



dell'Arma dei Carabinieri
Rassegna

Quaderno n. 10/2017

TESI DI LAUREA DEI FREQUENTATORI DEL
23° CORSO DI PERFEZIONAMENTO

Anno Accademico 2016-2017

*Le infiltrazioni mafiose negli appalti pubblici.
Le informazioni antimafia “accertative”
nel sistema di prevenzione
(Ten. Domenico Rana)*

*Alla ricerca della titolarità effettiva nel riciclaggio
(Ten. Zaccaria Sica)*

Scuola Ufficiali Carabinieri, 2017

dell'Arma dei Carabinieri Rassegna

Direttore Responsabile
Gen. D. Vittorio Tomasone

Redattore Capo
Col. Giuseppe Arcidiacono

Redazione
Lgt. Remo Gonnella
Mar. Magg. Alessio Rumori
Brig. Ca. Mario Pasquale
App. Sc. Lorenzo Buono

Direzione e Amministrazione
Via Aurelia, 511 - 00165 Roma - tel. 06-66394680
fax 06-66394746; [e-mail: scuf rassegna@carabinieri.it](mailto:scuf rassegna@carabinieri.it)

Grafica, Fotocomposizione e Impaginazione
a cura della Redazione

Fonti iconografiche
Ministero della Difesa
Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri
Scuola Ufficiali Carabinieri

La «Rassegna dell'Arma dei Carabinieri» è istituita per aggiornare la preparazione specifica dei Quadri dell'Arma offrendo loro argomenti originali sull'evoluzione del pensiero militare e delle discipline giuridiche, professionali e tecnico-scientifiche che più interessano il servizio d'Istituto. La collaborazione alla Rassegna dell'Arma è aperta a tutti. La Direzione è lieta di ricevere articoli o studi su argomenti di interesse, riservandosi il diritto di decidere la loro pubblicazione. Gli articoli di collaborazione diretta sono pubblicati sotto l'esclusiva responsabilità degli autori; le idee e le considerazioni sono personali, non hanno riferimento ad orientamenti ufficiali e non impegnano la Direzione della Rassegna. La Redazione si riserva il diritto di modificare il titolo e l'impostazione grafica degli articoli, secondo le proprie esigenze editoriali. È vietata la riproduzione anche parziale, senza autorizzazione, del contenuto della Rivista.

Periodico trimestrale a carattere scientifico-professionale a cura della Scuola Ufficiali Carabinieri
Proprietà editoriale del Ministero della Difesa Iscritto nel Registro della Stampa del Tribunale di Roma
al n. 305/2011 in data 27-X-2011

Diffuso attraverso la rete internet sul sito www.carabinieri.it
dal Service Provider "BT Italia" S.p.A. Via Tucidide, 56 - 20134 Milano

PRESENTAZIONE

Nel decimo Quaderno del 2017 presentiamo due tesi di laurea di Ufficiali del 23° Corso di Perfezionamento.

La prima tesi su “*Le infiltrazioni mafiose negli appalti pubblici. Le informazioni antimafia “accertative” nel sistema di prevenzione*” del Ten. *Domenico Rana*, fornisce una panoramica generale sul sistema della documentazione antimafia; primo, formidabile strumento di conoscenza/contrasto alla criminalità mafiosa.

La seconda, dal titolo “*Alla ricerca della titolarità effettiva nel riciclaggio*” del Ten. *Zaccaria Sica*, analizza il sistema di prevenzione del riciclaggio all’interno del mercato europeo. L’apertura dei mercati, oltre ad aver favorito gli scambi commerciali tra gli Stati, ha reso il fenomeno del *money-laundering* sempre più globale.

Gen. D. Vittorio Tomasone

**LE INFILTRAZIONI MAFIOSE NEGLI APPALTI PUBBLICI
LE INFORMAZIONI ANTIMAFIA “ACCERTATIVE”
NEL SISTEMA DI PREVENZIONE**

Ten. Domenico Rana

*C'era un paese che si reggeva sull'illecito. Non che mancassero le leggi,
né che il sistema politico non fosse basato su principi
che tutti più o meno dicevano di condividere.*

*Ma questo sistema, articolato su un gran numero di centri di potere, aveva bisogno di mezzi finanziari smisurati (...) e questi mezzi
si potevano avere solo illecitamente chiedendoli a chi li aveva, in cambio di favori illeciti.*

*(...) Ne risultava un sistema in qualche modo circolare
e non privo d'una sua armonia.*

*Avrebbero potuto dunque dirsi unanimemente felici, gli abitanti di quel paese, non fosse stato per una pur sempre numerosa categoria
di cittadini
cui non si sapeva che ruolo attribuire: gli onesti.*

(I. Calvino, Apologo sull'onesta nel paese dei corrotti)

INDICE

Premessa	7
1. IL SISTEMA DELLA DOCUMENTAZIONE ANTIMAFIA	10
1.1. Inquadramento generale	10
1.1.1 La documentazione antimafia nel quadro del contrasto alla criminalità organizzata	10
1.1.2 Linee evolutive	18
1.2 Classificazione della documentazione antimafia: natura giuridica e ambito di applicazione	23
1.2.1 Comunicazione e informazioni “ricognitive” ed “accertative”	23
1.2.2 Superamento della classificazione tradizionale?	33
1.3 <i>White list</i> e attività a rischio	40
1.4 I protocolli di legalità	44
1.5 Le vicende successive al provvedimento interdittivo	53
1.5.1 Gli effetti dell’interdittiva	53
1.5.2 L’istanza di aggiornamento	57
1.5.3 Il ricorso giurisdizionale	60
2. PROFILI SOSTANZIALI: IL PERICOLO DI INFILTRAZIONE MAFIOSA	66
2.1 La valutazione sul pericolo di infiltrazione mafiosa	66
2.1.1 Discrezionalità del Prefetto	66
2.1.2 Motivazione del provvedimento	71
2.2 Le situazioni sintomatiche di tentativi di infiltrazione mafiosa: analisi della giurisprudenza	77
2.2.1 Provvedimenti sfavorevoli del giudice penale	77
2.2.2 Sentenze di proscioglimento, assoluzione ed altri atti del procedimento penale	82

2.2.3	Proposta o provvedimento di misure di prevenzione	87
2.2.4	Rapporti di parentela	91
2.2.5	Contatti o rapporti di frequentazione, conoscenza, colleganza, amicizia	94
2.2.6	Vicende anomale nella formale struttura dell'impresa	98
2.2.7	Vicende anomale nella concreta gestione dell'impresa	109
3.	PROFILI PROCEDIMENTALI: L'ATTIVITÀ ISTRUTTORIA	116
3.1	Il procedimento per il rilascio della documentazione antimafia	116
3.2	La Banca Dati Nazionale Unica	122
3.3	Gli strumenti d'accertamento del Prefetto	130
3.4	Il Raccordo interistituzionale: CCASIIP e Gruppi Interforze	136
3.5	Il ruolo delle Forze di Polizia	143
	Conclusioni	148

Premessa

“Nessuno in paese li considerava gente da evitare, e non tanto per timore quanto perché formavano ormai uno degli aspetti della classe dirigente”¹. Seppur risalente a tempi ormai lontani, in questo ricordo di Corrado Alvaro riferito a soggetti appartenenti all’“associazione mafiosa”, è racchiuso un aspetto essenziale, spesso sottovalutato ed equivocado del fenomeno mafioso: il rapporto con la società civile.

Quando si parla di mafia si tende ad immaginarla come un’organizzazione chiusa in un mondo a sé stante, contrapposto, diverso e separato rispetto a quello della società civile, la cui vita è regolata dal diritto. Invece, ciò che caratterizza l’organizzazione mafiosa è proprio la profondità e la fluidità dei rapporti con il contesto territoriale in cui è innervata a tal punto che risulta spesso impossibile separare in modo netto ciò che è mafia da ciò che non lo è. Nasce qui l’equivoco della “zona grigia”: un concetto di cui tanto si parla ma resta incerto e indistinto in quanto teso ad indicare quell’area dove economia, società civile e cosche si intrecciano.

La mafia non potrebbe esistere se non fosse in grado di gestire non solo le proprie attività criminose ma soprattutto le enormi ricchezze da queste generate, così come se non dimostrasse la propria forza sul territorio. A tal fine non si avvale solo di “soggetti organici o affiliati” in senso stretto, ma “anche e sempre più spesso di soggetti compiacenti, cooperanti, collaboranti, nelle più varie forme e qualifiche” sia “attivamente”, per interesse, economico, politico o amministrativo, che “passivamente”, per omertà o, non ultimo, per il timore della sopravvivenza propria e della propria impresa². Nascono così forme di appartenenza “alternative” tutte comunque in linea con l’essenza del metodo mafioso: favorire i privilegi e annullare la concorrenza. Perché, scrive Pietro Grasso³, “In fondo che cosa sono le organizzazioni criminali? Una specie di club degli *amici degli amici* in cui chi entra deve adeguarsi alle regole e sottoscrivere un patto di omertà e complicità in cambio di privilegi. Chi esce dal club è fuori dal mercato: finito, disoccupato, fallito”. Si tratta di un fenomeno che non conosce confini geografici ma la cui diffusione è legata, come si legge in un rapporto dell’Osservatorio sulla criminalità

¹ C. ALVARO, *La fibbia*, CORRIERE DELLA SERA, 17 settembre 1955.

² Cons. Stato, Sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743.

³ P. GRASSO in: S. DANNA, (a cura di), *Prodotto Interno Mafia*, di P. GRASSO, N. GRATTERI, I. LO BELLO, D. MOGAVERO, M. NAÏM, Einaludi, Torino, 2011.

organizzata dell'Università degli studi di Milano, diretto da Nando dalla Chiesa⁴, alla “scarsa resistenza ambientale” nonché a “un sistema politico e istituzionale sempre più permeabile alle infiltrazioni delle organizzazioni di stampo mafioso e a un'impresoria spesso omertosa e, talvolta, collusa”.

Le mafie oggi si presentano sulla scena imprenditoriale soprattutto come un “*service*”: offrono servizi, efficienti, rapidi e poco costosi. Mettono a disposizione capitali cash a tassi inferiori a quelli delle banche. Garantiscono manodopera disciplinata e qualificata a costi ridotti e senza rivendicazioni sindacali. Garantiscono la sicurezza e dirimono immediatamente qualunque controversia con i fornitori. Aprono le porte della burocrazia sbloccando rapidamente pratiche⁵.

Non hanno più bisogno della minaccia fisica ma si avvalgono di una forma di estorsione che ha il vantaggio di massimizzare il consenso perché non si limita a prendere ma offre a tutti qualcosa: ottiene soldi dall'impresa che ha però il vantaggio di mantenere o consolidare posizioni di mercato; crea lavoro e consenso sul territorio; lega a sé gli esercenti. In questo sistema il radicamento delle organizzazioni mafiose e l'efficacia della loro azione, come per ogni altra “impresa” (illegale), discendono dal grado di efficienza nella produzione e offerta di servizi e protezione dei “diritti” in gioco⁶. Dalla mera “convivenza”, si è passati alla “connivenza”: all'accettazione di un modello mafioso condiviso da larghi settori della società. L'impresoria, nota l'attuale Procuratore Nazionale Antimafia, Franco Roberti⁷, non è più “oppressa” dalla mafia. “Non la subisce. Ma in alcuni casi, la cerca, spesso, prendendo l'iniziativa” con l'obiettivo di fare affari. Nel Mezzogiorno è servita quasi da “ammortizzatore sociale per servizi socio-assistenziali”; al Nord “per ottenere sostegno all'impresa, con azioni imprenditoriali e finanziarie”. La mafia, d'altra parte, ne guadagna in utili, controllo e consenso. L'unico che ci perde è il mercato. Questo meccanismo, infatti, “uccide il mercato, assassina la possibilità di concorrenza e libera impresa”⁸. È corretto, allora, parlare di “zona grigia”? Oppure questa è “nera” perché parte a tutti gli effetti del sistema mafioso?

⁴ Osservatorio sulla criminalità organizzata dell'Università degli Studi di Milano, Primo rapporto sulle aree settentrionali redatto per la Presidenza della Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno mafioso, 2014, disponibile in www.cross.unimi.it

⁵ Cfr. R. CANTONE, G. DI FEO, *I Gattopardi*, Mondadori, 2010, p. 15.

⁶ Così A. VANNUCCI, citato in: N. GRATTERI, A. NICASO, *Padrini e padroni*, Mondadori, 2016, p. 175.

⁷ F. ROBERTI con G. FOSCHINI, *Il contrario della paura*, Milano, Mondadori, 2016, pp. 113-114.

⁸ R. CANTONE, G. DI FEO, *op. ult. cit.*

Il nostro ordinamento si è andato dotando di strumenti volti a contrastare questo nuovo sistema “mafioso-imprenditoriale” in grado di infiltrarsi nelle pieghe della legalità. Lo stato agisce sempre più in via preventiva e mirando a colpire le organizzazioni mafiose sul piano economico.

In particolare, nell’ambito degli appalti, particolarmente delicato sotto questo profilo, strumento principe di questa strategia di contrasto è la documentazione antimafia, oggetto di questo lavoro.

Se ne analizzeranno (cap. 1): l’inquadramento nel contesto del nostro ordinamento, le linee evolutive e la natura giuridica ed effetti, focalizzandosi specificamente sulla particolare *species* di documentazione antimafia rappresentata dalle informazioni antimafia “accertative”. Se ne apprezzeranno, dunque, i profili sostanziali (cap. 2) muovendo dalla disamina della recente giurisprudenza del Consiglio di Stato, per definirne, attraverso un processo induttivo, i caratteri generali. Infine (cap. 3) si prenderanno in esame gli aspetti procedurali, soppesando l’apporto dei vari soggetti coinvolti nel dare efficace applicazione all’istituto.

1. IL SISTEMA DELLA DOCUMENTAZIONE ANTIMAFIA

1.1. Inquadramento generale

1.1.1 La documentazione antimafia nel quadro del contrasto alla criminalità organizzata

Al mutevole manifestarsi del fenomeno mafioso corrisponde una continua evoluzione degli strumenti di contrasto alla criminalità organizzata da parte dello Stato. Schematicamente, si possono configurare tre livelli di reazione alla criminalità organizzata da parte dell'ordinamento⁹.

Il primo livello di intervento è quello penal-repressivo in cui la mafia è rappresentata (art. 416-*bis* c.p.) come un'"associazione" (organizzata) i cui componenti "si avvalgono della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per": commettere delitti o acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o il controllo di attività economiche". La mafia descritta dal codice penale è un'associazione vera e propria, dotata di un'articolazione logistica, territoriale e militare, da contrastare con il ricorso alle sanzioni penali. Il 416-*bis* è un esempio di scuola di "reato associativo", in cui, cioè, l'associazione rappresenta un elemento essenziale per il configurarsi della fattispecie delittuosa. I soggetti appartenenti all'associazione sono tra loro legati da un *pactum sceleris*: un vincolo associativo che li riunisce in un sodalizio criminoso, ed in forza del quale agiscono nella piena coscienza e volontà di farvi parte in maniera permanente (dolo generico) con l'intenzione di contribuire, attraverso la realizzazione di una serie anche indeterminata di delitti, all'attuazione del programma criminoso (dolo specifico). Nella "visione antropocentrica", tipica del diritto penale, la cosiddetta *societas sceleris* conferisce particolare pericolosità alla condotta illecita dei soggetti, caratterizzata dalla presenza del vincolo associativo e dalla indeterminatezza del programma criminoso, nonché da almeno un minimo di struttura organizzativa e di persone associate (caratteristiche, queste, che permettono di distinguere i reati associativi

⁹ E. LEOTTA, *I poteri certificativi del Prefetto quali strumenti di contrasto alla criminalità organizzata: inquadramento sistematico ed aspetti problematici*, disponibile in www.giustizia-amministrativa.it
La constatazione di un contrasto multilivello alla criminalità organizzata è condivisa anche in V. NERI, *Informativa antimafia e contrasto alla criminalità organizzata*, *CORRIERE MERITO*, 2010, 8-9.

dal mero concorso di persone nel reato)¹⁰. È penalmente perseguito “chiunque *fa parte* di un’associazione di tipo mafioso” in ragione del solo fatto dell’appartenenza purché, d’altra parte, di questa si dia prova “al di là di ogni ragionevole dubbio” secondo gli strumenti probatori tipici del sistema penale.

Questo quadro giuridico, rispetto al fenomeno mafioso contemporaneo, presenta alcuni punti di criticità. Il primo, di natura sostanziale, è legato alla definizione stessa del concetto di mafia che viene delineata dal codice. Infatti il codice penale, riconducendo ad “assetti unitari o addirittura verticistici” il “pulviscolo delle organizzazioni mafiose tradizionali”, costruisce un modello di mafia-nemico o mafia-antistato restituendo, nel complesso, un’immagine mendace del modo con cui le mafie si stanno lanciando alla conquista dei mercati legali e illegali. Invece, “l’entropia dei clan si incunea in modo liquido negli interstizi della società e impedisce di segnare risultati duraturi, rendendo l’avversario del tutto invisibile¹¹”. Nozioni come quelle di infiltrazione, condizionamento, assoggettamento non trovano spazio nella definizione penale di “associazione di stampo mafioso” che si rispecchia, piuttosto, nella concezione arcaica dell’“antistato”. Tutto il complesso di “relazioni esterne”, figure professionali, imprenditoriali, politiche e istituzionali, seppur fondamentali nel sistema mafioso contemporaneo, non rientrano nel modello di condotta “partecipativa, interna e necessaria” presupposta dall’appartenenza all’associazione a delinquere di cui al codice penale. Queste potrebbero, al più, trovare rilievo penale mediante l’istituto, per altro molto discusso, del “concorso esterno”. L’istituto del “concorso di persone” (semplice) in ambito penale, trova fondamento nell’art. 110 c.p.¹² e permette di estendere la sanzione prevista per un fatto-reato a coloro che concorrano nella realizzazione della condotta delittuosa. Questo meccanismo giuridico opera affiancando l’art. 110 del c.p. alla norma che prevede il reato, allargandone di conseguenza l’applicabilità. La peculiarità del concorso “esterno” sta nell’applicare tale meccanismo non ad un semplice reato ma ad un reato “associativo” in cui l’appartenenza all’associazione rappresenta, di per se stessa, la condotta criminosa.

¹⁰ Cfr. R. BARTOLOMEO, *Il diritto penale della criminalità organizzata*, DIR. PEN. E PROCESSO, 2013, 9, 1013.

¹¹ A. CISTERNA, *Il codice antimafia: tra istanze compilative e modelli criminologici*, DIR. PEN. E PROCESSO, 2012, 2, 213.

¹² Art. 110 c.p. Pena per coloro che concorrono nel reato: “Quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita, salve le disposizioni degli articoli seguenti”.

Lo strumento penale, in definitiva, tende a non applicarsi a quei soggetti le cui condotte non possano a tutti gli effetti essere ricondotte al concetto di associazione nel senso organizzativo-funzionale descritto dal codice penale.

In secondo luogo, è spesso difficile fornire la prova “al di là di ogni ragionevole dubbio”, richiesta dal sistema penale, di dinamiche caratterizzate dall'estrema fluidità e ambiguità quali quelle di cui vive la criminalità organizzata moderna. Infine, quand'anche si pervenga ad accertare il reato, la sanzione che ne consegue coerentemente con l'impostazione retributiva del sistema penale, anche in considerazione delle lunghe tempistiche della giustizia penale, non potrebbe effettivamente offrire un'adeguata tutela all'integrità del sistema economico-sociale, ormai irreversibilmente danneggiato. Le misure penali, risultano inidonee, per loro natura, a rimuovere il pregiudizio causato dalla mafia a livello socio-economico.

Per far fronte a queste criticità, l'ordinamento si è andato via via dotando di nuovi strumenti di contrasto al fenomeno mafioso costituendo un secondo livello di intervento che si affianca a quello penale “concorrendo a delineare una strategia articolata di lotta alla criminalità”¹³.

Rispondendo, anzitutto, all'esigenza di tempestività della reazione dello Stato alla minaccia mafiosa se ne anticipa la soglia di reazione già alla fase *ante delictum*. Prima e a prescindere dall'accertamento giurisdizionale del reato in ambito penale, è possibile adottare misure dette, appunto “di prevenzione”, personali e patrimoniali, a seconda che incidano sulla libertà personale ovvero sul patrimonio dei destinatari. Nonostante l'indiscutibile portata afflittiva, queste si differenziano dalle sanzioni penali in quanto si collocano in una prospettiva che segna il superamento del principio della retributività (per il quale la pena è inflitta *post e propter delictum*)¹⁴. Il presupposto della loro applicazione viene fissato non nella responsabilità penale accertata, bensì nella “pericolosità sociale” dei destinatari. Esse si giustificano non tanto in relazione alla speciale gravità delle azioni commesse, quanto, piuttosto, alle condizioni in cui la pericolosità si è manifestata, al punto tale che risulti necessario recidere il legame con determinati fattori ambientali¹⁵.

¹³ V. MAIELLO, *Le misure di prevenzione dopo il cosiddetto codice antimafia. Aspetti sostanziali e aspetti procedurali - profili sostanziali: le misure di prevenzione personali*, GIUR. IT., 2015, 6, 1520.

¹⁴ *Ibidem*

¹⁵ In tal senso: Cass. Pen. sez. I, 7 dicembre 1979, n. 335.

Nonostante la natura giurisdizionale ¹⁶, l'accertamento dei presupposti per l'applicazione delle misure di prevenzione segue standard propri che si discostano dai canoni più garantisti del giudizio penale. Prescindendo dalla commissione di un reato, è richiesta la mera sussistenza di "indizi" da non intendersi, secondo la tradizionale definizione processual-penalistica, come "l'argomento probatorio mediante cui da una circostanza nota se ne trae un'altra ignota con il nesso di causalità o d'identità specifica"¹⁷ quanto piuttosto come "elementi oggettivi di fatto" dai quali possano dedursi "situazioni di pericolosità". In particolare, mirando a colpire l'appartenenza anche solo indiziaria alle associazioni mafiose, queste si giustificano sulla base di una particolare forma di pericolosità sociale, definita "qualificata" per distinguerla da quella cosiddetta "generica", in quanto riferita ad un'attività criminosa "generica" dei soggetti individuati dalla L. 1423/56¹⁸. Vengono, così, colpiti dalle misure di prevenzione quei soggetti la cui attività criminosa è specificamente ricollegabile all'ambito mafioso in quanto "indiziati di appartenere alle associazioni" di cui al 416-*bis* c.p.

La Corte Costituzionale¹⁹ si è in più occasioni espressa a favore della legittimità delle misure antimafia di prevenzione fintanto che siano "comunque proporzionali alla gravità

¹⁶ Ai sensi dell'art. 5 d.lgs. 159/2011 le misure di prevenzione sono disposte dall'Autorità giudiziaria ordinaria su proposta del Procuratore nazionale antimafia, del Procuratore della Repubblica presso il Tribunale del capoluogo del distretto in cui dimora la persona interessata, dal Questore, dal Direttore della Direzione Investigativa Antimafia o dal procuratore Nazionale Antimafia e Antiterrorismo.

¹⁷ Giuseppe Sabatini - Voce "Prova" (Diritto processuale penale e diritto processuale penale militare), in *Novissimo Digesto Italiano*, Utet 1968, pag. 307.

¹⁸ Si parla di "pericolosità sociale generica" in relazione ai soggetti di cui all'art. 1 d.lgs. 159/2011 "Codice Antimafia":

- a) coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi;
- b) coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose;
- c) coloro che per il loro comportamento debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che sono dediti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica."

Quanto parlano di "pericolosità qualificata", dottrina e giurisprudenza, fanno riferimento alle situazioni di cui all'art. 4 dello stesso Codice Antimafia. Si segnalano in particolare, in relazione alla criminalità di stampo mafioso:

- a) "gli indiziati di appartenere alle associazioni di cui all'articolo 416-*bis* c.p.;
- b) i soggetti indiziati di uno dei reati previsti dall'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale ovvero del delitto di cui all'articolo 12-*quinqies*, comma 1, del d. l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356;

[...]

- h) gli istigatori, ai mandanti e ai finanziatori dei reati indicati nelle lettere precedenti. È finanziatore colui il quale fornisce somme di denaro o altri beni, conoscendo lo scopo cui sono destinati;"

¹⁹ C. Cost., 30 giugno 1964 n. 68.

del pericolo, al rango dei valori costituzionali tutelati ed alle specifiche necessità da fronteggiare”²⁰.

Infatti la loro giustificazione deve essere ricercata nel “principio di prevenzione e di sicurezza sociale” che “affianca la repressione in ogni ordinamento come esigenza e regola fondamentale e come tale pervade la Costituzione”. “L’ordinato e pacifico svolgimento dei rapporti tra cittadini deve essere garantito, oltre che dal sistema di norme repressive dei fatti illeciti, anche da un parallelo sistema di adeguate misure preventive contro il pericolo del loro verificarsi in avvenire”²¹.

Il processo evolutivo delle misure di prevenzione si è sempre più incentrato sull’aspetto economico-patrimoniale. Se nella configurazione originaria le misure patrimoniali avevano un ruolo “ancillare” rispetto a quelle personali, potendo essere applicate solo contestualmente a queste ultime, si è ora passati alla loro completa autonomia applicativa. Questa evoluzione sarebbe da leggersi nel quadro della progressiva “presa di coscienza del fatto che i patrimoni presuntivamente illeciti rappresentano un bersaglio privilegiato nella lotta alla criminalità”²² nonché, come sottolineato dalle Sezioni Unite della Cassazione²³, dalla necessità di eliminare dal circuito economico legale i beni e le ricchezze illecitamente acquisite, dotate di una propria specifica pericolosità. Le misure di prevenzione patrimoniali si caratterizzano, inoltre, per la platea allargata di soggetti cui si rivolgono, potendo arrivare a colpire i beni intestati a parenti o conviventi dei proposti o di altri soggetti terzi che comunque di tali a beni abbiano la disponibilità²⁴ ovvero dei successori a titolo universale o particolare dei proposti²⁵.

Proprio nell’ottica di un contrasto mirato alla capacità patrimoniale ed imprenditoriale della criminalità organizzata ed al contestuale ampliamento del monitoraggio preventivo, si inquadra il “terzo livello” di contrasto al fenomeno mafioso.

²⁰ Corte Cost. 29 ottobre 1992, n. 407; *idem*, 31 marzo 1994, n. 118; *idem*, 16 maggio 1994, n. 184; *idem*, 11 febbraio 2002, n. 25.

²¹ C. Cost. 8 aprile 1958, n. 27.

²² F. VERGINE, *Le misure preventive patrimoniali penali*, RIV. DIR. PROC., 2016, 1, 52.

²³ Cass., S.U., 26 giugno 2014, n. 19623.

²⁴ Art. 19, co. 3, Codice Antimafia: “Le indagini sono effettuate anche nei confronti del coniuge, dei figli e di coloro che nell’ultimo quinquennio hanno convissuto con i soggetti indicati al comma 1 nonché nei confronti delle persone fisiche o giuridiche, società, consorzi o associazioni, del cui patrimonio i soggetti medesimi risultano poter disporre in tutto o in parte, direttamente o indirettamente”.

²⁵ Art. 18, co. 2, Codice Antimafia: “Le misure di prevenzione patrimoniali possono essere disposte anche in caso di morte del soggetto proposto per la loro applicazione. In tal caso il procedimento prosegue nei confronti degli eredi o comunque degli aventi causa”.

Questo costituisce, per certi versi, “il fronte avanzato della difesa dello Stato nei confronti della criminalità organizzata”²⁶. In esso trovano collocazione alcuni “istituti di confine”, volti a colpire talune categorie di soggetti che intrattengono *relazioni qualificate* con la criminalità mafiosa.

Tra questi strumenti di contrasto si trova la documentazione antimafia, cioè quel ventaglio di provvedimenti amministrativi attraverso i quali viene preliminarmente portato all’evidenza della Pubblica Amministrazione l’esistenza o meno di divieti, impedimenti e situazioni indici di mafiosità a carico dei soggetti che si pongono in relazione con essa.

La creazione di tali forme di tutela avanzata è stata dettata dalla considerazione che le forme di penetrazione della criminalità organizzata nelle attività economiche possono essere le più varie. Pertanto sono necessari strumenti di reazione flessibili e tempestivi. Essi consentono dell’Autorità amministrativa (nella specie il Prefetto), di rilevare e contrastare il pericolo di infiltrazioni mafiose nelle imprese interessate, anche in mancanza dell’accertamento di fatti penalmente rilevanti e di formali provvedimenti applicativi di misure di prevenzione.

Come riconosciuto da dottrina e giurisprudenza ²⁷, la disciplina della documentazione antimafia costituisce una diretta filiazione di quella sulle misure di prevenzione. Le radici dell’istituto, infatti, si fanno risalire alla legge 13 settembre 1982, n. 646, la cosiddetta “legge Rognoni-La Torre”, nota, in particolare, per avere introdotto nel codice penale la norma sull’associazione mafiosa, ma anche snodo fondamentale per l’evoluzione delle misure di prevenzione antimafia, specie patrimoniali. Essa, proprio nell’emendare la disciplina delle misure di prevenzione, aveva, fra l’altro, previsto la decadenza di diritto da autorizzazioni, licenze, concessioni e figure analoghe nonché dalle iscrizioni agli albi degli appaltatori ed a quello dei costruttori per i soggetti destinatari delle misure di prevenzione in questione. La legge, risultava, però, incompleta sotto il profilo operativo perché, pur introducendo una sorta di casellario delle misure di prevenzione, aveva trascurato di predisporre un protocollo di comunicazione dei provvedimenti alle pubbliche amministrazioni, incaricate dei procedimenti amministrativi²⁸.

²⁶ E. LEOTTA, *I poteri certificativi del Prefetto quali strumenti di contrasto alla criminalità organizzata: inquadramento sistematico ed aspetti problematici*, Relazione alla Conferenza Nazionale: “Le nuove disposizioni penali in materia di sicurezza pubblica - strumenti e poteri di prevenzione antimafia”, organizzata dall’Osservatorio Permanente sulla Criminalità organizzata - Siracusa, 25-27 giugno 2010, in www.giustizia-amministrativa.it

²⁷ Cons. Stato, VI, 14 gennaio 2002, n. 149; *idem*, IV, 4 maggio 2004, n. 2783.

²⁸ Cfr. R. CANTONE, *La riforma della documentazione antimafia: davvero solo un restyling?*, in *GIORNALE DIR. AMM.*, 2013, 892.

Di lì a poco, quindi, con la legge 23 dicembre 1982, n. 936, venne affidato al Prefetto, organo locale del Ministero dell'Interno, il compito di comunicare alle pubbliche amministrazioni competenti l'esistenza di provvedimenti ostativi ad autorizzazioni, appalti ecc. Questa notizia fornita alla pubblica amministrazione rappresenta l'archetipo di una delle forme che caratterizza la documentazione attuale²⁹. Un articolato percorso normativo, sviluppatosi in particolare negli anni Novanta, portava l'istituto ad assumere connotazioni sempre più simili a quello odierno conferendo al Prefetto un ruolo sempre più centrale.

Sulla spinta delle vicende di Tangentopoli, si prevedeva espressamente³⁰ il divieto per pubbliche amministrazioni di contrarre rapporti contrattuali con imprese per le quali il Prefetto non avesse rilasciato "complete informazioni" circa l'insussistenza di cause di decadenza o "tentativi di infiltrazione mafiosa". Si valorizzava, così, il ruolo investigativo del Prefetto che, terminata l'esperienza dell'Alto Commissario³¹, ne ereditava il complesso ventaglio di poteri, incentrati sulla valorizzazione degli elementi di intelligence investigativa in chiave preventiva³².

Più recentemente, nel contesto di un più ampio disegno riformatore (cosiddetto "Pacchetto sicurezza")³³, il legislatore ha inteso rafforzare ulteriormente i poteri di accertamento del Prefetto, accentuandone la funzione general-preventiva in materia di

²⁹ Così, CISTERNA, voce *Certificazione antimafia*, in *DIG. DISC. PUB.*, agg. 2010, 14.

Per un esame dell'evoluzione normativa dell'istituto si v. anche V. REALE, R. REALE, *Il sistema normativo dei controlli antimafia e sui tentativi di infiltrazione mafiosa nelle attività contrattuali, autorizzative e concessorie pubbliche*, in *NUOVA RASSEGNA*, 2011, 2204.

³⁰ Legge di delega 17 gennaio 1994, n. 47, cui si è dato attuazione con il d. Lgs. 8 agosto 1994, n. 490. L'art. 1, lett. d), legge di delega assegnò al Governo il compito di stabilire che "le pubbliche amministrazioni e gli enti pubblici, 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" non potessero "stipulare, approvare o autorizzare i contratti e i subcontratti di cui all'art. 10 della citata legge n. 575/1965 e successive modificazioni, né rilasciare o consentire le concessioni e le erogazioni di cui al citato art. 10, se non hanno acquisito complete informazioni, rilasciate dal Prefetto, circa l'insussistenza, nei confronti degli interessati e dei loro familiari conviventi nel territorio dello Stato, delle cause di decadenza o di divieto previste dalla medesima legge n. 575/1965, e successive modificazioni, ovvero di tentativi di infiltrazione mafiosa nelle società o imprese interessate". Cfr. A. Cisterna, *Certificazione antimafia*, in *DIG. DISC. PUBBL.*, 2010, *ad vocem*, dove si osserva che nel corso dei lavori parlamentari guadagnò consensi "l'idea che fosse necessario completare il sistema degli accertamenti antimafia con un nuovo strumento capace di conferire incisività all'attività di controllo svolta dai prefetti. Soprattutto a seguito della cessazione delle funzioni dell'Alto Commissario Antimafia, portata a compimento nel 1993, e della devoluzione ai Prefetti e al direttore della Direzione Investigativa Antimafia, dei poteri antimafia che nel tempo erano stati attribuiti al Ministro dell'Interno, con facoltà di delega, di volta in volta o in via permanente".

³¹ Sulla continuità dei poteri dell'Alto Commissario e del Prefetto vds. par. 3.3.

³² Così osserva B. FRATTASI, *Le informative tipiche ed atipiche: che cosa sono? Le risposte della giurisprudenza*, in *RIV. TRIM. APP.*, 2008, 729.

³³ L. 15 luglio 2009, n. 94.

sicurezza³⁴. Così, al fine di “prevenire infiltrazioni mafiose nei pubblici appalti”, si è attribuito il potere di disporre “accessi e accertamenti nei cantieri delle imprese interessate all’esecuzione di lavori pubblici, avvalendosi, a tal fine, dei gruppi interforze”³⁵. Così, l’istituto della documentazione antimafia, “nato quasi in sordina, si era trasformato completamente, assumendo sempre più un ruolo centrale nella strategia di contrasto preventivo alle infiltrazioni delle organizzazioni mafiose nel sistema degli appalti ed in generale nell’economia legale del paese”³⁶.

Seguendo gli approdi di questo percorso evolutivo, in attuazione della legge delega del 13 agosto 2010 n. 136 (“Piano straordinario contro le mafie”), nasceva il Codice Antimafia (d. lgs 6 settembre 2011 n. 159, di seguito: Codice Antimafia) con la “grande e condivisibile ambizione” di “portare in un testo unico tutte le norme di contrasto al fenomeno mafioso”³⁷. Dopo circa mezzo secolo dall’introduzione delle misure di prevenzione personale antimafia (1965) a trent’anni dall’introduzione dell’art. 416-*bis* nel Codice Penale e il susseguirsi (1991-1992; 2008-2010) di importanti innovazioni normative nel contrasto alla criminalità organizzata, era divenuta indispensabile un’azione di manutenzione del sistema delle fonti³⁸. Ma il tentativo di dar vita ad un *corpus* normativo omnicomprensivo della legislazione antimafia è di fatto sfociato in una “scelta a ribasso”³⁹ rispetto alle intenzioni iniziali da parte del legislatore delegato, che ha escluso dal nuovo Codice Antimafia una serie di materie e norme sostanziali rilevanti⁴⁰. Ciononostante la scelta del legislatore di farvi confluire la disciplina delle misure di prevenzione (Libro I), quella della documentazione antimafia (Libro II), e le disposizioni

³⁴ Per maggiori considerazioni sulle innovazioni alla normativa di prevenzione apportate dal “Pacchetto sicurezza” vds. A. CISTERNA, *Le misure di contrasto alla criminalità organizzata nel “Pacchetto sicurezza”*, DIR. PEN. E PROCESSO, 2009, 9, 1069.

³⁵ Cfr. art. 5-*bis* del d.lgs. n. 490 del 1994 nella versione risultante dalle modifiche apportate con la L. n. 94 del 2009.

³⁶ Così: Cfr. R. CANTONE, *La riforma della documentazione antimafia: davvero solo un restyling?* che rimanda a: CUSUMANO, PORACCIOLO, *La documentazione antimafia*, in LEG. PEN., 2012, 283 per analoghe considerazioni.

³⁷ R. Cantone, *op. ult. cit.*

³⁸ Così: A. CISTERNA, *Il codice antimafia: tra istanze compilative e modelli criminologici*, DIR. PEN. E PROCESSO, 2012, 2, 213.

³⁹ Sull’incompletezza del Codice Antimafia vds. B. ROMANO, *Il diritto penale della criminalità organizzata*, DIR. PEN. E PROCESSO, 2013, 9, 1013 (commento alla normativa) A. CISTERNA, *Il codice antimafia: tra istanze compilative e modelli criminologici*; R. CANTONE, *La riforma della documentazione antimafia: davvero solo un restyling?*; M. V. DE SIMONE, F. ROBERTI, *Osservazioni a margine dei lavori del Senato sull’iter di approvazione dell’A.S. n. 2134 recante modifiche al codice delle leggi antimafia. La posizione della Procura Nazionale*, in www.penalecontemporaneo.it

⁴⁰ Ad esempio quelle sul cosiddetto *carcere duro*, previsto dall’art. 41-*bis* dell’ordinamento penitenziario, sullo scioglimento dei consigli comunali per infiltrazioni mafiose, sul sistema di prevenzione del riciclaggio e sui collaboratori di giustizia

su alcuni soggetti istituzionali del *law enforcement* (Libro III), è sintomatica della concezione del fenomeno della criminalità organizzata quale “mafia-imprenditrice” nonché della volontà di valorizzare l’importanza del Codice quale “strumento di prevenzione delle mafie nel settore economico”⁴¹ da attuarsi mediante un’ampia cooperazione interistituzionale.

Tra i due strumenti di prevenzione previsti dal Codice, esistono ovviamente delle differenze⁴². Quella che qui occorre sottolineare è la radicale differenza di obiettivi dei due strumenti⁴³.

I soggetti da colpire con le misure di prevenzione sono gli “indiziati di appartenere ad associazioni di tipo mafioso”⁴⁴, ai quali è precluso l’accesso al mondo degli appalti e dei finanziamenti pubblici.

Nel caso delle misure interdittive di competenza del Prefetto, ciò che si vuole combattere sono “i tentativi di infiltrazione mafiosa nelle società o imprese interessate”⁴⁵, o meglio gli “eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate”⁴⁶ sulla base della “possibilità” (desunta comunque da elementi non esclusivamente congetturali), che la stessa impresa possa, anche in via indiretta, favorire la criminalità⁴⁷.

In quest’ottica appare evidente come la documentazione antimafia concretizzi la massima anticipazione della soglia di prevenzione della criminalità mafiosa⁴⁸ e si ponga su un fronte avanzato rispetto alle misure di prevenzione propriamente dette, oltre che, naturalmente, del giudicato penale.

1.1.2 Linee evolutive

Nonostante i limiti rispetto ai propositi originari, il Codice sembrava mirare a un’inversione di tendenza rispetto alla logica emergenziale che aveva contraddistinto la normativa antimafia dell’ultimo trentennio.

⁴¹ R. CANTONE, in *op. ult. cit.*

Sulla comune natura di strumento di contrasto agli interessi economici della c.o. di misure di prevenzione e documentazione antimafia vds. anche: V. NERI, *Informativa antimafia e contrasto alla criminalità organizzata*, *CORRIERE MERITO*, 2010, 8-9.

⁴² Per ulteriori considerazioni sui rapporti tra misure di prevenzione e documentazione antimafia si veda il par. 2.2.4.

⁴³ E. LEOTTA, *op.cit.*

⁴⁴ Art. 4 d.lgs. 159/2011.

⁴⁵ Art. 1, comma 1, lettera d, ultima parte, della L. 17 gennaio 1994, n. 47.

⁴⁶ Art. 4, comma 4, del d.lgs 8 agosto 1994, n. 490.

⁴⁷ Cons. Stato, VI, 28 aprile 2010, n. 2441.

⁴⁸ Cons. Stato, Sez. IV, 26 gennaio 2006, n. 222.

Tuttavia, i successivi interventi legislativi e le più recenti proposte di modifica, sembrano espressione di un ritorno alla stratificazione normativa che si voleva superare⁴⁹. L'evoluzione del sistema normativo della prevenzione sembra seguire uno schema ricorrente. Si parte spesso da accorgimenti procedurali o strumenti operativi adottati per via convenzionale o frutto della prassi applicativa, per far fronte a particolari esigenze di tutela non opportunamente soddisfatte dalla normativa ordinaria o a situazioni emergenziali. Nascono, così, settori ristretti rispetto all'ambito di operatività della legislazione comune, caratterizzati da un regime di tutela rafforzata. Successivamente, in ragione dell'efficacia e della loro riscontrata utilità pratica, vengono adottati dall'ordinamento mediante atti normativi di rango secondario o primario (risultando, così, spesso disciplinati da fonti di rango diverso) e ne viene ampliato progressivamente l'ambito di operatività fino a giungere all'applicabilità generale⁵⁰. Come è facile intuire, questo modello di perfezionamento e rinnovamento progressivi del sistema non può che dar luogo ad una stratificazione dei nuovi strumenti legislativi di tutela rafforzata su quelli ordinari già precedentemente cristallizzati nel Codice Antimafia.

In questa linea evolutiva si inserisce, inoltre, il proliferare della normativa cosiddetta "anticorruzione". Infatti, sulla normativa antimafia "tradizionale", confluita, con particolare riferimento al contrasto preventivo alla criminalità mafiosa nel settore economico, nel Codice Antimafia, si è andata sovrapponendo, già a partire dagli anni Novanta dopo i fatti di Tangentopoli, quella di contrasto al fenomeno della corruzione nei contratti pubblici.

Quest'azione legislativa nasce dall'esigenza di colpire un profilo della criminalità organizzata, rimasto in penombra nel Codice Antimafia, ma, di fatto, sempre più rilevante. Quella presupposta dal Codice, infatti, è ancora "una criminalità pre-moderna, concepita come tutta intrisa di legami parentali, relegata in strutture economiche individuali o appena plurisoggettive, infiltrata in micro-dimensioni politiche e orientata verso interessi che le concrete dinamiche mostrano in regresso se non del tutto abbandonati"⁵¹. Sono, invece, trascurate le "aeree della cooperazione intermafiosa" (tra gruppi diversi) e

⁴⁹ Così: M. V. DE SIMONE, F. ROBERTI, *Osservazioni a margine dei lavori del Senato sull'iter di approvazione dell'A.S. n. 2134 recante modifiche al codice delle leggi antimafia. La posizione della Procura Nazionale*, in www.penalecontemporaneo.it

⁵⁰ È questo, ad esempio, il percorso che ha seguito l'introduzione nel sistema attuale di strumenti come le *White List* (par. 1.3); I protocolli di legalità (par. 1.4); I Gruppi Interforze (par. 3.4).

⁵¹ A. CISTERNA, *Il codice antimafia: tra istanze compilative e modelli criminologici*, *DIR. PEN. E PROCESSO*, 2012, 2, 213.

“inframafiosa” (i concorrenti esterni, le zone di contiguità): centrali nel fenomeno mafioso attuale. La normativa antimafia tradizionale, in una visione antagonista dei fenomeni criminali organizzati muove dalla concezione della mafia come antistato e la contrasta con l'intervento diretto delle istituzioni dello Stato. Dall'altra parte, la normativa anticorruzione si focalizza su quell'area di contiguità, connivenza e cooperazione tra la mafia e partizioni dell'economia legale puntando a prevenire il fenomeno alla radice intervenendo sulla condotta dei soggetti economici pubblici e privati.

In questo quadro, il settore dei contratti pubblici, è assolutamente centrale in ragione dell'elevata concentrazione di fenomeni corruttivi dovuta a diversi ordini di motivi⁵²: l'utilizzo di ingenti somme di denaro pubblico che attirano interessi illeciti; la forte polverizzazione della domanda in capo a una molteplicità di pubbliche amministrazioni e organismi di diritto pubblico; la complessità della disciplina e il quadro di instabilità normativa che caratterizza il settore.

Per quanto non sia facile fornire dati concreti oggettivi sull'incidenza della corruzione sui contratti pubblici si può certamente affermare che: si tratta di un fenomeno atavico e storicamente ricorrente⁵³; sotto il profilo sociale, particolarmente avvertito nel nostro Paese⁵⁴; sotto il profilo economico, di rilevante incidenza per la collettività⁵⁵. La rilevanza del fenomeno può essere desunta da riscontri empirici.

⁵² Cfr. G. FIDONE, *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti Pubblici*, *GIORNALE DIR. AMM.*, 2015, 3, 325 (commento alla normativa).

⁵³ Il fenomeno è già noto, per altro in termini molto simili a quelli attuali, a Plinio il Giovane, governatore della Bitinia, che, nel 110 d.C. circa, scrive all'imperatore Traiano “«I lavori pubblici non venivano ultimati in base ai preventivi pattuiti con l'appalto e necessitavano di ulteriori finanziamenti oppure venivano impiegati materiali scadenti, come nel caso dell'acquedotto di Nicomedia in Bitinia, per il quale la comunità aveva speso più di tre milioni di sesterzi, ma era rimasto incompiuto e abbandonato e per avere l'acqua gli abitanti dovevano sborsare altri soldi. Il teatro di Nicea, sempre in Bitinia, malgrado non fosse mai stato ultimato, era già costato più di dieci milioni di sesterzi ed aveva profonde fenditure e crepe, la cui riparazione avrebbe richiesto forti spese, forse inutili, per cui Plinio suggeriva che fosse più conveniente distruggerlo e rifarlo completamente»”, (Plinio il Giovane, *Epistolario* X, 37)

⁵⁴ Interessanti indicatori della percezione della corruzione in Italia, soprattutto nel confronto con lo stesso dato rilevato negli altri stati europei, sono:

- il cosiddetto “Eurobarometro”: sondaggio della Commissione Europea, fondato sulla percezione della corruzione da parte degli intervistati nei diversi Stati membri. Per il 70% degli intervistati italiani la corruzione è diffusa negli appalti pubblici gestiti da autorità nazionali (il 69% con riferimento agli appalti gestiti dalle Autorità regionali o locali), contro il 56% della media UE (solo il 9% afferma che sia rara e lo 0% che non esista);
- il *Corruption Perception Index 2015* di *Transparency International*, nel quale l'Italia si classifica al 61° posto con un punteggio di quarantaquattro su cento, in fondo alla classifica europea.

⁵⁵ Il Dipartimento per la Funzione Pubblica ha stimato in sessanta milioni il costo complessivo della corruzione in Italia (cfr. relazione 2008 *Transparency*; relazione al Parlamento n. XXVII n. 6 in data 2 marzo 2009 del Ministro per la Pubblica Amministrazione). Tale stima è stata fermamente contestata dal Procuratore Generale Lodovico Principato nella relazione per la Cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario 2012, Corte dei conti Sezioni Riunite, 16 febbraio 2012, p. 100.

Basti pensare che l'alta velocità in Italia è costata 47,3 milioni di euro al chilometro per il tratto Roma-Milano e 96,4 milioni a chilometro per il tratto Bologna-Firenze. Analoga opera è costata appena dieci milioni a chilometro della tratta Parigi-Lione, 9,8 milioni a chilometro per il tratto Madrid - Siviglia.⁵⁶ È chiaro che tali differenze possono dipendere da molti diversi fattori di inefficienza e non necessariamente da fenomeni corruttivi ma il dato resta certamente allarmante. L'esperienza ha anche insegnato che negli anni Novanta, successivamente ai noti fatti di Tangentopoli, si verificò un drastico abbattimento dei costi rilevato per la realizzazione dei lavori pubblici, probabilmente anche per effetto della nota inchiesta giudiziaria “ Mani pulite”. Se la realizzazione del passante ferroviario a Milano nel periodo precedente a tali fatti (anni precedenti al 1992) era costata quasi cento miliardi di lire a chilometro, per effetto dell'inchiesta, il prezzo sostenuto per i medesimi lavori si ridusse drasticamente anche in misura del 45-50%⁵⁷.

Sebbene nell'immaginario collettivo il termine “corruzione” sia spesso associato a specifiche fattispecie di reato, da contrastarsi sul piano della sola repressione penale, in realtà, il concetto di corruzione è multilivello e oscilla fra dimensione giuridica, etica ed economica. Secondo la definizione dell'ANAC questo ricomprende «situazioni in cui, a prescindere dalla rilevanza penale, rilevi il malfunzionamento dell'amministrazione a causa dell'uso a fini privati delle funzioni attribuite»⁵⁸. Da qui la necessità di un sempre più forte intervento preventivo nel contrasto alla corruzione anche, e soprattutto (in ragione della particolare concentrazione di fenomeni corruttivi nel settore) nei contratti pubblici. La lotta alla corruzione in Italia è stata principalmente intrapresa attraverso l'irrigidimento delle procedure amministrative, la privazione della discrezionalità amministrativa, la creazione di automatismi per l'aggiudicazione dei contratti anche a scapito dell'efficienza. Tale tendenza è cambiata con la legge anticorruzione del 2012⁵⁹, che ha previsto misure di prevenzione della corruzione trasversali a tutte le fasi della vita del contratto e che si

⁵⁶ I dati sono tratti dal documento della Commissione Europea COM(2014) 38 final Bruxelles, 3.2.2014 - ANNEX 12 - Allegato sull'Italia della Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo - Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione

⁵⁷ Vds. dossier *Corruzione. La tassa occulta che impoverisce e inquina il Paese*, curato da Associazione Libera e Legambiente.

⁵⁸ Piano Nazionale Anticorruzione, consultabile sul sito dell'ANAC, www.anticorruzione.it

⁵⁹ L. 6 novembre 2012, n. 190, “Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione” che ha complessivamente ridisegnato la disciplina generale delle misure volte a prevenire e a reprimere la corruzione. Per un'analisi approfondita vds. B. G. MATTARELLA, M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013.

fondano sulla trasparenza dell'operato della pubblica amministrazione⁶⁰. In tale ambito assume una posizione centrale l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) con compiti di amministrazione attiva, consultiva, ispettiva e di controllo. Dopo l'assorbimento delle competenze della Autorità di Vigilanza dei Contratti Pubblici (AVCP) ai sensi del d. l. 90/2014, oggi l'ANAC risulta dotata di pervasivi poteri di vigilanza non solo in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza ma anche in materia di contratti pubblici⁶¹.

Tra le numerose misure di contrasto alla corruzione introdotte a partire dal 2012, si citano qui (rimandando ai paragrafi successivi un'analisi più dettagliata), in quanto di specifico interesse per il tema trattato: i patti di integrità che permettono un controllo reciproco tra stazione appaltante e partecipanti nonché le sanzioni a carico di chi, tra i partecipanti cerchi di eluderne i contenuti; i protocolli di legalità⁶² e le *white list*⁶³ ecc.

Dalla disamina qui effettuata degli strumenti di cui lo Stato si è dotato per opporsi quanto più efficacemente alle mutevoli manifestazioni del fenomeno mafioso, si può affermare che l'emergenza esistente ed avvertita nel Paese in tale materia all'ampliamento ed all'anticipazione progressivi della soglia di contrasto nonché ad un sempre più marcato focus sul profilo patrimoniale ed "imprenditoriale" della pervasività mafiosa. Tali nuovi strumenti di contrasto, sviluppatisi parallelamente ed al di fuori del sistema penale, si sono caratterizzati per una spiccata afflittività proprio sotto il profilo della libertà di iniziativa economica.

La materia della documentazione antimafia si inserisce senz'altro in un ambito complesso e socialmente sensibile. I valori ad essa sottesi sono, infatti, particolarmente rilevanti e potenzialmente confliggenti fra loro: da un lato, lo sforzo, affatto encomiabile, di prevenire il propagarsi del fenomeno mafioso nel sistema economico; dall'altro, il necessario rispetto della libertà di impresa e di altri valori di ampia portata, qual è il diritto della persona di esprimere la propria personalità nei diversi contesti sociali al riparo da valutazioni, arbitrarie o eccessivamente discrezionali, dell'autorità amministrativa.⁶⁴ Il severo limite, di natura preventiva e non sanzionatoria, e all'iniziativa economica privata viene quindi giustificato dalla considerazione che il metodo mafioso, per sua stessa ragion

⁶⁰ Di questo parere: G. FIDONE, *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti Pubblici*, *GIORNALE DIR. AMM.*, 2015, 3, 325 (commento alla normativa).

⁶¹ Per una disamina dei poteri dell'ANAC vds. F. DI LASCIO, B. NERI, *I poteri di vigilanza dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, *GIORNALE DIR. AMM.*, 2015, 4, 454.

⁶² Oggetto di specifica trattazione al par. 1.4.

⁶³ Specificamente analizzati al par.1.3.

⁶⁴ P. TONNARA, *Informativa antimafia e discrezionalità del Prefetto - il commento*, *Urbanistica e appalti*, 2017, 2, 223.

di essere, costituisce un «danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana» (art. 41, comma secondo, Cost.), oltre a porsi in contrasto, ovviamente, con l'utilità sociale, limite, quest'ultimo, allo stesso esercizio della proprietà privata. L'immissione del metodo mafioso nel circuito economico viene ad essere gravemente lesivo dell'essenziale principio di eguaglianza sostanziale, sancito dall'art. 3 co. 2 della Carta Fondamentale, in quanto comporta che entità economiche sostenute da ingenti risorse finanziarie di illecita origine ed agevolate, rispetto ad altri operatori, da modalità criminose ed omertose, entrino nel mercato con una aggressività tale da eliminare ogni concorrenza e, infine, da monopolizzarlo.

L'istituto della documentazione antimafia mira, pertanto, attraverso un delicato bilanciamento con i principi della libera iniziativa economica e della libertà della concorrenza - costituzionalmente garantiti - a tutelare il generale ordine pubblico economico nonché proprio la trasparenza e la concorrenza, nel libero esercizio di una attività imprenditoriale rispettosa della sicurezza e della dignità umana.

1.2 Classificazione della documentazione antimafia: natura giuridica e ambito di applicazione

1.2.1 Comunicazione e informazioni "ricognitive" e "accertative"

La documentazione antimafia è costituita: dalla comunicazione antimafia e dall'informazione antimafia⁶⁵. La prima consiste nell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67, cioè: condanne con sentenza definitiva o, ancorché non definitiva, confermata in grado di appello, per uno dei delitti di cui all'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale ovvero provvedimenti definitivi di una delle misure di prevenzione personali applicate dall'autorità giudiziaria anche nei confronti di chiunque conviva con la persona sottoposta alla misura di prevenzione nonché nei confronti di imprese, associazioni, società e consorzi di cui la persona sottoposta a misura di prevenzione sia amministratore o determini in qualsiasi modo scelte e indirizzi.

L'informazione antimafia consiste nell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67, nonché, fatto

⁶⁵ Art. 84, co. 1, Codice Antimafia.

salvo quanto previsto dall'articolo 91, comma 6⁶⁶, nell'attestazione della sussistenza o meno di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate.

Con l'entrata in vigore del Codice Antimafia si è espunta dall'ordinamento un'altra tipologia di documentazione: la cosiddetta informativa "supplementare" o "atipica", fondata sul previgente art. 10 comma 9 del D.P.R. n. 252/1998⁶⁷. Con tale provvedimento il Prefetto, pur attestando l'assenza di cause ostative accertate (per le quali avrebbe proceduto ad adottare un'interdittiva), segnalava le evenienze riscontrate all'Amministrazione richiedente, rimettendo comunque alla discrezionalità di quest'ultima la valutazione circa l'opportunità di avviare o proseguire il rapporto contrattuale o amministrativo con l'impresa oggetto di verifica. Emanato in assenza di elementi informativi adeguati, questo provvedimento non poneva veri e propri obblighi in capo alla pubblica amministrazione, dando luogo ad effetti incerti⁶⁸. L'eliminazione di questa forma documentale "spuria" comporta che nel sistema ora vigente nel caso in cui le evidenze raccolte dall'esame delle situazioni indizianti non raggiungano quel livello che giustifichi la prognosi probabilistica per ritenere l'infiltrazione mafiosa, il Prefetto dovrà emettere senz'altro un'informativa negativa.

⁶⁶ "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, commesse con la condizione della reiterazione prevista dall'articolo 8-*bis* della legge 24 novembre 1981, n. 689. In tali casi, entro il termine di cui all'articolo 92, rilascia l'informazione antimafia interdittiva".

⁶⁷ Art. 10, comma 9, del D.P.R. n. 252/1998: "Le disposizioni dell'articolo 1-*septies* del decreto-legge 6 settembre 1982, n. 629, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 ottobre 1982, n. 726, come successivamente integrato dalla legge 15 novembre 1988, n. 486, non si applicano alle informazioni previste dal presente articolo, salvo che gli elementi o le altre indicazioni fornite siano rilevanti ai fini delle valutazioni discrezionali ammesse dalla legge. Sono fatte salve le procedure di selezione previste dalle disposizioni in vigore in materia di appalti, comprese quelle di recepimento di direttive europee".

⁶⁸ Cfr. in senso critico sul tema: B. FRATTASI, *Le informative tipiche ed atipiche: che cosa sono? Le risposte della giurisprudenza*, in *RIV. TRIM. APP.*, 2008, secondo cui. "la censura più ricorrente e più suggestiva imputa all'istituto una debolezza intrinseca, che sta nel rimettere alle amministrazioni decisioni delicate ed impegnative sulle quali la stessa autorità di pubblica sicurezza ha dovuto, in fondo, glissare in mancanza di una certa conclusione degli argomenti"; considerazioni non dissimili sono contenute nelle Linee Guida adottate il 19 dicembre 2012 dal CCASGO (Comitato di coordinamento per l'alta sorveglianza delle Grandi opere), struttura tecnica operante presso il Ministero dell'interno; nel ricostruire la genesi dell'istituto evidenziano come si sia fatto "un uso ridondante o improprio delle informative atipiche" e come in alcuni casi l'uso di esse "ha corrisposto ad un criterio fin troppo prudenziale, laddove gli elementi avrebbero potuto, soprattutto se corroborati da ulteriori approfondimenti e riscontri, giustificare l'adozione di un'informazione tipica, cioè direttamente interdittiva"; vds. anche R. CANTONE, *La riforma della documentazione antimafia: davvero solo un restyling?*, in *GIORNALE DIR. AMM.*, 2013, 892; G. D'ANGELO, *La documentazione antimafia nel d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159: profili critici*, in *URBANISTICA E APPALTI*, 2013, 3, 256.

Nell'ambito del *genus* della documentazione antimafia, le due categorie di provvedimenti hanno un contenuto solo parzialmente coincidente. Entrambi sono provvedimenti dichiarativi, cioè “volti all'accertamento di una realtà giuridica” e “danno luogo ad una dichiarazione di scienza” Pertanto, entrambe le tipologie di provvedimenti documentali, come tutti gli atti dichiarativi, hanno alla base due elementi: una situazione di fatto e il suo accertamento⁶⁹. Ciò che cambia, almeno parzialmente, è la situazione di fatto oggetto di accertamento.

La nuova disciplina, in continuità con la precedente⁷⁰, attribuisce alle comunicazioni antimafia il contenuto di certificazioni “di base” dando certezza pubblica dell'assenza o meno di cause di decadenza “tabellari”. Con il rinvio all'art. 67 del Codice, che fa riferimento a condanne penali e misure di prevenzione in relazione non solo alla criminalità mafiosa ma anche, ad esempio a fatti di terrorismo o reati contro l'ordine pubblico, la comunicazione costituisce uno “strumento preventivo a carattere generale”⁷¹. L'istituto, introdotto dall'art. 20 della L. 646/1982, trova il suo fondamento in due esigenze: la necessità di salvaguardare i pubblici amministratori, funzionari o dipendenti dalla non lieve responsabilità penale di cui all'art. 10-*quinquies* l. n. 575 del 1965⁷² e la mancanza nell'ordinamento di un casellario giudiziale delle misure di prevenzione. A fronte dell'evoluzione storica della normativa relativa alla documentazione antimafia, il contenuto ordinario della certificazione è stato riferito a provvedimenti definitivi, laddove la previgente normativa comprendeva sia i “provvedimenti” che i “procedimenti” per l'irrogazione di misure di prevenzione. La natura giuridica dell'istituto è chiaramente quella di una “dichiarazione di scienza”, tra l'altro “senza alcun profilo di valutazione”⁷³ da parte del Prefetto, e non di “manifestazione di volontà”.

⁶⁹ Definizione di B. G. MATTARELLA in S. CASSESE (a cura di) *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Quarta edizione, cap. VII Il procedimento amministrativo, pag. 311, Giuffrè Milano, 2012. I provvedimenti dichiarativi si distinguono dai provvedimenti costitutivi in quanto questi ultimi “sono voltati alla modificazione della realtà giuridica, quindi danno luogo a dichiarazioni di volontà”.

⁷⁰ Le comunicazioni antimafia prendono il posto delle vecchie comunicazioni del Prefetto ex art. 3 del D.P.R. 252/1998; le informazioni antimafia sostituiscono le informazioni del Prefetto ex art. 10 dello stesso testo.

⁷¹ Cfr. S. GAMBACURTA, *La documentazione antimafia, tipologia e contenuto*, in: A. CISTERNA, M. V. DE SIMONE, B. FRATTASI, S. GAMBACURTA, *COMMENTO AL CODICE ANTIMAFIA*, Maggioli Editore, ed. 2013.

⁷² Art. 10-*quinquies*, L. 575/1965: “Il pubblico amministratore, il funzionario o il dipendente dello Stato o di altro ente pubblico ovvero il concessionario di opere e di servizi pubblici che consente alla conclusione di contratti o subcontratti in violazione dei divieti previsti dall'articolo 10, è punito con la reclusione da due a quattro anni. Se il fatto è commesso per colpa la pena è della reclusione da tre mesi ad un anno”.

⁷³ V. NERI, *Informativa antimafia e contrasto alla criminalità organizzata*, *CORRIERE MERITO*, 2010, 8-9.

Sarebbe, del pari, profondamente erroneo connotarla in termini autorizzatori o di giudizio, ritenendola un parere. In un'ottica aziendalistica dell'attività amministrativa, si potrebbe considerare quello delle Prefetture come un "servizio" offerto all'Ente pubblico o al cittadino richiedenti il certificato; il che peraltro, non può in alcun caso essere considerato equivalente al rilascio di una sorta di patente di "amafiosità"⁷⁴.

L'art. 89 del Codice, solo nelle ipotesi in cui è previsto il rilascio delle comunicazioni antimafia, ha mantenuto la possibilità per l'impresa, già prevista dall'art. 5 del d.P.R. 252/1998 di autocertificare all'amministrazione l'assenza delle situazioni di interdizione di cui all'art. 67. Anche la possibilità di autocertificazione, tipica dei procedimenti dichiarativi, nell'ottica della semplificazione amministrativa⁷⁵, da conferma sulla natura giuridica dell'istituto in parola.

Quanto all'informazione antimafia, invece, dottrina⁷⁶ e giurisprudenza⁷⁷ sono concordi nell'affermare la "doppia natura" del provvedimento, distinguendo tra informazioni "ricognitive" e informazioni "accertative". Questo strumento, infatti, da una parte, come le comunicazioni (identico il rinvio all'art. 67 del Codice), certifica l'esistenza o meno di cause di "non interdizione"; dall'altra deve attestare l'esistenza o meno di una ulteriore condizione: i tentativi di infiltrazione mafiosa.

Con riferimento al primo ordine di situazioni l'informazione prefettizia non è che una ricognizione di fatti preesistenti relativamente ai quali si limita ad una mera dichiarazione di scienza; da qui la definizione ormai diffusa in dottrina e giurisprudenza di "informazioni ricognitive".

Con riguardo, invece, ai tentativi di infiltrazione mafiosa, l'informazione non dipende dal semplice riscontro di fattori già acclarati, ma assume la natura di un atto di accertamento - da cui la definizione di "informazioni accertative" - di un dato "nuovo" (i tentativi di infiltrazione mafiosa), in quanto mai dichiarato prima, seguito da una certificazione di quanto accertato attraverso un'attività non meramente vincolata ma

⁷⁴ Per una più approfondita analisi sull'evoluzione storica della certificazione antimafia e sulla natura giuridica dell'istituto cfr. A. INFANTE, S. MENICHELLI, *Origini ed evoluzione della certificazione antimafia*, DIR. PEN. E PROCESSO, 1997, 12, 1525.

⁷⁵ Così B. G. MATTARELLA in S. CASSESE (a cura di) *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Quarta edizione, Giuffrè, Milano, 2012, p. 311.

⁷⁶ E. LEOTTA, *I poteri certificativi del Prefetto quali strumenti di contrasto alla criminalità organizzata: inquadramento sistematico ed aspetti problematici*.

⁷⁷ Tra la più significativa in merito: Cons. Stato., Sez. VI, 24 ottobre 2000, n. 5710 e 14 gennaio 2002, n. 149; Sez. IV, 6 giugno 2001, n. 1148; T.A.R. Salerno, Sez. I, 7 maggio 2004, n. 375; Cons. Stato, Sez. VI, 16 giugno 2007, n. 3187; 21 ottobre 2005, n. 5993.

espressione di discrezionalità amministrativa⁷⁸. Essa implica lo svolgimento di una serie di attività cognitive a fini istruttori che possono qualificarsi come “indagini di tipo amministrativo”⁷⁹, imperniate sulla figura del Prefetto ma che vedono sempre più coinvolti altri soggetti istituzionali: dalle forze di polizia, a enti e organismi di più recente istituzione quali il CASIIP⁸⁰ o l’ANAC⁸¹.

Il concetto di “pericolo di tentativi di infiltrazione mafiosa”, come riportato da dottrina⁸² e giurisprudenza⁸³, in quanto avente matrice più sociologica che giuridica, si presenta estremamente sfumato e rimanda ad una serie pressoché indefinita di situazioni in cui l’impresa possa rappresentare veicolo, diretto o indiretto, di ingerenze da parte della criminalità organizzata nel sistema dell’economia legale. L’impresa si considera “veicolo diretto” nei casi di inserimento stabile e significativo in termini di influenza effettiva nei centri decisionali dell’impresa da parte di soggetti ricollegabili alla criminalità organizzata⁸⁴. Si parla di impresa come “veicolo indiretto” allorché la criminalità mafiosa sia comunque in grado di influenzarne l’orientamento e le scelte pur non controllandola in maniera diretta ovvero quando la stessa impresa, pur non essendo “criminale”, possa comunque favorire la criminalità organizzata.

Nonostante il tentativo del Codice di creare un quadro di maggiore certezza in tema di documentazione antimafia anche attraverso l’armonizzazione e la razionalizzazione delle fonti da cui dedurre i tentativi di infiltrazione mafiosa (indicate all’art. 84 co. 4⁸⁵ e 91

⁷⁸ Il tema dell’attività discrezionale del Prefetto con particolare riferimento alle informazioni accertative sarà sviluppato maggiormente al paragrafo 2.1.

⁷⁹ Definizione di M. F. CORTESI, L. FILIPPI, *Il processo di prevenzione*, in G. SPANGHER, a cura di Giulio GARUTI, *Trattato di procedura penale - Modelli differenziati di accertamento*, Vol. I, Torino, 2011, pag. 595.

⁸⁰ Comitato di Coordinamento per l’Alta Sorveglianza delle Infrastrutture e degli Insediamenti Prioritari.

⁸¹ Si rimanda al cap. 3 per una disamina dei soggetti coinvolti, nonché dei rispettivi ruoli, nel “sistema della documentazione antimafia”.

⁸² P. PIRRUCCIO, *L’informativa antimafia prescinde dall’accertamento di fatti penalmente rilevanti*, *GIUR. MERITO*, 2009, pag. 510; A. MEZZOTERO, *Le informative prefettizie antimafia*, *GIUR. MERITO*, 2009, 4, 1084.

⁸³ Cons. Stato, Sez. VI, 25 novembre 2008 n. 5780; 28 aprile 2010 n. 2441.

⁸⁴ Cons. Stato, Sez. VI, 2 agosto 2006, n.4737; Sez. VI, 30 dicembre 2005 n. 7615.

⁸⁵ Art. 84, co. 4, Codice Antimafia: “Le situazioni relative ai tentativi di infiltrazione mafiosa che danno luogo all’adozione dell’informazione antimafia interdittiva di cui al comma 3 sono desunte: 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-*quinqüies* 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; d)

co. 6⁸⁶) questa resta comunque una fattispecie sostanzialmente aperta. L'utilizzo da parte del legislatore di concetti indeterminati e rimessi alla valutazione discrezionale del Prefetto⁸⁷ o ha di fatto posto non pochi problemi circa la definizione di un unico indirizzo giurisprudenziale a riguardo. Inoltre la formulazione generica, di fatto più sociologica che giuridica del tentativo di infiltrazioni mafiosa ha contribuito all'attribuzione di un ampio margine di apprezzamento e accertamento al Prefetto⁸⁸. Alla definizione del concetto di infiltrazione sono utili proprio i principi adottati dalla giurisprudenza, intervenuta "sempre più frequentemente e in maniera sempre più penetrante"⁸⁹ a sindacare sulla legittimità dell'informativa prefettizia. Tali principi sembrano ormai essere costituire il "filo rosso" in tema di informativa antimafia nei pubblici appalti⁹⁰.

Osservate le differenze, sotto il profilo della natura giuridica, delle due categorie di documentazione antimafia, è utile delinearne i rispettivi perimetri applicativi con riferimento: ai soggetti sottoposti alle verifiche antimafia ed ai contratti per l'aggiudicazione dei quali sono richieste.

Quanto al primo aspetto, il Codice Antimafia detta norme comuni ad entrambi gli istituti. Si registra un primo intervento correttivo al codice volto ad un generale ampliamento dal punto di vista numerico dei soggetti sottoposti alle verifiche antimafia

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); 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".

⁸⁶ Art. 91, co. 6, Codice Antimafia: "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, commesse con la condizione della reiterazione prevista dall'articolo 8-bis della legge 24 novembre 1981, n. 689. In tali casi, entro il termine di cui all'articolo 92, rilascia l'informazione antimafia interdittiva".

⁸⁷ Il tema della discrezionalità del Prefetto, in particolare nelle interdittive accertative sarà specificamente trattato al par. 2.1.

⁸⁸ Così: C. FE', *Interdittiva prefettizia e sindacato del G.A.*, *CORRIERE MERITO*, 2012, 8-9 (nota a sentenza).

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ Un'analisi di dettaglio sulla giurisprudenza del Consiglio di Stato in merito alle interdittive accertative sarà condotta al par. 2.2 e successivi.

attraverso una operazione su due fronti⁹¹. Da un lato vengono indicate ulteriori realtà imprenditoriali da sottoporre a verifiche: così con il d.lgs 218/2012 i GEIE (Gruppo Europeo di Interesse Economico)⁹² vengono equiparati, nell'art. 85 lett. d⁹³, ai consorzi ex art. 2602 cc.; all'art. 91 comma 5⁹⁴ vengono estese le verifiche prefettizie anche alle imprese straniere che non abbiano sede secondaria in Italia (modifica molto opportuna nata nella consapevolezza che anche dietro imprese con sede in altri Stati possano celarsi organizzazioni mafiose, non solo nazionali). Dall'altro lato viene ampliata la platea dei soggetti - persone fisiche che aventi cariche e ruoli nelle imprese, devono essere sottoposti a controllo. Si tratta di un "intervento in funzione chiaramente antielusiva che nasce da un'osservazione di quanto accade nella pratica; spesso il vero dominus mafioso dell'impresa si ritaglia una carica in un ruolo non gestori che gli consente, però, di controllare l'attività dei soci o prestanome, svolgenti gli incarichi formali di amministrazione⁹⁵". Sono sottoposti a verifica: i membri dei collegi sindacali ed ai componenti dell'organo di vigilanza previsto dalla normativa in materia di responsabilità amministrativa degli enti conseguente a reato (art. 85 c 2-*bis*); a tutti coloro che esercitano "poteri di amministrazione, di rappresentanza o di direzione dell'impresa" straniera che non abbia sede in Italia (c. 2-*ter*), a soggetti qualificati nell'ambito delle

⁹¹ Cfr. R. CANTONE, *La riforma della documentazione antimafia: davvero solo un restyling?*, in *GIORNALE DIR. AMM.*, 2013, 892.

⁹² Il Gruppo Europeo di Interesse Economico (GEIE) è un organismo di cooperazione transnazionale rivolto agli operatori economici europei, qualunque sia la loro forma giuridica (persone fisiche, società, enti) e ambito di operatività (attività professionali, di promozione dei prodotti del settore agroalimentare, di supporto alla gestione delle infrastrutture di diversi paesi ecc.), a condizione che appartengano almeno a due Stati membri diversi e siano portatori di un interesse che possa essere soddisfatto dall'attività del GEIE. Spesso accade che un GEIE venga costituito proprio per la partecipazione a grandi appalti pubblici. La disciplina comunitaria generale è dettata nel regolamento CE 2137/1985; i legislatori di ciascun paese membro hanno, poi, emanato specifiche norme integrative applicabili ai GEIE con sede centrale nello Stato. La disciplina generale prevede l'obbligo di indicare nel contratto per la formazione di un GEIE, che per le disposizioni di diritto interno deve avere forma scritta, denominazione (liberamente formata ma comprensiva della sigla), sede (situata all'interno della Comunità, individua la legge nazionale applicabile e il diritto internazionale privato dell'ordinamento di insediamento), oggetto del gruppo, luogo di registrazione e durata del gruppo se non è a tempo indeterminato.

⁹³ "Per i consorzi di cui all'articolo 2602 del codice civile e per i gruppi europei di interesse economico(1), a chi ne ha la rappresentanza e agli imprenditori o società consorziate".

⁹⁴ Il Prefetto competente estende gli accertamenti pure ai soggetti che risultano poter determinare in qualsiasi modo le scelte o gli indirizzi dell'impresa. Per le imprese costituite all'estero e prive di sede secondaria nel territorio dello Stato, il Prefetto svolge accertamenti nei riguardi delle persone fisiche che esercitano poteri di amministrazione, di rappresentanza o di direzione. A tal fine, il Prefetto verifica l'assenza delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto, di cui all'articolo 67, e accerta se risultano elementi dai quali sia possibile desumere la sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa, anche attraverso i collegamenti informatici di cui all'articolo 98, comma 3. Il Prefetto, anche sulla documentata richiesta dell'interessato, aggiorna l'esito dell'informazione al venir meno delle circostanze rilevanti ai fini dell'accertamento dei tentativi di infiltrazione mafiosa.

⁹⁵ R. CANTONE, *op. ult. cit.*

società concessionarie nel settore dei giochi pubblici (c. 2-*quater*) nonché ai rispettivi familiari conviventi di maggior età (c. 3)⁹⁶.

Con riferimento, invece, ai casi in cui è necessario richiedere l'uno o l'altro tipo di documentazione, occorre una lettura combinata degli artt. 87 e 91 del Codice Antimafia; dell'art. 80 del nuovo Codice degli Appalti (D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50); il Regolamento UE 2015/2170, 2171 e 2172 che dal 1° gennaio 2016 ha innalzato le soglie per gli appalti alle quali si applica la disciplina UE⁹⁷.

Alla luce delle relazioni tra le disposizioni citate, la comunicazione antimafia va richiesta per ottenere:

- Licenze, autorizzazioni di polizia di competenza del Comune ed autorizzazioni al commercio;
- Concessioni di acque pubbliche e diritti ad esse inerenti nonché concessioni di beni demaniali allorché siano richieste per l'esercizio di attività imprenditoriali;

⁹⁶ 2-*bis*. Oltre a quanto previsto dal precedente comma 2, per le associazioni e società di qualunque tipo, anche prive di personalità giuridica, la documentazione antimafia è riferita anche ai soggetti membri del collegio sindacale o, nei casi contemplati dall'articolo 2477 del codice civile, al sindaco, nonché ai soggetti che svolgono i compiti di vigilanza di cui all'articolo 6, comma 1, lettera b) del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231.

2-*ter*. 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.

2-*quater*. 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.

3. L'informazione antimafia deve riferirsi anche ai familiari conviventi di maggiore età dei soggetti di cui ai commi 1, 2, 2-*bis*, 2-*ter* e 2-*quater* che risiedono nel territorio dello Stato.

⁹⁷ Regolamento Commissione europea 24 novembre 2015, n. 2015/2170

- Lavori: 5.225.000;
- Servizi e forniture - settori ordinari: 209.000;
- Servizi e forniture - amm. statali: 135.000.

Regolamento Commissione europea 24 novembre 2015, n. 2015/2171

- Settori speciali:
- Lavori: 5.225.000;
- Servizi e forniture: 418.000.

Regolamento Commissione europea 24 novembre 2015, n. 2015/2172

- Concessioni: 5.225.000.

- Concessioni di costruzione e gestione di opere riguardanti la pubblica amministrazione e concessioni di servizi pubblici di valore superiore a 150mila euro e inferiore alla soglia comunitaria;
- Iscrizioni in Albi di appaltatori, 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 dei commissionari astatori presso i mercati anonari all'ingrosso;
- Attestazioni di qualificazione per eseguire lavori pubblici;
- Altre iscrizioni o provvedimenti a contenuto autorizzatorio, concessorio o abilitativo per lo svolgimento di attività imprenditoriali, comunque denominati;
- Contratti di appalto di opere e lavori pubblici di importo superiore a 150mila euro ma sotto-soglia UE;
- Contratti di fornitura di beni e servizi di importo superiore a 150mila euro ma sotto-soglia UE;

L'informazione antimafia va richiesta, invece:

- per la stipula di contratti, subcontratti, concessioni o erogazioni il cui importo superi la soglia comunitaria.
- per concessioni di acque pubbliche o di beni demaniali per lo svolgimento di attività imprenditoriali e per la concessione di contributi, finanziamenti e agevolazioni su mutuo o altre erogazioni dello stesso tipo per lo svolgimento di attività imprenditoriali: superiore a 150mila euro;
- per le autorizzazioni di subcontratti, cessioni o cottimi concernenti la realizzazione di opere o lavori pubblici o la prestazione di servizi o forniture pubbliche: superiore a 150mila euro;

Infine, ai sensi dell'art. 83 co. 3 del Codice Antimafia, la documentazione non è comunque richiesta:

- per i rapporti fra i soggetti pubblici;
- per i rapporti fra i soggetti pubblici 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;

- per il rilascio o rinnovo delle autorizzazioni o licenze di polizia di competenza delle autorità nazionali e provinciali di pubblica sicurezza;
- 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;
- per i provvedimenti gli atti, i contratti e le erogazioni il cui valore complessivo non supera i 150mila euro.

La scelta del legislatore delegato di riprendere sostanzialmente il novero dei rapporti esenti di cui al previgente d.P.R. n. 252/1998 - e cioè i rapporti tra pubbliche amministrazioni ed alcuni rapporti astrattamente riconducibili alle fattispecie assoggettate all'obbligo di documentazione ma aventi ad oggetto atti, contratti erogazioni inferiori ad una determinata soglia di valore (cosiddetta "fascia esente") - ha presto formato oggetto di critica.

Da un lato le Commissioni riunite I (Affari Costituzionali) e II (Giustizia) riunite del Senato, nel parere del 2 agosto 2011, hanno sottolineato come il sistema non consentisse di assoggettare ai controlli più pregnanti quelle imprese che pure sono affidatarie di appalti di rilevante valore. Dall'altro lato, si segnalano alcuni orientamenti della giurisprudenza amministrativa che sembrano dare una lettura restrittiva delle norme contenute nell'art. 83 del Codice. Alcune pronunce sembrano ammettere la possibilità che la documentazione antimafia possa essere richiesta anche nei confronti di società a partecipazione mista pubblico-privato, anche con prevalenza del primo⁹⁸. Non entrando propriamente nel merito dell'interpretazione delle cause di "esenzione" in mancanza di una censura del ricorrente, il caso giurisprudenziale citato potrebbe essere semplicemente frutto dell'applicazione della regola processuale della corrispondenza della pronuncia a quanto richiesto ovvero di una volontaria virata interpretativa delle disposizioni in discorso. Tale ipotesi sarebbe preferibile secondo alcune opinioni in dottrina⁹⁹, così da circoscrivere l'esenzione esclusivamente alle società a partecipazione pubblica totalitaria e ricondurre agli obblighi antimafia tutti quei soggetti giuridici in cui è presente, anche solo in forma minoritaria, il soggetto privato.

⁹⁸ TAR Liguria, Sez. II, 2 febbraio 2012, n. 347.

⁹⁹ S. GAMBACURTA in: A. CISTERNA (a cura di), *op. cit.*

Tale conclusione sarebbe compatibile, del resto, con altre pronunce della giurisprudenza che tendono a escludere un carattere pubblicistico alle società a partecipazione mista quando l'Ente pubblico abbia esclusivamente un potere di nomina degli amministratori e non vi sia altra forma di collegamento tra lo stesso Ente pubblico e il soggetto privato¹⁰⁰.

1.2.2 Superamento della classificazione tradizionale?

La tradizionale ripartizione dell'ambito applicativo di comunicazione (autorizzazioni e contratti sottosoglia) e informazione (contratti sopra soglia), di cui *supra*, sembra oggi vacillare alla luce degli ultimi interventi normativi e di alcune recenti pronunce del Consiglio di Stato.

Il primo significativo intervento del Consiglio sul tema è rappresentato dal parere del 17 novembre 2015, n. 497, in merito all'introduzione nel codice dell'art. 89-*bis*¹⁰¹, ad opera del D.Lgs. correttivo n. 153 del 2014. La norma in parola ha reso più complesso il quadro della documentazione antimafia prevedendo che il Prefetto possa rilasciare l'informativa interdittiva in luogo della richiesta comunicazione, quando, in esito alle verifiche necessarie per la predisposizione di quest'ultima, venga accertata la sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa. Ebbene, la Prima Sezione del Consiglio ha osservato che l'art. 89-*bis* costituisce una deroga al principio generale del rapporto di alternatività tra le due tipologie di documentazione antimafia. Secondo l'organo consultivo, milita in tal senso, a parte una serie di disposizioni normative¹⁰², soprattutto l'esigenza, legislativamente avvertita, di elevare il livello di tutela dell'economia legale di fronte

¹⁰⁰ Cass. Sez.Un., 6 maggio 1995, n. 4991.

¹⁰¹ Art. 89-*bis* Codice Antimafia: Accertamento di tentativi di infiltrazione mafiosa in esito alla richiesta di comunicazione antimafia.

“1. Quando in esito alle verifiche di cui all'articolo 88, comma 2, venga accertata la sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa, il Prefetto adotta comunque un'informazione antimafia interdittiva e ne dà comunicazione ai soggetti richiedenti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, senza emettere la comunicazione antimafia.

2. L'informazione antimafia adottata ai sensi del comma 1 tiene luogo della comunicazione antimafia richiesta”.

¹⁰² L'art. 83, comma 1, del Codice antimafia, che, con formula analoga a quella del previgente art. 1, d.P.R. 3 giugno 1998, n. 252, delinea l'ambito d'applicazione della documentazione antimafia in termini che pongono sullo stesso piano sia i contratti pubblici e le concessioni sia gli atti di natura autorizzatoria relativi all'esercizio di attività imprenditoriali. Il successivo art. 85 (commi dall'1 al 2-*quater*) individua i soggetti della compagine d'impresa da sottoporre alle verifiche antimafia in termini identici per tutte le tipologie di rapporti per cui è necessario acquisire la documentazione in questione. Né, osserva l'organo consultivo, tale esigenza verrebbe smentita dalla previsione dell'art. 91, comma 1, Codice antimafia, che condiziona l'acquisizione della documentazione antimafia, nella forma più rigorosa dell'informazione, al raggiungimento di una determinata soglia di valore, per ragioni a cui non sono estranee finalità di semplificazione e di sostenibilità amministrativa.

all'aggressione criminale, sottoponendo a controllo non solo i rapporti amministrativi che danno accesso a risorse pubbliche, ma anche quelli che consentono l'esercizio di attività economiche, subordinandole al controllo preventivo della pubblica amministrazione. Perciò non ci sarebbero contraddizioni di carattere sistematico e teleologico nell'applicazione della disposizione in parola anche alle ipotesi in cui non vi sia un rapporto contrattuale con la pubblica amministrazione. Infatti, "anche in ipotesi di attività private soggette a mera autorizzazione l'esistenza di infiltrazioni mafiose inquina l'economia legale, altera il funzionamento della concorrenza e costituisce una minaccia per l'ordine e la sicurezza pubbliche". Dalla relazione illustrativa trasmessa al Senato¹⁰³ sullo schema di decreto legislativo che l'ha introdotta, del resto, sembra emerge chiaramente la finalità della norma: impedire alle imprese infiltrate d'ingerirsi nel flusso di danaro pubblico, operando deliberatamente sotto le soglie di valore previste dall'art. 91 del Codice antimafia per sottrarsi ai controlli più rigorosi delle informazioni prefettizie. Vi si legge, infatti, che "al fine di evitare 'vuoti' normativi, suscettibili di favorire l'ingerenza nel settore degli appalti e dei rapporti con la pubblica amministrazione di imprese collegate alla criminalità organizzata, l'art. 89-*bis* che si vuole introdurre consente al Prefetto di adottare (...) un'informazione antimafia interdittiva in luogo della semplice comunicazione richiesta dall'amministrazione precedente".

Sul rapporto tra comunicazione e informazione in termini più generali e non circoscritti al solo 89-*bis*, è tornato a esprimersi, ancor più recentemente, il Consiglio di Stato, questa volta in sede giurisdizionale. Con la sent. 9 febbraio 2017, n. 565, la III Sezione, in accoglimento dell'appello della Provincia di La Spezia su una sentenza del TAR Bologna, ha affermato che anche le attività soggette al rilascio di autorizzazioni, licenze o a S.C.I.A.¹⁰⁴ soggiacciono alle informative antimafia (anziché a semplice

¹⁰³ Reperibile sul sito [www.senato.it](https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/800848.pdf) <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/800848.pdf>

¹⁰⁴ Segnalazione Certificata Inizio Attività. Prevista ex art. 19 l. 241/90: "1. Ogni atto di autorizzazione, licenza, concessione non costitutiva, permesso o nulla osta comunque denominato, comprese le domande per le iscrizioni in albi o ruoli richieste per l'esercizio di attività imprenditoriale, commerciale o artigianale il cui rilascio dipenda esclusivamente dall'accertamento di requisiti e presupposti richiesti dalla legge o da atti amministrativi a contenuto generale, e non sia previsto alcun limite o contingente complessivo o specifici strumenti di programmazione settoriale per il rilascio degli atti stessi, è sostituito da una segnalazione dell'interessato, con la sola esclusione dei casi in cui sussistano vincoli ambientali, paesaggistici o culturali e degli atti rilasciati dalle amministrazioni preposte alla difesa nazionale, alla pubblica sicurezza, all'immigrazione, all'asilo, alla cittadinanza, all'amministrazione della giustizia, all'amministrazione delle finanze, ivi compresi gli atti concernenti le reti di acquisizione del gettito, anche derivante dal gioco, nonché di quelli previsti dalla normativa per le costruzioni in zone sismiche e di quelli imposti dalla normativa comunitaria. La segnalazione è corredata dalle dichiarazioni sostitutive di certificazioni e dell'atto di notorietà per quanto riguarda tutti gli stati, le qualità personali e i fatti previsti negli articoli 46 e 47 del testo unico di cui al d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, nonché,

comunicazione)¹⁰⁵. Ciò comporterebbe in pratica che, anche quando si tratta di attività soggette ad autorizzazione, in cui al Prefetto si chiede di emettere solo una comunicazione antimafia, egli possa comunque eseguire gli accertamenti tipici dell'informativa invece di limitarsi a riscontrare semplicemente l'assenza di misure definitive di prevenzione o di condanne.

Secondo il Consiglio di Stato la distinzione tra le comunicazioni antimafia e le informazioni antimafia non si pone più in un rapporto di necessaria alternatività, come nella legislazione anteriore al Codice Antimafia. La legge delega al Codice Antimafia, L. 136/2010, sostiene il Collegio, nel riordinare la materia, ha posto fine ad alcune “gravi lacune” del sistema precedente, tra cui, appunto, la “rigida bipartizione” tra certificazione ed informazione. Questa, infatti, permetteva un aggiramento della normativa antimafia da parte della criminalità organizzata sempre più “imprenditrice” che “tende ad infiltrarsi, capillarmente, in tutte le attività economiche, anche quelle soggette a regime autorizzatorio” nell’ottica di “disegno, di più vasto respiro, del quale l’aggiudicazione degli appalti o il conseguimento di concessioni ed elargizioni costituisce una parte certo cospicua, ma non esclusiva”. Da qui, l’avvertita necessità di un’adeguata risposta preventiva dello Stato anche in quei settori attraverso cui la mafia espleta indirettamente la propria attività economica. Il Consiglio approda a questa tesi da un’argomentazione di ordine letterale ed una di ordine sistematico.

ove espressamente previsto dalla normativa vigente, dalle attestazioni e asseverazioni di tecnici abilitati, ovvero dalle dichiarazioni di conformità da parte dell’Agenzia delle imprese di cui all’articolo 38, comma 4, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, relative alla sussistenza dei requisiti e dei presupposti di cui al primo periodo; tali attestazioni e asseverazioni sono corredate dagli elaborati tecnici necessari per consentire le verifiche di competenza dell’amministrazione. Nei casi in cui la normativa vigente prevede l’acquisizione di atti o pareri di organi o enti apposti, ovvero l’esecuzione di verifiche preventive, essi sono comunque sostituiti dalle autocertificazioni, attestazioni e asseverazioni o certificazioni di cui al presente comma, salve le verifiche successive degli organi e delle amministrazioni competenti. La segnalazione, corredata delle dichiarazioni, attestazioni e asseverazioni nonché dei relativi elaborati tecnici, può essere presentata a mezzo posta con raccomandata con avviso di ricevimento, ad eccezione dei procedimenti per cui è previsto l’utilizzo esclusivo della modalità telematica; in tal caso la segnalazione si considera presentata al momento della ricezione da parte dell’amministrazione”. (Comma modificato dall’art. 5, comma 2, lettera b), legge n. 106 del 2011, poi dall’art. 2, comma 1, legge n. 35 del 2012, poi dall’art. 13, comma 1, legge n. 134 del 2012).

¹⁰⁵ Per altro, alla citata sent. del Cons. di Stato, hanno fatto seguito casi emblematici di giudizi dei TAR conformi all’indirizzo in essa espresso dal Consiglio sul rilascio di informazioni antimafia a richiesta di autorizzazione. Tra queste si veda la sent. del 24 marzo 2017, n. 241 del TAR di Reggio Calabria sulla legittimità della revoca della licenza di autorizzazione per l’esercizio e l’espletamento di servizio pubblico di piazza (guidatore di taxi) disposta in conseguenza dell’emissione, da parte della Prefettura, di un’informazione antimafia interdittiva.

Sotto il primo profilo, nota come l'art. 2 comma 1, lett. c)¹⁰⁶ della legge delega, nell'istituire la Banca Dati Nazionale Unica della Documentazione Antimafia, con immediata efficacia delle informative antimafia negative su tutto il territorio nazionale, faccia riferimento "a tutti i rapporti, anche già in essere con la pubblica amministrazione", senza differenziare le autorizzazioni dalle concessioni e dai contratti, come fanno invece, ed espressamente, le precedenti lett. a)¹⁰⁷ e b)¹⁰⁸. Dunque, si deve ritenere che la lettera c) si riferisca anche a quei rapporti che, per quanto oggetto di mera autorizzazione, hanno un impatto fortissimo e potenzialmente devastante su beni e interessi pubblici, come nei casi di scarico di sostanze inquinanti o l'esercizio di attività pericolose per la salute e per l'ambiente.

Sotto il profilo sistematico il giudice registra come una netta demarcazione dei rapporti con la Pubblica Amministrazione "contrasta con una visione moderna, dinamica e non formalistica del diritto amministrativo, quale effettivamente vive e si svolge nel tessuto economico e nell'evoluzione dell'ordinamento, che individua un rapporto tra amministrato e amministrazione in ogni ipotesi in cui l'attività economica sia sottoposta ad attività provvedimentale". In quest'ottica si pongono:

- l'art. 83, comma 1, laddove prevede che le amministrazioni devono acquisire la documentazione, di cui all'art. 84, prima di rilasciare o consentire i provvedimenti di cui all'art. 67 (tra cui rientrano, appunto, le autorizzazioni di cui alla lett. f);

¹⁰⁶ "(...) L'istituzione di una banca di dati nazionale unica della documentazione antimafia, con immediata efficacia delle informative antimafia negative su tutto il territorio nazionale e con riferimento a tutti i rapporti, anche già in essere, con la pubblica amministrazione, finalizzata all'accelerazione delle procedure di rilascio della medesima documentazione e al potenziamento dell'attività di prevenzione dei tentativi di infiltrazione mafiosa nell'attività d'impresa, con previsione della possibilità di integrare la banca di dati medesima con dati provenienti dall'estero e secondo modalità di acquisizione da stabilirsi, nonché della possibilità per il procuratore nazionale antimafia di accedere in ogni tempo alla banca di dati medesima".

¹⁰⁷ "Aggiornamento e semplificazione, anche sulla base di quanto stabilito dalla lettera f) del presente comma, delle procedure di rilascio della documentazione antimafia, anche attraverso la revisione dei casi di esclusione e dei limiti di valore oltre i quali le pubbliche amministrazioni e gli enti pubblici, 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 non possono stipulare, approvare o autorizzare i contratti e i subcontratti di cui all'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575, e successive modificazioni, né rilasciare o consentire le concessioni e le erogazioni di cui al citato articolo 10 della legge n. 575 del 1965, se non hanno acquisito complete informazioni, rilasciate dal Prefetto, circa l'insussistenza, nei confronti degli interessati e dei loro familiari conviventi nel territorio dello Stato, delle cause di decadenza o di divieto previste dalla citata legge n. 575 del 1965, ovvero di tentativi di infiltrazione mafiosa, di cui all'articolo 4 del decreto legislativo 8 agosto 1994, n. 490, e successive modificazioni, nelle imprese interessate".

¹⁰⁸ "Aggiornamento della normativa che disciplina gli effetti interdittivi conseguenti alle cause di decadenza, di divieto o al tentativo di infiltrazione mafiosa di cui alla lettera a), accertati successivamente alla stipulazione, all'approvazione o all'adozione degli atti autorizzatori di cui alla medesima lettera a)".

- l'art. 91, comma 1, laddove prevede che detti soggetti devono acquisire l'informativa prima di rilasciare o consentire anche i provvedimenti indicati nell'art. 67;
- l'art. 91, comma 7, che prevede che con regolamento, adottato con decreto del Ministro dell'Interno - di concerto con quello della Giustizia, con quello delle Infrastrutture e con quello dello Sviluppo Economico ai sensi dell'art. 17, comma 3, della l. n. 400 del 1988 - siano individuate "le diverse tipologie di attività suscettibili di infiltrazione mafiosa nell'attività di impresa per le quali, in relazione allo specifico settore di impiego e alle situazioni ambientali che determinano un maggiore rischio di infiltrazione mafiosa, è sempre obbligatoria l'acquisizione della documentazione indipendentemente dal valore del contratto, subcontratto, concessione, erogazione o provvedimento di cui all'art. 67», dovendosi ricordare che l'art. 67 tra l'altro prevede, alla lett. f), proprio le «altre iscrizioni o provvedimenti a contenuto autorizzatorio, concessorio o abilitativo per lo svolgimento di attività imprenditoriali, comunque denominate».

La permeabilità tra comunicazione e informazione è, da ultimo, confermata dall'introduzione nel Codice Antimafia dell'art. 89-*bis* ad opera del d. lgs. n. 153 del 2014. Questo stabilisce esplicitamente che: "quando in esito alle verifiche di cui all'articolo 88, comma 2, (verifiche per il rilascio della comunicazione antimafia)¹⁰⁹ venga accertata la sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa, il prefetto adotta comunque un'informazione antimafia interdittiva" che "tiene luogo della comunicazione antimafia richiesta". La norma, alla luce della lettura sopra esposta da parte del Collegio, "non rappresenta una novità né, ancor meno, una distonia nel sistema" che non attribuisce al Prefetto un nuovo potere sostanziale ma ha solo "carattere specificativo e procedimentale" in quanto volto a chiarire e disciplinare l'ipotesi nella quale il Prefetto nell'eseguire la consultazione della Banca Dati per il rilascio della comunicazione antimafia, appuri che vi sia il pericolo di infiltrazione mafiosa all'interno dell'impresa¹¹⁰.

La "pregevole ricostruzione del Consiglio di Stato" rappresenta un "fondamentale tassello nel percorso evolutivo della documentazione antimafia e dei suoi riflessi sulla libertà di iniziativa e economica privata"¹¹¹.

Proprio per l'importanza della sentenza sulla dinamica dei rapporti tra privato e Amministrazione in ambito economico sono necessarie alcune riflessioni.

¹⁰⁹ N.d.r.

¹¹⁰ Per le procedure per il rilascio della documentazione antimafia, vds. par. 3.1.

¹¹¹ P. TONNARA, *op. cit.*

Queste sono stimulate, tra l'altro, dalla questione di legittimità costituzionale recentemente mossa in merito proprio all'introduzione dell'art. 89-*bis* del Codice Antimafia.

Con l'ordinanza n. 2337 del 28 settembre 2016, il T.A.R. per la Sicilia, sezione staccata di Catania, ha rimesso alla Corte Costituzionale la questione di compatibilità dell'art. 89-*bis* in relazione ad un presunto eccesso di delega ai sensi degli art. 76, 77, primo comma, e 3 della Costituzione.

Per il giudice *a quo*, anzitutto, la disposizione in esame non attribuirebbe al Prefetto il potere di rilascio dell'informativa in tutti i casi di richiesta della comunicazione antimafia da parte degli organi amministrativi, ma solo nelle speciali ipotesi in cui emerga dalla Banca Dati una pregressa causa interdittiva: quindi un precedente collegamento del soggetto con gli ambienti della criminalità organizzata di stampo mafioso. Sennonché, osserva il Collegio, anche restringendo in tal modo l'ambito di applicazione dell'art. 89-*bis*, l'estensione dell'informativa a determinati casi in cui sia richiesta la comunicazione antimafia costituirebbe comunque un eccesso di delega. Anche in sede di decreto correttivo, qual è quello che ha introdotto la disposizione in oggetto, infatti, sono da osservarsi i principi e i criteri direttivi della legge di delega del 2010. Fra questi non è contemplata la possibile estensione del rilascio dell'informazione antimafia, con i più severi accertamenti che tale provvedimento presuppone, per alcuna delle ipotesi in cui l'ordinamento abbia precedentemente previsto la richiesta ed il rilascio della semplice comunicazione.

L'art. 89-*bis*, inoltre, contrasterebbe con il principio di uguaglianza e di ragionevolezza poiché sembra che tratti in modo dissimile situazioni che potrebbero ritenersi sostanzialmente identiche. Nello specifico, non si comprenderebbe perché il Prefetto dovrebbe indagare circa la sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa solo nei casi in cui sia richiesta la comunicazione antimafia relativamente ad un soggetto nei cui confronti risultino pregresse cause interdittive, mentre tale accertamento sarebbe escluso in tutti gli altri casi, quando pure i tentativi di infiltrazione potrebbero di fatto sussistere.

A queste osservazioni critiche mosse dal Giudice Amministrativo, se ne potrebbero affiancare altre di ordine sistematico¹¹². Se, come si è qui notato, il legislatore ha tradizionalmente scelto di limitare l'ambito operativo delle informazioni antimafia solo al settore in cui l'Amministrazione attribuisce ai privati risorse e beni pubblici di una certa

¹¹² Cfr. P. TONNARA, *op. cit.*

rilevanza, bisogna indagare sulle ragioni di tale scelta. Non sembra che questa scelta sia stata dettata dalla sottovalutazione dell'imperversare della mafia in danno dell'economia legale quanto, piuttosto, dalla volontà di bilanciare valori contrapposti comunque costituzionalmente garantiti. Così una risposta “più forte ed eccezionale rispetto a quella ordinaria” che rappresenta “un’anticipazione, anche eccentrica della soglia di tutela”¹¹³ (perché non necessariamente basata su un accertamento giurisdizionale ma su valutazioni di dati, frutto di attività investigativa, ma anche sociologici e culturali)¹¹⁴ si giustificerebbe in presenza di rapporti contrattuali rilevanti con l’Amministrazione mentre analoghe considerazioni non potrebbero essere automaticamente estese all’economia privata.

Ebbene, in attesa della decisione della Corte, lo stesso Consiglio di Stato ha rimarcato che questa non avrebbe comunque effetto dirimente circa la questione della natura dei rapporti tra comunicazione e informazione. L’art. 89-*bis*, sulla cui legittimità è chiamata ad esprimersi la Corte, non costituisce un elemento autonomamente innovativo sotto il profilo sostanziale bensì un “indice significativo ed ulteriore riconferma”, sul piano procedimentale, della innovativa impostazione del legislatore in questa materia. L’intreccio profondo che lega economia pubblica e privata comporta la necessità di un contrasto ad ampio raggio e che si connota per una flessibilità tale da far fronte alle molteplici forme di pervasività mafiosa. Perciò, afferma il Consiglio “lo Stato non riconosce dignità e statuto di operatori economici, e non più soltanto nei rapporti con la pubblica amministrazione, a soggetti condizionati, controllati, infiltrati ed eterodiretti dalle associazioni mafiose”.

Inoltre, il Consiglio di Stato, consapevole del significativo impatto della pronuncia sulla sistematica dei rapporti tra le libertà del privato e l’autorità amministrativa, segnala due strumenti in grado di conferire armonia e razionalità all’intera disciplina.

In primo luogo, il corretto esercizio della discrezionalità amministrativa nelle valutazioni prefettizie, tra l’altro sindacabile in sede giurisdizionale, rappresenta una garanzia di bilanciamento tra gli interessi in gioco e contro derive arbitrarie dell’autorità.

In secondo luogo, si rinviene nel meccanismo dell’aggiornamento o riesame dell’informativa, ex art. 91 comma 5 del Codice antimafia, il vero snodo della disciplina. Tale meccanismo, infatti, sembra assicurare il bilanciamento fra le opposte esigenze di

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ Per un’analisi delle situazioni sintomatiche di tentativi di infiltrazione mafiosa si rimanda al par. 2.2.

prevenzione del fenomeno mafioso e di libertà di impresa, in quanto obbliga il Prefetto a rivedere le proprie determinazioni sulla scorta dei fatti nuovi, laddove sopravvenuti, oppure anche precedenti, se non conosciuti. Così, trattandosi di una misura avente carattere preventivo-cautelare e non punitivo, l'informativa vale *rebus sic stantibus*, ossia solo fintanto che il quadro fattuale rimanga invariato. Dunque anche l'impresa colpita da interdittiva già nella "fase genetica" della richiesta di provvedimento autorizzatorio, ben potrebbe riabilitarsi e reimmettersi nell'economia legale pubblica e privata eliminando i fattori di condizionamento mafioso e ottenendo provvedimento liberatorio dal Prefetto¹¹⁵.

Infine, sotto il profilo del bilanciamento di valori costituzionalmente rilevanti, il Collegio non ritiene che la nuova disciplina contrasti con gli artt. 3, 24, 27, comma secondo, 41 e 42 Cost. Si tratta di una valutazione di natura preventiva che, per quanto afflittiva sotto il profilo dell'iniziativa economica privata, è giustificata dalla considerazione che il metodo mafioso, per sua stessa ragion di essere, costituisce un "danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana" (art. 41, comma secondo, Cost.), anche e già sul piano dei rapporti tra privati (prima ancora che in quello con le pubbliche amministrazioni). Il disvalore del metodo mafioso deriva dall'essenziale principio di eguaglianza sostanziale prima ancora che di logica giuridica. Perciò la distinzione tra contrattazioni con la pubblica amministrazione, e tra privati, nello svolgimento della libera iniziativa economica, non è utile, oggigiorno, ad inquadrarlo né, tantomeno, a contrastarlo efficacemente. Tra economia pubblica e privata sussiste, infatti, un intreccio tanto profondo, anche nell'attuale contesto di una economia globalizzata, che non è pensabile e possibile contrastare l'infiltrazione della mafia "imprenditrice" e i suoi interessi nell'una senza colpire anche gli altri.

1.3 *White list* e attività a rischio

Pur definendo l'ambito di operatività di comunicazioni e informazioni antimafia per soglie di valori, il Codice Antimafia, allo stesso tempo prevede casi di deroga a questa netta classificazione.

¹¹⁵ Il meccanismo dell'aggiornamento dell'informazione antimafia, cui all'art. 91 co. 5 del Codice, sarà più dettagliatamente trattato al par. 1.5.2

Un'area in cui l'operatività delle informazioni si estende all'ambito che sarebbe, in base ai criteri generali, riconducibile alla semplice comunicazione, è quella delle cosiddetta "attività a rischio".

L'art. 91, comma 7, in particolare, in attuazione del corrispondente art. 2 della legge delega (n. 136/2010) prevede che un regolamento individui le diverse tipologie di attività ritenute particolarmente suscettibili di infiltrazione mafiosa e per le quali, "in relazione allo specifico settore d'impiego e alle situazioni ambientali che determinano un maggiore rischio di infiltrazione mafiosa, è sempre obbligatoria l'acquisizione dell'informazione, indipendentemente dal valore del contratto, subcontratto, concessione, erogazione o provvedimento di cui all'art. 67 dello stesso Codice Antimafia".

La norma, replicando la disposizione del delegante, lasciava l'esercizio della delega "allo stato latente" e rimetteva la specificazione delle attività per le quali è necessario un regime di controllo rafforzato ad un successivo regolamento ministeriale¹¹⁶.

L'individuazione a livello normativo delle attività particolarmente a rischio di infiltrazioni mafiose si è posta in linea di continuità con l'esperienza applicativa dei protocolli di sicurezza e legalità nati, appunto, per predisporre maggiori cautele in aree d'esercizio dell'attività d'impresa in cui il regime normativo precedente non apprestava sufficienti forme di controllo.

Si tratta di attività "collaterali" o "a valle" dell'aggiudicazione degli appalti principali per la realizzazione di opere pubbliche - quali quelle legate al ciclo del calcestruzzo e del bitume, i noli a caldo e a freddo, lo smaltimento in discarica dei residui di lavorazione, l'attività di cava, la fornitura di ferro lavorato, la guardiania dei cantieri, servizi logistici, di vettovagliamento e pulizia ecc. - che, soprattutto in contesti "a legalità debole", risultavano appannaggio quasi esclusivo di imprese contigue alla criminalità organizzata, la cui forza egemonica è in grado di strangolare la concorrenza ed allontanare gli operatori economici estranei al ristretto cerchio oligopolistico mafioso. Tali attività, affidate per lo più in subappalto, sfuggivano al regime ordinario di controlli in quanto, se individualmente considerati, non raggiungevano spesso le soglie di valore previste per la presentazione della documentazione antimafia.

¹¹⁶ Così si nota, in senso critico, in FRATTASI, GAMBACURTA, *La nuova disciplina della documentazione antimafia*, in A. CISTERNA (a cura di), *op. cit.* In particolare osservano che "sarebbe stato opportuno che il legislatore delegato si assumesse il compito di definire le "situazioni ambientali" che, determinando un maggior rischio di infiltrazione mafiosa, possono incidere nel processo di individuazione delle attività in questione".

Nella prassi applicativa questi settori imprenditoriali erano stati già oggetto di particolare attenzione nei Decreti della Presidenza del Consiglio dei Ministri emanati nell'ambito della ricostruzione in Abruzzo¹¹⁷ e degli interventi connessi allo svolgimento dell'EXPO Milano 2015¹¹⁸. In sostanza, gli operatori economici che intendevano concorrere ai lavori di ricostruzione pubblica o privata per alcune tipologie di lavorazioni, tradizionalmente considerate a rischio di infiltrazione mafiosa, dovevano obbligatoriamente iscriversi in appositi elenchi, istituiti presso le Prefetture interessate. A tale iscrizione era subordinata all'accertamento dell'insussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa.

Le stesse tipologie di lavorazioni vengono individuate, a livello generale per tutto il territorio nazionale, nella direttiva del 23 giugno 2010 del Ministro dell'Interno, indirizzata a tutti i Prefetti della Repubblica, affinché le attività in questi ambiti fossero oggetto di controlli particolarmente accurati. Le categorie di attività individuate sono:

- a) trasporto di materiali a discarica per conto di terzi;
- b) trasporto, anche transfrontaliero, e smaltimento di rifiuti per conto di terzi;
- c) estrazione, fornitura e trasporto di terra e materiali inerti;
- d) confezionamento, fornitura e trasporto di calcestruzzo e di bitume;
- e) noli a freddo di macchinari;
- f) fornitura di ferro lavorato;
- g) noli a caldo;
- h) autotrasporti per conto di terzi;
- i) guardiania dei cantieri.

Con la L. 190/2012 (cosiddetta “legge anticorruzione”) e il successivo regolamento attuativo adottato con D.P.C.M. 18 aprile 2013, il sistema delle *white list* “dedicate” viene superato attraverso l'estensione degli elenchi a tutto il territorio nazionale e la loro istituzione presso tutte le Prefetture. Le *white list* speciali rimangono in vita solo per i cosiddetti “settori ulteriori”, cioè quelli non previsti dalla legge nazionale bensì da normative specifiche per le “Grandi opere”.

Per l'iscrizione negli elenchi della Prefettura della provincia presso cui l'impresa ha sede, questa deve soddisfare i requisiti per l'informazione antimafia per l'esercizio della relativa attività e sottoporsi a verifiche periodiche delle Prefetture stesse.

¹¹⁷ D.L. n. 39/2009, convertito nella L. n. 77/2009.

¹¹⁸ D.L. n. 135/2009, convertito nella L. n. 166/2009.

Inoltre le imprese iscritte devono comunicare, a pena di cancellazione dell'iscrizione, ogni modifica della proprietà o degli organi sociali.

Secondo quanto previsto dalla legge anticorruzione l'iscrizione alle *white list* era una scelta facoltativa, presentata come una opportunità per l'impresa, che, attraverso l'inserimento in elenco e grazie all'effetto di equipollenza fra tale iscrizione e la documentazione liberatoria, aveva la possibilità di perfezionare più speditamente gli atti o i contratti per i quali necessitava la verifica antimafia.

Il quadro è cambiato con il D.L. 90/2014. A seguito delle modifiche introdotte con tale provvedimento, l'iscrizione nelle *white list*, pur permanendo formalmente facoltativa, è di fatto diventata obbligatoria per quanti vogliono contrarre con la Pubblica Amministrazione nei settori a rischio. Viene esplicitato, infatti, che l'accertamento dell'avvenuta iscrizione nelle *white list* rappresenta la forma necessitata di acquisizione della liberatoria antimafia per i contratti pubblici relativi ad uno dei settori a rischio indicati nella norma.

In conclusione, alla luce delle osservazioni fatte fin qui sul tema, si può rilevare come il sistema delle *white list* sembri avvalorare l'interpretazione delle linee evolutive dell'ordinamento in tema di documentazione antimafia. Anzitutto, infatti, si tratta di uno strumento che rompe la rigida classificazione della documentazione antimafia per soglie di valore, coerentemente con la tesi del superamento della classificazione e dell'ampliamento dell'operatività delle informazioni prefettizie a scapito della semplice comunicazione. In secondo luogo, si può notare come l'evoluzione di questo sistema abbia seguito il procedimento tipico di adozione degli strumenti di contrasto alla criminalità organizzata nel nostro ordinamento.

Introdotta dalla prassi applicativa per far fronte ad esigenze di tutela non soddisfatte dalla normativa ordinaria vigente, viene dapprima regolato con atti di rango secondario ed infine elevato a rango primario.

Inizialmente postosi quale strumento di tutela rafforzata, previsto per situazioni eccezionali, spesso di carattere emergenziale, ne viene estesa l'applicabilità al sistema generale di contrasto alle infiltrazioni mafiose, in virtù della utilità ed efficacia operativa riscontrate.

1.4 I protocolli di legalità

Un ulteriore strumento idoneo a consentire l'ampliamento del perimetro di operatività delle informazioni antimafia è rappresentato dai protocolli di legalità. Si tratta di accordi, previsti in via generale già dalla direttiva del Ministero degli Interni del 23 giugno 2010, che sanciscono un impegno comune tra i soggetti coinvolti, volto ad assicurare la legalità e la trasparenza nell'esecuzione di un contratto pubblico, in particolar modo per la prevenzione, il controllo ed il contrasto ai tentativi di infiltrazione mafiosa, nonché per la verifica della sicurezza e della regolarità dei luoghi di lavoro.

Nei protocolli le amministrazioni, in qualità di stazioni appaltanti, assumono l'obbligo di inserire nei bandi di gara, quale condizione per la partecipazione, l'accettazione preventiva da parte degli operatori economici di determinate clausole che rispecchiano le finalità di prevenzione indicate. Sottoscrivendo tali clausole, al momento della presentazione della domanda di partecipazione e/o dell'offerta, le imprese concorrenti, a loro volta, accettano regole che rafforzano comportamenti già doverosi ma che prevedono, in caso di violazione di tali doveri, sanzioni di carattere patrimoniale, oltre alla conseguenza, comune a tutte le procedure concorsuali, della estromissione dalla gara ¹¹⁹.

Il processo evolutivo dell'istituto nell'ambito del nostro ordinamento è, per certi versi, assimilabile a quello delle *white list*. L'origine dei protocolli di legalità nel nostro ordinamento viene univocamente ricondotta alla prassi amministrativa nel settore delle cosiddette "Grandi opere" per garantire maggiore trasparenza ai processi decisionali pubblici ed evitare l'insorgenza di fenomeni corruttivi derivanti dall'infiltrazione delle organizzazioni criminali di stampo mafioso¹²⁰.

In quest'ottica, si può dire che i protocolli di legalità siano un "strumento attraverso il quale l'agire amministrativo si palesa" in un sistema in cui (anche, dunque, nel campo dei controlli antimafia) dallo strumento autoritativo-provvedimentale si sta passando a

¹¹⁹ Cons. Stato, sez. VI, 8 maggio 2012, n. 2657; Cons. Stato, sez. V, 9 settembre 2011, n. 5066; Cons. Stato, sez. V, 9 novembre 2010, n. 7963. In tale quadro, rientra anche la misura dell'escussione della cauzione provvisoria, che vale ad identificare e a quantificare fin dall'origine la conformazione e la misura della responsabilità patrimoniale del partecipante alla gara conseguente all'inadempimento dell'obbligo assunto con la sottoscrizione del patto d'integrità o dell'accettazione delle clausole del protocollo di legalità (Corte Cost., ord., 13 luglio 2011, n. 211).

¹²⁰ Per l'analisi di genesi, funzioni, natura giuridica e rapporti con il diritto UE cfr. S. Vinti, I protocolli di legalità e il diritto europeo - il commento, *Giornale Dir. Amm.*, 2016, 3, 318.

quello negoziale, tipico dell'“amministrare per accordi”¹²¹. D'altra parte, si può sostenere che lo strumento del protocollo nasca anche da un'avvertita insufficienza del quadro normativo, riguardo al quale svolgerebbe, perciò, una funzione di supplenza¹²². Secondo quest'ultimo punto di vista, i protocolli sarebbero, quindi, una reazione degli apparati pubblici e delle stesse imprese al fenomeno dell'aggressione mafiosa attraverso “uno strumento succedaneo di controlli normativi che non erano stati ancora introdotti e che si attendeva che lo fossero”¹²³.

Quale che ne fosse la natura, con l'art. 176, comma 3, lett. e), D.Lgs. n. 163/2006 il legislatore aveva tipizzato tale prassi stabilendo che i soggetti aggiudicatori di opere strategiche potessero stipulare “appositi accordi con gli organi competenti in materia di sicurezza nonché di prevenzione e repressione della criminalità, finalizzati alla verifica preventiva del programma di esecuzione dei lavori in vista del successivo monitoraggio di tutte le fasi di esecuzione delle opere e dei soggetti che le realizzano”. La stessa norma aveva altresì stabilito che tali accordi sarebbero stati “vincolanti per i soggetti aggiudicatori e per l'impresa aggiudicataria, che è tenuta a trasferire i relativi obblighi a carico delle imprese interessate a qualunque titolo alla realizzazione dei lavori”, recependo, di fatto, gli orientamenti del Consiglio di Stato in ordine alla portata cogente di tali accordi¹²⁴. Proprio a seguito di tale intervento legislativo lo stesso Giudice Amministrativo ha avuto occasione di soffermarsi nuovamente sulla portata obbligatoria delle clausole contenute nei protocolli di legalità. È così pervenuto alla conclusione che i protocolli di legalità configurano un “sistema di condizioni” che vanno necessariamente accettate in offerta dalle imprese partecipanti alla gara d'appalto pubbliche. Accettando le clausole contenute nel protocollo di legalità al momento della presentazione della domanda le imprese si vincolano a serbare determinati comportamenti doverosi che conducono all'estromissione dalla gara in caso di loro violazione¹²⁵.

¹²¹ Così nota B. FRATTASI, *Le linee guida antimafia*, in *QUADERNO N. 1, PROTOCOLLI DI LEGALITÀ E LINEE GUIDA ANTIMAFIA DISPONIBILE*, in www.itaca.org

¹²² Su questa linea F. SAITTA, in *Informative antimafia e protocolli di legalità, tra vecchio e nuovo*, in Riv. trim. app., 2014, 2, 425, sottolinea come i protocolli di legalità traggano origine dal patto di integrità sviluppato negli anni '90 del secolo scorso da Transparency International Italia per aiutare il governo italiano nella lotta alla corruzione nel settore degli appalti pubblici. Sono strumenti rivolti a compensare meccanismi legislativi a volte incompleti e/o funzioni di controllo e repressione spesso lente e inefficaci.

¹²³ Cfr. B. FRATTASI, *op. ult. cit.*

¹²⁴ Cons. Stato, Sez. V, 28 giugno 2004, n. 4789; Cons. Stato, Sez. V, 8 febbraio 2005, n. 343; Cons. Stato, Sez. V, 6 marzo 2006, n. 1053.

¹²⁵ *Ex multis* Cons. Stato, Sez. V, 8 settembre 2008, n. 4267.

Sulla stessa linea del Consiglio di Stato anche l'AVCP (ora ANAC) ha sottolineato l'obbligo per le amministrazioni di inserire le clausole dei protocolli nei bandi di gara e per i concorrenti di accettarle come condizione per partecipare alla procedura di aggiudicazione¹²⁶.

Pur facendo riferimento all'art. 176, comma 3, lett. e), D.Lgs. n. 163/2006 - norma, si ripete, dettata per la materia delle cosiddetta "Grandi opere" - il Consiglio di Stato e l'AVCP avevano quindi affermato che costituiscono legittime cause di esclusione da una gara d'appalto pubblica: sia la mancata accettazione, in sede di offerta, delle clausole contenute nei protocolli di legalità da parte dei concorrenti; sia il mancato rispetto delle medesime clausole in fase di esecuzione del contratto con possibilità di risoluzione del vincolo negoziale da parte dell'amministrazione.

Il limite dell'applicabilità alle "Grandi opere" è stato poi superato con l'art. 1, comma 17, L. n. 190/2012 che ha esteso l'applicazione dei protocolli di legalità a ogni appalto pubblico e ha generalizzato la regola secondo cui le "stazioni appaltanti possono prevedere negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito che il mancato rispetto delle clausole contenute nei protocolli di legalità o nei patti di integrità costituisce causa di esclusione dalla gara".

Il settore delle "Grandi opere" gode, però, anche oggi di un regime rafforzato sotto il profilo dei protocolli di legalità. Ai sensi del Decreto del Ministero dell'Interno, n. 81 pubblicato in GU il 6 aprile 2017, art. 6, "le procedure per il monitoraggio delle infrastrutture e degli insediamenti prioritari per lo sviluppo del Paese ai fini della prevenzione e della repressione di tentativi di infiltrazione mafiosa, si fondano in via prioritaria sulla stipula obbligatoria di appositi protocolli di legalità" i cui contenuti sono definiti sulla base di linee guida predisposte dal CCASIIP.

Ai sensi della stessa norma, è possibile che il Comitato interministeriale per la programmazione economica (CIPE) approvi e recepisca, con apposita delibera, protocolli di legalità che contengano prescrizioni di carattere generale o schemi-tipo da adottarsi obbligatoriamente, fatta salva diversa deliberazione del CIPE, su proposta del Comitato.

Alla luce di quanto previsto dalla legge anticorruzione del 2012 occorrerebbe chiarire la questione della natura giuridica dell'istituto, che resta tutt'ora irrisolta¹²⁷.

¹²⁶ Deliberazione n. 4 del 10 ottobre 2012, parte II, § 3.

¹²⁷ Cfr. S. VINTI, *I protocolli di legalità e il diritto europeo - il commento*, *GIORNALE DIR. AMM.*, 2016, 3, 318.

Secondo un primo orientamento, i protocolli di legalità avrebbero valore di atti solo programmatici e sarebbero privi di forza cogente per la stazione appaltante. Essi, in particolare, sarebbero da qualificare come “atti politici di indirizzo” inidonei a vincolare le amministrazioni nell’esercizio della loro attività istituzionale¹²⁸. Questa tesi si fonda sulla premessa per cui l’amministrazione è soggetta solo al principio di legalità, cioè a norme di legge di rango primario o secondario: i protocolli di legalità non potrebbero mai condizionare lo svolgimento dell’attività delle singole amministrazioni dato che ad esse sole spetta, nell’esercizio della propria discrezionalità, adeguare i propri atti amministrativi all’indirizzo politico vigente. Tale lettura porterebbe, però, a ridurre i protocolli di legalità al rango di documenti privi di qualsiasi conseguenza in caso di loro inosservanza. Ciò sembra porsi in contrasto con la stessa finalità perseguita dai protocolli di legalità: contrastare l’insorgenza di fenomeni corruttivi nelle gare d’appalto.

Secondo un diverso orientamento, che ha trovato maggiore consenso tra gli interpreti, i protocolli di legalità sarebbero invece strumenti convenzionali che legano le amministrazioni aggiudicatrici e le imprese. Più in particolare i protocolli di legalità andrebbero qualificati come “accordi fra pubbliche amministrazioni” ai sensi dell’art. 15 della L. n. 241/1990¹²⁹ e servirebbero a disciplinare attività di interesse comune che attengono alla prevenzione del fenomeno mafioso nel settore degli appalti pubblici¹³⁰.

Sebbene questa tesi appaia preferibile nelle sue coordinate generali rispetto alla prima non si può comunque omettere di rilevare che l’adesione ai protocolli di legalità, più che corrispondere a una scelta concordata tra il privato e l’amministrazione, sembra discendere da una sostanziale imposizione di quest’ultima¹³¹. L’autonomia del privato di accettare o meno le clausole in essi contenute appare sostanzialmente condizionata dalla volontà unilaterale della pubblica amministrazione.

D’altra parte, a prescindere dalla tesi che si voglia accogliere, la previsione di protocolli di legalità incide, di fatto, in modo non irrilevante anche sullo spazio di discrezionalità delle stazioni appaltanti. Infatti, sebbene il tenore letterale della norma sembri declinare in termini solo discrezionali (“possono prevedere”) il potere delle amministrazioni di inserire nei bandi clausole che prevedano l’esclusione dei concorrenti

¹²⁸ C.G.A. per la regione siciliana, 19 dicembre 2008, n. 1100.

¹²⁹ L. 241/1990, Art. 15 (Accordi fra pubbliche amministrazioni), co. 1: “Anche al di fuori delle ipotesi previste dall’articolo 14, le amministrazioni pubbliche possono sempre concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune”.

¹³⁰ T.A.R. Campania - sede di Napoli, Sez. I, 21 giugno 2006, n. 7849.

¹³¹ Così anche F. SAITTA, *I protocolli di legalità al vaglio dei giudici europei*, in *RIV. IT. DIR. PUBBL. COMM.*, 2015.

in caso di mancata accettazione dei protocolli di legalità, il Piano Nazionale Anticorruzione¹³² ha stabilito che le stazioni appaltanti “di regola, predispongono ed utilizzano protocolli di legalità” per l’affidamento degli appalti pubblici¹³³. Le stazioni appaltanti hanno, perciò, il dovere, e non la facoltà, di includere tra gli atti di gara i protocolli di legalità e devono per conseguenza pretenderne l’osservanza da parte dei concorrenti.

Inoltre, quanto al fatto che la norma si riferisca letteralmente solo al mancato “rispetto” e non anche alla mancata accettazione delle clausole, l’ANAC¹³⁴ recentemente chiarito che la mancanza in offerta della dichiarazione relativa all’accettazione delle clausole contenute in un protocollo di legalità, sebbene non possa comportare *ex se* l’esclusione del concorrente dalla gara, deve indurre la stazione appaltante ad avviare l’eventuale procedimento di regolarizzazione mediante soccorso istruttorio. Ciò sembra confermare che i protocolli di legalità, sul piano sostanziale, si inseriscono nel contesto pubblicistico che disciplina lo svolgimento della procedura volta a individuare la controparte negoziale della stazione appaltante.

La forza cogente per le parti e la particolare incidenza sulle vicende della gara comportano il problema della compatibilità dei protocolli di legalità con il diritto europeo. Si tratta di un tema interessante che permette di apprezzare l’impatto del diritto europeo sul diritto amministrativo interno¹³⁵. Nel settore degli contratti pubblici, in particolare, più che in altri, si può percepire l’intensità del vincolo europeo¹³⁶ e il suo impatto sulla legislazione domestica e sull’autonomia negoziale delle amministrazioni pubbliche. Le norme settoriali sugli appalti pubblici sono espressione del continuo processo d’integrazione amministrativa da tempo in atto sul versante sovranazionale e consentono,

¹³² Art. 3.1.13 del Piano Nazionale Anticorruzione (PNA) approvato con delibera ANAC n. 72 del 11 settembre 2013 ai sensi dell’art. 1, comma 2, lett. b), L. 6 novembre 2012, n. 190.

¹³³ Resta il dubbio se sul piano delle fonti giuridiche le previsioni contenute nel Piano Nazionale Anticorruzione - che ha natura di atto amministrativo generale - abbiano l’attitudine a imporsi sulle corrispondenti previsioni dell’art. 1, comma 17, L. n. 190/2012 che è comunque una fonte normativa primaria.

¹³⁴ Determinazione n. 1 dell’8 gennaio 2015 (“Criteri interpretativi in ordine alle disposizioni dell’art. 38, comma 2-*bis* e dell’art. 46, comma 1-*ter* del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163”), § 2.3, n. 4.

¹³⁵ Vds. S. CASSESE, *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*, in *RIV. TRIM. DIR. PUBBL.*, 2002, 1, 27.

¹³⁶ G. VESPERINI, *Il vincolo europeo sui diritti amministrativi nazionali*, Milano, 2011, 114. L’autore parla di un vero e proprio vincolo sovranazionale che limita il raggio di azione delle amministrazioni nazionali e ne predetermina gli obiettivi in vista della concreta attuazione del diritto dell’Unione.

quindi, di cogliere le ricadute pratiche del primato del diritto dell'Unione sul diritto interno¹³⁷.

Per quanto riguarda nello specifico i protocolli di legalità, le clausole da questi previste potrebbero entrare in contrasto con quanto previsto dall'art. 45, §§ 1 e 2, Dir. 2004/18 che contiene un elenco tassativo, valido a livello sovranazionale delle cause di esclusione dalle gare d'appalto pubbliche. La tassatività dell'elenco potrebbe essere derogata, però, in presenza di "esigenze imperative d'interesse generale". Sul punto si è recentemente pronunciata la Corte di Giustizia UE¹³⁸ concludendo per la conformità dei protocolli al diritto sovranazionale. Il Giudice europeo ha osservato che i protocolli di legalità, "ostacolando l'attività criminale e distorsioni della concorrenza nel settore degli appalti pubblici", sono idonei a "rafforzare la parità di trattamento e la trasparenza nell'aggiudicazione di appalti". Per conseguenza "non si può ritenere che l'obbligo di dichiarare l'accettazione degli impegni contenuti in un protocollo di legalità sin dall'inizio della partecipazione a una gara per l'aggiudicazione di un appalto ecceda quanto necessario al fine del raggiungimento degli obiettivi perseguiti". Aggiunge la Corte: "va riconosciuto agli Stati membri un certo potere discrezionale nell'adozione delle misure destinate a garantire il rispetto del principio della parità di trattamento e dell'obbligo di trasparenza, i quali si impongono alle amministrazioni aggiudicatrici in tutte le procedure di aggiudicazione di un appalto pubblico» poiché «il singolo Stato membro è nella posizione migliore per individuare, alla luce di considerazioni di ordine storico, giuridico, economico o sociale che gli sono proprie, le situazioni favorevoli alla comparsa di comportamenti in grado di provocare violazioni del rispetto del principio e dell'obbligo summenzionati».

Ciò non toglie che le clausole dei protocolli di legalità e la relativa efficacia applicativa non vadano esenti da limiti.

Anzitutto, la stessa Corte di Giustizia UE, nella sentenza citata, ha sottolineato che le clausole contenute nei protocolli di legalità, per poter essere validamente accettate e applicate dai concorrenti in fase di gara, devono essere conformi al "principio di proporzionalità", canone ordinatore dell'attività amministrativa a livello europeo e a livello nazionale.

¹³⁷ C. FRANCHINI, *Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria. La coamministrazione nei settori di interesse comunitario*, Padova, 1993.

¹³⁸ Corte di Giustizia, sez. X, 22 ottobre 2015, in C-425/14. La questione pregiudiziale è stata sollevata dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia con la sentenza del 2 settembre 2014, n. 490.

Ciò sembrerebbe implicare la contestabilità di clausole che già in astratto predispongano vincoli per le imprese che non siano giustificabili con la tutela della di parità di trattamento e dell'obbligo di trasparenza secondo il parametro della proporzionalità.

Ulteriore limite all'incisività dei protocolli di legalità è stato recentemente sottolineato dalla giurisprudenza amministrativa nazionale in occasione di fatti corruttivi che hanno coinvolto stazione appaltante e impresa aggiudicataria di uno degli appalti nell'ambito dell'organizzazione di Expo 2015. La vicenda ha lasciato prospettare la questione se i protocolli di legalità nelle gare d'appalto, oltre a garantire la trasparenza dell'azione pubblica, possano in qualche modo svolgere una funzione di anticipazione degli effetti interdittivi connessi a fatti penalmente rilevanti in corso di accertamento.

Ebbene, alla luce dei fatti corruttivi oggetto di procedimento penale, il TAR Lombardia¹³⁹, muovendo dal presupposto giuridico della cogenza dei protocolli di legalità in quanto integrativi della *lex specialis* della gara, ha annullato il provvedimento di aggiudicazione ritenendo che, a prescindere dalla pronuncia penale definitiva, fossero venute a mancare, le "minime condizioni di trasparenza" sancite dalle clausole del protocollo. La conclusione del giudice di primo grado prospetterebbe una sorta di anticipazione della tutela penale direttamente nel procedimento amministrativo¹⁴⁰ ritenuta inaccettabile dal Consiglio di Stato¹⁴¹ che ha precisato come i protocolli di legalità non possano essere in alcun modo utilizzati per far valere vizi di natura penale, non ancora accertati in modo definitivo, nel processo amministrativo.

È chiaro allora, che per quanto i protocolli di legalità possano innalzare la soglia di prevenzione nell'ambito della gara in particolare agendo sul fronte della trasparenza dell'azione delle parti coinvolte, non possono essere utilizzati come mezzo di collegamento tra procedimento amministrativo e procedimento penale così che vicende oggetto di accertamento penale arrivino ad inficiare *ex se*, in via anticipatoria rispetto alla pronuncia penale, la legittimità del provvedimento amministrativo.

Sul punto occorre fare un'osservazione di specifico interesse per quanto attiene alla documentazione antimafia. Infatti, è possibile, e del resto spesso accade, che i protocolli di legalità prevedano l'estensione dell'ambito di operabilità delle informazioni antimafia.

¹³⁹ T.A.R. Lombardia - sede di Milano, Sez. I, 9 luglio 2014, n. 1802.

¹⁴⁰ Così S. VINTI, *I protocolli di legalità e il diritto europeo - il commento*, *GIORNALE DIR. AMM.*, 2016, 3, 318.

¹⁴¹ Cons. Stato, Sez. IV, 20 gennaio 2015, n. 143.

Le stazioni appaltanti possono, infatti, richiedere le informazioni anche per quelle categorie di rapporti per cui sarebbe prevista semplicemente la comunicazione. Tale disposizione ha l'effetto di estendere sensibilmente il bacino dei contratti soggetti a controllo mediante l'acquisizione delle informazioni antimafia¹⁴² nonché di ampliare il novero delle situazioni rilevanti ai fini del rilascio della documentazione per l'aggiudicazione della gara, tra cui anche quelle di natura penale¹⁴³. Talvolta, questi protocolli danno luogo all'istituzione di prassi e procedure dotate di un certo grado di autonomia ed originalità rispetto a quelle previste dalla legislazione vigente. È il caso, ad esempio, dei protocolli fra Ministero dell'Interno e Confindustria che prevedevano l'attivazione dei controlli antimafia sulle imprese associate aderenti al protocollo e sulle relative *vendors' list*, oppure di quello più recente fra il Ministero dell'Interno, la Federazione Italiana Giuoco Calcio e le Leghe professionistiche A, B e Pro per la prevenzione delle infiltrazioni mafiose nelle società di calcio. Ciò che è interessante notare è che in questi casi, l'accertamento antimafia consegue non ad un obbligo di legge, bensì all'assunzione convenzionale di reciproci impegni fra i soggetti sottoscrittori del protocollo.

Sulle clausole riguardanti la documentazione antimafia ha avuto modo di esprimersi il Consiglio di Stato. Punto di riferimento sul tema è la sentenza n. 240 del 29 gennaio 2008 in cui il Collegio era stato adito dal Ministero dell'Interno a seguito della sentenza del TAR di Reggio Calabria che aveva accolto il ricorso di un'impresa, esclusa dalla gara a seguito di informazione interdittiva del Prefetto, richiesta sulla base di “una puntuale previsione del disciplinare di gara”. Pur essendo, infatti, il valore dell'appalto nettamente inferiore alla soglia per cui è richiesta obbligatoriamente l'informazione antimafia, il bando di gara, in pedissequa riproposizione di quanto previsto nei protocolli di legalità, richiedeva comunque questa tipologia di documentazione.

Il TAR aveva dunque ritenuto illegittima l'interpretazione analogica o estensiva della PA della disciplina sulla documentazione antimafia, in quanto avente a oggetto un istituto – quello dell'informazione antimafia – “eccezionale e derogatorio” che rappresenta “una difesa avanzata dello stato a fronte dei fenomeni di infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici”. Il Consiglio di Stato, invece, ribalta la decisione del TAR in merito qualificandone come erroneo il presupposto al ragionamento.

¹⁴² I. FILIPPETTI, *Concorrenza in terra di mafia*, CORRIERE MERITO, 2008.

¹⁴³ Per una più ampia disamina del ruolo delle vicende penali nella valutazione prefettizia circa la sussistenza di infiltrazioni mafiose si rimanda. cap. 2, par. 2.2.1 e 2.2.2.

Non si tratta, infatti, di un'interpretazione analogica del disposto normativo da parte della P.A. ma di un legittimo esercizio della discrezionalità amministrativa. L'obbligatorietà dell'informazione per gli appalti sovrasoglia, dunque, non implica un divieto di estendere la richiesta di informazioni anche per altri rapporti¹⁴⁴.

La linea tracciata da questa sentenza è esplicitamente ripresa ed adottata dal Consiglio di Stato anche per la sentenza 4533 del 19 settembre 2008.

Entrambe, dunque, sottolineano che l'unico limite invalicabile posto *ex lege* all'operatività della documentazione antimafia è rappresentato dai casi tassativamente indicati in cui "la documentazione" (sia comunicazione che informazione) "non è comunque richiesta ¹⁴⁵". Aggiunge più recentemente, sul punto il Consiglio ¹⁴⁶, riprendendo quanto sostenuto dal TAR in primo grado¹⁴⁷, "il limite dei trecento milioni di lire (oggi euro 154.937,07) - sotto il quale non è richiesto alcun tipo di documentazione antimafia¹⁴⁸ - è stato introdotto per contemperare in maniera ragionevole e proporzionata l'esigenza di assicurare, da un lato, le ragioni di interesse pubblico alla prevenzione (ossia a che non interlociscano con la PA e non usufruiscano così di rimesse pubbliche soggetti che, pur incensurati, possono comunque essere direttamente o indirettamente controllati dalla criminalità) e, dall'altro, l'altrettanto qualificata esigenza di consentire libertà di impresa e speditezza degli affari ad operatori che non sono colpiti da condanne o sottoposti a conseguenti interdizioni sanzionatorie di natura penale. La tassatività della previsione normativa ha effetto *erga omnes* e dunque si impone non solo al Prefetto (di cui vincola il potere), bensì anche alle parti di un negozio di diritto pubblico (che sono i

¹⁴⁴ Cfr. anche il commento alla sent. in: L. CARBONE, L. LO MEO, *Possibilità di richiedere l'informativa antimafia in caso di appalti d'importo inferiore alla soglia comunitaria*, *GIORNALE DIR. AMM.*, 2008, 4, 429C.

¹⁴⁵ Oggi art. 83 co.3 del Codice Antimafia: "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 150mila euro".

¹⁴⁶ Cons. Stato, Sez. V, sent 4 luglio 2014, n. 3386.

¹⁴⁷ TAR Calabria, sezione distaccata Reggio Calabria, sent. del 10 ottobre 2012, n. 607.

¹⁴⁸ N.d.r.

destinatari degli effetti dell'esercizio del potere interdittivo, al pari dell'impresa oggetto di accertamento), e dunque rende illegittima non solo l'emissione, ma anche la richiesta di certificazione per importi sotto soglia (concorrendo entrambe le condotte alla violazione del precetto)".

Al di là di questi limiti, in tutti gli altri casi "non può escludersi l'esercizio della discrezionalità della stazione appaltante, nel senso che la stessa è legittimata a richiedere le informazioni antimafia, e che, una volta formulata la richiesta, il Prefetto sia tenuto dare un seguito a tale richiesta"¹⁴⁹.

1.5 Le vicende successive al provvedimento interdittivo

1.5.1 Gli effetti dell'interdittiva

Il procedimento di rilascio della documentazione antimafia può concludersi con interdittiva antimafia o liberatoria antimafia a seconda che, rispettivamente, siano state o meno riscontrate le situazioni ostative indicate dal Codice.

Le informazioni disciplinate dall'art. 4 del d.lgs 490/94 e dal d.P.R. 252/98 erano rivolte alla pubblica amministrazione che ne faceva richiesta al Prefetto competente in ragione della provincia di residenza o domiciliazione della persona fisica o dell'impresa interessata. Così l'eventuale provvedimento interdittivo vincolava soltanto l'amministrazione richiedente ad astenersi dal concludere il contratto, autorizzare subappalti o rilasciare il provvedimento ampliativo richiesto dall'interessato. Ciò rappresentava un chiaro elemento di debolezza nel sistema di prevenzione dal momento che un soggetto poteva risultare interdetto in relazione ai rapporti con un'amministrazione e, allo stesso tempo, proseguire ad intrattenere pregressi vincoli contrattuali con un'altra amministrazione e, dunque, ad essere comunque percettore di risorse pubbliche pur in presenza di un conclamato pericolo di infiltrazioni mafiose.

Dunque, la norma di delega stabilisce che le informazioni negative hanno immediata efficacia su tutto il territorio nazionale, affermando, così la concreta rilevanza delle informazioni prefettizie anche al di fuori del rapporto strettamente duale con l'amministrazione richiedente.

¹⁴⁹ Cons. Stato, Sez. V, 19 settembre 2008, n. 4533.

Il Codice Antimafia, inoltre, recependo i principi di delega, prevede all'art. 94 che qualora gli elementi relativi a tentativi di infiltrazione mafiosa vengano accertati successivamente alla stipula del contratto o al provvedimento ampliativo, i soggetti tenuti all'acquisizione dell'informazione recedono dal primo o revocano il secondo. Così, da un lato si estende l'efficacia interdittiva anche ai rapporti già in essere, dall'altro la si rende più incisiva in quanto pone in capo al richiedente rigorosamente l'obbligo in luogo della mera facoltà prevista dalla normativa precedente, di esercitare il recesso o la revoca potendo questa optare anche per il mantenimento del rapporto giuridico in atto. Le nuove disposizioni normative si pongono in continuità con la giurisprudenza amministrativa affermatasi sul punto in costanza del regime precedente¹⁵⁰. Secondo le pronunce del Giudice Amministrativo¹⁵¹, l'interesse pubblico alla rimozione del rapporto poteva essere sacrificato solo per "stringenti ragioni" di opportunità amministrativa. Di conseguenza, l'amministrazione richiedente non poteva che optare per rimuovere il rapporto giuridico in atto se non nei casi di opera pubblica in corso di imminente ultimazione o servizio pubblico essenziale difficilmente rimpiazzabile in tempi rapidi. Per di più l'amministrazione avrebbe dovuto fornire "ampia motivazione" della sussistenza delle ragioni tali da giustificare la prosecuzione del rapporto nonostante l'interdittiva prefettizia.

Il Codice accoglie questo orientamento giurisprudenziale. L'art. 94, se da un lato stabilisce che i soggetti richiedenti "non possono stipulare, approvare o autorizzare i contratti o subcontratti, né autorizzare, rilasciare o comunque consentire le concessioni e le erogazioni" (co. 1), dall'altro tempera questa disposizione stabilendo che "non procedono alle revoche o ai recessi di cui al comma precedente 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" (co. 3).

Resta, dunque, in capo all'amministrazione, una potestà valutativa, seppur a basso contenuto discrezionale, quantomeno nel valutare l'effettiva ricorrenza delle condizioni che consentano la prosecuzione in via eccezionale del rapporto giuridico¹⁵². L'esercizio dei poteri di autotutela a seguito dell'accertamento successivo di cause ostative determina:

- la ripetibilità delle somme corrisposte nel frattempo dall'amministrazione al privato: tale elargizione è sottoposta a condizione risolutiva *ex lege*;

¹⁵⁰ Così notano S. GAMBACURTA, B. FRATTASI in A. CISTERNA (a cura di), *op. cit.*

¹⁵¹ TAR Campania, Sez I, 31 gennaio 2005 confermata da Cons. Stato, Sez VI, 30 dicembre 2005 n 7619

¹⁵² S. GAMBACURTA, B. FRATTASI in A. CISTERNA (a cura di), *op. ult. cit.*

- l'applicazione dei principi civilistici in tema di ingiustificato arricchimento nel caso in cui il provvedimento causi l'estinzione di rapporti contrattuali in essere. Le somme corrispondenti ai pagamenti effettuati per le opere già eseguite sono considerate irripetibili e la parte estromessa avrà titolo al rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti *dell'utiliter coeptum*.

Tale previsione normativa, complessivamente considerata, sembra espressione dell'esigenza di bilanciamento di interessi: da un lato, l'insopprimibile esigenza di contrasto del fenomeno criminogeno - da attuarsi mediante l'impiego di procedure (a carattere preventivo e/o ablativo) idonee a sottrarre alla disponibilità degli affiliati ai clan malavitosi la gestione di vaste aree industriali e delle correlate ingenti fortune - e, dall'altro, la "salvaguardia" di quanto di economicamente vantaggioso sia stato comunque realizzato¹⁵³.

A questa esigenza rispondono anche le nuove "misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione della corruzione" introdotte dal decreto n.90/2014¹⁵⁴. Queste possono essere adottate in presenza di "fatti gravi e accertati" e sulla base di due presupposti alternativi d'attivazione: l'ipotesi in cui l'autorità giudiziaria indaghi per i delitti di concussione, corruzione, traffico di influenze, turbata libertà degli incanti o del procedimento di scelta del contraente ovvero nel caso di "situazioni anomale e comunque sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali" attribuibili a un aggiudicatario di appalto, ad un concessionario o ad un contraente generale. Questa seconda ipotesi - delle "situazioni anomale" - è quella che qui maggiormente interessa in quanto contigua a circostanze ostative al rilascio della documentazione antimafia. Le misure in parola, infatti, possono seguire all'emanazione di una informazione prefettizia interdittiva: in questo caso, e solo se ricorrono presupposti di urgenza relativa al completamento dell'esecuzione ed altri, più vaghi¹⁵⁵, per cui non sarebbe comunque opportuno cessare *ex abrupto* il rapporto contrattuale, il Prefetto le assume di propria iniziativa e ne informa il Presidente dell'ANAC. L'efficacia delle misure cessa in tre casi: passaggio in giudicato della sentenza di annullamento dell'informazione

¹⁵³ A. MARCHESE, *Brevi note in tema di trust (anti)-antimafia, ovvero: la segregazione di beni in frode alla legge*, in www.comparazionedirittocivile.it

¹⁵⁴ Per l'analisi di queste misure qui condotta cfr. F. DI CRISTINA, *Le misure urgenti sulla pubblica amministrazione - la nuova vita dell'ANAC e gli interventi in materia di appalti pubblici in funzione anticorruzione*, *GIORNALE DIR. AMM.*, 2014, 11, 1019.

¹⁵⁵ La continuità di servizi e funzioni indifferibili, la salvaguardia dell'occupazione e dei bilanci pubblici, la presenza di una prestazione in corso di ultimazione ed essenziale per l'interesse pubblico, nonché l'impossibilità di sostituire il contraente in tempi rapidi.

prefettizia, passaggio in giudicato dell'ordinanza che ne dispone la sospensione degli effetti in via cautelare, aggiornamento del contenuto dell'informazione. Anche il *fumus* richiesto, stante il tenore letterale della norma, sembra vicino a quello della “qualificata probabilità” di illecito, fondato sulla nozione giurisprudenziale di pericolo che, come si vedrà¹⁵⁶, sorregge l'adozione delle informative prefettizie.

Quanto ai profili procedurali, riscontrati i presupposti sopraindicati, il Presidente dell'ANAC ne dà comunicazione al Procuratore della Repubblica. Propone, dunque, al Prefetto competente per il territorio in cui ha sede l'impresa, l'attivazione alternativa di misure volte all'intimazione di sostituzione degli organi sociali da parte della stessa impresa (“intimazione di sostituzione”) o alla sua straordinaria gestione mediante amministratori appositamente nominati (“amministrazione prefettizia”). Il Prefetto quindi: accerta i presupposti, valuta la gravità dei fatti sintomatici di illecito e dà esecuzione alla misura che ritenga opportuna.

Sul piano patrimoniale, quando il Prefetto nomina gli amministratori, adoperando lo strumento più forte che il monitoraggio pubblico ha a disposizione, si costituisce una sorta di *blind trust* con una doppia funzione: da un lato, la protezione delle risorse pubbliche impiegate per il singolo contratto pubblico e, dall'altro, la sottrazione di diritti di natura patrimoniale ad individui su cui gravano, come minimo, situazioni anomale sintomatiche di illeciti e, al contempo, fatti gravi e accertati di reato. Gli amministratori, per la durata della misura prefettizia *extra ordinem*, subentrano pienamente nei poteri di disposizione e gestione dell'impresa e, in caso di società, non rispondono all'assemblea, le cui funzioni sono sospese. Inoltre, l'attività degli amministratori è da considerarsi di pubblica utilità, con gli effetti derogatori e in termini di specialità del regime giuridico applicabile che ciò comporta. Essi rispondono di eventuali diseconomie di gestione solo in caso di dolo o colpa grave. Sino all'esito del giudizio in sede penale o dei giudizi di impugnazione o cautelari riguardanti l'informazione antimafia interdittiva, l'utile d'impresa derivante dal contratto di appalto in questione è accantonato in apposito fondo ed è protetto: non può essere né distribuito, né pignorato.

Il Prefetto, può anche decidere di non ricorrere alle misure sopra descritte ma all'istituto ancora più leggero della *tutorship*. In questo caso nomina fino a tre esperti che accompagnino l'impresa in un percorso di revisione virtuosa di prassi e organizzazione aziendale.

¹⁵⁶ Par. 2.1.1.

Che essi, dall'interno dell'impresa, possano agire sottotraccia per segnalare eventuali illeciti, anche come *whistleblowers*, è circostanza non banale.

Si tratta di una misura tanto efficace, perché rapida, quanto chirurgica, poiché limitata a singoli appalti o concessioni e in ogni caso efficace non oltre il collaudo. Essa è la pragmatica espressione della duplice esigenza verso cui tende l'intera normativa in materia. Colpire l'infiltrazione mafiosa nell'economia legale attraverso strumenti sempre più flessibili che permettano di salvaguardare quanto possa essere sottratto al condizionamento e reimmesso nel circuito della piena legalità.

1.5.2 L'istanza di aggiornamento

Per l'impresa colpita da provvedimento interdittivo, che voglia evitare le conseguenze dell'esclusione dai rapporti economici con la pubblica amministrazione si prospettano due alternative di diversa natura. Da un lato, può, secondo il dettato del Codice Antimafia, chiedere l'aggiornamento del provvedimento, sottoponendo all'attenzione del Prefetto le circostanze per cui dovrebbe rilasciare provvedimento liberatorio al posto della precedente interdittiva. Dall'altro lato può impugnare il provvedimento, come tutti i provvedimenti amministrativi, davanti al giudice competente contestandone l'illegittimità.

Quanto alla prima ipotesi, ai sensi dell'art. 91 co. 5 del Codice Antimafia, l'impresa interdetta ha la possibilità di "richiedere l'aggiornamento dell'informazione emessa *anche* da parte del privato cui essa si riferisce". La congiunzione "anche" sta ad indicare come l'aggiornamento possa pure da soggetti diversi dal destinatario della determinazione antimafia, titolari di specifici profili di interesse che vanno evidentemente individuati nei soggetti ex art. 83 commi 1 e 2 del Codice¹⁵⁷.

L'istanza di aggiornamento inaugura un procedimento di secondo grado finalizzato alla revisione di una precedente determinazione antimafia. Tale procedimento non può essere negato dal Prefetto¹⁵⁸ per obbligatorietà della funzione e non perché si tratti di una manifestazione di autotutela decisoria in senso proprio. L'aggiornamento, infatti, è principalmente rivolto alla salvaguardia dell'interesse economico dell'impresa a contrarre con la pubblica amministrazione, piuttosto che alla tutela giuridica dell'amministrazione stessa.

¹⁵⁷ TAR Lazio, Sez. I, 3 febbraio 2009, n. 989.

¹⁵⁸ TAR Lazio, Sez. I, 4 settembre 2008, n. 8050.

Il procedimento di aggiornamento costituisce un procedimento amministrativo autonomo a tutti gli effetti. Non si tratta, al contrario, di un sub-procedimento destinato a fungere da presupposto di determinazioni assunte da altre amministrazioni. Di conseguenza ad esso si applica la disciplina del procedimento amministrativo. In particolare il termine del procedimento di aggiornamento, in assenza di specifiche indicazioni del codice, è quello indicato con portata generale dall'art. 2 della L. 241/90 e cioè di trenta giorni, prorogabili, in casi di complessità, di ulteriori trenta.

Sotto il profilo sistematico, il meccanismo dell'aggiornamento o riesame dell'informativa, ex art. 91, comma 5, del Codice antimafia, rappresenta un punto di snodo della disciplina. "Il bilanciamento tra i valori costituzionali rilevanti in materia: l'esigenza, da un lato, di preservare i rapporti economici dalle infiltrazioni mafiose in attuazione del superiore principio di legalità sostanziale e, dall'altro, la libertà di impresa" osserva il Consiglio di Stato¹⁵⁹, "trova nella previsione dell'aggiornamento, ai sensi dell'art. 91, comma 5, del d. lgs. n. 159 del 2011, un punto di equilibrio fondamentale e uno snodo della disciplina in materia, sia in senso favorevole che sfavorevole all'impresa, poiché impone all'autorità prefettizia di considerare i fatti nuovi, laddove sopravvenuti, o anche precedenti - se non noti - e consente all'impresa stessa di rappresentarli all'autorità stessa, laddove da questa non conosciuti".

Come ricorda lo stesso Collegio, il meccanismo dell'aggiornamento può risultare anche sfavorevole nei confronti dell'impresa, nel senso che può comportare il passaggio da un'informativa inizialmente liberatoria a una interdittiva. A proposito è stato osservato¹⁶⁰ che sino a che si rimanga nell'ambito dei rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione (appalti, concessioni, finanziamenti) "ciò risulta senza dubbio giustificato". Se, tuttavia, si estende l'informativa antimafia all'economia privata¹⁶¹, l'intervento successivo del Prefetto "potrebbe stridere con un principio portante della moderna economia, quello della certezza e della prevedibilità delle decisioni dell'autorità amministrativa". Infatti, un'informativa interdittiva adottata successivamente, senza limiti di tempo, quando oramai gli investimenti sono stati effettuati può sortire ben altro impatto sull'impresa, rispetto ad una emessa prima che l'attività sia avviata.

¹⁵⁹ Cons. Stato, Sez. III, 9 febbraio 2017, n. 565.

¹⁶⁰ P. TONNARA, *op. cit.*

¹⁶¹ Secondo la tesi recentemente sostenuta dal Consiglio di Stato (Sez. III, 9 febbraio 2017, n. 565) esposta al precedente par. 1.2.2.

Secondo l'art. 91 co. 5, l'istanza di aggiornamento deve essere documentata. Quindi non basta una generica diversa prospettazione delle circostanze già accertate dal Prefetto ma è necessaria l'allegazione di fatti e documenti che comprovino il venir meno delle situazioni di infiltrazione. Trattandosi di misura avente carattere preventivo-cautelare e non punitivo, l'informativa vale *rebus sic stantibus*, ossia fintanto che il quadro fattuale rimanga invariato. Occorre dimostrare il mutamento di tale quadro fattuale per ottenere un provvedimento prefettizio di segno opposto rispetto al precedente.

Quando l'interdittiva si basi su circostanze legate alla composizione formale dell'assetto aziendale, l'impresa può agire su di esso, ad esempio estromettendo dall'organico soggetti controindicati o comunque variando l'assetto aziendale, "sterilizzando" quei fattori ritenuti sintomatici dell'infiltrazione mafiosa. Si tratta di una forma di collaborazione incentivata dall'ordinamento ma che presta il fianco ad abusi e distorsioni¹⁶² qualora l'impresa ponga in essere solo formalmente dei cambiamenti ai quali non corrisponda un'effettiva estromissione dei fattori di condizionamento mafioso dalla gestione aziendale¹⁶³.

Diverso, invece, il caso in cui l'informativa del Prefetto si basi su rapporti di parentela o coniugio. In queste circostanze si ritiene che un soggetto possa ragionevolmente intendersi vicino al sistema mafioso in per le relazioni personali e familiari che lo legano a soggetti noti alle forze dell'ordine per la loro, presunta o accertata, affiliazione alla criminalità organizzata ¹⁶⁴. In tali casi, l'istituto dell'aggiornamento non sembra rappresentare un rimedio del tutto efficace, a meno che la persona decida di interrompere qualsivoglia rapporto con la famiglia o con il partner. In quest'ultimo caso si corre, però, il rischio, non solo di sacrificare eccessivamente il diritto di iniziativa economica privata, ma altresì di "mortificare, per scopi preventivi e valutazioni discrezionali, lo svolgimento della persona nelle più intime formazioni sociali"¹⁶⁵.

¹⁶² Si rimanda in particolare alle considerazioni di: A. MARCHESE, *Brevi note in tema di trust (anti)-antimafia*, ovvero: la segregazione di beni in frode alla legge, in www.comarazionedirittocivile.it; A. GALASSO, L. MORMILE, *Il "trust antimafia" tra principi generali e interessi antagonisti*, Trusts, 2012, 6

¹⁶³ Vds. par. 2.2.6 e 2.2.7 rispettivamente per le vicende anomale nella formale struttura e nella concreta gestione dell'impresa quali elementi sintomatici dell'infiltrazione mafiosa.

¹⁶⁴ Vds. par. 2.2.4.

¹⁶⁵ P. TONNARA, *op.cit.*

1.5.3 Il ricorso giurisdizionale

I provvedimenti interdittivi sono soggetti alla giurisdizione generale di legittimità del Giudice Amministrativo. Le informative antimafia, in quanto atti amministrativi, vanno impugnate davanti al Giudice Amministrativo, il quale “non sostituisce la propria valutazione a quella dell’amministrazione ma controlla che la seconda si sia formata correttamente”¹⁶⁶.

Secondo il pacifico orientamento della giurisprudenza¹⁶⁷, la valutazione prefettizia, data la specifica natura del giudizio formulato e visto l’utilizzo di particolari cognizioni di tecnica investigativa, è espressione di discrezionalità tecnica¹⁶⁸. Pertanto, tale valutazione non è suscettibile di sindacato di merito e sarebbe esclusa la possibilità per il Giudice Amministrativo di svolgere un sindacato pieno ed assoluto. Il sindacato del Giudice Amministrativo sulla legittimità dell’informativa prefettizia non mira ad accertare né la sussistenza dei fatti posti alla base del provvedimento prefettizio né la responsabilità del soggetto (come invece accade nel giudizio penale). Non giudica “il fatto” quanto, piuttosto, “il fatto filtrato dall’atto”, ove il fatto non è un accadimento compiuto, ma un fatto ipotetico, da verificare facendo uso dei criteri di logicità, congruità e probabilità. In altri termini il sindacato del giudice, non scalfisce la discrezionalità riconosciuta al Prefetto in sede di valutazione degli elementi per stabilire se siano in nesso di causalità con i fini distorti che l’impresa persegue secondo il criterio della non manifesta infondatezza che definisce il fatto come rilevante¹⁶⁹. Pertanto, salvi i casi di giurisdizione estesa al merito, al giudice amministrativo è normalmente precluso il sindacato sulle scelte e sull’opportunità delle azioni amministrative, essendo consentito solo sui vizi di legittimità delle scelte discrezionali: proprio in quanto scelta discrezionale, la valutazione prefettizia non è sindacabile dal giudice amministrativo, se non per manifesta illogicità, irragionevolezza o travisamento dei fatti.

¹⁶⁶ B. G. MATTARELLA in: S. CASSESE (a cura di) *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Quarta edizione, Giuffrè, Milano, 2012, p. 266

¹⁶⁷ *Ex multis* T.A.R. Campania, Sez. III, 4 aprile 2002, n. 1861; Cons. Stato, Sez. VI, 19 agosto 2008, n. 3598; Id., 29 luglio 2008, n. 3723 e C.G.A.S, Sez. giurisdiz., 19 gennaio 2010, n. 17.

¹⁶⁸ Per più ampie considerazioni sul tema della discrezionalità prefettizia in materia di documentazione antimafia si rimanda al par 2.1.1.

¹⁶⁹ Cfr. C. FE², *Interdittiva prefettizia e sindacato del G.A.*, *CORRIERE MERITO*, 2012, 8-9.

In dottrina non mancano, però, i commenti critici rispetto questa tesi¹⁷⁰. Si nota, infatti che, alla luce dei delicati interessi coinvolti dall'adozione di un'informativa interdittiva - interessi di natura anche costituzionale quale la tutela della libertà personale, di iniziativa economica, del diritto di difesa e di libertà personale - sembrerebbe più armonioso con l'intero sistema che anche i controlli prefettizi, prima di sfociare in un provvedimento gravemente lesivo¹⁷¹ qual è l'informazione antimafia, vengano valutati nel merito da un'Autorità Giudiziaria nel contraddittorio tra le parti¹⁷².

Tuttavia, la formulazione generica, più sociologica che giuridica, del tentativo di infiltrazione mafiosa giuridicamente rilevante, implica l'attribuzione al Prefetto di un ampio margine di accertamento e di apprezzamento¹⁷³ che ne spiega la sindacabilità in sede giurisdizionale solo in caso di manifesti vizi di eccesso di potere per illogicità, irragionevolezza e travisamento dei fatti¹⁷⁴.

Il provvedimento interdittivo prefettizio, secondo la dottrina¹⁷⁵, producendo degli effetti interdittivi automatici, è un atto direttamente lesivo, impugnabile immediatamente, anche a prescindere dall'adozione del consequenziale provvedimento sfavorevole da parte dell'amministrazione pubblica che ne sia destinataria (l'esclusione dalla gara, l'atto di revoca o recesso dal contratto, l'atto di recupero delle agevolazioni concesse). Per quanto riguarda l'individuazione del Giudice competente, secondo il pacifico orientamento della giurisprudenza¹⁷⁶, vige il criterio di competenza territoriale generale costituito dalla sede dell'ente amministrativo che ha emanato il provvedimento.

¹⁷⁰ Vds. ad es. A. CIULLA, *Note (critiche) in tema di informativa antimafia*, *Norma*, QUOTIDIANO DI INFORMAZIONE GIURIDICA; S. CIMINI, *La nuova documentazione antimafia: le «informazioni» del Prefetto* (*Nota a Cons. Stato, sez. VI, 11 settembre 2001, n. 4724*), FORO IT., 2002, III, 291.

¹⁷¹ Si veda sul punto quella giurisprudenza che ha iniziato a sanzionare l'illegittimità di un'informativa non solo con la declaratoria di illegittimità ma anche condannando l'Amministrazione al risarcimento dei danni patiti (es. Cons. Stato, Sez. V, 28 marzo 2008, n. 1310; 12 febbraio 2008, n. 491).

¹⁷² In particolare S. CIMINI, *op. cit.*, affrontando la delicata questione circa il coordinamento tra la normativa in tema di informazioni prefettizie antimafia e le norme ed i principi costituzionali, ha rilevato come, in realtà, il sistema delle informative avrebbe creato una disparità di trattamento tra operatori economici italiani e non italiani fintanto che la richiesta di informativa avrebbe riguardato solo i primi lasciando i secondi indenni dalla sottoposizione a tale forma di controllo pregnante. Circostanza questa che, sempre secondo il citato autore, avrebbe reso la normativa non pienamente conforme ai principi di cui agli artt. 3 e 97 Cost., oltre che ai principi di ragionevolezza. Tale valutazione oggi non è più attuale alla luce delle modifiche apportate dal d.lgs n. 218/2012.

¹⁷³ Sulla discrezionalità del Prefetto in sede di valutazione del pericolo di infiltrazioni mafiose vds. par. 2.1.1.

¹⁷⁴ Cfr. V. DE GIOIA, *Le garanzie in materia di informazioni prefettizie antimafia*, in NUOVA RASS., 21, 2007, p. 2173. In termini analoghi, in giurisprudenza: Cons. Stato, n. 4724 del 2001; Cons. Stato, III Sez., 26 maggio 2016, n. 3754/2016.

¹⁷⁵ A. MEZZOTERO, *Le informative prefettizie antimafia*, GIUR. MERITO, 2009, 4, 1084.

¹⁷⁶ Cons. Stato (Ad. Plen.), 19 novembre 2012, n. 34.

A questo punto, però, bisogna notare¹⁷⁷ che l'ente che emani il provvedimento di revoca del contratto o esclusione dalla gara potrebbe non avere la stessa sede della Prefettura che ha emanato il provvedimento interdittivo. Le informative, infatti, nascono in genere da indagini compiute dove l'impresa mafiosa ha la sua sede o la sua attività principale. Per questa ragione l'informativa interdittiva può essere rilasciata da una Prefettura di una provincia diversa da quella in cui hanno sede i soggetti richiedenti, chiamati poi ad adottare l'atto conclusivo (cfr. art. 90 Codice Antimafia). Ciò comporta che la stessa informativa possa essere impugnata davanti a TAR diversi: quello dove ha sede la Prefettura che ha emesso il provvedimento primario e quelli (lo stesso provvedimento interdittivo può causare la caducazione di più rapporti contrattuali) dove hanno sede le amministrazioni che emettono il provvedimento conseguente a quello prefettizio.

Dunque, a fronte di una informativa che dia luogo a più recessi, e di conseguenza, potenzialmente, a più contenziosi, il rischio di pronunce difformi è da prendere in considerazione.

Dato il carattere pressoché vincolato dei provvedimenti da parte delle amministrazioni a fronte del rilascio di documentazione antimafia interdittiva, il giudizio verterà principalmente sul provvedimento prefettizio più che su quelli di recesso ad esso successivi.

Il problema della competenza territoriale dei TAR in questo tipo di vertenze è stato ignorato anche dal codice del processo amministrativo¹⁷⁸. Su questo tema non appare decisivo l'art. 13, comma 4- *bis*, c.p.a. Questa disposizione, ai fini della competenza territoriale nel caso di impugnazione di atti connessi, introduce la distinzione fra il caso in cui l'atto presupposto impugnato abbia carattere di atto normativo o generale, e il caso in cui l'atto presupposto impugnato non abbia tale carattere: nel secondo caso la competenza è devoluta al giudice competente per il ricorso contro il "provvedimento da cui deriva l'interesse a ricorrere". Non si tratta però di un criterio risolutivo perché il provvedimento interdittivo non può considerarsi mero atto presupposto in quanto nei confronti di esso è possibile ricorrere anche direttamente.

¹⁷⁷ Cfr. G. D'ANGELO, *La documentazione antimafia nel d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159: profili critici*, in *URBANISTICA E APPALTI*, 2013, 3, 256.

¹⁷⁸ Decreto legislativo, 2 luglio 2010, n. 104, G.U. 7 luglio 2010. Di seguito: c.p.a.

In questo contesto, va segnalata la posizione assunta da alcuni TAR¹⁷⁹ sulla *vis attractiva* della informazione prefettizia e quindi sulla competenza per connessione, per cui il Giudice competente sarebbe da individuare con riferimento solo al provvedimento interdittivo. Questa soluzione, però, non è stata recepita nel secondo decreto correttivo del codice del processo ed è stata disattesa dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che ha ritenuto competente a sindacare la legittimità delle informative antimafia non il TAR nella cui circoscrizione ha sede il Prefetto che ha emesso l'informativa ma quello competente a giudicare degli atti dell'appalto cui si riferisce l'informativa.

L'interpretazione della Plenaria si basa essenzialmente sul fatto che l'informativa deve essere adottata dal Prefetto in relazione alla singola procedura d'appalto: gli effetti "diretti" sarebbero riconducibili sempre al provvedimento conseguente all'informativa, e non all'informativa stessa, anche se interdittiva.

L'argomento sembra in parte avvalorato dal correttivo del Codice Antimafia che ha modificato l'art. 86 (validità della documentazione antimafia) ed espunto la possibilità per l'amministrazione o per l'interessato di utilizzare la comunicazione o la informazione antimafia anche in un procedimento diverso da quello per il quale era stata rilasciata.

Tali dubbi interpretativi sono frutto di una lacuna legislativa in punto di difesa in giudizio dello Stato di indubbia gravità per le ripercussioni che viene ad assumere sul sistema. L'informativa, infatti, sebbene formalmente riferita sempre a una specifica procedura d'appalto, è fondata su elementi che determinano l'emissione di atti di contenuto identico anche in relazione a procedure d'appalto diverse. Del resto il giudizio sulla legittimità dell'atto successivo all'interdittiva, verte, normalmente, sulla legittimità dell'interdittiva stessa. Si possono, dunque, facilmente dedurre le ripercussioni negative sull'intero sistema, di pronunce contraddittorie da parte dei diversi TAR su provvedimenti (le informazioni interdittive) che condividono gli stessi presupposti.

Una soluzione diversa potrebbe seguire quella adottata ad es. nell'art. 135, comma 1 lett. p), c.p.a. per tutte le controversie attribuite al giudice amministrativo derivanti dall'applicazione del titolo sull'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la designazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata. Si potrebbe, cioè, prevedere di attribuire a un foro esclusivo la competenza per tutte le controversie in materia di informazioni antimafia in deroga al criterio di competenza territoriale.

¹⁷⁹ T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 28 gennaio 2011, n. 45 e 25 luglio 2011, n. 631, in www.giustiziaamministrativa

Quanto al rito da adottare per l'impugnazione, ha recentemente osservato il Consiglio di Stato¹⁸⁰, ribadendo gli orientamenti giurisprudenziali precedenti al Codice Antimafia¹⁸¹, che il ricorso proposto avverso una informativa antimafia è soggetto al rito ordinario e non al rito (speciale) per gli appalti. Di conseguenza che il termine di impugnazione è quello ordinario di sessanta giorni, e non dimezzato di trenta giorni, previsto dall'art. 120, comma 5, c.p.a. Si tratta, infatti di un istituto di portata generale, "trasversale", che non interseca, cioè, solo la materia dei pubblici appalti. La soggezione alla disciplina degli artt. 119 e 120 c.p.a. in tanto si giustifica in quanto venga in rilievo, e sia impugnato, un atto riconducibile all'esercizio (o al mancato esercizio) del potere di scelta, da parte dell'Amministrazione, in una procedura di gara. Il potere di recedere dal contratto, in seguito all'emissione dell'informativa, è invece l'espressione di una speciale potestà amministrativa che compete alla stazione appaltante ai sensi dell'art. 92, comma 4 del Codice Antimafia, anche nella fase esecutiva del contratto, e non già del generale potere "selettivo" attribuitole dall'ordinamento per la scelta del miglior contraente. La risoluzione pubblicistica del rapporto eccezionalmente riconosciuto alla stazione appaltante dall'art. 92, comma 4, infatti, non costituisce propriamente l'oggetto o l'effetto di uno degli "atti delle procedure di affidamento", ma è il contenuto di un atto vincolato della stazione appaltante. La conseguenza necessitata, a valle, di una valutazione compiuta dal Prefetto, a monte, in ordine ad un requisito fondamentale richiesto dall'ordinamento per la partecipazione alle gare: l'impermeabilità mafiosa delle imprese concorrenti. Si tratta di una sorta di "indispensabile capacità giuridica"¹⁸², il cui accertamento spetta al Prefetto. Quest'ultimo esercita un atto che è tipica espressione dell'ampia discrezionalità nell'esercizio della funzione connessa alla tutela dell'ordine pubblico e alla prevenzione antimafia. Proprio in quanto tale, non è corretto ricondurre e relegare l'interdittiva prefettizia al solo ambito delle procedure di gara e alla relativa disciplina processuale. Il raggio applicativo del provvedimento è ben più ampio rispetto alla mera procedura di gara, perciò non è corretto invocare la ratio acceleratoria in relazione a quest'ultima per giustificare la dimidiazione dei termini d'impugnazione.

Analogamente al provvedimento interdittivo, anche quello di rigetto dell'istanza di aggiornamento delle informative, proposta ai sensi dell'art. 91 co. 5 del Codice Antimafia,

¹⁸⁰ Cons. Stato., sez. III, 26 gennaio 2017, n. 319 motivatamente discostandosi dal precedente Cons. Stato, 20 luglio 2016, n. 3247.

¹⁸¹ Cons. Stato, Sez. VI, 19 agosto 2008, n. 3958.

¹⁸² Cons. Stato, 20 luglio 2016, n. 3247.

risulta essere immediatamente lesivo per l'impresa e, dunque, impugnabile direttamente davanti al Giudice Amministrativo.

L'eventuale annullamento giurisdizionale del provvedimento prefettizio comporta il venir meno sia della revoca dell'aggiudicazione dell'appalto, disposta in danno dell'impresa sospettata di collusione con la criminalità organizzata, sia dell'assegnazione dello stesso appalto ad altro concorrente. Quanto alle ripercussioni dell'annullamento dell'interdittiva la giurisprudenza¹⁸³ ha parlato di "illegittimità derivata" mentre d'altra parte¹⁸⁴ si è avanzata l'ipotesi della "efficacia caducante" dell'annullamento giurisdizionale, in quanto l'informativa tipica ha costituito il presupposto unico ed imprescindibile sia della revoca dell'aggiudicazione originaria, sia dell'aggiudicazione successiva.

¹⁸³ Cons. Stato, V, 2 dicembre 2008 , n. 5929.

¹⁸⁴ E. LEOTTA, *I poteri certificativi del Prefetto quali strumenti di contrasto alla criminalità organizzata: inquadramento sistematico ed aspetti problematici*, in www.giustizia-amministrativa.it

2. PROFILI SOSTANZIALI: IL PERICOLO DI INFILTRAZIONE MAFIOSA

2.1 La valutazione sul pericolo di infiltrazione mafiosa

2.1.1 Discrezionalità del Prefetto

Nel rilascio della documentazione antimafia, il Prefetto esercita un potere di natura discrezionale¹⁸⁵. Questi, infatti, nell'esercizio del potere conferitogli dall'ordinamento, è chiamato a compiere una scelta da esercitarsi in modo che vi sia ponderazione, in concreto, dei vari interessi secondari, pubblici e privati, sui quali la scelta dell'amministrazione incide, con un interesse primario, che è quello per il quale all'amministrazione è attribuito il potere amministrativo. Dottrina e giurisprudenza¹⁸⁶, sono concordi nell'individuare, da una parte, nell'ordine pubblico economico l'interesse pubblico primario perseguito attraverso la documentazione antimafia, e, dall'altra, nella libera iniziativa economica privata (art. 41 Cost.) in regime di concorrenza, sotto il presidio della presunzione di non colpevolezza (art. 27 co. 2 Cost), gli interessi pubblici e privati da bilanciare al primo.

Nello specifico, il Prefetto, nel rilascio della documentazione antimafia, esercita la propria "scelta" in virtù dell'applicazione di conoscenze specialistiche, "peculiari cognizioni di tecnica investigativa e poliziesca"¹⁸⁷. La discrezionalità da questi esercitata prende, dunque, la particolare forma della "discrezionalità tecnica". Trattasi, infatti, di una "manifestazione di un giudizio, conseguente ad accertamento di fatto, in cui rileva l'applicazione di criteri e parametri scientifici e tecnici e che viene espresso, non a seguito di una scelta, ma in applicazione di regole di natura tecnica"¹⁸⁸.

La natura dell'attività svolta dal Prefetto nonché l'ambito di discrezionalità a questi demandato variano notevolmente a seconda della "specie" di documentazione antimafia del cui rilascio si tratti: comunicazione, informativa ricognitiva ovvero accertativa.

¹⁸⁵ "Discrezionale, salvo che le norme dispongano diversamente, è ogni potere amministrativo: ogni scelta dell'amministrazione che si traduca in un atto unilaterale produttivo di effetti giuridici nei confronti di altri soggetti". B. G. MATTARELLA in S. CASSESE (a cura di) *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Quarta edizione, Giuffrè, Milano, 2012, p. 265.

¹⁸⁶ Si veda, *ex multis*: Cons. Stato., VI Sez, 2 agosto 2006, n 4737; Sez. VI, 30 dicembre 2005, n. 7615.

¹⁸⁷ Cons. Stato, Sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743.

¹⁸⁸ F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, seconda ed., Giappichelli, Torino, 2014.; Cfr. anche V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967.

Anzitutto, a seconda della documentazione da rilasciare, la verifica prefettizia potrà fare riferimento a soli fatti già oggetto di esame dell'autorità amministrativa o giudiziaria ovvero anche a nuove circostanze accertate direttamente dallo stesso Prefetto. In secondo luogo, varia il rigore restrittivo dei criteri tecnici e delle regole da applicare in sede di valutazione dei requisiti per il rilascio della documentazione in oggetto.

La comunicazione antimafia, tendendo a far conoscere l'esistenza di divieti e delle altre cause di decadenza o sospensione contemplate dall'art. 67, consiste in una mera dichiarazione di scienza. Il potere del Prefetto è vincolato, limitandosi ad una verifica del fatto alla norma. Per altro, proprio perché finalizzata a fare certezza pubblica di fatti preesistenti essa si colloca a valle del sistema di contrasto e prevenzione della criminalità mafiosa, limitandosi a testimoniare giudizi ed effetti stabiliti da altri provvedimenti.

Quanto alle informazioni antimafia, occorre distinguere tra interdittive: ricognitive ed accertative. A ciascuna corrisponde, infatti, un'attività di natura differente da parte dell'autorità prefettizia.

Le informative "ricognitive", analogamente alle comunicazioni antimafia, fanno riferimento a circostanze comunque interdittive per legge già riscontrate ed esaminate da parte dell'autorità giudiziaria o amministrativa.

Nelle informative di tipo "accertativo", invece, il Prefetto ricerca e vaglia una serie di elementi utili a ricomporre un quadro complessivo dell'assetto dell'impresa dal quale si possa evincere l'assenza, in caso di informazione liberatoria, o l'esistenza, in caso di informazione interdittiva, di ingerenze della criminalità mafiosa tali da condizionarne l'andamento¹⁸⁹.

In quest'ottica appare evidente come le informazioni antimafia concretizzino la massima anticipazione della soglia di prevenzione della criminalità mafiosa¹⁹⁰ e si pongano "a monte" anche delle misure di prevenzione propriamente dette, oltre che naturalmente del giudicato penale.

Da questo sintetico quadro si evince chiaramente come per le interdittive "accertative" sia demandato all'autorità prefettizia un margine di discrezionalità decisionale notevolmente più ampio rispetto a quello di cui dispone per il rilascio delle certificazioni e delle informazioni "ricognitive".

¹⁸⁹ Cfr. A. CISTERNA (a cura di), *Commento al codice antimafia*, di A. CISTERNA M. V. DE SIMONE, B. FRATTASI, S. GAMBACURTA, Maggioli Editore, ed. 2013.

¹⁹⁰ Cons. Stato, Sez IV, 26 gennaio 2006, n 222.

Del resto, sul punto, si è recentemente espresso in modo piuttosto netto il Consiglio di Stato¹⁹¹, che ha sottolineato il “carattere quasi vincolato” del provvedimento del Prefetto in presenza di “fatti chiari ed evidenti o quantomeno altamente plausibili”, e ha, per converso, sottolineato l’importanza della motivazione del provvedimento nell’esporre valutazioni e collegamenti nel caso di “elementi marcatamente opinabili”.

Ciò non significa, tuttavia, che la valutazione dell’autorità non incontri, neppure in quest’ultimo caso, limiti o vincoli di alcun tipo. Questi, infatti, sono stati progressivamente definiti dalla legge e, nella loro applicazione pratica, dalla giurisprudenza, e sono tutt’ora in fase di continua elaborazione. In sede di giudizio di legittimità sui provvedimenti prefettizi da parte della Giustizia Amministrativa, si è andato delineando lo *spatium decidendi* nell’ambito del quale possa legittimamente operare la discrezionalità del Prefetto.

Anzitutto, sebbene per le informazioni “accertative” non siano definiti specificamente e in modo tassativo *ex lege* gli elementi dai quali desumere il tentativo d’infiltrazione mafiosa, l’“oggetto” stesso della valutazione prefettizia non può che essere, in qualche modo, circoscritto. Dunque, alla base della valutazione prefettizia devono ritrovarsi “elementi oggettivi di fatto”, non essendo sufficienti meri sospetti privi di riscontro oggettivo e concreto. Per quanto tali elementi possano assumere molteplici forme e connotati, è necessario che “in quanto aventi carattere sintomatico ed indiziante, denotino in senso oggettivo il pericolo di collegamenti tra la società o l’impresa e la criminalità organizzata”¹⁹².

Occorre, allora, qualche considerazione circa il livello probatorio che deve essere raggiunto perché un dato di fatto possa essere definito “oggettivo” e “concreto” tanto da poter sostenere il pericolo di condizionamento mafioso ai fini dell’emissione di un provvedimento interdittivo. Sul tema, in realtà, si sono registrate in giurisprudenza oscillazioni di non poco rilievo. Fino a circa dieci anni fa il Consiglio di Stato riteneva sufficiente un quadro composto da elementi capaci di dare conto della sola “possibilità” o “ipotizzabilità” che l’impresa interessata potesse essere il oggetto di ingerenze o condizionamenti mafiosi¹⁹³. Successivamente è andato affermandosi il più restrittivo canone della “qualificata probabilità”¹⁹⁴ connotato da un *quid pluris* rispetto alla mera

¹⁹¹ Cons. Stato, Sez. III., 26 maggio 2016, n. 3754.

¹⁹² Vds. Cons. Stato., Sez. VI, 25 gennaio 2010, n. 250. Cfr. anche Sez. IV, 15 novembre 2004, n. 7362; Sez. V, 27 maggio 2008, n. 2512.

¹⁹³ Cons. Stato, Sez. VI, 2 agosto 2006 n. 4737; Sez. V, 3 ottobre 2005 n. 5247; Sez. VI, 26 gennaio 2006, n. 222.

¹⁹⁴ Cons. Stato, Sez. VI, 11 dicembre 2009, n. 7777.

possibilità teorica.¹⁹⁵ In quest'ultima direzione, attualmente risulta saldamente affermato il criterio di matrice civilistica del “più probabile che non”¹⁹⁶ o del “non improbabile”¹⁹⁷. Tale criterio rappresenta una regola di giudizio che, diversamente dal canone della certezza probatoria “al di là di ogni ragionevole dubbio”, tipico del giudizio penale¹⁹⁸, “ben può essere integrata da dati di comune esperienza, evincibili dall'osservazione dei fenomeni sociali, qual è, anzitutto, anche quello mafioso”¹⁹⁹.

L'adozione del canone della “ragionevole probabilità” quale criterio guida della valutazione dell'autorità amministrativa ai fini del rilascio della documentazione antimafia rappresenta allo stesso tempo “regola, garanzia e, insieme, strumento di controllo”. In particolare, fornisce uno strumento idoneo a verificare la correttezza dell'inferenza causale che da un insieme di fatti sintomatici (fatto noto) di apprezzabile significato indiziario, perviene alla ragionevole conclusione di permeabilità mafiosa (fatto probando) secondo una logica “che nulla ha a che fare con le esigenze del diritto punitivo e del sistema sanzionatorio”²⁰⁰, ed alla quale, perciò, non sarebbe opportuno estendere i più rigorosi canoni probatori del giudizio penale.

Insomma, sebbene venga riconosciuta al Prefetto una lata discrezionalità, la sua valutazione deve ancorarsi ad un saldo sostrato costituito da elementi di fatto, “gravi, precisi e concordanti” oggettivamente significanti che, consentano di ritenere razionalmente credibile il pericolo di infiltrazione mafiosa in base ad un complessivo, oggettivo, e sempre sindacabile in sede giurisdizionale, apprezzamento dei fatti nel loro valore sintomatico.

D'altra parte, occorre precisare che il ricorrere di una o più di queste circostanze di fatto non determina un giudizio automatico di esistenza di tentativi di infiltrazione. Piuttosto esse implicano l'attivazione di un potere valutativo di carattere ampiamente discrezionale volto ad accertare l'eventuale intervento criminale²⁰¹.

¹⁹⁵ Così si osserva in A. CISTERNA (a cura di), *Commento al codice antimafia*, di A. CISTERNA M. V. DE SIMONE, B. FRATTASI, S. GAMBACURTA, Maggioli Editore, ed. 2013.

¹⁹⁶ Si vedano in particolare: Cons Stato, Sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743; Cons. Stato Sez. III, 26 maggio 2016, n. 3754/2016.

¹⁹⁷ Cons. Stato, Sez. III, 10 agosto 2016, n. 3576.

¹⁹⁸ Art. 533, co. 1, c.p.p.: “Condanna dell'imputato”: “Il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio. Con la sentenza il giudice applica la pena e le eventuali misure di sicurezza”.

¹⁹⁹ Cons. Stato, Sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743; Cons. Stato, sez. III, 7 ottobre 2015, n. 4657; Cass. civ., sez. III, 18 luglio 2011, n. 15709.

²⁰⁰ Cons. Stato, sez. III, 9 febbraio 2017, n. 565.

²⁰¹ In dottrina S. CACACE, *Tutela antimafia e Grandi opere, contenzioso e giurisprudenza*, in www.giusitziainministrativa.it; in giurisprudenza: C. di S., Sez VI, 10 novembre 2009, n 7777.

Il Prefetto formula il proprio giudizio sulla base di una valutazione complessiva di elementi eterogenei. Non si richiede che tali elementi siano in grado di affermare la certezza dei tentativi di infiltrazione mafiosa ma, trattandosi di un provvedimento di prevenzione anticipata, sono necessari e sufficienti l'accertamento, “ di grado inferiore e diverso da quello richiesto per l'individuazione di responsabilità penali”²⁰² e l'indicazione di “circostanze obiettivamente sintomatiche” di connessioni e collegamenti con le predette organizzazioni.

La discrezionalità prefettizia può spingersi, sulla scorta di un solido impianto motivazionale, finanche ad esprimere una valutazione di segno opposto rispetto a conclusioni espresse in ambito penale²⁰³, preventivo²⁰⁴, o amministrativo. Ciascuna di queste valutazioni opera su un differente livello con specifici scopi e presupposti. Di conseguenza, ben può accadere che il “giudizio prognostico di affidabilità” dell'impresa espresso in chiave preventiva dal Prefetto arrivi a conclusioni di segno opposto rispetto a quello espresso in altre sedi, preposte ad esprimere una valutazione di diversa natura, sebbene vi siano innegabilmente punti di contiguità tra i diversi livelli di accertamento. Così può accadere che, nello stesso ambito amministrativo-preventivo, l'autorità competente arrivi legittimamente a diverse conclusioni. Ad esempio, soggetti che il Questore o lo stesso Prefetto abbia riconosciuto in possesso dei requisiti morali per la concessione del porto d'armi²⁰⁵, possono essere considerati controindicati ai fini della

²⁰² Cons. Stato, Sez. VI, 25 gennaio 2010, n. 250. Cfr. anche Cons. Stato, Sez. VI, 1 febbraio 2007, n. 413; Sez. IV, n. 7362 del 2004; Cons. Stato., III, 5 gennaio 2012, n. 12: le informazioni antimafia “non suppongono alcuna prova inconfutabile circa l'intervenuta infiltrazione, ma devono sufficientemente dimostrare la sussistenza di elementi dai quali è deducibile il tentativo di ingerenza(...)”.

²⁰³ Per il rapporto tra vicende del procedimento penale ed informazioni antimafia accertative vds. par. 2.2.1. e 2.2.2.

²⁰⁴ Per il rapporto tra vicende del procedimento di prevenzione ed informazioni antimafia accertative vds. par. 2.2.3.

²⁰⁵ Art. 43 TULPS (Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza):

“Oltre a quanto è stabilito dall'art. 11 non può essere concessa la licenza di portare armi:

- a) a chi ha riportato condanna alla reclusione per delitti non colposi contro le persone commessi con violenza, ovvero per furto, rapina, estorsione, sequestro di persona a scopo di rapina o di estorsione;
- b) a chi ha riportato condanna a pena restrittiva della libertà personale per violenza o resistenza all'autorità o per delitti contro la personalità dello Stato o contro l'ordine pubblico;
- c) a chi ha riportato condanna per diserzione in tempo di guerra, anche se amnistiato, o per porto abusivo di armi. La licenza può essere riusata ai condannati per delitto diverso da quelli sopra menzionati e a chi non può provare la sua buona condotta o non dà affidamento di non abusare delle armi”.

Le sentenze del Cons. Stato: Sez. III, 27 aprile 2015 n. 2158; 4 marzo 2015, n. 1072, hanno recentemente ribadito che l'autorizzazione alla detenzione ed al porto d'armi postulano che il beneficiario osservi una condotta di vita improntata alla piena osservanza delle norme penali e di quelle poste a tutela dell'ordine pubblico, nonché delle regole di civile convivenza. Anche un'eventuale condanna, per quanto remota e superata dalla riabilitazione, perde l'automatismo preclusivo ma non perde la sua rilevanza in senso assoluto.

valutazione del pericolo di infiltrazione mafiosa nella duplice accezione di condizionamento e favoreggiamento²⁰⁶. Analogamente può essere giudicata irrilevante la circostanza che il soggetto interdetto sia titolare di NOS (Nulla Osta di Segretezza), per il cui rilascio, ai sensi dell'art. 27 del d.P.C.M. 23 luglio 2011, è prevista un'attività istruttoria sulle banche dati delle Forze di Polizia ed un costante monitoraggio. Osserva efficacemente a tal proposito il Consiglio, che “il giudizio sul pericolo di infiltrazione non può avvenire “per compensazione”, alla stregua di un giudizio di meritevolezza complessiva che tenga conto di luci ed ombre dell'impresa e dei suoi proprietari e amministratori, ed operi una sorta di somma algebrica. Se in altre circostanze non sono state rilevate criticità, e se sia stato concesso e mantenuto il NOS, ciò non impedisce che, essendosi verificati pesanti indizi di condizionamento mafioso, se ne debba tener conto nell'informazione antimafia”²⁰⁷.

Per quanto l'istruttoria prefettizia possa prendere in considerazione elementi di valutazione rilevanti anche in altri procedimenti di diversa natura, esprime una valutazione assolutamente autonoma specificamente incentrata sulla ragionevole deduzione dei tentativi di infiltrazione mafiosa, così come emersa dagli “oggettivi elementi di fatto” rilevati.

2.1.2 Motivazione del provvedimento

Della sussistenza delle circostanze ostative che determinino l'interdittiva prefettizia nonché del percorso logico seguito per giungere alla decisione in merito al provvedimento deve darsi riscontro nella motivazione. Nell'economia del diritto amministrativo la motivazione costituisce un momento essenziale ed imprescindibile, che consente di individuare le ragioni della scelta e ricostruire l'*iter* logico seguito dall'autorità emanante nell'adozione dell'atto. È l'esigenza di controllo che comporta l'esternazione del provvedimento particolarmente ampia prescritta (a carattere generale, per gli atti amministrativi) dall'art. 3, l. n. 241/90. La nozione di motivazione risulta, infatti, comprensiva della “motivazione in senso stretto” (indicazione dei motivi) e della

²⁰⁶ Cons. Stato Sez. III, 20 luglio 2016, n. 3299: in cui viene giudicata irrilevante la circostanza che alcuni dei soggetti ritenuti come espressione dell'influenza esterna della criminalità organizzata sull'impresa “fossero titolari di licenza per porto d'armi per uso venatorio”. Viene quindi esplicitamente rigettata l'osservazione dell'impresa interdetta per cui tale concessione “presupporrebbe comunque la previa valutazione positiva della sussistenza dei requisiti richiesti” da parte dell'Amministrazione resistente.

²⁰⁷ Cons. Stato, Sez. III, 10 agosto 2016, n. 3576.

giustificazione (esternazione dei presupposti, comprese le norme applicate, e dei fatti di legittimazione)²⁰⁸.

Esigenza di controllo, obbligo di motivazione e spazio di discrezionalità amministrativa, sono intimamente collegati. Quanto più è ampio il margine di discrezionalità rimesso all'amministrazione tanto più la motivazione assume rilevanza sotto il profilo formale. Ove, come nel caso della comunicazione e dell'informazione ricognitiva, il provvedimento prefettizio si fondi su elementi già oggetto di precedente accertamento dell'autorità amministrativa o giudiziaria, sarà sufficiente che la motivazione indichi la sussistenza di tali circostanze ostative.

Profili di maggiore complessità, invece, sono legati alla motivazione delle informative accertative, che si basano su elementi marcatamente opinabili, oggetto di accertamento e valutazione discrezionale del Prefetto. La natura di "giudizio prognostico, latamente discrezionale, ancorché ragionevole e circostanziato"²⁰⁹ comporta la necessità, di un iter valutativo "supportato da elementi esatti, concreti e oggettivamente significativi dei quali occorrerà dare adeguato conto in sede di motivazione, al fine di superare l'eventuale sindacato del giudice amministrativo"²¹⁰

È opportuno ribadire che la valutazione del Prefetto in tema di tentativi di infiltrazione mafiosa è sindacabile in sede giurisdizionale per manifesta illogicità, irragionevolezza e travisamento dei fatti.

Secondo quanto costantemente affermato dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, la natura tecnico-discrezionale della valutazione prefettizia sul pericolo di infiltrazioni mafiose esclude la possibilità per il Giudice Amministrativo di sostituire la propria valutazione a quella dell'autorità competente. Tuttavia questi può rilevare se i fatti riferiti dal Prefetto configurino o meno la fattispecie prevista dalla norma e formulare un giudizio di logicità e congruità con riguardo sia alle informazioni assunte, sia alle valutazioni che il Prefetto ne abbia tratto²¹¹.

²⁰⁸ B. G. MATTARELLA, in S. CASSESE (a cura di) *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Quarta edizione, Giuffrè, Milano, 2012, p. 339-340.

²⁰⁹ Cons. Stato, Sez. IV, 14 aprile 2010, n. 2078; cfr. anche CdS, Sez. V, 23 giugno 2008, n. 3090; Sez. VI, 12 novembre 2008, n. 5665).

²¹⁰ Ministero dell'Interno - Comitato di coordinamento per l'alta sorveglianza delle Grandi opere - Comunicato, del 19 dicembre 2013 pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* n. 17 del 21 gennaio 2013 - Linee Guida concernente la comunicazione alla stazione appaltante degli accertamenti effettuati ai sensi 1-septies del D.L. 6 settembre 1982, n. 629, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 ottobre 1982, n. 726.

²¹¹ Cons. Stato, Sez. III, 26 maggio 2016, n. 3754; vds. anche: Cons. Stato, n. 5130/2011; Cons. Stato n. 2783/2004; Cons. Stato, n. 4135/2006.

Il Giudice si esprime avendo quale riferimento proprio la motivazione del provvedimento e le informazioni che risultino allo stato degli atti, mentre al suo sindacato “rimane estraneo l'accertamento dei fatti”.

Tradizionalmente si riteneva che i vizi della motivazione fossero sintomatici di eccesso di potere, in quanto rivelavano una valutazione non adeguata dell'interesse pubblico e di un esercizio non corretto dei poteri amministrativi. L'intervento legislativo, con la Legge 241/90, ha esplicitamente previsto, all'art. 3 comma 1 che “ogni provvedimento amministrativo, compresi quelli concernenti l'organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi ed il personale, deve essere motivato, salvo che nelle ipotesi previste dal comma 2²¹². La motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria”. La positivizzazione dell'obbligo di motivazione ha comportato il passaggio dal vizio di eccesso di potere a quello di violazione di legge nelle ipotesi di atti violativi degli obblighi espressamente dettati dal legislatore.

Sono quindi affetti da illegittimità per violazione di legge:

- gli atti carenti di motivazione
- gli atti che non indichino o indichino in modo carente i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione;
- gli atti motivati *per relationem* che non indichino gli atti da cui risultano le ragioni della decisione, o che non specifichino i modi per accedere agli stessi.

Comportano, invece, eccesso di potere i “vizi interni” all'area delineata dall'art. 3 della l. 241/90 ove la motivazione del provvedimento, pur formalmente sussistente, presenti delle carenze o delle incongruità. È questo il caso della motivazione irrazionale, illogica, contraddittoria o incerta²¹³.

Con particolare riferimento alle informazioni antimafia, il Consiglio di Stato con la sentenza n. 1743 del 2016²¹⁴ - già divenuta punto di riferimento per la giurisprudenza

²¹² Atti normativi e a contenuto generale.

²¹³ C. FRANCHINI, M. LUCCA, T. TESSARO, *Il nuovo procedimento amministrativo*. Commentario coordinato della legge 241/90 riformata dalla legge 11 febbraio 2005 n.15 e dalla legge 14 maggio 2005 n. 90, Maggioli Editore, Padova, 2008.

²¹⁴ Cons. Stato., Sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743.

successiva²¹⁵ - ha individuato, applicando le prescrizioni normative e compendiando gli indirizzi amministrativi e giurisprudenziali in materia, gli elementi che connotano la motivazione del provvedimento prefettizio.

Non sono previste particolari forme sacramentali e non rilevano formalismi linguistici né l'uso di gergo tecnico giuridico. È, invece, requisito sufficiente e necessario, la sussistenza dei presupposti prescritti dalla legge sotto il profilo sostanziale.

Una motivazione che si limiti ad elencare e richiamare, senza ulteriori elaborazioni concettuali, per quanto scarna, non risulterebbe per ciò solo viziata da eccesso di potere. D'altra parte sarebbe invalido il provvedimento fondato su elementi incongruenti, immotivati o di cui manchi un'effettiva valutazione complessiva. In tal caso la conclusione del Prefetto non sarebbe sindacabile in sostanza sotto il profilo della valutazione del valore indiziario degli elementi richiamati.

Occorre scendere nel concreto, indicando gli elementi oggettivi di fatto alla base delle valutazioni dell'autorità prefettizia. Questi devono essere gravi precisi e concordanti pur non essendo richiesto un grado di certezza tipico del processo penale. La motivazione può basarsi, oltre che su fatti recenti, anche su fatti pregressi e risalenti purché sintomatici di un condizionamento attuale. Si precisa, in particolare, che la previsione dell'art. 86, comma 2 del Codice Antimafia” per cui l'informazione antimafia “ha una validità di dodici mesi dalla data della sua acquisizione”, deve interpretarsi nel senso che questo termine deve essere riferito alle sole ipotesi di informativa di contenuto liberatorio e non anche alle ipotesi in cui l'informativa dia atto di riscontri indicativi del pericolo di infiltrazioni malavitose. In quest'ultimo caso, i riscontri in parola mantengono valenza indicativa anche una volta decorso il richiamato periodo di dodici mesi²¹⁶. Per di più, l'autorità prefettizia può legittimamente valorizzare elementi dai quali si possa desumere la contiguità ad ambienti mafiosi, ancor prima della costituzione dell'impresa oggetto di verifica, purché non risulti che siano sopravvenuti elementi contrari, anche successivi a tale costituzione, che inducano ad una diversa valutazione, facendo ritenere spezzato il pernicioso legame con la criminalità²¹⁷.

²¹⁵ Vds. *ex multis*: Cons. Stato, Sez. III., 26 maggio 2016, n. 3754/2016; Cons. Stato Sez. III, 28 ottobre 20176, n. 4556; Cons. Stato, Sez. III, 12 gennaio 2017, n. 562; Cons. Stato., Sez. III, 9 febbraio 2017, n. 565.

²¹⁶ Cons. Stato, Sez. V, 01 ottobre 2015, n. 4602; Cons. Stato, Sez. III, sent. n. 3653/2015.

Si veda inoltre il commento alla sentenza in: C. CONTESSA, *Ancora sul regime temporale di efficacia delle informative interdittive Antimafia*, *GIORNALE DIR. AMM.*, 2014, 11, 1019.

²¹⁷ Cons. Stato. Sez. III, 20 luglio 2014, n. 3873.

Bisogna ricondurre tutti gli elementi raccolti ad una valutazione complessiva. Sul punto afferma il Collegio: “rileva il complesso degli elementi concreti emersi nel corso del procedimento: una visione ‘parcellizzata’ di un singolo elemento, o di più elementi, non può che far perdere a ciascuno di essi la sua rilevanza nel suo legame sistematico con gli altri”. Gli elementi da cui è possibile desumere il condizionamento dell’impresa da parte della criminalità organizzata assumono forme e caratteristiche diverse secondo i tempi, i luoghi e le persone e sfuggono, per l’insidiosa pervasività e mutevolezza, anzitutto sul piano sociale, del fenomeno mafioso, ad un preciso inquadramento. Tuttavia essi devono pur sempre essere ricondotti ad una valutazione unitaria e complessiva, che imponga all’autorità e consenta al giudice di verificare la ragionevolezza o la logicità dell’apprezzamento discrezionale, costituente fulcro e fondamento dell’informativa, in ordine al serio rischio di condizionamento mafioso.

È necessario fornire un quadro “chiaro, completo e convincente” delle ragioni per cui l’esame di tali elementi, “singolarmente e nella loro intima connessione” induca ad una “perdita di fiducia” delle Istituzioni nei confronti dell’impresa. Occorre dimostrare la sussistenza di elementi dai quali è deducibile, secondo il “criterio del più probabile che non” il tentativo di ingerenza, o una concreta verosimiglianza e dell’attualità e concretezza del rischio di condizionamento.

È legittima e sufficiente una motivazione *per relationem* ai sensi dell’art. 3 comma 3 della legge 241/90²¹⁸.

A mente di questa norma il requisito della sufficienza motivazionale deve ritenersi soddisfatto anche laddove le ragioni della decisione risultino da altro atto dell’amministrazione, richiamato dalla decisione e reso disponibile insieme a questa al momento della relativa comunicazione ai destinatari²¹⁹. Perché l’atto si consideri “reso disponibile” si ritiene sufficiente che sia suscettibile di essere acquisito mediante l’istituto dell’accesso; non è invece necessario che venga allegato d’ufficio. Deve comunque escludersi che la mancata disponibilità dell’atto abbia effetto invalidante. In base al principio di conservazione degli atti giuridici e del raggiungimento dello scopo la mancata messa a disposizione può comportare solo il mancato decorso del termine di impugnazione.

²¹⁸ L. 241/90, art. 3, co. 3: “Se le ragioni della decisione risultano da altro atto dell’amministrazione richiamato dalla decisione stessa, insieme alla comunicazione di quest’ultima deve essere indicato e reso disponibile, a norma della presente legge, anche l’atto cui essa si richiama”.

²¹⁹ Per un es. di applicazione si veda Cons. Stato, Sez. V, 7 febbraio 2012, n. 650.

Il *dies a quo* per l'impugnazione decorre dalla conoscenza del contenuto dell'atto richiamato soltanto nei limiti in cui l'effettiva lesività ed illegittimità del provvedimento si colga solo attraverso l'esame di quest'ultimo. Produce, invece, effetto invalidante, la mancata indicazione dell'atto, non consentendo la ricostruzione dell'*iter* logico seguito dall'amministrazione. Allo stesso modo la motivazione risulterà incongrua nel caso in cui l'atto richiamato non contenga indicazioni sufficienti a consentire la percezione del percorso logico giuridico seguito dalla P.A.²²⁰.

Nel caso di specie, il provvedimento prefettizio può limitarsi a richiamare atti emessi da organi, giudiziari o amministrativi, purché questi già soddisfino autonomamente tutti i requisiti sopracitati. Non basta, quindi, che attraverso gli atti richiamati emergano i cosiddetti elementi oggettivi di fatto presi in considerazione per la determinazione prefettizia ma occorre anche che in questi, sia stato formulato, sulla base degli elementi acquisiti, un giudizio sul concreto ed attuale pericolo di condizionamento²²¹. Viceversa, qualora, questo giudizio manchi, il Prefetto ben potrà far riferimento alle acquisizioni che emergono da tali atti ma fornendo, relativamente alle stesse, un proprio autonomo giudizio.

Alcune situazioni sintomatiche del tentativo di infiltrazione mafiosa sono tipizzate dal legislatore all'art. 84 comma 4. Queste comprendono una serie di elementi del più vario genere, frutto e cristallizzazione normativa di una lunga e vasta esperienza in materia. Si tratta di situazioni che spaziano dalla condanna, anche non definitiva, per taluni delitti da considerare sicuri indicatori della presenza mafiosa (art. 84, comma 4, lett. a), del d. lgs. n. 159 del 2011), alla mancata denuncia di delitti di concussione e di estorsione, da parte dell'imprenditore, dalle condanne per reati strumentali alle organizzazioni criminali (art. 91, comma 6, del d.lgs. n. 159 del 2011), alla sussistenza di

²²⁰ F. CARINGELLA, *MANUALE DI DIRITTO AMMINISTRATIVO*, volume II. *Il procedimento amministrativo*, cap. 2, *L'anello di congiunzione tra procedimento e provvedimento*; Dike Giuridica Editrice, Roma, 2012.

²²¹ Si veda ad es. Cons. Stato. n 3310/2015: in questo caso il Comando Provinciale Carabinieri, nella relazione inviata alla Prefettura, e dalla stessa semplicemente richiamata nell'interdittiva motivata, appunto, *per relationem*, "aveva formulato l'esigenza di integrazione degli elementi dallo stesso raccolti, con specifico riferimento alle posizioni degli amministratori e dei soci della ditta interessata, e non aveva formulato, sulla scorta delle proprie acquisizioni, alcun giudizio sul pericolo di condizionamento mafioso della ditta. L'insufficienza delle risultanze istruttorie si riflette sulla congruità e adeguatezza della motivazione del provvedimento del Prefetto che – anche se espressione di un'ampia sfera di discrezionalità quanto all'elevazione della soglia di prevenzione dei fenomeni di condizionamento criminale di attività economiche finanziate con risorse economiche dello Stato o di altri organismi pubblici – deve, in ogni caso, delineare un sufficiente quadro che renda significativo, anche se su un piano i solo indiziario, il pericolo di condizionamento e di infiltrazione mafiosa".

vicende organizzative, gestionali o anche solo operative che, per le loro modalità, evidenzino l'intento elusivo della legislazione antimafia.

A queste si affiancano, come insegna l'esperienza applicativa della legislazione in materia e la vasta giurisprudenza formatasi sul punto nel corso di oltre venti anni, numerose altre situazioni, non tipizzate dal legislatore, che sono altrettante 'spie' dell'infiltrazione nella duplice forma del condizionamento o del favoreggiamento dell'impresa²²².

In definitiva si può affermare che le situazioni indicate dal legislatore non devono essere interpretate come tassative e rigorosamente vincolanti per la valutazione del Prefetto. Gli elementi di inquinamento mafioso, ben lungi dal costituire un *numerus clausus*, assumono forme e caratteristiche diverse secondo i tempi, i luoghi e le persone e sfuggono, per l'insidiosa pervasività e mutevolezza, anzitutto sul piano sociale, del fenomeno mafioso, ad un preciso inquadramento.

Nei paragrafi a seguire si prenderanno in esame proprio alcune di queste situazioni sintomatiche (richiamate proprio dal Consiglio di Stato nella citata sent. 1743/2016) tra le più ricorrenti e dibattute in giurisprudenza nonché oggetto di particolare attenzione da parte del legislatore, ben tenendo presente che costituiscono un "catalogo aperto" in via di continua rimodulazione. Si tenterà, pertanto, di seguito, di ricostruire lo spazio della discrezionalità del Prefetto nella valutazione di tali elementi, attraverso un procedimento induttivo, a partire dall'analisi della giurisprudenza di legittimità²²³.

2.2 Le situazioni sintomatiche di tentativi di infiltrazione mafiosa: analisi della giurisprudenza

2.2.1 Provvedimenti sfavorevoli del giudice penale

Come si è osservato²²⁴, il contrasto alla pervasività mafiosa nel mondo economico, si esplica nel nostro ordinamento contemporaneamente su più livelli: accanto a quello penale repressivo ed a quello preventivo in senso stretto, si costituisce, in relazione

²²² Cfr. anche Cons. Stato Sez. III, Sent., 20 luglio 2016, n. 3299.

²²³ Saranno prese in esame solo le sentenze del Consiglio di Stato e non dei TAR in ragione della maggiore autorevolezza in chiave nomofilattica, della maggiore "stabilità" dei giudizi (in quanto istanza amministrativa di ultimo grado) e della competenza su tutto il territorio nazionale (fatta salva quella regionale dell'omologo Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana).

²²⁴ Vds. par. 1.1.1.

all'ambito dei contratti pubblici, un "fronte avanzato" in quanto ulteriormente anticipatorio della soglia di contrasto rispetto alle misure di prevenzione personali e patrimoniali del Codice Antimafia, che individua la documentazione antimafia quale strumento principe. Questi tre livelli ben possono interagire tra loro creando un sistema complessivamente più efficiente ed efficace nel contrasto alla criminalità organizzata.

Ne è un perfetto esempio la rilevanza che vengono ad assumere alcuni provvedimenti di natura penale, nel procedimento amministrativo per il rilascio della documentazione antimafia.

L'art. 84 c. 4 del Codice Antimafia indica esplicitamente tra gli elementi da cui desumere "le situazioni relative ai tentativi di infiltrazione mafiosa" una serie di atti provenienti da procedimenti penali: primi tra tutti (lettera "a") i "provvedimenti che recano una condanna anche non definitiva" per reati ritenuti tipici dell'organizzazione mafiosa²²⁵ (turbata libertà degli incanti, estorsione, riciclaggio, truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche, usura, riciclaggio, reimpiego e tutti i reati previsti dal c. 3-*bis* dell'art. 51 c.p.p). La condanna anche non definitiva per taluno di questi reati, cosiddetti "reati spia", è considerata di per sé sufficiente a far desumere al Prefetto il tentativo di infiltrazione mafiosa. Tale previsione muove dal presupposto che tale "materiale documentale, per essere formato in ambito processuale, fornisce notizie fidefacienti, molto utili per le verifiche prefettizie"²²⁶.

Per la stessa ratio tra le situazioni tipiche, da cui è possibile desumere il tentativo di infiltrazione mafiosa, il Codice cita anche i provvedimenti che dispongono una misura cautelare o il giudizio.

Le vicende relative ai procedimenti penali per i sopracitati reati vengono considerati sintomatici del condizionamento mafioso a prescindere da ulteriori specifiche contestazioni circa l'appartenenza ad associazioni mafiose in senso proprio ai sensi dell'art. 416-*bis* c.p.²²⁷ o alla circostanza aggravante dell'utilizzo del metodo mafioso ex art. 7 D.L. 152/1991²²⁸.

²²⁵ L'Art. 84 co. 4 lettera a) d.lgs. 159/2011 fa riferimento a "taluno 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-*quinqies* del decreto legge 8 giugno 1992, n. 306 convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356".

²²⁶ R. CANTONE, *op. cit.*

²²⁷ 416-*bis*.c.p. Associazioni di tipo mafioso anche straniere:

"Chiunque fa parte di un'associazione di tipo mafioso formata da tre o più persone, è punito con la reclusione da dieci a quindici anni.

Quanto all'accertamento penale della sussistenza dell'aggravante dell'utilizzo del metodo mafioso, in particolare, il Consiglio di Stato si è più volte espresso. Ad esempio ha ritenuto che l'esclusione da parte della Cassazione dell'aggravante di cui all'art. 7 del D.L. 152/1991 e la perplessità espressa in ordine alla possibilità di qualificare il reato ascritto come delitto di cui all'art. 416-*ter* c.p. costituissero comunque "elemento idoneo a far ritenere legittimo l'operato dell'Amministrazione, posto che il reato per cui egli è stato poi condannato (scambio di voti) costituisce in ogni caso un chiaro riscontro della fondatezza del giudizio di condizionamento" posto che "secondo la giurisprudenza penale, i reati di corruzione elettorale si pongono in un contesto di possibile configurazione di concorso interno o esterno alle finalità politiche-elettorali di associazioni mafiose", perciò sarebbero "comunque sintomatici della disponibilità dell'uomo politico a venire a patti con la consorteria mafiosa, in vista del concreto adempimento dell'impegno assunto in cambio dell'appoggio elettorale²²⁹".

Analogamente, è irrilevante la circostanza che tra i capi di imputazione contenuti nell'avviso di garanzia e nel provvedimento di conclusione delle indagini, non risultino tra i reati ipotizzati dalla Procura della Repubblica l'aggravante di cui all'art. 7 del d.l. n. 152 del 1991 né tantomeno il reato di cui all'art. 416-*bis* c.p.²³⁰.

Coloro che promuovono, dirigono o organizzano l'associazione sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da dodici a diciotto anni.

L'associazione è di tipo mafioso quando coloro che ne fanno parte si avvalgono della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere delitti, per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici o per realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri, ovvero al fine di impedire o ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali.

Se l'associazione è armata si applica la pena della reclusione da dodici a venti anni nei casi previsti dal primo comma e da quindici a ventisei anni nei casi previsti dal secondo comma.

L'associazione si considera armata quando i partecipanti hanno la disponibilità, per il conseguimento della finalità dell'associazione, di armi o materie esplosive, anche se occultate o tenute in luogo di deposito.

Se le attività economiche di cui gli associati intendono assumere o mantenere il controllo sono finanziate in tutto o in parte con il prezzo, il prodotto, o il profitto di delitti, le pene stabilite nei commi precedenti sono aumentate da un terzo alla metà."

²²⁸ Art. 7, D.L. 152/1991: "Per i delitti punibili con pena diversa dall'ergastolo commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-*bis* del codice penale ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, la pena è aumentata da un terzo alla metà.

2. Le circostanze attenuanti, diverse da quelle previste dagli articoli 98 e 114 del codice penale, concorrenti con l'aggravante di cui al comma 1 non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a questa e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alla predetta aggravante

²²⁹ Cons. Stato, Sez. III, 25 maggio 2016, n. 3754.

²³⁰ Cons. Stato, Sez. III, 13 ottobre 2016 n. 4456.

In quest'ultimo caso, in particolare, il “reato spia” riscontrato era quello di “traffico illecito di rifiuti” di cui all'art. 260 del d.lgs. n. 152 del 2006, sul quale è interessante registrare una particolare sensibilità della giurisprudenza amministrativa in relazione alla sintomaticità di infiltrazione mafiosa. Nel caso di specie il Collegio, richiamando la consolidata giurisprudenza sul punto²³¹, ha affermato che “il disvalore sociale e la portata del danno ambientale connesso al traffico illecito di rifiuti costituiscono, già di per se stessi, ragioni sufficienti a far valutare con attenzione i contesti imprenditoriali, nei quali sono rilevati, in quanto oggettivamente esposti al malaffare e, sempre più di frequente, al concreto pericolo di infiltrazioni delle associazioni criminali di stampo camorristico”. Non a caso, infatti, l'art. 84, comma 4, lett. a), del Codice Antimafia cita i delitti di cui all'art. 51, comma 3-*bis*, c.p.p., tra i quali figura, espressamente, il delitto previsto dall'art. 260 del d. lgs. n. 152 del 2006. Sulla stessa linea ancora lo stesso Consiglio, ancor più recentemente²³² ha ribadito che “non vi è dubbio che tale attività criminosa²³³, altamente indicativa ai fini antimafia ed elevata perciò dal legislatore a delitto-spia, costituisca un elemento di preoccupante infiltrazione mafiosa”

È bene, però, a questo punto, fare qualche considerazione circa il ruolo che i provvedimenti di condanna, rinvio a giudizio o di disposizione di una misura cautelare per uno dei “reati spia” sopracitati vengono ad assumere nella valutazione prefettizia nell'ambito del procedimento per il rilascio della documentazione antimafia.

Da un lato, il materiale documentale proveniente dai procedimenti penali, considerato dall'ordinamento quale fonte particolarmente qualificata, può rappresentare un saldo fondamento per la valutazione prefettizia, per converso, può comportare un significativo limite allo spazio di discrezionalità del Prefetto in sede di valutazione del condizionamento mafioso.

I provvedimenti di cui all'art. 84, co. 4, lettera a) del Codice Antimafia non comportano *ex se* un provvedimento interdittivo ma residua, comunque in capo al Prefetto un certo spazio di valutazione.

²³¹ *Ex plurimis*, Cons. St., sez. III, 21 dicembre 2012, n. 6618; Cons. St., sez. III, 28 aprile 2016, n. 1632; Cons. St., sez. III, 28 ottobre 2016, n. 4555 e n. 4556.

²³² Cons. Stato, Sez. III, 8 marzo 2017, n. 1108.

²³³ Nel caso di specie, in particolare, “La sentenza di condanna definitiva emessa dalla Corte d'Appello di Napoli, richiamata dall'informativa, bene evidenzia che - OMISIS - è stato addirittura, nella vicenda oggetto di accertamento penale, capo e promotore delle modalità del tutto irregolari con cui i suoi collaboratori attuavano la gestione dei rifiuti. [...] - OMISIS -, colpita - giova ancora ribadirlo - da informativa antimafia, destinava ad attività di recupero solo carta e cartoni in vista della commercializzazione presso - OMISIS - che, parimenti, faceva capo al gruppo - OMISIS -”.

D'altra parte, nell'ipotesi in cui i fatti richiamati nell'informativa prefettizia siano stati oggetto di adeguati riscontri e accertamenti in sede penale, queste risultanze non possono essere trascurate dal Prefetto nell'adozione dell'informativa. In questo caso, il Prefetto dovrà valutare attentamente le risultanze ottenute in sede di accertamento dell'eventuale responsabilità penale e difficilmente potrà discostarsene nell'adozione dell'informativa²³⁴. Gli accertamenti effettuati nell'ambito del procedimento penale sono infatti caratterizzati da un rigore e da un sistema di garanzie tali da godere di una particolare attendibilità anche rispetto alle valutazioni del Prefetto. In quest'ottica le vicende giudiziarie, che accertassero una responsabilità penale, inficerebbero sulla discrezionalità del Prefetto e ne sosterebbero un provvedimento di carattere interdittivo.

Si prenda ad esempio quanto affermato nella sent. 4456 del 13 ottobre 2016, in cui il Consiglio di Stato è intervenuto, su ricorso dell'Amministrazione, sulla decisione del TAR che non aveva ritenuto sufficiente il riferimento al "reato spia" costituito dall'estorsione (art. 629 c.p.), associato a vicende societarie e collegamenti sospetti, in quanto "la legge non ha previsto che la condanna per tale reato costituisca elemento di per sé ostativo". Il Collegio ha, invece, accolto le censure dell'Amministrazione sul punto rilevando come la condotta - diretta a prospettare il concreto pericolo di danni ai mezzi meccanici della ditta concorrente ove non fosse stata assecondata la richiesta estorsiva - emersa proprio con la condanna penale in primo grado, confermata in appello, avesse avuto "una sua specifica portata proprio in considerazione del collegamento con soggetti appartenenti alla criminalità organizzata, benché non espressamente individuati, e ai legami di parentela, come si evince dall'episodio del giornale, rimandando al concetto di famiglia, tipico del fenomeno mafioso al quale si è fatto cenno in precedenza". La valutazione del Prefetto circa il condizionamento mafioso non era perciò, certo, frutto di una libera interpretazione del materiale penale, ma discende proprio dalla sentenza di condanna.

Nella motivazione, tra l'altro, venivano evidenziate le minacce proferite dall'imputato, amministratore della società, nei confronti di altri imprenditori: "voi siete arrivati bussando con le mani e con i piedi, queste cose non si fanno, io devo riferire a qualcuno, questo qualcuno ha già detto che non gradisce la questione, che bisogna stare attenti perché dunque i mezzi possono subire qualcosa e le persone anche".

²³⁴ Vds. Cons. Stato, sez. VI, 3 settembre 2009, n. 5194 e sent. 25 novembre 2008, n. 5780.

Con riferimento proprio a queste parole veniva rilevato dal Prefetto come “tali minacce sono state proferite facendo ricorso alle modalità operative proprie della criminalità organizzata”.

Si può perciò affermare, in conclusione, che il Codice Antimafia fornisce un elenco di reati in relazione ai quali un provvedimento di condanna anche non definitiva, disposizione del giudizio o misura cautelare assumono una particolare rilevanza nella decisione del Prefetto ai fini del rilascio della informazione antimafia, pur non estromettendolo dal dovere di una propria autonoma valutazione in merito. In particolare, da una parte tali reati, pur non corredati da specifiche contestazioni circa l'appartenenza ad associazioni mafiose o l'uso del metodo mafioso, sono ritenuti particolarmente sintomatici del pericolo di infiltrazione mafiosa. Dall'altra, questo materiale documentale è considerato particolarmente fidefacente in prospettiva delle successive verifiche prefettizie. La formazione nell'ambito del procedimento penale offre, infatti, le massime garanzie procedurali in termini di validità ed affidabilità.

Ebbene, proseguendo sulla linea dei principi di ragionamento dettati e seguiti dal Consiglio di Stato sembra che non vi sia motivo di escludere che possano assumere rilevanza anche provvedimenti di natura penale adottati nell'ambito di procedimenti per reati diversi da quelli elencati dal codice, dai quali comunque possano desumersi elementi sintomatici del condizionamento mafioso dell'impresa oggetto di verifica da parte del Prefetto.

2.2.2 Sentenze di proscioglimento, assoluzione ed altri atti del procedimento penale

Dalle considerazioni fatte al precedente paragrafo sul particolare rilievo nell'ambito del percorso di valutazione e motivazione del Prefetto circa il pericolo d'infiltrazione mafiosa deriva un altro corollario. Come appena visto, le risultanze del procedimento penale, in virtù della particolare affidabilità riconosciuta dall'ordinamento, soprattutto quando si proceda per reati ritenuti *ex lege* maggiormente sintomatici dell'infiltrazione mafiosa, godono di un notevole rilievo nelle, comunque necessarie, valutazioni prefettizie. In quest'ottica le vicende giudiziarie che portassero ad accertare responsabilità penali per taluno dei “reati-spia” indicati dal Codice Antimafia²³⁵ andrebbero a corroborare in modo significativo l'impianto motivazionale del Prefetto alla base di un provvedimento interdittivo.

²³⁵ Art. 84, comma 4, lettera a) d.lgs. 150/2011. Per ultra vds. paragrafo precedente.

Questo stesso meccanismo d'altra parte, apporta un significativo limite alla discrezionalità del Prefetto. Ebbene, ci si domanda se, ove proprio in sede giudiziaria siano negate, o comunque non accertate responsabilità penali, sia comunque possibile un'informativa prefettizia di segno opposto (interdittiva). La risposta della giurisprudenza a tale quesito è netta. "Gli elementi posti a base dell'informativa possono essere anche non penalmente rilevanti o non costituire oggetto di procedimenti o di processi penali o, addirittura e per converso, possono essere già stati oggetto del giudizio penale, con esito di proscioglimento o di assoluzione"²³⁶.

I dati che emergono dai provvedimenti di natura penale costituiscono a tutti gli effetti "elementi oggettivi di fatto" ai fini della valutazione del Prefetto circa il pericolo di infiltrazione mafiosa. Non è di per sé rilevante l'esito del procedimento penale stesso, soprattutto se intervenuto successivamente al provvedimento del Prefetto, in quanto questi non poteva nemmeno tenerne conto ai fini della propria autonoma valutazione.

Dato il carattere preventivo-cautelare dell'informativa, elementi che, in sede penale, non valgono ad accertare la sussistenza di un reato, possono ben essere suscettibili di diversa valutazione in sede amministrativa, al fine di fondare un giudizio di possibilità che l'attività considerata possa subire condizionamenti da soggetti legati alla criminalità organizzata. Secondo il Consiglio di Stato: "Le finalità di deterrenza anticipata dell'informativa antimafia fanno escludere che sia necessario l'accertamento in sede penale - con carattere di certezza e definitività - della collusione e della cointeressenza con la malavita". Da qui l'irrilevanza delle risultanze cui pervenga persino la Cassazione penale²³⁷. È, dunque, pacifico che in presenza di elementi che trovino fondamento sui procedimenti che si concludono con assoluzioni piene in sede giudiziaria, il Prefetto, effettuati gli opportuni accertamenti, possa ritenere comunque sussistenti elementi indiziari sintomatici di possibili interferenze mafiose, pur non raggiungendo la soglia richiesta per la condanna penale.

Tale conclusione, pur largamente avallata dalla giurisprudenza amministrativa, non va esente da critiche in quanto violerebbe il principio di non colpevolezza (art. 27 Cost.), comportando di fatto l'irrogazione di una sanzione fortemente punitiva pur in assenza di validi riscontri in sede giudiziaria. Tutto aggravato dalla sostanziale impossibilità, per il soggetto interessato, di rimettere alla valutazione del Giudice Amministrativo, fortemente

²³⁶ Cons. Stato, Sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743.

²³⁷ Cons. Stato, Sez. III, 25 maggio 2016, n. 3754.

limitato nei suoi poteri istruttori rispetto al Magistrato che opera in sede penale, informazioni e contro-accertamenti positivamente valutati in altra sede giudiziaria. Il sindacato del giudice amministrativo, infatti, non può estendersi al merito, ma resta circoscritto a verificare, sotto il profilo della logicità, il significato attribuito agli elementi di fatto e l'iter seguito per pervenire a certe conclusioni, la congruità della motivazione, la coerenza e/o l'attendibilità delle valutazioni effettuate dalla P.A.

In realtà, da un esame della giurisprudenza di legittimità sembra potersi dedurre che la valutazione del Prefetto possa quasi totalmente prescindere dagli esiti dello stesso procedimento penale.

Ad esempio nel caso di cui alla sent. 2683 del 16 giugno 2016, precedentemente citata, la società ricorrente al TAR aveva fatto rilevare come la sentenza di condanna assunta dal Prefetto come elemento fondante del provvedimento interdittivo fosse stata nel frattempo annullata con rinvio dalla Cassazione e lamentava, perciò, la carenza di ulteriori elementi a sostegno del pericolo di infiltrazione mafiosa. Sulla decisione del TAR che accoglieva il ricorso della società interveniva poi il Consiglio di Stato. Sul punto il Collegio sottolinea come “le vicende giudiziarie successive sulle quali l'appellata ha posto l'accento - ed in particolare l'annullamento con rinvio della sentenza della Corte di Appello di Catanzaro, con sentenza della Corte di Cassazione -, non assumono rilievo nella presente controversia, perché la valutazione della legittimità degli atti deve essere esaminata alla stregua della situazione di fatto e di diritto esistente al momento della loro adozione: la sentenza della Corte di Cassazione è stata depositata nel gennaio 2016, a distanza di quasi due anni dall'adozione del provvedimento”. L'interdittiva non postula necessariamente la condanna in sede penale, potendo desumersi elementi induttivi anche da provvedimenti giurisdizionali che non dispongano la condanna, perché diversi sono i presupposti per la condanna penale rispetto a quelli idonei a suffragare la misura di prevenzione antimafia.

La valutazione del Prefetto assume dal procedimento penale elementi oggettivi di fatto posti alla base della propria autonoma valutazione *rebus sic stantibus*. A nulla rilevano né le differenti conclusioni cui possa pervenire l'autorità giudiziaria né, tantomeno, gli esiti del procedimento penale successivi al provvedimento prefettizio.

Si rammenta, inoltre, che “nel caso in cui un procedimento penale sia stato archiviato, ed a maggior ragione in caso di assoluzione dibattimentale, i fatti oggetto del procedimento penale stesso possono mantenere una loro idoneità ad essere indicati a

presupposto di una informativa antimafia. Un fatto delittuoso, per il quale deve essere data prova certa affinché in sede penale intervenga una condanna, mantiene infatti un suo carattere indiziario e può essere valido elemento di dimostrazione dell'esistenza di un pericolo di collegamento fra impresa e criminalità organizzata e di contiguità mafiosa, non configurata come fattispecie criminosa dal codice penale, essendo diversi i piani su cui muovono l'autorità giudiziaria e quella amministrativa"²³⁸.

Solo nel caso in cui la sentenza penale di assoluzione escluda la verifica di un determinato fatto sul piano della realtà, a prescindere dalla sua valenza giuridica, tale fatto non può assurgere ad elemento indiziario nemmeno ai fini dell'informativa interdittiva, venendo meno i presupposti per la sua emissione.

Allo stesso modo risultano rilevanti le misure cautelari poi revocate o travolte dalla sentenza di merito. Laddove l'informativa si limiti a riprendere da queste "elementi di sospetto e di allarme sociale", come i risalenti collegamenti fra un amministratore della società con esponenti dell'organizzazione criminale egemone sul territorio, è necessaria una complessiva valutazione dell'amministrazione, volta a chiarire in base a quale iter logico e motivazionale si consideri persistente il rilievo negativo delle condotte emerse nei provvedimenti cautelari. Tale valutazione resta pienamente valida a prescindere dagli esiti della vicenda penale in cui si inserisce il provvedimento cautelare.

Sul tema il Consiglio di Stato si è esplicitamente pronunciato²³⁹, riformando la decisione del giudice di primo grado per il quale il Prefetto non avrebbe adeguatamente valutato il provvedimento di revoca di una misura cautelare emesso dal Tribunale. Il Collegio ha espressamente chiarito che questo "non può costituire un elemento idoneo a decantare il quadro di forte influenza criminale" in cui si trovi l'impresa alla luce dell'istruttoria prefettizia.

Le vicende del procedimento penale (e cautelare) seguono un percorso parallelo rispetto a quello per il rilascio della documentazione antimafia che, seppur influenzato, non ne è vincolato negli esiti. A riprova di ciò si tenga presente che persino la scelta dell'autorità inquirente in sede penale di non richiedere l'applicazione di misure cautelari "si ammantava di neutralità" poiché "tale scelta eccezionale dell'autorità inquirente può dipendere da molteplici valutazioni di carattere giuridico o fattuale, riservate al suo

²³⁸ Cons. Stato, Sez.V, 26 novembre 2008, n. 5846.

²³⁹ Nella sopracitata sent. Cons. Stato, Sez. III, 25 maggio 2016, n. 3754.

insindacabile - e allo stato inconoscibile - apprezzamento, che in nulla comunque autorizzano a ritenere inconsistenti, per lo stesso p.m., gli elementi raccolti”²⁴⁰.

In quest’ottica meglio si comprende come elementi idonei per la valutazione del Prefetto possano essere rappresentati anche da atti del procedimento penale che non abbiano nemmeno *latu sensu* carattere decisorio: primi tra tutti si pensi agli atti di ricerca della prova.

A tal proposito può essere utile l’esame della sentenza del Consiglio di Stato 4456 del 13 ottobre 2016, appena citata. Nel caso in esame il Prefetto aveva emanato un’informativa interdittiva traendo elementi utili ai fini della propria valutazione circa il condizionamento mafioso da un decreto di perquisizione disposto dal Pubblico Ministero. Gli appellanti hanno in particolare contestato che il giudice penale non avesse assunto alcuna decisione in merito al collegamento con la criminalità organizzata, “posto che un simile accostamento sarebbe contenuto, in maniera alquanto apodittica, unicamente in un decreto di perquisizione disposto dal p.m. che, in quanto strumento di ricerca della prova, non può essere considerato in alcun modo quale decisione”. Ebbene, il Collegio ha ritenuto irrilevante il fatto che la Prefettura non abbia tratto gli elementi di valutazione richiamati in motivazione del provvedimento interdittivo da uno dei provvedimenti tipici di cui all’art. 84, comma 4, lett. a). “Il Prefetto”, precisa esplicitamente il Collegio, “può acquisire anche elementi diversi ed ulteriori da altri provvedimenti dell’autorità giudiziaria penale, inquirente o giudicante, ai sensi dell’art. 91, comma 6, del d. lgs. n. 159 del 2011”.

È interessante infine notare, a margine dell’esame della vicenda, a riprova di quanto appena detto circa l’irrilevanza delle vicende successive del procedimento penale, che, nel caso di specie, il Collegio ha ritenuto ininfluenza il fatto che nell’interrogatorio davanti al p.m., successivo alla perquisizione, l’appellante “avrebbe chiarito i pregressi rapporti con OMISISS” né che, nella circostanza fosse stata contestata dal p.m. allo stesso appellante l’attualità di tali rapporti.

In conclusione, sul punto si può affermare che: l’autorità prefettizia può legittimamente assumere o desumere elementi indiziari di infiltrazione mafiosa nell’impresa anche da un atto del procedimento penale che ne attesti l’esistenza “sul piano della realtà”, a prescindere dall’uso e dalle valutazioni che di queste vengano fatte nell’abito del procedimento penale, laddove dalle motivazioni di tale atto emergano fatti o

²⁴⁰ Cons. Stato, Sez. III, 13 ottobre 2016, n. 4456.

anche valutazioni del materiale informativo raccolto, aventi una valenza sintomatica alla stregua del criterio del “più probabile che non”²⁴¹.

2.2.3 Proposta o provvedimento di misure di prevenzione

Non solo gli atti del procedimento penale, ma anche alcuni atti del procedimento di prevenzione, disciplinato dallo stesso Codice Antimafia al libro I, trovano rilevanza nel desumere il condizionamento mafioso. Proprio come per il caso delle vicende di natura penale, anche “la proposta o provvedimento di applicazione di taluna delle misure di prevenzione” sono qualificati come elementi da cui desumere il tentativo di infiltrazione mafiosa dall’art. 84 co. 4, alla lettera b). Quest’ultima previsione, così come quella di cui alla lett. a) segna evidentemente un punto di contiguità e permeabilità tra due differenti fronti - quello preventivo in senso stretto delle misure di prevenzione e quello preventivo in senso più ampio della documentazione antimafia - nel sistema multilivello di contrasto dello Stato alla criminalità organizzata²⁴².

Del resto, la simmetria tra provvedimenti penali e misure di prevenzione in relazione al rilascio della documentazione antimafia si rinviene anche all’art. 67 del Codice che contempla quali cause di decadenza o sospensione sia provvedimenti definitivi di una delle misure di prevenzione (co. 1) sia sentenze definitive di condanna o, ancorché non definitive, confermate in grado di appello, per uno dei delitti di cui all’articolo 51, comma 3-*bis*, del codice di procedura penale (co. 8). Dunque, se per le comunicazioni e le informazioni ricognitive vengono presi in considerazione solo provvedimenti definitivi (per le condanne penali non definitivi in senso tecnico, in quanto è sufficiente la conferma in appello), ai fini delle interdittive accertative, in un’ottica anticipatoria comune a quella assunta per le vicende penali (di cui ai paragrafi precedenti), rilevano anche le vicende del procedimento penale antecedenti all’irrogazione della misura di prevenzione.

Tecnicamente, secondo quanto precisato dall’AVCP e condiviso dall’Autorità Nazionale Anticorruzione, che ne ha assunto le competenze, “il procedimento di

²⁴¹ Nel caso di specie (Cons. Stato, Sez. III, 13 ottobre 2016, n. 4456), nel decreto di perquisizione si legge che «è stato accertato dai ROS che il conferimento di questi rifiuti aveva una unitaria regia, ove le ditte smaltitrici si dividevano in pieno accordo i quantitativi, risultando in realtà solo apparenti smaltitori, ma di fatto gestendo tutta l’attività di raccolta, trasporto e smaltimento in discarica, la ditta - OMISSIS -, gestita da - OMISSIS -, che in concreto è risultata avere quasi il monopolio del trasporto e del movimento terra dell’appalto» e che «la figura del - OMISSIS - e della impresa - OMISSIS - è risultata, da accertamenti svolti e da fonti di prova acquisite in atti, strettamente collegata ad ambienti della criminalità organizzata di tipo camorristico e in particolare ai - OMISSIS - e alla - OMISSIS -».

²⁴² Par. 1.1.

prevenzione è considerato *pendente*, e quindi ostativo ai fini della partecipazione alle gare, a seguito dell'iscrizione, nell'apposito registro della cancelleria del Tribunale²⁴³, della proposta di applicazione della misura, personale o patrimoniale, formulata da uno dei soggetti legittimati (Procuratore nazionale antimafia, Procuratore della repubblica, Direttore della direzione investigativa antimafia, Questore)"²⁴⁴.

Per di più, a riconferma della rilevanza delle vicende del procedimento di prevenzione precedenti al provvedimento, lo stesso art. 67, al co. 3, prevede che “nel corso del procedimento di prevenzione, il tribunale, se sussistono motivi di particolare gravità, può disporre in via provvisoria i divieti di cui ai commi 1 e 2 e sospendere l'efficacia delle iscrizioni, delle erogazioni e degli altri provvedimenti ed atti di cui ai medesimi commi.”

Tuttavia, quest'ultimo caso e quello di cui all'art. 84 co. 4 lett. b), pur accumulati dall'approccio anticipatorio rispetto all'emissione del provvedimento di prevenzione definitivo, hanno genesi e natura differenti. La disposizione dei divieti o sospensione di iscrizioni ed erogazioni, di cui all'art. 67, è disposta dall'Autorità Giudiziaria nel corso dello stesso procedimento di prevenzione, qualora ravvisi “gravi motivi”. Si tratta chiaramente di una misura di natura cautelare disposta in corso di procedimento.

La previsione di cui all'art. 84 co. 4, invece, comporta che un'altra autorità - il Prefetto - estranea al procedimento di prevenzione, pur se con riferimento a quest'ultimo, adotti un proprio provvedimento autonomo e parimenti estraneo alle vicende del procedimento di prevenzione.

²⁴³ Art. 81 Codice Antimafia. Registro delle misure di prevenzione:

“1. Presso le segreterie delle procure della Repubblica e presso le cancellerie dei tribunali sono istituiti appositi registri, anche informatici, per le annotazioni relative ai procedimenti di prevenzione. Nei registri viene curata l'immediata annotazione nominativa delle persone fisiche e giuridiche nei cui confronti sono disposti gli accertamenti personali o patrimoniali da parte dei soggetti titolari del potere di proposta. Il questore territorialmente competente e il direttore della Direzione investigativa antimafia provvedono a dare immediata comunicazione alla procura della Repubblica competente per territorio della proposta di misura personale e patrimoniale da presentare al tribunale competente. Le modalità di tenuta, i tipi dei registri, le annotazioni che vi devono essere operate, sono fissati con decreto del Ministro della giustizia.

2. Non possono essere rilasciate a privati certificazioni relative alle annotazioni operate nei registri.

3. I provvedimenti definitivi con i quali l'autorità giudiziaria applica misure di prevenzione o concede la riabilitazione di cui all'articolo 70, sono iscritti nel casellario giudiziale secondo le modalità e con le forme stabilite per le condanne penali. Nei certificati rilasciati a richiesta di privati non è fatta menzione delle suddette iscrizioni. I provvedimenti di riabilitazione sono altresì comunicati alla questura competente con l'osservanza delle disposizioni di cui all'articolo 69.

²⁴⁴ Determinazione, dell'Autorità nazionale anticorruzione, n. 2 del 2 settembre 2014, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 25 settembre 2014, n. 223”.

Il Prefetto esprime una valutazione che opera su profili diversi rispetto a quelli cautelari. Tale valutazione, come visto²⁴⁵, ha quale riferimento “elementi oggettivi di fatto” da cui possa ragionevolmente desumersi, in base al criterio del “più probabile che non” il condizionamento concreto ed attuale dell’impresa. I “gravi elementi” cui fa riferimento l’art. 67, invece, rimandano a quelle situazioni eccezionali per cui l’efficacia del provvedimento debba essere anticipata rispetto alla determinazione definitiva.

Ancora, è opportuno notare che, mentre il provvedimento di cui all’art. 67, incidentale rispetto al procedimento di prevenzione, è solo provvisorio e segue gli esiti del procedimento principale²⁴⁶, il provvedimento prefettizio, che si radica su un procedimento a se stante rispetto a quello di prevenzione, non ne viene condizionato dagli esiti. Così, analogamente a quanto visto per i rapporti con il procedimento penale, anche rispetto a quello di prevenzione, deve ritenersi che il procedimento per il rilascio della informazione antimafia si ponga su un piano parallelo e autonomo. La proposta o il provvedimento di prevenzione è uno degli “elementi oggettivi di fatto” su cui si fonda la valutazione, omnicomprensiva e circostanziata, del Prefetto. Perciò, qualora la proposta della misura di prevenzione dovesse essere rigettata dall’A.G. competente, ciò non dovrebbe di per sé necessariamente comportare l’insussistenza del provvedimento del Prefetto, in presenza di un adeguato impianto motivazionale.

Per altro bisogna registrare che il rapporto tra il procedimento per il rilascio della documentazione antimafia e il procedimento di prevenzione è molto più stretto rispetto a quello con il procedimento penale in quanto maggiori sono le affinità tra i due sistemi. Innanzi tutto i due procedimenti regolati dal Codice Antimafia hanno entrambi natura preventiva ed autonoma rispetto al procedimento penale: non mirano ad accertare responsabilità in merito ad un fatto specifico, e sono avulse dalla logica retributivo-sanzionatoria tipicamente penale. Dalla comune natura preventiva derivano due ulteriori peculiarità dei procedimenti di cui al Codice Antimafia rispetto a quelli disciplinati dal codice di procedura penale.

Anzitutto si può agevolmente rilevare un netto ampliamento dei possibili destinatari delle misure di prevenzione e dei provvedimenti prefettizi o dei soggetti comunque coinvolti nei relativi procedimenti, rispetto al procedimento penale, saldamente ancorato

²⁴⁵ Par. 2.1.

²⁴⁶ L’art. 67, co.3, Codice Antimafia prevede espressamente che “Il provvedimento del tribunale può essere in qualunque momento revocato dal giudice procedente e perde efficacia se non è confermato con il decreto che applica la misura di prevenzione”.

al principio della responsabilità personale sancito dalla Costituzione²⁴⁷. Da un lato il sistema penale punisce l'associato che, nel modello cosiddetto "organizzatorio-causale" di partecipazione associativa è organicamente compenetrato nell'associazione svolgendovi un ruolo attivo, estendendo, per via giurisprudenziale - per altro in modo controverso e dibattuto²⁴⁸ - il proprio perimetro applicativo al cosiddetto "concorrente esterno" il quale non è inserito stabilmente nell'associazione, ma fornisce ad essa un contributo concreto, specifico, consapevole e volontario²⁴⁹. Dall'altro lato, le misure di prevenzione - in particolare quelle patrimoniali - e le interdittive prefettizie arrivano a coinvolgere anche soggetti che in un'ottica rigorosa si considererebbero estranei alla vicenda processuale quali ad esempio, coniuge, parenti e conviventi.

Secondo, fondamentale, corollario della natura preventiva delle due categorie di provvedimenti riguarda il sistema probatorio ed è, a ben guardare, collegato alla differente platea di destinatari, obiettivo del contrasto penale e preventivo. Nota, in proposito, la Corte di Cassazione: "è infatti proprio nell'ambito dell'autonomia del procedimento di prevenzione da quello penale che emerge tra i due concetti di *appartenenza* e di *partecipazione* una differenza che non è solo di estensione per così dire linguistica (appartenere è termine sicuramente più ampio di partecipare, che implica una presenza attiva nel sodalizio, indipendentemente dal ruolo che il soggetto vi svolga al suo interno, se di promotore, organizzatore o semplice partecipe) ma è altresì di ordine giuridico-sociologico e si riflette, come tale, sul sistema probatorio il quale, nella materia in esame, è inteso ad accertare non un fatto-reato ma comportamenti che sono indice di pericolosità sociale specifica. Il concetto di "appartenenza" si differenzia infatti da quello di "partecipazione" nel senso che i rispettivi procedimenti trovano la loro autonomia proprio rispetto al diverso oggetto dell'indagine che, in un caso, mira all'accertamento di situazioni di contiguità al sodalizio mafioso, mentre nell'altro è volto ad accertare il ruolo organico che il soggetto ha svolto in seno ad esso"²⁵⁰. Si richiede, dunque, sia per le misure di prevenzione, sia per le interdittive prefettizie, uno standard probatorio

²⁴⁷ Art. 27 Cost. "La responsabilità penale è personale.

L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva.

Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato. Non è ammessa la pena di morte".

²⁴⁸ Vds. ad es. V. MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminazione legislativa e tipizzazione giurisprudenziale. RACCOLTA DI SCRITTI*, Torino, 2014.

²⁴⁹ Cfr. B. ROMANO, *Il diritto penale della criminalità organizzata*, DIR. PEN. E PROCESSO, 2013, 9, 1013, (commento alla normativa).

²⁵⁰ Cass. Sez. 1 sent. n. 5649/2002.

affievolito rispetto a quello penale, quest'ultimo improntato al criterio dell'*oltre ogni ragionevole dubbio*. Sul punto si sottolinea che la giurisprudenza amministrativa è attualmente univocamente concorde nel richiedere da parte del Prefetto un giudizio di ragionevole probabilità, fondato su elementi oggettivi di fatto, nel desumere i tentativi di infiltrazione, specularmente a quanto ritenuto necessario, in relazione alla pericolosità sociale, per l'irrogazione delle misure di prevenzione da parte dell'Autorità Giudiziaria.

In conclusione sul rapporto tra procedimento di prevenzione e rilascio dell'informazione prefettizia, le considerazioni fin qui svolte sulla "vicinanza" tra i due istituti indurrebbero a concludere che debba ritenersi difficile che i due procedimenti portino ad esiti di segno opposto. Ciò nonostante tale evenienza non può essere esclusa operando i due istituti su due presupposti comunque ben distinti: l'uno - quello di prevenzione - si impernia sul concetto di pericolosità sociale (qualificata)²⁵¹, l'altro - l'interdittiva antimafia - sul pericolo di infiltrazione mafiosa dell'impresa. Non è perciò da escludersi che, anche ove non venga acclarata la pericolosità sociale qualificata, si possa comunque ragionevolmente desumere, alla luce del quadro complessivo prospettato alla valutazione prefettizia, il pericolo di infiltrazione mafiosa dell'impresa nella forma del favoreggiamento o del condizionamento e viceversa.

2.2.4 Rapporti di parentela

I rapporti di parentela tra titolari, soci, amministratori, direttori generali dell'impresa e familiari che siano soggetti affiliati, organici, contigui alle associazioni mafiose, vengono ad assumere una specifica rilevanza nella valutazione del rischio di condizionamento mafioso dell'impresa stessa tanto che il legislatore ha espressamente previsto l'obbligo di estendere l'informazione antimafia anche a familiari e conviventi dei destinatari²⁵². Tuttavia, per quanto il pericolo di infiltrazione mafiosa insito nel rapporto di parentela possa sembrare, secondo la comune esperienza, quasi banale, sono necessarie alcune considerazioni.

Da un lato, infatti, i legami di parentela, in particolare in quei contesti socio-culturali ove i valori familistici o del comparaggio assumono intensa rilevanza, possono senz'altro essere considerati indici di elevata condizionabilità dell'impresa.

²⁵¹ Vds. par. 1.1.1.

²⁵² Art. 85, co. 3, Codice Antimafia: "L'informazione antimafia deve riferirsi anche ai familiari conviventi di maggiore età dei soggetti di cui ai commi 1, 2, 2-bis, 2-ter e 2-quater che risiedono nel territorio dello Stato".

D'altra parte, però, dedurre il condizionamento mafioso dell'impresa, dal mero legame anagrafico sarebbe in evidente contrasto con i principi costituzionali: in particolare con il principio di non colpevolezza enunciato dall'art. 27 della Costituzione. Con la sent. nr. 108 del 31 marzo 1994, la Corte Costituzionale in una vicenda di cui si discuteva del possesso delle "qualità morali e di condotta" per l'ammissione ai concorsi in magistratura, ha ribadito come sia certamente "arbitrario (...) presumere valutazioni da comportamenti riferibili alla famiglia di appartenenza o a singoli membri della stessa diversi dall'interessato" i quali non "debbono essere automaticamente trasferiti all'interessato medesimo".

Sussiste un "delicato equilibrio tra opposti interessi" che fanno capo, da un lato, alla presunzione di innocenza di cui all'art. 27 della Costituzione e alla libertà d'impresa costituzionalmente garantito e, dall'altro, all'efficace repressione della criminalità organizzata. Inoltre, se il mero legame di parentela fosse considerato elemento ostativo all'instaurazione o al mantenimento di rapporti negoziali con le Pubbliche Amministrazioni, "esso rappresenterebbe un irragionevole ostacolo al ripristino di un regime di vita lavorativa improntato al rispetto della legge nelle aree geografiche del Paese contraddistinte dalla forte presenza di organizzazioni criminali²⁵³".

In coerenza con le posizioni della Corte Costituzionale, si esprime oggi la giurisprudenza dominante del Consiglio di Stato, per cui il mero rapporto di parentela, in assenza di ulteriori elementi, non è di per sé idoneo a dare conto del tentativo di infiltrazione. Non può configurarsi un rapporto di automatismo tra legame familiare e condizionamento dell'impresa²⁵⁴. Si è, in genere, ritenuto che l'eventuale attività pregiudizievole posta in essere da un genitore non possa riverberarsi automaticamente sull'attività imprenditoriale di un figlio, perché altrimenti quest'ultimo sarebbe, senza sua colpa, nell'impossibilità di potere svolgere attività lecite costituzionalmente tutelate²⁵⁵.

Non si tratta quindi solo di un legame parentale, ma del contesto geografico e socio economico in cui tale legame viene a radicarsi, tale da determinare un quadro indiziario significativo che ragionevolmente sconsiglia la instaurazione di un rapporto di collaborazione della società interessata con l'amministrazione²⁵⁶.

²⁵³ Cons. Stato, sez. VI, sent. nr. 4574 del 2006.

²⁵⁴ Cons. St., Sez. III, n. 96 del 10 gennaio 2013; n. 4995 del 5 settembre 2011; sez. VI, n. 5880 del 18 agosto 2010; n. 3664 del 23 luglio 2008; n. 3707 del 27 giugno 2007.

²⁵⁵ Cons. Stato, sez. VI, n. 5866 del 25 novembre 2009.

²⁵⁶ Cfr. Cons. Stato, sez. III, 3 luglio 2013, n. 3576.

La condizionabilità dell'impresa non deriva dalla presunzione che il parente di un mafioso sia anch'egli mafioso ma per la “doverosa considerazione” che “specialmente nei contesti sociali in cui attecchisce il fenomeno mafioso, all'interno della famiglia si può verificare una «influenza reciproca» di comportamenti e possono sorgere legami di cointeressenza, di solidarietà, di copertura o quanto meno di soggezione o di tolleranza”²⁵⁷.

Il rapporto di parentela assume, quindi, rilevanza ove: “per natura, intensità, o per altre caratteristiche concrete, lasci ritenere, per la logica del «più probabile che non», che l'impresa abbia una conduzione collettiva e una regia familiare (di diritto o di fatto, alla quale non risultino estranei detti soggetti) ovvero che le decisioni sulla sua attività possano essere influenzate, anche indirettamente, dalla mafia attraverso la famiglia, o da un affiliato alla mafia mediante il contatto con il proprio congiunto”.

Non è sufficiente, quindi, l'accertamento da parte del Prefetto condotto attraverso un mero rinvio a un legame parentale tra il soggetto interessato all'accertamento prefettizio e altro soggetto legato al primo da vincolo parentale di affinità o coniugio.

La presenza di “possibili interferenze mafiose” deve emergere dalla valutazione di un “quadro indiziario complessivo”, non potendosi ritenere sufficiente il “semplice sospetto” o le “mere congetture prive di riscontro fattuale” ed essendo richiesta l'indicazione di “situazioni sintomatiche di connessioni o collegamenti con le predette associazioni mafiose”²⁵⁸.

Rilevano in proposito “circostanze obiettive” (quali, ad es. la convivenza o la cointeressenza in affari economici) e le “peculiari realtà locali” (ove, ad es. l'amministrazione faccia riferimento all'accertato controllo di fatto di una famiglia su un'area più o meno vasta ed il coinvolgimento dei suoi componenti, a maggior ragione se privi di autonome fonti di reddito). Ma tali elementi assumono carattere meramente esemplificativo, rilevando, per l'“attendibilità dell'interferenza” tutte quelle “circostanze ed ulteriori elementi indiziari che qualifichino, su un piano di attualità ed effettività, una immanente situazione di condizionamento e di contiguità con interessi malavitosi”²⁵⁹.

In definitiva, un mero rapporto di parentela non può rappresentare, da solo, elemento utile per affermare la sussistenza di un pericolo di infiltrazione mafiosa e

²⁵⁷ Cons. Stato., Sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743.

²⁵⁸ Cons. Stato, Sez. V, sent. nr. 5846 del 26 novembre 2008; Cons. Stato, Sez. VI, sent. nr. 756 del 29 febbraio 2008; Cons. Stato, Sez. V, sent. nr. 1916 del 2 maggio 2007; Cons. Stato, Sez. VI, sent. nr. 1056 del 7 marzo 2007; Cons. Stato, sez. VI, sent. nr. 7381 del 24 novembre 2009.

²⁵⁹ Cons. Stato, Sez. III, 23 aprile 2015, n. 3310.

giustificare, dunque, un'informativa prefettizia negativa, dovendosi quest'ultima basarsi anche su altri elementi, tali da fornire, nel loro complesso, un fondamento oggettivo al giudizio che l'attività di impresa possa, anche in maniera indiretta, agevolare le attività criminali o esserne in qualche modo condizionata per la presenza nei centri decisionali di soggetti legati ad organizzazioni di tipo mafioso.

2.2.5 Contatti o rapporti di frequentazione, conoscenza, colleganza, amicizia

Le frequentazioni tra soggetti legati alla direzione e gestione dell'impresa e soggetti collegati all'ambiente mafioso, che non siano frutto di casualità, o, per converso di necessità²⁶⁰, possono ragionevolmente essere considerate espressione sintomatica di collateralità e vicinanza ideologica ad esponenti della criminalità organizzata.

Alla luce delle considerazioni sopraesposte in tema di obiettività delle circostanze da cui desumere il pericolo di infiltrazione mafiosa, è necessario che di tali frequentazioni si abbia un qualche riscontro oggettivo. Esse possono emergere da vicende di rilevanza penale, a prescindere dall'esito del procedimento; da provvedimenti che dispongono una misura cautelare o il giudizio; da atti di indagine, conclusi o ancora in corso (pur nei limiti del segreto istruttorio)²⁶¹.

Non si escludono, sebbene ben più rari, casi in cui le frequentazioni siano attestate in circostanze fortuite. Si prenda ad esempio la contestuale presenza sulla nave da Crociera Costa Concordia, di un imprenditore e di un pregiudicato, riscontrata, tra l'altro, dalla denuncia di smarrimento della carta di identità presentata da entrambi in occasione della tristemente nota vicenda del naufragio del Giglio²⁶².

Ma il principale mezzo attraverso cui è possibile avere riscontro di contatti e frequentazioni tra soggetti malavitosi e soggetti legati alla gestione dell'impresa sono i controlli di polizia, svolti nell'ambito dell'attività di prevenzione, su strada ovvero in qualsiasi altro luogo e circostanza, purché opportunamente relazionati e circostanziati.

²⁶⁰ Cons. Stato, Sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743.

²⁶¹ Sul punto si rimanda ai par. 2.2.1 e 2.2.2.

²⁶² Precisa il Cons. Stato, Sez. III, sent.nr. 562, 12 gennaio 2017: "la circostanza che - *OMISSIS* - si trovasse a bordo della nave Costa Concordia, in occasione del naufragio di questa, contestualmente all'appena menzionato - *OMISSIS* - del resto già legato alla famiglia - *OMISSIS* -, circostanza che emerge dalla denuncia di smarrimento della carta di identità presentata da entrambi in quella tragica evenienza (p. 28 dell'informativa), se non dimostra una assidua frequentazione, come ritiene il T.A.R., nemmeno può ritenersi un fatto irrilevante o casuale, ma offre un ulteriore riscontro, ove ve ne fosse bisogno, che ella sia in contratto, anche al di fuori di contesti lavorativi, con soggetti controindicati a fini antimafia".

È però evidente che l'elemento sintomatico della frequentazione, per sua stessa natura, non possa desumersi da “una visione atomistica e frammentaria” di circostanze ed episodi isolati ma occorre dare una valutazione di ogni elemento sia nel proprio singolo significato sintomatico che, soprattutto, nell'intima connessione con gli altri²⁶³.

Il mero dato informativo, in sé e per sé considerato, non è sufficiente per dedurre ragionevolmente un pericolo di infiltrazione mafiosa. Con riferimento ai contatti oggetto di attestazione da parte delle forze di polizia occorre sottolineare che ai fini dell'informativa prefettizia antimafia il “controllo di polizia” è un mezzo istruttorio, ossia una fonte di conoscenza. Invece la “frequentazione” è un dato di fatto, che, a sua volta, rileva non in quanto tale, ma in quanto, e se, veicola elementi sintomatici di comunanza di affetti, interessi, legami personali tali da consentire al controindicato frequentato di influire sulle scelte imprenditoriali dell'azienda.

Anzitutto, la segnalazione su frequentazioni con un soggetto pregiudicato, non assume in sé valore significativo di un'attività sintomaticamente connessa a logiche ed interessi malavitosi, in assenza di una continuità e stabilità di siffatte frequentazioni, relativa a vicende proprie dell'attività di impresa esercitata. Pertanto, “... si configurano come adeguato presupposto di un'informativa, le risultanze delle Forze di Polizia che abbiano registrato numerosi contatti e incontri, taluni non di breve durata né contraddistinti dal carattere di occasionalità o casualità tra il titolare della società vincitrice di un appalto pubblico e soggetti pregiudicati e sospettati di essere parte attiva in consorzierie appartenenti alla criminalità organizzata”²⁶⁴.

Quanto alla definizione della parola “amicizia”, spesso utilizzata per descrivere rapporti interpersonali caratterizzati da una certa intensità, è stato osservato che trattasi di sentimento che, in generale, non si esaurisce in un contatto isolato, episodico o occasionale, ma implica un'apprezzabile frequentazione ed una qualche affinità tra i soggetti amici. A ciò deve aggiungersi che tale rapporto si carica di un particolare significato negativo, ove l'imprenditore, già colpito da precedente informativa interdittiva e, quindi, presumibilmente consapevole della relativa portata, continui a coltivare con un pregiudicato una strutturata frequentazione.

Dunque, alla luce di queste considerazioni, un semplice elenco dei controlli svolti nei confronti di un soggetto (ossia quante volte il “soggetto è stato notato o controllato

²⁶³ Vds. Cons. Stato. Sez. III, nr. 562, 12 gennaio 2017.

²⁶⁴ Cons. Stato, Sez. VI, 17 aprile 2009. n. 2336.

con...”) non sarebbe sufficiente per attestare una frequentazione rilevante ai fini di un’interdittiva antimafia ma è necessario anzitutto che questi vengano contestualizzati e circostanziati così da poter prospettare, a valle di un’analisi complessiva un rischio di ingerenza o intromissione nella gestione degli affari dell’azienda piuttosto che una conoscenza superficiale, una mera convenienza sociale e così via.

Secondo la consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato, non può, ad esempio, rinvenirsi l’esistenza di una situazione di contiguità con esponenti della criminalità organizzata nell’occasionale incontro dei soci di un’impresa con soggetti pregiudicati, qualora non sussistano ulteriori elementi indiziari, quali il carattere plurimo e stabile di dette frequentazioni²⁶⁵, la loro connessione con vicende dell’impresa ed ogni altro atto che possa configurarsi rilevatore della finalizzazione degli incontri per scopi criminali²⁶⁶.

D’altra parte è stato rilevato che la contiguità o vicinanza di fatto tra la singola impresa sottoposta alla valutazione del Prefetto da una parte, e soggetti condannati o indagati per il reato di cui all’art. 416-*bis* del codice penale, dall’altro, non può essere desunta, *sic et simpliciter*, da meri rapporti commerciali intercorsi con imprese ritenute collegate al sodalizio mafioso (peraltro di modesto livello quantitativo), essendo necessario ricercare ulteriori elementi oggettivi²⁶⁷.

Quanto all’aspetto soggettivo, ai fini della documentazione antimafia si tengono in considerazione i rapporti tra titolari, soci, amministratori e dipendenti dell’impresa da un lato, e soggetti coinvolti in sodalizi criminali, dall’altro. Da entrambe le parti non rileva tanto il profilo giuridico-formale di ciascuno dei soggetti in relazione, quanto, piuttosto, che dai loro rapporti derivi effettivamente il rischio che l’impresa venga influenzata nelle attività patrimoniali e nelle scelte imprenditoriali, tale da determinare la conseguente perdita di “fiducia” da parte dell’amministrazione nei confronti dell’impresa stessa. Con riferimento ai cosiddetti “esponenti della criminalità organizzata”: dalla giurisprudenza vengono considerati “controindicati” coloro che risultino avere precedenti penali o che, comunque, siano stati presi in considerazione da misure di prevenzione. Ma, nel qualificare il legame del soggetto “controindicato” con la criminalità organizzata non rilevano soltanto i provvedimenti giudiziari o amministrativi definitivi, ben potendosi prendere in considerazione elementi emersi da procedimenti ancora in corso.

²⁶⁵ Viceversa, è stata ritenuta legittima un’informativa antimafia atipica, fondata sulla frequentazione abituale con pregiudicati, attuata recandosi abitualmente presso un circolo ricreativo frequentato da malavitosi (Cons. Stato, VI, 11 dicembre 2009, n. 7777).

²⁶⁶ Cons. Stato, VI, 8 ottobre 2009, n. 6193; *idem*, VI, 19 ottobre 2009, n. 6380.

²⁶⁷ Cons. Stato, IV, 4 maggio 2004, n. 2783.

Le frequentazioni con un soggetto, sia pure solo indagato, e non anche già condannato, per reati particolarmente significativi, quali per associazione mafiosa, estorsione e danneggiamento, connotato da forti sospetti di appartenenza diretta alla criminalità organizzata e con rapporti d'affari, sia pure precorsi, con altro soggetto appartenente alla stessa struttura criminale, sono elementi potenzialmente idonei, purché valutati alla luce delle considerazioni di seguito esposte in questo paragrafo, a desumere il rischio di condizionamento mafioso. In altri termini ciò che rileva è che i contatti o le frequentazioni possano far presumere, secondo la logica del “più probabile che non” che l'imprenditore, direttamente o tramite l'interposizione di intermediari, instauri consapevolmente un dialogo ed un contatto con l'“ambiente mafioso” in senso lato, ponendosi, dunque, sulla “pericolosa linea di confine tra la legalità e l'illegalità”²⁶⁸.

Dalla parte dell'impresa, parallelamente, non si guarda solo ai soggetti aventi formalmente ruoli direttivi ma a tutti quei soggetti comunque in grado di determinare le scelte imprenditoriali e di indirizzo dell'impresa”²⁶⁹.

Hanno una propria rilevanza, sotto questo profilo, anche le frequentazioni dei professionisti contabili e responsabili tecnici che operano all'interno della società in ragione del “peso” del loro ruolo nelle dinamiche della gestione aziendale.

Nemmeno l'estraneità alla compagine sociale di un soggetto - ad es. del responsabile tecnico - esclude che egli possa, in qualche modo, incidere sulla gestione aziendale, in ragione dell'importante ruolo organizzativo ricoperto. Di conseguenza possono essere utilmente sottoposti a vaglio anche i rapporti di consulenti esterni all'organico societario. Si prenda ad esempio il caso di un consulente che presti i propri servizi contemporaneamente sia all'impresa sia a elementi legati alla criminalità organizzata. Questi, secondo l'apprezzamento prefettizio, ritenuto legittimo dal Giudice, “non poteva limitarsi ad operare impersonalmente nel mercato senza conoscere i propri clienti”, trattandosi, nel caso di specie, di un consulente che aveva avuto con essi un rapporto diretto, costante e immediato di natura fiduciaria, connotato da assiduità, continuità nel tempo, e con grado di intensità tale da coinvolgere anche la vita familiare, al di fuori delle necessità ordinariamente correlate a un rapporto professionale.

In conclusione, è necessario ed indispensabile che il provvedimento prefettizio esponga un giudizio sul pericolo di condizionamento che non si basi solo su dati

²⁶⁸ Vds. Cons Stato, Sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743.

²⁶⁹ Cons. Stato., Sez. III, 12 gennaio 2017, nr. 562; vds. anche: Cons. St., Sez. III, 21 luglio 2014, n. 3873.

episodici, per quanto potenzialmente sintomatici, fornendo una valutazione complessiva oltre che delle “frequenzazioni contestualizzate” anche dei “rapporti ed interessi patrimoniali o finanziari” o delle “altre condizioni di fatto che denotino disponibilità di mezzi o risorse dell’impresa”. In quest’ottica possono assumere specifica rilevanza: le “condizioni” dei soggetti controindicati in relazione alle “possibilità concrete” di questi ultimi di incidere sulla conduzione dell’impresa; la sussistenza di rapporti e di interessi patrimoniali o finanziari” o altre “condizioni di fatto” (spesso sulla soglia del penalmente rilevante) che denotino disponibilità di mezzi o risorse dell’impresa anche quando non risultino stabili relazioni economiche con malavitosi, ma non si possano escludere eventuali forme di contiguità con gli ambienti della criminalità organizzata.

2.2.6 Vicende anomale nella formale struttura dell’impresa

Un elemento di novità, introdotto dal Codice Antimafia²⁷⁰ è la possibilità per l’Autorità prefettizia di desumere il pericolo di tentativi di infiltrazione mafiosa da una serie di vicende riguardanti le compagini amministrative e proprietarie dell’impresa oggetto di verifica, sia essa in forma individuale o collettiva. La norma fa riferimento ad una serie di operazioni specifiche quali: 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) - provvedimenti cautelari o di condanna anche non definitiva per “reati sintomatici di mafiosità” e b) - proposta o provvedimento di taluna delle misure di prevenzione. Tuttavia, deve ritenersi che rilevino, più in generale, “tutte quelle operazioni fraudolente, modificative o manipolative della struttura dell’impresa”²⁷¹, nonché l’“abuso di personalità giuridica”²⁷², che, per le modalità e tempi in cui vengono realizzate, possano denotare “l’intento di eludere la normativa sulla documentazione

²⁷⁰ Art. 84, co.4, lettera f): “le situazioni relative ai tentativi di infiltrazione mafiosa che danno luogo all’adozione dell’informazione antimafia interdittiva di cui al comma 3 sono desunte: [...] 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”.

²⁷¹ Cons Stato, Sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743.

²⁷² Si parla di abuso della personalità giuridica con riferimento all’utilizzo della struttura corrispondente a quella di una società di capitali (una s.r.l. o una s.p.a.) il cui substrato soggettivo corrisponda sostanzialmente ad una sola persona fisica, la quale abbia utilizzato altri soggetti quali soci fittizi per poter fruire del beneficio della responsabilità limitata.

antimafia”. Le vicende indicate dalla norma, “non sono altrimenti spiegabili, secondo la logica del «più probabile che non», se non con la permeabilità mafiosa dell’impresa e il malcelato intento di dissimularla”²⁷³. Pertanto non sembra ragionevole un’interpretazione restrittiva della norma che legga in modo tassativo le situazioni indicate escludendo altre operazioni sulla struttura dell’impresa che si possano ragionevolmente ritenere finalizzate alla surrettizia elusione della normativa sulla documentazione antimafia e, pertanto, sintomatiche di infiltrazioni mafiose.

Qualsiasi tipo di modificazione della struttura dell’impresa può essere astrattamente considerato come volto ad aggirare la normativa antimafia. Proprio alla luce di quanto appena visto, non sarebbe possibile né utile stilare un catalogo esaustivo delle operazioni potenzialmente volte ad eludere la normativa sulla documentazione antimafia e, perciò, sintomatiche di infiltrazioni mafiose. La casistica giurisprudenziale è ampia, varia ed in continuo divenire. Si considerino, a titolo meramente esemplificativo, i casi più ricorrenti in giurisprudenza:

- scissioni, fusioni, cessioni o affitti di azienda o anche solo di ramo di azienda; acquisti di pacchetti azionari o di quote societarie da parte di soggetti, italiani o esteri, al di sopra di ogni sospetto, spostamenti di sede, legale o operativa, in zone apparentemente ‘franche’ dall’influsso mafioso.
- aumenti di capitale sociale finalizzati a garantire il controllo della società sempre da parte degli stessi soggetti, patti parasociali, rimozione o dimissioni di sindaci o controllori sgraditi;
- walzer di cariche sociali tra i medesimi soggetti, partecipazioni in altre società colpite da interdittiva antimafia, gestione di diverse società, operanti in settori diversi, ma tutte riconducibili alla medesima *governance* e spostamenti degli stessi soggetti dalle cariche sociali dell’una o dell’altra, ecc.
- forme di collaborazione o associazione a vario titolo tra imprese: in particolare meritano delle specifiche considerazione le “*associazioni temporanee d’imprese*”, siglate “*A.T.I.*”: una forma giuridica nella quale più imprese si uniscono per partecipare, insieme, alla realizzazione di un affare, spesso utilizzata per la partecipazione a gare d’appalto. L’associazione prevede un’azienda capogruppo, detta “*mandataria*”, alla quale, le altre aziende associate, dette “*mandanti*”, conferiscono l’incarico di trattare con il committente l’esecuzione di un’opera, generalmente attraverso la

²⁷³ *Ibidem*.

partecipazione a gare d'appalto. In linea generale, l'ordinamento comunitario ed il diritto interno manifestano uno spiccato apprezzamento per i raggruppamenti temporanei di imprese e di professionisti, costituiti per ottenere l'affidamento di contratti e di servizi pubblici. Queste forme di aggregazione tra imprese sono generalmente apprezzate ed incentivate dall'ordinamento interno e comunitario in quanto capaci di svolgere efficacemente una funzione antimonopolistica, consentendo un ampliamento della dinamica concorrenziale e favorendo l'ingresso sul mercato di imprese di minore dimensione, o specializzate in particolari settori produttivi e tecnologici. Quanto al regime giuridico cui sottoporre tali associazioni, l'ordinamento si ispira a due criteri: da un lato la scelta del modulo associativo non deve comportare un trattamento indiscriminatamente deteriore rispetto a quello previsto, in generale, per tutti i concorrenti singoli; dall'altro, non deve tradursi in uno strumento elusivo delle regole sui requisiti minimi per la partecipazione alle gare d'appalto. In particolare i "requisiti di carattere morale" e di "generica affidabilità" nonché il "*rispetto della normativa antimafia*" devono essere posseduti e documentati da ciascuna delle imprese designate quali esecutrici del servizio o dell'opera al contrario, i requisiti di natura tecnica possono essere posseduti dal raggruppamento di imprese e non dalle singole imprese²⁷⁴. L'art.95 del *Codice Antimafia* si ispira a tale orientamento: se taluna delle situazioni da cui emerge un tentativo di infiltrazione mafiosa, di cui all'art. 84, co. 4, ed all'art. 91, co. 6, interessa un'impresa diversa da quella mandataria che partecipa ad un'associazione o raggruppamento temporaneo di imprese, le cause di divieto o di sospensione di cui all'art. 67, non operano nei confronti delle altre imprese partecipanti, quando la predetta impresa sia estromessa o sostituita anteriormente alla stipulazione del contratto. La *ratio* della norma è quella di garantire gli operatori economici, che partecipano a gare pubbliche in formazione soggettivamente complessa, dagli eventi che possono colpire gli altri componenti del raggruppamento, minimizzando i rischi di perdita della commessa pubblica aggiudicata. In particolare eventuali "*successive modificazioni soggettive*", sopraggiunte rispetto ai controlli, sarebbero idonee a vanificare le verifica preliminare sul raggruppamento e per questo vengono vietate dall'art. 48 co. 9 del nuovo codice degli appalti²⁷⁵.

²⁷⁴ Cons. Stato, Sez.V, 24 novembre 1997, n. 1367.

²⁷⁵ Art. 48, co. 9, dlgs. 18 aprile 2016, n. 50:

Secondo un condivisibile indirizzo giurisprudenziale²⁷⁶, l'aggiudicazione di un appalto disposta in favore di un costituendo o costituito raggruppamento temporaneo di imprese si intende effettuata in favore della composizione del medesimo raggruppamento, così come risultante dall'impegno presentato in sede di offerta, in virtù del principio di immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle gare. Il rigore di tale principio è stato temperato da un consolidato orientamento giurisprudenziale, condiviso anche dall'ANAC²⁷⁷ per cui nel caso dell'aggiunta o sostituzione delle imprese raggruppate, però, resta salvo il caso che, al momento del mutamento soggettivo, l'amministrazione abbia già provveduto a verificare i requisiti di capacità e di moralità dell'impresa o delle imprese rimaste in gara, sicché i rischi che il divieto mira ad impedire non possono verificarsi²⁷⁸.

Anche la modifica della compagine in senso riduttivo, senza sostituzione o aggiunta può, in concreto, servire ad aggirare la gara e, in particolare, ad evitare una sanzione espulsiva per difetto dei requisiti d'idoneità in capo al componente dell'"A.T.I." receduto o estromesso. Ebbene i temperamenti giurisprudenziali in parola hanno ammesso, dopo l'aggiudicazione, il recesso o l'estromissione di una o più imprese raggruppate, ove quelle rimanenti siano in possesso dei necessari requisiti di qualificazione, limitando, quindi l'operatività del divieto di modificazioni solo all'aggiunta o la sostituzione di componenti, non anche il venir meno, senza sostituzione, di taluno²⁷⁹. In sostanza si può affermare che

“È vietata l'associazione in partecipazione. Salvo quanto disposto ai commi 17 e 18, è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta.

[...]

17. Salvo quanto previsto dall'articolo 110, comma 5, in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione del mandatario ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, la stazione appaltante può proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico che sia costituito mandatario nei modi previsti dal presente codice purché abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire; non sussistendo tali condizioni la stazione appaltante può recedere dal contratto.

18. Salvo quanto previsto dall'articolo 110, comma 5, in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione di uno dei mandanti ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, il mandatario, ove non indichi altro operatore economico subentrante che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, è tenuto alla esecuzione, direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purché questi abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire”.

²⁷⁶ *Ex multis*, Cons. St., V, 20 aprile 2012, n. 6646; sez. IV, 14 dicembre 2012, n. 6646.

²⁷⁷ Determinazione ANAC n. 4/2012 disponibile in www.anticorruzione.it

²⁷⁸ Cons. Stato, Sez. VI, sent. nr. 2964 del 13 maggio 2009.

²⁷⁹ Cons. Stato, Sez. IV, sent. nr. 4101 del 23 luglio 2007.

“la giurisprudenza non ammette una modifica di un concorrente in senso assoluto, bensì vi pone specifiche limitazioni”²⁸⁰ in particolare legate alle necessità di controllo da parte dell’amministrazione sul soggetto così come modificato.

Nessuna di queste operazioni, come di altre, può essere considerata di per sé strumentale all’aggiramento della normativa antimafia. Per ricostruire l’effettivo assetto delle imprese, e dunque dedurre il carattere fittizio delle operazioni si rendono necessarie indagini negoziali e patrimoniali mirate, per il compimento delle quali possono essere utili i principi elaborati dalla giurisprudenza del Giudice civile a proposito della prova diretta a far valere l’illiceità del contratto dissimulato ex art. 1417 cod. civ., ipotesi in cui si può fare ricorso a presunzioni, purché gravi, precise e concordanti ex art. 2729 cod. civ.²⁸¹.

In particolare, con riferimento alle disposizioni del Codice Antimafia, occorre che il Prefetto svolga una valutazione circostanziata delle operazioni che tenga conto dei parametri indicati proprio all’art. 84 co. 4 lett. f):

- le qualità professionali dei subentranti
- il reddito dei soggetti coinvolti
- valore economico delle transazioni
- tempi in cui vengono realizzate

Anzitutto occorre soffermarsi sui soggetti coinvolti nelle operazioni. Le modificazioni strutturali dell’impresa possono essere sintomatiche di infiltrazioni criminali qualora volte a celare il condizionamento mafioso, non facendo figurare nella struttura aziendale soggetti che, di fatto, continuano ad avere la disponibilità dell’impresa. L’art. 84, citando “chiunque conviva stabilmente con i soggetti destinatari dei provvedimenti” muove dalla presupposizione, dettata dalla comune esperienza, che mutazioni della struttura attuate che coinvolgano soggetti conviventi, piuttosto che un effettivo cambiamento nelle dinamiche della gestione aziendale, rappresentino operazioni fittizie volte all’aggiramento della normativa antimafia.

I dati raccolti dall’esperienza giurisprudenziale, tuttavia, portano a non escludere la rilevanza in tal senso anche di legami di altra natura tra i soggetti coinvolti.

²⁸⁰ V. CAPUZZA, *La Sostituzione e l’inversione interne all’A.T.I.: figure e considerazioni*, in *APPALTI & CONTRATTI*, Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”, anno III, n. 34, gennaio 2013.

²⁸¹ Per Cass. civile, sez. II, 4 maggio 1985, n. 2790, nel giudizio di simulazione si può legittimamente far ricorso a presunzioni, tratte da qualsiasi fonte probatoria - non sussistendo alcun limite al potere d’indagine del giudice, il quale può trarre elementi di convincimento da qualsiasi atto del processo, compreso lo stesso atto impugnato di simulazione - dalla quale siano ricavabili elementi gravi, precisi e concordanti.

Primo tra questi, ovviamente, la parentela. Sebbene un'operazione tra parenti non sia automaticamente qualificabile come fittizia, la giurisprudenza sembra orientata nel ritenere sufficiente dimostrare “la sussistenza di rapporti di parentela tra vecchi e nuovi gestori, che siano accreditati dalla mancanza di qualsivoglia elemento di dissociazione e, comunque, di estraniamento della ricorrente società dalle consorterie criminali locali per far ritenere ragionevole l'illazione che i collegamenti mafiosi precedentemente riscontrati nella precedente società si siano ripetuti e protratti anche in capo alla nuova società”. È bene comunque precisare che “se ci sono rapporti di parentela tra precedenti e subentranti responsabili d'impresa, non è detto che essi siano spia di continuità tra vecchia e nuova società, specie quando il rapporto è di semplice affinità”. Il Consiglio di Stato ha ritenuto, in tali casi, che i soli rapporti non possono essere assunti né quali indizio della non estraneità della società ricorrente alle consorterie criminali, né tantomeno come prova che la società sia rimasta nell'ambito della stessa cerchia familiare e, pertanto, continui ad essere esposta a condizionamenti mafiosi, ove a tale dato anagrafico non si accompagni una acclarata frequentazione e comunanza di interessi con ambienti della criminalità²⁸².

Rilevanti, come intuitivo, sono: il reddito dei soggetti coinvolti e le qualità professionali dei subentranti. Si pensi al caso, che non può non destare sospetti, di un soggetto, formalmente subentrante nella gestione dell'attività imprenditoriale, pur essendo privo di qualsiasi competenza in materia.²⁸³ Si pensi all'ipotesi, non infrequente, in cui titolare di un'impresa di costruzioni risulti essere una casalinga, o un giovane appena maggiorenne senza esperienza manageriale o professionale, o altro soggetto non in grado di dimostrare la provenienza dei capitali necessari per avviare l'attività imprenditoriale, o ancora ai casi in cui le organizzazioni criminali puntano “attraverso prestanome, a captare risorse finanziarie, gestendo di fatto progetti finanziati, oppure mirando ad assumere partecipazioni di fatto negli assetti proprietari delle imprese beneficiarie di interventi, quando, ovviamente, la struttura di queste ultime non sia in grado di opporre resistenze adeguate”²⁸⁴.

Elemento utile alla valutazione delle operazioni può certamente essere quello del valore delle transazioni. Sono legittimamente qualificabili come sospette, ad esempio le

²⁸² Cons. Stato, Sez.VI, 29 febbraio 2008 n. 756; 27 giugno 2007 n. 3707; 2 maggio 2007 n. 1916.

²⁸³ Cons. Stato, Sez. III, 12 gennaio 2017, n. 562.

²⁸⁴ Consiglio Nazionale delle Ricerche, Osservatorio socio-economico sulla criminalità - *Abuso di finanziamento pubblico alle imprese*, Rapporto del 17 novembre 2009, pag. 5.

operazioni di vendita e successiva riacquisizione di quote societarie in cui “l’equivalenza del prezzo di acquisto e di vendita” escluda ogni profitto per le controparti, tanto da poter essere considerate come “di fatto, parte di un piano preordinato volto ad aggirare la normativa antimafia, tendendo all’acquisizione dei lavori pubblici di manutenzione elettrica presso il Comune di [...] in seguito aggiudicati”²⁸⁵.

Con riferimento ai tempi in cui le operazioni vengono realizzate, occorre distinguere tra “operazioni sospette precedenti all’aggiudicazione” ed “operazioni sospette successive all’aggiudicazione”. Le vicende riguardanti la struttura formale dell’impresa avvenute in prossimità della fase di aggiudicazione o addirittura, in concomitanza con le procedure per il rilascio della documentazione antimafia prefettizie, per quanto possano essere maggiormente sospettabili di essere finalizzate ad eludere i controlli antimafia, non possono essere automaticamente considerate delatrici di un condizionamento mafioso ma devono essere contestualizzate. Esempio di scuola di una situazione di questo tipo potrebbe essere quello di un soggetto, amministratore dell’impresa sin dalla sua costituzione, che cessa dalla carica, tra l’altro a favore di un parente, pochi mesi prima della verifica prefettizia²⁸⁶. Non sono rare, però, operazioni più articolate: si pensi al caso di cessione di quote societarie da parte di un soggetto imputato in procedimento penale ad un soggetto terzo, al di fuori di ogni sospetto, e successiva riacquisizione delle stesse quote da parte della moglie del primo, non appena intervenuta la sua assoluzione²⁸⁷.

D’altra parte possono assumere rilevanza anche operazioni più risalenti nel tempo rispetto alla fase dell’aggiudicazione ovvero successive a questa, fino ad arrivare, a ritroso, alla stessa costituzione della società.

Infatti, nota il Consiglio di Stato, “nessuna disposizione prevede che gli elementi sintomatici dell’infiltrazione mafiosa debbano essere necessariamente successivi alla

²⁸⁵ Cons. Stato, Sez. III, 26 maggio 2016, n. 3754.

²⁸⁶ Cons. Stato, Sez. VI, 25 settembre 2006, 5595.

²⁸⁷ Cons. Stato, Sez. III, 26 maggio 2016, n. 3754: “... con riferimento alla compravendita di quote societarie della Finteco a favore di - *OMISSIS* -, effettuata in data 5 agosto 2012, ha rilevato come con l’anzidetta operazione di cessione sia stato posto in essere un tentativo di eludere la normativa antimafia, attraverso l’intestazione fittizia di quote ad un terzo non riconducibile alla famiglia - *OMISSIS* -, tentando l’acquisizione di lavori pubblici di manutenzione elettrica presso il Comune di Rivarolo Canavese.

L’elusione della normativa per l’affidamento degli appalti parrebbe riproporsi con l’acquisizione delle quote da parte di - *OMISSIS* -, moglie di - *OMISSIS* -, di fatto con lo stesso convivente.

Le quote di - *OMISSIS* - sono state interamente riacquistate dalla - *OMISSIS* - solo in seguito alla sentenza della Cassazione che ha escluso la configurabilità dell’aggravante di cui all’art. 7 D.L. 152/1991”.

costituzione della società, [...] potendo essere talvolta, purtroppo, l'infiltrazione mafiosa proprio l'origine e la *ratio essendi* della stessa società”²⁸⁸.

Caso emblematico è quello di una società costituita *ex novo* da soggetti estranei ad ogni sospetto, ma le cui quote siano in parte detenute da imprese o soggetti già colpiti da interdittiva. Il Collegio ²⁸⁹, ha escluso qualsivoglia automatismo tra l'adozione di un'interdittiva antimafia e la sua conseguente estensione alle imprese legate da vincoli associativi a quella attinta dalla prima misura. Tuttavia i legami associativi tra imprese non possono nemmeno essere considerati irrilevanti. La costituzione di un nuovo soggetto giuridico tra imprese permette di estendere le controindicazioni antimafia (cosiddette “interdittive a cascata”) anche alle imprese partecipate o socie di quella già verificata come “mafiosa”, se ad esempio, dalla stabilità, dalla persistenza e dalla intensità dei vincoli associativi o delle relazioni commerciali si possa ragionevolmente ritenere, in base all'*id quod plerumque accidit*, che le imprese partecipate abbiano scelto come partner un soggetto già colluso o, comunque, siano permeabili agli interessi criminali a cui esso resta assoggettato. Viceversa non altrettanto può essere affermato - quando non vi siano elementi tali da evidenziare la consapevolezza della realtà “mafiosa” - per la mera ed episodica associazione temporanea tra le due imprese o per la sussistenza tra di esse di “inconsapevoli” relazioni. In definitiva, esplicita il Collegio²⁹⁰: “appare, segnatamente, del tutto plausibile inferire dalla scelta del partner per la costituzione di una nuova società la presupposta (e logica) comunanza di interessi illeciti tra le due imprese”. Perciò, “a fronte della costituzione di una nuova società, tra un'impresa legittimamente colpita da un'interdittiva e un altro soggetto imprenditoriale”, si può ragionevolmente estendere il giudizio di pericolo di inquinamento mafioso sia alla nuova società, sia alla seconda impresa, divenuta socia di quest'ultima, insieme a quella inizialmente ritenuta esposta al rischio di permeabilità alle influenze criminali.

Operazioni poste in essere a distanza di tempo rispetto alla partecipazione alla gara o che si protraggano nel tempo (tipicamente riguardano la concentrazione o dispersione di quote societarie²⁹¹) sono indicative di un disegno economico-criminale di più ampio

²⁸⁸ Cons. Stato, Sez. III, 21 luglio 2014, n. 3873.

²⁸⁹ Cons. Stato, Sez. III, 7 marzo 2016, n. 923.

²⁹⁰ Cons. Stato, Sez. III, 22 giugno 2016, n. 2774.

²⁹¹ Es. Cons. Stato Sez. III, Sent., 2 febbraio 2017, n. 441 e Cons. Stato, Sez. III, 12 gennaio 2017, n. 562: “- *OMISSIS* - è una realtà imprenditoriale riconducibile sin dalla sua origine, incontestabilmente, alla famiglia - *OMISSIS* -, siccome emerge dalla storia della società ricostruita nell'informativa sulla base delle risultanze degli atti delle Forze di polizia.

respiro rispetto alla singola vicenda contrattuale e comunque, di una radicata propensione “imprenditoriale” della criminalità organizzata.

Quanto ai mutamenti strutturali intervenuti in un momento successivo alla prima verifica prefettizia, possono essere non poco problematici. Se in seguito agli accertamenti prefettizi è intervenuto provvedimento interdittivo, le successive operazioni sull'assetto formale dell'impresa potrebbero essere teleologicamente interpretati in direzioni opposte. Da un lato, potrebbero essere dettati dalla volontà, apprezzata ed incentivata dall'ordinamento, dell'impresa di estromettere soggetti che possano rappresentare veicolo di condizionamento da parte della criminalità organizzata. Dall'altra parte, al contrario, potrebbero rappresentare un chiaro sintomo di manovre strutturali volte ad eludere i controlli antimafia attraverso la fittizia rimozione dalla struttura dell'impresa di elementi che siano causa di provvedimento interdittivo, in vista della richiesta di aggiornamento della verifica prefettizia. Le modifiche strutturali possono comportare la rimozione di singoli soggetti, specie se in posizioni dirigenziali o comunque di responsabilità nell'organizzazione aziendale, ovvero interi rami d'azienda. Per quanto riguarda il primo caso - rimozione di singoli soggetti - è interessante notare che la giurisprudenza²⁹² ha ritenuto che, anche in caso di estromissione dalla società dell'amministratore, sulla cui persona si incentra il giudizio di permeabilità mafiosa e di nomina di un nuovo amministratore, “quella nomina non può di per sé far venir meno la situazione di possibile condizionamento da pericoli di infiltrazione mafiosa, depurando così la gestione aziendale e gli amministratori da quei condizionamenti. Sussiste comunque la presunzione che l'illecita infiltrazione mafiosa possa aver influito con effetto inquinante sull'esito di procedure di gara, non potendosi considerare come sufficiente l'estraneità della nuova gestione dell'impresa da eventuali interferenze mafiose, le quali già sussisterebbero antecedentemente alla nomina del nuovo amministratore, in grado, come s'è detto, di produrre in ogni caso pregiudizievoli riflessi sui rapporti giuridici intrattenuti dall'impresa alla data dell'informativa opposta”.

[...] In seguito al decesso del marito, 30 novembre 2011, a seguito del decesso di - *OMISSIS* -, la quota del 90% detenuta da quest'ultimo è stata ereditata per 1/3 dalla moglie, e dai tre figli, per i 2/9 ciascuno, mentre il rimanente 10% è rimasto in capo a - *OMISSIS* -, già socio della società prima dell'omicidio e costituente un indubbio elemento della vecchia compagine sociale.

Il 20 dicembre 2012 - *OMISSIS* - ha acquisito le quote dei figli, trovandosi a detenere il 90% del capitale che, prima, era di proprietà del marito”.

²⁹² Cons. Stato, Sez. VI, 25 settembre 2006, n. 5595.

Sul secondo caso il Consiglio di Stato²⁹³, sulla stessa linea, ha chiaramente sottolineato che la “revoca del provvedimento di aggiudicazione (successivo a interdittiva antimafia) di una gara non può essere impedita dalla cessione di un ramo d’azienda”. La cessione può, infatti, presentarsi quale strumento elusivo dell’inidoneità alla stipula dell’originale soggetto aggiudicatario.

Ma neppure i mutamenti della struttura formale dell’impresa successivi al provvedimento liberatorio prefettizio sono indifferenti ai fini del contrasto alle infiltrazioni mafiose. Questi infatti potrebbero essere dettati dal tentativo di un surrettizio aggiramento dei limiti alle modifiche (soggettive e oggettive) dei contratti in corso di esecuzione di cui all’art. 106 del codice degli appalti.

In definitiva, dall’analisi della giurisprudenza sul tema, l’elemento che sembra essere decisivo nel valutare la natura - sostanziale o fittizia - delle operazioni sui profili formali dell’impresa è quello della continuità. Un’operazione può ragionevolmente essere qualificata come fittizia nel caso in cui alle variazioni formali che questa comporta non corrisponda un’effettiva soluzione di continuità con il regime di gestione precedente. A titolo esemplificativo, secondo un emblematica pronuncia del Consiglio sul punto, si può escludere la continuità nella gestione dell’impresa da parte degli stessi soggetti quando, in assenza di ulteriori elementi indiziari che ne suggeriscano la permanente ingerenza di fatto sulle vicende dell’impresa, contestualmente: vengano; modificata la denominazione sociale; trasferita la sede legale della società (nella fattispecie, in altra provincia); siano sostituiti i precedenti amministratori; i soggetti interdetti o suscettibili di interdizione cedano le proprie quote sociali ai soci della nuova società a loro non legati da alcun rapporto di parentela o contiguità e i soci interdetti non rivestano alcuna carica all’interno della nuova società.

In sostanza è necessario, perché possa far dedurre un pericolo di infiltrazioni mafiose, che l’operazione formalmente incidente sulla struttura dell’impresa non ne determini l’estraniarsi dal contesto (criminale) precedente ma anzi si ponga in continuità con esso. Si rileva, in proposito, che la sostanziale continuità della gestione imprenditoriale nell’ambito mafioso può anche prescindere dalla dimostrazione del perdurare dell’ingerenza de facto sugli orientamenti dell’impresa da parte di chi, precedentemente all’operazione, ricoprì anche formalmente incarichi dirigenziali fittiziamente ceduti. Ciò che rileva è che l’operazione strutturale non comporti un’effettiva

²⁹³ Cons. Stato, 31 ottobre 2011, n. 5809.

inversione di rotta da parte dell'impresa tale da estrometterla dal sistema criminale in cui versava precedentemente.

Si segnala, qui, il caso²⁹⁴ dell'impresa le cui quote societarie, in seguito alla morte del titolare, pregiudicato, venivano divise tra gli eredi. La valutazione prefettizia, avallata dal Consiglio di Stato in ultimo appello, ha dedotto la continuità con la gestione criminal-impresoriale antecedente alla morte del titolare, da circostanze quali:

- la permanenza di una quota, seppur minoritaria (dieci per cento), in capo ad un socio dell'originario titolare, giudicato quindi "elemento di continuità con la vecchia compagine societaria", a nulla valendo il rilievo che questi non ricoprisse alcuna carica sociale;
- dal fatto che la moglie del titolare, ed erede per un 1/3 delle quote, "aveva partecipato, con ruolo attivo, alle attività economiche del marito prima della morte di questo" in quanto accomandataria, ed il marito socio accomandante, di un'altra società;
- dal supporto nella conduzione dell'azienda da parte del cognato, procuratore della società anche dopo la morte del fratello "in una linea di essenziale continuità con la passata gestione".

Saranno, inoltre, particolarmente utili a rilevare l'effettiva continuità di gestione dell'attività imprenditoriale gli esiti dei controlli ai cantieri disposti dal Prefetto²⁹⁵.

In conclusione, si rileva che la deduzione di tentativi di infiltrazioni mafiose da operazioni formali sulla struttura dell'impresa risulta essere un punto estremamente delicato della valutazione prefettizia. Si tratta, infatti, di uno dei casi a maggior rischio di frizione tra la tutela dell'ordine pubblico economico generale, cui è preposta la normativa sulla documentazione antimafia, e la libera iniziativa economica, tutelata dall'art. 41 della Costituzione. Occorre, pertanto, che la valutazione prefettizia ponga le basi su di un'accurata analisi, alla luce del criterio del "più probabile che non", delle circostanze - soggetti coinvolti, tempi, e modalità - in cui l'operazione sia stata posta in essere, con particolare riguardo alla corrispondenza tra le vicende attinenti al formale assetto dell'impresa e la sua concreta gestione.

La riscontrabile constatazione che tali operazioni siano, prima che esercizio della libera attività economica, un tentativo di elusione di norme a tutela dell'ordine pubblico

²⁹⁴ Cons. Stato, Sez. III, 12 gennaio 2017, n. 562

²⁹⁵ Sul tema degli accessi ai cantieri si rinvia al par. 3.3.

generale, porta ragionevolmente a ritenere fondato un provvedimento che vada a incidere proprio sulla libertà di iniziativa economica, quale quello dell'interdittiva antimafia.

2.2.7 *Vicende anomale nella concreta gestione dell'impresa*

Le vicende attinenti la sfera della concreta gestione dell'impresa, oltre che rappresentare un elemento fondamentale per l'analisi del Prefetto nella valutazione delle operazioni formali sulla struttura delle aziende stesse, hanno un'autonoma e specifica rilevanza ai fini del rilascio dell'informazione antimafia.

Si tratta di tutti quei “fatti che lasciano intravedere, nelle scelte aziendali, nelle dinamiche realizzative delle strategie imprenditoriali, nella stessa fase operativa e nella quotidiana attività di impresa, evidenti segni di influenza mafiosa”²⁹⁶. Ci si riferisce, come si può già *ictu oculi* rilevare, ad una categoria di “elementi oggettivi di fatto” estremamente ampia e fluida di cui è difficile una tipizzazione puntuale. Un riferimento normativo alle attività concretamente poste in essere dalle imprese, a prescindere da dati formali, può rinvenirsi nell'art. 84 co. 4 del Codice Antimafia. Il legislatore, in questo caso, viene a delineare una fattispecie aperta di situazioni con una soluzione normativa originale, differente rispetto alle altre sin qui analizzate. Infatti, l'art. 84 co. 4, alle lettere d) ed e) fa riferimento, non a delle situazioni già note o comunque riscontrabili, quali ad esempio provvedimenti di natura penale (lett. a) o preventiva (lett. b), ma, piuttosto, alle fonti di tali dati informativi: allo strumento - quello degli accertamenti prefettizi - attraverso cui rendere noto e dar riscontro di elementi utili alla successiva analisi prefettizia sulla permeabilità mafiosa dell'impresa. Gli accertamenti qui citati sono quelli “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. 726²⁹⁷, ovvero di quelli di cui all'articolo 93

²⁹⁶ Cons. Stato, Sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743.

²⁹⁷ Art. 1, co. 4,5,6, d.l. 629/1982: “Qualora sulla base di elementi comunque acquisiti vi sia necessità di verificare se ricorrano pericoli di infiltrazione da parte della delinquenza di tipo mafioso, all'Alto commissario sono attribuiti, anche in deroga alle disposizioni vigenti, poteri di accesso e di accertamento presso pubbliche amministrazioni, enti pubblici anche economici, banche, istituti di credito pubblici e privati, società fiduciarie e presso ogni altro istituto o società che esercita la raccolta del risparmio o l'intermediazione finanziaria, con la possibilità di avvalersi degli organi di polizia tributaria.

A richiesta dell'Alto commissario, le imprese, sia individuali che costituite in forma di società aggiudicatarie o partecipanti a gare pubbliche di appalto o a trattativa privata, sono tenute a fornire allo stesso notizie di carattere organizzativo, finanziario e tecnico sulla propria attività, nonché ogni indicazione ritenuta utile ad individuare gli effettivi titolari dell'impresa ovvero delle azioni o delle quote sociali.

del presente decreto²⁹⁸” (lettera d) e quelli “da effettuarsi in altra provincia a cura dei Prefetti competenti su richiesta del Prefetto procedente ai sensi della lettera d (lettera e)”. Si tratta di strumenti di controllo ispettivi attribuiti al Prefetto in forza dei quali, nell’abito dei suoi poteri istruttori per il rilascio delle informazioni antimafia, può far riferimento a “situazioni di fatto” materialmente riscontrate in sede di verifica presso i cantieri o le aziende²⁹⁹.

Ad esito di tali verifiche, tipicamente vengono ad assumere rilevanza ai fini del rilascio del provvedimento prefettizio, fatti e circostanze che, pur non risultando tra le vicende che formalmente incidono sull’assetto dell’impresa, rivelano una contiguità con la criminalità organizzata. Tra questi, a titolo meramente esemplificativo, si possono citare³⁰⁰:

- le cosiddette *teste di legno* poste nelle cariche sociali, le sedi legali con uffici deserti e le sedi operative ubicate presso luoghi dove invece hanno sede uffici di altre imprese colpite da antimafia;
- l’inspiegabile presenza sul cantiere di soggetti affiliati alle associazioni mafiose;
- il nolo di mezzi esclusivamente presso imprese locali gestite dalla mafia;
- il subappalto o la tacita esecuzione diretta delle opere da parte di altre imprese, gregarie della mafia o colpite da interdittiva antimafia;
- i rapporti commerciali intrattenuti solo con determinate imprese gestite o ‘raccomandate’ dalla mafia;
- le irregolarità o le manomissioni contabili determinate dalla necessità di camuffare l’intervento e il tornaconto della mafia nella effettiva esecuzione dell’appalto;
- gli stati di avanzamento di lavori ‘gonfiati’ o totalmente mendaci;
- l’utilizzo dei beni aziendali a titolo personale, senza alcuna ragione, da parte di soggetti malavitosi;

Nei confronti degli appaltatori che non ottemperino alla richiesta di cui al precedente comma ovvero forniscano notizie non corrispondenti al vero si applica la pena dell’arresto da sei mesi ad un anno. La condanna comporta la sospensione dall’albo degli appaltatori”.

²⁹⁸ Art. 93, co 1, Codice Antimafia: “Per l’espletamento delle funzioni volte a prevenire infiltrazioni mafiose nei pubblici appalti, il prefetto dispone accessi ed accertamenti nei cantieri delle imprese interessate all’esecuzione di lavori pubblici, avvalendosi, a tal fine, dei gruppi interforze di cui all’articolo 5, comma 3, del decreto del Ministro dell’interno 14 marzo 2003, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 54 del 5 marzo 2004”.

²⁹⁹ Vds. par. 3.1 per una specifica trattazione degli strumenti di accertamento prefettizi.

³⁰⁰ Cons. Stato, Sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743.

- la promiscuità di forze umane e di mezzi con imprese gestite dai medesimi soggetti riconducibili alla criminalità e già colpite, a loro volta, da interdittiva antimafia;
- l'assunzione esclusiva o prevalente, da parte di imprese medio-piccole, di personale avente precedenti penali gravi o comunque contiguo ad associazioni criminali;
- i rapporti tra impresa e politici locali collusi con la mafia o addirittura incandidabili, ecc.

Si può anzitutto notare come, attraverso i controlli ispettivi del Prefetto, gli accertamenti antimafia arrivino effettivamente a coinvolgere, ai sensi dell'art. 91, co. 5, del Codice Antimafia³⁰¹, tutti quei soggetti che, a prescindere dal ruolo formalmente ricoperto nell'organigramma aziendale, "risultano poter determinare in qualsiasi modo le scelte o gli indirizzi dell'impresa". Può trattarsi, dunque, anche di soggetti che non rivestano formalmente incarichi di direzione, gestione o responsabilità all'interno dell'impresa o che, addirittura, non figurino affatto in organico.

Quanto al caso di soggetti che, pur figurando nell'organico aziendale, non sarebbero sottoposti alle verifiche antimafia ex art. 85 del Codice, il Consiglio di Stato ha osservato che «la circostanza che il socio di maggioranza muova le leve della gestione sociale non esclude *ex se* che il socio di minoranza non possa avere alcuna influenza, quanto meno di fatto, sulla conduzione dell'impresa, ove si consideri che si è al cospetto di una compagine sociale assai ristretta, a base familiare, il cui capitale è detenuto da soli due soci»³⁰². Tale constatazione assurge a livello di principio di valutazione da parte della giurisprudenza³⁰³ per cui il mero dato formale fornito dagli atti statutari, nell'ottica di prevenzione in cui si pone la documentazione antimafia, cede di fronte ai profili sostanziali della concreta gestione dell'impresa.

³⁰¹ Art. 91, co. 5, Codice Antimafia: "Il Prefetto competente estende gli accertamenti pure ai soggetti che risultano poter determinare in qualsiasi modo le scelte o gli indirizzi dell'impresa. Per le imprese costituite all'estero e prive di sede secondaria nel territorio dello Stato, il Prefetto svolge accertamenti nei riguardi delle persone fisiche che esercitano poteri di amministrazione, di rappresentanza o di direzione. A tal fine, il Prefetto verifica l'assenza delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto, di cui all'articolo 67, e accerta se risultano elementi dai quali sia possibile desumere la sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa, anche attraverso i collegamenti informatici di cui all'articolo 98, comma 3. Il Prefetto, anche sulla documentata richiesta dell'interessato, aggiorna l'esito dell'informazione al venir meno delle circostanze rilevanti ai fini dell'accertamento dei tentativi di infiltrazione mafiosa.

³⁰² Cons. Stato, Sez. III, 21 luglio 2014, n. 3873.

³⁰³ *Ex multis* Cons. Stato Sez. III, Sent., 2 febbraio 2017, n. 441 e Cons. Stato, Sez. III, 12 gennaio 2017, n. 562.

Tipicamente può trattarsi di soggetti che, pur non ricoprendo incarichi formali nell'impresa - in quanto ciò sarebbe motivo di provvedimento interdittivo - risultano comunque in grado di incidere sulla gestione aziendale.

Si pensi a soggetti come i professionisti contabili o consulenti che collaborino a vario titolo, o anche senza alcun "titolo" formale, *ab externo* con l'impresa. L'estraneità di questi soggetti alla compagine sociale non esclude che possano, in qualche modo, incidere sulla gestione aziendale, in ragione del ruolo ricoperto. Così, ad esempio, si può ritenere rilevante ai fini interdittivi il fatto che un consulente dell'impresa oggetto di verifica presti i propri servizi ad un'impresa e contemporaneamente intrattenga rapporti assidui³⁰⁴ con elementi riconducibili alla criminalità organizzata. Si potrebbe ragionevolmente ritenere, infatti, a fronte di un adeguato quadro indiziario, che questi sia un elemento di condizionamento dell'impresa svolgendo il ruolo di figura ponte tra la stessa e la criminalità organizzata³⁰⁵.

Ciò che, insomma, rileva è, a prescindere dalla parvenza formale, la capacità della criminalità organizzata di dirigere dall'esterno l'attività dell'impresa. Questo concetto trova piena espressione e rilevanti conseguenze sotto il profilo operativo nella recente sentenza n. 3299 del 20 luglio 2016 del Consiglio di Stato. Si tratta di una pronuncia fondamentale sul tema in quanto arriva a dedurre la "direzione esterna" criminale dalla presenza nell'organico dell'impresa di dipendenti legati alla criminalità organizzata, pur non avendo questi né formalmente né di fatto un ruolo dirigenziale nell'impresa. "Consentire, infatti, che la propria attività esecutiva sia affidata a soggetti contigui o affiliati alle cosche", argomenta il Collegio, "non può far ragionevolmente escludere che anche le decisioni e la vita stessa dell'impresa siano affidati ad una 'direzione esterna', per il tramite di uomini di fiducia posti dalle cosche all'interno dell'impresa". Di fatti, la mafia non necessariamente mira alla scalata delle gerarchie societarie ma punta al controllo delle attività economiche "con ogni mezzo e ogni uomo idoneo". Perciò anche la presenza di un solo dipendente "infiltrato" del quale la mafia si serva per guidare l'impresa può far dedurre il condizionamento mafioso se non sia stato contrastato da parte della stessa impresa con un'opportuna attività di vigilanza, ritenuta doverosa alla luce di una lettura "sistematica" e "costituzionalmente orientata".

³⁰⁴ Vds. par. 2.2.5 per la rilevanza delle frequentazioni per le informazioni antimafia.

³⁰⁵ Cons. Stato, Sez. III, 5 ottobre 2011, n. 5478.

Per questo motivo l'impresa può legittimamente essere ritenuta non in grado di offrire il grado di affidabilità necessario ad instaurare rapporti con la pubblica amministrazione e giustificare sotto il profilo costituzionale, di conseguenza, un provvedimento limitativo della libertà economica privata. Le disposizioni del Codice Antimafia, nella misura in cui impongano obblighi di vigilanza dell'impresa in ordine alla gestione delle proprie strutture e dei propri dipendenti troverebbero giustificazione nell'art. 41, comma 3, della Costituzione, secondo cui "la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali".

Non solo i dipendenti, ma anche soggetti, automezzi e macchine presenti, senza averne titolo, nel cantiere, possono essere rilevanti ai fini interdittivi. Infatti, queste circostanze potrebbero essere sintomatiche di rapporti di vario genere con la criminalità organizzata. Da un lato, la promiscuità di forze umane e di mezzi con imprese gestite dai medesimi soggetti riconducibili alla criminalità e già colpite da interdittiva antimafia potrebbe rivelare il tentativo di celare la continuità dell'ingerenza mafiosa nell'effettiva gestione dell'impresa attraverso operazioni formali (es. costituzione di una nuova società, cambio dei vertici sociali³⁰⁶) meramente fittizie.

Da un altro lato, l'assunzione di soggetti a vario titolo ricollegabili alle cosche o l'uso di automezzi e macchinari appartenenti a imprese oggetto di interdittiva potrebbero essere sintomo di una rete di rapporti tra impresa e criminalità organizzata che comporti una serie di vantaggi reciproci. Si pensi, ad esempio al caso di smaltimento rifiuti e materiale inerte del cantiere "ove le ditte smaltitrici si dividevano in pieno accordo i quantitativi, risultando in realtà solo apparenti smaltitori, ma di fatto gestendo tutta l'attività di raccolta, trasporto e smaltimento in discarica" ed una "strettamente collegata ad ambienti della criminalità organizzata" risultava da sola avere "quasi il monopolio del trasporto e del movimento terra dell'appalto"³⁰⁷.

Da un altro lato ancora, in determinate circostanze, l'attività sul cantiere di soggetti e mezzi riconducibili alla criminalità organizzata potrebbero rivelare la "tacita esecuzione diretta delle opere da parte di altre imprese, gregarie della mafia o colpite da interdittiva antimafia". Ciò è stato chiaramente esplicitato dal Consiglio di Stato³⁰⁸ secondo cui "la presenza di molteplici società (riscontrata attraverso la specifica identificazione degli

³⁰⁶ Vds. par. precedente.

³⁰⁷ Cons. Stato, Sez. III, 13 ottobre 2016, n. 4556.

³⁰⁸ Cons. Stato Sez. III, Sent., 10 agosto 2016, n. 3576.

automezzi e delle altre macchine da lavoro di loro proprietà), per lo più riconducibili alle consorzierie locali, fa sospettare una spartizione del lavoro... tra le stesse consorzierie che, non potendo per ovvi motivi appaltare il lavoro direttamente, hanno utilizzato l'impresa compiacente quale *passerpartout* per entrare nell'appalto e arricchirsi con il denaro pubblico". Per arrivare ad affermare che vi sia, non un semplice collegamento tra impresa esecutrice e criminalità organizzata ma un'esecuzione diretta dell'opera da parte di quest'ultima, sembra ragionevolmente necessario il concorso di circostanze ulteriori alla mera presenza sul cantiere di mezzi e uomini riconducibili all'ambiente criminale. Nel caso appena citato, ad esempio, la pressoché totale estromissione dai lavori della formale appaltatrice viene dedotta dalla "singolare circostanza" che nei servizi di osservazione, prolungatisi per oltre un mese non fosse "mai stato notato un mezzo riconducibile alla (impresa appaltatrice) di fatto l'unica società titolata a svolgere i lavori in argomento". Ancora, la presenza di "altri soggetti" controindicati non poteva essere riconducibile semplicemente alla consegna di materiali, come sostenuto dalla società interdetta, in quanto non si atteggiavano (come testimoniato da fotografie allegate al provvedimento interdittivo) da semplici autisti ma da veri e propri titolari delle imprese.

Dunque, astraendo dai casi specifici, pare potersi affermare che la presenza sul cantiere di uomini e mezzi riconducibili, sulla base di riscontri obiettivi, alla criminalità organizzata, rappresenta senza dubbio un "elemento oggettivo di fatto" rilevante ma occorrono elementi indiziari ulteriori e specifici tali da far ragionevolmente ritenere, nella logica del "più probabile che non", che tale circostanza sia ricollegabile ad un'operazione fittizia, a rapporti sospetti o persino ad un'esecuzione diretta dell'opera da parte di imprese criminali.

In definitiva, sembra evidente che i casi di anomalia nella concreta gestione dell'attività dell'impresa hanno un peso estremamente rilevante nelle valutazioni prefettizie. Tali anomalie tipicamente possono emergere in occasione degli accertamenti disposti dal Prefetto avvalendosi dei poteri conferiti all'ex Alto Commissario o dei poteri di accesso ai cantieri ai sensi dell'art. 93 del Codice Antimafia. A questi controlli ispettivi fa riferimento l'art. 84 - alle lettere d) ed e) - nell'individuare le situazioni indizianti da cui desumere i tentativi di infiltrazione mafiosa. Sembra, però che questo riferimento non vada letto in modo tassativo e cioè tale da precludere la rilevanza degli esiti di accessi ispettivi, accertamenti e verifiche di diversa natura effettuati in altre circostanze o finanche realizzati da altri organismi della pubblica amministrazione.

Tale conclusione non soltanto non sarebbe in linea con l'evoluzione dell'istituto dell'accesso ai cantieri da parte dei Gruppi Interforze³⁰⁹ ma sarebbe anche del tutto incoerente con la natura di "fattispecie aperta", risultante dall'interpretazione del Consiglio di Stato, degli "elementi da cui desumere il pericolo di infiltrazioni mafiose". Del resto, sembrerebbe evidentemente irragionevole che gli stessi elementi di fatto, riscontrati in sede di accesso disposto dal Prefetto, non potessero essere considerati ugualmente rilevanti se oggettivamente riscontrati in occasione di verifiche di altra natura.

³⁰⁹ Vds. i paragrafi 3.1 e 3.2 rispettivamente su: l'istituto dell'accesso ai cantieri e l'evoluzione dei Gruppi Interforze quale organismo per il contrasto alle infiltrazioni mafiose nei contratti pubblici.

3. PROFILI PROCEDIMENTALI: L'ATTIVITÀ ISTRUTTORIA

3.1 Il procedimento per il rilascio della documentazione antimafia

La fase istruttoria “si concreta essenzialmente nell’acquisizione di tutte le informazioni di cui le autorità di pubblica sicurezza sono in possesso al fine di effettuare, sulla base di tali risultanze, una obiettiva valutazione sulla possibilità di un eventuale utilizzo distorto dei finanziamenti pubblici destinati ad iniziative private o delle risorse pubbliche devolute al settore degli appalti pubblici”³¹⁰.

Prima dell’entrata in vigore del Codice Antimafia, il d.P.R. 252/1998 non disciplinava in modo specifico l’attività istruttoria del Prefetto sebbene risultasse imprescindibile un’attività tesa a raccogliere elementi di giudizio (attraverso la consultazione del CED interforze e l’attivazione degli organi di polizia). Ad oggi, l’attività istruttoria viene ad essere scandita, secondo quanto disposto dal Codice Antimafia, in due fasi.

La prima di esse è rappresentata dalla consultazione della Banca Dati Nazionale Unica della documentazione antimafia cui seguono le verifiche del Prefetto. Occorre soffermarsi ad analizzare la diversa natura delle due fasi dell’istruttoria. Coerentemente al principio direttivo della “semplificazione” delle procedure per il rilascio della documentazione antimafia, esplicitamente indicato dalla legge delega ³¹¹, il Codice delinea uno schema binario composto da una prima fase necessaria, riguardante la verifica

³¹⁰ Cons. Stato, VI, 11 dicembre 2009, n. 7777.

³¹¹ Art. 2, co. 1, L. n. 136/2010, Delega al Governo per l’emanazione di nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia:

“1. Il Governo è delegato ad adottare, entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, un decreto legislativo per la modifica e l’integrazione della disciplina in materia di documentazione antimafia [...] nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi:

a) aggiornamento e semplificazione, anche sulla base di quanto stabilito dalla lettera f) del presente comma, delle procedure di rilascio della documentazione antimafia, anche attraverso la revisione dei casi di esclusione e dei limiti di valore oltre i quali le pubbliche amministrazioni e gli enti pubblici, 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 non possono stipulare, approvare o autorizzare i contratti e i subcontratti di cui all’articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575, e successive modificazioni, né rilasciare o consentire le concessioni e le erogazioni di cui al citato articolo 10 della legge n. 575 del 1965, se non hanno acquisito complete informazioni, rilasciate dal Prefetto, circa l’insussistenza, nei confronti degli interessati e dei loro familiari conviventi nel territorio dello Stato, delle cause di decadenza o di divieto previste dalla citata legge n. 575 del 1965, ovvero di tentativi di infiltrazione mafiosa, di cui all’articolo 4 del decreto legislativo 8 agosto 1994, n. 490, e successive modificazioni, nelle imprese interessate (...)”.

automatica delle cause ostative o delle situazioni controindicanti tramite la Banca Dati, ed una seconda fase, eventuale, di accertamenti suppletivi, qualora la verifica automatica abbia dato un riscontro positivo. La prima fase prende avvio, su iniziativa dei soggetti richiedenti di cui agli artt. 83 commi 1 (“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”) e 2 (“contraenti generali di cui all’articolo 176 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163) del Codice Antimafia; la seconda, invece, è esclusivamente rimessa all’autorità prefettizia ed alle forze di polizia di cui si avvalga.

Con gli articoli 88-90 e 91-92, il Codice definisce le procedure per il rilascio, rispettivamente, della comunicazione e della informazione antimafia.

Per quanto riguarda la comunicazione antimafia, sulla base dei dati immessi dall’operatore che effettua la consultazione, il sistema informativo della Banca Dati, se l’impresa è censita³¹², verifica i dati esistenti negli archivi della stessa Banca Dati, nonché nelle altre banche dati collegate. Se non risultano a carico degli interessati le cause di divieto, sospensione e decadenza di cui all’art. 67, codice antimafia, la Banca Dati rilascia immediatamente, per via telematica, al soggetto richiedente la comunicazione antimafia liberatoria³¹³.

Al contrario, se l’impresa non è censita affatto o emerge l’esistenza delle cause di divieto, sospensione o decadenza di cui al citato art. 67, codice antimafia, ovvero di una documentazione (comunicazione o informazione) antimafia interdittiva in corso di validità a carico dell’impresa, la Banca Dati notifica contestualmente, per via telematica, al soggetto richiedente ed alla Prefettura-UTG competente (o designata) che, ai sensi dell’art. 88, c. 2, codice antimafia, non è possibile rilasciare immediatamente la comunicazione antimafia liberatoria.

Di conseguenza, la Prefettura-UTG competente - ovvero la Prefettura-UTG designata³¹⁴ - “effettua le necessarie verifiche e accerta la corrispondenza dei motivi

³¹² Ai sensi dell’art. 2, c. 3, lett. d), d.P.C.M. 2014, si considera “censita” «l’impresa nei cui confronti risulta, agli archivi informativi della Banca dati nazionale, essere stata già rilasciata la documentazione antimafia, liberatoria o interdittiva, ancorché non più in corso di validità».

³¹³ In tal caso la documentazione antimafia reca la dicitura «comunicazione antimafia liberatoria rilasciata ai sensi dell’art. 88, comma 1, del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, utilizzando il collegamento alla Banca Dati Nazionale Unica della Documentazione Antimafia».

³¹⁴ Il regolamento del 2014, nel contesto delle definizioni dell’art. 2, contiene l’importante distinzione, non formalmente prevista dal codice antimafia, tra Prefettura-UTG «competente» e Prefettura-UTG

ostativi emersi dalla consultazione della Banca Dati” (art. 88 comma 2). Sulla base di tali risultanze adotta il provvedimento finale, interdittivo o liberatorio, entro trenta giorni dalla consultazione, comunicandolo al soggetto interessato entro cinque.

Più delicata e complessa si presenta la ricostruzione del procedimento di rilascio dell’informazione antimafia. Anche se lo schema procedurale è simile a quello predisposto per la comunicazione antimafia, emergono alcune importanti differenze che investono soprattutto la fase del controllo automatico da parte della Banca dati. Anzitutto, la disciplina del procedimento è diversificata in relazione alla circostanza che l’impresa sia o meno censita, cioè se sia già registrata in banca dati perché nei suoi confronti è già stata adottata la documentazione antimafia, ancorché non più in corso di validità.

Se l’impresa è già censita, il sistema informativo della Banca Dati verifica i dati esistenti negli archivi e rilascia immediatamente per via telematica al soggetto richiedente l’informazione antimafia liberatoria se dalle verifiche svolte non emergono: a) le cause di divieto, sospensione e decadenza di cui all’art. 67, codice antimafia; b) una o più delle situazioni di cui all’art. 84, c. 4, lett. a) e b) , codice antimafia, risultanti dal CED; c) l’indicazione della sussistenza di una o più delle situazioni di cui all’art. 4, c. 3, lett. a), b), c) e d), d.P.C.M. n. 193/2014³¹⁵.

Qualora, invece, dalla verifica dei dati esistenti nella Banca dati emerga l’esistenza di una o più di queste circostanze la Banca dati notifica contestualmente, per via telematica, al soggetto richiedente e alla Prefettura-UTG competente (o designata) che, ai sensi dell’art. 92, c. 2, codice antimafia, non è possibile rilasciare immediatamente l’informazione antimafia liberatoria. Segue, quindi, la fase della verifica suppletiva.

«designata»: la prima è la Prefettura-UTG competente territorialmente per il luogo di residenza o di sede legale della persona fisica, dell’impresa, dell’associazione o di altro soggetto giuridico nei cui confronti viene richiesto il rilascio della documentazione antimafia; la seconda s’identifica con la Prefettura-UTG che, in base a disposizioni di legge o altri provvedimenti attuativi, è designata al rilascio della documentazione antimafia, in deroga alle disposizioni di cui agli articoli 87, commi 1 e 2. Con riferimento a questa seconda definizione, come si rileva nel parere del Consiglio di Stato, si tratta di un rinvio ad alcune ipotesi normativamente regolate di deroga all’ordine legislativo delle competenze prefettizie: per esempio, il decreto legge 25 settembre 2009, n. 135, convertito dalla legge 20 novembre 2009, n. 166, ha previsto, all’art. 3-*quinquies*, c. 4, che i controlli antimafia sui contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture connessi allo svolgimento dell’Expo Milano 2015 sono effettuati con l’osservanza delle Linee guida indicate dal Comitato di coordinamento per l’alta sorveglianza delle Grandi opere; ebbene, le Linee guida per i controlli antimafia pubblicate nella G.U. 19 aprile 2011, n. 90 hanno previsto di imputare, in deroga all’art. 10, c. 8, d.P.R. n. 252/1998, al Prefetto di Milano la competenza all’emanazione di tutte le informative che interessino imprese anche aventi sede legale in qualunque altra provincia.

³¹⁵ Art. 25, c. 1, lett. a), b), c).

Per quanto riguarda le imprese non “censite”, l’accertamento non solo deve avvenire attraverso l’istruttoria di tipo tradizionale, ma appare correlato direttamente allo spettro - più ampio e completo - delle fonti dell’informativa indicate dall’art. 84, codice antimafia.

SI ricorda, qui, che la netta distinzione delle procedure per il rilascio della comunicazione o dell’informazione antimafia, così come delineata dal legislatore nel Codice nel 2011, viene ad essere attenuata con l’introduzione dell’art. 89-*bis* ad opera, del d.lgs. n. 153 del 2014. La novella permette al Prefetto che, in esito alle verifiche per il rilascio della comunicazione antimafia accerti la sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa, di adottare comunque un’informazione antimafia interdittiva senza emettere la comunicazione antimafia. L’informazione antimafia così adottata “tiene luogo della comunicazione antimafia richiesta”³¹⁶.

In ogni caso, l’esito negativo della consultazione della Banca Dati produce un “effetto mannaia”³¹⁷ sul procedimento di rilascio della documentazione antimafia, determinandone il termine con esiti liberatori. Questa soluzione, pur ispirandosi ad un “comprensibile ed encomiabile intento di conferire al procedimento il massimo tasso di celerità possibile”³¹⁸, nel prospettare le verifiche prefettizie come fase solo eventuale, non appare, come si vedrà meglio in seguito, indenne da rischi.

Solo in caso di esito positivo dell’interrogazione in Banca Dati, la Prefettura-UTG competente (o designata) effettua d’ufficio accertamenti suppletivi per cui, come si è notato, il Prefetto dispone di un ampio potere discrezionale a fronte di un minor tasso di precisione del dettato normativo. Sulla base degli elementi acquisiti, adotta il provvedimento finale entro trenta giorni, notificandolo al soggetto richiedente. Quando le verifiche disposte siano di particolare complessità, il Prefetto ne dà comunicazione senza ritardo all’amministrazione interessata, e fornisce le informazioni acquisite nei successivi quarantacinque giorni. Nella fase delle verifiche antimafia in senso stretto, così come prevista dal Codice Antimafia, si innestano ulteriori attività di verifica introdotte dalle norme anticorruzione nel 2014. Infatti, nel caso di esito positivo della verifica in Banca Dati, il Prefetto deve anche verificare la sussistenza dei presupposti per l’applicazione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio delle imprese finalizzate alla prevenzione della corruzione.

³¹⁶ Sul tema del superamento sostanziale, oltre che procedurale, della distinzione tra certificazione e informazione antimafia vds. par. 1.2.2.

³¹⁷ A. CISTERNA (a cura di), *op. cit.*

³¹⁸ *Ibidem.*

Quando, invece, sia decorso inutilmente il termine per l'emissione delle informazioni ovvero, nei casi di urgenza, anche immediatamente, i soggetti richiedenti possono procedere alla stipula del contratto o all'adozione del provvedimento in assenza delle informazioni del Prefetto. Tuttavia, in queste situazioni, il contratto o il provvedimento sono sottoposti alla condizione risolutiva che consente ai soggetti di cui all'art. 83 del Codice di revocare i provvedimenti o di recedere dai contratti fatto salvo il pagamento del valore delle opere già realizzate e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite.

Infatti, l'inizio dell'esecuzione del contratto non fa venir meno la possibilità, per il Prefetto di constatare l'esistenza di cause ostative ai fini antimafia e, di conseguenza, di rilasciare provvedimento interdittivo (cosiddetto "interdittive successive"). Sul punto, anzi, occorre notare come le Linee Guida per le attività di monitoraggio delle Grandi Opere emanate dal CCASGO (ora CCASIIP) nel 2005, prima, e nel 2011, poi³¹⁹, sottolineino l'importanza dei controlli effettuati proprio in fase di realizzazione dell'opera. In particolare si precisa³²⁰ che l'intervento successivo è esperibile sia quando non si sia fatto preventivamente ricorso alle informazioni, ma anche quando tali più approfonditi accertamenti abbiano avuto luogo precedentemente con esito negativo, e conseguente rilascio della attestazione liberatoria. Infatti "è sempre possibile che, sulla scorta di sopraggiunti elementi, si ritenga opportuno procedere a una rinnovazione delle verifiche. [...] L'amministrazione conserva una potestà di accertamento non destinata a consumarsi con il rilascio delle precedenti attestazioni, essendo connessa alla tutela di interessi pubblici essenziali".

Inoltre, lo stesso tipo di accertamenti previsti per il rilascio della documentazione antimafia, sono previsti per l'aggiornamento della stessa ai sensi dell'art. 91 co. 5 del Codice Antimafia. Per altro, in questo caso, non prescrivendo nulla il codice circa le modalità procedurali dell'istruttoria, il Prefetto gode di un più ampio margine di discrezionalità rispetto al procedimento "ordinario" fin qui esposto³²¹.

Infine, in caso di esito positivo delle verifiche, la Prefettura adotta informazione antimafia interdittiva e provvede ad aggiornare la Banca Dati nonché a darne tempestiva

³¹⁹ Su CCASSIIP e sulle Linee guida vds. par. 3.4.

³²⁰ Direttiva Linee Guida Grandi Opere 2005.

³²¹ Di questo parere: S. GAMBACURTA, B. FRATTASI in A. CISTERNA (a cura di), *Commento al codice antimafia*, di A. CISTERNA M. V. DE SIMONE, B. FRATTASI, S. GAMBACURTA, Maggioli Editore, ed. 2013.

comunicazione, ai fini dell'adozione degli ulteriori provvedimenti di competenza di altre amministrazioni:

- alla Direzione Nazionale Antimafia;
- ai soggetti di cui agli articoli 5, comma 1, e 17, comma 1, cioè il Questore competente territorialmente, il Procuratore Nazionale Antimafia e Antiterrorismo, il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale del capoluogo del distretto ove dimora la persona interessata e il Direttore della Direzione Investigativa Antimafia;
- al soggetto di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, che ha richiesto il rilascio dell'informazione antimafia;
- alla Camera di Commercio del luogo dove ha sede legale l'impresa oggetto di accertamento;
- al Prefetto che ha disposto l'accesso, ove sia diverso da quello che ha adottato l'informativa antimafia interdittiva;
- all'Osservatorio Centrale Appalti Pubblici, presso la Direzione Investigativa Antimafia;
- all'Osservatorio dei Contratti Pubblici relativi ai lavori, servizi e forniture istituito presso l'Autorità Nazionale Anticorruzione, ai fini dell'inserimento nel casellario informatico di cui all'articolo 213, comma 10, del decreto legislativo 50/2016, e nella Banca Dati nazionale dei contratti pubblici di cui all'articolo 62-*bis* del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82;
- all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) per le finalità previste dall'articolo 5-*ter* del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27;
- al Ministero delle Infrastrutture e Trasporti;
- al Ministero dello Sviluppo Economico;
- agli uffici delle Agenzie delle Entrate, competenti per il luogo dove ha sede legale l'impresa nei cui confronti è stato richiesto il rilascio dell'informazione antimafia.

La previsione della comunicazione del provvedimento interdittivo antimafia ad una serie di soggetti istituzionali, denota, da un lato, la volontà di superare il carattere territorialmente limitato del provvedimento interdittivo anche prima dell'attivazione della

Banca dati, implicando, come sottolinea illustre giurisprudenza, che l'informativa antimafia dispiega "i propri effetti su tutto il territorio nazionale"³²².

Dall'altro, è coerente con la propensione alla cooperazione inter-istituzionale nel contrasto alla criminalità organizzata, che ha ispirato, nel 2003, l'istituzione della "rete di monitoraggio" contro le infiltrazioni mafiose negli appalti e che trova massima espressione in veri e propri organismi di raccordo a ciò preposti (CCASIIP)³²³. Entrambi questi propositi sembrano trovare piena espressione nel funzionamento della Banca Dati Nazionale Unica della documentazione antimafia.

3.2 La Banca Dati Nazionale Unica

La Banca Dati Nazionale Unica della documentazione antimafia³²⁴ è stata prevista dalla legge delega 136/2010, con un ruolo centrale per assicurare l'«immediata efficacia delle informative antimafia negative su tutto il territorio nazionale» e favorire l'«accelerazione delle procedure di rilascio» della documentazione antimafia³²⁵. Nella previsione della legge delega la Banca Dati si configurava, in massima sintesi, come uno «strumento informatico in cui far confluire tutti gli accertamenti effettuati e le certificazioni rilasciate» consentendo in tempi rapidi il rilascio della certificazione³²⁶.

Il Codice Antimafia, dedica specificamente il Capo V del Libro II (artt. 96-99-*bis*) alla Banca Dati, delineando, coerentemente con i principi ispiratori delineati dalla legge delega, un meccanismo per il conseguimento della documentazione antimafia ispirato al principio della semplificazione.

Tuttavia, la complessità tecnica del modello informativo ed organizzativo adottato dal legislatore ha imposto un lungo rinvio dell'attivazione della Banca Dati, compromettendo anche l'applicazione integrale delle disposizioni del Codice.

Con il d.P.C.M. n. 193/2014 il Governo ha poi effettuato la scelta di adottare un unico regolamento con cui disciplinare in modo completo le modalità di funzionamento della Banca dati.

³²² Cons. Stato, Ad. plen. ord. 31 luglio 2014, n. 17.

³²³ Per *ultra*, vds. par. 3.4.

³²⁴ Di seguito semplicemente "Banca Dati" o "BDNA".

³²⁵ Art. 2, c. 1, lett. c), legge 13 agosto 2010, n. 136.

³²⁶ R. CANTONE, *La riforma della documentazione antimafia: davvero solo un restyling?*, in *GIORNALE DIR. AMM.*, 2013, 892.

Le nuove disposizioni, pur costituendo un'integrazione del quadro legislativo preesistente, presentano "alcuni aspetti critici riconducibili al difficile bilanciamento tra semplificazione e prevenzione amministrativa"³²⁷.

In base al modello codicistico la Banca Dati, è preposta ad archiviare le comunicazioni e le informazioni antimafia, liberatorie ed interdittive, precedentemente rilasciate, e a far emergere le cause di decadenza, di sospensione o di divieto individuate dall'art. 67 o i tentativi di infiltrazione mafiosa di cui agli artt. 84, c. 4 e 91, c. 6 del Codice.

Nell'attuazione di questo modello ³²⁸, la disciplina regolamentare prevede un'architettura informatica "leggera" che deve conservare soltanto i dati riguardanti il rilascio della documentazione antimafia e l'indicazione della sussistenza di alcune situazioni sintomatiche accertate dalle Prefetture o dall'autorità giudiziaria, mentre per l'individuazione delle cause ostative relative ai provvedimenti giurisdizionali (o per gli esiti degli accessi e degli accertamenti nei cantieri, di cui all'art. 93, codice antimafia) si avvale del collegamento agli altri sistemi informatici delle pubbliche amministrazioni.

La Banca dati non ha, quindi, un compito informativo onnicomprensivo, ma si trova al centro di una rete di collegamenti con altre banche dati³²⁹, nella prospettiva di utilizzare il sistema informativo esistente in materia di contrasto alla criminalità.

I dati conservati direttamente Per la conservazione di tali dati, sono stati previsti due archivi magnetici (art. 10):

- a) l'archivio della documentazione antimafia: raccoglie la documentazione rilasciata, sia liberatoria che interdittiva, oltre ai dati riguardanti ciascuna impresa interessata.

Per quanto riguarda in particolare le informazioni interdittive, vengono raccolti alcuni dati particolarmente analitici. In banca dati viene, infatti, indicato se il provvedimento è stato adottato ai sensi dell'art. 67 o in seguito all'accertamento dei tentativi di infiltrazione mafiosa, di cui agli artt. 84, c. 4 e 91, c. 6 del Codice

³²⁷ N. GULLO, *Il regolamento per il funzionamento della Banca Dati Nazionale Unica della Documentazione Antimafia - il commento*, in *GIORNALE DIR. AMM.*, 2015, 4, 476.

³²⁸ In particolare sulla scorta di quanto previsto dall'art.98 del Codice Antimafia.

³²⁹ Ai sensi dell'art. 6, c. 1 e 2, la Banca dati nazionale si connette attraverso l'attivazione di appositi collegamenti telematici al CED interforze (istituito presso il Ministero dell'Interno), al sistema informatico costituito presso la DIA, relativamente ai dati acquisiti nel corso degli accessi e degli accertamenti nei cantieri, all'osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, ai sistemi informativi delle Camere di commercio. Inoltre, per le finalità di cui all'art. 3, c. 1, possono essere attivati collegamenti telematici, sulla base di convenzioni non onerose, ai sistemi informativi del Ministero della giustizia che gestiscono i servizi certificativi e all'Anagrafe nazionale della popolazione residente, di cui all'art. 62, d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82.

Antimafia. In quest'ultimo caso viene specificato se l'interdittiva è stata rilasciata esclusivamente per il riscontro delle situazioni di cui all'art. 84 co. 4, ovvero per l'esistenza di precedente provvedimento di diniego di iscrizione o di cancellazione dalle *white list*.

Inoltre, devono essere conservati nell'archivio ulteriori atti e provvedimenti da cui desumere situazioni "a rischio", quali, ad esempio, le comunicazioni effettuate ai sensi dell'art. 1-*septies*, d.l. n. 629/1982 e le comunicazioni indirizzate dall'autorità giudiziaria alle Prefetture concernenti i casi di omessa denuncia dei reati di estorsioni e concussioni, aggravati dalla finalità di agevolazione mafiosa, da parte dall'impresa, ai sensi dell'art. 84, c. 4, lett. c), codice antimafia³³⁰.

- b) l'archivio degli accertamenti: racchiude l'indicazione degli accertamenti in corso disposti dalle Prefetture e le date degli accertamenti effettuati³³¹ nei confronti di ciascuna impresa censita, ai sensi degli artt. 84, c. 4, lett. d), e) ed f), e 93, Codice Antimafia.

Venendo incontro alle richieste del Garante per la protezione dei dati personali, il regolamento definisce anche i periodi di conservazione massima di ciascuna tipologia di dati inseriti nella Banca dati: a) cinque anni per i dati relativi alla documentazione antimafia liberatoria; b) quindici anni per i dati relativi alla documentazione antimafia interdittiva; c) cinque anni per i casi indicati all'art. 4, c. 3 (dati ricavati dalle connessioni al CED, al sistema informatico costituito presso la DIA, relativamente ai dati acquisiti nel corso degli accessi e degli accertamenti nei cantieri, all'osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, ai sistemi informativi delle Camere di commercio); d) per l'indicazione dell'esistenza di accertamenti ancora in corso nel momento in cui viene richiesto il rilascio della documentazione antimafia, fino alla data di adozione da parte del Prefetto del provvedimento conseguente all'esito conclusivo di tali accertamenti. Decorso il relativo periodo di conservazione, i dati sono cancellati con modalità sicure (per cui,

³³⁰ Quest'ultima precisazione si comprende alla luce della recente legislazione in tema di *white list*, secondo cui l'iscrizione negli elenchi prefettizi produce un effetto sostitutivo dell'informativa (o comunicazione) liberatoria: si veda l'art. 1, c. 52-*bis*, legge 6 novembre 2012, n. 190, come modificato dall'art. 29, d.l. 24 giugno 2014, n. 90.

³³¹ Ai sensi dell'art. 4, c. 4, d.P.C.M. n. 193/2014, la Banca dati conserva «il registro informatico delle date degli accertamenti» disposti dai prefetti, «ancorché i relativi esiti non abbiano evidenziato l'esistenza delle cause di divieto, decadenza e sospensione di cui all'articolo 67 del Codice antimafia, di tentativi di infiltrazione mafiosa di cui agli articoli 84, comma 4, e 91, comma 6, del Codice antimafia, nonché delle comunicazioni e delle altre situazioni di cui al comma 3».

non essendo nulla specificato dal regolamento, si fa riferimento al d.lgs 163/2003) dalla Prefettura-UTG competente.

Quanto alle modalità di consultazione della Banca Dati, la logica acceleratoria ispiratrice si riflette nella predisposizione di un meccanismo al contempo informativo e procedimentale, tale da permettere l'acquisizione immediata della documentazione antimafia da parte dei soggetti richiedenti attraverso una verifica automatica.

Ma le finalità di trattamento della Banca non sono limitate al rilascio della documentazione antimafia bensì vengono in rilievo anche altre esigenze relative allo svolgimento di attività di prevenzione e repressione. I dati contenuti nella Banca Dati sono trattati sia per finalità di applicazione della normativa antimafia o per scopi statistici da parte di una serie di autorità, investigative o amministrative, espressamente indicate, quali: la Direzione investigativa antimafia; la Direzione centrale della polizia criminale e la Direzione centrale anticrimine della Polizia di Stato del Dipartimento della pubblica sicurezza del Ministero dell'interno; le Prefetture; gli uffici e i comandi delle Forze di polizia; la struttura tecnica del Comitato di coordinamento per l'alta sorveglianza delle Grandi opere; la Direzione nazionale antimafia (in relazione ai dati contenuti nella Banca dati nazionale per le finalità di cui all'art. 371-*bis*, c.p.p.).

Nell'impostazione del regolamento, a tale variegato quadro teleologico corrisponde un sistema di "accessi" (o di modalità di utilizzazione) differenziati a seconda delle esigenze conoscitive che contraddistinguono ogni categoria di soggetti autorizzati a connettersi alla Banca dati. Le operazioni di trattamento elettronico che possono essere effettuate sulla Banca si possono suddividere in quattro categorie:

- a) «consultazione»: che consente ai soggetti di cui all'art. 83, c. 1 e 2, codice antimafia, attraverso il collegamento alla Banca dati nazionale, di richiedere il rilascio automatico della documentazione antimafia, senza avere visibilità del dettaglio dei dati in essa contenuti;
- b) «accesso»: che consente di acquisire conoscenza dei dati conservati e di estrarne copia. Esso permette, dunque, una completa visibilità del contenuto della Banca dati e viene concesso agli uffici del Dipartimento della pubblica sicurezza del Ministero dell'interno, alle Forze di Polizia, alla Direzione investigativa antimafia, alla Direzione nazionale antimafia, nonché alla segreteria tecnica del Comitato di coordinamento per l'alta sorveglianza delle Grandi opere, senza che tali autorità

abbiano, però, la possibilità di modificare le informazioni contenute nella piattaforma informatica nazionale;

- c) «immissione»: che consente l'inserimento dei dati nella Banca dati per le finalità per cui essa è costituita, nel rispetto dei principi di esattezza, pertinenza, completezza e non eccedenza stabiliti dal d.lgs. n. 196/2003;
- d) l'«aggiornamento»: l'operazione di trattamento elettronico che consente di modificare o di cancellare con modalità sicure, i dati già contenuti nella Banca dati nazionale, nel rispetto dei principi indicati nel codice sulla tutela della privacy.

Alla luce dell'analisi fin qui svolta dei riferimenti normativi, dei dati conservati e delle modalità di funzionamento, si rendono necessarie alcune considerazioni critiche.

Il problema fondamentale sotteso alla normativa in *subiecta materia* sembra legato alla difficile armonizzazione tra l'esigenza di semplificazione delle procedure di rilascio della documentazione antimafia e l'interesse a non affievolire gli strumenti di contrasto alla criminalità organizzata. Il bilanciamento tra incisività delle cautele amministrative e tempestività del controllo preventivo sulle infiltrazioni di stampo mafioso costituisce uno dei criteri principali della legge delega del 2010 ed imporrebbe l'adozione di modelli non troppo schematici o contrassegnati da automatismi eccessivi nella gestione delle misure antimafia. Questo criterio direttivo rischia, tuttavia, di non essere pienamente attuato per un duplice ordine di ragioni, organizzative e giuridiche.

Anzitutto, sotto il profilo organizzativo non è stato predisposto un procedimento che assicuri un'immissione ampia e generalizzata nella nuova piattaforma informatica di tutto il materiale investigativo a disposizione delle forze di polizia e delle Prefetture e dotato di una qualche potenziale rilevanza per il rilascio dell'informativa antimafia. Infatti l'elenco dei provvedimenti e delle situazioni controindicanti che vengono in rilievo in sede di verifica preliminare di carattere informatico non riproduce in modo completo tutte le "fonti" dell'informativa antimafia tipizzate dal codice, perché rimangono fuori:

- i provvedimenti e le circostanze indicati all'art. 84, c. 4, lett. d), e) ed f): cioè gli accertamenti disposti dal Prefetto anche avvalendosi dei poteri di accesso e di accertamento delegati dal Ministro dell'interno, ai sensi del d.l. n. 629/1982, ovvero di quelli di cui all'art. 93, Codice Antimafia (lett. d), degli accertamenti da effettuarsi in altra provincia a cura dei Prefetti competenti su richiesta del Prefetto procedente (lett. e), delle 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 indicati nelle lett. a) e b), con modalità che denotino l'intento di eludere la normativa sulla documentazione antimafia;

- i provvedimenti elencati all'art. 91, c. 6, codice antimafia, che riguardano le situazioni sintomatiche più fluide, soggette alla valutazione prefettizia;
- gli accertamenti in corso disposti dalle Prefetture (pur registrati in banca dai ai sensi dell'art. 4, c. 3 dello stesso regolamento), lasciando in tal modo presumere che l'esistenza di un accertamento in corso non sia in grado di impedire il rilascio dell'informazione liberatoria. Casomai, il modello che è stato predisposto dal regolamento comporta, in presenza di un successivo riscontro positivo dei tentativi di infiltrazione mafiosa, l'adozione dell'informazione interdittiva tardiva.
- i rapporti investigativi delle forze dell'ordine, da cui è possibile attingere altri elementi sintomatici dei tentativi di infiltrazione mafiosa.

Pertanto, si rileva una sfasatura tra questa parziale elencazione delle “fonti” dell'informativa antimafia rilevabili in Banca Dati e il più ampio e fluido novero di situazioni oggetto della valutazione prefettizia³³². Ciò desta qualche perplessità³³³ sull'effettiva capacità del sistema della Banca Dati di introdurre una reale semplificazione amministrativa in particolare in relazione al rilascio delle informazioni “accertative”, data la grande varietà, e il carattere “aperto” del novero degli elementi indiziari che potrebbero pur sempre venire in rilievo.

L'incongruenza in parola potrebbe essere ridimensionata dà un'interpretazione delle disposizioni regolamentari come indicazioni meramente esemplificative che non precluderebbero, quindi, la gamma delle eterogenee situazioni riconducibili ai tentativi di infiltrazione mafiosa sancita dal Codice.

Viceversa, se si attribuisce uno specifico rilievo giuridico all'indicazione delle fonti effettuata dal regolamento, come suggerirebbe il carattere analitico dell'elencazione, prevale l'impressione che il regolamento abbia introdotto per le imprese già censite un meccanismo di monitoraggio più agile ma al contempo depotenziato e meno accurato, rispetto alle previsioni generali del Codice Antimafia per l'accertamento dei tentativi di infiltrazione mafiosa.

³³² Vds. Cap. 2.

³³³ N. GULLO, *op. cit.*

Solo in sede di verifiche cosiddette “suppletive”, in caso di esito positivo della prima verifica in Banca Dati, si amplierebbe l’operatività di tutte le fonti individuate dal Codice per la deduzione dei tentativi di infiltrazioni mafiose.

Inoltre, sotto il profilo giuridico-normativo, è discutibile la legittimità del sistema in quanto traccia un “doppio regime” per le imprese sottoposte a scrutinio, a seconda che siano censite o meno. Per le imprese già censite il modello di controllo delineato ridimensiona sensibilmente la portata di alcune fonti dell’informativa antimafia limitandosi a verificare se l’impresa sottoposta a scrutinio non è stata oggetto di provvedimenti giurisdizionali di condanna, di misure di prevenzione, di provvedimenti interdittivi o di particolari accertamenti nel periodo precedente la consultazione della Banca dati. Ciò verrebbe a concretizzare la tendenza ad un’eccessiva «tabellarizzazione» delle situazioni indizianti, già paventata in sede di primo commento del codice antimafia³³⁴, ed in contraddizione con l’inquadramento giurisprudenziale dell’istituto. Si verrebbe, per di più, comunque a violare la disposizione dell’art. 92, c. 1 e 2, codice antimafia, che prevede, in fase di rilascio automatico dell’informazione antimafia, il simultaneo riscontro di tutte le situazioni sintomatiche che possono rivelare un collegamento con le organizzazioni criminali. D’altronde, non si può ritenere che il sostanziale esautoramento degli accertamenti prefettizi dalla fase di verifica preliminare sia giustificato dal fatto che le imprese già censite richiedano un minor tasso di attenzione a vantaggio della celerità delle procedure sia perché il codice antimafia non sancisce questa radicale diversità di trattamento, sia perché le infiltrazioni possono manifestarsi durante tutto il periodo di attività dell’impresa. Inoltre, non contribuisce a compensare la *deminutio* della tutela preventiva l’introduzione del meccanismo dell’aggiornamento periodico della Banca dati, attraverso l’espletamento di accertamenti d’ufficio, giacché la verifica di elementi “positivi” non può che condurre all’adozione dell’informativa interdittiva tardiva, destinata ad investire quasi inevitabilmente la fase conclusiva del rapporto contrattuale tra l’impresa e l’amministrazione appaltante.

Nondimeno, queste preoccupazioni, potrebbero essere superate sul piano operativo e funzionale dalla predisposizione, alquanto complessa sotto il profilo tecnico, di un sistema informativo in grado di acquisire ed includere il materiale investigativo antimafia prodotto dall’attività delle forze di polizia.

³³⁴ B. FRATTASI, S. GAMBACURTA, in A. CISTERNA (a cura di) *op. ult. cit.*

Infine, è necessario segnalare alcune lacune dell'assetto normativo della Banca dati, che andrebbero colmate per consentire un completo monitoraggio delle vicende giuridiche delle imprese che intrattengono rapporti contrattuali ed amministrativi con le pubbliche amministrazioni. Per un verso, sarebbe auspicabile l'aggiornamento della Banca-dati attraverso l'inserimento degli atti processuali relativi al contenzioso giurisdizionale che riguarda la documentazione antimafia.

Inoltre, sarebbe opportuno implementare il sistema alla luce dei nuovi istituti legati alla prevenzione alle infiltrazioni mafiose.

Per un verso, come sottolineato dal Gabinetto del Ministero dell'Interno³³⁵, “nell'ottica di una piena complementarietà delle *white list* rispetto al patrimonio informativo della BDNA, si ritiene opportuno che in tale piattaforma vengano inseriti anche i provvedimenti di iscrizione nelle *white list* in corso di validità e per i quali sia stato accertato che non sono intervenute modifiche negli assetti proprietari e di *governance*”.

Per altro verso, sarebbe opportuno registrare anche le misure straordinarie di accompagnamento dell'impresa che può adottare il Prefetto, ai sensi dell'art. 32, d.l. n. 90/2014, nonché le scelte compiute dalle stazioni appaltanti in ordine alla prosecuzione dei rapporti contrattuali con soggetti colpiti da provvedimenti interdittivi, in base agli artt. 88 e 94, codice antimafia, al fine di consentire una valutazione *ex post* sull'adeguatezza di tali innovativi istituti.

Va, peraltro, evidenziato che nella disciplina regolamentare particolare importanza presentano le previsioni relative all'aggiornamento periodico della Banca dati, anche nel tentativo probabilmente di compensare il ridimensionamento degli elementi indiziari introdotto nella fase della verifica automatica. Al riguardo, è stato delineato, all'art. 27, un meccanismo che dovrebbe orientare l'attività delle Prefetture. infatti, la Banca dati comunica giornalmente, per via telematica, alle Prefetture competenti il riepilogo complessivo delle comunicazioni e informazioni antimafia liberatorie rilasciate automaticamente e l'elenco delle imprese nei cui confronti gli accertamenti prefettizi sono stati disposti da più di dodici mesi dalla data di rilascio automatico della documentazione antimafia. Con riferimento alle imprese inserite in questo secondo elenco, la Prefettura-UTG competente provvede, d'ufficio, a rinnovare gli accertamenti informativi. Qualora dagli accertamenti svolti emergano le cause ostative di cui all'art. 67, codice antimafia, ovvero tentativi di infiltrazione mafiosa, la Prefettura-UTG competente adotta

³³⁵ Circolare M. I. 11001/119/20(8) I parte, 23 marzo 2016.

un'informazione interdittiva antimafia, ai sensi dell'art. 92, c. 4, codice antimafia - da considerare quindi "tardiva" - notificandola al soggetto richiedente per i conseguenti provvedimenti e procedendo ad effettuare le prescritte comunicazioni agli altri soggetti istituzionali.

3.3 Gli strumenti d'accertamento del Prefetto

Il controllo in Banca Dati rappresenta solo il primo *step* dell'attività accertativa per la prevenzione delle infiltrazioni mafiose nell'economia legale. L'attuale assetto del sistema istruttorio per il rilascio della documentazione antimafia pone nelle mani dei Prefetti una pluralità di strumenti d'indagine. La verifica (di natura cartolare) presso la Banca Dati della documentazione Antimafia è soltanto il primo in ordine logico. Qualora questa non consenta di dar luogo a provvedimento liberatorio, l'accertamento condotto dalle Prefetture può avvalersi anche di altre fonti e canali da cui attingere notizie rilevanti ai fini della valutazione tecnicamente discrezionale del pericolo d'infiltrazione mafiosa.

Restando alla categoria delle banche-dati, esistono svariate basi elettroniche di informazioni da cui possono trarsi gli elementi primari di conoscenza e valutazione sulle imprese e sui soggetti oggetto di verifica. Si possono citare: lo SDI, Sistema d'Indagine ad uso precipuo delle Forze di Polizia, che permette di visualizzare i precedenti di polizia dei soggetti esaminati, con una sommaria descrizione delle fattispecie che hanno dato luogo all'inserimento; il SIRAC (Sistema informatico di rilevazione di accesso ai cantieri), dove vengono immagazzinate le informazioni acquisite nel corso degli accessi ai cantieri pubblici; poi le banche-dati camerali accessibili dal portale Telemaco di Infocamere (con i preziosi applicativi Ri-Map, Ri-Build e Ri-Visual, che consentono di raffigurare efficacemente il soggetto scrutinato nei suoi collegamenti con altri operatori economici).

Una seconda categoria di fonti è quella relativa ai dati di origine giudiziaria. I controlli, anche in questo caso cartolari, del Prefetto devono prendere in considerazione certificati del casellario giudiziale e carichi pendenti, sentenze, provvedimenti che dispongono il giudizio o una misura cautelare, o che applicano una misura di prevenzione personale o patrimoniale. Si tratta di fonti di assoluta rilevanza non soltanto quando facciano emergere elementi sintomatici ai sensi dell'art. 84 co. 4, lett. a) e b) ben potendo

fornire, a prescindere dall'esito dell'accertamento giurisdizionale ³³⁶, elementi di valutazione rilevanti sotto il profilo soggettivo (ad es. rapporti di parentela, frequentazioni o qualunque altra forma di sostanziale condizionamento rispetto all'ingerenza mafiosa) o oggettivo (si pensi alle anomalie nell'assetto formale o nella concreta gestione dell'impresa) ai fini dell'adozione di un'eventuale provvedimento interdittivo.

Accanto a questi strumenti di controllo di natura cartolare, l'ordinamento prevede che il Prefetto possa disporre anche di accertamenti di natura prettamente ispettiva quali l'accesso ai cantieri e presso le aziende, materialmente effettuati mediante l'ausilio di organismi operativi istituiti presso le Prefetture chiamati Gruppi Interforze³³⁷.

Il Decreto ministeriale del 14 marzo 2003, adottato dal Ministro dell'Interno, di concerto con il Ministro della Giustizia e con il Ministro delle Infrastrutture e trasporti, in attuazione dell'art. 15 co. 5 del d.lgs. n. 190/2002, nel disegnare una "rete di monitoraggio antimafia" dedicata agli insediamenti e alle infrastrutture di carattere strategico, all'art. 5 co. 5, ha stabilito che "le attività di monitoraggio dei Gruppi Interforze si avvalgono anche degli esiti degli accessi ispettivi sui cantieri per la verifica del rispetto della normativa in materia di lavoro, nonché delle misure relative alla sicurezza fisica dei lavoratori".

L'istituto si connette ai poteri e alle facoltà riservate un tempo all'Alto commissario per il coordinamento della lotta contro la delinquenza mafiosa ³³⁸, figura costituita all'indomani dell'uccisione del Prefetto di Palermo, C. A. dalla Chiesa³³⁹ e soppressa nel 1992 con la istituzione della DIA³⁴⁰. I poteri altocommisariali vennero, quindi, devoluti al Ministro dell'Interno quale Autorità Nazionale di Pubblica Sicurezza, il quale, dal 1993, ha devoluto parte di tali poteri e facoltà ai Prefetti ³⁴¹. Il potere di accesso sembra riconnettersi alla facoltà dell'Altro commissario (ora in capo ai Prefetti) di richiedere alle imprese, aggiudicatarie o partecipanti a gare d'appalto, notizie di carattere organizzativo,

³³⁶ Sulla rilevanza anche di provvedimenti favorevoli per il destinatario di documentazione antimafia (comunque) interdittiva, vds. nello specifico par. 2.2.2.

³³⁷ Natura, origine ed evoluzione dei gruppi interforze saranno specificamente trattati nel paragrafo successivo: 3.4.

³³⁸ Così in: A. CISTERNA (a cura di), *Commento al codice antimafia*, di A. CISTERNA, M. V. DE SIMONE, B. FRATTASI, S. GAMBACURTA, Maggioli Editore, ed. 2013.

³³⁹ D.l. 629/1982 convertito dalla l. 726/1982.

³⁴⁰ L. 410/1991.

³⁴¹ Alcuni sono stati delegati in modo permanente, per altri, come ad esempio il potere di accesso presso gli Enti Locali in caso di sospetta infiltrazione mafiosa, è previsto che il loro potere venga delegato di volta in volta sulla scorta di specifica richiesta motivata del Prefetto.

Per una completa ricostruzione del processo di devoluzione in parola vds. G. NANULA, *La lotta alla mafia*, Milano, 2009, pp. 400-405.

finanziario e tecnico sulla propria attività nonché ogni altra indicazione ritenuta utile ad individuare gli effettivi titolari dell'impresa, di azioni o quote sociali. Di questa facoltà, il potere d'accesso apparirebbe come una "particolare declinazione"³⁴².

Alla luce di quanto disposto dal decreto del 2003 sull'accesso ai cantieri, si possono fare qui due considerazioni. Anzitutto l'applicazione dell'istituto veniva, sin dal primo momento, ai coinvolgere due soggetti: il Prefetto e il Gruppo Interforze costituito presso il suo ufficio.

In sede di applicazione del decreto, infatti, si è stabilito che il ricorso all'accesso presupponesse un decreto di incarico del Prefetto, su proposta del Gruppo Interforze (tra l'altro, coordinato da un funzionario prefettizio, competente ad avanzare la proposta). Ciò radicava la titolarità dello strumento in capo al Prefetto, mentre il Gruppo Interforze, veniva chiamato in causa, quale *longa manus* dell'autorità, ai fini del concreto esercizio dell'accesso. In secondo luogo, bisogna sottolineare che le previsioni del decreto del 2003 si riferivano solo all'ambito delle Grandi opere, di conseguenza anche questo strumento era inizialmente specificamente concepito per le verifiche in questo ristretto settore.

L'intervento normativo operato con l'art. 2, co. 2, della l. 94/2009, novellando il d.lgs. 490/1994, ha reso esperibile l'accesso ai cantieri nell'esecuzione di ogni opera pubblica, valorizzando così, l'utilità e la buona riuscita di tale strumento. Esso permette, infatti, di esercitare "una penetrante forma di controllo sul momento esecutivo dei lavori pubblici al fine soprattutto di scoprire eventuali ingerenze mafiose che potrebbero verificarsi attraverso subappalti non autorizzati a ditte sottoposte a condizionamenti della criminalità organizzata ovvero attraverso la "forzosa" assunzione da parte delle imprese aggiudicatrici di soggetti "indicati" o collusi con tali organizzazioni"³⁴³.

Il d.P.R. 150/2010, nel disciplinare gli esiti dell'accesso stabilisce che il Prefetto possa adottare, in forza delle risultanze della relazione sull'accesso fornita dal Gruppo Interforze, un'informazione interdittiva a carico di qualsiasi soggetto intervenuto "a qualunque titolo nel ciclo di realizzazione dell'opera". La disposizione, estendendo l'applicabilità dell'informazione antimafia a tutta la filiera dell'opera, si pone sulla linea, di cui qui si sono evidenziati alcuni punti di rilievo³⁴⁴, del progressivo ampliamento del raggio di operatività dell'istituto in parola.

³⁴² A. CISTERNA (a cura di), *op. ult. cit.*

³⁴³ F. RAMACCI, G. SPANGHER (a cura di), *Il sistema della sicurezza pubblica*, Giuffrè, 2010.

³⁴⁴ Si è notata l'estensione dell'applicabilità delle informazioni a situazioni ai par. 1.2.2, con particolare riferimento all'art. 89-bis del Cod. Antimafia; 1.3; 1.4.

Il Codice Antimafia si uniforma in modo pressoché integrale alle disposizioni contenute nella norma delegante, sia riproponendo le modalità procedurali dell'accesso, sia rimarcando l'incisività degli esiti degli accertamenti ispettivi. Nel caso in cui dalla relazione del Gruppo Interforze, inviati entro il termine (ordinatorio) di trenta giorni dall'accesso, emergano tentativi di infiltrazione mafiosa, il Prefetto emette un'informazione interdittiva, a prescindere da un'eventuale consultazione, svolta in sede di precedenti verifiche, della Banca Dati. Il potere d'accesso del Prefetto dà luogo, quindi, all'esercizio di "vere e proprie investigazioni sui cantieri"³⁴⁵ che si pongono come un "secondo step"³⁴⁶ dei controlli, potenzialmente in grado di riaprire le verifiche antimafia sulla base di ciò che in concreto è venuto ad emergere *ex post* e riscontrato *in situ*, quand'anche non risultante dalle preliminari verifiche in Banca Dati.

In quest'ottica l'accesso ai cantieri sembra rappresentare uno strumento idoneo, così come il sistema di aggiornamento della Banca Dati, a compensare il ridimensionamento degli elementi indiziari riscontrabili in sede di verifica preliminare in Banca Dati³⁴⁷.

Nel catalogo delle situazioni indizianti dell'art. 84, co. 4, il Codice menziona, evidenziandone la diversa natura giuridica e le analogie per quanto riguarda gli effetti, sia gli accertamenti eseguiti in virtù dei poteri dell'ex Alto Commissario, sia quelli eseguiti ex art. 93³⁴⁸ dello stesso Codice Antimafia.

Il riferimento ai poteri dell'ex Alto Commissario indica inequivocabilmente che questi non soltanto rappresentano il punto d'origine dello sviluppo normativo in tema di accesso ai cantieri in chiave di contrasto alle infiltrazioni mafiose negli appalti, ma sono, ad oggi, autonomamente pienamente esperibili. In particolare, ai sensi dei commi 4, 5 e 6 dell'art.1 della l. 726/1982 il Prefetto, "qualora sulla base di elementi comunque acquisiti vi sia necessità di verificare se ricorrano pericoli di infiltrazione da parte della delinquenza di tipo mafioso" può esercitare "poteri di accesso e di accertamento presso pubbliche amministrazioni, enti pubblici anche economici, banche, istituti di credito pubblici e

³⁴⁵ G. SPANGHER, *Trattato di procedura penale - Modelli differenziati di accertamento*, Vol. I, Torino, 2011.

³⁴⁶ Così A. CISTERNA (a cura di), *op. ult. cit.*

³⁴⁷ Cfr. par. precedente.

³⁴⁸ Art. 93 Codice Antimafia: "Per l'espletamento delle funzioni volte a prevenire infiltrazioni mafiose nei pubblici appalti, il Prefetto dispone accessi ed accertamenti nei cantieri delle imprese interessate all'esecuzione di lavori pubblici, avvalendosi, a tal fine, dei gruppi interforze di cui all'articolo 5, comma 3, del decreto del Ministro dell'interno 14 marzo 2003, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 54 del 5 marzo 2004.

2. Ai fini di cui al comma 1 sono imprese interessate all'esecuzione di lavori pubblici tutti i soggetti che intervengono a qualunque titolo nel ciclo di realizzazione dell'opera, anche con noli e forniture di beni e prestazioni di servizi, ivi compresi quelli di natura intellettuale, qualunque sia l'importo dei relativi contratti o dei subcontratti".

privati, società fiduciarie e presso ogni altro istituto o società che esercita la raccolta del risparmio o l'intermediazione finanziaria, con la possibilità di avvalersi degli organi di polizia tributaria” (comma 4). Le imprese, inoltre, “sono tenute” a pena di arresto e sospensione dall'albo (comma 6), “a fornire allo stesso (Prefetto) notizie di carattere organizzativo, finanziario e tecnico sulla propria attività, nonché ogni indicazione ritenuta utile ad individuare gli effettivi titolari dell'impresa ovvero delle azioni o delle quote sociali” (comma 5).

Il “Pacchetto Sicurezza” del 2009 ³⁴⁹ ha ulteriormente rafforzato tali poteri d'accertamento stabilendo che detti poteri si possano esercitare nei confronti di tutti i soggetti menzionati dal decreto antiriciclaggio 21 novembre 2007, n. 231. Di conseguenza i prefetti hanno facoltà di accedere e di svolgere verifiche non solo “presso pubbliche amministrazioni, enti pubblici anche economici, banche, istituti di credito pubblici e privati, società fiduciarie e presso ogni altro istituto o società che esercita la raccolta del risparmio o l'intermediazione finanziaria, con la possibilità di avvalersi degli organi di polizia tributaria “, ma presso tutti gli intermediari soggetti alla più recente disciplina antiriciclaggio (basti pensare ai professionisti di cui all'art. 12 del decreto in questione).

Non soltanto il Prefetto, dispone ai fini istruttori di entrambe le tipologie di accesso, ma il riferimento agli accertamenti prefettizi, nella loro duplice forma, nell'ambito dell'art. 84, co. 4, sembra, per di più, indicare la volontà del legislatore di valorizzare l'attività informativa d'iniziativa del Prefetto riconoscendone agli esiti valore identico agli accertamenti svolti in ambito giurisdizionale³⁵⁰ (penale e di prevenzione)³⁵¹.

Oltre allo strumento dell'accesso ai cantieri, la legge delega, prima, ed il Codice Antimafia, poi, hanno previsto un'assoluta novità nel sistema dell'informazione prefettizia. Si tratta della facoltà del Prefetto di sentire l'interessato prima di procedere all'emissione del provvedimento. Tale strumento istruttorio è attivabile, ai sensi dell'art. 93, co. 7, 8 e 9, dal Prefetto, laddove ne rilevi l'esigenza a seguito dell'accesso ai cantieri. Il tenore letterale della norma sembra non dare spazio al dubbio, sollevato in dottrina, circa la possibilità di applicare l'istituto anche al di fuori delle ipotesi di accesso, nella cui disciplina risulta espressamente inserito. Di conseguenza è da escludere, “sebbene non sembrino cogliersi ragioni che militino significativamente in senso negativo”³⁵², che il

³⁴⁹ Art. 2, co. 3.

³⁵⁰ Cfr. R. CANTONE, *op.cit.*

³⁵¹ Parimenti citati dall'art. 84, co. 4, alle lett. a) e b).

³⁵² *Ibidem.*

rilascio di informazioni interdittive possa trovare presupposto nello svolgimento autonomo (che, cioè, non sia accompagnato all'accesso) dell'audizione dell'interessato. Ciononostante è ammissibile che lo strumento l'audizione venga previsto come strumento autonomo rispetto all'accesso ai cantieri sulla base di protocolli di legalità o per l'iscrizione in *white list ad hoc* relative alla realizzazione di infrastrutture strategiche³⁵³. La Relazione Illustrativa allegata al provvedimento del governo fornisce indicazioni utili all'interpretazione del nuovo istituto. Quanto ai presupposti, il Prefetto può farvi ricorso “ogniquale volta non risulta sufficientemente delineato il quadro indiziario emergente dalla relazione del Gruppo Interforze e vanno acquisiti ulteriori elementi conoscitivi”. Perciò, la ratio della norma non riguarda l'accesso agli atti e la partecipazione al provvedimento di cui alla 241/90 dai cui regimi, l'informazione prefettizia resta esclusa per motivi attinenti all'ordine e alla sicurezza pubblica³⁵⁴. Su questo punto, già durante i lavori al Senato si era sottolineato il rischio che l'imprenditore che appaia connesso al rischio di infiltrazione mafiosa, potesse, con l'audizione, avere contezza anticipata di quanto acquisito a suo carico con conseguente *discovery* di elementi che invece “andrebbero protetti, onde non mettere sull'avviso soggetti in ordine ai quali possono essere avviati procedimenti di prevenzione patrimoniale”³⁵⁵. Da qui la proposta, in sede di lavori parlamentari, di limitazione e tipizzazione dei casi di audizione, non seguita, tuttavia, nella redazione finale della norma, che rimette lo strumento nella disponibilità della discrezionalità del Prefetto nell'ottica di un'applicazione più flessibile dell'istituto.

Quanto alle modalità esecutive, il Prefetto invita mediante “comunicazione formale” il responsabile dell'impresa a presentarsi per l'audizione. Già in questo momento si prospetta concretamente il problema della *discovery* in quanto devono essere forniti già in sede di invito, gli elementi utili per poter assicurare all'impresa la partecipazione al processo decisionale. La tensione tra istanza di partecipazione e esigenza di protezione delle informazioni rilevanti sotto il profilo penale ed investigativo, potrebbe essere superata da un preventivo contatto tra Autorità prefettizia e giudiziaria o mediante l'inserimento di *omissis* relativi a dati “sensibili” nella comunicazione formale³⁵⁶.

³⁵³ Un esempio è fornito dalle Linee Guida del CCASGO per la ricostruzione in Abruzzo, del 12 agosto 2010, che prevedono l'istituzione di elenchi di operatori economici per i quali non ricorre il pericolo di infiltrazioni mafiose (simili alle *white list*) e stabiliscono che prima di procedere all'eventuale cancellazione del soggetto dall'elenco cui è iscritto, il Prefetto possa disporre l'audizione.

³⁵⁴ TAR Campania, Sez. V, dicembre 2006 - febbraio 2007, n. 1291; Cons. Stato, Sez. VI, 21 aprile 2010, n. 2224.

³⁵⁵ B. FRATTASI, *Faranno accessi ispettivi i Gruppi Interforze presso gli Uffici Territoriali di Governo*, in GUIDA AL DIRITTO, n. 39, 2 ottobre 2010.

³⁵⁶ Soluzione suggerita nelle Linee Guida del CCASGO per la ricostruzione in Abruzzo, del 12 agosto 2010.

Nell'audizione il Prefetto può essere assistito dal coordinatore del Gruppo Interforze o altri funzionari³⁵⁷, la cui partecipazione risponde all'“esigenza di portare completamente quel quadro documentale e informativo scaturito dall'accesso, con l'apporto degli stessi soggetti che avevano contribuito ad elaborarlo”³⁵⁸. Questa esigenza risulta ancor più chiara nei casi in cui il Prefetto competente per il provvedimento, e che quindi dispone l'audizione, non sia quello nella cui Provincia è stato eseguito l'accesso.

In questa stessa sede l'impresa può fornire elementi, anche documentali, che ritenga idonei a dimostrare che le situazioni controindicanti emerse sono state superate, o possono esserlo, con misure organizzative o gestionali. In quest'ottica, l'istituto, premiando l'attiva collaborazione e l'auto-correzione dell'impresa, si pone come uno strumento di “controllo collaborativo” a valle di un sistema di controlli di natura prevalentemente “cartolare” o “ispettiva”. Ciò a conferma della tendenza generale verso un graduale passaggio da una totale prevalenza di queste ultime tipologie di controllo, aventi finalità prettamente sanzionatoria (cosiddetti “controlli freno”), a uno sviluppo dei controlli collaborativi e di impulso, con finalità di correzione e di aiuto (cosiddetti “controlli guida”)³⁵⁹. Il conferimento al Prefetto di un sempre più ampio ventaglio di strumenti di accertamento e controllo - di natura cartolare, ispettiva e collaborativa - sempre più efficaci e penetranti, comporta la capacità di estendere attività istruttoria fino “a ridosso delle investigazioni del Pubblico Ministero”³⁶⁰. Da qui la necessità di un opportuno coordinamento di queste attività preventive con l'azione investigativa di competenza penale al fine di scongiurare pericolose sovrapposizioni e intrusioni³⁶¹ e ottimizzare l'azione di contrasto.

3.4 Il Raccordo interistituzionale: CCASIIP e Gruppi Interforze

Dall'ampiezza e fluidità degli elementi potenzialmente rilevanti per la deduzione dei tentativi di infiltrazione mafiosa³⁶² discende l'esigenza di un vasto patrimonio informativo

³⁵⁷ Così si precisa nella Direttiva Linee guida Linee Guida CCASGO 2011.

³⁵⁸ A. CISTERNA (a cura di), *op. ult. cit.*

³⁵⁹ Cfr. G. CASCONI, *Cambia il quadro dei controlli: verso nuove forme di “autodifesa”*, Azienditalia, 2000, 4.

³⁶⁰ A. Cisterna, *Le misure di contrasto alla criminalità organizzata nel “Pacchetto sicurezza”*, DIR. PEN. E PROCESSO, 2009, 9, 1069.

³⁶¹ *Ibidem.*

³⁶² Cap. 2.2.

da parte delle Istituzioni. La complessità del sistema di accertamenti, preposto a tal fine, che prevede controlli cartolari, ispettivi e collaborativi, nonché l'ampio arco di tempo in cui questi complessivamente si protraggono, rendono evidente la necessità di coordinare l'attività dei soggetti, a vario titolo ed in diversi momenti, coinvolti nel sistema di prevenzione alle infiltrazioni mafiose nei contratti pubblici.

La consapevolezza della necessità di uno sforzo collettivo per il contrasto alle infiltrazioni mafiose, sta alla base della "rete di monitoraggio" istituita dal Decreto del Ministro dell'Interno del 14 marzo 2003 al fine "della attuazione delle procedure di monitoraggio delle infrastrutture e degli insediamenti industriali per la prevenzione e la repressione dei tentativi di infiltrazione mafiosa". I "nodi" della rete sono rappresentati dai soggetti pubblici e privati, indicati all'art. 2, co. 2, del decreto³⁶³, nella condizione di offrire un qualificato contributo informativo all'attività 'di monitoraggio, secondo il principio di leale e reciproca collaborazione³⁶⁴.

L'elencazione fornita nel decreto non è, però, da intendersi come tassativa, essendo la rete "aperta" coerentemente con la "logica inclusiva" che ne è alla base. In quest'ottica il contributo proveniente da altri soggetti non solo è da ritenersi ammissibile ma è auspicabile ed è addirittura necessario quando sia effettivamente suscettibile di apportare una significativa implementazione del quadro conoscitivo.

In questo quadro il decreto del 2003 pone quali sedi principali di raccordo e coordinamento tra i soggetti della rete di monitoraggio il Comitato di Coordinamento per

³⁶³ Art. 2: "I soggetti pubblici e privati di seguito indicati costituiscono, nel loro insieme, la rete di monitoraggio relativa alle opere di cui al presente decreto; essi informano la propria attività al principio di collaborazione reciproca, provvedendo, nei limiti della normativa vigente e nel rispetto delle competenze di ciascun soggetto, allo scambio dei dati e delle informazioni rilevanti indicate nell'art. 1:

- a) Ministero dell'interno;
- b) Ministero delle infrastrutture e dei trasporti;
- c) Ministero dell'economia e delle finanze;
- d) Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici (ora ANAC);
- e) Direzione nazionale antimafia, per l'esercizio delle funzioni di impulso e coordinamento di cui all'art. 371-*bis* del codice di procedura penale;
- f) Forze di polizia;
- g) Regioni, Province e Comuni;
- h) soggetto aggiudicatore, se diverso da quelli indicati alle lettere b) e g);
- i) concessionario e/o contraente generale;
- j) Uffici Territoriali del Governo;
- k) provveditorati alle opere pubbliche".

³⁶⁴ Così il Comitato di Coordinamento per l'Alta Vigilanza Grandi Opere (CCASGO) in *DIRETTIVA LINEE GUIDA GRANDI OPERE*, 2005, 1. *Considerazioni introduttive: la logica della rete di monitoraggio*.

l'Alta Vigilanza Grandi Opere (CCASGO)³⁶⁵, a livello centrale, e Gruppi Operativi Interforze³⁶⁶, a livello periferico.

Le disposizioni del decreto del 2003 sono state riprese ed innovate dal Decreto del Ministero dell'Interno del 21 marzo 2017 - pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 6 aprile 2017 con n. 81 - emanato alla luce di quanto previsto dagli artt. 200 e seguenti del nuovo Codice degli contratti pubblici (d.lgs 18 aprile 2016, n. 50) ed in particolare dall'art. 203³⁶⁷.

Il Comitato di Coordinamento per l'Alta Sorveglianza delle Infrastrutture e degli Insediamenti Prioritari (CCASIIP) ha ereditato e ampliato le competenze del precedente Comitato di Coordinamento per l'Alta Sorveglianza delle Grandi Opere (CCASGO) e si pone come il “cardine del quadro operativo di lotta alle mafie” attualmente recepito nel decreto Codice degli appalti.

Il sistema si fonda su analisi preventiva, normazione e monitoraggio a difesa delle opere pubbliche di rilievo per lo sviluppo del Paese.

Prevede che i controlli antimafia su contratti, appalti, subappalti e subcontratti per lavori, servizi e forniture per le infrastrutture e gli insediamenti prioritari vengano effettuati attraverso (art. 6 D.M. 81/2017): procedure e strumenti speciali previsti in apposite Linee-guida predisposte dal Comitato; la successiva adozione di protocolli di legalità curati dalle Prefetture territorialmente competenti.

Così come nel disegno originario della “rete di monitoraggio” la competenza del Comitato riguarda i contratti pubblici relativi alle Infrastrutture e Insediamenti Prioritari (cosiddetti “Grandi Opere”) previsti dalla legge 21 dicembre 2001, n. 443 ed individuati dal “Programma delle infrastrutture strategiche” emanato con delibera del Comitato Interministeriale per la Programmazione Economica (CIPE). Nell'ottica generale di difesa dell'economia legale dalle mafie, in casi determinati nei quali è necessario predisporre strumenti rafforzati di prevenzione per contrastare i tentativi di infiltrazione della criminalità organizzata, le competenze del Comitato possono essere estese a situazioni di

³⁶⁵ Art. 3.

³⁶⁶ Art. 5 co. 3.

³⁶⁷ Art. 203, d.lgs 50/2016: “Con decreto del Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro della giustizia e con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sono individuate le procedure per il monitoraggio delle infrastrutture ed insediamenti prioritari per la prevenzione e repressione di tentativi di infiltrazione mafiosa per le quali è istituito presso il Ministero dell'interno un apposito Comitato di coordinamento. Nelle more dell'adozione del decreto di cui al primo periodo continuano ad applicarsi le disposizioni del decreto del Ministero dell'interno 14 marzo 2003, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 5 marzo 2004, n. 54 e successive modifiche, anche alle opere soggette a tale monitoraggio alla data di entrata in vigore del presente codice.

2. Si applicano, altresì, le modalità e le procedure di monitoraggio finanziario di cui all'articolo 36 del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114”.

emergenza, com'è avvenuto per le ricostruzioni dopo i terremoti del 2009, del 2012 e del 2016/2017, e per gli interventi collegati alla bonifica della cosiddetta "Terra dei Fuochi", in Campania. Allo stesso modo, le competenze del Comitato possono essere funzionali all'organizzazione di grandi eventi, come nel caso degli appalti connessi all'EXPO 2015 di Milano.

Il Comitato opera presso il Ministero dell'Interno e si configura come un organo inter-istituzionale, infatti i suoi componenti, nominati con Decreto del Ministro dell'Interno, su designazione delle rispettive amministrazioni, sono (art. 4):

- un Prefetto avente funzioni di presidente, il quale coordina le attività del Comitato e le raccorda con l'Ufficio di Gabinetto e, ove necessario, con gli altri uffici di diretta collaborazione del Ministro dell'Interno, anche ai fini del diretto supporto alle funzioni di controllo in materia di contratti pubblici affidate ai prefetti e alla Rete di monitoraggio;
- due Vicepresidenti, aventi uno la qualifica di Viceprefetto e l'altro di dirigente superiore della Polizia di Stato, quest'ultimo scelto anche tra il personale posto in congedo da non oltre cinque anni, il quale cura anche il raccordo con i Gruppi Interforze presso le Prefetture e con gli Uffici della DIA;
- un componente in rappresentanza del Ministero della Giustizia, individuato nell'ambito del Dipartimento per gli Affari di Giustizia;
- tre componenti in rappresentanza del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti;
- un componente in rappresentanza del Ministero dell'Economia e delle Finanze, individuato nell'articolazione del Dipartimento del Tesoro competente in materia di prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario per fini illegali;
- due componenti in rappresentanza dell'Avvocatura Generale dello Stato;
- due componenti in rappresentanza della Direzione Nazionale Antimafia e Antiterrorismo;
- due componenti in rappresentanza dell'Autorità Nazionale Anticorruzione;
- due componenti in rappresentanza del Dipartimento per la Programmazione e il Coordinamento della Politica Economica della Presidenza del Consiglio dei Ministri;
- tre componenti in rappresentanza del Ministero dell'Interno, di cui due, rispettivamente, in servizio presso la Direzione Investigativa Antimafia e la

Direzione Centrale della Polizia Criminale del Dipartimento della Pubblica Sicurezza, e uno in servizio presso l'Ufficio Affari Legislativi e Relazioni Parlamentari.

Il Comitato può inoltre avvalersi della consulenza di esperti nelle specifiche materie d'interesse ed invitare alle proprie riunioni, in relazione alle materie in trattazione, i prefetti delle province interessate, i competenti provveditori interregionali per le opere pubbliche, rappresentanti delle regioni e provveditori interregionali per le opere pubbliche, rappresentanti delle Regioni e degli Enti Locali interessati, rappresentanti di organizzazioni sindacali dei lavoratori e di associazioni dei datori di lavoro dei settori interessati, funzionari delle amministrazioni e degli altri soggetti istituzionali in esso rappresentati.

Al Comitato di Alta Sorveglianza, che opera a livello centrale, corrispondono, a livello periferico, i Gruppi Interforze, istituiti presso le Prefetture-UTG. Secondo l'originaria previsione del decreto 2003, i Gruppi Interforze rappresentavano una vera e propria articolazione periferica del Comitato di Coordinamento per l'Alta Sorveglianza delle Grandi Opere (CCASGO). A livello centrale, oltre che con il CCASGO, i Gruppi provinciali operavano "in collegamento con la Direzione investigativa antimafia la quale nel caso di opere che interessano il territorio di più province assicura il raccordo dell'attività dei Gruppi istituiti presso gli uffici territoriali del Governo, nonché con il Servizio per l'Alta Sorveglianza delle Grandi Opere"³⁶⁸.

Con l'art. 2, comma 2 della legge 94/2009 il legislatore, novellando il d.lgs. n. 490/1994 (nel cui ambito veniva inserito l'art. 5-*bis*), mediante un'operazione complessa, segna il definitivo ingresso nella legislazione ordinaria dello strumento dell'accesso ai cantieri dei Gruppi Interforze, fino ad allora previsto solo a livello regolamentare, e, allo stesso tempo, ne estende l'operatività a livello generale (e non più al limitato settore di competenza del CCASGO).

Si tratta di un passaggio fondamentale in quanto determina l'applicazione del modello (speciale) previsto per le Grandi Opere al sistema generale di contrasto alle infiltrazioni mafiose nei contratti pubblici, oggi disciplinato dal Libro II del Codice Antimafia.

Così, nel sistema vigente, cristallizzato dal D.M. del 21 marzo 2017, i Gruppi Interforze non sono più semplicemente articolazioni periferiche del Comitato Centrale ma sono organismi istituiti presso ogni Prefettura-UTG che rappresentano, coerentemente con

³⁶⁸ Art. 3, D.M. 14 marzo 2003.

le specifiche professionalità che li compongono, lo strumento fondamentale di cui il Prefetto si avvale per l'acquisizione degli elementi informativi utili per le valutazioni e determinazioni in materia di informazioni antimafia ex art. 91 del Codice ed in particolare per l'accesso ai cantieri nel corso della fase di esecuzione dell'opera.

A questi Gruppi Interforze costituiti presso ogni Prefettura si affiancano e si raccordano a livello info-operativo gli organismi periferici del Comitato Centrale oggi denominati, dall'art. 5 del D.M. 21 marzo 2017, "Sezioni specializzate del Comitato". Queste vengono costituite *ad hoc* con Decreto del Ministro dell'Interno per ciascuna delle "Grandi Opere" di competenza del CCASIIP³⁶⁹ ed operano a supporto delle Prefetture interessate secondo le direttive impartite dal Comitato.

I Gruppi Interforze, coordinati da un dirigente della stessa Prefettura presso cui sono costituiti (Vice Prefetto o Vice Prefetto vicario) sono composti da:

- un funzionario della Polizia di Stato;
- un ufficiale dell'Arma dei Carabinieri,
- un ufficiale della Guardia di Finanza,
- un rappresentante del Provveditorato interregionale per le opere pubbliche,
- un rappresentante della Direzione Territoriale del Lavoro,
- un funzionario del Centro operativo della Direzione Investigativa Antimafia competente per territorio.

Il decreto istitutivo del 2003 non definisce con precisione i compiti dei Gruppi Interforze, limitandosi a fare riferimento ad una generica "attività di monitoraggio". Al comma 5 dello stesso art. 3 si fa, per altro, riferimento agli accessi ispettivi ai cantieri non quale strumento precipuo dei Gruppi Interforze per il contrasto alle infiltrazioni mafiose ma, piuttosto, quale attività di "verifica del rispetto della normativa in materia di lavoro, nonché delle misure relative alla sicurezza fisica dei lavoratori" dei cui esiti i Gruppi Interforze si sarebbero dovuti avvalere nella loro attività.

³⁶⁹ Si possono citare ad esempio:

- GICER: "Gruppo Interforze Emergenze e Ricostruzione" istituito nel 2009 per la ricostruzione della città dell'Aquila e dei comuni colpiti dal terremoto.
- GIRER: Il Gruppo interforze ricostruzione Emilia-Romagna costituito presso la Prefettura di Bologna nel 2012.
- GICEX: Gruppo Interforze Centrale per il monitoraggio delle Grandi opere - Expo 2015" insediato presso la Prefettura di Milano e coordinato dalla Direzione Investigativa Antimafia - Centro Operativo di Milano.
- GIMBAI: Gruppo Interforze centrale per il Monitoraggio e le Bonifiche delle Aree Inquinare, istituito nel 2013 presso la Prefettura di Napoli per far fronte all'emergenza "terra dei fuochi".

La messa a sistema degli accessi ai cantieri come facoltà propria dei Gruppi Interforze avviene attraverso atti di rango amministrativo e con la Direttiva Linee Guida 2005 emanata dal CCASGO, che ne fanno uno dei punti cardine del monitoraggio sull'esecuzione del contratto. Le Linee Guida del 2005, cui hanno fatto seguito quelle emanate dal CCASGO nel 2011, sono provvedimenti fondamentali nel sistema di monitoraggio contro le infiltrazioni mafiose negli appalti in quanto definiscono in maniera organica e puntuale ruolo e attività del Comitato Centrale e dei Gruppi Interforze. Per quanto queste fossero indirizzate nel sistema delineato dal decreto del 2003, a livello generale, ai Gruppi Interforze competenti, rappresentano anche nel sistema attuale un eccezionale punto di riferimento per le attività dei Gruppi Interforze ordinariamente costituiti presso ogni Prefettura. Per ciascuna opera cui vengono preposte e Sezioni Specializzate, sono poi emanate specifiche linee guida e provvedimenti di indirizzo. Le linee guida generali scandiscono l'azione di monitoraggio in tre fasi e, per ciascuna sottolineano: obiettivi, modalità operative, nonché particolari criticità e punti di forza nelle attività dei Gruppi Interforze. Si possono, quindi, schematicamente distinguere:

1. Fase precedente all'aggiudicazione, nella quale l'attenzione viene principalmente rivolta alle aree di sedime dell'insediamento produttivo o dell'infrastruttura strategica, attraverso una mappatura delle unità catastali inserite nel piano particellare di esproprio al fine di verificare i passaggi di mano intervenuti nel biennio precedente.
2. Fase dell'individuazione delle società ed imprese interessate alla realizzazione dell'opera. In questa fase l'attività di monitoraggio inerisce alle procedure concorsuali relative alla selezione e all'aggiudicazione nonché all'individuazione dei soggetti affidatari e sub affidatari.
3. Fase di realizzazione in cui il monitoraggio è effettuato principalmente mediante l'accesso ai cantieri e alle imprese.

In quest'ultima fase si richiede³⁷⁰ un "forte e deciso impegno" dei Gruppi Interforze, affinché procedano ad una preliminare e completa ricognizione dei lavori che interessano il territorio provinciale di riferimento, al fine di costituire, anche graficamente, una mappa aggiornata dei cantieri che consenta di percepire immediatamente l'incidenza di eventuali elementi di sospetto meritevoli di approfondimento investigativo.

³⁷⁰ Direttiva Linee guida CCASGO 2005.

Le risultanze di questa attività preparatoria, rappresentate al Prefetto lo metteranno in condizione di valutare se autorizzare l'intervento degli organismi territoriali delle Forze di Polizia.

L'esame delle migliori pratiche evidenzia il ruolo strategico ormai assunto dai Gruppi Interforze, che va ulteriormente valorizzato e consolidato. L'efficacia e l'incisività dell'azione di prevenzione delle infiltrazioni mafiose da parte delle Prefetture è strettamente collegata ad attività, efficienza e coesione dei Gruppi Interforze, che siano, dunque, in grado di fornire al Prefetto un supporto informativo-valutativo di alta qualità. A tal fine è fondamentale l'azione di coordinamento del Gruppo da parte del dirigente prefettizio orienti al meglio il lavoro dell'organismo e tenga conto delle differenti vocazioni, professionalità e specializzazioni presenti al suo interno.

Il binomio "prevenzione-informazione", comporta, inoltre la necessità della più ampia collaborazione e del pieno sostegno delle strutture centrali (in particolare DIAA e CASIIP) e periferiche in grado di supportarne l'azione. D'altra parte, la necessità di operare in rete genera di per sé una precisa esigenza di orientare l'attività dei Gruppi Interforze secondo linee d'indirizzo che favoriscano lo scambio informativo tra Gruppi aventi sede nella stessa Regione e tra Regioni limitrofe, o comunque, ed in particolare, se interessate dal medesimo intervento infrastrutturale ovvero da opere tra loro collegate³⁷¹.

Infine, sebbene non sia prescritta una cadenza fissa di incontri del Gruppo, sarebbe opportuno conferire allo stesso quella regolarità e continuità di riunione necessaria a corrispondere alle accresciute esigenze operative del sistema. Per di più, nell'ottica della collaborazione info-operativa, sarebbe auspicabile prevedere occasioni di riunione tra rappresentanti di Gruppi interforze costituiti presso diverse Prefetture oltre che nell'ambito della stessa provincia.

3.5 Il ruolo delle Forze di Polizia

Le Forze di polizia rappresentano una risorsa fondamentale per l'attività istruttoria in ragione del supporto informativo che sono in grado di apportare. Esse partecipano al sistema della documentazione antimafia in una duplice veste. Da una parte, ricoprono, ciascuna con propri rappresentanti, un ruolo specifico negli organismi collegiali - primi tra

³⁷¹ Cfr. Direttiva Linee Guida CCASGO 2005.

tutti i Gruppi Interforze - preposti al coordinamento delle attività di accertamento; raccolta, scambio e analisi delle informazioni; consulenza alle autorità competenti nell'ambito del contrasto alle infiltrazioni mafiose.

Ma, d'altra parte, l'apporto delle Forze di polizia non è limitato alle sedi collegiali. L'intera loro organizzazione info-investigativa e territoriale fornisce un apporto essenziale al sistema antimafia costituendo il principale canale da cui attingere elementi di conoscenza per la valutazione prefettizia in ordine alle infiltrazioni mafiose. Le Forze di polizia, già nelle loro ordinarie attività istituzionali, sono nelle condizioni di cogliere, quegli indicatori sintomatici del pericolo di infiltrazioni mafiose, idonei a sostenere la motivazione del provvedimento del Prefetto. Per di più, non soltanto attraverso la loro attività contribuiscono ad alimentare la BDNA ma, soprattutto, attraverso il contatto diretto e mirato con il territorio, sono in grado di constatare e dare riscontro di circostanze che potrebbero non risultare all'interrogazione del sistema automatizzato³⁷². Pertanto, l'apporto delle forze di polizia al contrasto alle infiltrazioni mafiose non si limita solo alle attività svolte nell'ambito del procedimento per il rilascio delle informazioni antimafia ma si estende a tutti gli aspetti di specifico interesse nelle rispettive ordinarie attività istituzionali. Quello costituito dalle forze di polizia rappresenta, pertanto, un canale di informazioni sempre aperto e operativo.

Oltre a non conoscere i particolari vincoli procedurali imposti per il rilascio della documentazione antimafia, l'attività info-investigativa delle Forze di polizia ne sfugge anche ai termini. Essa, dunque, può essere piena espressione di quell'azione di monitoraggio esteso e costante, auspicata dall'ordinamento, realizzata nella fase precedente all'aggiudicazione, in quella di scelta del contraente, ed in fase di esecuzione e collaudo dell'opera.

Non bisogna, inoltre, sottovalutare il ruolo chiave delle forze di polizia nel sistema del nostro ordinamento di contrasto "multilivello" alla criminalità mafiosa. Se la reazione dello stato al fenomeno mafioso si articola su differenti livelli: penale e preventivo, le forze di polizia, operando attivamente tanto nell'uno quanto nell'altro, svolgono una fondamentale funzione di ponte di comunicazione tra i diversi livelli di contrasto.

Alcune delle forze di polizia coinvolte in modo diretto (avendo una propria rappresentanza all'interno dei Gruppi Interforze) o indiretto, all'attività info-investigativa

³⁷² L'esempio più lampante è quello delle frequentazioni tra imprenditori e soggetti controindicati. Ma le circostanze potrebbero essere le più disparate. Per una disamina delle informazioni non raccolte in Banca Dati si rinvia, invece, al par. 3.2.

funzionale al rilascio delle informazioni antimafia, svolgono funzione di polizia giudiziaria ai sensi degli artt. 57 e 55 del c.p.p.³⁷³. Quindi, Oltre ad essere coinvolte nelle “indagini di tipo amministrativo”³⁷⁴ coordinate dalla Prefettura, per il rilascio della documentazione antimafia, svolgono anche attività di indagine in senso stretto nell’ambito del procedimento penale, sotto la direzione del Pubblico Ministero. Si ribadisce, a proposito che gli atti di polizia giudiziaria tipici (perquisizioni, sommarie informazioni, accertamenti urgenti, sequestri: di cui viene redatto verbale) e atipici (attività di indagine non codificate di cui viene dato riscontro con annotazioni di p.g.) possono assumere rilevanza ai fini della valutazione prefettizia sulle infiltrazioni mafiose a prescindere dagli esiti della vicenda penale nella quale si sono sviluppati³⁷⁵.

Inoltre, le stesse Forze di polizia chiamate in causa per il rilascio delle informazioni antimafia prendono parte attiva anche in altri procedimenti di natura amministrativa a vocazione preventiva dai quali è possibile trarre elementi conoscitivi utili per la valutazione sulle infiltrazioni mafiose. Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, agli accertamenti sul possesso dei requisiti morali *ex art. 43 TULPS*³⁷⁶ per il rilascio

³⁷³ Art. 57. Ufficiali e agenti di polizia giudiziaria

1. Salve le disposizioni delle leggi speciali, sono ufficiali di polizia giudiziaria:

- a) i dirigenti, i commissari, gli ispettori, i sovrintendenti e gli altri appartenenti alla polizia di Stato ai quali l’ordinamento dell’amministrazione della pubblica sicurezza riconosce tale qualità;
- b) gli ufficiali superiori e inferiori e i sottufficiali dei Carabinieri, della guardia di finanza, degli agenti di custodia e del corpo forestale dello Stato nonché gli altri appartenenti alle predette forze di polizia ai quali l’ordinamento delle rispettive amministrazioni riconosce tale qualità;
- c) il sindaco dei comuni ove non abbia sede un ufficio della polizia di Stato ovvero un comando dell’arma dei Carabinieri o della guardia di finanza.

2. Sono agenti di polizia giudiziaria:

- a) il personale della polizia di Stato al quale l’ordinamento dell’amministrazione della pubblica sicurezza riconosce tale qualità;
- b) i Carabinieri, le guardie di finanza, gli agenti di custodia, le guardie forestali e, nell’ambito territoriale dell’ente di appartenenza, le guardie delle province e dei comuni quando sono in servizio.

3. Sono altresì ufficiali e agenti di polizia giudiziaria, nei limiti del servizio cui sono destinate e secondo le rispettive attribuzioni, le persone alle quali le leggi e i regolamenti attribuiscono le funzioni previste dall’articolo 55.

Art. 55. Funzioni della polizia giudiziaria:

1. La polizia giudiziaria deve, anche di propria iniziativa, prendere notizia dei reati, impedire che vengano portati a conseguenze ulteriori, ricercarne gli autori, compiere gli atti necessari per assicurare le fonti di prova e raccogliere quant’altro possa servire per l’applicazione della legge penale.

2. Svolge ogni indagine e attività disposta o delegata dall’autorità giudiziaria.

3. Le funzioni indicate nei commi 1 e 2 sono svolte dagli ufficiali e dagli agenti di polizia giudiziaria.

³⁷⁴ Definizione di M. F. CORTESI, L. FILIPPI, *Il processo di prevenzione*, in G. SPANGHER, a cura di Giulio GARUTI, *Trattato di procedura penale - Modelli differenziati di accertamento*, Vol. I, Torino, 2011, pag. 595.

³⁷⁵ Cfr. paragrafi 2.2.1.

³⁷⁶ Art. 43 TULPS (Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza).

“Oltre a quanto è stabilito dall’art. 11 non può essere concessa la licenza di portare armi:

- a) a chi ha riportato condanna alla reclusione per delitti non colposi contro le persone commessi con violenza, ovvero per furto, rapina, estorsione, sequestro di persona a scopo di rapina o di estorsione;

dell'autorizzazione al porto d'armi³⁷⁷ o a quelli per rilascio del NOS (Nulla Osta di Segretezza) ai sensi dell'art. 27 del d.P.C.M. 23 luglio 2011³⁷⁸.

Estremamente utili in ottica antimafia, sono anche gli esiti dell'attività ispettiva su cantieri e luoghi di lavoro svolti per la verifica del rispetto della normativa in materia di lavoro, legislazione sociale, previdenziale, salute e sicurezza. Si pensi, ad esempio, all'attività ispettiva del personale delle Direzioni Interregionali e Territoriali del lavoro e dei Carabinieri del Comando Carabinieri Tutela Lavoro³⁷⁹. Essi, godono della particolare prerogativa del potere di accesso senza necessità di delega dell'Autorità Giudiziaria. Hanno, infatti, la facoltà di visitare "in ogni parte", a qualunque ora del giorno ed anche della notte, "i laboratori, gli opifici, i cantieri ed i lavori in quanto siano sottoposti alla loro vigilanza, nonché i dormitori e refettori annessi agli stabilimenti" (art. 8, c. 2, DPR 520/55).

Tali forme di ispezione e accesso, al pari di quelle previste dal Codice Antimafia, possono essere uno strumento di verifica diretta, particolarmente utile ed efficace nel constatare le attività concretamente poste in essere in cantiere.

Ma l'attività delle forze di polizia, rilevante ai fini delle informazioni antimafia, non è solo quella attuata nell'ambito di procedimento penale o amministrativi bensì anche quella attività info-operativa svolta nell'esercizio dell'ordinaria attività istituzionale. Si pensi solo, ad esempio, all'importanza della quotidiana attività di normale controllo del territorio posta in essere dalle forze di polizia, nel rilevare "elementi oggettivi di fatto" che, opportunamente collegati e analizzati, possono dare riscontro di rapporti di frequentazione, comparaggio e cointeressenze economiche tra soggetti legati all'impresa e soggetti riconducibili alla criminalità organizzata.

L'importanza ai fini del rilascio dell'informazione antimafia, dell'attività svolta dagli organismi di polizia anche al di fuori del relativo procedimento, è legata alla particolare valenza che la giurisprudenza di legittimità attribuisce all'atto di polizia: atto pubblico, che

b) a chi ha riportato condanna a pena restrittiva della libertà personale per violenza o resistenza all'autorità o per delitti contro la personalità dello Stato o contro l'ordine pubblico;

c) a chi ha riportato condanna per diserzione in tempo di guerra, anche se amnistiato, o per porto abusivo di armi. La licenza può essere riacquisita ai condannati per delitto diverso da quelli sopra menzionati e a chi non può provare la sua buona condotta o non dà affidamento di non abusare delle armi".

³⁷⁷ Cons. Stato Sez. III, 20 luglio 2016, n. 3299.

³⁷⁸ Cons. Stato, Sez. III, 10 agosto 2016, n. 3576.

³⁷⁹ Per altro, gli stessi poteri ispettivi e di vigilanza in materia di lavoro sono anche attribuiti al personale dell'Arma dei Carabinieri del Comando Carabinieri Tutela Lavoro, nell'esercizio delle proprie funzioni (art. 3, D.M. 31 luglio 1997 - Decreto istitutivo del Comando).

fa fede fino a querela di falso, con il quale il pubblico ufficiale attesta l'attività compiuta, precisando le circostanze avvenute sotto la sua diretta percezione³⁸⁰. Questo ne fa un solido elemento su cui può trovare fondamento la motivazione del provvedimento finale del Prefetto. Se si considera, poi, che il provvedimento potrebbe anche essere motivato *per relationem* (cioè mediante rinvio alle fonti stesse)³⁸¹ risulta lampante l'importanza della qualità formale e sostanziale dei riscontri forniti dalle forze di polizia in esito alle proprie attività. Precisione lessicale e contenutistica, puntualità e intellegibilità delle fonti di cui il Prefetto si avvale sono, infatti, elementi imprescindibili per la legittimità della motivazione del provvedimento³⁸².

In conclusione, ciascuna delle forze di polizia coinvolte è in grado di contribuire all'istruttoria in ragione del patrimonio informativo acquisito e, soprattutto, delle proprie specifiche competenze e vocazioni. Organizzazione, competenze, professionalità, metodologie di lavoro rappresentano una risorsa immateriale di non trascurabile importanza a disposizione indiretta del Prefetto in fase istruttoria. L'efficacia dell'apporto delle forze di polizia al sistema del contrasto alle infiltrazioni mafiose dipende certamente dalla perizia con cui queste procedono nelle rispettive attività ma soprattutto dalla capacità di organizzazione, coordinamento e raccordo delle stesse. Nell'ambito dell'istruttoria per il rilascio delle informazioni antimafia il Prefetto è chiamato a riconoscere e valorizzare capacità, specifiche competenze e potenzialità di ciascuno degli organismi di polizia: dalle notorie competenze della Guardia di Finanza nelle indagini patrimoniali, alle potenzialità dell'Arma dei Carabinieri a seguito dell'assorbimento del Corpo Forestale dello Stato³⁸³ nel campo di illeciti in materia ambientale, sempre più rilevanti anche in chiave antimafia³⁸⁴. Deve, per il tramite del Gruppo Interforze, orientarne e coordinarne le attività al fine di costituire un compendio informativo solido sul quale fondare la propria valutazione.

³⁸⁰ Cfr. Cass. pen., sez. V, 25 giugno 2009, n. 38537.

³⁸¹ Vds. par. 2.1.2.

³⁸² Cfr. E. LEOTTA, *I poteri certificativi del Prefetto quali strumenti di contrasto alla criminalità organizzata*.

³⁸³ Previsto dal d.lgs n.177/2016 "Disposizioni in materia di razionalizzazione delle funzioni di Polizia e assorbimento del Corpo Forestale dello Stato", entrato in vigore il 13 settembre 2016.

³⁸⁴ Cons. Stato, Sez. III, 8 marzo 2017, n. 1108. Vds. anche: Cons. St., Sez. III, 21 dicembre 2012, n. 6618; Cons. St., Sez. III, 28 aprile 2016, n. 1632; Cons. St., Sez. III, 28 ottobre 2016, n. 4555 e n. 4556. Per *ultra* si rimanda a quanto osservato al par. 2.2.1.

Conclusioni

Lo strumento delle informazioni antimafia “accertative” nasce e si sviluppa nell’ottica dell’anticipazione del contrasto alla criminalità mafiosa, per fronteggiarne, già in via preventiva le infiltrazioni nel tessuto socio-economico ed evitarne le irrimediabili conseguenze.

L’efficacia di questo strumento sembra testimoniata dalla progressiva espansione del suo raggio di operatività, dettato da prassi applicative ed accordi convenzionali, prima ancora che dal legislatore. D’altra parte, a fronte dell’espansione dei casi di applicabilità dell’istituto, un orientamento normativo, per certi versi antinomico, tende alla predeterminazione legale in chiave restrittiva delle cause di esclusione dalle pubbliche gare come forma di garanzia per le imprese. Questa apparente contraddizione altro non è che la proiezione sul piano normativo del difficile tentativo di bilanciamento tra due imprescindibili esigenze: la tutela dell’ordine pubblico economico, da un lato, e la libertà dell’iniziativa economica privata e della libera concorrenza, dall’altro.

La positivizzazione dei casi di infiltrazione mafiosa non sembra, però, coerente con la stessa natura dell’istituto. L’efficacia delle informazioni accertative deriva proprio dalla flessibilità dei margini di apprezzamento di un fenomeno complesso, cangiante, fluido e fumoso quale quello delle infiltrazioni mafiose. Del resto lo stesso concetto, di natura sociologica piuttosto che giuridica, di “infiltrazioni mafiose” mal si presta ad una tipizzazione in via generale e astratta.

Piuttosto, punto d’equilibrio dell’intero sistema appare essere la motivazione del provvedimento, espressione del corretto esercizio del potere discrezionale demandato al Prefetto in sede di valutazione. Essa deve dare riscontro degli “elementi oggettivi di fatto” obiettivamente significanti che, alla stregua della “logica del più probabile che non”, consentano di ritenere ragionevolmente desumibile il pericolo di infiltrazione mafiosa in base ad un complessivo, oggettivo, e sempre sindacabile in sede giurisdizionale, apprezzamento dei fatti nel loro valore sintomatico.

In questo quadro, un intervento del legislatore sembrerebbe più coerente ed utile se fosse volto a precisare maggiormente il livello di sintomaticità e concludenza degli elementi da cui poter desumere i tentativi di infiltrazioni mafiose, piuttosto che catalogare tassativamente le circostanze, invero astrattamente infinite, in cui questi possono realizzarsi.

Un'azione legislativa in questa direzione, sarebbe coerente con il più ampio contesto normativo della prevenzione alle infiltrazioni mafiose. Infatti una soluzione analoga è stata adottata con riferimento alle infiltrazioni mafiose negli Enti Locali. Modificando l'originaria formulazione dell'art. 146 del Testo Unico degli Enti Locali³⁸⁵, la L. n. 94 del 15 luglio 2009, ha precisato che gli elementi oggetto della valutazione amministrativa debbano essere "univoci, concreti e rilevanti"³⁸⁶. Per altro, una precisazione simile anche nell'ambito delle disposizioni sulle informazioni antimafia non avrebbe mero valore formale. Limitando eccessive oscillazioni interpretative, risulterebbe utile nell'uniformare sia l'azione delle Prefetture sia gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità.

Per altro, proprio il controllo del Giudice Amministrativo, svolge funzione complementare di garanzia contro l'uso arbitrario dello strumento antimafia e di tutela del legittimo affidamento nei confronti dell'operato dell'Amministrazione. Pertanto è auspicabile favorire orientamenti univoci e coerenti della giurisprudenza sul punto, finanche attraverso la revisione della ripartizione della competenza giurisdizionale prevedendo una competenza funzionale per le controversie in materia.

D'altra parte, al di là dei possibili ragionamenti *de jure condendo*, l'azione amministrativa in applicazione della normativa antimafia vigente, presenta notevoli potenzialità nonché ulteriori margini di miglioramento. Essa, senza rinunciare all'efficacia, deve e può presentare adeguate forme di garanzia nei confronti dei cittadini a prescindere

³⁸⁵ D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (TUEL).

L'art. 143: "Scioglimento dei consigli comunali e provinciali conseguente a fenomeni di infiltrazione e di condizionamento di tipo mafioso o similare" al co. 1, recitava "Fuori dei casi previsti dall'articolo 141, i consigli comunali e provinciali sono sciolti quando, anche a seguito di accertamenti effettuati a norma dell'articolo 59, comma 7, emergono elementi su collegamenti diretti o indiretti degli amministratori con la criminalità organizzata o su forme di condizionamento degli amministratori stessi, che compromettono la libera determinazione degli organi elettivi e il buon andamento delle amministrazioni comunali e provinciali, nonché il regolare funzionamento dei servizi alle stesse affidati ovvero che risultano tali da arrecare grave e perdurante pregiudizio per lo stato della sicurezza pubblica. Lo scioglimento del consiglio comunale o provinciale comporta la cessazione dalla carica di consigliere, di sindaco, di presidente della provincia e di componente delle rispettive giunte, anche se diversamente disposto dalle leggi vigenti in materia di ordinamento e funzionamento degli organi predetti, nonché di ogni altro incarico comunque connesso alle cariche ricoperte".

³⁸⁶ Il sopracitato art. 143, co. 1, del TUEL, risulta, oggi, così modificato: "Fuori dei casi previsti dall'articolo 141, i consigli comunali e provinciali sono sciolti quando, anche a seguito di accertamenti effettuati a norma dell'articolo 59, comma 7, emergono concreti, univoci e rilevanti elementi su collegamenti diretti o indiretti con la criminalità organizzata di tipo mafioso o similare degli amministratori di cui all'articolo 77, comma 2, 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 e l'imparzialità delle amministrazioni comunali e provinciali, nonché il regolare funzionamento dei servizi alle stesse affidati ovvero che risultano tali da arrecare grave e perdurante pregiudizio per lo stato della sicurezza pubblica".

dall'eventuale successivo intervento del Giudice, che sarebbe già sintomo di un indebito pregiudizio arrecato da un provvedimento illegittimo.

In quest'ottica occorre, in primo luogo, garantire l'utilizzo uniforme dello strumento e l'adozione di canoni di valutazione analoghi da parte di tutte le Prefetture così da evitare che, in situazioni assimilabili, si verifichino disparità di trattamento a seconda dell'autorità competente.

In secondo luogo, è auspicabile che ciascuna Prefettura disponga di un patrimonio informativo quantitativamente e qualitativamente adeguato ad esprimere una valutazione saldamente fondata. La complessità delle indagini che tale valutazione presuppone, per di più, evidenzia la necessità di un approccio marcatamente investigativo, e non meramente burocratico-documentale, da parte degli organismi coinvolti nelle verifiche coordinate dalla Prefettura.

Al perseguimento di queste finalità sarebbe utile, accanto ad un costante aggiornamento professionale, anche l'emanazione di direttive e atti d'indirizzo. In particolare, uno strumento come quello delle linee-guida, positivamente sperimentato in materia di "Grandi opere", sarebbe efficace nel sensibilizzare, orientare e coordinare l'azione non solo delle Prefetture, ma tutti i soggetti istituzionali coinvolti nel sistema di applicazione della documentazione antimafia. Inoltre, lo sviluppo e la condivisione di modelli operativo-procedimentali e *best-practice* ottimizzerebbe l'attività informativa garantendone una maggiore completezza ed efficacia nel costituire un quadro completo per la valutazione finale del Prefetto.

A tal fine, è indispensabile il concorso attivo, consapevole e coordinato delle forze di polizia, sia nelle loro rappresentanze presso i Gruppi Interforze, sia nelle loro articolazioni territoriali e investigative.

In un sistema in cui l'efficacia della prevenzione si lega in modo indissolubile con la completezza delle informazioni è necessario sviluppare sistemi funzionali di condivisione e raccordo del patrimonio informativo. In quest'ottica si inquadra la Banca Dati Nazionale della Documentazione Antimafia. Ma il sistema automatizzato, per quanto rapido e capiente, non può essere ritenuto autonomamente sufficientemente: sia perché necessita pur sempre di una costante alimentazione, sia per della varietà di situazioni potenzialmente sintomatiche di infiltrazioni mafiose. Occorre, dunque, stimolare lo scambio informativo tra i vari soggetti coinvolti nel sistema delle informazioni antimafia,

con comunicazioni dirette, incontri e riunioni, sia in ambito periferico sia tra livelli periferico e centrale.

Un'adeguata circolarità informativa, da un lato, mette ciascuna Prefettura nelle condizioni di esprimere una valutazione quanto più aderente possibile grazie all'analisi completa di tutti i dati a disposizione.

Dall'altro lato, essa permette, a fronte anche di un efficace coordinamento tra Autorità Giudiziaria e autorità di Pubblica Sicurezza, di attivare opportunamente tutti gli strumenti di cui l'ordinamento dispone sia a livello preventivo che repressivo esercitando, così, la massima efficacia del sistema di contrasto al fenomeno mafioso attraverso la saturazione dell'obiettivo.

Dunque, l'utilizzo pieno, ed allo stesso tempo oculato ed ineccepibile del "sistema delle informazioni antimafia", da una parte permette la massima efficacia nel contrasto alla criminalità organizzata; dall'altra, assicura la totale garanzia dei diritti di quanti ad essa sono estranei, sia evitando loro indebiti sacrifici imposti da ragioni di ordine generale, sia, soprattutto, estirpando dal tessuto sociale legale un germe - quello mafioso - destinato a soffocarli.

“Gran parte delle protezioni mafiose, dei privilegi mafiosi certamente pagati dai cittadini non sono altro che i loro elementari diritti. Assicuriamoglieli, togliamo questo potere alla Mafia, facciamo dei suoi dipendenti i nostri alleati”.

(Carlo Alberto dalla Chiesa, intervistato da Giorgio Bocca, su “la Repubblica”, 10 agosto 1982)

Bibliografia

- A. Azara, E. Eula (a cura di), *Novissimo Digesto Italiano*, Utet 1968
- V. Bachelet, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967
- R. Bartolomeo, *Il diritto penale della criminalità organizzata*, Dir. Pen. e Processo, 2013, 9, 1013
- S. Cacace, *Tutela antimafia e Grandi opere, contenzioso e giurisprudenza*, in www.giusitizia-amministrativa.it
- R. Cantone, *La riforma della documentazione antimafia: davvero solo un restyling?*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2013, 892
- R. Cantone con G. Di Feo, *I Gattopardi*, Milano, Mondadori, 2010
- V. Capuzza, *La Sostituzione e l'inversione interne all'A.T.I.: figure e considerazioni*, in *Appalti&Contratti*, Università degli Studi di Roma "Tor Vergata", anno III, n. 34/2013, gennaio 2013.
- S. Cimini, *La nuova documentazione antimafia: le «informazioni» del Prefetto* (nota a Cons. Stato, sez. VI, 11 settembre 2001, n. 4724), *Foro it.*, 2002, III, 291
- L. Carbone, L. Lo Meo, *Possibilità di richiedere l'informativa antimafia in caso di appalti d'importo inferiore alla soglia comunitaria*, *Giornale Dir. Amm.*, 2008, 4, 429C
- F. Caringella, *Manuale di Diritto Amministrativo*, volume II. Il procedimento amministrativo, cap. 2, L'anello di congiunzione tra procedimento e provvedimento; Dike Giuridica Editrice, Roma, 2012
- G. Cascone, *Cambia il quadro dei controlli: verso nuove forme di "autodifesa"*, *Azienditalia*, 2000, 4
- S. Cassese (a cura di), *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Quarta edizione, Giuffrè, Milano, 2012
- S. Cassese, *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, 1, 27
- A. Cisterna (a cura di), *Commento al codice antimafia*, di A. Cisterna, M. V. De Simone, B. Frattasi, S. Gambacurta, Maggioli Editore, ed. 2013
- A. Cisterna, *Le misure di contrasto alla criminalità organizzata nel "Pacchetto sicurezza"*, *Dir. Pen. e Processo*, 2009, 9, 1069
- A. Cisterna, *Certificazione antimafia*, in *Dig. disc. pubbl.*, agg. 2010, 14

- A. Cisterna, *Il codice antimafia: tra istanze compilative e modelli criminologici*, Dir. Pen. e Processo, 2012, 2, 213
- C. Contessa, *Ancora sul regime temporale di efficacia delle informative interdittive Antimafia*, Giornale Dir. Amm., 2014, 11, 1019
- M.F. Cortesi, L. Filippi, *Il processo di prevenzione*, in G. Spangher, a cura di Giulio Garuti, Trattato di procedura penale - Modelli differenziati di accertamento, Vol. I, Torino, 2011, pag. 595
- G. D'Angelo, *La documentazione antimafia nel d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159: profili critici*, in Urbanistica e appalti, 2013, 3, 256
- S. Danna, (a cura di), *Prodotto Interno Mafia*, di P. Grasso, N. Gratteri, I. Lo Bello, D. Mogavero, M. Naim, Einaludi, Torino, 2011
- V. De Gioia, *Le garanzie in materia di informazioni prefettizie antimafia*, in Nuova Rass., 21, 2007
- L. M. Delfino, *L'eccesso di potere nelle interdittive antimafia*, Intervento tenuto il 16 dicembre 2015 presso l'Aula Magna Quistelli dell'Università Mediterranea di Reggio Calabria nel seminario di studio su "Il controllo delle giurisdizioni sulla discrezionalità amministrativa" organizzato dal T.A.R. della Calabria, dalla Scuola Superiore della Magistratura - Struttura Territoriale di Reggio Calabria -, dalla Università degli Studi di Reggio Calabria "Mediterranea", dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Reggio Calabria, dalla Camera degli Avvocati Amministrativisti di Reggio Calabria. Disponibile in www.filodiritto.it
- M. V. De Simone, F. Roberti, *Osservazioni a margine dei lavori del Senato sull'iter di approvazione dell'A.S. n. 2134 recante modifiche al codice delle leggi antimafia. La posizione della Procura Nazionale*, in www.penalecontemporaneo.it
- F. Di Cristina, *Le misure urgenti sulla pubblica amministrazione - la nuova vita dell'ANAC e gli interventi in materia di appalti pubblici in funzione anticorruzione*, Giornale Dir. Amm., 2014, 11, 1019
- F. Di Lascio, B. Neri, *I poteri di vigilanza dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, Giornale Dir. Amm., 2015, 4, 454
- C. Fe', *Interdittiva prefettizia e sindacato del G.A.*, Corriere Merito, 2012, 8-9
- G. Fidone, *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti Pubblici*, Giornale Dir. Amm., 2015, 3, 325

- I. Filippetti, *Concorrenza in terra di mafia*, Corriere Merito, 2008
- C. Franchini, M. Lucca, T. Tessaro, *Il nuovo procedimento amministrativo. Commentario coordinato della legge 241/90 riformata dalla legge 11 febbraio 2005 n. 15 e dalla legge 14 maggio 2005, n. 90*, Maggioli Editore, Padova, 2008
- C. Franchini, *Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria. La coamministrazione nei settori di interesse comunitario*, Padova, 1993
- B. Frattasi, *Faranno accessi ispettivi i Gruppi Interforze presso gli Uffici Territoriali di Governo*, in Guida al diritto n. 39, 2 ottobre 2010
- B. Frattasi, *Le informative tipiche ed atipiche: che cosa sono? Le risposte della giurisprudenza*, in Riv. trim. app., 2008, 729
- B. Frattasi, *Le linee guida antimafia*, in Quaderno n. 1, Protocolli di Legalità e Linee guida antimafia disponibile, in www.itaca.org
- A. Galasso, L. Mormile, *Il "trust antimafia" tra principi generali e interessi antagonisti*, Trusts, 2012, 6
- A. Giarda, *Un ulteriore sforzo legislativo contro la criminalità organizzata*, Corriere Merito, 2011, 12 (commento alla normativa)
- N. Gratteri con A. Nicaso, *Padrini e padroni*, Milano, Mondadori, 2016
- N. Gullo, *Il regolamento per il funzionamento della Banca Dati nazionale unica della Documentazione antimafia - il commento*, in Giornale Dir. Amm., 2015, 4, 476
- M. Immondrino, *Gli appalti pubblici tra documentazione antimafia ed esigenza di semplificazione*, in Dir. Proc. Amm. 2013
- A. Infante, S. Menichelli, *Origini ed evoluzione della certificazione antimafia*, Dir. Pen. e Processo, 1997, 12, 1525 (commento alla normativa)
- G. Iudica, A. Carullo, *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, CEDAM, 2012
- E. Leotta, *I poteri certificativi del Prefetto quali strumenti di contrasto alla criminalità organizzata: inquadramento sistematico ed aspetti problematici*, Relazione alla Conferenza Nazionale: "Le nuove disposizioni penali in materia di sicurezza pubblica - strumenti e poteri di prevenzione antimafia", organizzata dall'Osservatorio Permanente sulla Criminalità organizzata - Siracusa, 25-27 giugno 2010, in www.giustizia-amministrativa.it

- V. Maiello, *Le misure di prevenzione dopo il cosiddetto codice antimafia. Aspetti sostanziali e aspetti procedurali - profili sostanziali: le misure di prevenzione personali*, Giur. It., 2015, 6, 1520 (dottrina)
- V. Maiello, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, Raccolta di scritti, Torino, 2014
- A. Marchese, *Brevi note in tema di trust (anti)-antimafia, ovvero: la segregazione di beni in frode alla legge*, in www.comarazionedirittocivile.it
- B. G. Mattarella, M. Pelissero (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013
- A. Mezzotero, *Le informative prefettizie antimafia*, Giur. Merito, 2009, 4, 1084
- G. Nanula, *La lotta alla mafia*, Milano, 2009
- V. Neri, *Informativa antimafia e contrasto alla criminalità organizzata*, Corriere Merito, 2010, 8-9
- G. Pignatone, *Mafia e corruzione: tra confische, commissariamenti e interdittive, relazione, sul tema "Legalità corrotta"*, al convegno "Le ragioni dell'impresa e le ragioni dell'amministrazione della giustizia. I teatri della crisi", Roma 24 settembre 2015, disponibile in www.penalecontemporaneo.it
- P. Pirruccio, *L'informativa antimafia prescinde dall'accertamento di fatti penalmente rilevanti*, Giur. Merito, 2009
- F. Ramacci, G. Spangher (a cura di), *Il sistema della sicurezza pubblica*, Giuffrè, 2010
- V. Reale, R. Reale, *Il sistema normativo dei controlli antimafia e sui tentativi di infiltrazione mafiosa nelle attività contrattuali, autorizzative e concessorie pubbliche*, in Nuova rassegna 2011, 2204
- F. Roberti con G. Foschini, *Il contrario della paura*, Milano, Mondadori, 2016
- B. Romano, *Il diritto penale della criminalità organizzata*, Dir. Pen. e Processo, 2013, 9, 1013
- F. Saitta, *I protocolli di legalità al vaglio dei giudici europei*, in Riv. it. dir. pubb. comm., 2015
- F. Saitta, *Informative antimafia e protocolli di legalità, tra vecchio e nuovo*, in Riv. trim. app., 2014, 2, 425
- L. Savelli, *Le informative tipiche ed atipiche. Che cosa sono? Le risposte della giurisprudenza*, in www.igitilia.it
- F. G. Scoca (a cura di), *Diritto Amministrativo*, seconda ed., Giappichelli, Torino, 2014

- G. Spangher, *Trattato di procedura penale - Modelli differenziati di accertamento*, Vol. I, Torino, 2011,
- P. Tonnara, *Informative antimafia e discrezionalità del Prefetto - il commento*, Urbanistica e appalti, 2017, 2, 223
- F. Vergine, *Le misure preventive patrimoniali penali*, Riv. Dir. Proc., 2016, 1, 52 (commento alla normativa)
- G. Vesperini, *Il vincolo europeo sui diritti amministrativi nazionali*, Milano, 2011, 114
- S. Vinti, *I protocolli di legalità e il diritto europeo - il commento*, Giornale Dir. Amm., 2016, 3, 318
- L. Violante, *Non è la piovra. Dodici tesi sulle mafie italiane*, Torino, 1994
- *Direttiva Linee guida Grandi opere 2005*, disponibile in www.interno.gov.it
- *Primo aggiornamento delle linee guida (3 agosto 2011)* in www.interno.gov.it
- Dossier “*Corruzione. La tassa occulta che impoverisce e inquina il Paese*”, curato da Associazione Libera e Legambiente
- Osservatorio sulla criminalità organizzata dell’Università degli Studi di Milano, Primo rapporto sulle aree settentrionali redatto per la Presidenza della Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno mafioso

Siti internet consultati

- www.anticorruzione.it
- www.comarazionedirittocivile.it
- www.cross.unimi.it
- www.filodiritto.it
- www.giusitizia-amministrativa.it
- www.igitalia.it
- www.interno.gov.it
- www.itaca.org
- www.penalecontemporaneo.it
- www.senato.it

ALLA RICERCA DELLA TITOLARITÀ EFFETTIVA NEL RICICLAGGIO

Ten. Zaccaria Sica

Introduzione	161
1) TITOLARITÀ EFFETTIVA E GIURIDICA	165
a) Il contesto internazionale	166
b) La normativa nazionale	167
c) La IV Direttiva UE antiriciclaggio	171
d) Il reato di trasferimento fraudolento di valori	174
2) QUADRO NORMATIVO IN TEMA DI S.O.S. E ADEGUATA VERIFICA DELLA CLIENTELA	179
a) L'adeguata verifica della clientela	180
I. La graduazione degli obblighi	181
b) Le segnalazioni di operazioni sospette	192
I. L'oggetto e gli indicatori di anomalia	192
II. Il procedimento di segnalazione	195
3) I RUOLI NEL SISTEMA ANTIRICICLAGGIO	199
a) Il filtro dell'Unità di Informazione Finanziaria	199
b) Gli organi investigativi	200
4) STRUMENTI SIGNIFICATIVI PER LE OPERAZIONI DI RICICLAGGIO	203
a) Lo sfruttamento dei paradisi fiscali	206
b) Istituti emergenti	214
I. Il <i>trust</i>	214
II. Il <i>factoring</i>	223
III. Il <i>leasing</i>	227
c) Lo schermo che offre l'attività d'impresa	229
I. Indebito utilizzo di polizze assicurative	229
II. Abuso di finanziamenti pubblici	233

Introduzione

Il venir meno delle più incisive barriere all'interno del mercato europeo, oltre ad aver facilitato il rafforzamento e lo sviluppo dei rapporti economici tra gli Stati Membri, ha altresì aperto a nuove opportunità per il riciclaggio di denaro proveniente da fatti delittuosi.

L'economia criminale è caratterizzata da un ROI (return of investment) molto elevato - come ad esempio il traffico di cocaina che può raggiungere il rapporto 5 c/o 1 in un breve lasso di tempo, anche di poche settimane - aprendo le porte anche a metodi di riciclaggio che comportino la realizzazione di operazioni economiche in perdita in quanto essi, data l'alta redditività dell'investimento criminale, risultano complessivamente convenienti.

In ogni caso resta estremamente difficile valutare con precisione la portata di questo problema. "Le transazioni finanziarie che hanno luogo quotidianamente sono oramai calcolate in teradollari (un teradollaro corrisponde a mille miliardi di dollari). La metà dello *stock* mondiale di denaro transita o risiede nei paradisi fiscali, quindi esiste un colossale volume d'affari che sfugge al controllo degli Stati di diritto¹".

I flussi di denaro illecito possono minare l'integrità, la stabilità e la reputazione del settore finanziario, in cui la fiducia è un elemento catalizzatore, e costituire una minaccia per il buon andamento del mercato interno dell'Unione Europea nonché per lo sviluppo internazionale. Colpiscono gravemente la libertà di concorrenza, elemento cardine di un mercato efficiente, attraverso fenomeni di *predatory pricing*, falsandola e causando gravi difficoltà finanziarie, fino al fallimento, nei casi più gravi, delle aziende rispettose del quadro normativo in cui operano. Ma il costo economico, ossia la compressione del reddito complessivo, a causa di costi imposti dalla criminalità, di risorse allocate in modo inefficiente e di investimenti scoraggiati, è ancora più ampio. Se si guarda al riciclaggio come la porta dell'economia legale si nota come quanto più si restringe quella porta tanto più si chiude uno sbocco all'utilizzo del denaro e dei beni di origine criminosa, creando un problema di allocazione dei proventi delle attività illecite alla criminalità, con conseguente minor redditività dell'investimento criminale e maggior rischio di essere intrappolati nelle maglie della polizia giudiziaria. Il tutto si tradurrebbe nell'abbandono di una percentuale di attività illecite inversamente proporzionale alla facilità di impiego dei frutti di quelle attività. Si pensi all'impatto sull'economia dei reati di corruzione, di criminalità di tipo mafioso, del narcotraffico e delle violazioni tributarie sia amministrative che penali.

¹ Alain DENEAULT, *Off-shore. Paradisi fiscali e sovranità criminale*, Verona, 2011.

Al contempo, sarebbe auspicabile raggiungere un equilibrio tra il conseguimento degli obiettivi di protezione della società dalla criminalità e la salvaguardia della stabilità e integrità del sistema economico e finanziario dell'Unione e la necessità di creare un ambiente normativo che consenta alle aziende di sviluppare la propria attività senza incorrere in costi sproporzionati di adeguamento alla normativa.

Il legislatore italiano ha inizialmente dato una risposta di tipo repressivo, aggiungendo con il Decreto Legge n. 59 del 1978, l'art. 648-*bis* al codice penale e a partire dal 1991, a seguito della cosiddetta prima direttiva antiriciclaggio della Comunità Economica Europea e sulla base delle Raccomandazioni del Gruppo d'Azione Finanziaria Internazionale, è progressivamente giunto ad elaborare l'attuale disciplina di contrasto in via preventiva al fenomeno del riciclaggio con il Decreto Legislativo n. 231 del 2007. La Comunità Europea prima e l'Unione Europea poi, si sono mosse ampliando progressivamente l'ambito di applicazione ed i destinatari degli obblighi antiriciclaggio con nuove direttive nel 2001, nel 2005, in conseguenza anche dell'aggiornamento delle Raccomandazioni del GAFI e da ultimo nel 2015 con l'ulteriore scopo di adeguare la normativa ai nuovi scenari criminali, in particolare tenendo conto dello sviluppo di nuove tecnologie, dell'opportunità di introdurre un regime minimo sanzionatorio armonizzato tra gli Stati membri e di garantire la proporzionalità tra gli obblighi antiriciclaggio e le capacità delle piccole e medie imprese; il tutto corredato, allo stesso tempo, dall'intento di diminuire la complessità nell'apparato normativo transfrontaliero.

La disciplina antiriciclaggio ha, in sostanza, creato un'ulteriore ipotesi di "diritto speciale" di società abilitate come intermediari, in merito all'organizzazione e all'azione di esse. Ad esempio, si prescrivono l'adozione di particolari forme societarie e l'esistenza di un capitale minimo, si fissano requisiti di onorabilità dei soci o degli esponenti, vincoli nell'assunzione di cariche nell'organo amministrativo e nella composizione di quello di controllo. Si pone, in particolare, il problema dei rapporti e delle operazioni tra società appartenenti allo stesso gruppo che possano eludere la normativa di prevenzione.

L'apertura dei mercati causata dalla globalizzazione degli scambi commerciali rende il fenomeno del *money-laundering* sempre più internazionale. Non sono sufficienti gli sforzi dei singoli Stati ed a volte neanche dell'intera UE a combattere questo crimine, se non coordinando gli strumenti di contrasto su scala internazionale e sulla base di un'efficace cooperazione.

A livello globale il sistema di prevenzione antiriciclaggio si estrinseca in atti di *soft law*, quali sono le 40 Raccomandazioni del GAFI aggiornate nel 2012 ampliandone e rafforzandone le misure in particolare relativamente alle persone politicamente esposte, ai criminali di natura

fiscale e ad un approccio basato su livelli di rischio. Queste sono state recepite a livello europeo nella Direttiva 849 del 2015 le cui norme attuative italiane non sono state ancora approvate.

1) TITOLARITÀ EFFETTIVA E TITOLARITÀ GIURIDICA

Una delle difficoltà maggiori che affronta il sistema di prevenzione del riciclaggio è l'individuazione del titolare effettivo di un rapporto economico o di una situazione giuridica, ed è spesso arduo verificare le informazioni acquisite, specie quando il cliente o la controparte è riluttante a fornirle. Ulteriore elemento di difficoltà è seguire gli eventuali cambiamenti nella persona, fisica o giuridica, nella titolarità effettiva.

Ai fini della normativa antiriciclaggio, il titolare effettivo è la persona per conto della quale è realizzata un'operazione; nel caso di un'entità giuridica è la persona o le persone fisiche che, in ultima istanza, possiedono o controllano tale entità o ne risultano beneficiari. Il titolare effettivo può non coincidere con il soggetto a cui viene resa la prestazione professionale o con il legale rappresentante, eventualmente, dell'ente beneficiario dell'operazione.

L'allegato tecnico al d. lgs. 231 del 2007 definisce come titolare effettivo, in caso di società:

- La persona fisica o le persone fisiche che, in ultima istanza, possiedano o controllino la società stessa, attraverso il possesso o il controllo, diretto o indiretto, di una percentuale della partecipazione al capitale o dei diritti di voto in seno ad essa, pari ad almeno il venticinque per cento più uno;
- La persona fisica o le persone fisiche che esercitano, in altro modo, il controllo sulla direzione della società.

Un soggetto, pertanto, può essere considerato come titolare effettivo anche quando detiene una partecipazione inferiore al venticinque per cento più uno o addirittura non detiene alcuna partecipazione ma esercita, con qualsiasi mezzo, il controllo sulla direzione della stessa, attraverso, ad esempio, un prestanome; la ratio della norma è proprio quella di ricercare il titolare effettivo che tenda ad occultare il suo status, cercando di non apparire in documenti pubblici quali la visura camerale e le quote di partecipazione societaria.

Allorquando si sia in presenza di un socio che detenga una quota del capitale sociale superiore al cinquanta per cento, ed un altro che detenga una quota superiore al venticinque per cento più uno, l'individuazione di un unico titolare effettivo nella persona del socio di maggioranza, non costituisce una corretta modalità di applicazione della normativa. La qualifica di titolare effettivo deve essere attribuito ad entrambi i soci che possiedono quote superiori al venticinque per cento.

a) *Il contesto internazionale*

Il tema del titolare effettivo è stato un argomento di discussione nella riunione del G8 di *Fermanagh* del 2013, che ha portato alla redazione di un piano d'azione per l'attuazione del principio di trasparenza nella proprietà e nel controllo di *assets*.

Gli Stati costituenti tale organismo si sono obbligati a conseguire i seguenti obiettivi:

1. Le società dovrebbero sapere chi le controlla e chi ne detiene la proprietà e i beneficiari della loro attività, e le relative informazioni dovrebbero essere adeguate, accurate e aggiornate, e dovrebbero assicurare che la documentazione inerente le suddette informazioni siano corrette.
2. Le informazioni sui titolari effettivi delle aziende dovrebbero essere accessibili alle Forze dell'ordine, alle amministrazioni fiscali e alle altre Autorità rilevanti per l'ordinamento statale, ed in particolare alle *Financial Intelligence Units*. Questo obiettivo potrebbe essere raggiunto attraverso registri centrali sulla titolarità effettiva. Gli Stati dovrebbero porre in essere misure atte a facilitare l'accesso a tali informazioni da parte delle istituzioni finanziarie e altri enti regolamentati. Specifiche informazioni dovrebbero essere pubblicamente accessibili.
3. I *trustee* dovrebbero conoscere chi è il titolare effettivo del *trust*, il beneficiario o la categoria dei beneficiari e i *settlors*. Anche tali informazioni dovrebbero essere accessibili alle Forze dell'ordine, alle amministrazioni fiscali ed alle altre Autorità rilevanti per l'ordinamento statale, e in particolare alle *Financial Intelligence Units*.
4. Le Autorità dovrebbero essere messe nelle condizioni di valutare adeguatamente il livello di rischio di riciclaggio e di dirigere, con misure proporzionate, la loro azione contro i *target* più rischiosi. Informazioni appropriate sui risultati dell'analisi dei rischi dovrebbero essere condivise con i soggetti aventi un ruolo nel sistema di prevenzione antiriciclaggio.
5. L'abuso degli strumenti finanziari e di determinate strutture a partecipazione azionaria che potrebbero ostacolare la trasparenza, come azioni al portatore, e detentori e dirigenti nominati a seguito di conferimento di incarico, dovrebbero essere evitati in via preventiva.
6. Istituzioni finanziarie e professionisti, inclusi trust e società di servizi, dovrebbero essere soggetti a obblighi antiriciclaggio volti all'identificazione e verifica della titolarità effettiva nei rapporti con la clientela. I Paesi dovrebbero assicurare una effettiva capacità di controllo sull'osservanza dei suddetti obblighi.

7. Dovrebbe essere predisposto un sistema sanzionatorio che sia dotato di effettività, proporzionalità e dissuasività, nei confronti di soggetti obbligati che non adempiono ai propri obblighi di adeguata verifica, registrazione e segnalazione. Queste sanzioni dovrebbero essere rafforzate rispetto a quelle attualmente in vigore.
8. Le autorità nazionali dovrebbero proficuamente collaborare sia a livello domestico che internazionale nella lotta al riciclaggio. I Paesi dovrebbero assicurare rapidità ed efficacia nel fornire le informazioni in risposta alle autorità straniere.

L'Italia, in qualità di Paese membro del G8, si è assunta l'impegno di conseguire tali obiettivi laddove fosse insufficiente la normativa interna di settore.

Specificamente riguardo al punto 8, l'Italia ha assunto l'impegno di attuare accordi bilaterali, i quali garantiscano che le autorità di contrasto nazionali abbiano totale ed effettivo accesso alle informazioni sulla titolarità effettiva delle società costituite nel Paese partner e viceversa. Si è impegnata ad adottare misure ulteriori, rispetto al piano d'azione nazionale sulla titolarità effettiva, per garantire la trasparenza di quest'ultima e il controllo di tutte le società coinvolte in operazioni immobiliari e nel settore degli appalti pubblici. Altresì si avvarrà di partenariati pubblici-privati per la condivisione di informazioni per riunire i governi, le autorità di contrasto, le autorità di regolamentazione ed il settore finanziario, al fine di individuare, prevenire ed arrestare il riciclaggio di denaro legato alla corruzione.

b) La normativa nazionale

La ricerca della titolarità effettiva si impernia sullo strumento dell'adeguata verifica, che è un processo di approfondimento dinamico che si sviluppa mediante l'esecuzione di quattro differenti attività:

- identificazione del cliente e verifica della sua identità sulla base di documenti, dati o informazioni ottenuti da una fonte affidabile e indipendente;
- individuazione e verifica dell'identità del titolare effettivo delle transazioni;
- raccolta di informazioni sullo scopo e sulla natura del rapporto continuativo o della prestazione professionale;
- monitoraggio costante del rapporto e della prestazione professionale.

Tali adempimenti sono diversamente modulati in funzione della tipologia di operatore e dell'analisi del rischio di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo operata dai destinatari della normativa antiriciclaggio.

In particolare, sotto un profilo temporale, per gli intermediari e gli altri esercenti attività finanziaria tali adempimenti trovano applicazione nei seguenti casi:

- instaurazione di un rapporto continuativo;
- esecuzione di operazioni occasionali, disposte dai clienti che comportino la trasmissione o la movimentazione di mezzi di pagamento per importo pari o superiore a 15mila euro, indipendentemente dal fatto che si tratti di un'operazione unica o di più operazioni che appaiono collegate per realizzare un'operazione frazionata;
- presenza di sospetti di riciclaggio, indipendentemente da qualsiasi deroga, esenzione o soglia applicabile;
- sussistenza di dubbi sulla veridicità o sull'adeguatezza dei dati precedentemente ottenuti.

Viceversa per i professionisti ed i revisori contabili si applicano in caso di:

- prestazione professionale avente ad oggetto mezzi di pagamento, beni o utilità di valore pari o superiore a 15mila euro;
- prestazioni professionali occasionali che comportano la trasmissione o la movimentazione di mezzi di pagamento di importo pari o superiore a 15mila euro, indipendentemente se si tratta di un'operazione unica o frazionata;
- operazioni di valore indeterminato o non determinabile;
- sospetti di riciclaggio oppure dubbi sulla veridicità o adeguatezza dei dati ottenuti in sede di identificazione.

Infine, alla luce dell'art. 17 del decreto 231/2007, per gli altri operatori non finanziari, trovano applicazione nelle seguenti circostanze:

- instaurazione di un rapporto continuativo o conferimento di un incarico a svolgere una prestazione professionale;
- esecuzione di operazioni che comportino la trasmissione o la movimentazione di mezzi di pagamento di importo pari o superiore a 15mila euro, sia in caso di operazione unica che frazionata;
- sospetti di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo, ovvero dubbi sulla veridicità o adeguatezza dei dati acquisiti in sede di identificazione.

Circa le modalità di esecuzione dei compiti, l'art. 19 del decreto 231/2007 stabilisce, a fattor comune per tutti i destinatari, che:

- l'identificazione e la verifica dell'identità del cliente e del titolare effettivo è svolta, in presenza del cliente mediante un documento d'identità non scaduto, prima dell'instaurazione del rapporto continuativo o al momento in cui è conferito l'incarico di

svolgere una prestazione professionale o dell'esecuzione dell'operazione. Qualora il cliente sia una società o un ente occorre verificare l'effettiva esistenza del potere di rappresentanza acquisendo le informazioni necessarie per individuare e verificare l'identità dei rappresentanti delegati alla firma;

- l'identificazione e la verifica dell'identità del titolare effettivo è effettuata contestualmente all'identificazione del cliente e impone, per le persone giuridiche, i *trust* e soggetti giuridici analoghi, l'adozione di misure adeguate e commisurate alla situazione di rischio per comprendere la struttura di proprietà e di controllo del cliente. Per identificare e verificare l'identità del titolare effettivo, è possibile fare ricorso a pubblici registri, elenchi, atti o documenti conoscibili da chiunque, oppure chiedere ai propri clienti i dati pertinenti, ovvero ottenere informazioni in altro modo;
- il controllo costante nel corso del rapporto continuativo o della prestazione professionale, si attua analizzando le transazioni concluse durante tutta la durata di tale rapporto in modo da verificare che tali transazioni siano compatibili con la conoscenza che l'ente o la persona tenuta all'identificazione hanno del proprio cliente, delle sue attività commerciali e del suo profilo di rischio, avendo riguardo, se necessario, all'origine dei fondi e tenendo aggiornati i documenti, i dati o le informazioni detenute.

L'adeguata verifica va effettuata nei confronti di tutti i nuovi clienti, mentre per la clientela già acquisita si applica al primo contatto utile, fatta salva la valutazione del rischio di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo che va operata in ogni momento, comportando in caso di rischio elevato l'immediata attualizzazione della verifica ordinaria del cliente. Importante, quindi, è la valutazione che gli intermediari e gli altri operatori sono chiamati ad effettuare sul grado di rischio di riciclaggio, consistente in una verifica prospettica dei pericoli che una specifica circostanza possa risolversi in condotte di riciclaggio o di terrorismo, indipendentemente dalla effettiva verifica delle condotte. Dal rischio va distinto il sospetto su cui è basato il sistema delle segnalazioni, il quale è riferito al concreto verificarsi di una determinata circostanza; in tal caso, la valutazione non si pone più in prospettiva, ma viene riferita alla situazione specifica. Più in concreto, per la valutazione del rischio di riciclaggio l'art. 20 del decreto 231/2007 riporta una serie di criteri generali cui i destinatari degli obblighi antiriciclaggio devono fare riferimento, con particolare riguardo al cliente, ossia alla natura giuridica, alla prevalente attività svolta ed al comportamento tenuto al momento dell'operazione, oppure al rapporto continuativo, alla prestazione professionale o all'operazione che si intende svolgere, in ragione della tipologia, dell'ammontare, della frequenza e della

modalità di svolgimento, dell'area geografica di destinazione e della ragionevolezza. Per agevolare tale attività valutativa, il legislatore ha introdotto un obbligo di collaborazione attiva esteso a tutti i cittadini che, nell'aprire un conto o nell'effettuare un'operazione rilevante o ancora nel dare incarico di svolgere una prestazione, sono tenuti a fornire, sotto la propria responsabilità, tutte le informazioni necessarie per consentire agli operatori di adempiere agli obblighi di adeguata verifica. In particolare, se il cliente in contatto con l'intermediario opera per conto o nell'interesse di un'altra persona da cui è controllato direttamente o indirettamente, allora egli è obbligato a rilasciare per iscritto, sotto la propria responsabilità, tutte le informazioni necessarie ed aggiornate in suo possesso. In questo senso, tali notizie costituiranno il bagaglio informativo che l'intermediario, il professionista o l'operatore non finanziario potrà utilizzare per valutare, nel corso del rapporto continuativo o della prestazione professionale, eventuali anomalie sul conto del cliente suscettibili di tradursi in segnalazioni sospette.

Ai fini dell'identificazione del titolare effettivo, i clienti forniscono per iscritto, sotto la propria responsabilità, tutte le informazioni necessarie ed aggiornate delle quali siano a conoscenza. Il decreto di attuazione della terza direttiva europea antiriciclaggio suggerisce di ottenere le informazioni di cui sopra attraverso il ricorso a pubblici registri, elenchi, atti o documenti conoscibili da chiunque, ovvero di farne richiesta ai propri clienti.

Dunque il cliente ha l'obbligo di dichiarare l'esistenza, eventuale, di un diverso titolare effettivo e deve fornire le informazioni necessarie per l'identificazione dello stesso. Se la dichiarazione del cliente presenta caratteristiche che inducano a sospettare della sua irregolarità, il destinatario degli obblighi antiriciclaggio non può procedere alla constatazione, in via autonoma, del titolare effettivo, in quanto l'obbligo di identificazione di quest'ultimo è unicamente posto in capo al cliente; è tuttavia necessario produrre una segnalazione di operazione sospetta.

Quando il titolare effettivo è una persona politicamente esposta, le misure rafforzate non devono essere applicate solo nei confronti di questa, ma anche nei confronti del cliente, in quanto si tratta di operazioni, tendenzialmente, ad alto rischio.

Tali disposizioni rientrano negli obblighi di adeguata verifica della clientela, che consenta ai soggetti obbligati l'acquisizione di una vasta piattaforma di dati ed informazioni sui clienti, sui titolari effettivi delle transazioni, nonché sulle motivazioni sottostanti alle operazioni richieste o eseguite, propedeutica all'evidenziazione di anomalie suscettibili di tradursi in segnalazioni di operazioni sospette.

c) *IV direttiva UE antiriciclaggio*

La premessa alla Direttiva 849 del 2015 del Parlamento e del Consiglio interpreta come una necessità, quella di acquisire e conservare informazioni accurate e aggiornate sul titolare effettivo per rintracciare criminali che potrebbero altrimenti occultare la propria identità dietro una struttura societaria. Si insiste sull'ampliamento delle basi di dati, affinché sia facilitata la verifica dell'identità del cliente, del titolare effettivo o dell'eventuale esecutore, attraverso il ricorso a fonti attendibili e indipendenti, ad accesso pubblico o condizionato al rilascio di credenziali di autenticazione, riferibili ad una pubblica amministrazione nonché quelle riferibili a soggetti privati, sottoposti alla vigilanza di un'amministrazione pubblica ovvero istituite o gestite per il perseguimento di una finalità di pubblico interesse, statutariamente definite. I vincoli così enunciati sono volti ad ottenere un elevato grado di attendibilità, connessa alla certificazione del dato medesimo, che deve promanare da una banca dati pubblica ovvero privata ma servente ad esigenze di carattere pubblicistico. Una sostanziale novità, rispetto alla Direttiva 60 della Comunità Europea, consiste nella previsione che vincolerebbe il Legislatore a predisporre modalità più dettagliate per quanto attiene al concetto di controllo, con riferimento al quale è possibile individuare il cosiddetto "beneficial owner", nonché l'obbligo, imposto allo Stato membro, di provvedere affinché le società e le altre entità giuridiche, ottengano e conservino informazioni adeguate ed aggiornate sulla propria titolarità effettiva, prevedendo adeguate modalità di conservazione delle informazioni suddette in registri centrali. Il fine è quello di superare le difficoltà, riscontrate nel passato, in ordine all'esatta individuazione del titolare effettivo, generate dal vigente quadro normativo non sufficientemente esaustivo, ad esempio nelle ipotesi in cui la riferibilità della *beneficiary ownership* risulti di non facile individuazione a causa di complesse strutture societarie ovvero nelle ipotesi in cui il frazionamento della proprietà non consente di attribuire univocamente la titolarità effettiva. Gli Stati membri dovrebbero pertanto assicurare che i soggetti giuridici costituiti nel loro territorio in conformità del diritto nazionale ottengano e conservino informazioni adeguate, accurate e attuali sulla loro titolarità effettiva, oltre alle informazioni di base quali il nome della società, l'indirizzo e la prova dell'atto costitutivo e della titolarità legale, così ponendosi, l'Unione Europea, in linea con le più recenti Raccomandazioni del GAFI.

Allo scopo di promuovere la trasparenza al fine di contrastare l'abuso dei soggetti giuridici, gli Stati membri dovrebbero assicurare che le informazioni sulla titolarità effettiva siano archiviate in un registro centrale situato. A tal fine, gli Stati membri possono utilizzare una banca dati centrale che raccolga le informazioni sulla titolarità effettiva, o il registro delle

imprese, ovvero un altro registro centrale. Il controllo dell'ente è attribuito non solo in forza del possesso di una percentuale sufficiente di quote, ma anche con riferimento alla titolarità dei diritti di voto ovvero in forza di ogni altra modalità di partecipazione al capitale o al patrimonio dell'ente o di predisposizione ad organi o funzioni di direzione, amministrazione o controllo. Gli Stati membri possono decidere che i soggetti obbligati siano responsabili della tenuta del registro. I soggetti obbligati sono tenuti a conservare traccia delle verifiche effettuate ai fini dell'identificazione del titolare effettivo onde consentire, anche in occasione di controlli di vigilanza e di verifiche ispettive, la comprensione e la valutazione del percorso conoscitivo effettuato, sulla base delle indicazioni contenute dalla norma in questione, per l'esatta individuazione del soggetto nell'interesse del quale, o dei quali, in ultima istanza, è instaurato il rapporto continuativo ovvero resa la prestazione professionale o eseguita l'operazione.

“Viene ribadito e approfondito l'obbligo del destinatario di astenersi dal rapporto continuativo o dall'operazione ove non possa effettuare l'adeguata verifica della clientela. Sebbene fosse canone già ben noto e chiaro, è riaffermata la priorità assoluta e imprescindibile del rischio riciclaggio su qualunque anche lusinghiero e brillante merito creditizio. Anzi, nel caso, andrà valutato se inviare la segnalazione dell'operazione sospetta all'UIF: come sappiamo, la segnalazione non è dovuta, al destinatario spetta solo prendere in considerazione l'eventuale opportunità di esperirla o meno²”.

È opportuno che gli Stati membri si assicurino che, in ogni caso, le informazioni sulla riferibilità della titolarità effettiva, siano messe a disposizione delle autorità competenti e delle FIU e siano fornite ai soggetti obbligati quando procedono all'adeguata verifica della clientela. Gli Stati membri dovrebbero inoltre provvedere affinché sia garantito l'accesso alle informazioni sulla titolarità effettiva, nel rispetto delle norme sulla protezione dei dati personali, ad altre persone che siano in grado di dimostrare un interesse legittimo in relazione al riciclaggio e ai reati presupposto associati, quali la corruzione, i reati fiscali e la frode. Le persone che sono in grado di dimostrare un interesse legittimo dovrebbero avere accesso alle informazioni sulla natura e la portata dell'effettivo interesse detenuto, consistente nel suo peso approssimativo. In capo alle imprese dotate di personalità giuridica, tenute all'iscrizione nel Registro delle imprese, e alla persone giuridiche private diverse dalle imprese, è previsto l'obbligo di comunicare, per via esclusivamente telematica e in esenzione dall'imposta di bollo, le informazioni attinenti la propria titolarità effettiva.

² <http://www.dirittobancario.it/approfondimenti/antiriciclaggio/nuove-disposizioni-banca-italia-rischio-riciclaggio-e-adequata-verifica-della-clientela>

La modalità proposta, che da un punto di vista operativo, si sostanzia nell'aggiunta di una voce ad integrazione di uno stock di dati già contenuto nel sistema e gestito dalle Camere di commercio, garantisce con celerità l'accessibilità da parte delle autorità preposte al contrasto del riciclaggio. I soggetti obbligati non sono comunque esonerati dalla valutazione del rischio di riciclaggio ai fini dell'applicazione di idonee misure di adeguata verifica della clientela. Il progetto di decreto legislativo, in aggiunta, attribuisce al cliente la responsabilità di fornire tutte le informazioni pertinenti, necessarie al soggetto obbligato per l'adempimento dell'obbligo di adeguata verifica dello stesso cliente e del titolare effettivo, se diverso da questo.

A salvaguardia dell'efficace implementazione dei presidi antiriciclaggio, viene fissato il principio della responsabilità, in ultima istanza, dei soggetti obbligati, parte del rapporto, in ordine all'esaustività e completezza della verifica effettuata da terzi, corredato al divieto di avvalersi di terzi aventi sede in Paesi terzi ad alto rischio e, nella stessa logica, si chiarisce che non può essere considerato terzo il soggetto che, sebbene formalmente distinto dall'obbligato, parte del rapporto, sia comunque riconducibile a quest'ultimo in forza di rapporti *lato sensu* ricollegabili a rapporti di dipendenza o di stabile inquadramento nella relativa struttura organizzativa.

Nell'ottica di riduzione dei rischi di *money-laundering* si è provveduto a disporre la definitiva e progressiva dismissione dei libretti al portatore, strumenti oramai in sostanziale disuso, fissando per gli intermediari il divieto di relativa emissione a far data dall'entrata in vigore della novella, e per i portatori, il termine ultimo di estinzione (31 dicembre 2018). Correlativamente, si ribadisce il divieto di apertura di conti e libretti di risparmio in forma anonima o con intestazione fittizia e quello di analoghi strumenti, aperti presso Stati esteri.

L'intervento proposto si pone peraltro in linea con l'impostazione della comunità internazionale sul tema della trasparenza e della piena leggibilità delle catene di controllo retrostanti le persone giuridiche e trust, sul presupposto della critica insita nell'uso distorto degli schemi societari e dei negozi di segregazione patrimoniale a fini di occultamento della titolarità effettiva di beni e risorse di provenienza illecita.

L'influenza delle attività illecite sull'economia è di sicuro rilievo. Ancorché non possa esistere una stima unica ed ufficiale del valore economico delle attività criminali, le valutazioni degli uffici di statistica italiani più autorevoli (che variano tra l'1,7% e il 12% del PIL a seconda della definizione sottostante e dei metodi utilizzati) concorrono a sostenere un giudizio di assoluta significatività della minaccia che i proventi illeciti siano prodotti nel territorio nazionale e siano reimmessi nei circuiti economico-finanziari italiani e stranieri.

È opportuno che l'accesso tempestivo alle informazioni sulla titolarità effettiva sia effettuato in modo tale da evitare qualsiasi rischio di divulgazione di informazioni riservate della società interessata.

d) *Il reato di trasferimento fraudolento di valori*

L'art. 12quinquies del D.L. 306 del 1992, convertito dalla Legge 356 dello stesso anno, riporta la seguente condotta criminosa:

Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque attribuisce fittiziamente ad altri la titolarità o disponibilità di denaro, beni o altre utilità al fine di eludere le disposizioni di legge in materia di prevenzione patrimoniali o di contrabbando, ovvero di agevolare la commissione di uno dei delitti di cui agli articoli 648, 648-*bis* e 648-*ter* del codice penale, è punito con la reclusione da due a sei anni.

Fuori dei casi previsti dal comma 1 e dagli articoli 648, 648-*bis* e 648-*ter* del codice penale, coloro nei cui confronti pende procedimento penale per uno dei delitti previsti dai predetti articoli o dei delitti in materia di contrabbando, o per delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-*bis* del codice penale ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché per i delitti di cui agli articoli 416-*bis*, 629, 630, 644 e 644-*bis* del codice penale e agli articoli 73 e 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, approvato con D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, ovvero nei cui confronti è in corso di applicazione o comunque si procede per l'applicazione di una misura di prevenzione personale i quali, anche per interposta persona fisica o giuridica, risultano essere titolari o avere la disponibilità a qualsiasi titolo di denaro, beni o altre utilità di valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica, e dei quali non possano giustificare la legittima provenienza, sono puniti con la reclusione da due a cinque anni e il denaro, beni o altre utilità sono confiscati.

Il testo legislativo circoscrive la punibilità alle condotte ritenute di maggiore gravità, non punendo qualsiasi comportamento volto a mascherare l'effettiva titolarità di un bene; il riciclaggio è uno di questi gravi reati. Il rapporto tra quest'ultimo illecito penale ed il trasferimento fraudolento è bidirezionale, in quanto può rappresentare sia il frutto di un disegno criminoso che sfrutti il 12-*quinquies* come strumento per agevolare lo scopo di ripulitura del denaro sporco, che, come affermato dalla sentenza 33076 del 2016 dalla Seconda Sezione penale della Corte di Cassazione, uno dei reati presupposto del riciclaggio.

Tale fattispecie criminosa è delitto a forma libera, e che può quindi realizzarsi secondo le più diverse condotte, pur richiedendosi che esse siano caratterizzate da un effetto dissimulatorio, avendo la funzione di ostacolare l'accertamento o l'individuabilità dell'origine delittuosa del denaro ovvero degli altri beni o utilità che si intendono occultare. L'illecito mostra una situazione di apparenza giuridica e formale della titolarità o disponibilità del bene difforme dalla realtà effettiva e possiede, come elemento costitutivo, la realizzazione volontaria di tale situazione con il fine di agevolare la commissione dei reati relativi alla circolazione di mezzi economici di illecita provenienza. L'esito dell'attribuzione o dell'intestazione fittizia può essere raggiunto con qualsiasi modalità, anche con l'utilizzo di mezzi e atti giuridici assolutamente leciti e d'altronde, come evidenziato dalla Cassazione, l'art. 12-*quinquies* non intende formalizzare i meccanismi - che possono essere molteplici e non classificabili in astratto - attraverso i quali può realizzarsi l'attribuzione fittizia, né intende ricondurre la definizione di titolarità o disponibilità entro schemi tipizzati di carattere civilistico, ma intende bensì lasciare libero il giudice di merito di procedere a tutti gli accertamenti necessari a pervenire - senza vincoli formali - ad un giudizio in concreto degli elementi logici o fattuali.

Carattere specifico della condotta è quindi la circostanza che l'effetto dissimulatorio deve essere ricercato attraverso la disponibilità o l'impiego del denaro o degli altri beni in attività economiche o finanziarie con la consapevolezza della illiceità della suddetta provenienza e della volontà di ottenere l'effetto di occultamento.

Questo delitto - introdotto nell'ambito di misure dirette a contrastare le attività di riciclaggio di denaro e valori ad opera della criminalità organizzata - presenta evidenti analogie con l'attuale delitto di autoriciclaggio nella misura in cui la condotta ivi descritta è diretta a mascherare l'origine delittuosa di denaro, beni o altre utilità ed allo stesso tempo non è esclusa la responsabilità a vantaggio dell'autore del delitto presupposto; così si esprime la Sesta Sezione penale della Cassazione, statuendo, appunto, che il soggetto attivo può essere anche colui nei cui confronti sia pendente procedimento penale per il reato presupposto e che si attivi in qualunque forma al fine di agevolare la commissione, tra l'altro, del delitto di riciclaggio. Per la configurabilità del reato è sufficiente l'accertamento dell'attribuzione fittizia ad altri della titolarità o della disponibilità di denaro, beni o altre utilità, senza che al giudice sia anche richiesto l'apprezzamento della concreta capacità elusiva dell'operazione patrimoniale accertata, trattandosi di situazione estranea agli elementi costitutivi del fatto incriminato.

Quanto ai soggetti attivi, la giurisprudenza discute se si sia o meno in presenza di un reato plurisoggettivo.

Un primo orientamento è nel senso che il delitto in parola è una fattispecie a forma libera che si concretizza nell'attribuzione fittizia della titolarità o disponibilità di denaro o altro bene o utilità e consiste in una situazione di apparenza formale della titolarità del bene, difforme dalla realtà sostanziale, con la conseguenza che colui che si rende fittiziamente titolare di tali beni con lo scopo di aggirare la norma agevolando la commissione dei reati di ricettazione, riciclaggio o impiego di beni di provenienza illecita, risponde a titolo di concorso nella stessa figura criminosa posta in essere da chi ha operato la fittizia attribuzione in quanto con la sua condotta cosciente e volontaria contribuisce alla lesione dell'interesse protetto dalla fattispecie astratta. Secondo un'altra posizione, invece, il delitto in commento integra una fattispecie a 'concorso necessario', poiché il soggetto agente in tanto può realizzare l'attribuzione fittizia di beni, in quanto vi siano terzi che accettino di acquisirne la titolarità o la disponibilità.

“Il reato in commento è a dolo specifico, essendo necessario che la condotta incriminata sia accompagnata dalla specifica finalità di eludere le disposizioni in tema di divieto di circolazione del profitto di attività criminali. La presenza di tale elemento soggettivo ovviamente deve essere dimostrata dalla pubblica accusa, ma occorre riconoscere che, di regola, tale prova si risolve in una sorta di presunzione, per così dire, *iuris tantum*: infatti, nella prassi una volta che il pubblico ministero abbia dimostrato che i beni della cui (effettiva) circolazione giuridica si discute sono provento di un illecito, ogni atto giuridico inteso al trasferimento degli stessi viene sostanzialmente presunto come fittizio e finalizzato all'elusione delle misure di prevenzione patrimoniali o della normativa di contrasto al contrabbando o infine di agevolazione dei reati di riciclaggio e reimpiego di proventi di origine delittuosa, spettando all'accusato dimostrare invece l'insussistenza di tale finalità.

Questa impostazione è assolutamente frequente in giurisprudenza, laddove si afferma che, in presenza di una imputazione ex art. 12-*quinquies*, al fine di giustificare la provenienza dei beni, non è sufficiente la mera esibizione degli atti negoziali di acquisto regolarmente stipulati e trascritti, dovendosi, invece, fornire, da parte dell'interessato, un'esauriente spiegazione che dimostri la derivazione dei mezzi impiegati per l'acquisto da legittime disponibilità finanziarie: ciò a conferma di quanto si è detto, ovvero che la provenienza delittuosa delle disponibilità economiche con cui vengono conclusi determinati atti giuridici o effettuati determinati trasferimenti di beni fa presumere che tali atti ed i relativi effetti traslativi a loro riconnessi sono fittizi e quindi ricadono nella sfera di applicazione della disposizione in parola³”.

³ http://www.altalex.com/documents/news/2015/06/08/antiriciclaggio#_ftnref32

È possibile affermare che l'impianto punitivo in esame rappresenta la soglia oltre la quale il mascheramento della titolarità effettiva acquisti, da sola considerata, rilevanza penale.

2. QUADRO NORMATIVO IN TEMA DI S.O.S. E ADEGUATA VERIFICA DELLA CLIENTELA

La spinta alla creazione di un sistema che contrasti il riciclaggio in via preventiva è stata data dal GAFI, nato in seno al G7 di Parigi del 1989 allo scopo di valutare i risultati ottenuti dalla collaborazione internazionale per prevenire l'utilizzazione dei sistemi finanziari per finalità di riciclaggio, e costituito da un gruppo di esperti internazionali, affiancati da consulenti legali ed investigativi, le cui Raccomandazioni sono state recepite dalla Direttiva n. 308 del 1991 della CEE.

La cosiddetta prima direttiva antiriciclaggio, strumento fondamentale di protezione del sistema finanziario europeo nell'ambito del "primo pilastro", ha fissato i primi obblighi di identificazione della clientela, di registrazione dei dati ad essa relativi ed alle operazioni effettuate nonché di segnalazione di operazioni sospette. Il panorama degli operatori soggetti a tali obblighi era limitato alle banche ed agli intermediari finanziari.

Le risultanze degli organi investigativi hanno evidenziato come molteplici attività extra finanziarie, tra cui il commercio di oro, l'esercizio di case d'asta, la gestione di case da gioco ecc., sono utilizzate come "lavatrici" di denaro sporco e pertanto, nel 2001, la Comunità Europea ha ritenuto necessario ampliare l'ambito di applicazione della disciplina anche agli operatori nelle attività a rischio non avente natura finanziaria.

Nel 2003 il GAFI aggiorna le sue Raccomandazioni integrandole con l'ulteriore finalità di prevenire il finanziamento del terrorismo per affinità di contenuti, relativamente ai settori economici che potrebbero essere utilizzati come veicoli di risorse finanziarie adibite al compimento di azioni terroristiche, in quanto idonee ad occultarne la reale destinazione. Viene quindi emanata una nuova Direttiva, la 97 del 2005, che introduce, inoltre, l'obbligo di identificare il titolare effettivo dell'operazione economica, i principi di diversificazione e graduazione dell'incidenza degli obblighi, in capo agli operatori, di adeguata verifica, in base al rischio di riciclaggio che presenta il singolo caso, misure di protezione per coloro che effettuano le segnalazioni di operazioni sospette, l'estensione degli obblighi antiriciclaggio a qualsiasi rapporto economico che comporti la movimentazione di importi uguali o superiori a 15mila euro, l'irrogazione delle sanzioni anche nei confronti delle persone giuridiche e la creazione in ogni Stato Membro di un'Autorità nazionale, definita "Financial Intelligence Unit" deputata alla lotta al riciclaggio.

L'atto normativo organico, attualmente in vigore, è la Direttiva 849 del 2015 dell'Unione Europea, che ha abrogato le precedenti direttive ed ha rivisitato, aumentandone la gravità, le sanzioni penali ed amministrative, ha riformulato in modo più stringente la disciplina antiriciclaggio nel settore del commercio dell'oro, ha posto maggiore attenzione alle nuove tecnologie, tra cui l'utilizzo della moneta elettronica e delle valute virtuali, ed infine obbliga gli Stati Membri ad adottare misure rafforzate nei confronti dei Paesi Terzi considerati ad alto rischio riciclaggio.

In attesa della nuova legge di recepimento, a livello nazionale, l'atto legislativo di riferimento è il d. lgs. 231 del 2007 che ha recepito la cosiddetta terza direttiva antiriciclaggio.

a) L'adeguata verifica della clientela

L'obbligo di adeguata verifica, ai sensi dell'art. 19 del d. lgs. 231/2007, ha un contenuto complesso e si articola in una pluralità di attività che i soggetti obbligati devono svolgere. Essi dovranno identificare il cliente e l'eventuale titolare effettivo, verificarne l'identità, ottenere informazioni sullo scopo e sulla natura della prestazione e mantenere un controllo costante nel corso della prestazione. In linea generale, la verifica dell'identità non pone particolari problemi interpretativi, essendo peraltro, spesso, connaturata all'attività sottostante, mentre le maggiori criticità riguardano il contenuto e le modalità di assolvimento dell'obbligo di ottenimento di informazioni sulla natura e lo scopo della prestazione; le relative norme impongono una lettura coerente con le specificità delle prestazioni che di volta in volta sono oggetto di valutazione, coerentemente con quanto statuito all'art. 3 del decreto citato, e che rispetti in modo rigoroso il principio di legalità, considerata anche la previsione di sanzioni penali a carico del cliente che si rifiuti di fornire le informazioni in questione o che fornisca false informazioni.

Per cliente deve intendersi il soggetto al quale i destinatari della normativa rendono una prestazione professionale in seguito al conferimento di un incarico.

Ciò posto, in relazione a ciascun cliente l'obbligato dovrà in primo luogo verificare la sussistenza dell'obbligo di adeguata verifica.

Appurata l'effettiva sussistenza dell'obbligo, l'operatore deve definire se lo stesso debba essere assolto secondo modalità:

- ordinarie, individuando le situazioni (sicuramente le più frequenti) in cui dovrà provvedere agli obblighi previsti dagli artt. 18, 19 e 20 del d.lgs. 231/07;
- semplificate, individuando la sussistenza dei requisiti soggettivi e oggettivi di cui all'art.25 del d.lgs 231/07 e dell'art. 4 dell'allegato tecnico;

- rafforzate, individuando la sussistenza delle situazioni previste dall'art. 28, commi 2 e 5 del d.lgs 231/07 e, in relazione al comma 5, tenendo conto dell'art. 1 dell'allegato tecnico.

I. La graduazione degli obblighi

Per quanto concerne i tempi di esecuzione dell'obbligo di adeguata verifica, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 19 e 22 del D.lgs. n. 231/2007, l'identificazione e la verifica dell'identità del nuovo cliente (e del titolare effettivo) è svolta al momento in cui è conferito l'incarico di svolgere una prestazione professionale o dell'esecuzione dell'operazione. In altri termini il professionista dovrebbe acquisire tutte le informazioni necessarie al corretto adempimento dell'obbligo prima di eseguire la prestazione professionale o l'operazione richiesta.

A seguito dell'entrata in vigore del decreto correttivo è stato modificato l'art. 22, che adesso prevede espressamente che, per la clientela già acquisita alla data di entrata in vigore del D.Lgs. 231/2007 (29 dicembre 2007), gli obblighi di adeguata verifica devono applicarsi “al primo contatto utile, fatta salva la valutazione del rischio presente”.

Tale modifica conferma quanto già anticipato in via interpretativa dal MEF con la Circolare del 17 dicembre 2008, prot. n. 116098.

Sotto il profilo operativo è necessario circoscrivere la nozione di “primo contatto utile”.

Tenuto conto che la norma fa salva la valutazione del rischio presente, il nuovo contatto utile deve essere interpretato nel senso di “incontro” con il cliente, a prescindere dal fatto che venga modificata la situazione in essere.

Ove, al contrario, la situazione in essere subisca modificazioni (ad es. a seguito del conferimento di un nuovo incarico, della modifica di un incarico precedentemente conferito, della modifica dei soggetti connessi all'incarico), ovvero il professionista venga a conoscenza dell'esistenza di situazioni di rischio, l'adeguata verifica deve essere anticipata senza attendere il “primo contatto utile”.

Gli obblighi ordinari si applicano nei casi più frequenti, che si individuano, tuttavia, in via residuale: quando non devono applicarsi gli obblighi rafforzati, né possono applicarsi quelli semplificati.

L'iter da seguire impone, anche attraverso propri dipendenti o collaboratori, di effettuare l'identificazione mediante un documento d'identità non scaduto, tra quelli di cui all'allegato tecnico, al momento in cui è conferito l'incarico di svolgere una prestazione professionale.

Quando il cliente è una società o un ente occorre verificare l'effettiva esistenza del potere di rappresentanza e acquisire le informazioni necessarie per individuare e verificare l'identità dei relativi rappresentanti delegati alla firma per l'operazione da svolgere. Contestualmente all'identificazione del cliente, per le persone giuridiche, i *trust* e soggetti giuridici analoghi, adottando misure adeguate e commisurate alla situazione di rischio per comprendere la struttura di proprietà e di controllo del cliente, va acquisita dichiarazione scritta del cliente. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, l'esecutore dell'operazione che omette di indicare le generalità del soggetto per conto del quale eventualmente esegue l'operazione o le indica false, non consentendo di individuare il titolare effettivo della operazione realizzata, commette un delitto punito con la pena detentiva della reclusione da sei mesi a un anno e con la pena pecuniaria della multa da cinquecento a cinquemila euro.

L'attività di monitoraggio è la naturale prosecuzione logica del processo d'identificazione del cliente e del titolare effettivo attraverso l'analisi delle transazioni concluse durante tutta la durata del rapporto in modo da verificare che tali transazioni siano compatibili con la conoscenza che l'ente o la persona tenuta all'identificazione hanno del proprio cliente, delle sue attività commerciali e del suo profilo di rischio, avendo riguardo, se necessario, all'origine dei fondi e aggiornamento dei documenti, dei dati o delle informazioni detenute.

In relazione alla prestazione professionale sussiste l'obbligo di conservazione dei documenti relativi alla stessa prestazione professionale resa. Quanto alla registrazione, essa dovrà riguardare i dati identificativi del cliente e del titolare effettivo, nonché dei dati relativi alla prestazione stessa.

Infatti, a seguito delle modifiche introdotte dal decreto legislativo correttivo n. 151 del 2009, gli obblighi di registrazione e conservazione investono anche i dati identificativi del titolare effettivo.

In relazione all'identificazione dell'eventuale titolare effettivo, si limitano a prevedere l'obbligo di verificarne l'identità, senza stabilire che detta verifica debba avvenire in presenza del titolare effettivo e tramite un documento d'identità non scaduto.

L'art. 25 prevede l'applicazione di obblighi semplificati di adeguata verifica della clientela quando sussistano, alternativamente specifici requisiti soggettivi oppure oggettivi, oltre ai quali non vi sono, attualmente, altri casi in cui possono trovare applicazione obblighi semplificati di adeguata verifica.

Dal punto di vista dei requisiti soggettivi si tratta, per lo più, di soggetti che, al pari dei professionisti, sono destinatari degli obblighi antiriciclaggio e, relativamente all'attività

finanziaria da essi svolta, sono sottoposti ad obblighi di iscrizione in appositi albi e a vigilanza e controlli da parte delle autorità di settore: banche, Poste italiane Spa, Istituti di moneta elettronica, SIM, SGR, SICAV, imprese di assicurazione che operano in Italia nei rami vita, agenti di cambio, società che svolgono il servizio di riscossione dei tributi, intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale previsto dall'articolo 107 del TUB, intermediari finanziari iscritti nell'elenco generale previsto dall'articolo 106 del TUB, succursali italiane dei soggetti precedentemente indicati aventi sede in uno Stato estero, succursali italiane delle società di gestione del risparmio armonizzate e delle imprese di investimento, Cassa depositi e prestiti Spa, confidi iscritti nell'elenco di cui all'art. 155, comma 4 del TUB, cambiavalute iscritti nell'elenco di cui all'articolo 155 comma 5 del TUB, enti creditizi o finanziari comunitari soggetti alla direttiva in materia, società o un altro organismo quotato i cui strumenti finanziari siano ammessi alla negoziazione su un mercato regolamentato.

E, inoltre, di uffici della pubblica amministrazione, cioè:

- tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e le scuole di ogni ordine e grado, le istituzioni educative, le aziende e le amministrazioni dello Stato a ordinamento autonomo, le regioni, le province, i comuni, le comunità montane e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, le amministrazioni, le aziende e gli enti del servizio sanitario nazionale e le agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300, e successive modificazioni;
- istituzioni o organismi che svolgono funzioni pubbliche conformemente al trattato sull'Unione europea, ai trattati sulle Comunità europee o al diritto comunitario derivato.

È altresì prevista l'applicazione di obblighi semplificati nei casi in cui il cliente sia un ente creditizio o finanziario situato in Stati extra UE che impongono obblighi equivalenti a quelli previsti dalla direttiva in materia e prevedono il controllo del rispetto di tali obblighi. Conformemente a quanto previsto dall'art. 25, comma 2, tali Paesi sono stati individuati dal decreto del Ministero dell'Economia e delle finanze del 12 agosto 2008.

Infine, a seguito di modifica introdotta dal decreto correttivo di cui sopra, è stata inserita la lettera c-*bis*) che prevede l'applicazione degli obblighi semplificati anche quando si tratti di una società o di un altro organismo quotato i cui strumenti finanziari siano ammessi alla negoziazione su un mercato regolamentato ai sensi della Direttiva 2004/39/CE in uno o più Stati membri, ovvero una società o un altro organismo quotato di Stato estero soggetto ad obblighi di comunicazione conformi alla normativa comunitaria.

Gli enti e le persone soggetti al presente decreto raccolgono comunque informazioni sufficienti per stabilire se il cliente possa beneficiare di una delle esenzioni previste in tali commi. Per poter applicare l'esenzione, è quindi necessario appurare che il cliente rientri in una delle categorie sopra indicate.

Nel caso di soggetti tenuti all'iscrizione in appositi albi o elenchi, nonché di società o organismi quotati di cui alla lettera *c-bis*, la verifica può agevolmente essere effettuata mediante:

- richiesta al cliente di presentazione della lettera con cui l'autorità preposta comunica l'avvenuta iscrizione all'albo/elenco, oppure
- visura camerale (dalla quale deve risultare l'esercizio della specifica attività per quale è richiesta l'iscrizione in apposito albo o elenco), oppure
- consultazione diretta dell'elenco sul sito dell'autorità preposta al controllo.

Le prime due modalità, fondate su documenti che possono essere archiviati e successivamente esibiti, in caso di controllo, risultano particolarmente efficaci per dimostrare l'avvenuta verifica delle condizioni per l'applicazione di obblighi semplificati. Tuttavia la verifica con la modalità di cui all'ultimo punto appare necessaria in ogni caso, considerato che consente al professionista di avere un dato aggiornato (circostanza non egualmente garantita, ad esempio, nel caso in cui la verifica sia effettuata con la modalità di cui al primo punto).

Dal lato dei requisiti oggettivi, gli obblighi di adeguata verifica non si applicano in relazione ad una serie di prodotti tassativamente elencati.

Sebbene la disposizione si applichi a tutti i destinatari del decreto antiriciclaggio, le ipotesi elencate, avendo ad oggetto specifici prodotti finanziari, saranno destinate ad operare quasi esclusivamente nei confronti degli operatori di settore che li trattano.

Ai fini dell'applicazione dell'esenzione, la verifica verterà sull'oggetto della prestazione professionale richiesta, che dovrà appartenere ad una delle seguenti categorie:

1. contratti di assicurazione vita, cioè, ai sensi dell'art. 2 del d.lgs. 209/2005, quelli aventi ad oggetto:
 - le assicurazioni sulla durata della vita;
 - le assicurazioni di nuzialità e di natalità;
 - le assicurazioni sulla durata della vita umana, di nuzialità e di natalità le cui prestazioni principali sono direttamente collegate al valore di quote di investimento collettivo del risparmio o di fondi interni ovvero a indici o ad altri valori di riferimento;
 - le operazioni di capitalizzazione;

- le operazioni di gestione di fondi collettivi costituiti per l'erogazione di prestazioni in caso di morte, in caso di vita o in caso di cessazione o riduzione dell'attività lavorativa;
2. forme pensionistiche complementari di cui al d. lgs. 252/2005 a condizione che:
- non prevedano forme di riscatto diverse dal riscatto parziale, nella misura del cinquanta per cento della posizione individuale maturata, nei casi di cessazione dell'attività lavorativa che comporti l'inoccupazione per un periodo di tempo non inferiore a dodici mesi e non superiore a quarantotto mesi, ovvero in caso di ricorso da parte del datore di lavoro a procedure di mobilità, cassa integrazione guadagni ordinaria o straordinaria o dal riscatto totale della posizione individuale maturata per i casi di invalidità permanente che comporti la riduzione della capacità di lavoro a meno di un terzo a seguito di cessazione dell'attività lavorativa che comporti l'inoccupazione per un periodo di tempo superiore a quarantotto mesi;
 - non possano servire da garanzia per un prestito al di fuori delle ipotesi previste dalla normativa vigente;
3. regimi di pensione obbligatoria e complementare o sistemi simili che versino prestazioni di pensione, per i quali i contributi siano versati tramite deduzione dal reddito e le cui regole non permettano ai beneficiari, se non dopo il decesso del titolare, di trasferire i propri diritti.

Una volta appurato che il cliente appartiene ad una delle categorie "esenti", appare imprescindibile verificare che il cliente riveste veramente la qualità che dichiara di rivestire. Insomma, non sarà sufficiente verificare che la società X sia effettivamente un intermediario finanziario iscritto nell'elenco di cui all'art. 106 del TUB; occorrerà anche verificare che il cliente che conferisce l'incarico sia davvero la società X.

In altre parole, anche nei casi in cui trovano applicazione gli obblighi semplificati, occorre pur sempre effettuare la prima delle attività in cui consta l'adeguata verifica: l'identificazione del cliente, la verifica della sua identità e la verifica dell'esistenza del potere di rappresentanza.

La semplificazione opera invece con riferimento alle altre attività in cui consta l'adeguata verifica, che non dovranno, quindi, essere espletate:

- identificazione dell'eventuale titolare effettivo e verifica della sua identità;
- la richiesta di informazioni sullo scopo e sulla natura della prestazione professionale;
- controllo costante nel corso della prestazione professionale.

Non è possibile applicare gli obblighi semplificati quando si abbia motivo di ritenere che l'identificazione effettuata non sia attendibile o non consenta di acquisire le informazioni necessarie.

Si fa eccezione qualora l'operatore abbia motivo di ritenere che l'identificazione effettuata sia inattendibile, ovvero non consenta l'acquisizione delle informazioni necessarie, dovendo egli, pertanto, applicare gli obblighi ordinari (o rafforzati, ove ne sussistano i presupposti).

Qualora, invece, sia la Commissione europea a rilevare che uno Stato terzo ha una legislazione che non soddisfa determinati requisiti individuati dalla direttiva 2005/60/CE, questa, adotta una decisione per l'accertamento della situazione di fatto. L'adozione di tale decisione impedisce l'applicazione di obblighi semplificati agli enti creditizi e finanziari o a società quotate o ad altri soggetti di tale Stato.

L'art. 28 del d. lgs. 231/2007 prevede l'applicazione di obblighi rafforzati di adeguata verifica della clientela:

- in presenza di un rischio più elevato di riciclaggio;
- quando il cliente non è fisicamente presente;
- in caso di prestazioni professionali con persone politicamente esposte residenti in un altro Stato comunitario o in uno Stato extracomunitario.

Il rischio di riciclaggio va valutato in base alla metodologia del *risk based approach*.

In esito a tale analisi, il professionista può trovarsi di fronte a tre casi:

- a) non vi è rischio o il rischio è basso;
- b) vi è un rischio elevato o più elevato;
- c) vi è un vero e proprio sospetto ai sensi dell'art. 41 del decreto.

Nel caso a) troveranno applicazione gli obblighi ordinari di adeguata verifica (o quelli semplificati ove ne ricorrano i presupposti).

Nel caso c), il soggetto obbligato dovrà astenersi dall'erogare la prestazione professionale ed effettuare una segnalazione di operazione sospetta.

Il caso b) rileva ai fini dell'applicazione degli obblighi rafforzati di adeguata verifica.

In quest'ultimo caso, il decreto non prevede specifici adempimenti, diversi e ulteriori rispetto a quelli in cui consiste l'adeguata verifica. Di conseguenza,

l'obbligato dovrà applicare gli obblighi consueti, ma in modo più rigoroso e vigile.

In particolare:

- per l'identificazione del titolare effettivo e la verifica della sua identità, può essere opportuno non fermarsi alle informazioni fornite dal cliente, ma procedere comunque a

controlli più approfonditi e a riscontri documentali, ad es. mediante visura camerale (pubblici registri, elenchi, atti o documenti conoscibili da chiunque contenenti informazioni sui titolari effettivi, ovvero per mezzo dell'istituendo registro centrale). Ove possibile, sarà certamente auspicabile l'identificazione del titolare effettivo in presenza del medesimo, mediante esibizione di un documento di identificazione non scaduto. Le informazioni fornite dal cliente sullo scopo e sulla natura della prestazione professionale dovranno essere attentamente vagliate e poste in relazione con gli esiti dell'analisi del profilo di rischio del cliente, fermo restando che l'operatore non ha un obbligo di indagine, dovendosi limitare all'analisi delle informazioni in proprio possesso in ragione dell'attività svolta.

Il controllo costante nel corso della prestazione professionale potrebbe essere effettuato ad intervalli di tempo più ravvicinati e condotto in modo più approfondito.

“Quando il cliente non è fisicamente presente, possono verificarsi tre casi:

- a. il cliente è già stato precedentemente identificato o i dati identificativi risultano da atto pubblico, scrittura privata autenticata, certificato qualificato o dichiarazione della rappresentanza e dell'autorità consolare italiana;
- b. il cliente fornisce attestazione di identificazione rilasciata da uno dei soggetti abilitati;
- c. non si verifica alcuna delle condizioni precedenti, e quindi, il caso rileva ai fini dell'applicazione degli obblighi di rafforzata verifica.

Analizzando il primo caso, qualora il cliente sia già identificato dal professionista, occorrerà comunque verificare che le informazioni esistenti siano aggiornate e cioè che:

- i dati identificativi del cliente non siano variati;
- continui a sussistere il potere di legale rappresentanza (nel caso di soggetto che conferisce l'incarico per conto terzi);
- il titolare effettivo individuato a suo tempo non sia nel frattempo cambiato (ad es. in seguito a modificazioni nella compagine della società).

Se i dati in proprio possesso non sono aggiornati occorrerà procedere all'ordinaria adeguata verifica. Analoghe considerazioni valgono nel caso in cui i dati identificativi del cliente “e le altre informazioni da acquisire” risultino da atto pubblico, scrittura privata autenticata, certificato qualificato o dichiarazione della rappresentanza e dell'autorità consolare.

Nel caso in cui il cliente non è fisicamente presente, non è mai stato identificato precedentemente dal professionista, i suoi dati non sono reperibili da uno dei documenti di cui all'art. 28, comma 3 del decreto antiriciclaggio, ma egli fornisce un'idonea attestazione, che

dovrà pervenire da uno dei seguenti soggetti: banche, Poste italiane Spa, istituti di moneta elettronica, SIM, SGR, SICAV, imprese di assicurazione che operano in Italia nei rami vita, agenti di cambio, società che svolgono il servizio di riscossione dei tributi, intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale previsto dagli articoli 106 o 107 del TUB, succursali italiane dei soggetti precedentemente indicati aventi sede in uno Stato estero nonché succursali italiane delle società di gestione del risparmio armonizzate e delle imprese di investimento, Cassa depositi e prestiti Spa, enti creditizi e finanziari di Stati membri dell'UE, banche aventi sede legale e amministrativa in Paesi extra UE purché aderenti al GAFI, professionisti iscritti nel registro dei revisori contabili.

In seguito all'introduzione del comma 3-*bis* all'art. 30, l'attestazione può anche consistere nell'invio, a mezzo di sistemi informatici, dei dati identificativi del cliente da parte di un intermediario che abbia provveduto all'identificazione mediante contatto diretto. Chiaramente, ove lo strumento informatico utilizzato sia la e-mail, ragioni di opportunità inducono a consigliare che l'invio dei dati identificativi del cliente avvenga a mezzo posta elettronica certificata.

L'attestazione, in ogni caso, deve essere idonea:

- a confermare l'identità tra il soggetto che deve essere identificato e il soggetto titolare del conto o del rapporto instaurato presso l'intermediario o il professionista attestante;
- l'esattezza delle informazioni comunicate a distanza.

Il soggetto obbligato che intende avvalersi dell'attestazione rilasciata da terzi dovrà verificare che l'attestazione provenga da uno dei soggetti abilitati a rilasciarla (ad es. un professionista dovrà indicare i suoi dati identificativi e quelli dell'iscrizione all'albo cui appartiene, un intermediario indicherà i suoi dati identificativi e il numero di iscrizione all'albo cui appartiene. L'indicazione di tali dati è anche necessaria perché l'obbligato possa verificare che non si tratta di soggetti che non hanno insediamenti fisici in alcun Paese.

Deve inoltre verificare che l'attestazione contenga tutti i dati necessari per le attività di identificazione del cliente e del titolare effettivo, nonché di verifica dell'esistenza del potere di rappresentanza. Deve poi richiedere al soggetto attestante di dichiarare che i dati sono aggiornati e che le informazioni comunicate siano esatte.

Si evidenzia poi che l'attestazione deve essere idonea a confermare l'identità tra il soggetto che deve essere identificato - cliente del professionista - e il soggetto titolare del conto o del rapporto instaurato presso l'intermediario o il professionista attestante, nonché l'esattezza delle informazioni comunicate a distanza.

Ciò significa che, qualora l'attestazione abbia ad oggetto solo i dati del cliente, l'operatore dovrà provvedere in proprio all'identificazione e alla verifica dell'identità del titolare effettivo.

In caso di cliente non fisicamente presente, il professionista può utilizzare un'idonea attestazione per:

- identificare il cliente ed, eventualmente;
- identificare il titolare effettivo

purché l'attestazione:

- provenga da un soggetto abilitato a rilasciarla;
- contenga tutti i dati necessari e questi siano aggiornati.

Il soggetto obbligato dovrà provvedere a:

- ottenere informazioni sullo scopo e sulla natura della prestazione;
- svolgere il controllo costante.

Quando egli, in qualunque momento, maturi dei dubbi sull'identità del cliente dovrà effettuare una nuova identificazione, che dia certezza dell'identità dello stesso. In tal caso, è opportuno che la nuova identificazione avvenga con la presenza fisica del cliente e secondo gli obblighi ordinari, a meno che non vi siano i presupposti per l'applicazione degli obblighi rafforzati.

Nell'ultimo caso l'applicazione degli obblighi rafforzati è dovuta quando il cliente:

- non è fisicamente presente;
- non è mai stato identificato in precedenza dal professionista;
- i suoi dati non sono reperibili da uno dei documenti di cui all'art. 28, comma 3 del decreto 231;
- non è disponibile un'idonea attestazione ai sensi dell'art. 30 dello stesso decreto.

In relazione agli adempimenti di base, il soggetto obbligato richiederà al cliente i consueti dati e le consuete dichiarazioni:

- documento atto ad effettuare l'identificazione che, essendo il cliente non fisicamente presente, sarà verosimilmente prodotto in copia;
- documento dal quale risulti l'esistenza del potere di legale rappresentanza quando il cliente è una società;
- dichiarazione, sottoscritta dal cliente, contenente i dati necessari per l'identificazione del titolare effettivo, le informazioni sullo scopo e sulla natura prevista della prestazione professionale.

Tali dati ottenuti dal cliente dovranno poi essere verificati secondo una o più tra le seguenti modalità:

- a) accertamento dell'identità del cliente tramite documenti, dati o informazioni supplementari che dovranno comunque provenire da fonte affidabile e indipendente;
- b) adozione di misure supplementari per la verifica o la certificazione dei documenti forniti o richiesta una certificazione di conferma di un ente creditizio o finanziario soggetto alla direttiva. Ad esempio, l'obbligato potrà verificare i dati comunicati attraverso una visura camerale; il decreto non fornisce alcun chiarimento in merito alla "certificazione di conferma di un ente creditizio o finanziario soggetto alla direttiva";
- c) controllo che il primo pagamento relativo all'operazione sia effettuato tramite un conto intestato al cliente presso un ente creditizio. Occorrerà, in tal caso, contattare l'ente creditizio per chiedere il rilascio di una dichiarazione dalla quale risulti che effettivamente il cliente ha un conto presso l'ente medesimo. In tal caso potrebbe essere opportuno richiedere all'ente creditizio il rilascio di idonea attestazione.

Se in seguito a tali ulteriori misure, il professionista è riuscito ad adempiere agli obblighi rafforzati, potrà erogare la prestazione. Se nonostante le ulteriori misure non è riuscito ad adempiere agli obblighi rafforzati dovrà astenersi dalla prestazione professionale.

Da trattare separatamente è il caso in cui nell'operazione sia coinvolta una persona politicamente esposta.

L'art. 28 richiede all'operatore specifici adempimenti per il caso in cui il cliente - cioè il soggetto al quale egli rende una prestazione professionale in seguito al conferimento di un incarico - può qualificarsi come persona politicamente esposta.

Deve verificare se è PEP:

- il soggetto che conferisce l'incarico per sé;
- il soggetto per conto del quale viene conferito l'incarico da parte di un'altra persona fisica.

Cosa succede nel caso in cui un soggetto PEP conferisce un incarico professionale per conto di un soggetto non PEP?

L'ipotesi non è espressamente prevista dalla norma; tuttavia, si ritiene che anche in tal caso sia opportuno applicare obblighi rafforzati.

In base alla definizione normativa, non sono qualificabili PEP i residenti in Italia. Essi sono le persone fisiche residenti in altri Stati comunitari o in Stati extracomunitari che occupano o hanno occupato importanti cariche pubbliche quali:

- capi di Stato;
- capi di Governo;
- Ministri e Vice ministri e Sottosegretari;
- parlamentari;
- membri delle corti supreme, delle corti costituzionali e di altri organi giudiziari di massimo livello le cui decisioni non sono soggette ad ulteriore appello, salvo circostanze eccezionali;
- membri delle Corti dei conti e dei consigli di amministrazione delle banche centrali;
- ambasciatori, incaricati d'affari e ufficiali di alto rango delle Forze armate;
- membri degli organi di amministrazione, direzione, vigilanza delle imprese possedute dallo Stato.

Sono altresì ricompresi in tale categoria i loro familiari diretti, coloro che nell'ultimo quinquennio hanno convissuto con i soggetti sopra indicati, coloro con i quali tali persone intrattengono notoriamente stretti legami, qualsiasi persona fisica che ha notoriamente la titolarità effettiva congiunta di entità giuridiche o qualsiasi stretta relazione d'affari con una persona suindicata e qualsiasi persona fisica che sia unica titolare effettiva di entità giuridiche o soggetti giuridici notoriamente creati di fatto a beneficio delle stesse.

Anche nel caso di specie, come per ogni cliente, il professionista deve porre in essere le consuete attività in cui si articola l'adeguata verifica.

La norma afferma, però, che il soggetto obbligato deve applicare adeguate procedure basate sul rischio per determinare se il cliente sia una persona politicamente esposte.

Appurato che il cliente è una PEP, il decreto indica in che cosa consistono gli obblighi rafforzati:

- adottare ogni misura adeguata per stabilire l'origine del patrimonio e dei fondi impiegati nell'operazione (tale controllo - peraltro previsto ove necessario anche nei casi "ordinari", nell'ambito del controllo costante nel corso della prestazione professionale - è strettamente legato alla specificità del caso ed alla finalità di contrastare l'impiego di fondi derivanti dal reato di corruzione);
- assicurare un controllo continuo e rafforzato della prestazione professionale (tale controllo va attuato con periodicità e rigore maggiori rispetto ad altre situazioni)⁴⁷.

⁴ Linee guida del Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili, 2010.

b) *Le segnalazioni di operazioni sospette*

“Sono tre i pilastri su cui, in armonia con gli altri Stati Membri, si fonda il sistema preventivo italiano di contrasto al riciclaggio: gli obblighi di adeguata verifica del cliente-controparte del destinatario degli obblighi, di registrazione dei relativi dati e di segnalazione di operazioni sospette. Quest’ultimo rappresenta l’acme della collaborazione, vertice in cui profili pratici e teorici del sistema ne esaltano le criticità endemiche⁵”.

La notizia qualificata comincerà così il suo iter, attraversando il filtro dell’Unità di Informazione finanziaria della Banca d’Italia, e giungendo, se fondata, agli organi investigativi.

I. *L’oggetto e gli indicatori di anomalia*

I soggetti in capo ai quali sono stati predisposti obblighi di collaborazione attiva devono segnalare all’UIF le attività per cui sanno, sospettano o hanno motivi ragionevoli di sospettare che siano in corso o che siano state compiute o tentate operazioni di riciclaggio.

Abbiamo quindi tre situazioni alternative in cui, il più incisivo dei tre pilastri della normativa di prevenzione, deve essere utilizzato. Appare più appropriato dare un ordine diverso rispetto a quello previsto dal Legislatore e porre, nella logica di un climax discendente di gravità, i ragionevoli motivi di sospetto come situazione di fatto intermedia tra la, meno diffusa, conoscenza certa o presunta dell’operazione di riciclaggio dissimulata, ed il semplice sospetto che il rapporto economico con il cliente sia subordinato ad un’operazione di *money laundering*.

Rispetto al passato, la comunicazione non è più strettamente legata al concetto penale di riciclaggio o di reimpiego di denaro o di beni ai sensi degli artt. 648-*bis* e *ter* del c.p., bensì a tutti i casi previsti, ai fini amministrativi, dall’art. 2 del decreto legislativo 231/2007:

- la conversione o il trasferimento di beni, allo scopo di occultare o dissimulare l’origine illecita degli stessi beni;
- l’occultamento o la dissimulazione della reale natura, provenienza, ubicazione, disposizione, movimento, proprietà dei beni o dei diritti sugli stessi che provengono da un’attività criminosa;
- l’acquisto, la detenzione o l’utilizzazione dei beni di cui sopra;

⁵ A. R. CASTALDO, M. NADDEO, *Il denaro sporco. Prevenzione e repressione del riciclaggio*, Padova, 2008.

- la partecipazione ad uno di tali atti, l'associazione a commettere tale atto, il tentativo di perpetrarlo, il fatto di aiutare, istigare o consigliare qualcuno a commetterlo o il fatto di agevolare l'esecuzione.

Tutte queste condotte devono essere accomunate dalla conoscenza della provenienza dei beni da un'attività criminosa o da una partecipazione ad una tale attività.

Non deve sorprendere una tale molteplicità di condotte poiché il riciclaggio è un'attività quasi sempre complessa, una norma a più fattispecie, aventi il denominatore comune di rendere difficile l'accertamento della provenienza dei beni. Ne discende che ad essere sussunte nella definizione dell'art. 2 sono quelle fattispecie che si materializzano come ostacolo alle operazioni investigative.

La conversione consiste nel rimpiazzamento di un bene "sporco" con uno "pulito" tramite scambio, sostituendo il bene iniziale con un altro la cui detenzione sia artificialmente inquadrabile nell'ambito di attività lecite, o tramite trasformazione, il cui risultato è lo stesso bene avente caratteristiche in parte diverse fino allo stravolgimento della sua natura. Quando, invece, la composizione qualitativa del bene resta identica, ma esso subisce uno spostamento nel patrimonio di un diverso soggetto, attraverso strumenti ripulitivi negoziali, si parla di trasferimento, ponendosi un argine di natura giuridica al nesso tra bene e riciclatore.

Il fine a cui tali condotte tendono è l'occultamento o la dissimulazione di operazioni di riciclaggio, ma anche nel caso in cui siano proprio queste ultime le condotte, unitariamente considerate, è applicabile la normativa di prevenzione nella misura in cui non rappresentino elemento costitutivo di attività di conversione o di trasferimento dei prodotti dell'attività illecita.

In aggiunta, sono oggetto di segnalazione gli atti che favoriscono la circolazione o il godimento dei beni (acquisto, detenzione, utilizzazione), in quanto mettono in pericolo la ricostruzione del loro percorso economico-giuridico; con la condizione che, allo scopo di non compromettere l'efficiente distribuzione delle risorse economiche, introducendo un pregiudizio non necessario al buon funzionamento del mercato, il soggetto agente sia a conoscenza che i beni, al momento della loro ricezione, provengano da un'attività criminosa o da una partecipazione ad una tale attività.

Rientrano logicamente nel campo applicativo del d.lgs. 231/2007 le condotte accessorie, ausiliari e consequenziali, degli atti di ripulitura del frutto del reato.

Ai fini della corretta individuazione delle operazioni da segnalare, l'Unità di Informazione Finanziaria elabora e diffonde indicatori di anomalia, i quali devono far scattare il campanello d'allarme al destinatario dell'obbligo e guidarlo in una più attenta valutazione, e modelli e

schemi rappresentativi di comportamenti anomali riferibili, sul piano economico e finanziario, a possibili attività di riciclaggio.

Gli indicatori di anomalia, frutto dello studio e dell'analisi delle tecniche di riciclaggio adottate a livello interno ed internazionale, sono volti a ridurre i margini di incertezza connessi con valutazioni soggettive o con comportamenti discrezionali degli operatori e non rappresentano un riferimento esaustivo per effettuare le segnalazioni di operazioni sospette, anche in considerazione della continua evoluzione delle modalità di svolgimento delle operazioni finanziarie, né si sostituiscono alla valutazione tecnico-discrezionale dell'obbligato; pertanto, la mera ricorrenza di comportamenti descritti in uno o più indicatori di anomalia non è motivo di per sé sufficiente per la segnalazione così come l'assenza di indicatori può non essere sufficiente a escludere a priori l'inoltro della comunicazione all'UIF. Gli operatori sono chiamati, quindi, a valutare con la massima attenzione ulteriori comportamenti del cliente che, sebbene non descritti nel decalogo, configurano in concreto profili di sospetto.

La disciplina non prevede soglie minime di importo delle operazioni ai fini dell'inoltro della segnalazione.

Con Decreto del 17 febbraio 2011 il Ministro dell'Interno ha definito i criteri di anomalia per quanto riguarda gli operatori non finanziari raggruppandoli secondo quanto segue:

- il cliente fornisce informazioni inesatte sull'identità propria o del beneficiario dell'operazione, si rifiuta di darle o comunque cerca di nascondere dati personali senza che il suo atteggiamento sia fondato su ragioni di riservatezza;
- il cliente che opera è noto per essere stato sottoposto a procedimento penale o a provvedimenti di sequestro o è contiguo a persone interessate da vicende di questo tipo;
- le operazioni sono disposte nell'ambito di un rapporto con uno Stato terzo con regime non equivalente come previsto con Decreto dal Ministro dell'economia e delle finanze oppure, riguardo alle stesse, l'ordinante mostra di non conoscerne adeguatamente la portata;
- richiesta di prestazioni non compatibili o inusuali, specie se svantaggiose per il cliente o comunque illogiche, in relazione al profilo economico-patrimoniale o alle caratteristiche dell'attività per cui il soggetto la richiede;
- le modalità di pagamento sono incoerenti rispetto alle ordinarie prassi di mercato o effettuate in contanti per importi significativi o utilizzando tagli di banconote inusuali, magari anche impacchettate o arrotolate, relativamente all'operazione;

- le operazioni mostrano una distribuzione, per quanto riguarda sia il mittente che il destinatario, su una pluralità di conti o di altri rapporti economici non compatibile con le caratteristiche delle prestazioni;
- il cliente intrattiene frequenti o anomali rapporti con persone fisiche o giuridiche, aventi domicilio in uno Stato terzo a regime non equivalente;
- le operazioni sono effettuate per conto o su intervento di terzi senza giustificato motivo.

Al fianco del Decreto di cui sopra si pone il Decreto del Ministro dell'Interno 25 settembre 2015 ai cui criteri gli uffici delle pubbliche amministrazioni devono attenersi ai fini delle segnalazioni di operazioni sospette.

Introduce le seguenti ulteriori attività generatrici di sospetto:

- il soggetto che richiede l'operazione è residente o ha il domicilio in zone ad alto rischio di infiltrazione criminale, di economia sommersa o di degrado economico-istituzionale;
- il soggetto cui è riferita l'operazione risulta collegato con organizzazioni non profit che presentano tra loro connessioni non giustificate;
- il soggetto risulta caratterizzato da assetti proprietari e di controllo artificialmente complessi o opachi;
- l'utente richiede prestazioni di carattere fiscale o aventi natura di finanziamento ad attività economiche, in assenza dei requisiti richiesti o per mezzo di insufficiente documentazione.

II. Il procedimento di segnalazione

Il Capo III del Titolo I del decreto 231/2007 fissa l'ambito di applicazione soggettiva della disciplina, prevedendo il novero dei destinatari degli obblighi di collaborazione, ossia quei soggetti che, in virtù dell'attività esercitata e dei rapporti intrattenuti con una vasta platea di clienti, sono chiamati a contribuire fattivamente con le Autorità competenti per l'individuazione degli elementi sintomatici di casi di riciclaggio. Essi sono suddivisi in tre classi tendenzialmente omogenee:

- gli intermediari finanziari ed altri soggetti esercenti l'attività finanziaria;
- professionisti giuridico-contabili e revisori;
- operatori non finanziari.

Il primo gruppo comprende le società di gestione di strumenti finanziari, gli esercenti l'attività bancaria, le società di intermediazione finanziaria e di gestione del risparmio, le imprese assicurative, gli agenti di cambio, le società di riscossione dei tributi, le società fiduciarie, le

agenzie di prestito su pegno, i promotori e gli agenti in attività finanziaria e i soggetti del microcredito. L'internazionalità che spesso contraddistingue l'attività di questa categoria è una caratteristica accattivante per il riciclatore, il quale, sfruttando a proprio vantaggio le asimmetrie informative tra i diversi Stati e la poca collaborazione di alcuni di essi con i Paesi dell'Unione Europea, può dissimulare l'origine illecita dei capitali immessi nel sistema finanziario. Un sistema che, offrendo numerosi modelli di operazione economica e velocità negli scambi, permette la realizzazione di attività concatenate la cui complessità rende ardua la ricostruzione di esse per l'investigatore, e concede al riciclatore tempo prezioso nel conteggio della prescrizione del reato e cavilli difensivi, moltiplicatori dei tempi del processo, e volti a creare una *deminutio* della forza probatoria della tesi dell'accusa suscettibile di inficiare il canone della certezza della prova oltre ogni ragionevole dubbio.

La partecipazione di determinate categorie di professionisti ad operazioni economiche, in cui essi possono rappresentare dei rilevatori di elementi sintomatici di un'attività di riciclaggio sottesa al rapporto economico simulato o comunque di copertura, ha suggerito al legislatore europeo di estendere, nel 2001, gli obblighi antiriciclaggio anche a notai, avvocati, quando rappresentano o assistono i propri clienti nel compiere operazioni di natura economica, dottori commercialisti e consulenti del lavoro, periti consulenti ed ogni altro operatore che svolga in maniera professionale attività in materia di contabilità e tributi, i prestatori, a titolo professionale, di servizi a società e *trust* e i revisori legali.

Infine gli artt. 10 e 14 contemplano un'eterogenea categoria di operatori, i quali per la specificità delle attività economiche che esercitano, è necessario che siano soggetti agli obblighi antiriciclaggio:

- gli uffici della pubblica amministrazione, nella misura in cui sono controparte in un'attività economica, sulla base del fatto che i grandi volumi di denaro che essi generano, fanno gola al riciclatore, il quale ha bisogno di documentazione che giustifichi il suo tenore di vita;
- gli operatori nel commercio di oro, preziosi, beni di ingente valore il cui esercizio è subordinato al rilascio di autorizzazioni, iscrizioni o dichiarazione di inizio attività, considerando la facilità con cui è possibile occultare e spostare da un luogo all'altro il bene in questione, e l'elevata liquidità del mercato di riferimento;
- i commercianti di cose antiche e esercenti di case d'asta o gallerie d'arte, per la difficoltà di assegnare un valore economico tendenzialmente certo al bene ed il conseguente rischio di manipolazione del relativo mercato;

- i mediatori, a causa del rischio di nascondere dietro una fittizia transazione finalizzata alla conciliazione di controversie civili e/o commerciali, un reddito formato dai frutti di un'attività criminale;
- gli operatori nel trasporto di denaro, titoli e valori, i quali potrebbero essere il veicolo materiale di trasferimenti di capitali illeciti;
- gli esercenti l'attività di recupero crediti, sfruttando lo stato di debolezza del debitore moroso;
- i mediatori immobiliari, manipolando il valore delle transazioni commerciali;
- le case da gioco, per la facilità di aggancio di soggetti, sì fortunati vincitori, ma comunque in difficoltà economica, e per i deficit di tracciabilità delle piccole giocate, al di fuori del gioco *online*.

Il legislatore nazionale ritiene che questi siano i settori maggiormente a rischio riciclaggio, su cui porre particolare attenzione, ma ciò non implica che la fantasia criminale non sia in grado di trovare una breccia in altre attività economiche.

All'emergere di motivi di sospetto, l'operatore deve, senza ritardo ed, ove possibile, prima di eseguire l'operazione, effettuare la segnalazione all'Unità di Informazione Finanziaria. È considerata operazione sia una singola transazione che un insieme di transazioni che appaiano tra loro funzionalmente ed economicamente collegate.

Il sospetto è desunto dalle caratteristiche, entità, natura dell'operazione o da qualsivoglia altra circostanza conosciuta in ragione delle funzioni esercitate, tenuto conto anche della capacità economica e dell'attività svolta dal soggetto cui è riferita, in base agli elementi a disposizione dei segnalanti, acquisiti nell'ambito dell'attività svolta, secondo la logica del *know your customer* e ad un approccio basato sul rischio; punto di riferimento per i soggetti obbligati a fronte della considerazione che il rischio di riciclaggio è per sua natura contingente, mutevole al variare dei fattori ambientali e adeguatamente apprezzabile solo sulla base di processi decisionali basati sull'evidenza fattuale.

L'attività di *know your customer* si espleta attraverso il reperimento di adeguate informazioni, finanziarie e non, sul conto delle parti contrattuali onde evitare rapporti forieri di rischio o di danno. L'istituto finanziario deve agire dapprima su un livello che vede protagonista il cliente, raccogliendo i dati anagrafici sull'identità, situazioni finanziaria, attività lavorativa, esperienza e propensione al rischio in materia di investimento e, successivamente, deve contestualizzare il rapporto economico che con esso si viene a creare, nella specifica realtà di riferimento,

ponendo particolare attenzione a tutte quelle informazioni utili a scongiurare l'operatività, attuale o futura, di crimini afferenti al riciclaggio.

La finalità è quella di individuare il cliente portatore di rischio, inteso come atto prodromico alla segnalazione dell'operazione sospetta.

Il processo valutativo ai fini della segnalazione, si fonda sul cosiddetto approccio basato sul rischio, ovvero sull'analisi di quegli elementi che sono tipicamente sintomatici di un'attività di riciclaggio sia sul profilo soggettivo che oggettivo dell'operazione. E si precisa che la segnalazione può riguardare anche un'operazione non ancora compiuta, in quanto anche l'annullamento di essa può rappresentare un comportamento sospetto. Nella valutazione del rischio, particolare attenzione va posta in quelle attività economiche che, producendo servizi e beni difficilmente quantificabili e/o individuabili, potrebbero sfuggire alla rete dei controlli, a causa dell'incertezza che le circonda.

Se il processo valutativo dell'obbligato si concluderà con una determinazione di fondato sospetto che è in corso un'attività di riciclaggio, la segnalazione approderà all'UIF, il quale ha la funzione di verificare i presupposti della stessa e se, il fatto segnalato, necessita di ulteriori indagini.

3. I RUOLI DEL SISTEMA ANTIRICICLAGGIO

a) *Il filtro dell'unità di informazione finanziaria*

Destinataria delle segnalazioni di operazioni sospette, provenienti dai vari operatori, è l'Unità di Informazione Finanziaria, istituita dal 2008 in sostituzione dell'Ufficio Italiano Cambi, ed espressione nazionale della *Financial Intelligence Unit*, un organismo la cui struttura fondamentale è stabilita per volontà comune, dai Paesi aderenti al Gruppo Egmont, organizzazione globale, di natura tecnica, che promuove lo sviluppo delle FIU, ne stimola la collaborazione, elabora *standards* e pratiche comuni, e favorisce la creazione di nuove Unità in Stati che ne sono privi, nato per iniziativa spontanea proprio di alcuni di esse. La vocazione internazionale delle FIU è il riflesso della necessità di internazionalizzare il sistema di lotta al *money laundering*, senza ricorrere a trattati internazionali o a relazioni intergovernative, affinché, la globalizzazione dei traffici sia leciti che illeciti, non renda, le autorità nazionali, impotenti di fronte ad un fenomeno che, da sole, non avrebbero il potere di controllare. Per la peculiarità di tale struttura, e per evitare conflitti di interesse, la UIF è dotata di autonomia gestionale ed operativa ed è organo di consulenza nell'emanazione della normativa secondaria.

Il ruolo principale a cui è deputata la FIU nazionale è quello di filtrare le segnalazioni in entrata, e di inviare al Nucleo Speciale di polizia valutaria della Guardia di Finanza ed alla Direzione Investigativa Antimafia, quelle che ritiene meritevoli di approfondimenti investigativi. A corredo di tale attività, sono svolte le non meno importanti attività di analisi e di studio dei flussi finanziari, nonché analisi statistiche dei dati aggregati trasmessi su base mensile dai soggetti obbligati, da cui si ricavano le informazioni utili a seguire l'andamento dell'attività di prevenzione e quelle adeguate ad aggiornare gli indicatori di anomalia e gli schemi di comportamento anomalo.

Il prossimo recepimento della quarta Direttiva deve riaffermare con decisione i punti di forza del sistema italiano, che nel corso di questi anni hanno dato prova di contribuire efficacemente all'azione di prevenzione e contrasto.

Le grandi opportunità insite nella revisione del decreto legislativo 231 del 2007 non devono far dimenticare anche i possibili rischi: la revisione dell'impianto normativo potrebbe rappresentare anche un'occasione unica per la criminalità e le *lobbies* ad essa più vicine per depotenziare un sistema che, forse quasi a sorpresa, ha dimostrato di funzionare.

Per facilitare le attività di approfondimento investigativo delle segnalazioni sospette, l'UIF collabora con le autorità di settore, e può scambiare dati ed informazioni con analoghe autorità di altri Stati e, stipulando protocolli d'intesa, può consentire alla DIA e alla Guardia di Finanza di scambiare direttamente dati ed informazioni di polizia con omologhi organismi esteri ed internazionali.

b) Gli organi investigativi

L'approfondimento delle segnalazioni di operazioni sospette costituisce la parte finale del sistema di prevenzione, che vede protagonisti il Nucleo Speciale di Polizia Valutaria e la Direzione Investigativa Antimafia. Onde evitare duplicazioni e sovrapposizioni tra la Guardia di Finanza e la DIA, è stato sottoscritto uno specifico protocollo d'intesa che regola la suddivisione del lavoro di sviluppo info-investigativo in ottemperanza alle competenze proprie dei due organi: la DIA sviluppa le SOS che risultano attinenti ai fenomeni associativi di tipo mafioso, mentre il Nucleo Speciale si occupa della parte restante delle segnalazioni.

Passando a trattare specificamente dell'attività operativa della Guardia di Finanza, bisogna evidenziare le capacità specialistiche di polizia economico-finanziaria e i peculiari poteri amministrativi e investigativi che ne derivano. Invero essa, oltre ai tipici poteri di polizia giudiziaria e tributaria, come ad esempio, l'escussione di persone informate sui fatti o l'accesso presso i locali aziendali, ha una maggiore libertà d'azione in tema di indagini bancarie, in particolare, offre un importante contributo il potere di avvalersi, ai fini dell'approfondimento delle SOS e per le ispezioni antiriciclaggio, anche dei dati contenuti nella Anagrafe dei rapporti bancari ex legge 248 del 2006, consentendole di delineare un quadro informativo, adatto alla predisposizione di più mirate attività d'indagine. L'attività che caratterizza il reparto si svolge secondo due direttive: controlli di tipo amministrativo ed indagini di natura penale.

Gli accertamenti tendono a ricondurre il flusso economico-finanziario:

- a coloro i quali, avendo la disponibilità del provento illecito, creano un diaframma con l'autore del reato, originatore dello stesso;
- all'autore del reato presupposto.

Il processo di lavorazione delle segnalazioni prevede una fase preliminare che ne vagli la consistenza sotto l'aspetto soggettivo ed oggettivo, con lo scopo di separare quelle non meritevoli di approfondimenti investigativi, da quelle già oggetto di un procedimento per cui è stata interessata l'Autorità Giudiziaria, e da quelle che presentano profili di rischio tali da rendere opportuni approfondimenti più penetranti.

Il Nucleo Speciale può delegare ad altri reparti della Guardia di Finanza specifiche attività di indagine così da valorizzare competenze specifiche e/o fonti informative proprie di quel reparto, che possono aver origine, dall'esistenza di indagini già in corso, inerenti alla fattispecie concreta in oggetto o dal fatto che il soggetto passivo dell'investigazione è residente nella località di competenza dello stesso, dalla tipologia di ricerche da porre in essere o da particolari situazioni rappresentate dal segnalante.

Restano naturalmente fermi gli ordinari poteri che il Corpo possiede in ordine alle attribuzioni attribuitegli dalla legge, tra cui la verifica della corretta e puntuale osservanza degli obblighi previsti dalla disciplina antiriciclaggio.

Nell'ambito della prevenzione del riciclaggio dei proventi di origine mafiosa, con le sue competenze specialistiche, la Direzione Investigativa Antimafia, organismo del Ministero dell'Interno a strutture interforze, grazie al perfezionamento delle tecniche investigative e ad un efficiente sistema di circolarità informativa, è in grado di contrastare in modo organico tradizionali e originali tecniche di *money laundering* messe in atto dalla criminalità organizzata. Nel maggio del 2015, la DIA e la Procura Nazionale Antimafia ed Antiterrorismo - sulla base delle affermazioni del Gen. D. GdF Antonio Ferla, direttore della prima - è stato siglato un protocollo d'intesa, che ha consentito di raggiungere l'ambizioso obiettivo di esaminare tutte le segnalazioni sospette pervenute e di definire procedure di raccordo info-investigativo grazie alle quali le segnalazioni confluiscono immediatamente alle Procure Distrettuali e collegate a procedimenti penali in corso.

Al direttore della DIA sono stati delegati, con decreto ministeriale, peculiari poteri relativi all'accesso e ad accertamenti nei confronti dei soggetti previsti dal Capo III del d. lgs. 231/2007 al fine di verificare se ricorrono pericoli di infiltrazione della delinquenza di tipo mafioso, e di richiesta di dati, informazioni e di esecuzione di ispezioni interne ai funzionari responsabili di questi ultimi; altresì, egli può avviare operazioni sotto copertura per delitti in materia di riciclaggio e reimpiego di valori.

L'analisi delle SOS, così come avviene per la GdF, prevede una valutazione preliminare volta a selezionare quelle bisognose di approfondimenti. La Direzione centrale, successivamente, trattiene a sé le segnalazioni che necessitano di una trattazione unitaria a livello nazionale e trasferisce, in base alla competenza per territorio, le restanti, ai Centri ed alle Sezioni operativi operative a livello periferico.

In un contesto di energica sensibilizzazione, da parte delle Autorità nazionali ed in particolare della DIA, degli omologhi organismi stranieri riguardo alla transnazionalità del

fenomeno mafioso, e quindi del bisogno di riciclare i proventi dei reati conseguenti, tenuto conto dell'insufficienza del mero scambio informativo e di analisi, nell'ambito del semestre di Presidenza italiana dell'UE, è scaturita la proposta di istituire una rete operativa informale e snella, in grado di supportare con rapidità, le indagini sia preventive che giudiziarie, avvalendosi di investigatori specializzati.

4. STRUMENTI SIGNIFICATIVI PER LE OPERAZIONI DI RICICLAGGIO

Attraverso lo strumento societario, è possibile frapporre un ostacolo all'individuazione immediata del beneficiario ultimo di una transazione. Sono le cosiddette "società ombra", create al solo scopo di rendere non trasparente la paternità dell'impiego dei capitali, senza che essa nemmeno, molte volte, ponga in essere alcuna reale attività d'impresa. Terreno fertile al proliferare di queste ultime sono i Paesi a fiscalità privilegiata e/o territori non cooperativi, individuati con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, in quanti essi applicano aliquote fiscali tali che offrono all'impresa di ottenere un vantaggio economico imputando, determinate operazioni, in entrata o in uscita, alla società con sede in uno di questi Stati.

“La costituzione dei cosiddetti paradisi fiscali fu inizialmente assecondata dagli Stati economicamente più industrializzati, in particolare dagli U.S.A., Canada e Regno Unito, che, a fronte della riduzione degli aiuti, concessero ad alcuni Paesi in via di sviluppo la libertà di garantire incentivi fiscali alle imprese multinazionali che avesse deciso di investire sul loro territorio.

Negli anni dal 1985 al 1994 i capitali trasferiti a titolo di investimento dai sette Paesi più industrializzati verso Stati dei Caraibi e isole del Sud Pacifico registrarono una crescita superiore di cinque volte rispetto a quella del decennio precedente⁶.”

In Italia, secondo calcoli recenti, oltre il cinquanta per cento delle aziende di Piazza Affari e il venticinque per cento dei gruppi bancari possiedono una partecipata in un paradiso fiscale⁷.

“Dal canto loro, le organizzazioni criminali sfruttano la possibilità di arbitraggio tra regolamentazioni, collocando le diverse fasi della propria attività nello Stato che offre, per ciascuna di esse, le clausole più favorevoli in termini di maggiori garanzie di impunità, migliori occasioni per l'occultamento dei proventi, più elevati margini di profitto per il loro impiego. E giacché le misure antiriciclaggio comportano costi significativi, anche gli intermediari finanziari, a parità di altre condizioni, sono indotti ad insediarsi negli ordinamenti il cui livello di regolamentazione comporta minori oneri di *compliance*⁸”.

L'elemento su cui confida il riciclatore è la non collaborazione di molti di essi con l'Italia o altro Paese membro UE, permettendogli di occultare la provenienza illecita del proprio patrimonio con grande facilità. La questione si sposta quindi sui rapporti tra gli Stati e sul diritto

⁶ M. CARBONE, M. TOLLA, *Elementi normativi internazionali e nazionali in materia di riciclaggio*, Bari, 2010.

⁷ M. GEREVINI, in *La mappa delle zone franche*, su *CORRIERECONOMIA* del 20 luglio 2009.

⁸ M. CARBONE, M. TOLLA, *op. cit.*

internazionale; in un mondo in cui i confini sia economici che giuridici, grazie alle tecnologie informatiche, sono sempre più labili e permeabili, solo una regolamentazione di natura transnazionale può ridurre, fino a debellare, il fenomeno. L'obbligo di comunicazione, significativamente semplificato dall'art. 4 comma 4 del D.L. 193 del 2016, convertito con modificazioni dalla legge 225/2016, delle operazioni intercorse con i Paesi facenti parte della suddetta "black list", in capo alle imprese italiane, è inefficace contro il soggetto a cui conviene sacrificare una somma di denaro in una sanzione amministrativa, pur di ripulire un ammontare rilevante del proprio patrimonio.

Il veicolo societario estero non è l'unico strumento utilizzato in questo settore, ma, stante l'utilità descritta, è spesso combinato in un'operazione complessa come ulteriore elemento distrattore. Inoltre si consideri che il periodo necessario alla ricezione della risposta ad una rogatoria internazionale, verso Paesi extra UE, qualora siano collaborativi, è spesso superiore ad un anno, e la predisposizione di movimenti multipli in diversi Stati di tale categoria moltiplica i tempi necessari alla ricostruzione dei flussi economico-finanziari; ciò avvicina la prescrizione del reato.

La sede all'estero è lo strumento ideale quando il riciclatore intende giustificare il suo patrimonio con il reddito proveniente da attività d'impresa.

L'allocazione di una società all'estero è resa particolarmente semplice dalle ridotte formalità richieste da taluni Stati, anche relativamente alla costituzione per mezzo di un rappresentante, senza alcun controllo sulla titolarità effettiva della quota societaria, e con obblighi sulla tenuta delle scritture contabili insignificanti se non nulli. E tanto più quando si tratti di limitare la responsabilità dei soci e di emettere azioni al portatore, conseguentemente, con una sostanziale mancanza di trasparenza. Si osservi che, grazie ad istituti flessibili come ad esempio il *trust* o le fondazioni, anche Stati cosiddetti a normale livello impositivo, permettono l'utilizzo di strumenti caratterizzati da opacità.

Si parla di scatole cinesi quando il riciclatore detiene il controllo di una società attraverso una holding avente una quota di maggioranza in una società, la quale a sua volta possiede il controllo di una quota di maggioranza di una diversa società; ciò per un numero molteplice e variabile di imprese a base proprietaria societaria.

"Nel campo del diritto societario è possibile celare il reale titolare di un'operazione finanziaria, ad esempio con le *shell* e le *self company*, i *trust*, le azioni al portatore. Strumenti che, impedendo l'identificazione del *beneficial owner*, trasferiscono l'anonimato dal campo societario a

quello finanziario, determinando il cosiddetto effetto “domino” del diritto societario. E ciò è ravvisabile anche in alcuni ordinamenti di Stati membri UE.

Sul punto, giova sottolineare che pure con la revisione delle Raccomandazioni nel giugno 2003, il GAFI presta grande attenzione alla problematica dei veicoli societari ed al principio di trasparenza. In particolare, la raccomandazione n. 33 sulla *legal person* prescrive agli Stati di rendere accessibili informazioni adeguate sulla situazione di controllo, sul beneficiario ultimo dell'ente e sugli atti necessari a prevenire l'uso distorto delle eventuali azioni al portatore, mentre la Raccomandazione n. 34 sui *legal arrangements* (*trust* e contratti analoghi) mette a fuoco i rischi insiti in tali forme di negozi giuridici, che possono essere utilizzati per occultare la *beneficial ownership*. Secondo le raccomandazioni deve inoltre essere escluso l'utilizzo di banche prive di effettiva operatività (*shell banks*) e favoriti l'abolizione del segreto bancario nonché una stretta cooperazione delle FIU tra di loro e con le Autorità fiscali. Le quattro aree disciplinari prese in esame per il giudizio di non cooperazione sono la legislazione bancaria, il diritto societario, la cooperazione internazionale, le risorse destinate al contrasto al riciclaggio.

Nell'area del diritto bancario, sono indici di non cooperazione l'inadeguatezza della regolamentazione e della vigilanza, la possibilità di costituire una banca o un'altra istituzione finanziaria senza dover richiedere alcuna autorizzazione o iscrizione in pubblici registri, l'assenza di controlli sull'onorabilità del management e dei partecipanti al capitale dell'intermediario finanziario, l'esistenza di conti anonimi o con nomi palesemente fittizi, la mancanza di obblighi di adeguata verifica dell'identità del cliente o del reale beneficiario del rapporto e di conservazione dei dati relativi alla clientela, l'impedimento all'accesso dei dati per ostacoli di natura pratica o giuridica, l'opposizione del segreto bancario, la scarsa effettività di meccanismi di collaborazione attiva.

Nell'ambito del diritto societario rivelano l'inadeguatezza dei registri societari e l'esistenza di strumenti giuridici che, mediante l'interposizione di una società o altro ente, non consentano l'identificazione del reale beneficiario dell'operazione o del *management*.

Nel contesto della cooperazione internazionale, sono valutati gli ostacoli che limitino la collaborazione tra autorità giudiziarie ovvero tra autorità amministrative. Relativamente alla cooperazione giudiziaria, la principale lacuna concerne la mancata criminalizzazione del riciclaggio ovvero la criminalizzazione dello stesso in ordine a un limitato novero di reati presupposto. Sul versante della cooperazione amministrativa, sono, invece, considerati indici di non cooperazione le leggi ed i regolamenti che vietano alle FIU di fornire informazioni alle corrispondenti autorità straniere ovvero di eseguire gli approfondimenti da queste ultime

richiesti, i ritardi nelle risposte ed il rifiuto di informazioni giustificato da ragioni di natura fiscale.

Per quanto riguarda le risorse destinate direttamente al contrasto al riciclaggio, l'adeguatezza viene valutata sia in termini di risorse finanziarie sia tecniche che umane, sia con riguardo all'obbligo di istituzione di una Financial Intelligence Unit.⁹

a) *Lo sfruttamento dei paradisi fiscali*

È diffusa l'idea che combattendo i "paradisi fiscali" si contrasti, al tempo stesso, la criminalità economica. In particolare, la prossimità tra evasione fiscale e riciclaggio nelle tecniche utilizzate da evasori e riciclatori si riflette nella classificazione delle metodiche di ripulitura del denaro sporco in quanto, spesso, fattispecie concrete portatrici di sospetta evasione fiscale, si rivelano casi di *money laundering*. Lo scopo è comune: giustificare un reddito prodotto al di fuori dei parametri legali.

L'argomento dello scambio informativo intergovernativo è stato affrontato solo negli ultimi anni del secondo millennio, su stimolo dell'OCSE, attraverso il *Forum on Harmful Tax Practices*, da cui hanno tratto origine regole piuttosto stringenti come il *denial of benefits*, l'esclusione da deduzioni, esenzioni o crediti d'imposta connesse ad operazioni intercorse con Stati che si avvalgono di regimi fiscali preferenziali dannosi, o come *transactional charges*, oneri sulle operazioni che coinvolgono gli stessi Paesi. Spunti che hanno trovato poco seguito ma che hanno rafforzato il dibattito sul tema, fino alla svolta nel 2009.

La recente crisi finanziaria ha inasprito la problematica della mancanza di cooperazione in materia fiscale, incidendo più fortemente, sui bilanci degli Stati, ed in particolare riguardo all'evasione realizzata per mezzo dei cosiddetti *tax havens*. Il G20 di Londra del 2009 ha "dichiarato guerra" alle *non-cooperative jurisdictions* e al segreto bancario, annunciando la volontà, nel comunicato finale, di: "*take action against non-cooperative jurisdictions, including tax havens. We stand ready to deploy sanctions to protect our public finances and financial systems. The era of banking secrecy is over. We note that the OECD has today published a list of countries assessed by the Global Forum against the international standard for exchange of tax information*"¹⁰.

L'OCSE fu quindi incaricato di stilare tre liste:

- una *black list*, che raccoglie gli Stati che non si sono impegnati ad adottare gli *standards* di collaboratività fiscale fissati dal G20;

⁹ M. CARBONE, M. TOLLA, *op. cit.*

¹⁰ *Action plan for recovery and reform*, OCSE.

- una *grey list*, che elenca gli Stati che, pur non raggiungendo gli *standards* di collaboratività fiscale, si sono impegnati a raggiungerli entro un congruo termine;
- una *white list*, che distingue gli Stati che hanno sottoscritto almeno dodici accordi internazionali, che prevedono espressamente lo scambio di informazioni, oltre ad aver assunto l'impegno a proseguire in questa direzione.

L'effettività di questa iniziativa è garantita dal monito, nei confronti degli Stati che “non si fossero prodigati per divenire collaborativi”¹¹, di irrogare pesanti sanzioni economiche.

Per entrare nella *white list*, l'iter da seguire è il seguente:

- affermazione della volontà di impegnarsi ad adottare gli *standards* internazionali di collaboratività fiscale, nella misura predisposta dall'OCSE;
- stipula di almeno dodici convenzioni bilaterali che prevedano espressamente una clausola di scambio di informazioni analoga all'art. 26 del Modello OCSE, in alternativa, stilate sulla base del Modello di convenzione specificamente finalizzato allo scambio di informazioni elaborato dal *Global Forum* dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico.

“Per rendersi meglio conto dell'intensità del fenomeno, dal 2000 al 2013 i *Tax Information Exchange Agreements* sottoscritti sono passati da 1 a 518, raggiungendo picchi di 197 nel 2009 e di 200 nel 2010¹²”.

Il fatto che lo Stato figuri nella *white list*, però, non garantisce che lo stesso possa soddisfare le aspettative delle autorità fiscali e investigative del Paese che richiede le informazioni, poiché il livello qualitativo della risposta può essere influenzato dalle norme domestiche molto blande, come l'assenza di determinati obblighi in materia di scritture contabili o sulla struttura societaria, o dalla poca efficienza delle Amministrazioni a cui è diretta la richiesta di *tax information*, la quale non è in grado di raccogliere o si mostra riluttante, a causa di un velato indirizzo del Governo, di un processo corruttivo o di insufficiente adeguatezza professionale. In tali casi, il risultato sarebbe un compendio informativo non adatto alle esigenze del richiedente perché incompleto o generico.

Il giudizio di collaboratività non si esaurisce con la sottoscrizione degli accordi di scambio informativo, ma si prolunga nella fase di esecuzione di questi, con analisi circa l'effettiva attuazione della disciplina in oggetto relativamente sia agli aspetti fiscali che a quelli

¹¹ Roberto CORDEIRO GUERRA, [http://www.aipdt.it/wp-content/uploads/2015/10/RCG-Criminalità economica e paradisi fiscali_DEF-13.10.2015](http://www.aipdt.it/wp-content/uploads/2015/10/RCG-Criminalità_economica_e_paradisi_fiscali_DEF-13.10.2015)

¹² Roberto CORDEIRO GUERRA, [http://www.aipdt.it/wp-content/uploads/2015/10/RCG-Criminalità economica e paradisi fiscali_DEF-13.10.2015](http://www.aipdt.it/wp-content/uploads/2015/10/RCG-Criminalità_economica_e_paradisi_fiscali_DEF-13.10.2015)

antiriciclaggio, da parte di un team costituito da due Paesi e dal Segretariato dell'OCSE. Si sottolinea che la cosiddetta *peer review* non si limita allo studio della struttura normativa, che rappresenta solo la base di partenza di un procedimento che si concentra sulla verifica riguardo alla concreta implementazione ed all'effettivo utilizzo degli strumenti normativi a disposizione degli organi amministrativi.

In Italia, la prima *black list* fu emanata con il D.M. 24 aprile 1992, in relazione alla introduzione - nel D.P.R. n. 917/1986 - della prima norma, ai sensi della Legge 30 dicembre 1991, n. 413, di contrasto delle operazioni intercorse con entità localizzate nei paradisi fiscali, che condizionava la deducibilità dei relativi costi (per acquisto, infragruppo, di beni o servizi da imprese) alla sussistenza di determinati requisiti. La lista comprendeva nell'unico concetto di "Paesi aventi un regime fiscale privilegiato" sia i paradisi fiscali sia i regimi fiscali privilegiati, identificati in base a un unico criterio: il livello di tassazione; la stessa escludeva, comunque, tutti i Paesi membri UE.

La seconda *black list*, d'interesse per le imprese, fu emanata con il D.M. 21 novembre 2003, per dare attuazione alla nuova norma dell'art. 127-*bis* (ora art. 167) del TUIR, introdotta con la legge n. 342/2000, recante la disciplina delle società estere controllate (C.F.C.), poi estesa - ad opera del d. lgs. 12 dicembre 2003, n. 344 - anche alle collegate (art. 168). Secondo queste norme il reddito conseguito da tali entità estere (impresa, società o altro ente) viene imputato per trasparenza ai soggetti residenti nel nostro Paese che ne detengono, direttamente o indirettamente, il controllo ovvero una partecipazione agli utili non inferiore al venti per cento (nel caso di società quotate in borsa, la percentuale è ridotta al dieci per cento). Trattasi, in estrema sintesi, di disposizioni dirette ad evitare l'esenzione o il differimento sine die degli utili che un'impresa economicamente unitaria consegue (effettivamente o fittiziamente) nei paradisi, avvalendosi della possibilità di articolarsi in soggetti controllati, ma giuridicamente autonomi, creati nelle giurisdizioni estere. Pertanto, la normativa in rassegna è, altresì, finalizzata a mitigare i possibili effetti distorsivi che potevano derivare dagli stessi principi di fiscalità internazionale condivisi a livello OCSE.

Il D.L. n. 78/2009 con l'art. 13 ("contrasto agli arbitraggi fiscali internazionali") ha inteso porre un freno alle operazioni che consentono di localizzare i redditi al solo fine di ottenere illeciti risparmi d'imposta. Infatti, per analogia e armonizzazione con quanto già disposto in altri ordinamenti europei, allo scopo di evitare indebiti arbitraggi fiscali, l'accesso ai regimi che possono favorire disparità di trattamento, con particolare riferimento a operazioni infragruppo,

è sottoposto ad una verifica di effettività sostanziale. Sono state, quindi, apportate delle rilevanti modifiche ai richiamati artt. 167 e 168 del D.P.R. n. 917/1986.

Più in dettaglio, la manovra legislativa in questione ha innanzitutto modificato l'esimente relativa alla dimostrazione dell'effettività dell'attività commerciale o industriale svolta, con l'inserimento del concetto di mercato dello Stato o territorio di insediamento. Ciò comporta un maggiore sforzo dimostrativo in sede di interpello disapplicativo, atteso che ora il soggetto italiano deve provare l'esistenza di un'evidente connessione (*rectius*: effettivo radicamento) tra la stessa attività - come sua principale attività - e l'area dove risulta ubicata l'impresa, società o altro ente (mercato di destinazione). Sempre con riferimento all'esimente dell'effettività, l'art. 13, D.L. n. 78/2009, ha specificato che, per le attività bancarie, finanziarie ed assicurative, detta condizione si ritiene soddisfatta quando la maggior parte (ossia più del cinquanta per cento) delle fonti, degli impieghi o dei ricavi originano nello Stato o territorio di insediamento.

Il nuovo comma 5-*bis* dell'art. 167 del TUIR, ha introdotto una presunzione assoluta di non effettività in relazione a specifiche tipologie di attività svolte in un "paradiso fiscale". In particolare, la norma prevede che la suddetta esimente non possa essere applicata qualora i proventi della società o altro ente non residente provengano per più del cinquanta per cento dai cosiddetti "passive income", vale a dire:

- dalla gestione, dalla detenzione o dall'investimento in titoli, partecipazioni, crediti o altre attività finanziarie;
- dalla cessione o dalla concessione in uso di diritti immateriali relativi alla proprietà industriale, letteraria o artistica;
- dalla prestazione di servizi (intercompany) nei confronti di soggetti che direttamente o indirettamente controllano la società o l'ente non residente, ne sono controllati o sono controllati dalla stessa società che controlla la società o l'ente non residente, ivi compresi i servizi finanziari.

Infine, l'art. 13 del D.L. n. 78/2009 inserisce nell'art. 167 del D.P.R. n. 917/1986, i commi 8-*bis* e 8-*ter*. La prima disposizione estende la tassazione per trasparenza anche ai soggetti ubicati in Stati o territori diversi da quelli a fiscalità privilegiata, cosiddetti virtuosi, a condizione che siano - in maniera congiunta - assoggettati ad una tassazione effettiva inferiore a più della metà rispetto a quella italiana e svolgano una delle tre attività elencate in precedenza (detenzione di attività finanziarie, beni immateriali e prestazioni di servizi *intercompany*). Con la seconda norma viene prevista la possibilità per il contribuente di presentare apposita istanza di interpello ai fini della prova che l'insediamento all'estero non rappresenta una costruzione

artificiosa volta a conseguire un indebito vantaggio fiscale. In sostanza, si è in presenza di una presunzione relativa di non commercialità.

Con la diversa finalità di contrastare i fittizi trasferimenti di residenza delle persone fisiche, era stata emanata con D.M. 4 maggio 1999 (i dati dell'AIRE continuano a registrare un trend crescente di italiani che fissano stabilmente la loro residenza all'estero e, in particolare, in Paesi dove vigono condizioni di favore per la fiscalità e la tutela del segreto bancario), un'altra *black list*, comprendente gli Stati o territori aventi un regime fiscale privilegiato con riferimento all'imposizione delle persone fisiche, in applicazione delle nuove disposizione inserite nell'art. 2 comma 2-*bis* del TUIR (a seguito delle modifiche introdotte dall'art. 1, comma 83, della legge n. 244/2007, i paradisi fiscali saranno individuati per differenza, vale a dire in ragione della loro mancata inclusione nella *white list* appositamente emanata).

La centralità assunta dalla presenza di un adeguato scambio di informazioni deriva anche dalla lunga riflessione svoltasi in sede OCSE negli anni precedenti e che aveva comportato la modifica dei paragrafi 4 e 5 nell'art. 26 del modello OCSE di convenzione contro le doppie imposizioni sullo scambio di informazione. Il nuovo testo prevede informazioni reciproche per ogni tipo di imposta o tassa e a prescindere dal fatto che le notizie richieste siano ritenute utili dall'Amministrazione che deve fornirle ed elimina la facoltà di opporre il segreto bancario o fiduciario.

La elezione, in positivo, dei Paesi virtuosi delle due *white list* si ritiene che consenta una più approfondita valutazione dell'apprezzabilità, sotto il profilo della trasparenza e del livello di tassazione, di ciascun ordinamento che deve esservi inserito. Senza contare che, dal punto di vista dei Paesi a regime fiscale privilegiato, l'inclusione in una *black list* suscita maggiori reazioni (di cui è necessario tenere conto in relazione alla complessità degli interessi - anche non fiscali - in gioco), rispetto alla loro esclusione da una *white list*.

Questo rovesciamento di impostazione, tuttavia, come molti hanno già rilevato, complica enormemente l'applicazione delle norme positive (deducibilità dei costi e C.F.C.) al cui servizio le *white list* dovrebbero operare. Norme quindi che necessiterebbero esse stesse di manutenzione e che dovrebbero essere riconsiderate in un progetto unitario di revisione di tutte le norme di fiscalità internazionale, oggi disperse nel TUIR e in altri veicoli normativi¹³.

Concentrando ora l'attenzione sull'utilizzo, ai fini penali, dei Trattati internazionali di scambio informativo, bisogna premettere che uno dei principali ostacoli è il principio della doppia incriminazione, spesso presente negli Accordi sulla cooperazione in materia penale, il

¹³ M. CARBONE, M. TOLLA, *op. cit.*

quale consiste nel potere dello Stato interpellato di rifiutarsi di collaborare nel caso in cui la fattispecie penalmente rilevante nello Stato richiedente non ha analoga rilevanza nel diritto interno dello Stato che ha ricevuto la richiesta.

Si riporta il testo della previsione dell'art. 4, lett. o del Modello di convenzione OCSE per lo scambio di informazioni - *the term "criminal tax matters" means tax matters involving intentional conduct which is liable to prosecution under the criminal laws of the applicant Party* - che mostra il disfavore nei confronti del principio della doppia incriminazione, in virtù del fatto che l'Organizzazione di Parigi ha rilevato che se nel Paese X una violazione è penalmente rilevante e le informazioni necessarie alla raccolta delle fonti di prova devono essere richieste ad un Paese in cui la stessa violazione è punita solo in via amministrativa o addirittura non integra alcuna violazione, questo può rifiutarsi di fornire le informazioni richieste. Si ricorda che l'adozione di tale modello non è vincolante, pur costituendo, allo stesso tempo, parametro di valutazione sul livello di collaboratività.

Altro problema sono i Paesi chiaramente meritevoli di far parte della *white list*, in quanto aderiscono a tutte le più importanti convenzioni internazionali in materia di scambio informativo, non hanno un basso livello di imposizione fiscale ecc., ma, per tradizione culturale, sono restii ad effettuare lo scambio dei dati richiesti. Il Regno Unito, ad esempio, risponde alle richieste dell'Italia a mesi di distanza, quando risponde, vanificando, a volte, gli sforzi degli organi investigativi.

Il potenziale dello strumento dello scambio informativo tra Stati evidenzia il legame tra evasione fiscale e sistema di prevenzione antiriciclaggio, le cui elaborazioni hanno un'incidenza diretta in esso. Considerando che anche i proventi da evasione fiscale necessitano di emergere con una "veste di legalità", dopo anni di lavoro, nel 2012, il GAFI ha contemplato, per la prima volta, nelle sue Raccomandazioni, i reati tributari come presupposti del riciclaggio, ma solo con riferimenti alle fattispecie più gravi, seppur non via sia alcun riferimento che indirizzi gli Stati nella identificazione dei delitti rientranti nella categoria dei *serious crimes*. La novità è stata recepita nella Direttiva 849 del 2015 dell'Unione Europea, aprendo ad una estensione indiscriminata della disciplina antiriciclaggio a tutti i delitti di natura fiscale, senza apporre nessun parametro limitativo in base alla gravità. Dottrina minoritaria ha visto, nella dichiarazione di volersi adeguare agli orientamenti internazionali, la volontà di accogliere implicitamente la limitazione dell'applicabilità della disciplina antiriciclaggio ai reati tributari più gravi, ma dal tenore letterale della norma e dalla ratio complessiva della normativa che mira a ricomprendere ogni canale o vuoto normativo che possa avere l'attitudine di vestire di legalità

proventi illeciti, bisogna escludere tale assunto, e considerare la dichiarazione di adeguarsi agli orientamenti internazionali come un criterio ispiratore di una normativa tendente piuttosto ad allargare il suo ambito di applicazione ove necessario. Infatti al punto 11 della Premessa, il Parlamento e il Consiglio si preoccupano della asimmetria che potrebbe caratterizzare la scelta discrezionale di ogni Stato Membro, sul grado di punibilità, penale o amministrativa, della singola fattispecie concreta, e, per compensare questo rischio, spinge per consentire, nella massima misura possibile, ai sensi della propria legislazione nazionale, lo scambio di informazioni o la prestazione di assistenza tra le Unità di Informazione Finanziaria dell'Unione.

“È significativo che la Direttiva 849 introduca forme di cooperazione modellate su quelle dello scambio di informazioni fiscali, nel riconoscimento che tali procedure hanno raggiunto, nel settore fiscale appunto, un grado di raffinatezza particolarmente elevato¹⁴”. Naturalmente quest'ultimo tema rivela un punto di frizione laddove impone la collaborazione dei paradisi fiscali per ottenere le informazioni utili al procedimento di prevenzione, che rischia di essere vanificato senza una simile cooperazione.

Tuttavia, il processo di creazione di una disciplina internazionale adeguata a contrastare lo sfruttamento dello Stato estero come strumento di evasione o riciclaggio è lungi dall'aver raggiunto un risultato soddisfacente, in quanto, anche se tutti i Paesi non collaborativi entrassero a far parte della *white list*, essendo sufficiente sottoscrivere un numero relativamente basso di Accordi, sarebbe possibile, facilmente, porre in essere una condotta materiale che non produca una sana cooperazione.

“In un'ottica *de jure condendo*, sarebbe auspicabile allora che i criteri di valutazione degli Stati come *compliant* con gli *standard* internazionali comprendano non solo l'adeguamento alle forme di scambio di informazioni più evolute, ma anche l'adozione di efficaci norme antiriciclaggio, specialmente quelle legate all'individuazione del beneficiario effettivo, e la conseguente messa a disposizione delle relative informazioni, meglio se in via automatica, con le Autorità di altre giurisdizioni. In questo senso, ancora una volta, un modello efficace può essere quello, di derivazione fiscale, del *peer review*, con la revisione del grado di adeguamento dei vari ordinamenti agli standard internazionali in via periodica. Da questo punto di vista, ancora una volta l'esperienza europea rappresenta il laboratorio avanzato di questo “melting pot” tra lotta all'evasione fiscale e contrasto al riciclaggio internazionale, avendo previsto forme di

¹⁴ Roberto CORDEIRO GUERRA, [http://www.aipdt.it/wp-content/uploads/2015/10/RCG-Criminalità economica e paradisi fiscali_DEF-13.10.2015](http://www.aipdt.it/wp-content/uploads/2015/10/RCG-Criminalità_economica_e_paradisi_fiscali_DEF-13.10.2015)

reporting tra Uffici di Informazione Finanziaria che saranno oggetto di valutazione periodica in seno alla Commissione¹⁵.

Si rivela, in conclusione, insoddisfacente il sistema delle liste, essendo facilmente aggirabili i criteri volti all'accertamento della cooperazione internazionale del Paese poco virtuoso; infatti molti paradisi fiscali, al momento dell'entrata in vigore del sistema, si sono affrettati a sottoscrivere Trattati bilaterali tra di loro, privi di qualsivoglia efficacia. Sarebbe più adeguata una valutazione in concreto dell'efficienza e dell'operatività delle amministrazioni di quel Paese ai fini dell'esclusioni dalle *black and grey lists* e del rischio di gravi sanzioni.

Il Caso Pratico: Distrazione di fondi all'estero sotto forma di pagamento di accordi transattivi.

“La società Alfa, operante a livello internazionale nel settore enogastronomico ed avente come unico socio il sig. Tizio, ha effettuato un bonifico estero di due milioni di euro con causale “prima rata transazione” verso un Paese a fiscalità privilegiata dell'UE, a favore della società Beta. Subito dopo, sul conto della società Alfa sono pervenuti bonifici da una società fiduciaria italiana Gamma, relativi alla sottoscrizione di un prestito obbligazionario per circa tre milioni di euro.

Il bonifico in uscita costituiva il pagamento della prima di una serie di rate previste da un accordo transattivo stipulato tra la società Alfa e la società Beta per il regolamento di un credito di complessivi tredici milioni di euro. Tale credito, originariamente vantato da Delta per prestazioni di consulenza pubblicitaria rese in passato, era stato oggetto di ripetute cessioni tra società con sede in diversi Stati, fino al definitivo acquisto da parte di Beta.

Emergevano, in particolare, le condizioni inusuali previste dall'accordo, che appariva stipulato nell'interesse esclusivo della parte creditrice, limitandosi a prevedere, a vantaggio del debitore, solo una rimodulazione degli interessi, senza alcuna rinuncia al credito.

Gli approfondimenti si sono incentrati sui bonifici accreditati, poche settimane dopo, sul conto di Alfa, su ordine della fiduciaria Gamma per circa tre milioni di euro e finalizzati alla sottoscrizione di un prestito obbligazionario convertibile in azioni, emesse da Alfa con scadenza decennale. Tra i bonifici citati, in particolare, si è rilevata la presenza di un'operazione di importo sostanzialmente corrispondente al trasferimento verso l'estero disposto da Alfa.

¹⁵ Roberto CORDEIRO GUERRA, [http://www.aipdt.it/wp-content/uploads/2015/10/RCG-Criminalità economica e paradisi fiscali_DEF-13.10.2015](http://www.aipdt.it/wp-content/uploads/2015/10/RCG-Criminalità_economica_e_paradisi_fiscali_DEF-13.10.2015)

Le verifiche svolte hanno consentito di ricondurre la titolarità del mandato fiduciario acceso presso Gamma allo stesso sig. Tizio, socio unico della società Alfa. La provvista su detto mandato derivava dall'accredito di bonifici esteri per circa tre milioni di euro complessivi disposti da Epsilon - società con sede in America del Nord - tramite una banca europea, con causali riferite al parziale regolamento del credito ceduto.

Gli elementi emersi nel corso dell'approfondimento hanno condotto ad ipotizzare che i fondi affluiti sul conto di Alfa tramite la fiduciaria Gamma fossero verosimilmente collegati al bonifico estero originariamente disposto dalla medesima società.

Tale ricostruzione ha fatto emergere il sospetto in merito al carattere fittizio dell'accordo transattivo concluso tra Alfa e l'ultima cessionaria del credito, la finanziaria Beta, verosimilmente finalizzato alla preconstituzione di un titolo utile a legittimare il deflusso di capitali verso l'estero con possibile finalità di evasione fiscale. Tali fondi sarebbero poi rientrati sul conto di Alfa sotto forma di sottoscrizione di prestiti obbligazionari¹⁶.

Il primo campanello d'allarme proviene dalla sede della società Beta, allocata in un Paese, seppur appartenente all'UE, a fiscalità privilegiata e quindi, a rischio. Nel caso di specie ha comportato l'attribuzione di un vantaggio fiscale derivante dalla differenza delle aliquote applicate al credito che parzialmente avrebbe, diversamente, contribuito a costituire il reddito della società Alfa. Il prestito obbligazionario rappresenta il capitale ripulito e sottratto al reddito dichiarato da Alfa, rivestito di legalità, sfruttando un veicolo societario estero. Esso intanto comporta un vantaggio fiscale in quanto gli interessi sono deducibili, e probabilmente, alla scadenza decennale il prestito sarebbe stato convertito in azioni, realizzandosi un aumento di capitale. A questo punto il denaro avrebbe avuto piena legittimazione e Tizio avrebbe potuto usufruirne liberamente assecondando le proprie valutazioni di convenienza economica.

Infine va considerato che si tratta di cessioni infragruppo in assenza di rapporti commerciali o finanziari sottostanti, e non plausibili dal punto di vista economico.

b) Istituti emergenti

I. Il trust

La tradizione giuridico-economica anglosassone ha esportato diversi istituti prima sconosciuti al diritto commerciale domestico. Si tratta del prodotto di un'economia avanzata fortemente accentuata sul settore finanziario.

¹⁶ Banca d'Italia, *Quaderni dell'antiriciclaggio*, aprile 2015.

La IV Direttiva antiriciclaggio ha riposto particolare attenzione alla disciplina del trust, auspicando che i dirigenti di tali strutture siano in possesso dei requisiti di competenza ed onorabilità. Il legislatore europeo non ha ritenuto necessario dare una definizione, ai fini della presente Direttiva, di *trust*, ritenendo utile quella appartenente alla comune esperienza degli Stati Membri, ossia l'istituto con cui un soggetto costituisce, con uno o più beni, un patrimonio separato, finalizzato ad uno o più scopi determinati.

Il *trust* non è sottoposto a una regolamentazione specifica nel codice civile o in altra legge speciale, ed è pertanto affiancato, in via analogica, all'istituto del negozio fiduciario. Tuttavia le differenze sono molte, a maggior ragione se si pensa alla duttilità caratteristica di tale modello negoziale, che è il motivo alla base della sua ampia applicazione. Di volta in volta, infatti, il *trust* potrà perseguire gli interessi tipici del fondo patrimoniale, del mandato, o di qualsiasi altro negozio con funzioni di garanzia, della sostituzione fedecommissaria e del negozio fiduciario. Senza però incorrere negli stessi limiti.

In base alla Convenzione dell'Aja del 1985, il *trust* ricorre quando un soggetto, detto *settlor*, sottopone dei beni, con atto *mortis causa* o *inter vivos*, sotto il controllo di un altro soggetto, il *trustee*, nell'interesse di un beneficiario o per un fine specifico, purché sia ritenuto meritevole di tutela dall'ordinamento del Paese in cui si colloca.

La norma precisa altresì che:

- i beni del *trust* costituiscono una massa distinta e non fanno parte del patrimonio del *trustee* (sia nel caso in cui siano a lui intestati, sia nel caso in cui siano intestati ad altra persona) e quindi non è aggredibile dai suoi creditori, né dai creditori del *settlor*;
- il *trustee* (che può essere lo stesso *settlor*) ha il potere-dovere di amministrare o disporre dei beni secondo quanto previsto dall'atto costitutivo o dalla legge;
- non è incompatibile con l'esistenza del *trust* il fatto che il costituente si riservi alcune prerogative o che al *trustee* siano riconosciuti alcuni diritti come beneficiario.

Oggetto del *trust* possono essere beni immobili, beni mobili registrati, beni mobili non registrati e crediti.

Si tratta di beni la cui titolarità è sdoppiata, in quanto da una parte abbiamo la titolarità formale del *trustee*, e dall'altra parte il titolare sostanziale, ossia il beneficiario. Essendo prevalente in dottrina e giurisprudenza che, nell'ordinamento italiano, la proprietà non può essere sdoppiata, l'istituto si scontra con il principio della tipicità dei diritti reali.

Pertanto, ci si domanda se possano costituirsi in Italia, da cittadini italiani, dei *trust* per beni situati in Italia.

L'Italia non ha infatti corredato la ratifica della Convenzione dell'Aja con una legge di applicazione, come hanno fatto altri Stati. Di conseguenza il nostro Paese si è impegnato a riconoscere i *trust* che presentano elementi di collegamento con il diritto di altri Stati che riconoscono il *trust*, ma, per quanto riguarda il diritto interno, il problema è rimasto aperto.

La tesi che nega la possibilità di costituire *trust* di diritto italiano si basa sui seguenti argomenti:

- secondo il principio di unicità della proprietà, il titolare del bene non può essere che solo un soggetto e non è accettabile che ci siano due titolari;
- come suddetto, creando un diritto reale atipico, si violerebbe il principio della tipicità dei diritti reali
- la proprietà è assoluta e perpetua ed è inconcepibile un diritto di proprietà a tempo determinato;
- sarebbe facilmente eludibile il principio della *par condicio creditorum*, escludendo i beni posti nel patrimonio del *trust*, dall'azione esecutiva, in deroga all'art. 2740 del codice civile.

Non si potrebbe ricorrere al meccanismo del contratto atipico previsto dall'art. 1324 c.c., in quanto, un simile negozio, per superare il vaglio di ammissibilità della meritevolezza dell'interesse tutelato dall'istituto, devono essere rispettate tutte le regole base del nostro ordinamento.

Dottrina contraria sostiene che:

- l'impossibilità di dissociazione tra titolarità formale e sostanziale è una mera petizione di principio, che è invece contraddetta da altri istituti come il negozio fiduciario o il mandato senza rappresentanza;
- quanto alla proprietà temporanea, si tratta di un istituto che ricorre in alcune figure del nostro ordinamento (la sostituzione fedecommissaria, nei limitati casi in cui è ammessa, la vendita con patto di riscatto, la multiproprietà);
- è affermazione assolutamente non condivisibile il fatto che l'art. 2740 costituirebbe un baluardo insuperabile, in quanto mera espressione di un principio di ordine pubblico, di fronte al recente fenomeno delle società unipersonali e delle SIM;
- infine, anche il dogma dell'atipicità dei diritti reali, è stato smontato e in realtà si tratta niente più che di un relitto storico.

Al contrario, insomma, il *trust* sarebbe assolutamente meritevole di tutela, specialmente per non lasciare indietro gli operatori italiani rispetto ad altri Paesi.

“Ogni sistema giuridico è chiamato a giustificare le proprie regole sul piano della razionalità economica e sociale, ma gli è vietato di appellarsi alla sistematicità della propria tradizione giuridica la quale peraltro è una sirena che attira solo i giuristi colti, mentre lascia indifferenti gli altri cittadini. Quando ci si appella al nostro sistema del diritto successorio levigato da una secolare sapienza causidica, per imporre l'ostracismo a schemi, come quello del trust, ci si dovrebbe interrogare anche sulla vitalità intrinseca del sistema nazionale vigente. Senza un simile controllo sulla perdurante ratio politica che ci è stata consegnata dalla storia, nessun controllo di coerenza può essere serio perché omette uno dei parametri essenziali della razionalità giuridica, la quale, specie in periodi di forte accelerazione della storia, non si riduce alla sola assenza di contraddizioni logico-formali, ma si estende alle congruenze tra i diversi obiettivi di policy perseguiti dal legislatore¹⁷”.

Per garantire condizioni di parità tra i vari tipi di assetti giuridici, anche i fiduciari dovrebbero essere tenuti a ottenere, mantenere e fornire informazioni sulla titolarità effettiva ai soggetti obbligati che adottano misure volte all'adeguata verifica della clientela, nonché a comunicare tali informazioni ad un registro centrale o ad una banca dati centrale, e dovrebbero rivelare il loro status ai soggetti obbligati. Soggetti giuridici quali fondazioni e istituti giuridici analoghi ai *trust* dovrebbero essere sottoposti a disposizioni equivalenti.

“Ai fini dell'applicazione della normativa antiriciclaggio, quando le attività di prestazione di servizi a *trust* sono svolte da intermediari finanziari, questi adottano i diversi presupposti relativi al differente *status* che possiedono.

Pertanto, allo stato attuale, gli intermediari finanziari o i professionisti che venissero incaricati dal *trustee* di compiere operazioni riferibili al *trust*, devono considerare quale cliente il trust, identificandolo attraverso l'atto istitutivo e acquisire il documento d'identità del *trustee* in qualità di “amministratore” del *trust*. Analogamente, qualora il ruolo di *trustee* fosse ricoperto da una *trust company*, si deve procedere all'identificazione dei suoi rappresentanti legali e dei poteri loro attribuiti. Tale ricostruzione sembra venir confermata anche dall'art. 2 dell'Allegato tecnico al d. lgs. 231 del 2007, laddove individua in via residuale il titolare effettivo del *trust* nelle persone che controllano almeno il venticinque per cento “del patrimonio dell'entità giuridica”. È vero che questa definizione è riferita sia ai *trust* (definiti come istituti giuridici) che alle fondazioni (definite come enti giuridici), ma è pur vero che non vengono effettuati distinguo: sia l'entità che l'istituto giuridico sono dipinti come qualcosa di diverso dal patrimonio¹⁸”.

¹⁷ Paolo FRANCESCHETTI, altalex.com/documents/altalexpedia/2016/05/10/trust#_Toc449473612

¹⁸ Gruppo di studio sul *trust* dell'Associazione degli studi legali associati, 2011.

La Direttiva non ha invece mancato di porre l'attenzione sul titolare effettivo, definito come la persona o le persone, fisiche e/o giuridiche, che in ultima istanza, anche per interposta persona, possiedono o controllano il cliente e/o le persone fisiche per conto delle quali è realizzata un'operazione o un'attività e che comprende almeno:

- il costituente;
- il o i *trustee*;
- il guardiano, se esiste;
- i beneficiari ovvero, se le persone che beneficiano dell'istituto giuridico o dell'entità giuridica non sono stante ancora determinate, la categoria di persone nel cui interesse principale è istituito o agisce l'istituto giuridico o il soggetto giuridico;
- qualunque altra persona fisica che esercita, in ultima istanza, il controllo sul *trust*, attraverso la proprietà diretta o indiretta o attraverso altri mezzi.

Né ha mancato di definire il prestatore di servizi relativi a *trust*, come il soggetto che fornisce, a titolo professionale, uno dei servizi seguenti a terzi:

- la fornitura di una sede legale, di un indirizzo commerciale, postale o amministrativo e di altri servizi connessi a un *trust*;
- ricoprire la posizione di *trustee* in un *trust* espresso o in un istituto giuridico analogo (in questo senso il Parlamento ed il Consiglio pongono sotto il cappello del sistema di prevenzione del riciclaggio tutte le forme similari di contratto) oppure provvedere affinché un'altra persona ricopra tale posizione.

Pertanto anche il *trust* deve dotarsi di una struttura idonea ad adempiere agli obblighi di identificazione, di registrazione e di segnalazione, permettendo, in caso di beneficiari di *trust* o di istituti giuridici analoghi designati in base a particolari caratteristiche o classi, al soggetto obbligato di acquisire informazioni sullo stesso beneficiario sufficienti a far ritenere che sarà in grado di stabilirne l'identità al momento del pagamento o nel momento in cui egli esercita i diritti conferitigli.

Gli Stati membri provvedono affinché le società e le altre entità giuridiche costituite nel loro territorio siano tenute a ottenere e conservino informazioni adeguate, accurate e attuali sulla loro titolarità effettiva, compresi i dettagli degli interessi beneficiari detenuti.

Gli Stati membri possono prevedere una deroga per l'accesso a tutte o parte delle informazioni sulla titolarità effettiva, caso per caso in circostanze eccezionali, qualora tale accesso esponga il titolare effettivo al rischio di frode, rapimento, estorsione, violenza o intimidazione o qualora il titolare effettivo sia minore di età o altrimenti incapace.

Le deroghe accordate non si applicano agli enti creditizi e agli istituti finanziari e a determinati soggetti obbligati che ricoprono la qualità di pubblici funzionari.

Un'ulteriore ed importante obbligo in capo agli Stati membri consiste nel prevedere l'adozione, in relazione ai soggetti obbligati, da parte delle autorità competenti, delle misure necessarie a impedire a criminali e condannati per reati commessi in ambiti pertinenti o a loro complici di occuparvi una funzione dirigenziale o detenerne la titolarità effettiva; requisiti rientranti nella professionalità e onorabilità che deve caratterizzare il personale di tali ruoli.

Sul lato dell'individuazione dei soggetti che godono della flessibilità dello strumento del trust, essendo esso disciplinabile dalla Legge nazionale scelta dai contraenti, ed essendo possibile prevedere anche che diversi aspetti siano regolamentati da differenti Leggi nazionali, il Legislatore europeo obbliga gli Stati a prescrivere che i *trust* espressi, limitatamente però a quelli disciplinati dal loro diritto nazionale, ottengano e mantengano informazioni adeguate, accurate e aggiornate sulla titolarità effettiva del *trust*. Tali informazioni includono l'identità del costituente, del o dei *trustee*, eventualmente del guardiano, dei beneficiari o della classe dei beneficiari e delle altre persone fisiche che esercitano il controllo sul *trust*. Il *trustee* in particolare deve rendere noto il proprio *status* e deve fornire le informazioni di cui sopra quando porta a compimento affari in tale veste. È infine stabilito che i prestatori di servizi relativi a un *trust* siano muniti di licenza o iscritti in un apposito elenco.

La possibilità che il disponente e il *trustee* abbiano la possibilità di accordarsi utilizzando la Legge nazionale che ritengono più vantaggiosa costituisce un fattore di rischio tipico di questo strumento, e la scarsa regolamentazione a cui è soggetto gli consente di avere una notevole attitudine a realizzare una discreta copertura per il patrimonio oggetto del contratto, specialmente in riferimento all'ostacolo che rappresenta nei confronti dei procedimenti di pignoramento e di sequestro, ricordando che il *trust* resiste alle pretese dei terzi creditori dei costituenti.

Gli interlocutori del *trust*, entrando in contatto con il *trustee*, perderanno quello con il disponente ed è in questo momento che il patrimonio separato viene "schermato".

La nuova Direttiva antiriciclaggio accoglie delle soluzioni proposte dalla dottrina, che sono scaturite dalle difficoltà in sede di applicazione della normativa che presenta un istituto così poliedrico, come l'iscrizione in un apposito registro e la predisposizione di specifici requisiti che i prestatori di servizi inerenti ai *trust* devono possedere.

Il *trust* è largamente diffuso come mezzo di riciclaggio e di elusione fiscale per la carenza di disciplina che lo caratterizza; l'Italia non ha ancora adempiuto all'impegno preso in sede internazionale di creare una disciplina speciale dell'istituto.

Nel *trust* può confluire qualsiasi tipo di bene, dal denaro contante ad opere d'arte, da immobili a *yachts* e la velocità con cui è possibile trasferirlo da uno Stato ad un altro rende molto difficoltosa l'individuazione dei beni. È sufficiente spostarlo da un'isoletta a un'altra che sia un paradiso fiscale per renderlo quasi irrintracciabile.

È interessante prendere ad esempio le linee guida del Consiglio nazionale del Notariato dove si legge che:

“per le società fiduciarie, ad esclusione di quelle di cui all'art. 199, comma 2, TUF (iscritte nella sezione separata dell'albo di cui all'articolo 106 TUB) l'adeguata verifica del cliente e del titolare effettivo è effettuata secondo i seguenti criteri:

1. se la fiduciaria agisce per conto dei fiducianti, allora:
 - fornire per iscritto tutte le informazioni necessarie ed aggiornate di cui sia a conoscenza sui fiducianti quali titolari effettivi del rapporto o dell'operazione;
 - ove i fiducianti siano persone diverse dalle persone fisiche, vanno identificati e verificati i dati del titolare o dei titolari effettivi;
2. se la fiduciaria agisce in nome e per conto proprio, vanno identificati e verificati i dati del titolare o dei titolari effettivi sub 2 della fiduciaria, secondo le norme relative alle società”.

Le società fiduciarie sono tenute a fornire tutte le informazioni necessarie per il concreto adempimento dell'obbligo, ma si riconosce anche la garanzia alla riservatezza del fascicolo (ad esempio conservandolo in busta chiusa e sigillata). In ogni caso, un eventuale rifiuto da parte della fiduciaria avrebbe dovuto comportare la valutazione di una segnalazione di operazione sospetta.

Il punto cruciale è sempre stato l'equilibrio tra obbligo normativo e riservatezza nel rapporto con il cliente.

Anche nelle “frequently asked questions” di applicazione della disciplina antiriciclaggio introdotta dal d.lgs. 231 del 2007, pubblicate da Banca d'Italia si pone lo stesso tema. Nei confronti di Fiduciarie appartenenti ad un Gruppo, il regolatore suggeriva che:

“In conformità al principio del *risk based approach*, spetta agli intermediari, nell'esercizio della propria autonomia imprenditoriale, individuare le soluzioni organizzative e procedurali più idonee per conciliare le esigenze di circolarità informativa con quelle di riservatezza”.

Nel Rapporto Annuale dell'UIF si riporta in ogni caso che: "Resta alta l'attenzione dell'Unità sulle strutture e sugli strumenti astrattamente idonei a schermare la proprietà, quali i *trust* e i mandati fiduciari, ovvero sugli assetti societari particolarmente articolati e complessi riferibili anche ad entità estere, specie se situate in paesi a rischio o non collaborativi".

La UIF segnala un numero rilevante di casi in cui si riscontra una elevata difficoltà o impossibilità da parte del segnalante di identificare il titolare effettivo e di completare gli obblighi di adeguata verifica della clientela. Questo si evince anche dai numeri: nel 2015 sono pervenute 362 comunicazioni di operazioni di specie, per un importo complessivo di circa quarantaquattro milioni di euro. La maggior parte delle comunicazioni di specie sono state trasmesse da banche (68% circa), ma seguono le società fiduciarie con il 27% circa. Si tratta di comunicazioni sulle operazioni di restituzione dei fondi, effettuate dagli intermediari nei casi di impossibilità di completare l'adeguata verifica della clientela.

L'Unità di Informazione Finanziaria ha anche identificato schemi ricorrenti, in cui alcune società vengono costituite o ricapitalizzate a fronte di conferimenti in natura di importo elevato, attraverso strumenti finanziari emessi all'estero, di dubbia provenienza.

L'attività ha fatto emergere "l'utilizzo di società, *trust* e altre strutture fiduciarie estere per la movimentazione di contante; l'articolazione di strutture societarie e operazioni in vari Paesi in modo da sfruttare lacune nei controlli ed evitare l'individuazione dei titolari effettivi; l'utilizzo anomalo di carte prepagate emesse all'estero per prelievi di contante in Italia; l'impiego di società estere per la prestazione di servizi di gioco on-line".

È vero che il numero di segnalazioni effettuate da parte di società fiduciarie è aumentato tantissimo nel 2015 (rispetto alle 310 del 2014), arrivando a 859, ma queste sono state incrementate prevalentemente dalla *voluntary disclosure* (475).

È evidente che la IV Direttiva Antiriciclaggio avrà impatti significativi in questa area, nella misura in cui sarà necessaria la predisposizione di nuove e specifiche procedure operative per tutti coloro i quali sono soggetti all'obbligo di identificazione dei titolari effettivi e trattano di *trust* ed istituti giuridici simili.

*Il Caso Pratico: Uso improprio di trust*¹⁹.

Il caso fa riferimento a un conto corrente intestato al *trust* Alfa, irrevocabile e autodichiarato (si definisce autodichiarato il *trust* in cui il disponente e *trustee* coincidono), avente

¹⁹ Banca d'Italia, *Quaderni dell'Antiriciclaggio*, aprile 2015.

una finalità di carattere protettivo/familiare in favore dei figli legittimi del sig. Tizio e dei loro discendenti.

In sede di costituzione del *trust* era stato conferito dal disponente un appartamento destinato a civile abitazione.

L'esame dell'atto istitutivo del *trust* ha evidenziato che la qualifica di beneficiario era da estendersi anche allo stesso sig. Tizio, già disponente e *trustee*.

Il conto corrente intestato al *trust* Alfa aveva ricevuto una serie di bonifici disposti sia dal conto intestato alla società Beta, nel frattempo posta in liquidazione, sia dal conto intestato al sig. Tizio. Quest'ultimo rapporto era stato, a sua volta, alimentato dal conto intestato alla società Beta in liquidazione.

In particolare, in un arco temporale abbastanza ristretto, si evidenziavano:

- bonifici, per 530mila euro circa recanti causale "rimborso quota", dalla società Beta in liquidazione a favore del *trust* Alfa;
- bonifici, con causali generiche, dalla società Beta in liquidazione a favore del conto intestato al sig. Tizio per un totale di circa 250mila euro;
- bonifico di circa 60mila euro, senza causale, dal sig. Tizio a favore del *trust* Alfa;
- emissione di assegni circolari per un totale di 500mila euro a valere sul rapporto del *trust* Alfa a favore di beneficiari diversi e probabilmente relativi a un'operazione immobiliare.

Dagli approfondimenti eseguiti è emerso che le imprese del sig. Tizio versavano, nel periodo dell'operatività descritta, in uno stato di tensione finanziaria sfociato nella messa in liquidazione della società Beta e nel fallimento dell'impresa individuale Gamma allo stesso riconducibile.

I comportamenti descritti sono stati pertanto posti in essere al presumibile scopo di sottrarre gli *asset* aziendali alle possibili pretese di creditori, tramite l'acquisto di unità immobiliari intestate al *trust*.

La presenza del disponente fra i beneficiari di capitale o l'indicazione dello stesso quale unico beneficiario, specie se non risulta chiaramente percepibile la causa istitutiva del *trust* è, senza dubbio, un fondato motivo di sospetto che sia presente una volontà di voler separare il patrimonio conferito nel *trust* da quello personale per fini in contrasto con la legge, al fine di ostacolarne il recupero. Si aggiunga che la situazione finanziaria dell'impresa controllata da Tizio risulta l'antecedente logico della costituzione del *trust* al fine di sottrarre beni pignorabili ai creditori e che l'attività gestoria da parte del *trustee* non è coerente rispetto agli scopi dell'istituto, il quale realizza tipicamente una forma di protezione dei beni conferitigli per motivi di

riservatezza, di tutela del patrimonio per finalità successive, di beneficenza o di investimento a fini pensionistici; mentre nel caso in esame, l'attività compiuta è stata più simile a quella di una società immobiliare.

II. // Factoring

L'esperienza anglosassone ha dato origine ad un altro istituto che ha fatto ingresso con successo nel nostro ordinamento, il *factoring*, il contratto con il quale una parte, detta *factor*, acquista, per un certo periodo di tempo e a titolo oneroso, i crediti non ancora esigibili che un imprenditore vanta nei confronti della propria clientela.

È un modello contrattuale piuttosto recente, utilizzato dagli operatori economici per il finanziamento alle imprese in relazione a particolari esigenze non codificate dal legislatore. Il *factoring* consiste nell'acquisto da parte del *factor* dei crediti non ancora esigibili, che le imprese vantano nei confronti della clientela; tale acquisto avviene in forza di una convenzione per la quale l'imprenditore creditore si obbliga a cedere al *factor* tutti i crediti, presenti e futuri, derivati o derivanti dall'esercizio dell'impresa. Il *factor* cessionario acquista i crediti di norma pro soluto, salvo patto contrario.

“Il *factor* svolge una funzione di gestione in quanto amministra i crediti curandone la riscossione, anche ricorrendo all'esecuzione forzata; svolge inoltre una funzione di finanziamento in quanto anticipa all'impresa l'importo dei crediti acquistati, finanziando la stessa impresa attraverso un'atipica operazione di sconto; svolge infine una funzione di assicurazione, in quanto di regola il *factor* acquista il credito pro soluto assumendo il rischio della insolvenza del debitore. In cambio l'imprenditore versa al *factor* un aggio, semplificando al massimo la sua contabilità interna.

Sulla qualificazione giuridica del *factoring* vanno sottolineate decisioni della giurisprudenza di merito le quali, in contrasto con l'orientamento prevalente, sottolineano le funzioni diverse che di volta in volta il contratto può assumere, sicché la sua disciplina deve essere ricercata nel tipo negoziale nominato, analogicamente assimilabile. Invero, nonostante si sottolinei come la prestazione essenziale del contratto sia la cessione dei crediti d'impresa, la correlativa obbligazione del *factor* di gestione, amministrazione e riscossione degli stessi, con periodico rendiconto ed effettuazione di anticipazioni sugli importi dei crediti ceduti prima del loro incasso, induce ad attribuire al *factoring* la natura di mandato.

La tesi muove dalla considerazione che la prestazione in ogni caso presente sarebbe quella della gestione dei crediti ceduti, mentre le altre prestazioni del *factor* (corresponsione di anticipi,

assunzione del rischio dell'insolvenza del debitore ceduto) sarebbero meramente accessorie ed eventuali. Ne consegue che il *factoring* dovrebbe essere qualificato come un mandato alla gestione dei crediti ceduti, cui si collegano un negozio di finanziamento (mutuo) e un negozio di garanzia (fideiussione). Le cessioni di credito operate nell'ambito di un contratto di *factoring*, in quanto negozi attuativi dell'unitario programma negoziale e privi di propria autonomia, avrebbero pertanto la medesima causa di mandato del contratto cui accedono.

A tale ricostruzione si muovono rilievi critici. Infatti, nella prassi del *factoring* il momento finanziario ha rilevanza centrale, pur in presenza di prestazioni volte alla gestione dei crediti da parte del *factor* per cui non può fondarsi solo su quest'ultimo elemento la qualificazione del contratto. Inoltre, la ricostruzione del *factoring* come mandato rende frammentaria un'operazione che si presenta, invece, nei rapporti tra fornitore e *factor*, come unitaria.

La prestazione principale richiesta al *factor* rimane la cessione dei crediti anche se il *factoring* presenta un più ampio contenuto in senso economico e in senso giuridico.

Se si tratta di *factoring* con rivalsa, in caso di incasso si ripete lo schema precedente. In caso di mancato incasso, la rivalsa ha ad oggetto quanto il cedente ha percepito.

La sua disciplina deve essere inquadrata, per quanto riguarda le categorie di soggetti abilitati a porre in essere l'attività di acquisto di crediti in oggetto, con riferimento al decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385 (testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia), e in particolare al Titolo V che disciplina i soggetti operanti nel settore finanziario. La disciplina contenuta nel suddetto titolo riguarda infatti alcune categorie di soggetti, diversi dalle banche, operanti nel settore finanziario.

Sotto il profilo oggettivo, l'operazione di *factoring* generalmente ha ad oggetto la cessione sia di crediti esistenti sia di crediti che sorgeranno nel periodo di durata del contratto. La cessione può essere conclusa con un unico atto dispositivo in base al quale vengono trasferiti al *factor* i crediti già esistenti, mentre i crediti futuri si trasferiranno automaticamente al *factor* cessionario man mano che verranno ad esistenza. La disciplina della cessione dei crediti futuri deve essere collegata anche ai principi generali in tema di contratto in base ai quali l'oggetto della cessione deve essere determinato o determinabile. Per quanto riguarda la cessione in massa dei crediti futuri la nuova disciplina introdotta dalla legge 52 del 1991 (art. 3) prevede la possibilità di cedere crediti che sorgeranno da contratti da stipularsi in un periodo di tempo non superiore a ventiquattro mesi a condizione che vengano indicati i debitori ceduti.

La legge da ultimo citata ha introdotto significative innovazioni rispetto alla disciplina civilistica in tema di cessione di crediti.

In particolare, per quanto concerne il regime di opponibilità della cessione, la nuova legge ha introdotto un mezzo per rendere la cessione opponibile ai terzi, diverso dalla notifica a ciascun debitore ceduto; in base all'art. 5 della legge 52/1991 la cessione è infatti opponibile a condizione che il pagamento del corrispettivo (totale o parziale) sia munito di data certa, nei confronti:

- degli aventi causa del cedente il cui titolo di acquisto non sia stato reso efficace verso i terzi anteriormente alla data del pagamento;
- del creditore del cedente che abbia pignorato il credito dopo la data del pagamento;
- del fallimento del cedente dichiarato dopo la data del pagamento.

L'articolo viene così a colmare una lacuna che aveva creato notevoli difficoltà di ordine pratico in operazioni in cui la cessione avesse ad oggetto un rilevante numero di rapporti²⁰.

Tale istituto ha suscitato un forte dibattito in materia di obblighi antiriciclaggio che è sfociato il 31 luglio 2015 in un provvedimento della Banca d'Italia. La discussione verteva in materia di adeguata verifica della clientela e di archivio unico informatico ed è nata dalla difficoltà delle società di factoring di adempiere ai suddetti obblighi, non avendo, nella pratica, solitamente, contatti diretti con i debitori ceduti né potrebbero avvantaggiarsi proficuamente di forme di identificazione eventualmente svolte dai creditori originari, in quanto queste sono perlopiù società commerciali non sottoposte a tali obblighi, stante l'obbligo di identificare e registrare anche i debitori ceduti in ottemperanza al provvedimento della Banca d'Italia del 3 aprile 2013.

È stata quindi richiesta l'eliminazione degli obblighi di adeguata verifica e registrazione in AUI dei dati dei debitori ceduti nell'ambito delle operazioni di *factoring*.

“Sulla base di approfondimenti della Banca d'Italia è emerso che:

- le società di *factoring* incontrano oggettive difficoltà nell'acquisire il documento d'identità del debitore;
- il principale rischio di riciclaggio nel factoring è connesso alle truffe conseguenti alla mancanza di un reale rapporto commerciale tra cedente e ceduto; rischio efficacemente presidiato attraverso l'adeguata verifica del creditore cedente (unica controparte contrattuale del *factor*) accompagnata dal monitoraggio dei pagamenti ricevuti dai debitori ceduti (ancorché non sottoposti ad adeguata verifica);

²⁰ M. IASELLI, www.altalex.com/documents/altalexpedia/2013/01/15/factoring;
C. M. Bianca, *Diritto civile: il contratto*, Milano, 2000;
G DE NOVA, *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011;
I. IASELLI, *Lezioni di diritto civile*, Napoli, 1998.

- in numerosi Paesi europei le società di factoring non sono obbligate a sottoporre ad adeguata verifica i debitori ceduti, ma solo a monitorarne l'operatività al fine di cogliere eventuali elementi di sospetto²¹".

La Banca d'Italia ha modificato il provvedimento oggetto di richiesta di riforma aggiungendo la disposizione per cui nelle operazioni di cessione dei crediti, quando i crediti ceduti hanno origine da rapporti non soggetti alle disposizioni del Provvedimento 3 aprile 2013, i debitori ceduti non sono considerati clienti, nemmeno occasionali, delle società cessionarie. Il debitore ceduto acquista la qualifica di cliente dell'intermediario cessionario se interviene un nuovo accordo tra l'intermediario cessionario e il debitore ceduto, anche in forma di dilazione di pagamento, salvo che quest'ultima non sia a titolo gratuito. L'eliminazione della qualifica di cliente fa venir meno l'obbligo di adeguata verifica, ma non quello di segnalazione dell'operazione qualora fossero rilevati profili di sospetto.

Il venir meno di quest'obbligo è sicuramente un ostacolo, nella misura in cui manca un elemento informativo molto importante, nella ricostruzione del disegno economico alla base di un'operazione sospetta di riciclaggio.

Il nucleo del pericolo di riciclaggio sta nella simulazione dell'operazione sottostante al contratto di factoring, il quale si può presentare secondo due differenti modelli: pro solvendo e pro soluto.

Il primo permette la conservazione del rischio di insolvenza in capo al cessionario, così da mantenere il diritto di rivalsa del *factor* in caso di inadempimento del ceduto. Il secondo, il più utilizzato anche dal riciclatore, prevede l'assunzione del rischio di insolvenza esclusivamente in capo al *factor*. In tal caso le funzioni di finanziamento e di assicurazione del credito che costituiscono due delle tre cause rintracciabili nel contratto di *factoring*, rappresentano la fonte che giustifica il denaro di cui dispone il cessionario-riciclatore, mentre il destino del credito è quello di non essere mai versato o soddisfatto da un terzo, generalmente avete sede in un Paese non collaborativo, collegato indirettamente con il soggetto criminale.

Giocano un ruolo decisivo le misure di adeguata verifica della clientela al fine di identificare i titolari effettivi e di adottare misure ragionevoli per verificarne l'identità, in modo che il soggetto obbligato sia certo di sapere chi sia il titolare effettivo, il che implica, per le persone giuridiche, le società, ed in particolare quelle di *factoring*, di adottare misure proporzionate e verificabili per comprendere l'assetto proprietario e di controllo del cliente.

²¹ <http://www.ipsoa.it/documents/fisco/accertamento/quotidiano/2014/08/22/factoring-e-obblighi-antiriciclaggio-consultazione-aperta>

A tal fine anche per le società di factoring vige l'obbligo dell'iscrizione dei nominativi dei titolari effettivi in registri centralizzati, in un'ottica prodromica rispetto alla valutazione sull'opportunità di qualificare un'operazione come sospetta.

Sono elementi suscettibili di approfondimento investigativo, in particolare, a seguito di studi a cura della Banca d'Italia:

- la ricorrenza di caratteristiche comuni, come il recapito telefonico, dati identificativi degli esponenti aziendali, tra impresa cedente e debitore ceduto;
- sede di uno dei soggetti coinvolti nell'operazione in un Paese a rischio;
- improvvisa variazione degli assetti proprietari;
- mancanza di una struttura operativa coerente con le operazioni effettuate;
- cessione di un credito di importo rilevante relativo a una sola fattura emessa, specialmente quando sia a carico di un debitore ceduto di recente acquisizione;
- Incongruenze negli importi tra documentazione amministrativa e operazioni di *factoring*;
- Cessione di crediti aventi come sottostante merce o servizi non misurabili con precisione.

III. Il Leasing

È ancora di origine anglosassone un altro importante strumento sfruttato nel *money-laundering*, il *leasing*.

Il *leasing* è il contratto con il quale il locatore o concedente attribuisce all'utilizzatore il godimento di beni mobili o immobili dietro versamento di un corrispettivo sotto forma di canoni a scadenza periodica.

La prassi mostra la tendenza, quasi sempre rispettata, di inserire un patto di opzione, e la dottrina è divisa se ravvisarvi una caratteristica essenziale del *leasing*, che dà il diritto all'utilizzatore di acquisire la proprietà del bene alla scadenza del contratto, versando una somma calcolata sulla base del valore residuo del bene, spesso con una somma già predeterminata e relativamente modesta.

Si distingue tra due figure: il *leasing* operativo e il *leasing* finanziario.

Nella prima c'è identità tra produttore del bene concesso in *leasing* e locatore, mentre nella seconda, un imprenditore, il più delle volte, o altro soggetto, il quale abbia bisogno di utilizzare un bene, e non ritenga conveniente l'acquisto della proprietà, si rivolge ad un finanziatore specializzato, il quale si impegna ad acquistare il bene per poi concederlo in locazione al cliente.

In questo caso, il produttore resta normalmente estraneo all'operazione di *leasing*, ma non è escluso che possa partecipare all'operazione nel suo complesso, regolamentando con il finanziatore, una clausola che prevede, ad esempio, il ritiro del bene in caso di mancato riscatto da parte del locatario.

La dottrina è prevalentemente concorde nel ricondurre il *leasing* operativo nell'alveo dello schema contrattuale della locazione. Più controversa, invece, è la questione inerente al *leasing* finanziario.

Secondo il prevalente orientamento dottrinario e giurisprudenziale, la struttura del contratto consta di una duplicità di contratti autonomi e distinti, tra i quali spesso non esiste neppure un collegamento negoziale: un contratto di compravendita, sì finalisticamente orientato alla locazione, ma non condizionato in alcun modo dalla vicende del contratto di *leasing*.

Tuttavia si sottolinea l'essenzialità dell'elemento teleologico insito nella compravendita e la sua connessione con il godimento, in base ad un accordo concluso a posteriori tra fornitore ed utilizzatore relativo alla futura vendita.

Alla luce di tali considerazioni un orientamento giurisprudenziale minoritario (Cass. Civ., sentenza 14 giugno 1989, n. 5573), ravvisa l'unitarietà della complessa struttura del *leasing* finanziario, tesa a soddisfare interessi plurimi e compositi. L'analisi complessiva della fattispecie, considerata con una visione unitaria, estrapola la causa peculiare di tale modello negoziale, consistente nello sconto sul finanziamento ottenuto con l'acquisto del bene.

Il diritto di opzione non incide sulla causa del contratto, il quale è sempre e solo un contratto di finanziamento, che pone in essere un'intermediazione finanziaria nella circolazione dei beni.

Sul tema della natura giuridica del contratto, mentre per il *leasing* operativo si è giunti alla pacifica conclusione secondo la quale si tratta di una vera e propria locazione alla quale viene aggiunto un diritto di opzione, per il *leasing* finanziario, se l'atipicità che lo caratterizza invoca l'opportunità di ritenere applicabile la disciplina, in via analogica, che meglio si adatta al regolamento contrattuale che le parti, nel loro potere di autonomia negoziale, hanno voluto fissare, d'altro canto, si pone il problema sul se sia opportuno applicare una diversa disciplina in base ai diversi profili di cui si compone la fattispecie complessiva, ritagliando su misura, di volta in volta, appositi pacchetti normativi da assimilare in via analogica.

Figura speciale di tale contratto è il *lease back*, in cui il fornitore del bene è lo stesso utilizzatore, il quale si finanzia per mezzo della vendita del bene, versando una quota per

l'utilizzo post-vendita, liberando capitale per investimenti che, altrimenti, avrebbero dovuto trovare la loro fonte in un mutuo, a condizioni più onerose.

Spesso, un contratto di *leasing* simula, attraverso la schermatura della titolarità effettiva, un contratto di *lease back*.

Questo è un canale frequentemente utilizzato dal riciclatore, il quale vende un bene sulla base di un contratto di *lease back* ad un soggetto controllato da lui stesso, spesso una società fittizia, senza pagare effettivamente il canone e formalizzando una fonte patrimoniale.

In tale contesto i soggetti obbligati dovranno porre particolare attenzione nel valutare la congruità del contratto alla luce del profilo del cliente e delle caratteristiche del bene concesso in *leasing*, tenuto conto altresì delle finalità economico-finanziarie dell'operazione.

Sulla base di analisi della Banca d'Italia, devono rappresentare temi meritevoli di attenta valutazione ai fini della segnalazione di operazioni sospette:

- sede della società di *leasing* o del fornitore del bene in un Paese a rischio, in particolar modo se è rintracciabile un collegamento tra due almeno dei soggetti coinvolti nell'operazione o ricorrenza della sede legale per più società utilizzatrici;
- incongruenza dell'oggetto sociale con le caratteristiche del bene concesso in *leasing*, specialmente in caso di ricorso da parte di più clienti ad un medesimo fornitore;
- inadempimento del contratto per insolvenza del cliente dopo breve lasso di tempo;
- pagamento del canone di locazione senza che il bene sia mai stato consegnato;
- ricorrenza del medesimo fornitore in più contratti risolti per insolvenza del cliente utilizzatore;
- interruzione da parte del fornitore di lavori per la realizzazione del bene senza che il cliente dia inizio ad alcuna azione per l'inadempimento, specie laddove l'intermediario interrompa l'erogazione del finanziamento;
- comunicazione di furto dei beni concessi in *leasing*.

c) *Lo schermo che offre l'attività d'impresa*

I. *Indebito utilizzo di polizze assicurative*

Da diversi anni, anche il settore dell'intermediazione assicurativa è diventato oggetto di attenzione, in quanto utilizzato per finalità di riciclaggio e di reinvestimento di capitali sporchi.

Nella Relazione annuale relativa al 2013 del Comitato per la sicurezza finanziaria non emerge un quadro allarmante della rischiosità del settore assicurativo italiano, ma il segmento

degli intermediari viene giudicato abbastanza vulnerabile e lo strumento più significativo è la polizza vita.

Caratteristica peculiare, e in comune con l'istituto del trust, del contratto di assicurazione è la separazione che può presentarsi tra la figura del titolare effettivo e quella del beneficiario. Per tal ragione il Regolamento n. 5 del 2014 dell'IVASS introduce quest'ultimo tra i soggetti passivi delle misure di adeguata verifica della clientela, in linea con l'indirizzo espresso dal GAFI nella Raccomandazione n. 10. Impone che l'identificazione avvenga in presenza fisica del cliente, del beneficiario o - in caso questi siano soggetti diversi da una persona fisica - dell'esecutore. In caso contrario si rientra nell'ipotesi di operatività a distanza, per la quale sono previsti obblighi rafforzati di verifica. Mentre, per quanto riguarda il titolare effettivo, l'identificazione può aver luogo senza che sia necessaria la sua presenza fisica.

L'attività di verifica dei dati relativi ai soggetti da identificare va posta in essere al momento dell'instaurazione del rapporto continuativo o del compimento dell'operazione, a meno che ciò non contrasti con la normale conduzione degli affari e ci sia un basso rischio di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo. Ulteriori eccezioni riguardano il titolare effettivo ed il beneficiario. L'impresa potrà ritardare la verifica, nel primo caso, purché adotti misure idonee ad impedire che vengano effettuate operazioni ante verifica, nel secondo, fino all'atto dell'effettiva corresponsione della prestazione.

“Secondo la logica dell'art. 1891 c.c., fattispecie peculiare di contratto a favore di terzo caratterizzata dal dualismo fra contraente, deputato ad adempiere i relativi obblighi ed assicurato, titolare dell'interesse e dei diritti derivanti dal contratto. In coerenza con tali coordinate ricostruttive, nell'ambito della qualificazione giuridica del ruolo dei due citati soggetti ai fini dell'adempimento degli obblighi di adeguata verifica, sono state attribuite al contraente la qualifica di cliente e all'assicurato la qualifica di titolare effettivo del rapporto continuativo. L'articolo 29 del Regolamento IVASS su citato riguarda l'ipotesi dell'obbligo di pagamento dei premi assicurativi da parte del terzo sprovvisto di specifico potere rappresentativo, secondo la possibilità generale prevista dall'art. 1180 c.c. In tale fattispecie si stabilisce - sempre in chiave della qualificazione giuridica del ruolo dell'adempiente ai fini dell'assolvimento degli obblighi di adeguata verifica - la riconducibilità dell'attività svolta da tale soggetto, alla stregua della considerazione sostanziale dei tratti caratterizzanti della stessa, alla nozione di esecutore²²”.

²² Relazione al Regolamento IVASS n. 5 del 2014.

Si consideri il seguente *Caso Pratico*: Riciclaggio di denaro derivante da evasione tributaria mediante sottoscrizione di polizze assicurative.

“Il caso trae origine da una segnalazione avente ad oggetto la richiesta, avanzata da Tizio, di riscatto totale di polizze assicurative emesse dalla società Delta, mediante accredito del netto ricavo, di importo elevato, su un conto corrente estero intestato al richiedente presso una banca con sede in un Stato a fiscalità privilegiata. Le polizze assicurative erano state stipulate in origine da Caia e cedute al figlio Tizio pochi giorni prima della richiesta di riscatto totale.

Dall’analisi delle modalità di pagamento dei premi e dei versamenti aggiuntivi sulle polizze in argomento, è risultato che gli stessi erano stati finanziati a fronte della negoziazione di numerosi assegni circolari emessi da diversi istituti di credito.

La molteplicità degli assegni circolari utilizzati, ritenuta anomala nella prassi assicurativa, unita al cambio di contraenza realizzato poco prima del riscatto, ha indotto l’Unità a condurre approfondimenti per identificare i soggetti richiedenti i titoli e l’origine della provvista impiegata.

Si è appreso in tal modo che gli assegni circolari erano stati emessi con addebito a valere su un conto corrente intestato all’associazione sportiva Alfa (per il dieci per cento del totale dell’ammontare delle polizze) e su un conto intestato alla società Beta (per il residuo novanta per cento). Le operazioni di richiesta di emissione degli assegni circolari sui rapporti di Alfa e Beta erano state eseguite da Sempronio.

Informazioni camerali evidenziavano che Tizio e Sempronio erano stati, in passato, soci in affari.

Da ulteriori approfondimenti è emerso che la provvista sul conto dell’associazione sportiva Alfa derivava dall’accredito di bonifici disposti dalla società Beta, riferiti ad acconti e saldi su fatture per sponsorizzazioni.

Il focus dell’analisi è stato pertanto spostato su Beta, la cui struttura societaria presentava elementi di opacità. Essa infatti risultava controllata da Zeta, società con sede in Paese dell’Europa occidentale, a sua volta interamente partecipata da Omega, società con sede in uno Stato del Sudamerica a fiscalità privilegiata che, dalle informazioni disponibili, appariva riconducibile a Sempronio.

Dall’esame della movimentazione del conto corrente della società Beta è emerso che le risorse finanziarie investite nelle polizze - in maniera diretta e mediante l’interposizione di Alfa - derivavano da assegni emessi dalla società Gamma a titolo di pagamento di una transazione immobiliare.

Da ulteriori informazioni acquisite dall'Unità emergeva che questa vendita immobiliare aveva determinato, per Beta, una consistente plusvalenza su cui era stata omessa la dovuta dichiarazione fiscale. Ciò induceva ad ipotizzare che le disponibilità investite nelle polizze provenissero da evasione tributaria.

Il quadro finanziario ricostruito ha portato alla sospensione dell'operazione di trasferimento all'estero dei fondi derivanti dal riscatto delle polizze cui ha fatto seguito l'apertura di un procedimento penale nei confronti di Tizio e di Caia con l'accusa di riciclaggio di proventi derivanti da evasione fiscale, compiuta da Sempronio in qualità di legale rappresentante della società Beta.

L'interposizione della società sportiva Alfa, sostanzialmente controllata da Sempronio, lasciava ipotizzare che lo schema consentisse di perseguire ulteriori vantaggi fiscali tramite il ricorso a fittizie sponsorizzazioni²³.

Si noti come, ancora una volta, un'operazione di riciclaggio coinvolga un Paese a fiscalità privilegiata, in quanto la poca collaborazione che tali Stati sono propensi a concedere sul tema dello scambio informativo intergovernativo, il vantaggio fiscale che ne deriva e la disponibilità degli stessi ad adeguarsi alle esigenze, criminali e non, dei clienti, ne fanno un canale ambito.

Altra tecnica qui utilizzata, che si presenta spesso nell'esperienza investigativa, è il frazionamento degli importi allo scopo di ingannare il soggetto obbligato così da eludere il controlli. I campanelli d'allarme per gli operatori sono stati l'improvvisa estinzione anticipata del rapporto contrattuale, in particolar modo perché effettuata dopo poco tempo dalla stipula, accompagnata dalla richiesta di liquidazione di significativo ammontare in contanti, a favore di un terzo o all'estero, o in assenza di una specifica previsione contrattuale, tanto più se vi sia stato un cambio di contraente o di beneficiario della polizza.

Particolare attenzione va posta nell'attività di intermediario nella negoziazione di strumenti finanziari che l'impresa assicurativa può esercitare. Dal punto di vista oggettivo è motivo di sospetto la ripetizione di speculari operazioni di acquisto e di vendita di strumenti finanziari effettuate da due o più soggetti diversi, tali da prefigurare un'operatività concertata al fine di trasferire disponibilità, soprattutto quando il prezzo non sia coerente con il mercato e specialmente se sono aperte e chiuse in un breve lasso di tempo o hanno ad oggetto strumenti scarsamente negoziati. Bisogna sempre approfondire le operazioni aventi ad oggetto strumenti

²³ Banca d'Italia, *Quaderni dell'Antiriciclaggio*, dicembre 2016.

finanziari che si caratterizzano per l'intervento di soggetti terzi, qualora non siano giustificati dai rapporti tra le parti.

Guardando dal lato soggettivo, nelle polizze di assicurazione sulla vita e in quelle con finalità previdenziali, è opportuno guardare: alla congruenza con la capacità economica, con l'età ed con le condizioni di salute del contraente; all'eventualità che il pagamento del premio sia effettuato da un terzo che il beneficiario sia diverso dal contraente originario; al caso in cui il contraente della polizza a premio unico, anche se in modalità frazionata, di importo elevato, a breve distanza di tempo, richieda un prestito da erogare ad un soggetto terzo.

Sono altresì portatrici di sospetto tutte quelle operazioni effettuate con modalità inusuali o illogiche, non giustificate da specifiche esigenze rappresentate dal cliente, specialmente quando avvenga a condizioni sfavorevoli per lo stesso.

II. Abuso di finanziamenti pubblici

La tematica del fenomeno degli abusi nell'erogazione e nella gestione dei finanziamenti pubblici alle imprese è rilevante, oltre che per il crimine di riciclaggio singolarmente considerato, anche per le distorsioni indotte all'interno di un mercato che, nell'attuale periodo di crisi, rappresenta una delle principali fonti di reddito dell'economia nazionale, e altresì per il palese pericolo di inquinamento delle scelte pubbliche nel settore più esposto alla corruzione.

È questo uno degli ambiti privilegiati in cui si sviluppano gli schemi noti sotto i nomi di "scatole cinesi" e di "triangolazione".

Come il famoso prodotto dell'artigianato della tradizione cinese in scatole di diversa grandezza che sono poste una all'interno dell'altra in sequenza, nella stessa maniera, partecipazioni societarie incatenate, offrono uno schermo volto a occultare il titolare effettivo di un'impresa. La catena prevede un numero più o meno ampio di società, ognuna della quali ha il controllo su un'altra, fino a giungere a controllare la società finale che rappresenta il vero interesse del titolare effettivo, il quale, si ritrova a detenere il controllo della società finale grazie a un quantitativo minimo di quote/azioni a lui riconducibili, in quanto la maggioranza di esse sono detenute da altre società, però comunque controllate dal *beneficiary owner*.

Il secondo schema è volto ad ostacolare la ricostruzione dell'assetto proprietario frapponendo una o più società in Stati terzi, tra il titolare effettivo e la società di interesse di quest'ultimo.

Non è infrequente imbattersi in un misto dei due schemi precedentemente illustrati, che incorporino le rispettive caratteristiche favorevoli al riciclatore.

Tali strutture trovano terreno fertile nell'interesse di colui il quale ha intenzione di appropriarsi di fondi pubblici oltre i limiti consentiti.

Il rischio di riciclaggio si ripartisce in due fasi.

“Nella fase prodromica all'erogazione del finanziamento assumono centralità le informazioni relative a:

- imprese interessate da processi di capitalizzazione attuati attraverso:
 - . consistenti apporti di contante;
 - . bonifici con causale “finanziamento soci” o “apporto soci in conto aumento di capitale” seguiti pressoché contestualmente da trasferimento di fondi in favore di società collegate;
 - . bonifici, assegni o altra modalità di afflusso di capitali disposti da soggetti che non appaiono avere collegamenti societari o operativi o comunque rapporti con l'impresa.
- Imprese interessate da improvvise ovvero ripetute variazioni negli assetti proprietari o di controllo o della sede sociale;
- imprese i cui soci o amministratori:
 - . risultano, al pari di soggetti agli stessi notoriamente contigui (ad esempio, familiari), di dubbio profilo reputazionale (ad esempio, perché sottoposti a procedimenti penali) ovvero privi di esperienza nel settore in cui opera la società che richiede il finanziamento;
 - . hanno residenza/sede all'estero, specie se in Paesi a regime fiscalmente privilegiato o non equivalente nel contrasto al riciclaggio.
- Apertura di rapporti con imprese operanti in settori economici diversi da quello oggetto del finanziamento, specie se in precedenza non operative o costituite di recente;
- l'entità del finanziamento richiesto appare del tutto incompatibile con il profilo economico-finanziario del soggetto richiedente;
- la documentazione prodotta ai fini dell'erogazione del finanziamento (ad esempio, polizze fideiussorie) presenta elementi di criticità o di dubbio, soprattutto sotto il profilo economico-finanziario;
- richiesta di finanziamenti pubblici effettuata anche contestualmente da più società appartenenti allo stesso gruppo, dietro prestazione delle medesime garanzie.

Nell fase di utilizzo dei finanziamenti l'attenzione va posta su:

- prelevamento per contanti, ovvero tramite più operazioni frazionate, di quote del finanziamento ricevuto;

- immediato trasferimento presso altro intermediario dei fondi ricevuti, specie se per finalità non riconducibili al progetto finanziato;
- trasferimento dei fondi ricevuti a soggetti terzi, effettuato con operazioni che non appaiono logicamente collegate alle finalità per le quali il finanziamento è stato erogato;
- ripetuti giri di fondi tra conti di società collegate, specie se effettuati nei confronti di una società che poi risulta fallita o posta in liquidazione;
- trasferimento dei fondi ricevuti a favore di persone fisiche o giuridiche con sede in paesi a regime fiscalmente privilegiato o caratterizzati da regimi non equivalenti nel contrasto al riciclaggio;
- trasferimenti di parte dei fondi ricevuti a favore di persone fisiche o giuridiche o di società a titolo di consulenze e prestazioni professionali di varia natura;
- improvvisa o ripetuta variazione degli assetti proprietari dell'impresa, successivamente all'erogazione dei fondi;
- rimborso in via anticipata in contanti o con fondi provenienti da Paesi con regime fiscalmente privilegiato o non equivalente nel contrasto al riciclaggio²⁴.

Il Caso Pratico: “operatività anomala nelle fasi di erogazione ed utilizzo di fondi pubblici.

Il caso trae origine dalla segnalazione di una banca che riscontrava l'addebito di un bonifico estero di cinque milioni di euro sul conto Alfa per l'acquisto di un brevetto ceduto da Beta, società estera con sede in uno Stato a fiscalità privilegiata dell'Europa occidentale. La provvista per tale operazione derivava dall'accredito di un finanziamento di pari importo, erogato da un ente pubblico. Da verifiche ulteriori, estese anche alla documentazione del bando di gara e all'iter autorizzatorio pubblico reperibile su fonti aperte, maturava il sospetto che tale contributo pubblico fosse stato erogato in contrasto con le finalità del bando destinato a sovvenzionare la realizzazione di invenzioni industriali.

Tali elementi inducevano a condurre specifici approfondimenti, in considerazione anche dei potenziali fenomeni corruttivi sottostanti.

Dalle informazioni fornite dalla FIU del citato Paese, e dalle evidenze tratte dagli archivi camerali esteri, emergeva che Beta era stata costituita poco prima della ricezione dei fondi da Alfa e che il suo capitale era interamente detenuto dal *trust* Omega, con sede in un Paese dell'America Settentrionale, di cui erano titolari effettivi Tizio, Caio, Sempronio e Filano.

²⁴ Comunicazione UIF dell'8 luglio 2010.

La costituzione della società poco prima dell'operazione fa pensare che sia stata costituita appositamente per fraporsi tra le effettive parti contraenti.

Da fonti aperte, tali nominativi, oltre a ricoprire cariche in altre società attive nel medesimo settore economico del bando di gara, risultavano aver partecipato ad analoghe iniziative economico-scientifiche con la stessa Alfa; Tizio, in particolare, aveva ricoperto una carica sociale in Alfa ed era figlio di Mevio, esponente apicale di un ente pubblico.

Le informazioni FIU del Paese estero interessato consentivano di ricostruire le modalità di utilizzo della citata provvista di cinque milioni di euro da parte di Beta e di far emergere significativi spunti di analisi.

Innanzitutto, un importo di due milioni di euro risultava trasferito in favore di Zeta, società italiana di ricerca scientifica partecipata dai medesimi titolari effettivi di Beta, a titolo di pagamento del prezzo per la cessione del brevetto in questione. Emergeva, in sostanza, che il brevetto inventato da Zeta era stato ceduto per due milioni di euro alla neocostituita Beta e da questa trasferito, poco dopo, ad Alfa al prezzo di cinque milioni di euro finanziati con contributi pubblici; tale ultimo acquisto, perfezionatosi ad un prezzo sensibilmente superiore alla cessione originaria del brevetto, consentiva di trasferire parte della provvista nel citato Paese a fiscalità privilegiata dell'Europa occidentale.

La parte residua della provvista - al netto dei pagamenti in favore di studi legali con sedi in diversi Paesi dell'Europa settentrionale verosimilmente connessi all'attività svolta di *advisors* - veniva accreditata, per due milioni di euro, su un rapporto intrattenuto dalla fiduciaria Delta presso una banca italiana con una causale riferita ad un'operazione di acquisto di quote societarie di Gamma.

Le informazioni fornite dalla fiduciaria Delta consentivano di rilevare che tale bonifico rappresentava il prezzo dell'acquisto delle azioni detenute da Tizio in Gamma, avente sede in un paradiso fiscale dell'America Settentrionale e che, dalle informazioni camerali estere, risultava "inattiva" e priva di *assets* patrimoniali significativi.

Si apprendeva, infatti, che il rapporto accreditato era detenuto dalla fiduciaria per conto di Tizio nell'ambito di un mandato avente ad oggetto l'intestazione della sua quota quasi totalitaria in Gamma; la quota residua del capitale era stata detenuta fiduciariamente anche per conto di Caio, Sempronio e Filano, ovvero degli stessi soci di Zeta e di Beta, fino alle integrali cessioni azionarie in favore di Beta.

Tali elementi informativi inducevano il sospetto che la cessione del capitale di Gamma, avvenuta in contropartita tra società riconducibili agli stessi soci, fosse stata architettata al fine

di costituire un titolo astrattamente idoneo a giustificare il trasferimento dei fondi in favore di Tizio che risultava assumere il ruolo di *dominus* dell'intera operazione.

La disamina delle successive tracce finanziarie consentiva di rilevare che Tizio, dopo numerose operazioni in contropartita con altri conti correnti a lui intestati, trasferiva la provvista di due milioni di euro dal mandato fiduciario su un altro rapporto bancario in Italia e da qui la utilizzava, a scopi personali, per l'acquisto di beni di lusso.

In conclusione, lo schema operativo esaminato faceva emergere irregolarità nelle fasi di erogazione e di utilizzo di finanziamenti pubblici "di scopo" con possibili profili corruttivi.

A conferma dei sospetti del segnalante e degli esiti dell'analisi svolta, gli esponenti di Alfa venivano poi coinvolti in indagini giudiziarie che hanno rivelato il loro coinvolgimento in condotte corruttive finanziate da provvista estera determinatasi, a sua volta, mediante articolati sistemi distrattivi di fondi in favore di società *off-shore* collegate²⁵.

Si sottolinea l'importanza della collaborazione dello Stato estero, avente regime fiscalmente privilegiato, che ha permesso di accertare l'inoperatività della società Gamma e di ricostruire gli assetti proprietari schermati da molteplici strutture societarie individuando i titolari effettivi e gli altri soggetti che hanno goduto dei vantaggi economici del presunto disegno criminale.

I trasferimenti di parte dei fondi ricevuti a favore di persone fisiche o di società a titolo di consulenze e prestazioni professionali o a titolo di pagamento di un bene immateriale, sono proficuevoli escamotage stante la difficoltà di effettuare una misurazione precisa del valore economico della transazione.

²⁵ Banca d'Italia, *Quaderni dell'Antiriciclaggio*, op. cit.

Bibliografia

- AA.VV., *Normativa antiriciclaggio e segnalazione di operazioni sospette*, a cura di Ermanno Cappa e Umberto Morera, Bologna, 2008
- AA.VV., *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, Torino, 2010
- Camera dei Deputati, Audizione del dottor Claudio Clemente, *Money transfer e prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo*, Roma, Palazzo Montecitorio, 19 aprile 2010
- Massimo C. BIANCA, *Diritto civile: il contratto*, Milano, 2008
- R. BRIZI, F. SASSO, C. TRESOLDI, *Le banche e il sistema dei pagamenti*, Bologna, 1998
- Gaetano CAPUTI, *Disciplina antiriciclaggio*, Trento, 2010
- Michele CARBONE, Marco TOLLA, *Elementi normativi internazionali e nazionali in materia di riciclaggio*, Bari, 2010
- R. Andrea CASTALDO, Marco NADDEO, *Il denaro sporco. Prevenzione e repressione del riciclaggio*, Padova, 2008
- G. DE NOVA, *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011
- Alain DENEULT, *Off-shore. Paradisi fiscali e sovranità criminale*, Verona, 2011
- Simone FAIELLA, *Riciclaggio e crimine organizzato transnazionale*, Milano, 2009
- Umberto FAVA, Giovanni LUCA, *Le società finanziarie: aspetti civilistici, finanziari, contabili e fiscali e antiriciclaggio*, Roma, 1994
- M. GEREVINI, *La mappa delle zone franche*, Corriereconomia del 20 luglio 2009
- I. IASELLI, *Lezioni di diritto civile*, Napoli, 1998
- R. RAZZANTE, *La regolamentazione antiriciclaggio in Italia*, Torino, 2011
- R. RAZZANTE, E. DELLAROSA, *La normativa antiriciclaggio e il nuovo sistema dei controlli interni*, Bancaria, 2010
- Filippo SCAPELLATO, *Il fenomeno del riciclaggio e la normativa di contrasto*, Torino, 2013
- Antonio SCIALOJA, *Antiriciclaggio: criminalità organizzata e riciclaggio, la normativa di contrasto, obblighi e adempimenti, riferimenti giurisprudenziali*, Santarcangelo di Romagna, 2012

Sitografia

www.aipdt.it
www.altalex.com
www.dirittobancario.it
www.ipsoa.it
www.uif.bancaditalia.it