

TUTELA DEL MERCATO E STRUMENTI DI CONTRASTO DELL'IMPRESA MAFIOSA

Pasquale Addresso

Title: Market protection and tools to contrast mafia enterprises

Abstract

This contribution analyses the evolving features of the mafia enterprise within the rules of the market where it builds economic and contractual relationships with the legal enterprise. In the first part, it reconstructs the role played by the instruments of control of organisational structures envisaged by the Civil Code, as well as by the most recent anti-mafia codes (Legislative Decree no. 159/2011) and the Crisis and Insolvency Code (Legislative Decree no. 14/2019). In the second part, the innovations introduced in the public contracts sector by Legislative Decree No. 36/2023 are examined.

Keywords: Mafia enterprise, economic crime, law enforcement instruments, market protection

Il presente contributo analizza i caratteri evolutivi dell'impresa mafiosa all'interno delle regole del mercato ove la stessa costruisce rapporti economici e contrattuali con l'impresa legale. In una prima parte, viene ricostruito il ruolo avuto dagli strumenti di controllo degli assetti organizzativi previsti dal Codice civile, nonché dai più recenti codici antimafia (d.lgs. n. 159/2011) e della crisi e insolvenza (d.lgs. n. 14/2019). Nella seconda parte, vengono invece prese in esame le novità introdotte, nel settore dei contratti pubblici, dal d.lgs. n. 36/2023.

Parole chiave: Impresa mafiosa, criminalità economica, strumenti di contrasto, tutela del mercato

1. Introduzione

L'evoluzione della presenza dell'organizzazioni mafiose nel sistema economico nazionale, in specie nei territori caratterizzati da un tessuto imprenditoriale fortemente sviluppato, è andata nella direzione di un'assimilazione dell'impresa mafiosa ai fenomeni di criminalità economica già esistenti. Ciò ha determinato un'apparente perdita di specialità della *res* mafiosa quale conseguenza della diminuzione di reati tipici "a base violenta" e la sostituzione di condotte tipiche della partecipazione mafiosa, quali il sostegno agli affiliati, il pagamento dell'estorsione, le mediazioni etc., in operazioni economiche tra "soci". Il contratto d'appalto, acquisito con l'estrinsecazione della forza intimidatoria, viene suddiviso tra imprese facenti parte del "cartello mafioso", diventando la "cassa comune" dell'organizzazione. Al contempo, la dazione estorsiva si è travestita in operazione distrattiva occultandosi nel magma dell'insolvenza da cui difficilmente emerge, nella sua vera essenza, leggendo le relazioni dei curatori¹. Le "nuove" mediazioni mafiose sono realizzate e gestite nella sottoscrizione di contratti d'organizzazione d'impresa, ove si costruiscono i nuovi equilibri di forza all'interno dell'organizzazione mafiosa tesi alla spartizione dei profitti. In tale nuovo contesto, il contrasto all'impresa mafiosa passa necessariamente dal rafforzamento degli strumenti di contrasto all'economia illegale, dalla creazione di sensibilità "economica" degli operatori e, soprattutto, nel settore dei contratti pubblici nel rafforzamento dei controlli in fase di iscrizione negli elenchi (white list e anagrafe antimafia) e di esecuzione della commessa. L'odierna criminalità organizzata di tipo mafioso, infatti, permeandosi alle logiche del mercato si è collocata nella filiera produttiva quale operatore economico che risponde alla domanda di evasione della grande impresa (basti pensare al numero di amministrazioni giudiziarie - art. 34 d.lgs. 159/2011 - che hanno interessato i grandi gruppi industriali) e più in generale acquisisce il controllo dei sub contratti.

Il presente lavoro analizza i caratteri evolutivi dell'impresa mafiosa, collocandola all'interno delle regole del mercato ove la stessa costruisce rapporti economici e

¹ Si segnala, sul punto, la sottoscrizione di protocollo operativi tra la Direzione distrettuale antimafia di Milano e le sezioni concorsuali dei Tribunali del distretto "ai fini di un efficiente coordinamento tra adempimenti degli organi delle procedure concorsuali e le indagini in materia di criminalità organizzata".

contrattuali con l'impresa legale, che rappresentano l'area di contiguità economica con il fenomeno mafioso. La prima parte (par. 2, 3 e 4) ricostruisce il ruolo primario assunto dagli strumenti di controllo degli assetti organizzativi previsti dal codice civile, nonché dai più recenti codici antimafia (d.lgs. n. 159/2011) e della crisi e insolvenza (d.lgs. n. 14/2019), che aspirano a realizzare una finalità ortopedica delle devianze organizzative dell'impresa, in modo da consentire il recupero della stessa al mercato. La seconda parte (par. 4 e ss.) è dedicata alle novità introdotte, nel settore dei contratti pubblici, dal d.lgs. n. 36/2023 (di seguito nuovo codice dei contratti pubblici) che in continuità con i decreti "semplificazione" (D.L. n. 76/2020 e D.L. n. 77/2021), ha operato una significativa semplificazione dell'azione amministrativa, in attuazione del principio del risultato (art. 1, D.lgs. n. 36/2023). Il nuovo codice ha sostanzialmente confermato le misure di contrasto all'impresa mafiosa già esistenti nella previgente disciplina, incentrate sulle comunicazioni antimafia (par. 5.1) e sul sistema di controlli alternativi (par. 5.2), con alcune novità che incidono in via indiretta sull'impresa mafiosa, riguardando limiti ad istituti tradizionalmente visti quali strumenti di contrasto alla stessa.

2. Cenni sul rapporto tra libertà di organizzazione e principio di legalità: i modelli legali d'impresa

La libertà di iniziativa economica trova copertura costituzionale nell'art. 41 Cost. che ne fissa ampiezza e limiti nell'utilità sociale e nel divieto di nocimento alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà e dignità umana. Nella disciplina positiva, infatti, esistono diverse norme che pongono limiti a tale libertà e incidono sull'autonomia negoziale di chi intende esercitare l'impresa.

Negli ultimi venti anni si è sviluppata a livello legislativo la tendenza² ad introdurre strumenti di controllo incentrati sulla previsione di "modelli legali di organizzazione" in funzione preventiva/sanzionatoria (disciplina della responsabilità ex d.lgs. n. 231/2001, gestioni commissariali, amministrazione e controllo giudiziario) ed

² Si tratta di una tendenza estesa anche settore pubblico attraverso l'obbligo di adozione di piani anticorruzione.

infine introducendo l'art. 2086 c.c. quale norma di portata generale sull'adeguatezza degli assetti organizzativi costituente una condizione legale per l'esercizio dell'impresa. Il corollario di tale politica legislativa si è incentrato anche sui cd. *rating di legalità*³ (legge antitrust) e *white list* (legge n. 190/12), con profili di necessario coordinamento tra discipline eterogenee non ancora compiutamente attuati.

Il tema della legalità riferito all'impresa pone un problema di finalità correlate all'organizzazione dell'impresa; la tensione tra libertà e legalità trova una sua prima composizione nell'art. 2247 c.c. "contratto di società", in cui lo scopo strumentale è l'organizzazione (far funzionare la società) quello finale la distribuzione della ricchezza prodotta (finalità lucrativa). Il valore dell'impresa trascende e supera quello dei soci tanto è vero che il nostro ordinamento pone soltanto il limite negativo dell'economicità, cioè che la società non produca perdite. Si tratta di linee ermeneutiche centrali per decodificare la disciplina della società a partecipazione pubblica (art. 14 d.lgs. n. 175/2016), che costituisce l'antesignano della disciplina del nuovo codice della crisi d'impresa (d.lgs. n. 14/2019), dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi o del settore no profit (d.lgs. n. 117/2017).

In tale contesto normativo quale valore attribuire ai "modelli legali d'impresa"?

L'art. 2086 co. 2 (gestione dell'impresa) introduce per l'imprenditore collettivo il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile *adeguato* alla natura e dimensione dell'impresa anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi d'impresa e perdita della continuità aziendale. Si tratta di una norma che ambisce a stabilire i criteri di organizzazione della giuridicità. Il secondo comma si

³ In base agli ultimi dati diffusi dalla stessa Authority, i procedimenti conclusi l'anno scorso in materia di rating di legalità sono stati 4.108, il 6% in più dei 3.887 del 2018 e quasi il 30% in più dei 3.176 del 2017. Il trend sta proseguendo anche quest'anno: al 30 settembre scorso sono stati già conclusi 3.592 procedimenti. La durata del rating è di due anni, ma le imprese possono chiederne il rinnovo. Dal punto di vista dimensionale, il rating può essere chiesto se si ha un fatturato minimo di due milioni di euro. La maggior parte delle domande arriva dalle imprese di media grandezza che fatturano dai due a 5 milioni di euro (40%) e da 5 a 15 (29%), mentre meno del 5% delle istanze giunge da imprese con fatturati sopra i 100milioni. Il 37% opera nell'industria manifatturiera, il 18% nell'edilizia e il 13% nel commercio. Oggi sono 8.653 le imprese dotate di rating di legalità. E ora, dopo le modifiche al regolamento attuativo varate dall'Autorità e in vigore dal 20 ottobre scorso, la platea dei potenziali interessati potrebbe estendersi anche ad associazioni, fondazioni e comitati che esercitano attività d'impresa anche in modo non prevalente.

applica soltanto a chi possa dirsi un “imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva”.

Ai fini che qui rilevano, le questioni aperte a cui si chiede alla comunità giuridica di fornire risposta sono le seguenti:

a) si è posto da più parti un parallelismo con la disciplina del d.lgs. n. 231/2001, ma la sanzione della violazione dell’art 2086 c.c. dov’è? È evidente che andrà ricavata da altre disposizioni ed occorrerà scindere i profili di responsabilità civile (art. 2932 c.c.) prevalentemente di natura contrattuale dai profili di responsabilità penale riguardanti ipotesi di reato che presentano profili oggettivi (rilevanza o meno del nesso di causalità tra condotta ed evento dissesto) e soggettivi (dolo o colpa) diversificati;

b) i limiti del sindacato giudiziale penale sulle decisioni in tema di assetti organizzativi. Di recente si è molto animato il dibattito sulla rilevanza delle cd. “*Business Judgment Rule*”⁴, in seguito ad un arresto della giurisprudenza di legittimità⁵ che ha escluso la loro valenza esimente automatica di condotte di bancarotta fraudolenta per dissipazione, affermando che:

“ciò che rileva, nel quadro ricostruttivo del giudice penale, non è una scelta irragionevole, ma una scelta del tutto macroscopica ed abnorme, ossia manifestamente configgente ed incoerente con la tutela del ceto creditorio e con la logica di impresa, tenuto conto del concreto contesto di riferimento sottoposto al giudicante” ... “In tale prospettiva, come parimenti chiarito da varie pronunce di legittimità, assumono particolare significatività le condizioni economico-patrimoniali dell’impresa: ed ecco perché il contesto societario di (___), connotato da oggettiva e grave condizione di sofferenza economica, assurge a dato di assoluta importanza”.

Tale proiezione esegetica ritiene il ricorso alle cd. “*Business Judgment Rule*” una “superfetazione”, in quanto non viene in discussione un livello valutativo di scelte

⁴ Regola consistente in una presunzione relativa secondo cui gli amministratori agiscono su base informata, in buona fede e nell’interesse della società, con la conseguenza di esonerare da responsabilità il board of directors, purché abbia assunto decisioni corrette, valutate attraverso una serie di fiduciary duties quali: the duty of care; the duty to monitor; the duty to inquiry; the duty of loyalty.

⁵ Cass. Pen. Sez. V n. 7437/2021.

imprenditoriali, con conseguente ingerenza nel merito delle scelte imprenditoriali sorrette da discrezionalità pura o tecnica, apparendo pacifico che gli amministratori non garantiscono il successo finanziario dell'impresa, e che il parametro valutativo di tutte le condotte di bancarotta fraudolenta patrimoniale è costituito dalla "misura del divario originario che si crea tra la condotta, manifestazione di determinate scelte imprenditoriali, e la garanzia dei creditori ponendosi nell'ottica del soggetto agente di cui va considerata la consapevolezza anche in relazione alle condizioni economico finanziarie dell'impresa e quindi, la conseguente capacità predittiva circa l'incidenza delle sue scelte sulla tenuta del patrimonio aziendale in funzione di garanzia".

3. Impresa illegale: inquadramento e prospettive

La ricostruzione della figura dell'impresa illegale deve essere aggiornata all'evoluzione degli istituti propri del diritto societario e dei contratti d'impresa⁶.

La chiave di lettura per cogliere il diritto societario moderno e, di conseguenza, il penale societario è nella rilevanza della "tutela del mercato", in quanto l'impresa deve fondare la sua prevalenza sulla qualità del prodotto non sulla forza del contratto o della sua posizione; è ciò che l'Autorevole dottrina definisce il passaggio dall'autonomia contrattuale (1341 cc) alla legge "antitrust"⁷, ove la prima è una regola che asseconda il diritto dell'impresa, la seconda rovescia il rapporto tra mercato ed impresa prevedendo una tutela legale della parte debole, in modo da definire la fisionomia del mercato e vietare l'abuso di posizione dominante.

La nozione di impresa "illegale" è tradizionalmente costruita sulla figura dell'imprenditore che esercita l'attività di impresa in assenza delle condizioni di legalità (es. mancato rilascio autorizzazioni necessarie) o, in alcuni casi, estendendo la nozione alle modalità di perseguimento della finalità lucrativa attraverso condotte in frode alla legge funzionali all'ottimizzazione del profitto per il tramite della indebita

⁶ L'impresa, infatti, è un concetto economico di cui il diritto civile si interessa da tre angoli prospettici: soggettivo, imprenditore individuale (art. 2082 c.c.) e collettivo (art. 2247 c.c.), organizzativo statico (azienda cioè l'organizzazione in chiave economica) o il concetto di liquidazione, organizzativo dinamico (attività dinamica), l'insolvenza quale concetto finanziario e non economico.

⁷ L. 287/1990.

riduzione dei costi (compimento di reati per procurarsi i mezzi di produzione, sfruttamento dei lavoratori etc.). La presenza di tali soggetti assume rilievo in quanto potenzialmente capace di arrecare un doppio profilo di danno: *i)* individuale, patrimonio della società; *ii)* collettivo, alterazione della concorrenza quale conseguenza dell'esistenza di "player" resi competitivi dalla riduzione dei costi generati dal meccanismo fraudolento.

L'illegalità correlata all'impresa evoca la figura dei cd. "reati in contratto" ove il profilo di rilevanza penale è nelle modalità di esercizio dell'impresa che mantiene un profilo di liceità del "business" in ciò distinguendosi dall'impresa illecita "tout court" (traffico di sostanze stupefacenti) o immorale (sfruttamento della prostituzione), in cui l'oggetto della attività presenta profili di contrarietà a norme imperative, ordine pubblico e buon costume (art. 1343 c.c.).

Le diverse forme di impresa illegale sono state tradizionalmente inquadrate dalla giurisprudenza nelle "operazioni dolose" (art. 223 co. 2 n. 2 RD 267/1942 oggi art. 329 co. 2 lett. b) d.lgs. 14/2019) idonee a cagionare il dissesto, al cui interno hanno trovato collocazione: impresa che fa ricorso sistematico all'evasione fiscale o contributiva, l'abuso dello strumento cooperativo ove la finalità mutualistica o consortile è assente, le cd. "società nate per fallire", etc.

In via mediana tra impresa "illegale" e "illecita" si pongono altresì quelle forme di gestione collettiva, in cui è l'assenza del titolo autorizzativo per l'esercizio dell'attività economica ad essere sanzionato penalmente (es. smaltimento non autorizzato di rifiuti). In questi casi, la causa "in concreto" illecita viene normalmente occultata attraverso reati strumentali: è il caso⁸, ad esempio, della gestione illecita di rifiuti (es. rifiuti generati dalle demolizioni edilizie reimmessi nel circuito economico in violazione del principio "*end of waste*"- art 184 ter d.lgs. n. 152/2006), ove si assiste ad una fatturazione per cessione di beni di ciò che non ha ancora mutato la sua qualifica di "rifiuto" (es. inerti riciclati reimpiegati nei riempimenti stradali). In tali casi alle contestazioni di bancarotta fraudolenta patrimoniale si accompagnano reati di

⁸ Corte d'Appello di Milano, sentenza, dep. 26 maggio 2023, n. 1826 conf. sentenza GUP presso il Tribunale di Milano n. 1458/2022 del 18 maggio 2022.

traffico di rifiuti, emissione ed utilizzo di fatture giuridicamente inesistenti⁹, false certificazioni utilizzate per il trasporto dei rifiuti o per la partecipazione a sub appalti (una spia rilevante è costituita dal rapporto tra il costo indicato nei capitolati e quello sostenuto dall'impresa appaltatrice, indice dell'entità del profitto illecito conseguito).

In tale cornice, un delicato profilo di collocamento richiede, infine, l'impresa "mafiosa" per la quale occorre porsi la domanda: in cosa consiste la natura mafiosa e cosa differenzia l'organizzazione d'impresa dalla criminalità organizzata? Si tratta di un quesito a cui dare risposta partendo dal dato normativo sulla "*res mafiosa*" incentrato su due profili: *i*) collettivo nell' "associazione di tipo mafioso", (art. 416 bis c.p.); *ii*) individuale, alla stregua, segnatamente, dell'aggravante di cui all'odierno art. 416-bis.1, comma 1, cod. pen., che ha attratto all'orbita codicistica il vecchio art. 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, in specie sotto il profilo dell'agevolazione mafiosa in termini finanziari.

4. L'impresa mafiosa

L'interesse delle mafie ai processi economici rappresenta un dato acquisito e ascrivito dai cultori della materia alla necessità dell'organizzazioni mafiose di investire i proventi delle attività illegali in attività economiche lecite per esigenze di creare ostacoli alla identificazione della loro origine delittuosa; al contempo, le definizioni di impresa¹⁰ e *res mafiosa* sono concetti che risentono dei profili evolutivi

⁹ Suprema Corte Sez. VI, sentenza n. 52321 del 9 dicembre 2016, la quale ha stabilito che "tra le "operazioni non realmente effettuate in tutto o in parte" di cui al D.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, art. 1, comma 1, lett. a), qualificate come "inesistenti" ai fini della configurabilità dei reati di cui agli artt. 2 ed 8 del citato decreto, devono intendersi anche quelle "giuridicamente" inesistenti, ovvero quelle aventi una qualificazione giuridica diversa". In pratica, un'operazione è giuridicamente inesistente allorché, pur essendo effettivamente attuata tra due soggetti esistenti e facendo riferimento ad una reale transazione finanziaria riferita all'importo indicato in fattura, viene qualificata nel documento fiscale in maniera difforme rispetto a come avrebbe dovuto essere. Ciò in quanto l'operazione dissimulata costituisce comunque un'operazione inesistente, poiché se è vero che si tratta di un'operazione esistente, non è però quella documentata in fattura, che è la sola presa in considerazione agli effetti penali dal d.lgs. n. 74/2000.

¹⁰ Per comprendere l'evoluzione della definizione di impresa mafiosa è necessario, tuttavia, porre l'attenzione sugli assetti organizzativi scelti dall'imprenditore definito dall'art. 2082 cc "chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni

legati ai cambiamenti del tessuto socioeconomico e delle dinamiche di mercato, ai quali l'organizzazione mafiosa si adegua e permea nella continua ricerca di nuove occasioni di profitto e di "comfort zone" in cui coesistere con l'ordinamento costituito.

Come già rilevato, è stata l'introduzione dell'idea di mercato come spazio da sottoporre a tutela da parte della legge n. 287/90¹¹ a porre la necessità di una tutela degli equilibri del mercato, (non di chi agisce all'interno, il Codice civile parla infatti solo di "concorrenza sleale"), introducendo divieti di intesa restrittiva della concorrenza, di abuso di posizioni dominanti, di concentrazione di imprese anticoncorrenziale, ecc.

Per cogliere i profili di novità dei tentativi di infiltrazione mafiosa nell'economia reale è necessario partire dalle modalità attraverso le quali l'impresa moderna risponde alle esigenze e regole del mercato, rappresentate dalla predisposizione di assetti organizzativi, che non si esauriscono all'interno del singolo player ma si proiettano all'esterno. Costituisce ormai una prassi consolidata l'utilizzo di contratti con i quali, in modo occasionale o stabile, gli operatori economici decidono di gestire una singola commessa (pubblica o privata), intere fasi del ciclo produttivo o di esternalizzare parte della propria organizzazione (cd. esternalizzazione della produzione di beni e servizi).

Tali contratti sono ricondotti alla categoria dei "contratti d'impresa"¹², ove i termini contratto e impresa sono legati da un nesso funzionale in quanto espressivi di scelte organizzative che connotano l'esercizio dell'impresa. Trattasi di un tema ampio che

o di servizi". Le tre grandi categorie sono: imprenditore individuale, imprenditore società di persone, imprenditore società di capitali. L'imprenditore può essere una persona fisica oppure un soggetto appositamente strutturato cioè una società, nel cui ambito si distingue tra società di persone e società di capitali: nelle prime il socio fa impresa attraverso la società, che è un mero strumento; nelle società di capitali il socio fa un investimento, acquistando quote partecipative, ma non necessariamente collabora alla gestione che invece è riservata a un apposito organo, in cui possono far parte anche i soci, ma non è detto, anzi in genere non ne fanno parte: è l'organo amministrativo. Nelle società a responsabilità limitata, forma organizzativa della piccola impresa, esiste ancora un nesso abbastanza stretto fra la qualità di socio e l'esercizio del potere amministrativo. Non è così nelle società azionarie.

¹¹ Il diritto antitrust è legato in modo diretto agli accordi tra gli operatori economici, il cd. nuovo diritto dei contratti, che tratta di discipline contrattuali rigorosamente d'impresa, calibrate sulla preoccupazione che l'attività di impresa, non alteri le condizioni ottimali di concorrenzialità del mercato.

¹² Fabrizio Di Marzio, *Contratto e impresa*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021.

interessa, in questa sede, nella misura in cui il mercato di riferimento (es. settore degli appalti pubblici) vede la presenza di imprese legate da vincoli contrattuali, in cui siano presenti elementi di contaminazione mafiosa.

Per fare un esempio concreto, si pensi ai contratti di consorzio, avvalimento, sub appalto costituenti strumenti negoziali con i quali le imprese partecipano alle procedure ad evidenza pubblica, ove si contrappongono due opposte esigenze: da un lato, la garanzia di massima partecipazione alle commesse pubbliche che si dilata nella misura in cui un'impresa possa avvalersi di soggetti ausiliari per dimostrare il possesso dei requisiti di partecipazione (es. attestazioni di qualificazione); dall'altro la necessità di garantire che tali contratti di collaborazione non siano utilizzati per eludere i controlli rimessi alla stazione appaltante sia in fase di gara, per accertare il possesso dei requisiti di cui all'art 80 d.lgs. n. 50/2016 oggi art. 94 e ss. d.lgs. n. 36/2023 (tra i quali vi è l'assenza di contaminazioni mafiose accertate attraverso l'acquisizione delle cd. comunicazioni antimafia), che in fase di esecuzione (cfr. par. 5 e ss.).

L'impresa mafiosa si atteggia, per sua natura, come un soggetto dominante nella relazione economica, in quanto la controparte non ha alternative di mercato, nella particolare accezione che la possibilità di rivolgersi a terzi esiste, in astratto, ma è preclusa in concreto dalla presenza di un soggetto che, attraverso il controllo mafioso esercitato nel settore economico di riferimento, condiziona le scelte della controparte fino a sostituirsi al committente nella selezione dei suoi fornitori, dando vita alla creazione di veri e propri "cartelli mafiosi"¹³, in cui la regola d'accesso è nell'appartenenza a famiglie facenti parte del sodalizio mafioso.

L'esteriorizzazione dell'esistenza di tale controllo economico è "silente" perché: i) ciò che rileva all'esterno è una relazione contrattuale di lunga durata, ove la mafiosità insita nell'acquisizione della commessa con metodi violenti, è lontana temporalmente; ii) si attua una scissione tra chi ha estorto e chi gestisce le società beneficiarie la cui titolarità effettiva è schermata da intestazioni fiduciarie o fittizie; iii) l'esecuzione della commessa realizza l'interesse contrattuale del committente il quale si

¹³ Tribunale di Milano S.A.M.P. - decreto n. 20/2022 dep. 15 giugno 2022 - amministrazione giudiziaria Spumador spa.

disinteressa dei profili legati alle modalità di gestione dell'appalto e del possesso dei requisiti di onorabilità.

L'abuso¹⁴ di mercato dell'impresa mafiosa si presenta quale "relazionale" ove l'imposizione elimina la concorrenza fuorviando la libertà di scelta del contraente da parte del committente. Il dato patologico della relazione economica istaurata è che il committente non reagisce a tale abuso, attraverso strumenti tesi ad eliminare dal mercato l'impresa mafiosa (es. denuncia all'A.G.) o adozione di assetti organizzativi (es. modelli organizzativi di prevenzione ex d.lgs. n. 231/01), che neutralizzino il rischio di entrare in contatto con l'impresa mafiosa (es. mappatura delle aree e dei processi aziendali a rischio infiltrazione), ma la scelta ricade nel recupero di efficienza ed economicità del business attraverso "strategie" commerciali che rendano "soportabile" l'abuso, se non addirittura conveniente.

Il principale è costituito dall'utilizzo dell'impresa mafiosa per finalità di evasione (fiscale o contributiva) in tal modo operando la cd. "fiscalizzazione" della prevaricazione, cioè rendendo deducibile il costo dell'estorsione "contrattuale" e/o sfruttando il vantaggio dell'esternalizzazione del servizio all'impresa mafiosa in grado di offrire servizi e beni a "basso costo", trattandosi di impresa che vive fisiologicamente nel mercato senza sostenere il costo della legalità¹⁵.

L'effetto sistemico di tale "equilibrio" di mercato è che gli effetti distorsivi della concorrenza generati dalla presenza dell'impresa mafiosa sono scaricati sullo Stato collettività, in quanto l'imprenditore vittima finisce per convivere con l'impresa mafiosa che da un lato lo costringe e dall'altro gli offre servizi illeciti.

In tale contesto, diviene difficile inquadrare i ruoli nel "classico" binomio estorto/estorsore e, di sovente, l'elemento sintomatico della mafiosità non è più solo nell'estrinsecazione della *vis mafiosa* divenuta "liquida" all'interno di contratti di impresa, ma emerge nell'ambito dell'insolvenza delle società utilizzate per attuare i sistemi di evasione (es. abuso della finalità cooperativa), ove coesistono operazioni

¹⁴ La nozione di abuso è ricostruita dalla dottrina e giurisprudenza nell'esercizio di un diritto per finalità lesive di terzi o inique dell'altrui sfera giuridica. Il diritto antitrust non contrasta la dipendenza economica, ma l'abuso della dipendenza economica. Non è infatti, vietato dominare il mercato ma è inibito abusare della posizione di dominanza.

¹⁵ Sentenza Gip presso il Tribunale di Milano, 19 dicembre 2022 dep. 16.03.2023; Tribunale di Como, 27 aprile 2023, n. 428.

dolose idonee a cagionare il dissesto (sistematico inadempimento dell'obbligazioni erariali) e operazioni distrattive (prelievi ingiustificati, pagamenti di f.o.i.) funzionali alla monetizzazione dell'evasione e al pagamento della "protezione".

In tale proiezione, si pone la recente giurisprudenza di legittimità¹⁶ sulla cd "mafia imprenditrice" che ha consolidato le seguenti regole esegetiche e principi:

"Tuttavia, con riferimento alle finalità perseguite, gli elementi tipizzanti le varie compagini criminali sono fra loro eterogenei, in quanto gli scopi avuti di mira dalle associazioni di stampo mafioso possono essere i più vari. Essi, infatti, spaziano dalla tradizionale realizzazione di un programma criminale - tipica di tutte le associazioni per delinquere - allo svolgimento di attività in sé lecite, come l'acquisizione, in modo diretto o indiretto, della gestione o comunque del controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, di appalti e servizi pubblici; alla realizzazione di profitti o vantaggi ingiusti; all'impedimento o all'ostacolo del libero esercizio del diritto di voto o per procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali. Un "mosaico" dunque, di finalità, tanto ampio che mal si concilia con l'individuazione di un elemento specializzante che possa definire il concetto di "tipo mafioso". [...] Altro è infatti misurare il concetto di forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva ove il fine cui questa metodologia e questo "stato di fatto" sono orientati sia rappresentato dalla commissione di specifici fatti criminali; altro è analizzare gli stessi connotati tipizzanti ove invece il fine perseguito sia quello di operare una ulteriore locupletazione dell'associazione attraverso l'assunzione o il controllo di attività economiche in sé in tutto lecite. In tale prospettiva, risulta evidente come la manifestazione esteriore del sodalizio abbia connotati e caratteri di appariscenza differenziati, in quanto la illiceità che permea ontologicamente il fine, ove questo sia delittuoso, non altrettanto si caratterizza nella ipotesi in cui la locale intenda perseguire finalità di investimento, locupletazione e accrescimento delle potenzialità economiche dell'intero gruppo. In altri termini, l'ormai diffuso concetto di "locale" che caratterizza le estrinsecazioni per così dire extra-moenia delle varie organizzazioni 'ndranghetiste assume i connotati non di una semplice "delocalizzazione" del gruppo madre, ma di una realtà che, pur permanendo stretti vincoli rispetto alla associazione di origine, ha pur sempre un connotato di autonomia strutturale, funzionale e operativa che

¹⁶ Cass. Pen n. 47538/22 ("locale di Roma") Cass. Pen. 39774/2022 (Processo Aemilia).

finisce per autoalimentarsi, ma al tempo stesso per manifestare all'esterno la capacità diffusiva di un'organizzazione così peculiarmente articolata. Di conseguenza, il riferimento all'assenza di un controllo effettivo del territorio romano non scalfisce, in punto di corretta applicazione della disposizione di cui all'art. 416-bis cod. pen., l'ordinanza impugnata, in quanto l'ampiezza della città e la sua complessità sociale mal si prestano ad una colonizzazione del tipo di quella che le organizzazioni mafiose di provenienza esercitano nei territori di origine, cedendo, invece, il passo ad una forma di tipo differente, consistente nella "colonizzazione" del tessuto economico. Un dato, questo, che non pare affatto distonico rispetto al modello proprio ed autoctono dell'organizzazione criminale di riferimento, in quanto la 'ndrangheta - per come anche asseverato da noti procedimenti giudiziari e recenti decisioni di questa Suprema Corte (Sez. 2, n. 39774 del 7/05/2022, Aiello, non mass.), nonché sottolineato dalle Relazioni della Commissione parlamentare antimafia - si è mossa negli ultimi anni accaparrandosi progressivamente intere porzioni imprenditoriali nelle forniture, nel settore della ristorazione, nell'ambito del gioco: ha immesso capitali enormi che hanno alterato profondamente l'economia legale, ma che al tempo stesso garantiscono a queste strutture mafiose posizioni dominanti attraverso cui affidare il sostegno ai propri sodali e il riflusso del denaro pronto ad essere reinvestito".

Le decisioni si apprezzano anche sul contiguo versante della partecipazione al sodalizio mafioso del "delinquente economico" ravvisando il salto di qualità della sua caratura criminale nella riconducibilità allo stesso di molteplici intestazioni fittizie, ritenendo non necessario che le acquisizioni commerciali siano avvenute mediante l'esercizio del metodo mafioso, che non ne elide la dichiarata natura di delitti fine del sodalizio in quanto "il meccanismo simulatorio di acquisto e di cessione delle quote doveva apparire all'esterno del tutto regolare, al fine di occultare, rectius rendere "sottotraccia", l'attuazione del disegno illecito di espansione nel mercato economico della Capitale".

5. Il contrasto dell'impresa mafiosa nel nuovo codice dei contratti (d.lgs. n. 36/2023)

Nell'anno 2022¹⁷ il valore complessivo degli appalti di importo pari o superiore a 40.000 euro, per entrambi i settori, ordinari e speciali, si è attestato attorno ai 289,8 miliardi di euro. In particolare, il 2022 ha registrato un incremento pari al 39,5% rispetto al precedente anno 2021 e al 56,2% rispetto al 2020, aumento significativo che risente anche degli appalti finanziati dalle consistenti risorse stanziare dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR).

Ciò rende evidenti le ragioni per cui il settore dei contratti pubblici costituisce un mercato dotato di particolare attrazione per le organizzazioni mafiose costituendo gli appalti pubblici una occasione di realizzazione di profitti legati alla realizzazione di opere o servizi pubblici.

Per cogliere le peculiarità del sistema dell'evidenza pubblica è necessario, tuttavia, tener conto della differente chiave interpretativa delle operazioni contrattuali ed economiche realizzate rispetto al settore privato, sopra ricostruito, costituita dal fatto che: il mercato è il luogo della libertà, in cui tutto ciò che non è vietato è consentito alla libera contrattazione. Nel diritto dei contratti pubblici la regola è rovesciata: è il potere pubblico che determina i confini della partecipazione e le regole dell'aggiudicazione, con il corollario di un insigne Autore¹⁸ secondo cui, mentre l'individuo può fare tutto ciò che non gli è espressamente vietato, l'amministrazione può fare soltanto ciò che la legge espressamente le consente di fare.

La disciplina introdotta con il d.lgs. n. 36/2023 (di seguito nuovo codice dei contratti) ha sostanzialmente confermato le misure di contrasto all'impresa mafiosa già esistenti nella previgente disciplina, incentrate sulle comunicazioni antimafia (par. 4.1) e sul sistema di controlli alternativi (par. 4.2), con alcune novità che incidono, in via indiretta sull'impresa mafiosa, riguardando limiti ad istituti tradizionalmente visti quali strumenti di contrasto alla stessa.

Il nuovo codice (in vigore dal 1° luglio 2023) ha, infatti, fatto registrare una significativa liberalizzazione delle forme giuridiche con le quali più soggetti possono

¹⁷ Relazione annuale Anac al Parlamento per l'anno 2022 – Camera dei deputati 8 giugno 2023.

¹⁸ Guido Zanobini, prolusione pisana del 1924 tenuta nell'università in cui aveva studiato.

raggrupparsi ai fini della organizzazione ed esecuzione della prestazione in gara. Ciò ha fatto ritenere che il legislatore avesse abbassato il rating di legalità per la partecipazione alle gare, con contestuale aumento del rischio di infiltrazione di imprese in “odore” di mafia.

Sul punto è opportuno rilevare che la novella legislativa, in ciascun istituto, ha mantenuto le prerogative delle stazioni appaltanti di effettuare e pianificare i controlli in sede di gara. Ad esempio, se è vero che il raggruppamento (RTI) è stato liberato da schemi giuridici tipicamente italiani, è stata preservata la facoltà della stazione appaltante di indicare nel bando di gara quali parti debbano essere tassativamente eseguite dall'operatore economico aggiudicatario. Analogamente per il subappalto: se è vero che si applica il subappalto a cascata, è conservato sia l'onere di indicare in offerta le parti da subappaltare (sicché possono anche essere limitate), sia l'obbligo di autorizzare preventivamente il contratto di subappalto. In questa fase autorizzatoria il quadro dei requisiti di affidabilità morale e tecnica è del tutto immutato.

Ulteriore criticità del nuovo codice, in chiave di contrasto alla partecipazione alle gare dell'impresa mafiosa, è stata ravvisata nell'ampliamento nelle procedure di affidamento sottosoglia¹⁹, in specie:

- i. la prima novità si rinviene negli “affidamenti diretti” elevati da euro 40.000 a euro 150.000 per lavori, servizi e forniture (quest'ultimi fino alla soglia dell'art. 35 del codice) e fino a euro 140.000 per i servizi di ingegneria e architettura;
- ii. la seconda estende la procedura negoziata senza previo bando, ex art. 63, D.lgs. n. 50/2016, fino alle soglie comunitarie di cui all'art. 35, D.lgs. n. 50/2016, ora recate all'art. 14, D.lgs. n. 36/2023. Sono superate in tal modo le due soglie caratteristiche del vigente codice di euro 40.000 e di euro 1 mln della disciplina previgente dell'art. 36, D.lgs. n. 50/ 2016.

L'art. 50 del nuovo codice, in continuità con l'art. 1, D.L. n. 76/2020 come modificato dal D.L. n. 77/2021, ha cercato però di contemperare la ridotta concorrenza insita nella procedura negoziata senza bando, con il principio di tutela della concorrenza:

¹⁹ Pasquale Addesso, Leonardo, Miconi *Affidamenti diretti: la rilevanza penale è definitivamente preclusa?*, in “Urbanistica e Appalti”, 2021, n. 2, pag. 175 e ss.

ciò sia riproporzionando il numero di soggetti da invitare, agli importi da almeno 5 ad almeno 10 operatori invitati per meno e per oltre il milione; sia prevedendo il nuovo obbligo di pubblicare un avviso di avvio del procedimento di selezione (per i contenuti dell'avviso cfr. All. II.1 al nuovo codice).

Rimane altresì confermato il criterio della rotazione degli inviti quale ulteriore contrappeso ai rischi di un sistema particolarmente esposto all'arbitrio, che non è più limitato al termine emergenziale del giugno 2023, come si poteva supporre alla emanazione del D.L. n. 76/2020. Assume, dunque, notevole importanza il criterio con cui si opera la scelta dei soggetti da invitare, aspetto su cui torneremo nel prosieguo.

Giova evidenziare, sul punto, che l'ufficio studi della giustizia amministrativa²⁰, di recente ha affrontato il tema del "se ed entro quali limiti, per i contratti sottosoglia così disciplinati sotto il profilo sostanziale valgano le garanzie, intese in senso ampio, previste dallo stesso d.lgs. 36/2023", giungendo alla seguente conclusione che si riporta per la chiarezza delle argomentazioni fornite:

"La risposta potrebbe essere immediatamente positiva, dato che come si è visto l'articolo 48, comma 4, prevede come regola l'applicazione delle norme del codice ai contratti sottosoglia, se non derogate; tuttavia è utile una breve disamina sugli specifici istituti di rilievo. La risposta è positiva anzitutto per la digitalizzazione delle procedure e per la disciplina speciale dell'accesso che vi si collega, prevista dagli articoli 35 e 36, che fanno parte della parte II del I libro, richiamata quanto ai principi dall'articolo 48. Che si tratti di norme di principio pare indubbio, dato che in generale qualsiasi tutela effettiva passa per la conoscibilità degli atti e provvedimenti relativi alla fattispecie. Si può quindi senz'altro concludere che il regime delle tutele previsto per i contratti sottosoglia è di livello complessivamente non inferiore a quello previsto per i contratti soggetti alla procedura ordinaria, ed è quindi del tutto possibile che, per quanto non disposto espressamente dalle norme sostanziali, si formi un insieme di regole giurisprudenziali integrative, ad esempio per dare maggior concretezza al principio di rotazione di cui all'articolo 49. Se ciò accadrà nei fatti, dipende però da un fattore extra giuridico, ovvero dall'effettiva propensione degli operatori ad attivare la tutela in esame".

²⁰ Relazione ufficio studi del 06.06.2023.

In definitiva, il giudizio sull'efficacia degli anticorpi interni al sistema e degli strumenti di contrasto della partecipazione dell'impresa mafiosa alle gare pubbliche deve essere ancorato su una ricostruzione complessiva delle novità introdotte con il nuovo codice che, in coerenza con le indicazioni provenienti dalle corti unionali, ha rimesso alla discrezionalità della singola stazione appaltante, il potere di temperare interessi pubblici primari e secondari, cioè l'essenza dell'attività amministrativa, nella fase di costruzione della *lex specialis*.

In tale prospettiva, gli istituti più significativi da valorizzare nel contrasto all'impresa mafiosa devono individuarsi, oltre che nella disciplina sulle comunicazioni antimafia, nei seguenti ambiti:

- regole di selezione dei concorrenti che consentono la partecipazione di imprese in assetti o ambiti plurimi (impresa ausiliaria: raggruppamento temporaneo di imprese, avvalimento, consorzi);
- modalità di costruzione dell'offerta;
- fase di esecuzione del contratto (sub appalto, modifiche in corso di esecuzione, indicizzazione del contratto, revisione dei prezzi, equilibrio contrattuale in specie per i contratti di lunga durata ascrivibili al cd. "partenariato pubblico privato").

6. Il sistema delle comunicazioni antimafia

Il legislatore ha adottato, un sistema di estremo rigore, onde evitare che le pubbliche amministrazioni (o, più precisamente, i soggetti indicati all'art. 83, commi 1 e 2 del d. lgs. n. 159/2011) possano entrare in contatto con soggetti colpiti da cause di decadenza, di sospensione o di divieto, di cui all'art. 67, ovvero che siano destinatari di un tentativo di infiltrazione mafiosa²¹; e ciò al fine di evitare che tali soggetti possano condizionare le scelte e gli indirizzi delle amministrazioni pubbliche, ledendo i principi di legalità, imparzialità e buon andamento riconosciuti dall'art. 97 Cost., ovvero possano incidere sul leale e corretto svolgimento della concorrenza tra imprese

²¹ Vincenzo Lopilato, *Manuale di diritto amministrativo – Parte Speciale*, Giappichelli, Torino, 2022.

ovvero ancora possano appropriarsi a qualunque titolo di risorse pubbliche (beni, danaro o altre utilità)²².

La disciplina ordinaria, infatti, prevede che il rilascio di autorizzazioni, concessioni, ovvero la stipula di contratti o subcontratti (v. art. 91 d. lgs. n. 159/2011), da parte dei soggetti pubblici di cui all'art. 83, deve essere preceduta necessariamente dalla acquisizione dell'informazione antimafia.

In base all'art. 91, co. 1, del codice antimafia (d.lgs. n. 159/2011, più volte modificato e integrato fino alla riforma del 2021), l'informazione antimafia (liberatoria o interdittiva) deve essere acquisita dalle pubbliche amministrazioni e dai soggetti a esse equiparati "prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti, ovvero prima di rilasciare o consentire i provvedimenti indicati nell'articolo 67, il cui valore sia: a) pari o superiore a quello determinato dalla legge in attuazione delle direttive comunitarie in materia di opere e lavori pubblici, servizi pubblici e pubbliche forniture, indipendentemente dai casi di esclusione ivi indicati; b) superiore a 150.000 euro per le concessioni di acque pubbliche o di beni demaniali per lo svolgimento di attività imprenditoriali, ovvero per la concessione di contributi, finanziamenti e agevolazioni su mutuo o altre erogazioni dello stesso tipo per lo svolgimento di attività imprenditoriali; c) superiore a 150.000 euro per l'autorizzazione di subcontratti, concessioni, cottimi, concernenti la realizzazione di opere o lavori pubblici o la prestazione di servizi o forniture pubbliche"²³.

Concepita come strumento di contrasto, essenzialmente focalizzato sui rapporti contrattuali della pubblica amministrazione e come tale in qualche modo giustificata dal diritto del committente (pubblico e privato) di scegliere contraenti – almeno apparentemente – "sicuri", la misura ha acquistato sempre maggiore valenza quando, come ben evidenziato da autorevole dottrina²⁴, il legislatore ne ha esteso l'ambito di applicazione alle autorizzazioni commerciali e, attraverso i protocolli di legalità, alla contrattazione privata, e la giurisprudenza²⁵ ha traslato i principi e le linee

²² Massimiliano Nocelli, *Le informazioni antimafia tra tassatività sostanziale e tassatività processuale*, in "www.giustizia-amministrativa.it", 2020.

²³ Corte cost. 29 gennaio 2020, n. 57.

²⁴ Maria Alessandra Sandulli, *Il contraddittorio nel procedimento della nuova interdittiva antimafia*, in "giustiziainsieme.it", 2023.

²⁵ Cons. Stato, Ad. Plen., 6 aprile 2018, n. 3.

interpretative maturati quando l'informativa era riferita ai soli rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione anche a questa nuova e più ampia area di incidenza dello strumento.

Le informazioni antimafia sono valide 12 mesi dalla data dell'acquisizione, salvo che non siano intercorse modificazioni dell'assetto societario. I legali rappresentanti degli organismi societari, nel termine di trenta giorni dall'intervenuta modificazione dell'assetto societario o gestionale dell'impresa, hanno l'obbligo di trasmettere al prefetto che ha rilasciato l'informazione antimafia, copia degli atti dai quali risulta l'intervenuta modificazione relativamente ai soggetti destinatari delle verifiche antimafia di cui all'articolo 85 del d.lgs. 159/2011.

L'art. 92 del d.lgs. n. 159/2011 prevede che "quando non emerge, a carico dei soggetti ivi censiti, la sussistenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4", l'informazione antimafia liberatoria deve essere "immediatamente conseguente" alla suddetta consultazione.

Qualora, invece, da quest'ultima emerga la sussistenza di tali circostanze, il Prefetto, entro i successivi 30 giorni, deve disporre le verifiche occorrenti e rilasciare, se del caso, un'informazione interdittiva (art. 92, co. 2). Il termine è protratto quando le verifiche disposte siano di particolare complessità: in questo caso, il Prefetto deve darne tempestiva comunicazione ("senza ritardo") all'amministrazione interessata, e fornirle le informazioni acquisite nei successivi 45 giorni. L'ultimo periodo del comma precisa che il Prefetto procede con le stesse modalità quando la consultazione della banca dati è eseguita per un soggetto che risulti non censito.

L'art. 92 aggiunge peraltro che, decorso il suddetto termine di 30 gg. o, "nei casi di urgenza, immediatamente, i soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, procedono anche in assenza dell'informazione antimafia"; ma "i contributi, i finanziamenti, le agevolazioni e le altre erogazioni di cui all'articolo 67 sono corrisposti sotto condizione risolutiva e [qualora sopravvenga l'informazione interdittiva] i soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, revocano le autorizzazioni e le concessioni o recedono dai contratti".

È necessario tener presente che le verifiche contemplate dalla disciplina sull'evidenza pubblica (art. 80 d.lgs. n. 50/2016, odierno art. 94 comma 2 d.lgs. n. 36/2023)

attengono alla fase di gara e sono funzionali alla comprova dei requisiti generali dichiarati dai concorrenti in tale sede; in ciò si differenziano dalle verifiche contemplate nel codice antimafia (art. 83) che attengono, invece, al momento immediatamente antecedente alla stipula del contratto – e come tali sono limitate all'aggiudicatario e alla fase esecutiva dello stesso.

Per tali ragioni ai fini della verifica dei requisiti di carattere generale dei concorrenti in sede di gara, trovano applicazione gli artt. da 94 a 98 del nuovo codice dei contratti, trattandosi di disposizioni normative sulle quali non incidono – in relazione a tale fase della procedura – le norme dettate dal codice antimafia²⁶.

La novella legislativa ha introdotto una disciplina contenuta in cinque distinti articoli (che ha sostituito l'art. 80 d.lgs. n. 50/2016) al dichiarato fine di semplificazione e chiarificazione, per consentire agli operatori economici e alle stazioni appaltanti ed enti concedenti di meglio orientarsi, tenuto conto che la precedente disposizione è stata quella sulla quale si è concentrata la maggior parte del contenzioso in materia di contratti pubblici. In tale prospettiva, è stata introdotta la distinzione tra cause di esclusione c.d. "obbligatorie" (cioè quelle che trovavano applicazione in via diretta, senza che alla stazione appaltante restasse alcun margine di apprezzamento valutativo sulla sussistenza dei presupposti) rispetto a quelle c.d. "facoltative".

Ai fini che qui rilevano, è sufficiente evidenziare che l' art. 94 individua in modo espresso le cause di esclusione "automatica" – con ciò mutuandosi un aggettivo che si rinviene in numerose decisioni della Corte di Giustizia e della giurisprudenza nazionale – nonché l'elenco dei soggetti destinatari di provvedimenti preclusivi idonei a determinare, "per contagio", l'esclusione dell'operatore economico; mentre l'art. 95 individua le cause di esclusione "non automatica" tra le quali rientra, ad esempio, il c.d. "illecito professionale", che, tuttavia, è stato disciplinato autonomamente nell'ultimo articolo del Capo II (art. 98), armonicamente con la espressa prescrizione della lett. n) della legge-delega.

²⁶ Al riguardo valgono, dunque, le considerazioni espresse dall'Autorità Nazionale Anticorruzione (in particolare) nelle determinazioni n. 1/2010 e n. 1/2012, con riferimento all'esclusione dalle procedure di affidamento dei soggetti sottoposti a procedimenti per l'irrogazione di misure di prevenzione antimafia ed agli strumenti che le stazioni appaltanti possono utilizzare per effettuare i necessari riscontri.

L'art. 94 comma 2 d.lgs. n. 36/2023 prevede che costituisce motivo di esclusione automatica la sussistenza, con riferimento ai soggetti indicati al comma 3, di cause di decadenza, di sospensione o di divieto previste dall'articolo 67 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4, del medesimo decreto. Resta fermo quanto previsto dagli articoli 88, comma 4-bis, e 92, commi 2 e 3, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, con riferimento rispettivamente alle comunicazioni antimafia e alle informazioni antimafia. La causa di esclusione di cui all'articolo 84, comma 4, del medesimo decreto legislativo non opera se, entro la data dell'aggiudicazione, l'impresa sia stata ammessa al controllo giudiziario ai sensi dell'articolo 34-bis del medesimo decreto legislativo. In nessun caso l'aggiudicazione può subire dilazioni in ragione della pendenza del procedimento suindicato.

Sotto il profilo sostanziale all'ampliamento della disciplina del c.d. "self cleaning" (art. 96, commi 2-6) e allargamento dello spettro temporale di rilevanza dell'ammissione al controllo giudiziario ex art. 34-bis del decreto legislativo n. 159 del 2011, quanto alle c.d. "interdittive antimafia" (art. 94, comma 2), ha fatto da "contrappeso" la espressa previsione nel medesimo art. 94, comma 2, che "in nessun caso l'aggiudicazione può subire dilazioni in ragione della pendenza del procedimento suindicato" e l'analoga previsione generale di cui all'art. 96, comma 5.

La novella legislativa non attribuisce alcuna rilevanza "sanante" alla figura della cd. prevenzione collaborativa prefettizia introdotta con il d.l. n. 152/2021 conv. l. n. 233/2021 in tal modo differenziando il rilievo del controllo giudiziario dal controllo "amministrativo" (art. 94 bis d.lgs. n. 159/2011)²⁷.

Dall'ambito delle figure soggettive destinatarie delle cause di esclusione obbligatoria di cui al vigente comma 3 dell'art. 80 del decreto legislativo n. 50 del 2016 sono stati espunti i riferimenti ai "soggetti cessati" dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara. Del pari è stato espunto il riferimento del socio di maggioranza in caso di società con un numero di soci pari o inferiore a quattro. È stato inserito un espresso riferimento agli amministratori di fatto con ciò

²⁷ Giovanni D'Angelo, Gianluca Varraso, *Il decreto legge n. 152/2021 e le modifiche in tema di documentazione antimafia e prevenzione collaborativa*, in "Diritto Penale Contemporaneo", 2022, n. 2/2022, pp. 12 - 32.

codificandosi un saldo approdo della giurisprudenza. È stato chiarito al comma 14 dell'art. 96 che, fermo restando l'onere dell'operatore economico di comunicare alla stazione appaltante o all'ente concedente la sussistenza dei fatti e dei provvedimenti che possono costituire causa di esclusione, l'omissione di tale comunicazione o la non veridicità della medesima non costituisce di per sé causa di esclusione, ma può rilevare per la valutazione di inaffidabilità sottesa all'illecito professionale.

Infine, sul punto è opportuno rilevare che il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 (c.d. riforma Cartabia) ha riformato il regime dell'efficacia della sentenza di applicazione di pena nei giudizi extra-penali introducendo un regime di inefficacia della sentenza che ha esteso la limitazione anche al rilievo probatorio della sentenza di patteggiamento, anche nei giudizi civili, disciplinari, amministrativi e contabili prevedendo che della stessa, non può più tenersi conto ad alcun fine (art. 445 comma 1-bis c.p.p. "la sentenza prevista dall'articolo 444, comma 2, anche quando è pronunciata dopo la chiusura del dibattimento, non ha efficacia e non può essere utilizzata a fini di prova nei giudizi civili, disciplinari, tributari o amministrativi, compreso il giudizio per l'accertamento della responsabilità contabile").

Gli effetti di tale novella sui contenziosi riguardanti le informazioni interdittive antimafia non hanno tardato a manifestarsi nella giurisprudenza amministrativa²⁸, che ha ritenuto un'interdittiva antimafia emessa dalla Prefettura non adeguatamente motivata con il mero richiamo della sentenza di patteggiamento, dovendosi ritenere che, per legge, la sola sentenza di patteggiamento non può essere ritenuta dal giudice amministrativo (né, dunque, dall'Amministrazione, che al relativo giudizio è sempre sottoposta) idonea a integrare un sufficiente quadro indiziario, tale da sorreggere la valutazione inferenziale relativa alla prognosi di infiltrazione.

7. Il sistema alternativo di controlli: white list, anagrafe antimafia, protocolli di legalità e prevenzione "collaborativa"

Accanto alle descritte misure ordinarie si colloca il cd. sistema pattizio delle misure antimafia, costituito da: i) iscrizione nelle cd. *white list* prefettizie previsto quale

²⁸ C.G.A.R.S., ord. 15 maggio 2023, n. 149.

obbligo²⁹ per le attività disciplinate dall'art. 1, comma 53 della l. n. 190/2012; ii) protocolli di legalità o patti di integrità; iii) prevenzione "collaborativa", istituto introdotto con il d.l. n. 152/2021³⁰ conv. l. 233/2021 e di recente ricompreso con il d.l. n. 44/2023 (cd. decreto P.A.) conv. l. 74/2023, tra le attività rimesse alla struttura antimafia del Ministero dell'interno presso cui è stata istituita l'anagrafe antimafia per le commesse relative ai grandi eventi, su cui si dirà nel prosieguo.

Riguardo a tali istituti si deve osservare la tendenza del legislatore a privilegiare strumenti di contrasto alla criminalità organizzata, incentrati in adempimenti amministrativi *ex ante* invece che su misure di controllo collocate nella fase di esecuzione dei contratti, maggiormente sintomatiche dei fenomeni di infiltrazione.

Tali novità sono state giustificate dalla finalità di una semplificazione dei controlli antimafia ma, per non tradursi in un indebolimento delle misure di contrasto dell'infiltrazione mafiosa, richiedono un adeguamento delle capacità di accertamento delle strutture operative³¹ dedicate ai controlli tali da metterle in condizioni di effettuare verifiche approfondite (non solo cartolari) idonee a far emergere la presenza di sintomi di "mafiosità", in tempi compatibili con i termini procedurali. Ciò presuppone la dotazione di personale adeguato e specializzato, la possibilità di utilizzare fonti di conoscenza ulteriori rispetto alle banche dati in uso alle forze di polizia, (es. banca dati SIDDA – SIDNA) e, soprattutto, che si costruisca una metodologia di accertamento fondata sulla lettura incrociata tra le informazioni riferite alle persone fisiche e i dati di matrice economica (es. esiti verifiche fiscali effettuate nei confronti dell'operatore economico, elenco fornitori, professionisti, elementi di continuità aziendale con pregresse società in liquidazione giudiziale etc.).

In assenza di tali misure organizzative, il pericolo concreto è di fare affidamento su misure di contrasto alla criminalità mafiosa in cui la semplificazione si traduca in un

²⁹ Comunicato del Presidente Anac del 17 gennaio 2023.

³⁰ Tale decreto contiene alcune disposizioni dedicate a "investimenti e rafforzamento del sistema di prevenzione antimafia", si tratta, in particolare, degli articoli 47-49bis, con cui sono state apportate alcune importanti modifiche al d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, in particolare due le novità di maggiore rilevanza: da un lato è stato introdotto il contraddittorio nel procedimento di rilascio dell'interdittiva antimafia; dall'altro lato è stata messa a punto la 'prevenzione collaborativa', che si sostanzia in nuove misure adottabili dal prefetto in caso di agevolazione occasionale.

³¹ L'esperienza territoriale dei gruppi interforze funzionali alle Prefetture ha mostrato una fragilità di tali reparti ad effettuare un'analisi congiunta di dati economici e di contesto territoriale, a causa della carenza di risorse adeguate (è sufficiente rilevare l'indice di scopertura delle Prefetture e degli organici destinati alle verifiche antimafia o il numero di accessi in cantiere effettuati).

accesso “generalizzato” all’iscrizione legittimante l’affidamento di commesse pubbliche, con perdita delle virtuosità originarie dell’istituto prefettizio delle comunicazioni antimafia, che ha dato buona prova di efficacia nel settore dei contratti pubblici e che oggi assume una portata residuale.

Infatti, nei settori a rischio o per le commesse relative alle grandi opere, l’iscrizione nell’elenco costituisce la nuova modalità di effettuazione delle verifiche antimafia prevista dalla legge in fase di verifica dell’aggiudicatario, ove l’iscrizione³² sostituisce la richiesta della comunicazione ed informazione antimafia da parte della stazione appaltante.

Ulteriori due corollari.

I protocolli di legalità sono strumenti, già in uso prima dell’introduzione dell’art. 1 comma 17 della l. n. 190/2012, che la Corte di Giustizia dell’Unione europea³³ ha ritenuto conforme al diritto europeo e al principio di tassatività delle cause di esclusione. La loro funzione è di estendere l’ambito di applicazione di alcune misure di controllo previste dalla legislazione antimafia, sulla base della libera sottoscrizione da parte dell’operatore economico³⁴.

L’art. 83-*bis*, co. 3, d.lgs. n. 159/2011, introdotto dal d.l. n. 76/2020, è intervenuto sul regime giuridico dei protocolli di legalità affermando che “le stazioni appaltanti prevedono negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito che il mancato rispetto dei

³² Come già affermato sia dall’Autorità anticorruzione che dalla giurisprudenza amministrativa, il requisito dell’iscrizione alle white list istituite presso le prefetture competenti territorialmente, in quanto requisito di ordine generale attinente alla moralità professionale, deve essere posseduto al momento della partecipazione alla procedura di gara, con la conseguenza che la mancata iscrizione (o la mancata dichiarazione di aver presentato idonea domanda di iscrizione nel predetto elenco) determina l’inammissibilità dell’impresa e la sua esclusione dalla gara.

³³ In particolare, la Corte ha rilevato che “va riconosciuto agli Stati membri un certo potere discrezionale nell’adozione delle misure destinate a garantire il rispetto del principio della parità di trattamento e dell’obbligo di trasparenza, i quali si impongono alle amministrazioni aggiudicatrici in tutte le procedure di aggiudicazione di un appalto pubblico”, perché “il singolo Stato membro è nella posizione migliore per individuare, alla luce delle considerazioni di ordine storico, giuridico, economico o sociale che gli sono proprie, le situazioni favorevoli alla comparsa di comportamenti in grado di provocare violazioni del rispetto del principio e dell’obbligo summenzionati”.

³⁴ Un profilo delicato riguarda, altresì, il quadro economico dell’intervento da porre in gara. Qui si devono prevedere le risorse finanziarie necessarie alla gestione del protocollo di legalità che possono assumere anche una articolazione complessa attraverso i numerosi sub-contratti necessari alla realizzazione delle opere (da ragguagliare all’importo generale delle opere, al tempo contrattuale, al numero dei sub-contratti che si prevedono). La tematica dei protocolli richiede inoltre che i relativi costi non possano essere sottoposti al ribasso di gara, alla stregua delle somme per la sicurezza e della manodopera.

protocolli di legalità costituisce causa di esclusione dalla gara o di risoluzione del contratto”.

Tale previsione, da un lato, si pone in continuità con la disciplina previgente contenuta nel sopra citato art. 1, co. 17, l. n. 190/2012, sollevando le medesime questioni interpretative, che già erano sorte con riferimento alla legge “anticorruzione” in riferimento alla possibilità che la violazione dei protocolli fosse prevista quale causa di esclusione dalla gara; dall’altro, vi si differenzia (in maniera, in realtà, sostanziale) per il grado di vincolatività e obbligatorietà degli impegni assunti con gli accordi in esame e degli effetti derivanti dalla loro relativa violazione in corso di gara o nella fase di esecuzione del contratto.

Infatti, mentre la vecchia norma sui protocolli di legalità lasciava un margine di discrezionalità alle stazioni appaltanti nel richiamare o meno nel bando o nel disciplinare il sistema di condizioni e requisiti delineato pattiziamente, l’art. 83-*bis* utilizza invece l’espressione “prevedono”, con cui, da un lato, si impone un vero e proprio obbligo di inclusione nella *lex specialis* di gara delle clausole contenute nei protocolli, dall’altro, sembra ricollegarsi alla mancata accettazione di queste ultime in sede di offerta o alla loro violazione un automatico effetto espulsivo dalla procedura di gara ovvero l’automatica risoluzione del vincolo negoziale.

La formulazione dell’art. 83-*bis* è stata criticata da chi sostiene che l’indeterminatezza delle violazioni a cui deve collegarsi l’esclusione elude il principio di tassatività delle cause di esclusione atteso che i protocolli di legalità non possono essere equiparati alle “disposizioni di legge vigenti”, se non vanificando la riserva contenuta nell’art. 83, co. 8, del d.lgs. n. 50/2016, a norma del quale “i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti”³⁵.

Ciò potrebbe produrre l’effetto di attribuire rilevanza escludente a molteplici condotte, non predeterminabili a priori, quali ad esempio fatti penali non ancora

³⁵ L’adunanza plenaria n. 6/2020 ha statuito che: “La nullità della clausola ai sensi dell’art. 83, comma 8, del d. lgs. n. 50 del 2016 configura un’ipotesi di nullità parziale limitata alla clausola, da considerare non apposta, che non si estende all’intero provvedimento, il quale conserva natura autoritativa. I provvedimenti successivi adottati dall’amministrazione, che facciano applicazione o comunque si fondino sulla clausola nulla, ivi compresi il provvedimento di esclusione dalla gara o la sua aggiudicazione, vanno impugnati nell’ordinario termine di decadenza, anche per far valere l’illegittimità derivante dall’applicazione della clausola nulla”.

accertati in modo definitivo nelle sedi competenti, ma anche la violazione di meri obblighi di comportamento ovvero l'inosservanza di condotte eticamente responsabili o conformi a certi standard³⁶.

L'antinomia è aggravata dal mancato riconoscimento di qualsivoglia margine valutativo alle stazioni appaltanti in caso di violazione dei protocolli di legalità: la nuova norma, infatti, sembra imporre l'estromissione dalle gare e l'effetto risolutivo a prescindere dalla gravità della condotta, dall'adozione di misure di *self cleaning* e dallo stato di esecuzione delle commesse; ciò in stridente contrasto con i principi dettati dalla normativa europea³⁷.

Il nuovo codice dei contratti (d.lgs. n. 36/2023) ha positivizzato all'art. 10 il principio di tassatività delle cause di esclusione prevedendo che: "1. I contratti pubblici non sono affidati agli operatori economici nei confronti dei quali sia stata accertata la sussistenza di cause di esclusione espressamente definite dal codice. 2. Le cause di esclusione di cui agli articoli 94 e 95 sono tassative e integrano di diritto i bandi e le lettere di invito; le clausole che prevedono cause ulteriori di esclusione sono nulle e si considerano non apposte"; il nuovo codice non contiene, tuttavia, un richiamo espresso all'art. 83 bis co. 3 d.lgs. 159/2011 nella disciplina di cui agli artt. 94 e ss. che, nell'attuale sistema costituisce, una causa di esclusione legale "extra" codice per violazione di una norma imperativa.

Una lettura europeista e sistemica delle predette norme suggerisce di ritenere che l'art. 83 bis co. 3 d.lgs. n. 159/2011 sia disposizione coerente con il principio di tassatività da intendersi quale corollario di una riserva di legge in materia di clausole

³⁶ Oltre alle possibili ricadute che le norme in esame possono avere sulla stabilità del sistema degli appalti pubblici, esse fanno emergere altresì evidenti problemi di compatibilità della disciplina sui protocolli di legalità con il principio di tassatività delle cause di esclusione, quale corollario del principio di legalità, oggi espressamente codificato dall'art. 10 del d.lgs. n. 36/2023; dubbi che, in termini pressoché analoghi, si erano già posti con riferimento all'art. 1, co. 17 della l. n. 190/2012 e che erano stati anche all'origine di un'ordinanza di rimessione alla Corte di Giustizia (Cons. giust. amm. Sicilia, ord. 12 settembre 2014, n. 534, in *DeJure*).

³⁷ I giudici europei intervenuti sulla legittimità dell'ipotesi di esclusione dalla gara per mancata accettazione delle clausole contenute nei protocolli di legalità avevano precisato che, seppur astrattamente compatibili con il diritto dell'Unione, gli impegni assunti nei protocolli di legalità devono comunque rispettare il principio di proporzionalità, e non possono quindi eccedere quanto necessario per raggiungere l'obiettivo perseguito di contrasto del fenomeno delle infiltrazioni criminali e delle distorsioni della concorrenza nel settore degli appalti pubblici (sentenza 22 ottobre 2015, causa C-425/14).

escludenti (e non una riserva di codice) e che, anche per la stessa, trovi applicazione il regime di etero integrazione di diritto dei bandi e delle lettere d'invito previsto dall'art. 10 co. 2 d.lgs. n. 36/2023.

Un dato significativo e di riflessione in termini di efficacia di tale strumento è dato dal fatto che, a fronte del considerevole numero di protocolli sottoscritti, sono state rarissime le esclusioni dalla gara operate dalle stazioni appaltanti (in aggiunta alle cause tassative degli art. 94 e 95 del nuovo codice) per applicazione della clausola risolutiva prevista dalla predetta disciplina (art. 1, comma 17, della legge 6 novembre 2012, n. 190 "le stazioni appaltanti possono 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")³⁸.

Infine, il decreto-legge n. 44/2023 conv. l. n. 74/2023³⁹, come già evidenziato, ha esteso l'istituto della "prevenzione collaborativa" quale strumento a disposizione della struttura antimafia dedicata del Ministero dell'interno, al fine di snellire le procedure di controllo in occasione di diversi interventi emergenziali di rilievo, quali la ricostruzione nei comuni colpiti dagli eventi sismici a cui si sono aggiunti, con il predetto decreto, i contratti per l'organizzazione e lo svolgimento delle olimpiadi invernali "Milano Cortina 2026".

Il modello operativo prevede un'obbligatoria iscrizione dell'operatore economico in un'apposita "anagrafe antimafia"⁴⁰ all'esito di accertamenti da compiersi da parte della Struttura antimafia, con il coinvolgimento delle Prefetture territoriali e dei loro

³⁸ I protocolli di legalità sono stati sperimentati sul campo dal Ministero dell'Interno già dalla prima metà del 2000 nell'ambito delle attività sottoposte alla vigilanza del CAASGO (art.9, d.lgs. n.180/2002), per la realizzazione delle cd. "grandi opere" di cui alla legge obiettivo n.143 del 2001.

³⁹ Il decreto-legge n. 44/2023 conv. l. 21 giugno 2023, n. 74 ha previsto che la struttura antimafia del Viminale possa disporre la prevenzione collaborativa nei confronti di un'impresa sulla base del patrimonio informativo acquisito e valutato dal personale interforze e con il contributo delle prefetture competenti per il luogo della sede legale dell'impresa. Alla prescrizione seguirà il monitoraggio attuato di intesa con il prefetto competenti avvalendosi del gruppo interforze antimafia che formerà anche una valutazione sul venir meno dell'agevolazione occasionale l'assenza di altri tentativi di infiltrazione mafiosa. Durante la prevenzione collaborativa l'iscrizione nell'anagrafe antimafia degli esecutori avverrà provvisoriamente con annotazione delle misure amministrative prescritte al termine con l'adozione dell'informativa liberatoria per la definitiva iscrizione. Diversamente si procederà alla cancellazione dell'iscrizione provvisoria.

⁴⁰ Dai dati pubblicati dal Sole 24 ore in Cimmarusti Ivan, Ceci Margherita, *Vigilanza antimafia, il Viminale estende i poteri di prevenzione*, in "Il Sole 24 ORE", 26 giugno 2023.

Al 31 maggio 2023 in anagrafe risultano iscritte 14.965 persone giuridiche di cui 4799 sulla base di liberatorie provvisorie, 2491 in via definitiva e 7675 in fase di rinnovo. Le interdittive antimafia invece sono state 158.

gruppi interforze, della Direzione Investigativa Antimafia (DIA), del Gruppo interforze centrale (GIC) che opera nel Dipartimento di pubblica sicurezza del Ministero dell'interno.

L'istituto della prevenzione collaborativa, già attuato a livello territoriale delle Prefetture, è stato introdotto con il d.l. n. 152/2021⁴¹ conv. l. 233/2021 e si colloca in una fase procedimentale antecedente rispetto all'adozione (eventuale) di provvedimenti sfavorevoli⁴² (interdittiva antimafia o diniego di iscrizione nel White list prefettizia). Lo stesso può operare in presenza di tentativi di infiltrazione criminale riconducibili a una situazione di agevolazione "occasionale", che consentono al prefetto di prescrivere all'operatore economico da bonificare un pacchetto di direttive quali: l'adozione di misure organizzative, anche ai sensi degli artt. 6, 7 e 24-ter del d.lgs. n. 231 del 2001, atte a prevenire e rimuovere le cause dell'agevolazione, la comunicazione al gruppo interforze di una serie di atti di valore non inferiore a 5.000 euro o di valore superiore stabilito dal prefetto, nel caso di società di capitali o di persone, di eventuali forme di finanziamento da parte dei soci o di terzi o dei contratti di associazione in partecipazione stipulati; l'utilizzo di un conto corrente dedicato, la nomina di uno o più esperti con funzioni di supporto all'attuazione del piano di bonifica, per un periodo che va da 6 a 12 mesi. Scaduto il termine di durata delle suddette misure, il prefetto esprime una valutazione sulle analisi formulate dal gruppo interforze e, laddove accerti "il venir meno dell'agevolazione occasionale e l'assenza di altri tentativi di infiltrazione mafiosa, rilascia un'informazione antimafia liberatoria"⁴³.

La rivitalizzazione normativa dell'istituto, oltre alle criticità già evidenziate in termini di adeguatezza degli organi di controllo, ripropone altresì l'attualità di alcuni

⁴¹ Tale decreto contiene alcune disposizioni dedicate a "investimenti e rafforzamento del sistema di prevenzione antimafia", si tratta, in particolare, degli articoli 47- 49bis, con cui sono state apportate alcune importanti modifiche al d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, in particolare due le novità di maggiore rilevanza: da un lato è stato introdotto il contraddittorio nel procedimento di rilascio dell'interdittiva antimafia; dall'altro lato è stata messa a punto la 'prevenzione collaborativa' che si sostanzia in nuove misure adottabili dal prefetto in caso di agevolazione occasionale.

⁴² L'art 94 bis co. 2-bis cod. ant. consente al prefetto di revocare in qualsiasi momento le misure in esame e adottare l'informazione antimafia interdittiva.

⁴³ Anche per la prevenzione collaborativa è necessaria l'instaurazione del contraddittorio procedimentale con il soggetto interessato in quanto l'art. 92, co. 2-bis, d.lgs. 159/2011, pur collocato in una disposizione dedicata al procedimento di rilascio delle informazioni antimafia, si riferisce infatti anche alle nuove misure di cui all'art. 94-bis codice.

limiti già evidenziati nell'immediatezza dell'entrata in vigore dell'istituto, in specie: quale è la natura dell'attività amministrativa attuativa della prevenzione "collaborativa"? La stessa pare evocare la vigilanza, anche qui "collaborativa", rimessa all'Anac con una sovrapposizione tra l'attività di controllo e quella di amministrazione attiva ove, a contrario, la prima dovrebbe intervenire in via preventiva o successiva e non "in costanza" di esercizio dei poteri da parte del soggetto sottoposto a vigilanza.

La criticità è aggravata dal fatto che le misure prefettizie appaiono in parte assimilabili a quelle che l'autorità giudiziaria può disporre con il controllo giudiziario delle aziende di cui all'art. 34-bis d.lgs. 159/2011. I due istituti, infatti, presentano i medesimi presupposti applicativi e rispondono alla medesima esigenza recuperatoria rispetto ad imprese non mafiose, ma solo macchiate da marginali tentativi di infiltrazione.

Secondo autorevoli commentatori, trattasi di un controllo "amministrativo" che, in caso di esito positivo, anticipa e sostituisce il controllo giudiziario, e in caso di insuccesso ne ritarda o ne rende solo eventuale l'applicazione. Si è affermato, infatti, che il legislatore ha aperto "la strada ad una forma di cooperazione partecipata, questa volta però non tra impresa e tribunale, bensì tra impresa e autorità amministrativa, consentendo a quest'ultima di entrare in azienda e verificare la presenza o meno dei pericoli di infiltrazione mafiosa senza però esporla al rischio di una paralisi e salvaguardando il going concern aziendale e i livelli occupazionali"⁴⁴.

L'omogeneità tra le misure preventive adottate dal Prefetto e il controllo giudiziario ex art. 34-bis d.lgs. 159/2011 trova ulteriore conferma nel novellato art. 34-bis, co. 1, come modificato dall'art. 47 d.l. 152/2021, che consente al Tribunale di disporre il controllo giudiziario anche in sostituzione delle nuove misure di cui all'art. 94-bis d.lgs. 159/2011. Tale decisione comporta, ai sensi dell'art. 94-bis, co. 3, d.lgs. 159/2011 la cessazione delle misure di prevenzione collaborativa, del cui periodo di esecuzione può peraltro "tenersi conto ai fini della determinazione della durata del controllo giudiziario".

⁴⁴ Marcella Vulcano, *Le modifiche del decreto legge n. 152/2021 al codice antimafia: il legislatore punta sulla prevenzione amministrativa e sulla compliance 231 ma non risolve i nodi del controllo giudiziario*, in "Giurisprudenza Penale Web", 2021, 11, pp. 1 - 26.

Bibliografia

Adesso Pasquale, Miconi Leonardo, *Affidamenti diretti: la rilevanza penale è definitivamente preclusa?*, in “Urbanistica e Appalti”, 2021, n. 2, pag. 175 e ss.

Cimmarusti Ivan, Ceci Margherita, *Vigilanza antimafia, il Viminale estende i poteri di prevenzione*, in “Il Sole 24 ORE”, 26 giugno 2023.

D'Angelo Giovanni – Varraso Gianluca, *Il decreto legge n. 152/2021 e le modifiche in tema di documentazione antimafia e prevenzione collaborativa*, in “Diritto Penale Contemporaneo”, 2022, n. 2/2022, pp. 12 – 32.

Di Marzio Fabrizio, *Contratto e impresa*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021.

Lopilato Vincenzo, *Manuale di diritto amministrativo – Parte Speciale*, Giappichelli, Torino, 2022.

Nocelli Massimiliano, *Le informazioni antimafia tra tassatività sostanziale e tassatività processuale*, in “www.giustizia-amministrativa.it”, 2020.

Sandulli Maria Alessandra, *Il contraddittorio nel procedimento della nuova interdittiva antimafia*, in “giustiziainsieme.it”, 2023.

Vulcano Marcella, *Le modifiche del decreto legge n. 152/2021 al codice antimafia: il legislatore punta sulla prevenzione amministrativa e sulla compliance 231 ma non risolve i nodi del controllo giudiziario*, in “Giurisprudenza Penale Web”, 2021, 11, pp. 1 – 26.