

nuovi

I MANUALI SUPERIORI

diretti da R. GAROFOLI

Roberto
GAROFOLI

Giulia
FERRARI

**MANUALE DI
DIRITTO
AMMINISTRATIVO**

**XIII EDIZIONE
RIPENSATA, AGGIORNATA E ARRICCHITA
CON LA PARTE SPECIALE:**

AMBIENTE	URBANISTICA
CONTRATTI	EDILIZIA
IMMIGRAZIONE	ESPROPRIAZIONE
PATRIMONIO CULTURALE	SICUREZZA PUBBLICA

**VISUALIZZA
PREMESSA ED ESTRATTO**

nuovi
I MANUALI SUPERIORI

**MANUALE DI
DIRITTO
AMMINISTRATIVO**

ESTRATTO

- “LA SICUREZZA” IN PARTE III, CAP. VI

EDIZIONE 2019-2020

**NEL DIRITTO
EDITORE**

PREMESSA

Abbiamo ritenuto, quest'anno, di por mano in modo significativo, nel *metodo*, nei *contenuti* e nella *forma*, al *Manuale superiore di Amministrativo* che, giunto alla sedicesima edizione, ha accompagnato migliaia di giovani studiosi del diritto nella preparazione per il Concorso in Magistratura e per altri importanti traguardi professionali.

Metodo, contenuti e forma.

Quanto al **metodo**, l'obiettivo è di rendere **l'Opera utile** tanto a chi si avvicina a questa affascinante branca *senza ancora una preparazione adeguata* quanto a chi necessita di uno *strumento di formazione avanzata* o di *aggiornamento anche professionale*; **in questa Edizione con ancor più rigore**, pertanto, nell'esame di pressoché tutti i temi del diritto amministrativo si prende le mosse, quasi sempre, dalla **disciplina e dalla sua ratio**, prima di passare all'illustrazione delle questioni al centro del **dibattito dottrinale**, all'indicazione dei **collegamenti** con istituti e principi apparentemente diversi e distanti, all'esposizione delle più significative **posizioni giurisprudenziali**.

Quanto ai **contenuti**, si è posto mano ad un **ripensamento** di parti significative dell'**Opera**.

In primo luogo, **per la prima volta** il Manuale si compone anche di una **Parte speciale**, dedicata alla trattazione di settori centrali dell'azione amministrativa: in essa, accanto a capitoli già presenti, ma la cui trattazione è stata in questa edizione ripensata, riscritta e aggiornata (**Ambiente, Contratti pubblici, Edilizia, Urbanistica**), sono stati inseriti capitoli del tutto nuovi dedicati all'analisi dell'**Immigrazione**, della **Sicurezza pubblica** e del **Patrimonio culturale**: un'analisi approfondita, estesa anche a **profili d'avanguardia**, quale quello dei **rapporti tra misure interdittive antimafia e misure di tipo terapeutico**, per esempio il **controllo giudiziario ex art. 34 bis** del Codice antimafia.

Sono stati, inoltre, quasi integralmente riscritti, e prima ancora riorganizzati, numerosi capitoli e paragrafi del Volume, tra i quali quelli relativi alla **responsabilità degli amministratori delle società a partecipazione pubblica**, agli **organismi di diritto pubblico** e alle **imprese pubbliche**, ai **soggetti in house**, alle diverse discipline in tema di **accesso** e alle **interferenze** tra le une e le altre (per esempio, tra quelle relative alle **accesso civico generalizzato** e all'**accesso agli atti di gara**), alla **Autorità indipendenti**, al **processo amministrativo**.

Quanto, infine, alla **forma**, si è provato a semplificare, per quanto possibile, l'esposizione, ad evitare ridondanze, a garantire una migliore fruibilità di una disciplina che, tuttavia, presenta una indubbia complessità.

Un ringraziamento a Andrea Giordano per il contributo fornito in questa riedizione, alla dott.ssa Cinzia Carosino per il nuovo Capitolo sul Patrimonio culturale e al dottor Andrea Turturro per il nuovo Capitolo sull'Immigrazione.

Un ringraziamento preventivo, infine, a tutti coloro che, anche con critiche e rilievi (utilissimi quanto inevitabili), vorranno assicurare ulteriori miglioramenti del Manuale, nelle edizioni successive.

Roberto GAROFOLI e Giulia FERRARI

CAPITOLO VI LA SICUREZZA PUBBLICA

*1. Nozione, fonti e soggetti. *2. I poteri amministrativi di prevenzione della criminalità organizzata. *2.1. Le verifiche prefettizie antimafia: comunicazioni e informazioni. *2.1.1. La tutela. *2.1.2. I rapporti con le misure di tipo terapeutico. *2.2. Lo scioglimento dei consigli comunali e provinciali. *2.2.1. La tutela.

COPYRIGHT NELDIRETTO EDITORE

1. Nozione, fonti e soggetti.

All'esame delle principali potestà amministrative in tema di sicurezza pubblica è utile anteporre un sintetico inquadramento delle fonti normative di riferimento.

Ancor prima, è opportuno chiarire che, a fronte delle differenti accezioni in cui possono venire in considerazione le nozioni giuridiche di sicurezza pubblica e ordine pubblico¹, si prenderà in questa sede in considerazione quella che le riferisce all'attività amministrativa di mantenimento, per l'appunto, dell'ordine pubblico, incluse le misure volte alla prevenzione e al contrasto della criminalità organizzata.

Nozione

Quanto alle *fonti*, la sicurezza pubblica è ripetutamente evocata in Costituzione, ancorché per ragioni e finalità differenti.

Fonti

Essa, infatti, in alcuni casi integra il bene tutelato, in altri si atteggia a ostacolo frapposto all'esercizio di alcuni diritti fondamentali, in specie quelle di domicilio, circolazione, riunione e iniziativa economica (artt. 14, 16, 17 e 41), in altri ancora costituisce la ragione del riconoscimento di taluni specifici poteri.

Si pensi, in quest'ultima prospettiva, alle disposizioni riguardanti l'esercizio dei poteri sostitutivi del Governo (120, comma 2, Cost.), azionabili sempre per motivi di sicurezza pubblica, o il potere di scioglimento dei consigli regionali, ad opera del Capo dello Stato (art.126 Cost.).

Alla sicurezza pubblica la Costituzione ha riguardo, in particolare, nel dettare le regole di riparto delle attribuzioni legislative, in particolare prevedendo tra le materie assegnate alla competenza esclusiva dello Stato quelle dell'*ordine pubblico* e della *sicurezza*, ad esclusione della *polizia amministrativa locale*.

A livello *sub* costituzionale, una definizione di sicurezza pubblica si rinviene all'art. 159, comma 2, d. lgs. 31 marzo 1998, n. 112, a tenore del quale le funzioni ed i compiti amministrativi relativi all'ordine pubblico e sicurezza pubblica “*concernono le misure preventive e repressive dirette al mantenimento dell'ordine pubblico, inteso come il complesso dei beni giuridici fondamentali e degli interessi pubblici primari sui quali si regge l'ordinata e civile convivenza nella comunità nazionale, nonché alla sicurezza delle istituzioni, dei cittadini e dei loro beni*”.

Si tratta di definizione conforme, peraltro, alla nozione tradizionalmente fatta propria dalla Corte costituzionale².

La stessa Corte ha chiarito che la locuzione *interessi pubblici primari*, utilizzata dal

¹ È sufficiente considerare che in un'accezione civilistica l'ordine pubblico si atteggia a limite che si frappone all'esercizio dell'autonomia privata, gli artt. 1343 e 1418, comma 2, c.c. prevedendo la nullità del contratto contrario a norme di ordine pubblico, per tale dovendosi intendere, quindi, il complesso dei valori costituzionali, europei e convenzionali che compongono il sistema di tutela dei diritti fondamentali, nonché, secondo una prospettiva più estesa, di recente seguita da Cass., Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193 (intervenuta con riferimento alla trascrivibilità di un provvedimento con il quale è riconosciuta la genitorialità, acquisita all'estero, di una coppia dello stesso sesso), il sistema di norme anche ordinarie che siano tuttavia attuative di principi assiologici consacrati nella Costituzione. In ambito penale, l'ordine pubblico costituisce bene presidiato da plurime norme incriminatrici, da quelle relative ai delitti contro l'ordine pubblico (artt. 414 ss.) e l'incolumità pubblica (artt. 422 ss.), a quelle che contemplano le contravvenzioni concernenti l'ordine pubblico e la tranquillità pubblica (artt. 650 ss.). In tema, CORSO, *Ordine pubblico nel diritto amministrativo*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, X, Torino, 1995, 439 ss.; NAPOLITANO, *L'ordine pubblico*, in CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2012, 40 ss.

² 25 febbraio 1998, n. 218.

richiamato art. 159, comma 2, ricomprende non qualsiasi interesse pubblico, alla cui cura siano preposte le pubbliche amministrazioni, ma gli “*interessi essenziali al mantenimento di una ordinata convivenza civile*”³.

■ **Soggetti** Quanto ai *soggetti* investiti di funzioni nei settori che si esaminano, la l. 1 aprile del 1981, n. 121, assegna al Ministro dell’Interno il ruolo di *responsabile della tutela e della sicurezza pubblica e di autorità nazionale di pubblica sicurezza*, attribuendogli compiti di alta direzione dei servizi di ordine e sicurezza pubblica ed il coordinamento delle funzioni e delle attività delle Forze di polizia (art. 1, comma 1).

In seno alla struttura ministeriale la citata riforma del 1981 ha istituito il Dipartimento della pubblica sicurezza, chiamato a provvedere in ordine: a) all’attuazione della politica dell’ordine e della sicurezza pubblica; b) al coordinamento tecnico-operativo delle forze di polizia; c) alla direzione e amministrazione della Polizia di Stato; d) alla direzione e gestione dei supporti tecnici, anche per le esigenze generali del Ministero dell’Interno. La stessa l. 1 aprile del 1981, n. 121, istituisce, inoltre, il Comitato nazionale dell’ordine e della sicurezza pubblica, con funzioni ausiliarie di consulenza del Ministro.

In sede provinciale, invece, funzioni di sicurezza pubblica sono assegnate al Prefetto e al Questore.

Al Prefetto la l. 1 aprile del 1981, n. 121, assegna “*la responsabilità generale dell’ordine e della sicurezza pubblica nella provincia*”, disponendo che lo stesso “*sovrintende all’attuazione delle direttive emanate in materia*”.

La stessa legge, all’art. 14, attribuisce al Questore la qualifica di “*Autorità provinciale di pubblica sicurezza*”, conferendogli il titolo di capo dell’ufficio della Polizia di Stato provinciale, nonché, compiti di cura, coordinamento e direzione della sicurezza pubblica.

Dal quadro normativo indicato si trae, quindi, che se al Prefetto spetta la *responsabilità politica*, connessa alla scelta del provvedimento da adottare, al Questore è assegnata la *responsabilità tecnico-operativa* della medesima attività, dovendo lo stesso provvedere all’attuazione del provvedimento prescelto.

2. I poteri amministrativi di prevenzione della criminalità organizzata.

Tra i poteri riconosciuti a tutela della sicurezza pubblica rientrano quelli di prevenzione e contrasto della criminalità organizzata.

Volendo schematizzare, vi rientrano, da un lato, i poteri prefettizi di interdizione dell’impresa infiltrata o condizionata dalla criminalità organizzata; dall’altro, quelli di controllo statale sugli enti locali, in specie quello esercitati in senso alla procedura di scioglimento dei consigli comunali e provinciali che risultino direttamente ed immediatamente soggetti a pericolo di infiltrazioni o condizionamenti mafiosi.

2.1. Le verifiche prefettizie antimafia: comunicazioni e informazioni.

Alla prima delle due indicate potestà amministrative va ricondotta la funzione prefettizia di verifica antimafia, disciplinata dal c.d. Codice antimafia (d.lgs. 6

³ 25 luglio 2001, n. 290.

settembre 2001, n. 159), e ruotante attorno alla distinzione tra le comunicazioni antimafia e le informazioni antimafia.

Le comunicazioni antimafia, in quanto dirette ad attestare la mancata applicazione di una delle misure di prevenzione personali *definitive* (in quanto non impugnate o non più impugnabili⁴) disciplinate dal Libro I, Titolo I, Capo III, del Codice antimafia, hanno *contenuto vincolato*, il Prefetto dovendo solo verificare, consultando la banca dati nazionale unica disciplinata dall'art. 96, che sussista o meno a carico del soggetto sottoposto a verifica una delle suddette misure.

In caso di esito positivo, rilascia, quindi, la comunicazione antimafia: la stessa, oltre ad *avere efficacia interdittiva* rispetto a tutte le iscrizioni e ai provvedimenti autorizzatori, concessori o abilitativi per lo svolgimento di attività imprenditoriali, comunque denominati, nonché a tutte le attività soggette a segnalazione certificata di inizio attività (c.d. s.c.i.a.) e a silenzio assenso (art. 89, comma 2, lett. a) e b), d.lgs. 6 settembre 2001, n. 159), comporta, altresì, il *divieto di concludere contratti pubblici* di lavori, servizi e forniture (art. 84, commi 1 e 2).

Dalle comunicazioni le informazioni antimafia si distinguono per la netta diversità dei presupposti di adozione e, conseguentemente, per la chiara diversità del potere rimesso al Prefetto.

Le informazioni antimafia, infatti, presentano un *contenuto discrezionale*: sono, invero, dirette ad attestare la sussistenza o meno di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate, desunto tuttavia all'esito di un autonomo apprezzamento rimesso al Prefetto e senza, quindi, automatismo rispetto al provvedimento giudiziario emesso in sede penale.

Come costantemente sostenuto in giurisprudenza, infatti, il Prefetto, se certo ha il dovere di tener conto dell'emissione o, comunque, del sopravvenire di un provvedimento giurisdizionale, nel suo *valore estrinseco* (tipizzato dal legislatore) di fatto sintomatico dell'infiltrazione mafiosa a fronte di uno dei delitti-spia previsti dall'art. 84, comma 4, lett. a), d. lgs. 6 settembre 2001, n. 159, deve tuttavia svolgere un autonomo apprezzamento delle risultanze penali, senza istituire un *automatismo* tra l'emissione del provvedimento cautelare in sede penale e l'emissione dell'informativa ad effetto interdittivo⁵.

Quanto ai criteri che l'autorità prefettizia deve seguire nel condurre il suddetto apprezzamento e nel valutare il *grado dimostrativo* degli elementi sintomatici della permeabilità mafiosa da porre a fondamento del provvedimento interdittivo, possono considerarsi ormai consolidate talune posizioni interpretative emerse nella giurisprudenza amministrativa.

In primo luogo, ai fini dell'adozione dell'informazione è necessario che sia dimostrata non già l'intervenuta infiltrazione mafiosa, bensì soltanto la sussistenza di elementi sintomatico-presuntivi dai quali – secondo un giudizio prognostico latamente discrezionale – sia deducibile il *pericolo di ingerenza* da parte della criminalità organizzata⁶.

Le comunicazioni:
natura
vincolata

Le informazioni

Il contenuto
discrezionale

I criteri di
apprezza-
mento degli
elementi
indiziari

È sufficiente
il pericolo di
infiltrazione

⁴ Cons. St., sez. III, 1 aprile 2016, n. 1234.

⁵ Cons. St., sez. III, 2 marzo 2017, n. 892. Più di recente, Cons. St., sez. III, 30 gennaio 2019, n. 758; Id., 3 aprile 2019, n. 2211.

⁶ Cons. St., sez. III, 18 aprile 2018, n. 2343.

Ai sensi dell'art. 84, comma 3, d.lgs. 6 settembre 2001, n. 159, invero, a fondamento del provvedimento interdittivo va posto l'accertamento della sussistenza di *eventuali tentativi* di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate.

Come è stato sostenuto, eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa e tendenza di questi ad influenzare la gestione dell'impresa sono nozioni che delineano una *fattispecie di pericolo*, propria del diritto della prevenzione, finalizzato, appunto, a prevenire un evento che, per stessa scelta del legislatore, non necessariamente è attuale, o invero, ma anche solo *potenziale*, purché desumibile da elementi non meramente immaginari o aleatori⁷.

Il pericolo di infiltrazione mafiosa è, dunque, la probabilità che si verifichi l'evento.

Dall'oltre ogni ragionevole dubbio al più probabile che non

Tale pericolo deve essere valutato secondo un ragionamento induttivo, di tipo probabilistico, sicché non è necessario un *livello di certezza oltre ogni ragionevole dubbio* - tipico dell'accertamento finalizzato ad affermare la responsabilità penale, e quindi fondato su prove - essendo sufficiente una prognosi assistita da un attendibile grado di verosimiglianza, sulla base di indizi gravi, precisi e concordanti, sì da far ritenere *più probabile che non*, appunto, il pericolo di infiltrazione mafiosa.

Decisiva, nel giungere agli esiti ricostruttivi così sinteticamente riportati, la considerazione delle ragioni sottese all'introduzione delle misure di prevenzione, come quella in esame: le stesse hanno, infatti, costituito la risposta cardine dell'ordinamento per contrastare l'inquinamento dell'economia sana da parte delle imprese che sono strumentalizzate o condizionate dalla criminalità organizzata, svolgendo una funzione di *frontiera avanzata* che impone l'utilizzo di parametri valutativi e di apprezzamento diversi e meno rigorosi rispetto a quelli che connotano l'accertamento della responsabilità penale⁸.

L'applicazione della logica propria del giudizio penale finirebbe irrimediabilmente per vanificare, infatti, la *finalità anticipatoria dell'informazione antimafia*, volta a prevenire un grave pericolo, non già a sanzionare condotte penalmente rilevanti⁹.

Valutazione unitaria e non atomistica degli elementi sintomatici

Nella stessa prospettiva, si è ripetutamente sostenuto che gli elementi sintomatici della permeabilità mafiosa vanno considerati dal Prefetto in modo unitario, e non atomistico, cosicché ciascuno di essi acquisti valenza nella sua connessione con gli altri.

Il carattere aperto dei presupposti di applicazione

Fermo quanto osservato in merito alla sufficienza di un pericolo di infiltrazione, è stato tuttavia precisato che siffatto pericolo non può sostanziarsi in un sospetto della pubblica amministrazione o in una vaga intuizione del giudice, dovendosi ancorare a condotte sintomatiche e fondarsi su una serie di elementi fattuali, taluni dei quali tipizzati dal legislatore (art. 84, comma 4, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, in specie i c.d. delitti spia), mentre altri, "a condotta libera", sono lasciati al prudente e motivato apprezzamento discrezionale dell'autorità amministrativa, che *può* desumere il tentativo di infiltrazione mafiosa, ai sensi dell'art. 91, comma

⁷ Cons. St., sez. III, 3 aprile 2019, n. 2211.

⁸ Cons. St., sez. III, 3 aprile 2019, n. 2211.

⁹ NOCCELLI, *I più recenti orientamenti della giurisprudenza sulla legislazione antimafia*, 2018, in www.giustizia-amministrativa.it.

6, del suddetto decreto, da provvedimenti di condanna non definitiva per reati strumentali all'attività delle organizzazioni criminali *“unitamente a concreti elementi da cui risulti che l'attività di impresa possa, anche in modo indiretto, agevolare le attività criminose o esserne in qualche modo condizionata”*.

Si tratta, come è stato rilevato, di fattispecie normativa a struttura aperta che consente all'autorità amministrativa di apprezzare tutta una serie di elementi sintomatici dai quali evincere l'influenza, anche indiretta delle organizzazioni mafiose sull'attività di impresa, nella duplice veste della c.d. *contiguità soggiacente* o della c.d. *contiguità compiacente*, per tale intendendosi le condotte, ambigue, di quegli operatori economici che, pur estranei ad associazioni mafiose, si pongono su una pericolosa linea di confine tra legalità e illegalità nell'esercizio dell'attività imprenditoriale¹⁰.

Quanto agli effetti dell'informazione antimafia, diversamente dalle comunicazioni antimafia, destinate a sortire effetto interdittivo non solo con riguardo ai contratti e alle concessioni, ma anche alle autorizzazioni, le informazioni antimafia, prima del d.lgs. 13 ottobre 2014, n. 153 (decreto correttivo), esplicavano i loro effetti solo in rapporto ai contratti pubblici, alle concessioni e alle sovvenzioni, avendo una portata applicativa limitata quindi ai *rapporti con la P.A.*

Il richiamato decreto del 2014, tuttavia, nel disporre che, se all'esito della verifica condotta in seno al procedimento finalizzato alla comunicazione è accertata la sussistenza di tentativi di infiltrazioni, il Prefetto è tenuto ad adottare l'informativa in luogo della comunicazione, ha definito in termini di *alternatività* il rapporto tra comunicazioni e informative (art. 89-*bis*, d.lgs. n. 159 del 2011).

Al pari di quanto disposto per le comunicazioni, l'efficacia interdittiva delle informazioni antimafia è stata conseguentemente estesa anche alle autorizzazioni e, dunque, ai rapporti tra privati.

L'informativa preclude, quindi, di essere titolare di rapporti contrattuali con le pubbliche amministrazioni ovvero destinatario di titoli abilitativi o di contributi, finanziamenti, mutui agevolati ed altre erogazioni dello stesso tipo.

Ai sensi dell'art. 94, d.lgs. n. 159 del 2011, tutte le pubbliche amministrazioni che ricevano l'informativa sono tenute a revocare le autorizzazioni e le concessioni oppure a recedere dal contratto.

Come chiarito da *Cons. St., A.P., 6 aprile 2018, n. 3*, all'informativa antimafia consegue una incapacità giuridica *parziale*, in quanto limitata a taluni rapporti giuridici (art. 67, d.lgs. n. 159 del 2011), e *tendenzialmente temporanea*, potendo venire meno per il tramite di un successivo provvedimento del Prefetto.

Muovendo da tale assunto, la stessa Plenaria ha sostenuto che l'art. 67, comma 1, lett. g), d.lgs. n. 159 del 2011, nella parte in cui prevede il divieto, per il soggetto colpito dall'informativa, di ottenere *“contributi, finanziamenti e mutui agevolati ed altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati da parte dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità Europee, per lo svolgimento di attività imprenditoriali”*, ricomprende anche l'impossibilità di percepire somme dovute a titolo di risarcimento del danno patito in connessione all'attività di impresa, ancorché si

**Contiguità
soggiacente
o
compiacente**

Gli effetti

**Incapacità e
crediti di
natura
risarcitoria
dovuti in
base a
giudicati
Cons. St.,
A.P., 6 aprile
2018, n. 3**

¹⁰ Cons. St., sez. III, 30 gennaio 2019, n. 758.

tratti di somme dovute sulla base di sentenze passate in giudicato.

In ciò- ha sostenuto la Plenaria- non può ravvisarsi una compromissione del giudicato e della sua intangibilità.

Se, infatti, il soggetto destinatario dell'informativa versa in una particolare forma di incapacità *ex lege*, l'impossibilità di erogazione non consegue ad una "incisione" del giudicato, ma, per l'appunto, alla incapacità del soggetto.

D'altra parte, avendo l'incapacità carattere temporaneo, venuta meno la stessa per effetto di successivo provvedimento prefettizio, il diritto di credito, riconosciuto dalla sentenza passata in giudicato, "rientra" pienamente nel patrimonio giuridico del soggetto, con tutte le facoltà ed i poteri allo stesso connessi, ivi compresa l'*actio indicati*.

2.1.1. La tutela.

Attenuazione delle garanzie procedurali

Quanto alle forme di tutela del privato avverso le informative, la indicata finalità anticipatoria dell'informazione antimafia, volta a prevenire un grave pericolo per l'ordine pubblico, hanno da tempo indotto la giurisprudenza amministrativa a ritenere giustificata un'attenuazione, se non una eliminazione, delle garanzie procedurali, in particolare quella del contraddittorio procedimentale¹¹.

La giurisdizione

Sul versante della tutela processuale, ferma la giurisdizione amministrativa, un profilo problematico si è posto allorché oggetto di contestazione sia il recesso cui la stazione appaltante faccia luogo a seguito di informativa prefettizia.

Nonostante il recesso intervenga quando è in corso l'esecuzione del rapporto contrattuale, in una fase, quindi, nella quale il privato è normalmente titolare di diritti soggettivi e non di interessi legittimi, la giurisprudenza ha spesso concluso per la giurisdizione del giudice amministrativo sul rilievo per cui la deliberazione della P.A. di recedere dal contratto di appalto, consequenziale all'informativa prefettizia, è espressione di un potere di valutazione di natura pubblicistica e non privatistico. Si tratta quindi di un atto estraneo alla sfera del diritto privato, in quanto espressione di un potere autoritativo di valutazione dei requisiti soggettivi del contraente, il cui esercizio è consentito anche nella fase di esecuzione del contratto.

Competenza territoriale: Cons. St., A.P. 7 novembre 2014, n. 29

Quanto alla competenza territoriale, un profilo problematico è emerso nei casi di impugnazione congiunta dell'informativa e del conseguente provvedimento con cui la stazione appaltante revoca le autorizzazioni o le concessioni o recede dal contratto.

In tema *Cons. St., A.P. 7 novembre 2014, n. 29*, ha sostenuto che poichè, a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, l'informativa antimafia esplica effetti ultraregionali, deve ritenersi che competente a conoscere dell'impugnazione della stessa è il T.A.R. del luogo ove ha sede la Prefettura che ha adottato l'atto; detto T.A.R. rimane competente anche in caso di contestuale impugnazione sia dell'informativa che degli atti applicativi adottati dalla stazione appaltante. Si realizza, infatti, in tal caso, una particolare forma di connessione per accessorietà in base alla quale, ai fini della determinazione del giudice competente, la causa principale (avente ad oggetto l'informativa prefettizia) attrae

¹¹ Cons. St., sez. III, 9 febbraio 2017, n. 565.

a sé quella accessoria (avente ad oggetto gli atti applicativi adottati dalla stazione appaltante), senza che a ciò siano di ostacolo le norme sulla competenza funzionale.

Quanto ai caratteri del sindacato, si riconosce che, a fronte della indicata discrezionalità che connota l'esercizio dei poteri prefettizi in esame, il giudice amministrativo è chiamato a valutare la gravità del quadro indiziario, posto a base della valutazione prefettizia in ordine al pericolo di infiltrazione mafiosa, con pieno accesso ai fatti sintomatici del pericolo, si da apprezzare non solo l'esistenza o meno di questi fatti, ma la ragionevolezza e la proporzionalità della prognosi che l'autorità amministrativa trae da quei fatti in applicazione dei criteri probabilistici sopra illustrati¹².

Il sindacato

2.1.2. I rapporti con le misure di tipo terapeutico.

Ultimo aspetto da esaminare attiene ai rapporti tra comunicazioni e informative con effetti interdittive e altri strumenti che, introdotti sempre più diffusamente dal legislatore degli ultimi anni, perseguono una funzione parimenti preventiva, in una prospettiva tuttavia primariamente *terapeutica*, mirando ad assicurare la continuità aziendale e, soprattutto, la decontaminazione mafiosa e la riabilitazione dell'azienda¹³.

Per vero, un'esigenza di continuità è in parte presa in considerazione dallo stesso Codice antimafia con riguardo al sistema delle interdittive.

L'art. 94, comma 3, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, dispone, infatti, che le amministrazioni non procedono alle revoche o ai recessi (normalmente imposte per effetto dell'intervenuta adozione del provvedimento interdittivo) *“nel caso in cui l'opera sia in corso di ultimazione ovvero, in caso di fornitura di beni e servizi ritenuta essenziale per il perseguimento dell'interesse pubblico, qualora il soggetto che la fornisce non sia sostituibile in tempi rapidi”*.

Le misure che di seguito si passano in rassegna rispondono, tuttavia, ad una funzione terapeutica e non di solo continuità aziendale.

Si pensi alle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese, di cui all'art. 32, d.l. 24 giugno 2014, n. 90, conv. in l. 11 agosto 2014, n. 114, o al controllo giudiziario delle imprese, istituito introdotto dalla l. 17 ottobre 2017, n. 161, che ha inserito nel Codice antimafia l'art. 34-*bis*.

Quanto alle prime, il citato art. 32 prevede che, allorché l'autorità giudiziaria proceda per taluni delitti ovvero, in presenza di rilevate situazioni anomale e comunque sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali attribuibili ad un'impresa aggiudicataria di un contratto pubblico, il Prefetto, su proposta del Presidente dell'ANAC, possa adottare tre distinte ed alternative misure.

Le misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese

¹² Cons. St., sez. III, 30 gennaio 2019, n. 758.

¹³ VISCONTI, *Contro le mafie non solo confisca ma anche “bonifiche” giudiziarie per imprese infiltrate: l'esempio milanese*, in www.penalecontemporaneo.it; PIGNATONE, *Mafia e corruzione: tra confische, commissariamenti e interdittive*, in www.penalecontemporaneo.it; GAROFOLI, *Il contrasto ai reati di impresa nel d.lgs. 231 del 2001 e nel d.l. 90 del 2014: non solo repressione, ma prevenzione e continuità aziendale*, in www.penalecontemporaneo.it; CANTONE, COCCAGNA, *Commissariamenti prefettizi e controllo giudiziario delle imprese interdette per mafia: problemi di coordinamento e prospettive evolutive*, in www.penalecontemporaneo.it

È prevista, in particolare, una graduazione delle stesse in ragione della gravità della situazione riscontrata a carico dell'operatore economico e, quindi, dell'entità degli interventi che devono essere messi in campo per assicurare che la prosecuzione del contratto possa avvenire in condizioni di ripristinata legalità nei rapporti con la pubblica amministrazione ovvero di assenza di contiguità o collusioni, anche solo agevolative, con ambienti della criminalità organizzata.

Nel dettaglio, sono contemplate tre alternative misure: l'ordine di rinnovazione degli organi sociali (art. 32, comma 1, lett. a); la straordinaria e temporanea gestione dell'impresa, limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto o della concessione, ossia il commissariamento del contratto, volto a soddisfare, attraverso l'intervento del prefetto, l'interesse pubblico alla esecuzione del contratto pubblico, sotto la guida di uno o più amministratori straordinari (art. 32, comma 1, lett. b); il sostegno e il monitoraggio dell'impresa, ossia l'affiancamento degli organi sociali da parte di esperti di nomina prefettizia (art. 32, comma 8)

Di propria iniziativa il Prefetto può adottare le stesse misure nei casi in cui sia stata emessa un'informazione antimafia interdittiva e sussista l'urgente necessità di assicurare il completamento dell'esecuzione del contratto ovvero la sua prosecuzione al fine di garantire la continuità di funzioni e servizi indifferibili per la tutela di diritti fondamentali, nonché per la salvaguardia dei livelli occupazionali o dell'integrità dei bilanci pubblici; le stesse misure possono essere adottate dal Prefetto – precisa l'art. 32, comma 10, d.l. 24 giugno 2014, n. 90 - “*ancorché ricorrano i presupposti di cui all'art. 94, comma 3, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159*”, ossia anche quando le amministrazioni abbiano ritenuto di non revocare il contratto o di non recedere dello stesso nonostante l'adozione del provvedimento interdittivo.

Il controllo giudiziario

Quanto al controllo giudiziario di cui al citato art. 34 *bis*, lo stesso è applicabile dal Tribunale allorché sussista un pericolo concreto di infiltrazioni mafiose, idoneo a condizionarne l'attività, ma l'agevolazione rivesta il carattere dell'occasionalità; consiste in una forma di vigilanza molto incisiva e penetrante, con sottoposizione temporanea dell'impresa controllata ad una serie di obblighi informativi e di *compliance* imposti dall'autorità giudiziaria.

Le due misure indicate rispondono, quindi, con evidenza ad una logica differente rispetto a quella propria delle interdittive, comportanti, invece, una sorta di *paralisi* dell'attività dei soggetti che ne sono colpiti, decretandone spesso l'estinzione.

I rapporti tra interdittive e le misure di cui all'art. 32, d.l. 24 giugno 2014, n. 90

Non chiari, in assenza di esplicite disposizioni di coordinamento, i rapporti tra le suddette misure con finalità terapeutica e le interdittive.

Quanto ai rapporti tra interdittive e le misure di cui all'art. 32, d.l. 24 giugno 2014, n. 90, non vi è dubbio che queste ultime mirino indirettamente ad arginare gli effetti paralizzanti dell'interdittiva.

Come osservato, il citato art. 32, al comma 10, prevede, del resto, che le misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio dell'impresa trovino applicazione “*ancorché ricorrano i presupposti di cui all'articolo 94, comma 3*”, d.lgs. n. 159 del 2011. Ne deriva che, presenti le condizioni previste dal citato art. 32 e riscontrata quindi la necessità di salvaguardare i particolari interessi pubblici

indicati al richiamato comma 10, il Prefetto dovrà necessariamente fare luogo all'applicazione delle predette misure straordinarie tanto nel caso in cui, essendo stata l'impresa colpita da informativa, sia la stessa soggetta alle conseguenze di cui all'art. 94, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2011 (revoca e recesso), quanto nel caso in cui la stazione appaltante abbia espresso la necessità di continuare nel rapporto contrattuale, in quanto l'opera è in corso di ultimazione, ovvero l'impresa, fornitrice di beni e servizi ritenuti essenziali per l'interesse pubblico, non sia sostituibile in tempi rapidi (art. 94, comma 3). Si tratta di soluzione agevolmente spiegabile se si considera che il citato art. 94, comma 3, consente di proseguire nel rapporto contrattuale senza introdurre alcuna forma di controllo o di "presidio di legalità" nell'impresa che risulta essere infiltrata.

D'altra parte, la permanenza delle misure è subordinata alla vita del provvedimento inibitorio sicché l'annullamento dell'informazione interdittiva disposto con sentenza passata in giudicato, l'accoglimento dell'istanza cautelare ovvero l'aggiornamento della predetta informazione, ai sensi dell'art. 91, comma 5, d.lgs. n. 159 del 2011, determinano l'automatica cessazione degli effetti della misura straordinaria¹⁴.

Quanto ai rapporti tra interdittive e controllo giudiziario, il citato art. 34-*bis*, ult. cpv, d.lgs. n. 159 del 2011, prevede che *“il provvedimento che dispone l'amministrazione giudiziaria prevista dall'art. 34 o il controllo giudiziario ai sensi del comma 6 del presente articolo sospende gli effetti di cui all'articolo 94”*.

L'istituto si distingue, anche sul piano degli effetti, dal suindicato commissariamento *ex* art. 32, comma 1, lett. a), d.l. 24 giugno 2014, n. 90, non essendo l'effetto sospensivo (dell'efficacia interdittiva delle informative) dallo stesso prodotto limitato, come nel caso del commissariamento, al contratto per il quale si sono ritenuti sussistenti i presupposti legittimanti ma estendendosi a tutta l'attività aziendale, ivi compresa la partecipazione alle procedure di gara, sicché il soggetto destinatario può aggiudicarsi nuovi appalti.

La proposizione della domanda di cui all'art. 34-*bis*, d.lgs. n. 159 del 2011, presuppone, tuttavia, la preventiva proposizione del ricorso avverso l'interdittiva. Al riguardo, la giurisprudenza amministrativa ha sostenuto che la indicata sospensione degli effetti interdittivi, quale conseguenza scaturente *ex lege* dal provvedimento che dispone il controllo giudiziario, comporti la sospensione del giudizio avente ad oggetto l'informativa antimafia, per tutta il periodo di efficacia del provvedimento che dispone il controllo stesso; tanto, in omaggio all'esigenza di assicurare il dispiegarsi di quell'istituto e delle sue finalità terapeutiche¹⁵.

I rapporti tra interdittive e il controllo giudiziario

Sospensione del giudizio amministrativo avverso l'interdittiva

2.2. Lo scioglimento dei consigli comunali e provinciali.

Come sopra anticipato, tra i poteri prefettizi in materia di contrasto preventivo della criminalità rientrano quelli esercitati in senso alla procedura di scioglimento dei consigli comunali e provinciali che risultino direttamente ed immediatamente soggetti a pericolo di infiltrazioni o condizionamenti mafiosi.

Ai sensi dell'art. 143, comma 1, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, i consigli comunali

¹⁴ CANTONE, COCCAGNA, *Commissariamenti prefettizi e controllo giudiziario delle imprese interdette per mafia: problemi di coordinamento e prospettive evolutive*, cit.

¹⁵ Cons. St., sez. III, ord., 10 luglio 2019, n. 4873.

e provinciali sono sciolti quando “*emergono concreti, univoci e rilevanti elementi su collegamenti diretti o indiretti con la criminalità organizzata di tipo mafioso o similare degli amministratori ... , ovvero su forme di condizionamento degli stessi, tali da determinare un’alterazione del procedimento di formazione della volontà degli organi elettivi ed amministrativi e da compromettere il buon andamento o l’imparzialità delle amministrazioni comunali e provinciali, nonché il regolare funzionamento dei servizi ad esse affidati, ovvero che risultino tali da arrecare grave e perdurante pregiudizio per lo stato della sicurezza pubblica*”.

Il procedimento

Articolato il procedimento che prende avvio su impulso del Prefetto competente per territorio, il quale dispone ogni accertamento e, di norma, la nomina di una Commissione di indagine attraverso la quale lo stesso Prefetto esercita i poteri di accesso e di accertamento delegati dal Ministero dell’Interno; il Prefetto, quindi, invia al Ministro dell’Interno una relazione nella quale dà conto dell’eventuale sussistenza dei presupposti di cui al richiamato art. 143, comma 1.

Lo scioglimento è disposto con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro dell’Interno, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri.

Effetti

Quanto agli *effetti*, l’art. 143, comma 11, dispone che, “*fatta salva ogni altra misura interdittiva ed accessoria eventualmente prevista*”, gli amministratori responsabili delle condotte, che hanno dato causa allo scioglimento dell’ente locale, “*non possono essere candidati alle elezioni regionali, provinciali, comunali e circoscrizionali, che si svolgono nella regione nel cui territorio si trova l’ente interessato dallo scioglimento, limitatamente al primo turno elettorale successivo allo scioglimento stesso, qualora la loro incandidabilità sia dichiarata con provvedimento definitivo*”.

Natura

Quanto alla *natura*, è ormai diffuso nella giurisprudenza amministrativa l’orientamento che, senza certo trascurare gli effetti afflittivi prodotti dal provvedimento *ex art.* 143, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, ne rimarca, da un lato, la finalità cautelare e di prevenzione delle infiltrazioni della criminalità organizzata nella vita, politica e amministrativa, degli enti locali, dall’altro, la straordinarietà e la natura di atto di alta amministrazione, quasi *extrema ratio* dell’ordinamento intesa a salvaguardare la funzionalità dell’amministrazione pubblica¹⁶.

I caratteri degli elementi indiziari utilizzabili

Come osservato, a fondamento del provvedimento di scioglimento può essere alternativamente posto tanto il ritenuto collegamento di politici e burocrati locali con la criminalità organizzata quanto il loro condizionamento.

L’uno e l’altro devono, tuttavia, risultare da elementi “*concreti, univoci e rilevanti*”, idonei ad attestare “*un’alterazione del procedimento di formazione della volontà degli organi amministrativi e da compromettere l’imparzialità delle amministrazioni comunali e provinciali*”.

Valutazione unitaria e non atomistica degli elementi sintomatici

È stato chiarito che, ferma l’ampia discrezionalità che connota il potere amministrativo in esame, gli elementi sintomatici del condizionamento devono essere considerate *nel loro insieme*, non in modo *atomistico*, dovendo risultare idonei a delineare, in modo ragionevole, il quadro complessivo del condizionamento

¹⁶ Cons. St., sez. III, 24 aprile 2015, n. 2054; Cons. St., sez. III, 24 febbraio 2016, n. 748, in *Giur. it.*, 2016, 6, 1722 e ss., con nota di F. G. SCOCA, *Scioglimento di organi elettivi per condizionamento della criminalità organizzata*.

mafioso¹⁷.

2.2.1. La tutela.

Quanto alle forme di tutela del privato, la rimarcata finalità cautelare e il carattere di straordinarietà che connotano la misura dello scioglimento hanno indotto la giurisprudenza amministrativa a ritenere giustificata un'attenuazione delle garanzie procedurali, in specie quella della comunicazione di avvio¹⁸.

Sul versante della tutela processuale, ferma la previsione del rito abbreviato (art. 119, comma 1, lett. e), c.p.a.), con funzione acceleratoria, e della competenza funzionale concentrata in capo al solo Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sede di Roma (art. 135, comma 1, lett. q), c.p.a.), va segnalato un problema di giurisdizione e di conseguente raccordo processuale.

Come prima rilevato, infatti, l'art. 143, comma 11, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, prevede che, *“fatta salva ogni altra misura interdittiva ed accessoria eventualmente prevista”*, gli amministratori responsabili delle condotte, che hanno dato causa allo scioglimento dell'ente locale, *“non possono essere candidati alle elezioni regionali, provinciali, comunali e circoscrizionali, che si svolgono nella regione nel cui territorio si trova l'ente interessato dallo scioglimento, limitatamente al primo turno elettorale successivo allo scioglimento stesso, qualora la loro incandidabilità sia dichiarata con provvedimento definitivo”*. Per le controversie azionate dagli amministratori colpiti da incandidabilità la giurisdizione, venendo in considerazione diritti politici, spetta al giudice ordinario.

In giurisprudenza si è ritenuto che se il giudizio civile intentato dagli amministratori per contestare l'incandidabilità è in rapporto di pregiudizialità necessaria, ai sensi dell'art. 295 c.p.a., rispetto all'esito del giudizio amministrativo azionato per far valere l'illegittimità del provvedimento dissolutorio (presupposto della declaratoria di incandidabilità), non è sostenibile l'inverso, l'esito del giudizio amministrativo potendo prescindere dall'esito del giudizio civile, celebrato con rito camerale¹⁹.

Attenuazione delle garanzie procedurali

La tutela processuale

Giurisdizione

I rapporti tra i due giudizi

¹⁷ Cons. St., sez. III, 2 luglio 2014, n. 3340, in *Foro amm.*, 2014, 7-8, 1932, intervenuta con riguardo allo scioglimento del Consiglio comunale di Reggio Calabria.

¹⁸ Cons. St., sez. III, 15 marzo 2016, n. 1038, in *Foro amm.*, 2016, 3, 558.

¹⁹ Cons. St., sez. III, 28 giugno 2017, n. 3170.

NEL DIRITTO
EDITORE
