sulla responsabilità penale ed erariale dei dipendenti pubblici con il dichiarato scopo di evitare l'inerzia della pubblica amministrazione causata dalla paura della firma da parte dei dipendenti pubblici.

Di primaria importanza è soprattutto l'articolo 3 del decreto citato, il quale ha modificato il codice delle leggi antimafia, introducendo il nuovo articolo 83 bis, rubricato appunto "Protocolli di legalità". La norma

¹³⁰ C. CRAVERO, *Cause di esclusione negli appalti pubblici - Protocolli di legalità o patti di integrità: la compatibilità con il diritto UE della sanzione di esclusione automatica dell'operatore economico inadempiente*, in *Giurisprudenza italiana*, Torino, n. 6, 2016, p. 1459.

¹³¹ In data 10 aprile 2020, il Ministero emanò la direttiva n. 15350/117/3, con la quale richiamava la vocazione dei prefetti alla vicinanza rispetto ai territori e alle istituzioni democraticamente elette in cui l'impegno costante nel contrasto a ogni forma di illegalità e di criminalità si accompagna necessariamente alla capacità di mediazione dei conflitti e all'azione a tutela dei diritti civili, sociali, politici ed economici, compreso quello della libertà di iniziativa economica che, per le difficoltà del momento, può risultare maggiormente permeabile a rischi di condizionamento mafioso.

¹³² Convertito, con modificazioni, nella legge 11 settembre 2020 n. 120.

ha il preciso scopo di favorire la ripresa economica, incentivando gli investimenti pubblici, prestando comunque molta attenzione a prevenire quei fenomeni di infiltrazioni mafiose nel settore degli appalti. Tale disposizione prevede, al primo comma, che il Ministero dell'interno possa sottoscrivere protocolli, o altre intese comunque denominate, per la prevenzione e il contrasto dei fenomeni di criminalità organizzata, anche allo scopo di estendere convenzionalmente il ricorso alla documentazione antimafia. Per quanto riguarda il contenuto dei suddetti protocolli, la novella legislativa stabilisce che essi disciplinino le modalità per il rilascio delle certificazioni antimafia ed individuano le diverse soglie al di sopra delle quali le loro clausole diventano vincolanti. Viene poi stabilito nella stessa disposizione che i protocolli di legalità possono essere sottoscritti anche con imprese di rilevanza strategica per l'economia nazionale nonché con associazioni maggiormente rappresentative a livello nazionale di categorie produttive, economiche o imprenditoriali e con le organizzazioni sindacali¹³³.

L'articolo 83 bis ha individuato nei protocolli di legalità lo strumento per interventi più snelli e mirati in tale ambito. Il decreto semplificazioni ha, in pratica, introdotto misure per via pattizia e di natura facoltativa, piuttosto che intervenire a livello normativo primario¹³⁴.

Il nuovo articolo 83 bis, però, non si preoccupa solo di definire cosa siano i protocolli di legalità, il loro contenuto e i soggetti che possono sottoscriverli, ma al comma 3 contiene anche la prescrizione secondo cui le stazioni appaltanti, al momento di bandire una procedura ad evidenza pubblica, devono prevedere che il mancato rispetto dei protocolli di legalità costituisce causa di esclusione dalla gara o di risoluzione del contratto. La disposizione richiama molto da vicino quella contenuta all'articolo 1, comma 17 della

¹³³ Per capire meglio la *ratio* e la portata di questa importante novità occorre fare riferimento alla relazione illustrativa dell'articolo 3 del d.l. semplificazioni, nella quale viene indicato che il nuovo 83 bis clamp ha creato una disciplina positiva dei protocolli di legalità, rispondendo alle esigenze sistematiche sorte a seguito delle statuizioni contenute nella sentenza del Consiglio di Stato sez. III n. 452/2020. In particolare, la relazione stabilisce che *“possono essere sottoscritti”* oltre che con i soggetti istituzionali - individuati dall'art. 83 clamp - *“anche con imprese di rilevanza strategica per l'economia nazionale nonché con associazioni maggiormente rappresentative a livello nazionale di categorie produttive, economiche o imprenditoriali”*. La sentenza citata originava da una informazione interdittiva antimafia emessa dal prefetto di Brescia nei confronti di una impresa, a seguito di una richiesta di informazioni proveniente da Confindustria Venezia, nell'ambito di un protocollo di legalità siglato per la conclusione di diversi contratti di rilevanza privatistica. Il ricorso originava dal fatto che il soggetto che ha chiesto la verifica alla prefettura, Confindustria Venezia, non è incluso tra gli enti indicati dal già menzionato articolo 83. Il rilascio dell'informativa era stato possibile in virtù di un *addendum* ad un protocollo di legalità sottoscritto dal Ministero dell'interno con Confindustria in data 10 maggio 2010 e poi rinnovato. La società ricorrente non aveva aderito a nessuno di questi due atti e la normativa antimafia nulla prevedeva circa il rapporto tra soggetti privati. Il vuoto non poteva essere colmato dal protocollo di legalità né dall'*addendum*, entrambi stipulati tra il Ministero dell'interno e Confindustria. Il Consiglio di Stato, in questa sentenza, auspicava quindi una modifica legislativa, nel senso di permettere anche ai soggetti privati di poter sottoscrivere protocolli di legalità. Per approfondimenti, vedi F. GAFFURI, *Il decreto semplificazioni alla prova dei fatti - la disciplina degli appalti pubblici dopo il decreto semplificazioni*, in *Giurisprudenza italiana*, Torino, n. 5, 2021, p. 1242.

¹³⁴ Come auspicato dal Consiglio di Stato nella pronuncia ricordata nella precedente nota; cfr. D. CAPORTO, I. PICARDI, *Gli appalti pubblici dopo la conversione del decreto “semplificazioni”*, Maggioli editore, Santarcangelo di Romagna, 2020, *passim*.

legge n. 190/2012, seppure quest'ultima contenesse il proprio riferimento ad un istituto simile nel nome, ossia ai patti di integrità.

L'uso della forma plurale e generale "il mancato rispetto dei protocolli di legalità" ha portato parte della dottrina a ritenere che la nuova norma autorizzasse le stazioni appaltanti ad escludere quelle imprese che si fossero rese inadempienti rispetto a qualsiasi protocollo firmato in precedenza da qualunque stazione appaltante.

A causa dell'incertezza della situazione creatasi e della necessità di definire precisamente i due diversi strumenti, i protocolli di legalità e i patti di integrità, il Ministero dell'interno ha chiesto un parere all'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) anche per sgombrare il campo da ogni possibile dubbio circa il fatto che la novella normativa potesse nascondere la creazione di una nuova causa automatica di esclusione dalle procedure di appalto, confliggendo una volta ancora con il principio di tassatività di queste, enucleato all'articolo 86 del codice dei contratti pubblici.

L'ANAC ha chiarito che entrambi gli strumenti sono utili presidi di legalità nel contesto degli appalti pubblici, ma si differenziano sotto alcuni aspetti, tra cui il loro diverso ambito di applicazione e la loro vincolatività. L'articolo 83 bis introduce, infatti, una previsione facoltativa nell'ambito della normativa volta alla prevenzione e al contrasto dei fenomeni di criminalità organizzata, mentre il richiamo ai patti di integrità è contenuto nell'ambito delle disposizioni volte alla prevenzione e alla repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione, con carattere di obbligatorietà.

Riguardo, invece, l'incertezza dovuta alla possibile esclusione dalla gara, conseguente al mancato rispetto degli obblighi assunti con la sottoscrizione del protocollo di legalità, l'ANAC chiarisce che essa opera limitatamente alla gara in corso di svolgimento. Solamente nel caso in cui la condotta posta in essere dall'operatore economico integri anche altre fattispecie di esclusione, tale condotta assumerà rilevanza ostativa ai fini della partecipazione a future procedure di aggiudicazione, nei modi e tempi previsti dalle disposizioni di riferimento¹³⁵.

Un ulteriore elemento di ambiguità in tale ambito era rappresentato dal fatto che né l'articolo 83 bis, né alcuna altra disposizione di livello primario forniva un elenco di fattispecie che, qualora nominate in un protocollo di legalità, potessero comportare l'esclusione dell'operatore economico coinvolto. Questo vuoto attribuiva, di fatto, alla pubblica amministrazione una enorme discrezionalità circa i comportamenti ritenuti meritevoli di esclusione dell'impresa che li avesse commessi, con conseguenze ancora una volta sul principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare d'appalto.

Si è condivisibilmente opinato nel senso che, per la fattispecie prevista dall'articolo 83 bis del codice delle leggi antimafia, non sussiste alcuna incompatibilità con il principio di tassatività delle cause di esclusione,

¹³⁵ ANAC, delibera n. 1120 del 22 dicembre 2020.

enucleato all'articolo 10 del nuovo codice degli appalti¹³⁶, richiamando la sentenza della Corte di Giustizia Europea sopra esaminata.

6. Conclusioni: un bilancio delle misure.

Una volta sviluppato il sistema premiale e pattizio relativo alle verifiche antimafia in materia di contratti pubblici, emergono alcune osservazioni conclusive da sviluppare.

Per quanto attiene al sistema *white list*, questo rappresenta senza dubbio uno strumento di semplificazione e velocizzazione delle procedure ad evidenza pubblica, attuazione di quel principio di buon andamento dell'amministrazione, affermato dalla nostra Carta costituzionale (art. 97). Sostituire l'esame relativo all'operatore economico vincitore prima dell'aggiudicazione con un meccanismo in cui le imprese vengono controllate senza urgenza, ben prima della loro partecipazione ad una gara e poi, in caso di aggiudicazione, attingere da una lista di operatori già considerati puliti, porta inevitabilmente solo aspetti positivi per quanto riguarda la tempistica del ciclo di vita di un contratto pubblico, anche alla luce dei principi di risultato e della fiducia (artt. 1 e 2 cod. app.), considerati come principi preminenti, insieme a quello di accesso al mercato, in virtù della disposizione dell'articolo 4. Secondo il principio della fiducia, infatti l'esercizio del potere nel settore dei contratti pubblici si fonda su una reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici. Applicando tale assunto all'istituto delle *white list* non possiamo non notarne i suoi tratti caratterizzanti, in quanto l'intero meccanismo si basa su una richiesta di iscrizione dell'operatore economico, i cui requisiti di non contaminazione saranno controllati dall'amministrazione in un momento anche lontano da quello dall'affidamento e questo, oltre a installarsi in un clima di reciproca fiducia, avrà ripercussioni anche per quanto riguarda la celerità della procedura e quindi del risultato dell'affidamento.

Più nebuloso appare, invece, il futuro dei protocolli di legalità. Come evidenziato in precedenza, la loro natura rispecchia un forte pilastro di legalità, in quanto attraverso la loro pattuizione vengono innalzate le soglie per le quali si rendono necessari i controlli relativi alla documentazione antimafia. Per i fautori di una strenua legalità questo istituto rappresenta un imprescindibile innesto, utile a ridurre ulteriormente rischi di infiltrazione della criminalità organizzata anche nei contratti, e soprattutto subcontratti, cosiddetti sottosoglia. Dall'altro lato, invece, vi è chi vede nel sistema pattizio un rallentamento della procedura di affidamento che si rafforza la legalità della gara, ma allo stesso tempo dilata i tempi della procedura amministrativa, disponendo controlli che in sua assenza non sarebbero necessari. In virtù dell'emanazione del nuovo codice, quest'ultimo filone andrà presumibilmente sempre più rafforzandosi, in quanto tra i principi fondamentali espressi dal nuovo codice al primo posto appare, come più volte

¹³⁶ Cfr. anche l'art. 86 c. 8 del previgente codice.

riferito, quello di risultato (art. 1), che richiede l'affidamento dei contratti di appalto e di concessione con la massima tempestività e il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, concorrenza e trasparenza. Se già la concorrenza viene descritta come uno strumento affinché si raggiunga il risultato dell'affidamento, una delle prossime sfide che si presenta sul campo dei contratti pubblici sarà quella di riuscire a coniugare anche legalità e trasparenza con la tempestività della procedura ora richiesta dalla nuova codificazione.

Per la sopravvivenza dell'istituto in esame, si auspica di riuscire a salvaguardare uno spazio applicativo per i protocolli di legalità che, laddove attuati, hanno indubbiamente portato ad una sensibile diminuzione dell'inquinamento criminale nel tessuto economico nazionale.