

**PROFILI PROCESSUALI DELL'INFORMAZIONE ANTIMAFIA: ASPETTI
PROBLEMATICI DELLA COMPETENZA TERRITORIALE E DELLA
GIURISDIZIONE.**

Dott.ssa Martina D'Amico

*Specializzanda presso la Scuola di specializzazione
per le professioni legali dell'Università degli Studi
di Roma Tor Vergata*

Premessa.

Con la legge 136 del 13 agosto 2010 il Governo era stato delegato a emanare un decreto legislativo di ricognizione delle norme antimafia di natura penale, processuale e amministrativa e di modifica e integrazione della disciplina in materia di documentazione antimafia. Pertanto, con il Decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, recante il «codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, e nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia», in seguito modificato con il decreto "correttivo" n. 218 del 15 novembre 2012, è stato realizzato un vero e proprio Testo Unico, che ha raccolto il sistema normativo in precedenza notevolmente frazionato¹, adottando un *corpus* unico di norme, suddiviso in quattro diversi libri².

¹ Vedi: legge 575 del 31 maggio 1965, Disposizioni contro la mafia; legge 47 del 17 gennaio 1994, Delega al Governo per l'emanazione di nuove disposizioni in materia di comunicazioni e certificazioni di cui alla legge 575 del 31 maggio 1965; D.Lgs. 490 dell'8 agosto 1994, Disposizioni attuative della legge 47 del 17 gennaio 1994, in materia di comunicazioni e certificazioni previste dalla normativa antimafia; D.M. industria 27 maggio 1998, Definizione dei certificati del registro delle imprese; D.P.R. 252 del 3 giugno 1998, Regolamento recante norme per la semplificazione dei procedimenti relativi al rilascio delle comunicazioni e delle informazioni antimafia; D.M. 23 settembre 1998, Modificazioni al D.M. 27 maggio 1998 concernente i certificati d'iscrizione nel registro delle imprese recanti la dicitura antimafia; lettera circolare del Ministero dello sviluppo economico del 15 febbraio 2008, prot. n. 1317, Delega alla richiesta e al ritiro dei certificati con l'apposizione della dicitura antimafia rilasciato dagli uffici del Registro delle imprese - Forma dell'atto; D.L. 92 del 23 maggio 2008, Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica - convertito in legge 125 del 24 luglio 2008; legge 94 del 15 luglio 2009, Disposizioni in materia di sicurezza

1.1. La disciplina della documentazione antimafia.

All'interno del II° Libro del D.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, è confluito l'intero sistema della documentazione antimafia che, rappresentando una forma di tutela statale avanzata nei confronti del pervasivo fenomeno della penetrazione mafiosa nell'economia legale, s'impenna sul corretto bilanciamento degli opposti interessi in gioco - la salvaguardia dell'ordine pubblico anche economico, da un lato; la certezza del diritto e la libertà d'impresa, garantita dalla Costituzione³, dall'altro - e impone, pertanto, di definire con la massima certezza possibile la natura e la dimensione degli spazi di discrezionalità riconoscibili in capo all'autorità amministrativa.

In primo luogo, l'articolo 83 del Codice delinea il presupposto oggettivo del controllo antimafia, identificando sia i soggetti tenuti ad acquisire la documentazione⁴, sia gli atti, le attività ed i contratti per i quali questa si rende obbligatoria⁵ o non è richiesta⁶.

pubblica; D.L. 4 del 4 febbraio 2010, Istituzione dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata - convertito in legge 50 del 31 marzo 2010.

² Libro I - Le misure di prevenzione; Libro II - Nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia; Libro III - Attività informative ed investigative nella lotta contro la criminalità organizzata. Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata; Libro IV - Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e alla legislazione penale complementare. Abrogazioni. Disposizioni transitorie e di coordinamento.

³ Art. 41, comma 1, della Costituzione.

⁴ «Le pubbliche amministrazioni e gli enti pubblici, anche costituiti in stazioni uniche appaltanti, gli enti e le aziende vigilati dallo Stato o da altro ente pubblico e le società o imprese comunque controllate dallo Stato o da altro ente pubblico nonché i concessionari di opere pubbliche» (comma 1), nonché i «contraenti generali» (comma 2).

⁵ «Prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture pubblici, ovvero prima di rilasciare o consentire i provvedimenti indicati nell'articolo 67» (comma 1).

Tali ultimi provvedimenti sono i seguenti: «a) licenze o autorizzazioni di polizia e di commercio; b) concessioni di acque pubbliche e diritti ad esse inerenti nonché concessioni di beni demaniali allorché siano richieste per l'esercizio di attività imprenditoriali; c) concessioni di costruzione e gestione di opere riguardanti la pubblica amministrazione e concessioni di servizi pubblici; d) iscrizioni negli elenchi di appaltatori o di fornitori di opere, beni e servizi riguardanti la pubblica amministrazione, nei registri della camera di commercio per l'esercizio del commercio all'ingrosso e nei registri di commissionari astatori presso i mercati anonari all'ingrosso; e) attestazioni di qualificazione per eseguire lavori pubblici; f) altre iscrizioni o provvedimenti a contenuto autorizzatorio, concessorio, o abilitativo per lo svolgimento di attività imprenditoriali, comunque denominati; g) contributi, finanziamenti o 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;

Di seguito, l'articolo 84 distingue la documentazione in due *species*:

- la comunicazione antimafia, che si concretizza nell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67⁷;
- l'informazione antimafia, anch'essa consistente nell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67, nonché nell'attestazione della sussistenza o meno di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa, tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi dell'impresa.

I soggetti fisici cui la documentazione deve riferirsi, individuati dall'articolo 85, sono i seguenti:

- per le imprese individuali, il titolare e il direttore tecnico (comma 1);
- per i soggetti collettivi, il direttore tecnico e i titolari di poteri d'influenza, tra cui i sindaci e gli organi di vigilanza⁸ (commi 2 e 2-*bis*).

h) licenze per detenzione e porto d'armi, fabbricazione, deposito, vendita e trasporto di materie esplosive».

⁶ «La documentazione di cui al comma 1 non è comunque richiesta: *a)* per i rapporti fra i soggetti pubblici di cui al comma 1; *b)* per i rapporti fra i soggetti pubblici di cui alla lettera *a)* ed altri soggetti, anche privati, i cui organi rappresentativi e quelli aventi funzioni di amministrazione e di controllo sono sottoposti, per disposizione di legge o di regolamento, alla verifica di particolari requisiti di onorabilità tali da escludere la sussistenza di una delle cause di sospensione, di decadenza o di divieto di cui all'articolo 67; *c)* per il rilascio o rinnovo delle autorizzazioni o licenze di polizia di competenza delle autorità nazionali e provinciali di pubblica sicurezza; *d)* per la stipulazione o approvazione di contratti e per la concessione di erogazioni a favore di chi esercita attività agricole o professionali, non organizzate in forma di impresa, nonché a favore di chi esercita attività artigiana in forma di impresa individuale e attività di lavoro autonomo anche intellettuale in forma individuale; *e)* per i provvedimenti gli atti, i contratti e le erogazioni il cui valore complessivo non supera i 150.000 euro» (comma 3).

⁷ Ossia derivante da un provvedimento definitivo di irrogazione di una misura di prevenzione personale da parte dell'autorità giudiziaria ovvero da una condanna per delitto di cui all'articolo 51, comma 3-*bis*, del codice di procedura penale, definitiva o confermata in appello.

⁸ «La documentazione antimafia, se si tratta di associazioni, imprese, società, consorzi e raggruppamenti temporanei di imprese, deve riferirsi, oltre che al direttore tecnico, ove previsto: *a)* per le associazioni, a chi ne ha la legale rappresentanza; *b)* per le società di capitali anche consortili ai sensi dell'articolo 2615-*ter* del codice civile, per le società cooperative, di consorzi cooperativi, per i consorzi di cui al libro V, titolo X, capo II, sezione II, del codice civile, al legale rappresentante e agli eventuali altri componenti l'organo di amministrazione, nonché a ciascuno dei consorziati che nei consorzi e nelle società consortili detenga una partecipazione superiore al 10 per cento oppure detenga una partecipazione inferiore al 10 per cento e che abbia stipulato un patto parasociale riferibile a una partecipazione pari o superiore al 10 per cento, ed ai soci o consorziati per conto dei quali le società consortili o i consorzi operino in modo esclusivo nei confronti della pubblica amministrazione; *c)* per le società di capitali, anche al socio di maggioranza in caso di società con un numero di soci pari o inferiore a quattro, ovvero al socio in caso di società con socio unico; *d)* per i consorzi di cui all'articolo 2602 del codice civile e per i gruppi europei di interesse economico, a chi ne ha la rappresentanza e agli imprenditori o società consorziate; *e)* per le società semplice e in nome collettivo, a tutti i soci; *f)* per le società in accomandita semplice, ai soci

La documentazione deve inoltre riguardare i familiari conviventi (comma 3).

In base all'articolo 91, l'obbligo di chiedere l'informazione antimafia scatta:

- una volta superata una certa soglia massima di valore dell'atto da compiere⁹, tenuto conto che sono nulli gli eventuali frazionamenti elusivi (commi 1 e 2);
- a prescindere dal valore dell'atto, per quelle attività sottoposte a maggiore rischio d'infiltrazione, da individuarsi con successivo regolamento, in relazione allo specifico settore ed alle situazioni ambientali (comma 7).

In base agli articoli 87 e 90 del Codice, competente al rilascio della documentazione antimafia è il prefetto della provincia dove ha sede il soggetto richiedente. Se questo ha residenza o sede all'estero, è competente il prefetto della provincia dove ha inizio l'esecuzione del contratto, del subcontratto o dell'attività oggetto del provvedimento necessitante il rilascio.

accomandatari; g) per le società di cui all'articolo 2508 del codice civile, a coloro che le rappresentano stabilmente nel territorio dello Stato; h) per i raggruppamenti temporanei di imprese, alle imprese costituenti il raggruppamento anche se aventi sede all'estero, secondo le modalità indicate nelle lettere precedenti; i) per le società personali ai soci persone fisiche delle società personali o di capitali che ne siano socie» (comma 2).

Inoltre, «per le società costituite all'estero, prive di una sede secondaria con rappresentanza stabile nel territorio dello Stato, la documentazione antimafia deve riferirsi a coloro che esercitano poteri di amministrazione, di rappresentanza o di direzione dell'impresa» (comma 2-ter).

Infine, «per le società di capitali di cui alle lettere b) e c) del comma 2, concessionarie nel settore dei giochi pubblici, oltre a quanto previsto nelle medesime lettere, la documentazione antimafia deve riferirsi anche ai soci persone fisiche che detengono, anche indirettamente, una partecipazione al capitale o al patrimonio superiore al 2 per cento, nonché ai direttori generali e ai soggetti responsabili delle sedi secondarie o delle stabili organizzazioni in Italia di soggetti non residenti. Nell'ipotesi in cui i soci persone fisiche detengano la partecipazione superiore alla predetta soglia mediante altre società di capitali, la documentazione deve riferirsi anche al legale rappresentante e agli eventuali componenti dell'organo di amministrazione della società socia, alle persone fisiche che, direttamente o indirettamente, controllano tale società, nonché ai direttori generali e ai soggetti responsabili delle sedi secondarie o delle stabili organizzazioni in Italia di soggetti non residenti. La documentazione di cui al periodo precedente deve riferirsi anche al coniuge non separato» (comma 2-quater).

⁹ L'articolo 91 prescrive che «i soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, devono acquisire l'informazione di cui all'articolo 84, comma 3, prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti, ovvero prima di rilasciare o consentire i provvedimenti indicati nell'articolo 67, il cui valore sia: a) pari o superiore a quello determinato dalla legge in attuazione delle direttive comunitarie in materia di opere e lavori pubblici, servizi pubblici e pubbliche forniture, indipendentemente dai casi di esclusione ivi indicati; b) superiore a 150.000 euro per le concessioni di acque pubbliche o di beni demaniali per lo svolgimento di attività imprenditoriali, ovvero per la concessione di contributi, finanziamenti e agevolazioni su mutuo o altre erogazioni dello stesso tipo per lo svolgimento di attività imprenditoriali; c) superiore a 150.000 euro per l'autorizzazione di subcontratti, cessioni, cottimi, concernenti la realizzazione di opere o lavori pubblici o la prestazione di servizi o forniture pubbliche» (comma 1).

Nulla dice l'articolo 83 sul momento entro cui deve intervenire la richiesta della documentazione, limitandosi la norma a disporre che ciò abbia luogo «*prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture pubblici, ovvero prima di rilasciare o consentire i provvedimenti indicati nell'articolo 67*».

La giurisprudenza però esclude che, dietro l'uso generico dell'avverbio «prima», si celi uno spazio di discrezionalità per la stazione appaltante, andando il vuoto colmato attraverso l'interpretazione sistematica con l'articolo 91, comma 3, secondo cui la richiesta dell'informazione «*deve essere effettuata attraverso la banca dati al momento dell'aggiudicazione del contratto ovvero trenta giorni prima della stipula del subcontratto*»¹⁰.

Resta così confermata la posizione giurisprudenziale assunta in vigenza della pregressa disciplina, secondo cui l'acquisizione favorevole delle verifiche antimafia non è requisito soggettivo per l'ammissione alla procedura di gara, ma è condizione essenziale per la stipula del contratto¹¹.

Con l'emanazione dei regolamenti attuativi di cui all'articolo 99, comma 1, la documentazione si consegue tramite consultazione della banca dati nazionale da parte della stessa stazione appaltante.

Se dalla consultazione non emerge alcunché, viene emessa immediatamente una comunicazione liberatoria. Se, però, la consultazione riguarda un soggetto non censito in banca dati o se essa fa emergere l'esistenza di motivi ostativi, il prefetto effettua le verifiche di sua spettanza, quindi, rilascia la comunicazione o l'informazione antimafia - interdittiva o liberatoria, secondo l'esito delle verifiche - entro quarantacinque giorni dalla richiesta, aumentabili di ulteriori trenta giorni, per i casi di particolare complessità (articoli 88 e 91 del Codice).

In un secondo tempo l'intervento del legislatore, che ha introdotto un comma 2-bis all'articolo 99 del Codice¹², ha prescritto che «*fino all'attivazione della banca dati, e*

¹⁰ DURANTE, *Ambiti di discrezionalità in materia di documentazione antimafia per le imprese*, Relazione resa al convegno di studi su "L'informazione interdittiva antimafia", organizzato dal T.A.R. Calabria il 16 novembre 2013, in Catanzaro, su www.giustizia-amministrativa.it.

¹¹ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 23 gennaio 2004, n. 222; T.A.R. Veneto, 21 giugno 2004, n. 2159.

¹² Comma aggiunto dall'art. 6, comma 3-bis, legge n. 35 del 2012, poi sostituito dall'art. 6, comma 1, d.lgs. n. 218 del 2012.

comunque non oltre dodici mesi dalla data di pubblicazione nella gazzetta ufficiale del primo dei regolamenti di cui al comma 1, i soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, acquisiscono d'ufficio tramite le prefetture la documentazione antimafia».

1.2. Gli effetti prodotti dall'informazione interdittiva antimafia

Il nuovo Codice (art. 86) conferma il termine di validità di sei mesi dalla data del rilascio della comunicazione e porta a un anno, salvo mutamenti intervenuti nell'assetto societario e gestionale dell'impresa, la validità dell'informazione.

L'innovazione concernente l'innalzamento del termine di validità dell'informazione soddisfa l'esigenza della semplificazione ed è bilanciata dalla contemporanea previsione, a carico dei rappresentanti legali, dell'obbligo di comunicare, entro il termine di trenta giorni, le suddette modifiche. In caso d'inosservanza di tale obbligo è prevista l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da un minimo di 20.000 euro a un massimo di 60.000 euro (comma 3).

La documentazione antimafia conserva la propria efficacia anche se il termine di durata viene a scadere nelle more tra la presentazione all'amministrazione erogante ed il compimento dell'atto da parte di questa (comma 5).

Scaduto il termine per il rilascio dell'informazione antimafia o, in caso d'urgenza, decorsi quindici giorni dalla ricezione della richiesta, l'articolo 92, comma 3, prevede che si proceda in assenza di essa, sotto condizione risolutiva¹³.

Il Codice antimafia rende le conseguenze interdittive delle informazioni generalmente vincolate, anche dopo la stipulazione del contratto o l'instaurazione del rapporto (art. 94).

Per il soggetto richiedente, l'informazione prefettizia determina, dunque, l'impossibilità di stipulare, approvare o autorizzare i contratti o subcontratti, nonché di autorizzare, rilasciare o comunque consentire le concessioni e le erogazioni.

Tutto ciò si verifica a causa di un'ipotesi d'incapacità legale a contrarre riguardante

¹³ In ogni caso, può essere sospeso fino al rilascio dell'informazione il versamento delle erogazioni di cui alla lettera f) dell'articolo 67 (articolo 92, comma 5).

l'impresa, che è di tipo speciale perché limitata esclusivamente ai rapporti con la pubblica amministrazione e con i soggetti di cui all'articolo 83 del Codice antimafia, non avendo essa valore nei rapporti tra privati, giacché non implica alcuna presunzione di pericolosità, atta a transitare verso i terzi.

Di particolare rilievo è il caso in cui l'informativa sia successiva alla stipula del contratto o al rilascio degli atti autorizzatori.

In precedenza l'articolo 11, commi 2 e 3, D.P.R. n. 252/1998, lasciava margini di scelta più ampi all'amministrazione (in questo senso è sempre stata interpretata la locuzione adoperata dal legislatore «può revocare ... o recedere» e ha «facoltà di revoca o recesso»), anche se la giurisprudenza individuava i limiti a tale apprezzamento, ribadendo la sussistenza di un onere motivazionale "rafforzato" in capo all'amministrazione che avesse deciso per la prosecuzione del rapporto; dovendo, in particolare, la motivazione dar conto dell'interesse pubblico e della convenienza alla prosecuzione¹⁴.

Secondo l'orientamento maggioritario si trattava, comunque, d'ipotesi eccezionali, perché eccezionale doveva essere la possibilità di «pretermettere l'interesse superiore teso a impedire alle amministrazioni pubbliche di intrattenere rapporti con imprese pregiudicate da tentativi di infiltrazioni mafiosa»¹⁵.

In questo quadro la giurisprudenza aveva anche tipizzato alcune di queste ipotesi, per esempio quando si dimostrasse la convenienza alla prosecuzione «in relazione al tempo dell'esecuzione del contratto e alla difficoltà di trovare un nuovo contraente, se la causa di decadenza sopravviene a esecuzione ampiamente inoltrata»¹⁶.

Il Codice (artt. 92 e 94) inasprisce gli effetti dell'informazione, prevedendo l'obbligo, e

¹⁴ Da ultimo, cfr. Cons. Stato, sez. III, 5 ottobre 2011, n. 5478 e 19 settembre 2011, n. 5262: «il provvedimento di prosecuzione del rapporto contrattuale è soggetto a onere motivazionale rafforzato nel senso che l'amministrazione deve dare ampia e dettagliata motivazione quando ritenga di non aderire alla portata inibitoria della informativa prefettizia, ma laddove invece la stazione appaltante non intenda fare uso della facoltà di prosecuzione, non si impone alcun obbligo motivazionale specifico e risulta sufficiente il mero rinvio alla misura interdittiva».

¹⁵ Cons. Stato, n. 5478/2011 cit. Cfr. anche Cons. Stato, sez. V, 27 giugno 2006, n. 4135 e sez. V, 29 agosto 2005, n. 4408.

¹⁶ Cons. Stato, n. 4135/2006.

non più la facoltà¹⁷, per l'amministrazione di recedere dal contratto o di revocare l'autorizzazione o la concessione, fatto salvo il pagamento del valore delle opere eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente nei limiti delle utilità conseguite.

A fronte di questa previsione generale l'articolo 94, comma 3, pone solo due eccezioni: a) l'opera sia in fase di ultimazione; b) la non sostituibilità in tempi rapidi del soggetto che presti una fornitura di beni e servizi ritenuta essenziale per il perseguimento dell'interesse pubblico. Si tratta, essenzialmente, della casistica elaborata dalla giurisprudenza in applicazione dell'articolo 11 D.P.R. n. 252/1998.

Si è, pertanto, rilevato che l'insieme delle disposizioni contenute nell'articolo 94, commi 2/4, sembra ad oggi porre un vero e proprio obbligo, per la stazione appaltante, di proseguire il rapporto con l'impresa sospetta, in caso di opere in via d'ultimazione o di servizi e forniture non interrompibili¹⁸.

Al contrario, come innanzi detto, l'articolo 11 del D.P.R. 3 giugno 1998, n. 252 prevedeva una mera facoltà in tal senso, dovendo l'amministrazione dare conto delle ragioni di interesse pubblico che, in via del tutto eccezionale, consentivano di pretermettere l'interesse superiore teso a impedire o recedere i legami con le imprese pregiudicate da tentativi di infiltrazioni mafiosa.

2. La natura discrezionale dell'informazione antimafia e la sua impugnabilità.

È opinione diffusa che la comunicazione antimafia, tendendo a far conoscere l'esistenza dei divieti e di altre cause di decadenza o sospensione stabiliti *aliunde*, rappresenti una mera dichiarazione di scienza di fatti preesistenti e, pertanto, sia espressione di un

¹⁷ Cfr. CAPUZZA, *Nuovi tratti normativi del codice antimafia sull'informazione prefettizia*, in www.giustamm.it, il quale evidenzia l'aporia che si generava nel sistema col riconoscimento di legge all'esercizio della facoltà di risolvere il contratto: "si pensi, infatti, che se lecitamente l'amministrazione continuasse l'esecuzione contrattuale, sarebbe obbligata alla prestazione del pagamento dell'opera eseguita pur sapendo di pagare la criminalità organizzata".

¹⁸ Cfr. CAPUZZA, *Nuovi tratti normativi del codice antimafia sull'informazione prefettizia*, in www.giustamm.it, secondo cui l'articolo 94 del Codice ha eliminato ogni discrezionalità ai fini della decisione sulla prosecuzione del contratto; in senso conforme D'ANGELO, *La documentazione antimafia nel D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159: profili critici*, in *Urbanistica e appalti* 3/2013 – Opinioni Appalti e lavori pubblici.

potere vincolato, tipico delle certificazioni amministrative¹⁹.

Diversamente, l'informazione antimafia assume una duplice valenza: in parte identica al contenuto della comunicazione e in parte fondata su una valutazione ampiamente discrezionale circa la sussistenza o meno di tentativi d'infiltrazione mafiosa, che muove dall'analisi e dalla valorizzazione di specifici elementi di fatto obiettivamente sintomatici e rivelatori di concrete connessioni o collegamenti con associazioni criminali. In questo senso, essa si colloca tra gli atti d'indagine amministrativa, integrando una tipica misura cautelare di polizia, preventiva e interdittiva, che si aggiunge alle misure di prevenzione antimafia di natura giurisdizionale e che prescinde dall'accertamento in sede penale di uno o più reati connessi all'associazione di tipo mafioso²⁰.

A tal proposito, con direttiva del Ministro dell'interno del 23 giugno 2010, indirizzata ai prefetti della Repubblica, sono state impartite disposizioni volte a rafforzare i controlli preventivi su specifiche tipologie di attività imprenditoriali rivelatesi più permeabili al pericolo di condizionamento mafioso²¹, prevedendo, fra l'altro, la costituzione di *white list*²², al cui interno individuare gli operatori affidabili, perché sottoposti in via preventiva al controllo antimafia.

L'aspetto dove più si manifesta la discrezionalità dell'amministrazione concerne senz'altro la verifica di sussistenza dei tentativi d'infiltrazione mafiosa.

In proposito, l'articolo 84, comma 4, del Codice prevede che questi possano essere

¹⁹ Cfr. T.A.R. Lazio, Latina, 22 maggio 1989, n. 361; CONS. DURANTE, *Ambiti di discrezionalità in materia di documentazione antimafia per le imprese*, Relazione resa al convegno di studi su "L'informazione interdittiva antimafia", organizzato dal T.A.R. Calabria il 16 novembre 2013, in Catanzaro, su www.giustizia-amministrativa.it.

²⁰ Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 4 novembre 2011, n. 5118; 29 gennaio 2009, n. 524; 8 novembre 2005, n. 18714; DURANTE, *Ambiti di discrezionalità in materia di documentazione antimafia per le imprese*, Relazione resa al convegno di studi su "L'informazione interdittiva antimafia", organizzato dal T.A.R. Calabria il 16 novembre 2013, in Catanzaro, su www.giustizia-amministrativa.it.

²¹ Come il ciclo del calcestruzzo e del bitume, lo smaltimento in discarica, i noli a caldo ed a freddo.

²² Lo strumento della *white list* - previsto dalla legge in occasione di specifici interventi, quali i lavori di ricostruzione in Abruzzo a seguito del terremoto del 2009, le opere connesse allo svolgimento dell'Expo di Milano del 2015 e l'attuazione del piano straordinario per i carceri - è stato disciplinato a regime dalla legge 6 dicembre 2012, n. 190 e vi è stata data attuazione con il Dpcm 18/04/2013.

principalmente desunti dal contenuto di atti giudiziari²³, da accertamenti di polizia²⁴ o da vicende imprenditoriali particolarmente sintomatiche di un intento elusivo²⁵.

Di conseguenza, al variare dell'elemento preso in considerazione, mutano i margini dell'apprezzamento discrezionale in capo all'autorità emanante²⁶, i quali sono sensibilmente ampliati dalla previsione dell'articolo, 91, comma 6 del Codice²⁷, che

²³ E cioè: «a) dai provvedimenti che dispongono una misura cautelare o il giudizio, ovvero che recano una condanna anche non definitiva per taluni dei delitti di cui agli articoli 353, 353-bis, 629, 640-bis, 644, 648-bis, 648-ter del codice penale, dei delitti di cui all'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale e di cui all'articolo 12-quinquies del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306 convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356; b) dalla proposta o dal provvedimento di applicazione di taluna delle misure di prevenzione; c) salvo che ricorra l'esimente di cui all'articolo 4 della legge 24 novembre 1981, n. 689, dall'omessa denuncia all'autorità giudiziaria dei reati di cui agli articoli 317 e 629 del codice penale, aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, da parte dei soggetti indicati nella lettera b) dell'articolo 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, anche in assenza nei loro confronti di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione o di una causa ostativa ivi previste».

²⁴ E cioè: «d) dagli accertamenti disposti dal prefetto anche avvalendosi dei poteri di accesso e di accertamento delegati dal Ministro dell'interno ai sensi del decreto-legge 6 settembre 1982, n. 629, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 ottobre 1982, n. 726, ovvero di quelli di cui all'articolo 93 del presente decreto; e) dagli accertamenti da effettuarsi in altra provincia a cura dei prefetti competenti su richiesta del prefetto precedente ai sensi della lettera d)».

²⁵ E cioè: «f) dalle sostituzioni negli organi sociali, nella rappresentanza legale della società nonché nella titolarità delle imprese individuali ovvero delle quote societarie, effettuate da chiunque conviva stabilmente con i soggetti destinatari dei provvedimenti di cui alle lettere a) e b), con modalità che, per i tempi in cui vengono realizzati, il valore economico delle transazioni, il reddito dei soggetti coinvolti nonché le qualità professionali dei subentranti, denotino l'intento di eludere la normativa sulla documentazione antimafia».

²⁶ Proprio l'ampiezza del potere valutativo e l'opinabilità delle relative conclusioni sembrano ispirare le raccomandazioni contenute nella circolare del gabinetto del Ministro dell'8 febbraio 2013, n. 11001/119/20(6), con cui è stata segnalata ai prefetti la necessità di operare una valutazione complessiva degli elementi a disposizione anche rispetto a situazioni indizianti dotate di un elevato grado di certezza, perché basate su determinazioni dell'autorità giudiziaria, dovendosi sempre verificare la riconducibilità dei fatti evocati nei provvedimenti giudiziari a contesti di criminalità organizzata o comunque a contesti significativi di atteggiamenti di contiguità con questa, e «*ciò anche al fine di evitare possibili censure che potrebbero essere mosse, laddove i provvedimenti formassero oggetto di impugnazioni innanzi ai giudici amministrativi*». E di rilievo non minore è l'avvertimento, pure contenuto nel § 3 della rammentata circolare, in base al quale «*comunque è utile verificare l'attualità*» delle determinazioni adottate dall'autorità giudiziaria, il che dovrebbe portare a rompere la prassi di menzionare nelle informative fatti risalenti nel tempo, sguarniti di ogni interesse ai fini del giudizio sulla contemporaneità del pericolo, ma tuttavia fortemente evocativi stante la loro indiscutibile gravità (ad esempio, vecchie condanne per reati di forte allarme sociale).

²⁷ «Il prefetto può, altresì, desumere il tentativo di infiltrazione mafiosa da provvedimenti di condanna anche non definitiva per reati strumentali all'attività delle organizzazioni criminali unitamente a concreti elementi da cui risulti che l'attività d'impresa possa, anche in modo indiretto, agevolare le attività criminose o esserne in qualche modo condizionata, nonché dall'accertamento delle violazioni degli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari di cui all'articolo 3 della legge 13 agosto 2010, n. 136,

consente al prefetto di prendere in esame, oltre alle condanne non definitive per reati che il legislatore definisce in modo generico "strumentali" alle attività mafiose, anche le reiterate violazioni agli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari.

La funzione di tale istituto prefettizio è rivolta, pertanto, all'avanzamento della soglia di difesa sociale dalla criminalità organizzata nel settore dei pubblici appalti, a prescindere dall'accertamento di reati²⁸.

Secondo la giurisprudenza, la valutazione dei tentativi d'infiltrazione deve avvenire nella logica delle caratteristiche sociologiche del fenomeno, non concretizzandosi necessariamente in fatti univocamente illeciti od in accertate responsabilità penali, ma potendo soffermarsi sulla soglia dell'intimidazione, dell'influenza e del condizionamento latente. Pertanto, a sostegno del quadro indiziario del provvedimento, assumono un rilievo preponderante non tanto le prove, ma tutti quei fattori induttivi che consentono di delineare un giudizio prognostico ragionevole e circostanziato, alla luce dell'ampio margine di accertamento e di apprezzamento delle emergenze²⁹.

È da evidenziare, pertanto, che essendo espressione di discrezionalità tecnica, la motivazione dell'informazione prefettizia è sindacabile in sede giudiziaria solo a fronte di evidenti vizi di valutazione³⁰.

Infatti, l'ampia discrezionalità di apprezzamento lasciata al prefetto comporta, come immediata conseguenza, da un lato che la valutazione prefettizia sia sindacabile in sede giurisdizionale solo in caso di manifesti vizi di eccesso di potere per illogicità,

commesse con la condizione della reiterazione prevista dall'articolo 8-bis della legge 24 novembre 1981, n. 689».

²⁸ Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 6 settembre 2011, n. 5019: «l'interdittiva prefettizia antimafia non obbedisce a finalità di accertamento di responsabilità, bensì di massima anticipazione dell'azione di prevenzione, rispetto alla quale risultano rilevanti anche fatti e vicende solo sintomatiche ed indiziarie».

²⁹ Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 5 settembre 2012, n. 4708 e 30 gennaio 2012, n. 444; Sez. VI, 15 giugno 2011, n.3647. «Non di meno, un fatto che abbia trovato smentita all'esito di un procedimento penale non può essere richiamato per assumere nel suo oggettivo accadimento capacità qualificatoria dal punto di vista dell'informativa antimafia, in quanto la valutazione presuntiva e sintomatica dello stesso viene a recedere a fronte del più rigoroso ed esaustivo accertamento cui è stato sottoposto nella sede processuale penale propria» (Cfr. T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 22 luglio 2013, n. 793).

³⁰ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 7 marzo 2007, n. 1056; T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. II, 12 febbraio 2007, n. 36; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 10 luglio 2003, n. 8138 e 12 giugno 2002, n. 3403.

irragionevolezza e travisamento dei fatti³¹, dall'altro che, in sede di tale sindacato, la verifica circa la logicità e l'esatta percezione dei fatti posti a base della determinazione amministrativa vada compiuta in modo complessivo e non anche in modo atomistico, per cui la valutazione prefettizia deve apparire come il logico risultato sintetico di un esame globale di tutti gli accertamenti compiuti.

È evidente, dunque, che l'informativa interdittiva sia un provvedimento autonomamente impugnabile, giacché lesivo di situazioni giuridiche soggettive inerenti sia alla sfera morale che a quella materiale³². Pertanto, anche qualora l'impresa ritenuta infiltrata non avesse interesse ad impugnare gli atti consequenziali adottati dalla stazione appaltante - giacché, ad esempio, ritenesse di non trarre più alcun vantaggio dalla stipula o dall'esecuzione del contratto - potrebbe comunque impugnare il provvedimento prefettizio per far valere il suo interesse morale ad ottenere una sentenza che riconosca l'insussistenza, nei suoi confronti, di tentativi di infiltrazione mafiosa³³.

Più arduo è, invece, accertare se l'impresa abbia l'onere d'impugnare non solo l'interdittiva ma anche i successivi ed eventuali provvedimenti di revoca o recesso adottati dalla stazione appaltante.

Si tratta di veri e propri atti consequenziali all'informativa, giacché quest'ultima, come sopra esposto, ha effetto interdittivo automatico, non avendo la stazione appaltante alcuna valutazione da fare, in quanto oramai obbligata a revocare l'aggiudicazione o a recedere dal contratto. Da ciò consegue che, avendo l'eventuale annullamento dell'informativa automatico effetto caducante nei confronti della revoca o del recesso, l'impugnativa di questi atti sia possibile ma non necessaria³⁴.

³¹ Cfr. Cons. Stato, IV, 4-5-2004, n. 2783; TAR Campania, Napoli, I, 10-7-2003, n. 8138 e 12-6-2002, n. 3403.

³² Cfr. SCOCA, *Razionalità e costituzionalità della documentazione antimafia in materia di appalti pubblici*, in www.giustamm.it.

³³ *Ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 20 gennaio 2011, n. 396, secondo cui l'impresa può far valere il "suo interesse morale ad ottenere una sentenza che ribadisca l'assoluta insussistenza del presupposto che ha indotto la prefettura ad emettere" l'informativa interdittiva.

³⁴ Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 1 febbraio 2012, n. 507. L'Adunanza Plenaria sembra ritenere che l'efficacia caducante si produca nei confronti degli atti adottati dalla stazione appaltante cui l'informativa è diretta, ma non con riguardo ad altri atti (Cons. Stato, Ad. Plen., 4 febbraio 2013, n. 4: "l'annullamento

Al contrario, essendo l'informativa prefettizia il vero e proprio provvedimento lesivo, è da escludere che sia sufficiente impugnare gli atti consequenziali senza, congiuntamente o separatamente, impugnare l'informativa prefettizia³⁵.

In particolare, per quanto concerne la natura e la portata degli effetti derivanti dall'informativa antimafia, cui è strettamente connesso il c.d. interesse ad agire in giudizio per l'impugnazione della stessa, l'Adunanza Plenaria ritiene che l'informativa prefettizia operi *"in seno al singolo rapporto cui afferisce"*³⁶ e produca, quindi, *"effetti giuridici diretti, in via esclusiva, nei confronti dell'ente istante"*³⁷. Ne deriva che *"l'informazione prefettizia non costituisce atto a portata generale né ha efficacia sull'intero territorio nazionale"*³⁸.

Tale ricostruzione del Collegio, che ravvisa nell'informazione interdittiva un atto efficace nei confronti della sola stazione appaltante che l'abbia richiesta, è stata oggetto di valutazioni dottrinali differenti.

Da una parte vi è chi ritiene che l'argomento sembri in parte avvalorato dal correttivo del Codice antimafia (D.lgs. n. 218 del 2012) che ha modificato l'articolo 86 (sulla validità della documentazione antimafia) ed espunto la possibilità per l'amministrazione o per l'interessato di utilizzare la comunicazione o l'informazione antimafia anche in un procedimento diverso da quello per il quale era stata rilasciata³⁹.

dell'informazione antimafia impugnata in via autonoma ... non è idonea a produrre effetti caducanti con riguardo a determinazioni diverse da quelle aggredite con i primi due ricorsi").

³⁵ Cfr. SCOCA, *Razionalità e costituzionalità della documentazione antimafia in materia di appalti pubblici*, in www.giustamm.it.

³⁶ Cons. Stato, Ad. Plen., 24 settembre 2012, n. 33. L'Adunanza Plenaria ricava questo convincimento, in particolare, dalla disciplina contenuta nell'art. 10, d.P.R. n. 252 del 1998 e mette in evidenza che le informazioni sono richieste dall'amministrazione interessata; e che sono esclusivamente *«le amministrazioni cui sono fornite le relative informazioni»* che *"non possono stipulare, approvare o autorizzare i contratti o i subcontratti"*.

³⁷ Cons. stato, Ad. Plen., 4 febbraio 2013, n. 4. Ciò non toglie, *"naturalmente, che il Prefetto possa corrispondere con analoghe informazioni alla richiesta di altra amministrazione pubblica o che possano intervenire informazioni di altre Prefetture che recepiscono ob relationem i contenuti dell'interdittiva originaria: in tal caso, tuttavia, verrà in rilievo un diverso provvedimento dotato di efficacia inibitoria"*.

³⁸ Cons. Stato, Ad. Plen., 4 febbraio 2013, n. 4.

³⁹ Cfr. D'ANGELO, *La documentazione antimafia nel D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159: profili critici*, in *Urbanistica e appalti 3/2013 - Opinioni Appalti e Lavori pubblici*, secondo cui ad avvalorare tale conclusione vi è il fatto che l'art. 86 del codice, come modificato dall'art. 3 del correttivo, specifica che la documentazione antimafia ha una validità (e non più come in precedenza *«è utilizzabile»*) di sei (comunicazione) e dodici (informazione) mesi decorrente dalla data dell'acquisizione (in precedenza

Dall'altra vi è chi ha sottoposto la ricostruzione dell'Adunanza Plenaria ad ampie critiche, ritenendola insostenibile giacché in assoluto contrasto con quanto disposto dal Codice antimafia che, invece, riconosce all'interdittiva antimafia la natura di un provvedimento limitativo della capacità contrattuale, con effetti autonomi che vanno oltre lo specifico provvedimento ai fini del quale è emessa⁴⁰.

Sul punto è da evidenziare che, a seguito delle modifiche apportate con il D.lgs. n. 218 del 2012, le informative hanno subito un innalzamento del periodo di "utilizzabilità" che è stato aumentato a dodici mesi dalla data dell'acquisizione (art. 86, comma 2, del Codice), con l'obbligo di trasmissione anche nei confronti di stazioni appaltanti cui le informative non sono dirette, ma che risultino funzionali all'adozione di provvedimenti di loro competenza (art. 91, comma, 7-bis, del Codice)⁴¹.

3. Il problema della competenza territoriale del Giudice Amministrativo e del rito processuale da seguire nelle recenti pronunce dell'Adunanza Plenaria.

Sul piano processuale sono sorte numerose perplessità per ciò che attiene la competenza territoriale del Giudice Amministrativo chiamato a conoscere dell'impugnazione delle informative antimafia.

La fattispecie presenta, infatti, una duplice peculiarità: 1) l'informativa è fornita dalla prefettura ove ha sede l'impresa, ma su richiesta di amministrazioni con le quali l'impresa si propone di collaborare, come tali potenzialmente operanti in territori diversi e non necessariamente coincidenti con quello della prefettura (art. 90 del Dlgs

«del rilascio»). Inoltre, la comunicazione antimafia, dopo le modifiche dell'art. 87 del codice ad opera dell'art. 4 del correttivo, può essere richiesta al prefetto esclusivamente dai soggetti di cui all'art. 83, commi 1 e 2, così escludendo i privati dai soggetti legittimati alla richiesta.

⁴⁰ Cfr. SCOCA, *Razionalità e costituzionalità della documentazione antimafia in materia di appalti pubblici*, in www.giustamm.it, secondo cui "era una tesi fortemente dubbia già nella vigenza della disciplina anteriore al Codice, ma è ora assolutamente non sostenibile. L'informativa interdittiva, una volta emessa dal Prefetto competente, è sicuramente "utilizzabile" da ogni amministrazione interessata, per tutto il tempo (un anno) in cui resta "valida" (o efficace)".

⁴¹ Art 7-bis. "Ai fini dell'adozione degli ulteriori provvedimenti di competenza di altre amministrazioni, l'informazione antimafia interdittiva, anche emessa in esito all'esercizio dei poteri di accesso, è tempestivamente comunicata anche in via telematica" (comma introdotto dall'art. 4, comma 1, lettera c), d.lgs. n. 218 del 2012).

159/2011)⁴²; 2) il titolo di competenza sull'informativa antimafia è di tipo territoriale, quello sui contratti pubblici è di tipo funzionale.

I problemi che sorgono in sede giurisdizionale concernono, pertanto, sia l'individuazione del Tribunale amministrativo regionale competente che del rito processuale da seguire.

Invero, l'articolo 91 del Codice antimafia prevede che le informazioni del prefetto circa il rischio dell'infiltrazione mafiosa «sono richieste dall'amministrazione interessata» (comma 3) e che se, a seguito delle verifiche disposte dalla stessa autorità, emergono elementi relativi a tentativi d'infiltrazione mafiosa, le stesse «non possono stipulare, approvare o autorizzare i contratti o i subcontratti...» (comma 2).

Pertanto, poiché l'informativa è chiesta al prefetto del luogo ove ha sede l'impresa, ma quest'ultima ha rapporti con amministrazioni operanti su tutto il territorio nazionale, è frequente l'ipotesi che la competenza territoriale per l'impugnazione dell'interdittiva e dei provvedimenti delle stazioni appaltanti che la seguono s'incardini presso Tribunali amministrativi diversi.

Se ciò comporta che la stessa informativa possa essere impugnata davanti a Tribunali differenti, il particolare vincolo di presupposizione logico-giuridica che unisce gli anzidetti atti pretenderebbe, tuttavia, un *simultaneus processus* alla luce dei principi di concentrazione, economicità ed effettività del processo.

In particolare, la giurisprudenza è stata chiamata a sciogliere il dubbio relativo alla competenza territoriale del Tribunale chiamato a pronunciarsi sull'informativa antimafia, la cui incertezza ha reso necessario l'intervento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato per ben quattro volte nel corso degli anni 2012-2013⁴³.

L'individuazione del Tribunale competente è, pertanto, passata attraverso l'interpretazione e l'applicazione dell'articolo 13 del Codice del processo

⁴² Dopo la modifica dell'art. 87, ad opera dell'art. 4 D.Lgs. n.218/2012, il problema non si pone per le comunicazioni antimafia: esclusa ora la possibilità di richiesta da parte dei privati in considerazione della loro natura certificativa, la competenza al rilascio è unicamente del Prefetto della provincia in cui hanno sede i soggetti richiedenti di cui all'art. 83, commi 1 e 2.

⁴³ Consiglio di Stato, Sezione AP, Ordinanze del 24 settembre 2012, n. 33 e del 19 novembre 2012, n. 34 e Consiglio di Stato, Sezione AP, Ordinanze del 4 febbraio 2013, n. 3 e 4.

amministrativo⁴⁴, addivenendo a soluzioni che non sono state esenti da critiche anche in seno alla stessa giurisprudenza amministrativa.

Ebbene, se si ritiene che il provvedimento lesivo sia la revoca dell'aggiudicazione o il recesso dal contratto e che l'informativa interdittiva svolga il ruolo di mero atto presupposto, la competenza, in base ai criteri di cui all'articolo 13, comma 1, c.p.a., va riconosciuta al Tribunale nella cui circoscrizione la revoca o il recesso sono adottati ed esauriscono i loro effetti (questa è la soluzione più volte affermata dall'Adunanza Plenaria⁴⁵ e a cui, nella pratica, bisognerà fare riferimento); se, viceversa, si ritiene che il provvedimento lesivo vada individuato nell'informativa interdittiva e che gli atti delle stazioni appaltanti siano meramente consequenziali, la competenza spetta al Tribunale nella cui circoscrizione risiede il prefetto che l'ha emessa.

Quest'ultima posizione - assunta da alcuni Tribunali amministrativi regionali che hanno riconosciuto la *vis attractiva* dell'informazione prefettizia⁴⁶ - ha affermato la prevalenza dell'atto presupposto (informativa) e dello spostamento dell'atto conseguente (recesso, revoca dell'aggiudicazione, diniego di autorizzazione al subappalto ecc.) presso il giudice competente per il primo.

L'anzidetta giurisprudenza, seppur minoritaria, ha fondato il proprio ragionamento sul fatto che, come si è già osservato, il Codice antimafia renda oramai le conseguenze interdittive delle informazioni generalmente vincolate, anche dopo la stipulazione del

⁴⁴ (Decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104). Art. 13. Competenza territoriale inderogabile: "1. Sulle controversie riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti di pubbliche amministrazioni è inderogabilmente competente il tribunale amministrativo regionale nella cui circoscrizione territoriale esse hanno sede. Il tribunale amministrativo regionale è comunque inderogabilmente competente sulle controversie riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti di pubbliche amministrazioni i cui effetti diretti sono limitati all'ambito territoriale della regione in cui il tribunale ha sede. 2. Per le controversie riguardanti pubblici dipendenti è inderogabilmente competente il tribunale nella cui circoscrizione territoriale è situata la sede di servizio. 3. Negli altri casi è inderogabilmente competente, per gli atti statali, il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sede di Roma e, per gli atti dei soggetti pubblici a carattere ultra regionale, il tribunale amministrativo regionale nella cui circoscrizione ha sede il soggetto. 4. La competenza di cui al presente articolo e all'articolo 14 è inderogabile anche in ordine alle misure cautelari. (comma così sostituito dall'art. 1, comma 1, lettera a), d.lgs. n. 160 del 2012). 4-bis. La competenza territoriale relativa al provvedimento da cui deriva l'interesse a ricorrere attrae a sé anche quella relativa agli atti presupposti dallo stesso provvedimento tranne che si tratti di atti normativi o generali, per la cui impugnazione restano fermi gli ordinari criteri di attribuzione della competenza". (comma aggiunto dall'art. 1, comma 1, lettera a), d.lgs. n. 160 del 2012).

⁴⁵ Ordinanze nn. 33 e 34 del 2012 e nn. 3 e 4 del 2013.

⁴⁶ T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 28 gennaio 2011, n. 45 e 25 luglio 2011, n. 631.

contratto o l'instaurazione del rapporto (art. 94). Indi per cui il giudizio verterà principalmente, ancor più che in passato, sull'informazione antimafia, rispetto alla quale il successivo atto che incide sul procedimento di aggiudicazione o sull'appalto è un mero atto vincolato e, ormai, dovuto.

Questa soluzione, però, oltre a non essere stata recepita nel secondo decreto correttivo del Codice del processo (D.lgs n. 160 del 2012), è stata disattesa dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, che ha ritenuto competente a sindacare la legittimità delle informative antimafia⁴⁷ non il Tribunale amministrativo regionale nella cui circoscrizione ha sede il prefetto che ha emesso l'informativa, ma quello competente a giudicare degli atti di revoca dell'aggiudicazione o di recesso dal contratto.

La Plenaria incentra la sua ricostruzione sul carattere e sugli effetti dell'informativa antimafia, la quale deve essere adottata dal prefetto in relazione alla singola procedura d'appalto, non essendo né atto avente portata generale con efficacia estesa all'intero territorio nazionale, né atto individuale operante esclusivamente nell'ambito della circoscrizione in cui ha sede l'autorità che lo ha emesso, ma essendo atto che *«opera in seno al singolo rapporto cui afferisce e, pertanto, spiega i suoi effetti "diretti" nell'esclusivo ambito della circoscrizione territoriale ove quest'ultimo è costituito e si svolge»*.

Il Consesso fonda il suo ragionamento sul fatto che l'informativa è resa su richiesta della stazione appaltante e che è solo quest'ultima che può procedere, sulla base delle informazioni ricevute, all'adozione dei conseguenti atti a effetto esiziale sul contratto, assumendo valore decisivo il principio della cd. scindibilità degli effetti, secondo cui, a fronte dell'impugnazione di un atto potenzialmente idoneo a operare in più regioni, devono essere apprezzati, ai fini della statuizione sulla competenza territoriale, i soli effetti interessati dall'azione giudiziaria proposta e, quindi, deve essere valutata la portata effettuale dell'ipotetica pronuncia di accoglimento⁴⁸.

Un ulteriore significativo passaggio, in forza del quale la Plenaria giunge alle sue conclusioni, prevede l'applicazione del secondo criterio "speciale" dettato dall'articolo 13, comma 1, 2° periodo, c.p.a., ai fini del riparto della competenza territoriale.

⁴⁷ Cons. Stato, Ad. Plen., ord., 24 settembre 2012, n. 33.

⁴⁸ Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 27 dicembre 2004, n. 8213.

Il criterio generale del luogo ove il potere è esercitato, infatti, non opera laddove gli effetti diretti del potere siano individuabili in un ambito diverso, giacché, in tal caso, la competenza è del tribunale nella cui circoscrizione tali effetti si verificano⁴⁹.

L'Adunanza Plenaria giustifica, peraltro, la preferenza per l'applicazione del criterio connesso all'ambito territoriale di efficacia diretta del potere esercitato, con la necessità di non accrescere oltremodo il carico del Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sede di Roma, sul quale altrimenti verrebbero a gravare tutte le controversie aventi a oggetto l'attività delle amministrazioni che hanno sede nella capitale, anche quando tale attività riguardi in via diretta circoscritti ambiti territoriali.

In conclusione, secondo la Plenaria, il titolo a conoscere dell'informativa non è frutto di uno spostamento della competenza presso il giudice dell'atto consequenziale, ma è originario e deriva dall'applicazione degli ordinari criteri di cui all'articolo 13, comma 1, c.p.a. (sede dell'organo che esercita il potere, nel primo periodo; efficacia spaziale dell'atto, nel secondo periodo).

Il Collegio precisa che, come chiarito nella relazione di accompagnamento al Codice del processo amministrativo, i due precetti in esame, nel delineare - congiuntamente al successivo comma 3 dell'articolo 13, dedicato agli atti ad efficacia ultra regionale - i rapporti tra il criterio della sede e quello dell'efficacia spaziale secondo una logica di complementarità e di reciproca integrazione, hanno inteso chiarire che il criterio ordinario, rappresentato dalla sede dell'autorità amministrativa cui fa capo l'esercizio del potere oggetto della controversia, cede il passo a quello dell'efficacia spaziale nel caso in cui la potestà pubblicistica spieghi i propri effetti diretti esclusivamente nell'ambito territoriale di un tribunale periferico.

In tal caso la competenza spetta al tribunale nella cui circoscrizione tali effetti si verificano anche nell'ipotesi in cui l'atto sia stato adottato da un organo centrale dell'amministrazione statale, da un ente ultra regionale ovvero da un organo periferico dello Stato che abbia sede nell'ambito della circoscrizione di altro tribunale territoriale.

Il Consiglio di Stato compie un'ulteriore precisazione, segnalando che la conclusione

non potrebbe mutare neanche se, in ragione di una diversa ricostruzione degli effetti dell'informativa antimafia, si dovesse giungere a ravvisare più giudici competenti con conseguente necessità di uno trasferimento della competenza. Quest'ultima, in tali ipotesi, si sposterebbe, comunque, dinanzi al giudice dell'appalto, in ragione della competenza funzionale. Infatti, la natura funzionale da riconoscersi, in virtù del combinato disposto degli articoli 14, comma 3, e 119, c.p.a., alla competenza relativa all'atto applicativo inerente ad una procedura di affidamento, produce l'effetto di spostare la competenza sull'atto presupposto in capo al giudice funzionalmente deputato alla cognizione dell'atto a valle, con *vis attractiva* della competenza funzionale. Il Collegio fissa, pertanto, il principio generale della prevalenza del giudice avente competenza funzionale, ricavandolo analogicamente dall'articolo 42 del Codice del processo, ove è espressamente dettata la regola secondo cui il giudizio sull'atto principale attrae in via generale quello sul ricorso incidentale, salvo che quest'ultimo, sia affidato alla competenza funzionale di altro giudice.

Secondo la suddetta disposizione, disciplinante i rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale, ma analogicamente estesa dall'Adunanza Plenaria del 25 giugno 2012 n. 23, anche ai casi di rapporti tra più ricorsi autonomi, la competenza funzionale prevale sempre su quella territoriale, a prescindere dal vincolo della presupposizione. Ne deriva che la ragionevolezza del criterio dell'atto presupposto deve lasciare il posto al criterio normativo dell'atto consequenziale tutte le volte che - come nel caso del rapporto tra informativa antimafia e atti influenti sul contratto a valle - sia previsto per quest'ultimo un titolo di competenza funzionale.

È necessario, però, evidenziare come la conclusione raggiunta dall'Adunanza Plenaria, sia stata oggetto di varie critiche da parte della dottrina⁵⁰.

La prima è che l'informativa, seppur formalmente riferita a una specifica procedura d'appalto, dovrà essere impugnata tante volte quanti sono gli atti consequenziali cui dà luogo, pertanto, se come normalmente accade l'impresa opera in più regioni, dovrà

⁵⁰ Cfr. D'ANGELO, *La documentazione antimafia nel D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159: profili critici*, in *Urbanistica e appalti 3/2013 - Opinioni Appalti e Lavori pubblici*; SCOCA, *Razionalità e costituzionalità della documentazione antimafia in materia di appalti pubblici*, in www.giustamm.it.

essere impugnata dinanzi a numerosi Tribunali diversi. Da ciò il diffondersi del fenomeno, che si sta concretamente verificando, di pronunce contraddittorie di Tribunali amministrativi regionali discordi su informative con identico contenuto.

È, dunque, evidente il riflesso negativo di questo fenomeno sulla quotidiana azione di contrasto alla criminalità da parte delle prefetture⁵¹.

La seconda è che l'impresa ritenuta infiltrata soffrirà le conseguenze economiche derivanti dalla necessità d'impugnare più volte, e dinanzi a Tribunali diversi, la stessa informativa⁵².

A sua volta anche per l'amministrazione, ed in particolare per l'Avvocatura distrettuale dello Stato, la difesa in giudizio diverrà più complicata, giacché, rispetto ad un'informativa che può dare luogo a più revoche o recessi e quindi a più contenziosi, dovrà far fronte a plurimi giudizi in cui la fase cautelare - sempre più frequente nei processi amministrativi e caratterizzata da tempi strettissimi - richiede di apprestare una congrua difesa in tempi celeri.

D'altra parte, su questo tema, non appare veramente decisivo neanche l'articolo 13, comma 4-*bis* del Codice del processo amministrativo⁵³.

Questa disposizione, ai fini della competenza territoriale nel caso d'impugnazione di atti connessi, introduce la distinzione fra il caso in cui l'atto presupposto impugnato abbia carattere normativo o generale e quello in cui non lo abbia, dove in quest'ultimo caso la competenza è devoluta al giudice competente per il ricorso contro il «*provvedimento da cui deriva l'interesse a ricorrere*».

La disposizione in esame, per com'è letteralmente formulata, sembra riferirsi al solo caso d'impugnazione congiunta di due provvedimenti, in cui, però, soltanto uno di essi

⁵¹ Cfr. D'ANGELO, *La documentazione antimafia nel D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159: profili critici*, in *Urbanistica e appalti 3/2013 - Opinioni Appalti e Lavori pubblici*.

⁵² Cfr. SCOCA, *Razionalità e costituzionalità della documentazione antimafia in materia di appalti pubblici*, in www.giustamm.it, secondo cui «*Entrambi gli inconvenienti sono gravi, il primo sotto il profilo della coerenza complessiva del sistema delle tutele; il secondo a ragione del disagio e dei costi che l'impresa deve affrontare, in una fase molto critica della sua vita*».

⁵³ Inserito dall'art. 1, comma 1 lett. a) n. 1, D.Lgs. 14 settembre 2012, n. 160 (secondo correttivo al codice del processo amministrativo). Su questa disposizione, con riferimenti alla tematica della competenza per i giudizi sulle informative antimafia, cfr. VELTRI, *Il giudizio amministrativo dopo il secondo correttivo: lo spostamento della competenza territoriale per ragioni di connessione*, in www.giustizia-amministrativa.it.

determina l'interesse a ricorrere, al contrario, nel caso dell'interdittiva e del provvedimento che ne deriva, entrambi i provvedimenti sono impugnabili, giacché tutti e due determinano l'insorgere dell'interesse a ricorrere⁵⁴.

Una soluzione diversa, per ovviare alle anzidette problematiche, si sarebbe potuta ravvisare col riconoscere la competenza funzionale del Tribunale amministrativo del Lazio, sede di Roma, ipotesi, quest'ultima, espressamente esclusa dall'Adunanza Plenaria⁵⁵, ma avente la propria giusta *ratio* nel fatto che l'informativa interdittiva, emessa da uno qualunque dei prefetti della Repubblica, ha efficacia, almeno potenziale, sull'intero territorio nazionale e, pertanto, integra gli estremi del terzo comma dell'articolo 13, c.p.a.⁵⁶

L'Adunanza Plenaria⁵⁷ rileva, inoltre, che la revoca dell'aggiudicazione rientri a pieno titolo tra i "provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture", il che - accogliendo la ricostruzione del Consesso che, seppur non si pronunzi espressamente in merito al rito da applicare, individua quale provvedimento principale la revoca - dovrebbe implicare che il processo si svolga secondo il rito abbreviato, di cui agli articoli 119 e 120 del Codice del processo (ma, allora, dovrebbe riconoscersi anche la competenza funzionale del Tribunale amministrativo regionale

⁵⁴ L'Adunanza Plenaria, ritenendo che l'informativa abbia effetti solo nell'ambito del procedimento aperto presso l'amministrazione che ne ha fatto richiesta, ritiene che non trovi applicazione il comma 4-bis, dato che la competenza a conoscerne si stabilisce in base ai criteri generali fissati nei primi tre commi dell'art. 13 c.p.a. L'ordinanza n.34 del 2012 sottolinea che *"esula perciò nel caso in esame alcuna possibile problematica di spostamento della competenza per ragioni di connessione"*.

⁵⁵ Si tratta del risultato che l'Adunanza Plenaria ha inteso evitare espressamente, affermando esplicitamente, anche con la recente ordinanza n. 4 del 2013, che la soluzione da essa proposta *"vuole soddisfare l'esigenza di non accrescere oltremodo il carico del Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sede di Roma"*.

⁵⁶ SCOCA, *Razionalità e costituzionalità della documentazione antimafia in materia di appalti pubblici*, in www.giustamm.it, secondo cui: *"se la informativa prefettizia è efficace rispetto a tutte le amministrazioni che hanno rapporti (di tipo contrattuale) con l'impresa ritenuta infiltrata, non può non riconoscersi che la sua efficacia superi la circoscrizione di un solo Tribunale, sia esso il Tribunale competente per la sede prefettizia, sia esso il Tribunale competente per la sede della stazione appaltante o per gli effetti degli atti da questa adottati. Tenendo conto della sua "utilizzabilità" in qualsiasi parte del territorio nazionale, la competenza dovrebbe spettare al Tar di Roma"*.

⁵⁷ Cfr. ordd. n. 33 del 2012 e n. 4 del 2013. In quest'ultima si afferma che la competenza a conoscere degli atti della stazione appaltante, e insieme della informativa antimafia, deriva anche dal *"principio della prevalenza, in caso di connessione, del criterio della competenza funzionale rispetto a quello della competenza territoriale"*.

del Lazio, sede di Roma, ai sensi dell'art. 14, comma 3, c.p.a.)⁵⁸. Al contrario, si è rilevato che a tale conclusione non si possa addivenire nel caso di recesso dal contratto, il quale non si colloca nella fase dell'affidamento⁵⁹.

La ricostruzione dell'Adunanza Plenaria dovrebbe portare, a rigor di logica, alle anzidette conclusioni, è, però, necessario evidenziare che tali esiti non sono stati esenti da critiche e che, in realtà, la giurisprudenza affermatasi in precedenza si era consolidata in merito all'applicazione del rito ordinario⁶⁰.

È stato, infatti, rilevato come sia l'interdittiva il provvedimento principale, ovvero l'oggetto proprio dell'impugnativa, e i suoi eventuali vizi di legittimità la materia del contendere, sul presupposto che la revoca dell'aggiudicazione potrebbe non essere affatto impugnata e finanche non essere stata pronunciata. Di conseguenza, se l'oggetto dell'impugnativa è l'informativa prefettizia, la quale non è provvedimento appartenente alla sequela degli atti del procedimento di affidamento dell'appalto, non potrà trovare applicazione il rito abbreviato⁶¹.

4. Il recesso e la revoca. Obblighi della stazione appaltante.

Un ulteriore problema che può porsi - se l'informazione interdittiva interviene quando ormai il contratto d'appalto è in corso d'esecuzione - concerne l'individuazione della giurisdizione competente a conoscere dell'impugnazione del recesso dal contratto d'appalto.

Occorre rilevare che a tale incertezza hanno cercato di dare una soluzione le Sezioni Unite della Corte di Cassazione⁶², risolvendo il conflitto di giurisdizione negativo sorto a favore dell'autorità giudiziaria amministrativa.

⁵⁸ "La competenza è funzionalmente inderogabile altresì per i giudizi di cui agli articoli 113 e 119, nonché per ogni altro giudizio per il quale la legge o il presente codice individuino il giudice competente con criteri diversi da quelli di cui all'articolo 13".

⁵⁹ SCOCA, *Razionalità e costituzionalità della documentazione antimafia in materia di appalti pubblici*, in www.giustamm.it.

⁶⁰ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 4 luglio 2011, n. 3999, "il contenzioso relativo all'informativa prefettizia soggiace al rito ordinario". Conforme Tar Napoli, Sez. I, 30 gennaio 2012, n. 451.

⁶¹ SCOCA, *Razionalità e costituzionalità della documentazione antimafia in materia di appalti pubblici*, in www.giustamm.it.

⁶² Cfr. Corte di Cassazione, Sezioni Unite civili del 29 agosto 2008, n. 21928.

Si evidenzia, sin da subito, la peculiarità della motivazione adottata dalla Suprema Corte per individuare un giusto criterio di riparto della giurisdizione, la quale problematica da tempo immemore impegna la giurisprudenza e la dottrina e la cui delicatezza tematica porta, tuttavia, a non escludere che in futuro la questione possa essere riesaminata dalla Corte di Cassazione.

Le Sezioni Unite dichiarano la giurisdizione dell'autorità giudiziaria amministrativa, riconoscendo come in tali ipotesi il provvedimento amministrativo abbia sì formalmente ad oggetto l'esercizio del potere di recesso dal contratto - la cui cognizione, dunque, riguardando la disciplina dei rapporti che scaturiscono dal contratto dovrebbe essere devoluta al giudice ordinario - ma come, in tale peculiare ipotesi, siffatto recesso sia espressione di un potere autoritativo di valutazione dei requisiti soggettivi del contraente, il cui esercizio è consentito anche nella fase di esecuzione del contratto e che attiene alla scelta del contraente stesso.

Il Collegio ritiene che tale potere sia estraneo alla sfera del diritto privato e che, dunque, non trovi fondamento in inadempienze verificatesi nella fase di esecuzione del contratto, ma sia consequenziale all'informativa. Siffatto recesso è espressione di un potere di valutazione di natura pubblicistica, volto a soddisfare l'esigenza di evitare la costituzione o il mantenimento di rapporti contrattuali fra pubbliche amministrazioni e imprese nei cui confronti emergono sospetti di collegamenti con la criminalità organizzata.

La particolarità dell'anzidetta soluzione è posta ancora più in risalto dal fatto che anche recentemente le Sezioni Unite⁶³ hanno ribadito, in materia di riparto giurisdizionale, principi di diritto che la Suprema Corte considera assolutamente consolidati e che, a primo acchito, potrebbero apparire contrastanti con quanto sopra affermato: 1) che nel settore dell'attività negoziale della p.a. tutte le controversie che attengono alla fase preliminare - antecedente e prodromica al contratto - inerente alla formazione della sua volontà ed alla scelta del contraente privato in base alle regole c.d. dell'evidenza pubblica, appartengono al giudice amministrativo. Mentre quelle che radicano le loro

⁶³ Corte di Cassazione, Sezioni Unite civili, Ordinanza 5 aprile 2012, n. 5446.

ragioni nella serie negoziale successiva che va dalla stipulazione del contratto fino alle vicende del suo adempimento, con riguardo alla disciplina dei rapporti che dal contratto scaturiscono, sono devolute al giudice ordinario; 2) che conseguentemente appartengono al giudice ordinario le controversie concernenti l'interpretazione dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, nonché quelle rivolte ad accertarne le condizioni di validità e di efficacia e ad ottenerne la declaratoria di nullità o inefficacia, ovvero l'annullamento, posto che anche esse hanno ad oggetto non già i provvedimenti riguardanti la scelta dell'altro contraente, ma il rapporto privatistico discendente dal negozio; e che gli eventuali vizi di questo devono essere esaminati esclusivamente dal giudice ordinario competente a conoscerne l'intera disciplina⁶⁴; 3) che nell'ambito delle patologie ed inefficacie negoziali, rientrano non soltanto quelle inerenti alla struttura del contratto, siano esse estranee⁶⁵ e/o alla stessa sopravvenute, ma anche quelle derivanti da irregolarità - illegittimità della procedura amministrativa a monte, perciò comprendenti anche le fattispecie di radicale mancanza del procedimento di evidenza pubblica (o di vizi che ne affliggono singoli atti): perciò accertabile incidentalmente da parte di detto giudice, al quale le parti possono rivolgersi senza necessità del previo annullamento "*in parte qua*" ad opera del giudice amministrativo⁶⁶.

Invero, tra le varie ipotesi di recesso della pubblica amministrazione dal contratto, la Suprema Corte⁶⁷ ha avvertito l'esigenza di compiere una necessaria distinzione, considerando di competenza del giudice ordinario, secondo il suddetto consolidato orientamento giurisprudenziale, quelle giustificate da inadempienze intervenute nella fase esecutiva del contratto, mentre soggette alla giurisdizione del giudice amministrativo quelle conseguenti ad una valutazione discrezionale spettante all'Amministrazione.

Le ragioni che militano per la giurisdizione amministrativa di tipo esclusivo (art. 133, comma 1, let. e), n. 1), c.p.a.), sono rinvenibili nel fatto che il recesso sia meramente

⁶⁴ Cons. St. 6, 4956/2007; 7215/2006.

⁶⁵ Cass. sez. un. 4116/2007; 13033/2006; 10994/2006.

⁶⁶ Cass. sez. un. 7578/2009; 27169/2007; 20504/2006; 5179/2004.

⁶⁷ Cfr. Corte di Cassazione, Sezioni Unite civili del 29 agosto 2008, n. 21928.

conseguenziale all'informativa prefettizia, per cui, nella fattispecie si tratta di stabilire unicamente la legittimità o meno dell'informazione antimafia, che in quanto atto autoritativo soggiace evidentemente alla giurisdizione del giudice amministrativo⁶⁸.

Si è, inoltre, rilevato come le Sezioni Unite - riconoscendo la giurisdizione dell'autorità giudiziaria amministrativa nel caso di recesso a seguito d'interdizione antimafia - si siano mostrate sensibili a un'esigenza di ragionevole durata del processo tramite concentrazione dei giudizi sul provvedimento presupposto e sulla sorte del contratto⁶⁹, giacché, l'applicazione dell'orientamento tradizionale avrebbe, altrimenti, comportato la devoluzione di due domande, basate sull'esposizione dei medesimi fatti ed attinenti alla medesima controversia, a due giurisdizioni differenti⁷⁰.

Invero, l'articolo 94 del Codice antimafia definisce gli effetti delle informazioni del prefetto, confermando la previgente disciplina secondo la quale il rilascio dell'informazione interdittiva comporta il divieto, per le amministrazioni interessate, di stipulare, approvare e autorizzare i contratti e subcontratti, e di autorizzare, rilasciare e consentire le concessioni e le erogazioni.

Nel caso in cui l'accertamento di dette circostanze sia successivo alla stipula del contratto o al rilascio degli atti autorizzatori, il Decreto legislativo inasprisce gli effetti

⁶⁸ La giurisprudenza amministrativa di I° grado si conforma pienamente al criterio di riparto di giurisdizione per il recesso a seguito d'interdizione antimafia, *ex multis*, Tribunale Amministrativo Regionale Campania - Napoli, Sezione 1, Sentenza 28 marzo 2012, n. 1511, secondo cui *"La controversia avente ad oggetto il recesso e/o la risoluzione del contratto di subappalto, posto in essere dalla ditta appaltatrice dei lavori a seguito dell'emissione di informativa prefettizia interdittiva (emessa per il pericolo di infiltrazioni mafiose), rientra a pieno titolo nella giurisdizione del giudice amministrativo, in quanto a tale recesso non può attribuirsi natura privatistica e negoziale, dal momento che è manifestazione del potere autoritativo di valutazione del requisito di moralità professionale del contraente ed è estraneo alla sfera del diritto privato e non trova giustificazione in inadempienze afferenti alla fase di esecuzione del contratto, devolute alla cognizione del giudice ordinario, ma è conseguente all'informativa prefettizia ed alla revoca dell'autorizzazione al subappalto; pertanto, tale recesso deve essere qualificato come forma di espressione del potere pubblicistico di valutazione delle situazioni soggettive ostative alla contrattazione, volto a soddisfare l'esigenza di evitare che la P.A. direttamente, o per il tramite dei soggetti investiti dell'esecuzione di un appalto, possa intrattenere rapporti contrattuali con imprese nei cui confronti emergono sospetti di collegamenti con la criminalità organizzata"*.

⁶⁹ È, infatti, da escludere che sia sufficiente impugnare il recesso, mero atto consequenziale, senza congiuntamente o separatamente impugnare l'informativa prefettizia che è il provvedimento lesivo vero e proprio.

⁷⁰ CERRETO, *Recesso della p.a. da un contratto di appalto di lavori pubblici per effetto di informativa antimafia e riparto di giurisdizione tra giudice ordinario ed amministrativo, con osservazioni alla sentenza Cass. S. U. 29 agosto 2008 n. 21928 e spiragli di razionalizzazione del sistema di riparto sulla sorte del contratto*, in www.giustizia-amministrativa.it.

dell'informazione, prevedendo l'obbligo e non più la facoltà per la stazione appaltante di recedere dal contratto o di revocare i provvedimenti concessori, fatto salvo il pagamento del valore delle opere eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite (comma 2).

Si è, pertanto, ritenuto di far prevalere l'interesse pubblico sotteso ai poteri interdittivi antimafia, il cui sacrificio può risultare giustificato solo quando stringenti ragioni di opportunità e convenienza amministrativa richiedano di non interrompere un servizio ritenuto essenziale, difficilmente sostituibile in tempi rapidi, o di completare un'opera in corso di ultimazione.

Pertanto, alla previsione generalizzata dell'effetto caducatorio immediato delle informazioni interdittive la norma pone due sole eccezioni, con riferimento alle ipotesi in cui il lavoro sia in fase di ultimazione ovvero, trattandosi di servizio ritenuto essenziale, il contraente non possa essere sostituito in tempi celeri (comma 3). Tale valutazione può tuttavia rinvenire un suo spazio possibile solo allorché il rapporto contrattuale sia in corso di esecuzione già da un cospicuo lasso di tempo e sussistano concrete ragioni che rendano del tutto sconveniente per l'amministrazione l'interruzione della fornitura, del servizio o dei lavori che formano l'oggetto del contratto revocando.

In altri termini, posto che è evidente il profilo negativo per l'interesse pubblico nell'aver rapporti contrattuali con imprese esposte a rischi di condizionamenti mafiosi (principio che si pone come regola dell'agire amministrativo), l'obbligo di non recedere (che rappresenta, pertanto, un'eccezione) è giustificato dalla necessità di consentire all'amministrazione di valutare come preminente l'interesse a mantenere il contratto⁷¹.

Pertanto, mentre il comma 2 dell'articolo 94 del Codice antimafia sancisce un obbligo di "facere", ovvero di revocare le autorizzazioni e le concessioni o di recedere dai contratti, il comma 3 pone una previsione derogante quest'obbligo positivo, fissando a sua volta un obbligo di segno opposto, ossia di "non facere" al ricorrere delle suesposte

⁷¹ Cfr., *ex multis*, Tribunale Amministrativo Regionale Calabria - Reggio Calabria, Sentenza 1 febbraio 2011, n. 77.

condizioni⁷². Peraltro, il legislatore impone entrambi i vincoli all'Amministrazione *"anche nel caso in cui emergano elementi relativi a tentativi di infiltrazione"* (comma 4).

Da ciò deriva che rispetto al passato, in cui alla pubblica amministrazione venivano attribuite mere facoltà, il Codice antimafia abbia imposto degli obblighi la cui violazione configura un illecito, fonte di possibili responsabilità.

Di certo la pubblica amministrazione si esporrà maggiormente al rischio di pretese risarcitorie nell'ipotesi in cui avrebbe dovuto *non-fare* e invece abbia sciolto il contratto.

Le imprese danneggiate dalla sopravvenuta inefficacia contrattuale potranno avvalersi degli strumenti processuali a loro disposizione (artt. 30 e 34 c.p.a.) per chiedere la condanna al risarcimento del danno ingiusto, in forma specifica o equivalente, causato dal mancato esercizio dell'attività amministrativa obbligatoria, che ha, pertanto, frustrato il loro interesse al proseguimento del rapporto contrattuale.

Il rischio di una responsabilità della pubblica amministrazione si fa ancora più stringente vista l'indeterminatezza delle ipotesi in cui il legislatore impone l'obbligo di non risolvere il contratto, il che rende la norma suscettibile di plurime e contrastanti interpretazioni e prese di posizione giurisprudenziali.

La portata semantica dell'espressione *"opera (...) in corso di ultimazione"* si caratterizza per un'intrinseca connotazione discrezionale come, allo stesso modo, la qualificazione di una fornitura di beni e servizi come *"essenziale per il perseguimento dell'interesse pubblico"* richiede il compimento di un bilanciamento d'interessi.

Delicata e controvertibile sarà, pertanto, la valutazione giudiziale del rispetto, da parte della pubblica amministrazione, dell'obbligo di *non-fare*.

⁷² Su questa tematica, ampi riferimenti a CAPUZZA, *Nuovi tratti normativi del codice antimafia sull'informazione prefettizia*, in www.giustamm.it.