



Rivista di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Diretta da

Gennaro Terracciano, Stefano Toschei,
Mauro Orefice e Domenico Mutino

Direttore Responsabile

Marco Cardilli

Coordinamento

L. Ferrara, F. Rota, V. Sarcone

FASCICOLO N. 7-9/2015

estratto

Registrata nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Salvatore Bonfiglio, Enrico Carloni, Francesco Castiello, Salvatore Cimini, Caterina Cittadino, Gianfranco D'Alessio, Ruggiero Di Pace, Francesca Gagliarducci, Gianluca Gardini, Stefano Gattamelata, Maurizio Greco, Giancarlo Laurini, Angelo Mari, Francesco Saverio Marini, Gerardo Mastrandrea, Pierluigi Matera, Francesco Merloni, Riccardo Nobile, Luca Palamara, Giuseppe Palma, Germana Panzironi, Simonetta Pasqua, Filippo Patroni Griffi, Angelo Piazza, Alessandra Pioggia, Helene Puliati, Umberto Realfonzo, Vincenzo Schioppa, Michel Sciascia, Raffaello Sestini, Leonardo Spagnoletti, Giuseppe Staglianò, Alfredo Storto, Federico Titomanlio, Alessandro Tomassetti, Antonio Uricchio, Italo Volpe.

Comitato editoriale

Laura Albano, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Silvia Carosini, Sergio Contessa, Marco Coviello, Ambrogio De Siano, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Concetta Giunta, Filippo Lacava, Massimo Pellingra, Carlo Rizzo, Stenio Salzano, Ferruccio Sbarbaro, Francesco Soluri, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano, Angelo Vitale, Virginio Vitullo.

CONVEGNO DI STUDI

PREVENZIONE DELLA CORRUZIONE E TRASPARENZA AMMINISTRATIVA COME STRUMENTI PER LA CRESCITA ECONOMICA DEL SISTEMA PAESE

Roma, 2 luglio 2015

Le informative antimafia come strumento per la legalità e la trasparenza: presupposti, discrezionalità amministrativa e sindacato del g.a.

Relazione di Filippo Lacava

1. La rilevanza dell'informativa antimafia per la crescita economica del Paese

Quello delle verifiche antimafia è un tema di particolare rilevanza nell'attuale situazione congiunturale dell'economia nazionale, caratterizzata dai primi timidi segnali di crescita dopo anni di terribile crisi economica.

Un efficace sistema di prevenzione e contrasto delle infiltrazioni della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici è, infatti, essenziale ai fini di un recupero del nostro Paese nella graduatoria internazionale che misura l'indice di corruzione percepita - nel cui ambito rientra anche il livello di trasparenza del sistema di affidamento delle commesse pubbliche - elaborata dalla ONG *Transparency International*, nella quale l'Italia si è collocata al 73° posto nel 2012.

Con la legge Severino (l. 190/2012), i decreti legislativi attuativi (in particolare il d.lgs. 33/2013) e il d.l. 90/2014 - che ha attribuito incisivi poteri in materia all'ANAC - si sono registrati i primi passi in avanti dell'Italia nella citata graduatoria internazionale che, al termine del 2014, vede il nostro Paese al 69° posto.

Tuttavia, ulteriori e più decisivi passi in avanti sono necessari proprio nell'ambito delle infiltrazioni della criminalità organizzata negli appalti pubblici.

Uno sforzo in questa direzione è importante non solo in una prospettiva interna ma anche in una prospettiva internazionale, per favorire l'afflusso di capitali esteri nella nostra economia, spesso scoraggiati dalla poca trasparenza e dall'elevato livello di corruzione presente (e non soltanto percepita) nei meccanismi di affidamento dei contratti pubblici.

Ecco, quindi, che il tema delle verifiche antimafia si salda perfettamente con le politiche in materia di prevenzione della corruzione ed affermazione della trasparenza amministrativa.

2. La duplice funzione delle verifiche antimafia

Gli strumenti di prevenzione e contrasto delle infiltrazioni criminali negli appalti pubblici e, in particolare, le informative antimafia svolgono, infatti, una duplice funzione, connessa con la natura plurioffensiva propria delle condotte con cui la criminalità organizzata condiziona il

corretto svolgimento delle procedure di affidamento delle commesse pubbliche.

Tali condotte criminali, infatti, ledono un duplice ordine di beni giuridici: da un lato, infatti, pregiudicano l'ordinato e pacifico svolgimento della convivenza civile all'interno dell'ordinamento; dall'altro, invece, sconvolgono l'assetto concorrenziale del mercato che, peraltro, rappresenta uno degli obiettivi fondamentali perseguiti dall'Unione europea.

La duplice esigenza di tutela appena evidenziata va, comunque, adeguatamente bilanciata con la necessità di garantire la libertà di iniziativa economica privata, tutelata dall'art. 41 Cost., che rischierebbe di venire eccessivamente compressa ove le verifiche antimafia fossero eccessivamente complesse o vessatorie per le imprese che ne sono destinatarie.

Proprio nella direzione di un corretto e ragionevole bilanciamento tra la tutela dell'ordine pubblico e l'assetto concorrenziale, da un lato, e la libertà di iniziativa economica, dall'altro, si muove il nuovo Codice antimafia (d.lgs. n. 159/2011).

3. Le novità del d.lgs. 159/2011 in materia di documentazione antimafia

Il Codice, infatti, proprio in nome dell'esigenza appena richiamata, mira a garantire una tutela più rapida, semplificata ed efficiente - sia dell'ordine pubblico sia della concorrenza - attraverso il riordino un'unica fonte di una disciplina stratificatasi nel corso degli anni e spesso ispirata ad una logica emergenziale ma non sempre coordinata nell'ambito di una visione sistemica.

Diverse sono le previsioni del Codice antimafia che assumono un rilievo sintomatico della volontà del legislatore di garantire un sempre maggiore livello di trasparenza negli appalti pubblici, non disgiunto da un maggior livello di certezza del diritto e da un approccio volto a limitare entro canoni di ragionevolezza e pro-

porzionalità i disagi e i ritardi cagionati dall'attività volta al riscontro di taluna delle situazioni ostative alla stipulazione di un contratto pubblico previste dall'art. 67 del Codice (applicazione con provvedimento definitivo di misure di prevenzione giurisdizionali o condanna con sentenza definitiva o, ancorché non definitiva, confermata in grado di appello, per uno dei delitti di cui in materia di criminalità organizzata previsti dall'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale) ovvero di tentativi diretti o indiretti di infiltrazioni da parte della criminalità organizzata tendenti a condizionare le scelte fondamentali e gli indirizzi delle imprese interessate.

Innanzitutto, il combinato disposto degli articoli 83, comma 1, e 91, comma 3, fa chiarezza definitiva sul *dies a quo* a partire dal quale può essere chiesta la documentazione antimafia, precisando che essa va richiesta solo nel caso di aggiudicazione e prima di procedere alla stipulazione, approvazione o autorizzazione dei contratti relativi a lavori, servizi o fornitura o, nel caso di subcontratto, nei trenta giorni precedenti la sua stipulazione. Viene, quindi, confermato quell'orientamento giurisprudenziale precedente l'entrata in vigore del Codice per cui l'esito positivo delle verifiche antimafia non è requisito soggettivo per l'ammissione alla procedura di gara ma è condizione essenziale per la stipula del contratto (*ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. VI, 23 gennaio 2004, n. 222).

Sempre nella direzione della certezza del diritto e della semplificazione vengono chiariti definitivamente, rispettivamente dagli articoli 83 ed 85, i soggetti pubblici legittimati a richiedere la certificazione, i casi in cui la certificazione va richiesta e il novero dei soggetti destinatari delle verifiche antimafia.

Di particolare importanza, nella medesima ottica, lo snellimento del procedimento per il rilascio della documentazione antimafia che viene reso più agile e semplificato grazie all'uso delle

potenzialità dell'informatica e all'istituzione della banca dati unica nazionale - che entrerà in vigore dal 1 gennaio 2016 (data in cui sarà compiuto un anno dall'entrata in vigore del regolamento che ha introdotto la banca dati) - con conseguente notevole riduzione degli adempimenti burocratici necessari per il rilascio della documentazione e della durata stessa del procedimento.

4. La riduzione delle documentazioni antimafia ammesse e il ritorno in veste diversa della c.d. informativa atipica supplementare con il correttivo del 2012

Ma la novità più importante nell'ottica della certezza del diritto è rappresentata dalla semplificazione del novero delle documentazioni antimafia ammesse.

Infatti, con il d.lgs. 159/2011 viene introdotta la bipartizione tra la comunicazione e l'informazione antimafia che si distinguono tra loro in considerazione della rilevanza economica del contratto per cui sono richieste e della natura del potere esercitato dall'amministrazione procedente.

In particolare, la comunicazione antimafia, mirando esclusivamente all'accertamento di taluna delle cause di decadenza sospensione o divieto previste dal già citato articolo 67, si risolve in un accertamento *per tabulas* di fatti preesistenti ed è, quindi, espressione di un potere amministrativo vincolato, tipico delle certificazioni amministrative.

Diversamente, l'informativa antimafia assume una natura bivalente: in parte, infatti, tende al medesimo accertamento della comunicazione antimafia (sussistenza di cause di decadenza, sospensione o divieto di cui all'art. 67 del Codice); per il resto, invece, mira a verificare la sussistenza di eventuali tentativi diretti o indiretti di infiltrazione della criminalità nelle scelte strategiche dell'impresa, relativi a soggetti che ricoprono posizioni di responsabilità all'interno

ovvero a soggetti che, pur non ricoprendo tali posizioni, sono in grado di influire sulle scelte strategiche (c.d. amministratori di fatto).

Per questi ultimi profili l'informativa è frutto di valutazioni latamente discrezionali del Prefetto e, come tale, è sindacabile dal giudice amministrativo solo in caso di manifesta incongruità, illogicità, inattendibilità o travisamento dei fatti.

Perciò, per quanto non coincide con la comunicazione antimafia, l'informativa si configura quale misura di prevenzione di natura amministrativa, avente finalità cautelare ed interdittiva, che rappresenta la massima forma di anticipazione dell'azione di prevenzione e contrasto delle infiltrazioni criminali negli appalti, prescindendo anche dall'accertamento della responsabilità penale in ordine ad un reato espressione della criminalità di stampo mafioso.

In quest'ultima ipotesi assume un ruolo fondamentale l'attività del Prefetto, vero e proprio *dominus* della verifica antimafia e titolare del potere di impulso e coordinamento dell'azione di verifica e riscontro condotta dalle Forze dell'ordine, che - proprio per decisione del Prefetto - può estendersi al di là dei soggetti destinatari della comunicazione ed anche alle ipotesi di tentativo indiretto di infiltrazione.

La rilevanza della funzione svolta del Prefetto e l'importanza di un corretto esercizio della discrezionalità in questa materia emerge con maggiore chiarezza ove si tenga conto delle alterne vicende che hanno caratterizzato la figura della interdittiva atipica cd. supplementare, disciplinata dall'art. 1 - *septies* del d.l. n. 629/1982.

La peculiarità di tale forma di verifica antimafia risiedeva nella circostanza per cui il provvedimento prefettizio non aveva natura *ex se* interdittiva ma l'eventuale effetto preclusivo era il frutto di una autonoma valutazione discrezionale della stazione appaltante, alla quale era rimessa dal Prefetto la decisione finale.

Tale peculiare figura, alla quale spesso si ricorreva in casi in limite, aveva destato critiche in punto di garanzia della certezza del diritto e, quindi, di tutela della libertà d'iniziativa economica, finendo per configurarsi come un *tertium genus* di provvedimento interdittivo antimafia al quale si ricorreva quando, pur in presenza di dati di fatto non univoci, vi fossero ragioni di fatto tali da giustificare un sintomo negativo di affidabilità dell'impresa.

Pertanto, proprio nell'ottica di garantire un corretto bilanciamento tra le opposte esigenze evidenziate in precedenza, evitando il rischio, da più parti paventato, di un uso abnorme delle interdittive atipiche supplementari, il legislatore aveva in un primo tempo, con il d.lgs. 159/2011, inserito l'art. 1-*septies* del d.l. n. 629/1982 nell'elenco delle disposizioni abrogate per effetto dell'entrata in vigore del Codice.

Successivamente, il decreto correttivo n. 218/2012, ha ripristinato la vigenza del citato art. 1-*septies*. Tale marcia indietro del legislatore trova probabilmente la sua ragion d'essere nel fatto che, come osservato nella relazione illustrativa del correttivo del 2012, la disposizione in esame attribuisce al Prefetto il potere di segnalare situazioni a rischio relativamente ad un ventaglio di fattispecie più ampio rispetto a quello considerato dal Codice antimafia ed anche rispetto a soggetti non censiti nella banca dati. Pertanto, il venire meno di tale istituto avrebbe potuto indebolire il sistema delle interdittive antimafia con il concreto rischio di creare pericolosi vuoti di tutela.

Va, comunque, precisato che l'art. 1-*septies* del d.l. n. 629/1982 (anche se è stato ripristinato dal citato correttivo del Codice) non dà vita ad una figura autonoma di provvedimento interdittivo. Si tratta, piuttosto, di un istituto ispirato alla logica della leale cooperazione interistituzionale e volto a rendere noti alla stazione appaltante elementi sintomatici dell'insussistenza dei requisiti soggettivi neces-

sari per intraprendere o continuare a svolgere talune attività economiche, il cui unico effetto, come precisato dalle Linee Guida del Comitato di coordinamento per l'alta sorveglianza sulle grandi opere del 19 dicembre 2012, è quello di dare l'avvio ad una fase di approfondimento ulteriore che potrà confluire nell'adozione di un provvedimento interdittivo ove ne vengano accertati i presupposti.

Del medesimo avviso anche il Ministero dell'interno che, nella circolare dell'8 febbraio 2013, ha precisato che, nel caso in cui le evidenze raccolte dall'esame delle situazioni indizianti non raggiungano quel livello necessario per ritenere probabile l'infiltrazione, il Prefetto dovrà emettere un'informativa negativa, negando, quindi, lo spazio per configurare un *tertium genus* di provvedimento interdittivo.

5. Il rafforzamento del ruolo e della discrezionalità del Prefetto e la necessità di un'interpretazione dell'informativa antimafia coerente con la sua funzione di massima anticipazione della tutela preventiva

Il rafforzamento della discrezionalità del Prefetto connesso con la semplificazione delle verifiche antimafia e il drastico ridimensionamento della informativa atipica cd. supplementare rende necessaria un'opera di interpretazione ed applicazione della normativa vigente coerente con la funzione di massima anticipazione dell'azione di prevenzione svolta dall'informativa antimafia.

Vi è, in particolare, l'esigenza di evitare che interpretazioni eccessivamente garantistiche - peraltro non coerenti con la lettera e lo spirito del Codice antimafia - possano compromettere la tenuta complessiva del sistema di contrasto delle infiltrazioni della criminalità organizzata nell'economia.

Il giusto equilibrio tra la tutela dell'ordine pubblico e la concorrenza, da un lato, e la libertà

d'impresa dall'altro, può ritenersi raggiunto con le novità introdotte dal Codice antimafia.

Va, quindi, fatta chiarezza sui presupposti del provvedimento interdittivo e i limiti che incontra la discrezionalità del Prefetto, evitando pericolose e non giustificate derive garantistiche.

Si allude, in particolare, all'orientamento sostenuto da alcuni TAR (*ex plurimis*, TAR Lazio, Roma, sez. I *ter*, 24 marzo 2015, n. 4532) il quale, in nome di esigenze di garanzia, finisce per richiedere per l'emissione di una informativa antimafia dal contenuto interdittivo un quadro indiziario connotato da gravità, precisione e concordanza, analogamente a quanto previsto dall'art. 192, comma 2, del codice di procedura penale per ritenere provato un fatto in via indiziaria.

Quest'ultima disposizione, infatti, statuisce che *"l'esistenza di un fatto non può essere desunta da indizi a meno che questi siano gravi, precisi e concordanti"*.

L'orientamento in esame, infatti, afferma che *"la più recente giurisprudenza punta l'accento sulla circostanza che la valutazione discrezionale, per non sconfinare in mero arbitrio, "può dirsi ragionevole e attendibile se sorretta da una pluralità di indizi seri, precisi e concordanti, oggettivamente riscontrabili, che secondo l'esperienza comune assumono un significato univoco"* (cfr.: C.G.A. 10.7.2014, n. 397; Cons. Stato - sez. III 26.9.2014, n. 4852).

Un'interpretazione del genere rischia di compromettere la funzione cautelare e di massima anticipazione dell'azione di prevenzione svolta dall'interdittiva antimafia.

Quest'ultima, infatti, non richiede la prova del condizionamento criminale sulla gestione dell'impresa ma, semplicemente, si basa su un giudizio di verosimiglianza dell'esistenza di un tentativo di condizionamento fondato su elementi di fatto concreti, attuali e non contraddittori ma che, contrariamente a quanto sostenuto dall'orientamento dianzi richiamato, non devono essere connotati da quella gravità e precisio-

ne necessarie per ritenere sussistente la prova indiziaria.

Risulta, perciò, più coerente con la natura giuridica e la funzione dell'interdittiva antimafia un orientamento più recente sostenuto dalla III sezione del Consiglio di Stato in merito ad alcune informative antimafia adottate dalla Prefettura di Milano in relazione ai lavori per l'EXPO 2015 (Si veda, in particolare, Cons. Stato, Sez. III, 7 maggio 2015, n. 2284).

Questo orientamento, infatti, precisa che l'informativa in questione, per la sua natura cautelare e preventiva, non richiede la prova di un fatto ma solo la presenza di una serie di indizi in base ai quali non sia illogico o inattendibile ritenere la sussistenza di infiltrazioni o collegamenti con organizzazioni mafiose o di un condizionamento da parte di queste, per cui gli elementi raccolti non vanno riguardati in modo atomistico bensì nel loro insieme ed unitamente esplicitandosi in una valutazione nella quale ogni elemento acquista valenza nella sua connessione con gli altri, non con finalità di accertamento di responsabilità, ma di massima anticipazione dell'azione di prevenzione, rispetto alla quale risultano rilevanti anche fatti e vicende solo sintomatiche o indiziarie, al di là delle individuazioni delle responsabilità penali.

Secondo questo orientamento, quindi, la valutazione relativa al pericolo di infiltrazione mafiosa si configura, coerentemente con l'impostazione del Codice antimafia, quale tutela avanzata nei riguardi della criminalità organizzata, tanto da operare anche quando non si sono ancora concretizzati elementi certi di colusione o di cointeressenza, proprio per la funzione di deterrenza anticipata, ma inevitabile, che questo tipo di valutazione viene a svolgere nell'ambito ordinamentale.

Si tratta, in sostanza, del più avanzato livello di protezione dell'ordinamento da fenomeni particolarmente pericolosi ed aggressivi per la vita della collettività, rimesso alla valutazione pre-

fettizia sulla base delle informative rese dalle forze di polizia e che, proprio per tale sua connotazione, non necessita del supporto di elementi contraddistinti da certezza ed univocità, operando in un ambito di prevenzione che, in quanto tale, deve potersi fondare anche sui meri elementi indiziari non assurgenti al rango di prova.

Pertanto, per non vanificare la funzione di questo importante strumento di lotta alla criminalità, va ribadito che, ai fini dell'emissione dell'interdittiva, possono risultare rilevanti anche fatti e vicende solo sintomatici del condizionamento ed è sufficiente, secondo un giudizio prognostico latamente discrezionale, la mera possibilità di interferenze della criminalità, evidenziata da una pluralità di elementi indiziari non divergenti e considerati nell'ambito di un quadro complessivo.

Perciò, stante l'ampia discrezionalità riservata all'Autorità prefettizia, il sindacato sull'attività svolta da questa e sul provvedimento interdittivo adottato in esito alla stessa non può che restare necessariamente circoscritto alla verifica dei vizi sintomatici di una inattendibilità, incongruità della motivazione, illogicità manifesta o travisamento dei fatti posti a base del provvedimento.

Quanto premesso induce a riflettere non soltanto sulla necessità di una normativa antimafia organica e completa ma, anche, sulla necessità di un'interpretazione coerente con la sua *ratio* e con gli obiettivi perseguiti dal legislatore.

Di fronte alla gravità dei fenomeni di corruzione ed infiltrazione criminale negli appalti emersi di recente, ancora una volta è stata invocata la necessità di dar vita a nuove e più incisive regole. In realtà, come è stato evidenziato anche dal Presidente del Consiglio, spesso il vero pro-

blema non è la qualità o la quantità delle regole, ma la necessità di una loro corretta interpretazione ed applicazione.

Ma tutto ciò non basta ancora se non è accompagnato dalla rinnovata consapevolezza da parte di tutti i soggetti coinvolti di operare per il bene comune.