

LEGISLAZIONE PENALE

Anno XXXII n. 2 - 2012 (106)

Direzione

Mario Chiavario

Giovannangelo De Francesco - Domenico Manzione

Enrico Marzaduri - Tullio Padovani

Condirettori

Alberto Gargani - Laura Scomparin

In questo numero, scritti di:

<i>Roberto Bartoli</i>	Professore associato nell'Università di Firenze
<i>Mario Chiavario</i>	Professore emerito dell'Università di Torino
<i>Vito Cusumano</i>	Vice Prefetto vicario di Alessandria
<i>Giovannangelo De Francesco</i>	Professore ordinario nell'Università di Pisa
<i>Giovanni Fiandaca</i>	Professore ordinario nell'Università di Palermo
<i>Elena Kildani</i>	Perfezionanda nella Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa
<i>Simone Lonati</i>	Ricercatore nell'Università commerciale "Luigi Bocconi" di Milano
<i>Monica Lugato</i>	Professore ordinario nella LUMSA di Roma
<i>Domenico Manzione</i>	Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Alba
<i>Giuliana Merola</i>	Presidente della Sezione misure di prevenzione del Tribunale di Milano
<i>Francesco Mucciarelli</i>	Professore associato nell'Università commerciale "Luigi Bocconi" di Milano
<i>Guglielmo Nicastro</i>	Giudice del Tribunale di Palermo
<i>Marco Pelissero</i>	Professore ordinario nell'Università di Genova
<i>Davide Petrini</i>	Professore straordinario nell'Università del Piemonte Orientale
<i>Antonino Porracciolo</i>	Presidente di Sezione del Tribunale di Caltanissetta
<i>Serena Quattrocolo</i>	Ricercatore nell'Università di Torino
<i>Laura Scomparin</i>	Professore straordinario nell'Università di Torino
<i>Giovanbattista Tona</i>	Consigliere della Corte di appello di Caltanissetta
<i>Costantino Visconti</i>	Professore straordinario nell'Università di Palermo

Hanno collaborato alla redazione del fascicolo:

*Chiara Amalfitano, Luna Ambrosino, Marco Bertucci, Marta Bono,
Nicolò Bussolati, Federico Carrera, Matilde Gilardi, Lucia Leoncini,
Chiara Maccari, Barbara Giors, Giulia Mantovani, Valeria Mezzolla, Alberto Miglio, Maurizio
Riverditi, Claudia Selvatici, Paola Spagnolo, Diego Toni*

Redattore capo

Serena Quattrocolo

Direttore responsabile:

Antonella Loporchio
Registrata al n. 2989 della Cancelleria
del Tribunale di Torino in data 30 ottobre 1980

© 2012 Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Strada 1, Palazzo F6
20090 Milanofiori Assago (MI)

Redazione:

Corso Vittorio Emanuele II, 44 - 10123 Torino
Telefono: 011.81.82.26.00
Fax: 011.81.82.23.01
Sito Internet: www.utetgiuridica.it
e-mail: info@wkigiuridica.it

Redazione: Lorenzo Gnavi Bertea

Ufficio tecnico: Lorenzo Maggio

Composizione: Sinergie Grafiche S.r.l. - Torino

Stampa: Roto 2000 S.p.A. - Casarile (MI)

UFFICIO ABBONAMENTI

Wolters Kluwer Italia S.r.l. - Ufficio Abbonamenti
V.le M. Ilo Pilsudski, 124 - 00197 ROMA
Telefono: 199.100.120
(costo massimo € 0,1425 al minuto da rete fissa
senza scatto alla risposta e da rete mobile legato
all'operatore utilizzato)
Fax: 199.100.150
e-mail: servizioclienti@wkigiuridica.it
Per comunicazioni con l'Ufficio Abbonamenti
(cambio indirizzo, richiesta arretrati, ecc.),
è utile indicare il codice cliente.

CONDIZIONI DI ABBONAMENTO

Abbonamento per il 2012 (4 fascicoli)
Italia: € 179,00
Estero: € 358,00
Fascicolo singolo: € 75,00

Le richieste possono essere inoltrate:

- alle Agenzie operanti sul territorio nazionale
 - a Wolters Kluwer Italia S.r.l. - Ufficio Abbonamenti
- La richiesta di abbonamento deve essere corredata dell'indirizzo di spedizione e della prova dell'avvenuto pagamento.

Le richieste prive di pagamento non saranno prese in considerazione.

MODALITÀ DI PAGAMENTO

Il pagamento può essere effettuato attraverso:

- versamento mediante bollettino postale:
c/c postale n. 467100 intestato a Wolters Kluwer Italia S.r.l. - UTET Giuridica Abbonam. Periodici - V.le M. Ilo Pilsudski, 124 - 00197 ROMA
- bonifico bancario:
INTESASANPAOLO - Ag. 14 ROMA - IBAN IT 32 030 6905 0706 1522 2314 167.

Importante: indicare la causale del versamento.

La ricevuta o il bollettino di c/c postale comprovante l'avvenuto pagamento costituisce documento liberatorio per il cliente ed ha valore a tutti gli effetti di legge e/o fiscali.

ARRETRATI

I titolari di abbonamento hanno diritto a ricevere eventuali fascicoli non recapitati per disguidi postali se richiesti direttamente all'Ufficio Abbonamenti entro i quattro mesi successivi alla data di pubblicazione, salva la disponibilità dei medesimi.

RINNOVO DELL'ABBONAMENTO

L'abbonamento si intende rinnovato se non viene disdetto a mezzo raccomandata A.R. da inviare entro 60 giorni dal mese di scadenza a Wolters Kluwer Italia S.r.l. - Ufficio Abbonamenti - Viale Maresciallo Pilsudski, 124 - 00197 ROMA.

Il rinnovo comporterà il pagamento del prezzo di abbonamento alle condizioni di vendita in vigore all'atto del rinnovo stesso.

UTET GIURIDICA® è un marchio registrato e concesso in licenza da UTET S.p.A. a Wolters Kluwer Italia S.r.l.

Le opinioni presenti nei contenuti pubblicati sulla Rivista sono libera espressione del pensiero degli Autori e non impegnano in alcun modo l'Editore.

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali errori o inesattezze.

Publicato il 25 ottobre 2012

Egregio Abbonato,

ai sensi dell'art. 13 del D.lgs. 30.6.2003, n. 196, La informiamo che i Suoi dati personali sono registrati su database elettronici di proprietà di Wolters Kluwer Italia S.r.l., con sede legale in Assago Milanofiori, Strada 1, Palazzo F6, 20090 Assago (MI), titolare del trattamento e sono trattati da quest'ultima tramite propri incaricati. Wolters Kluwer Italia S.r.l. utilizzerà i dati che la riguardano per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapiti postali e il Suo indirizzo di posta elettronica saranno utilizzabili, ai sensi dell'art. 130, comma 4, del D.lgs. n. 196/2003, anche a fini di vendita diretta di prodotti o servizi analoghi a quelli oggetto della presente vendita. Lei potrà in ogni momento esercitare i diritti di cui all'art. 7 del D.lgs. n. 196/2003, fra cui il diritto di accedere ai Suoi dati e ottenerne l'aggiornamento o la cancellazione per violazione di legge, di opporsi al trattamento dei Suoi dati ai fini di invio di materiale pubblicitario, vendita diretta e comunicazioni commerciali e di richiedere l'elenco aggiornato dei responsabili del trattamento, mediante comunicazione scritta da inviarsi a: Wolters Kluwer Italia S.r.l. - PRIVACY - Centro Direzionale Milanofiori, Strada 1, Palazzo F6, 20090 Assago (MI), o inviando un fax al numero: 02.82.476.403.

INDICE SOMMARIO

L'EDITORIALE

Giustizia amara: responsabilità di una politica in panne e altri fattori di malessere

di MARIO CHIAVARIO p. 177

TESTI SOTTO OBIETTIVO

Il "Codice delle leggi antimafia": risultati, omissioni e prospettive

di GIOVANNI FIANDACA E COSTANTINO VISCONTI p. 181

Dal Piano straordinario al Codice antimafia e delle misure di prevenzione

di DOMENICO MANZIONE p. 185

Le misure di prevenzione nel Codice antimafia: il nuovo stenta a nascere e il vecchio a morire (d.lgs. 6.9.2011 n. 159: artt. 1-34, 66-81)

Analisi di GUGLIELMO NICASTRO p. 189

Gestire o liquidare? I dilemmi dell'amministratore giudiziario e le aspettative dei creditori nei grovigli del Codice antimafia (d.lgs. 6.9.2011 n. 159: artt. 35-44, 52-65)

Analisi di GIOVANBATTISTA TONA p. 223

La destinazione dei beni confiscati tra evoluzione normativa e incerte prospettive future (d.lgs. 6.9.2011 n. 159: artt. 45-51, 110, 120)

Analisi di GIULIANA MEROLA p. 267

La documentazione antimafia (d.lgs. 6.9.2011 n. 159: artt. 82-101)

Analisi di VITO CUSUMANO E ANTONINO PORRACCILO p. 283

Il Codice antimafia e la normativa ordinamentale (d.lgs. 6.9.2011 n. 159: artt. 102-109)

Analisi di DOMENICO MANZIONE p. 311

COMMENTI ARTICOLO PER ARTICOLO

L. 31.10.2011 n. 187 – Disposizioni in materia di attribuzione delle funzioni ai magistrati ordinari al termine del tirocinio (G.U. 16.11.2011 n. 267)

Premessa di DOMENICO MANZIONE	p.	315
Commento agli artt. 1, 2, 3, di DOMENICO MANZIONE	p.	319

D.L. 22.12.2011 n. 211, conv., con modif., in l. 17.2.2012 n. 9 – Interventi urgenti per il contrasto della tensione detentiva determinata dal sovrappollamento delle carceri (GU 22.12.2011 n. 297; GU 20.2.2012 n. 42)

Premessa – <i>Dalla riduzione urgente della tensione detentiva alla chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari: primi interventi, governativi e parlamentari, per una nuova politica criminale</i> , di LAURA SCOMPARIN	p.	325
<i>Custodia extra-muraria in attesa della convalida e contrazione dei tempi per i giudizi direttissimi dinanzi al giudice monocratico (art. 1)</i> , di LAURA SCOMPARIN	p.	332
<i>Meno traduzioni per convalide e interrogatori in vinculis (art. 2)</i> , di LAURA SCOMPARIN	p.	340
<i>Esteso il diritto di visita agli istituti penitenziari (art. 2-bis)</i> , di LAURA SCOMPARIN	p.	345
<i>Nuove condotte dei magistrati rilevanti sul piano disciplinare (art. 2-ter)</i> , di LAURA SCOMPARIN	p.	350
<i>Estesa l'applicabilità della detenzione domiciliare infra-annuale (art. 3)</i> , di LAURA SCOMPARIN	p.	353
<i>Nuovi margini di applicabilità della riparazione per l'ingiusta detenzione (art. 3-bis)</i> , di LAURA SCOMPARIN	p.	357
<i>La soppressione degli ospedali psichiatrici giudiziari: realtà ed apparenze (art. 3-ter)</i> , di MARCO PELISSERO	p.	366
Artt. 4-6 (n.r.)	p.	374

L. 27.1.2012 n. 3 – Disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione delle crisi di sovraindebitamento (GU 30.1.2012 n. 24)

Premessa, di SIMONE LONATI	p.	375
Commento all'art. 1 – <i>Modifiche alla l. 7.3.1996 n. 108</i> , di SIMONE LONATI	p.	377
Artt. 2-3 (n.r.)	p.	385
Commento all'art. 4 – <i>Modifiche all'art. 629 Cp</i> , di ELENA KILDANI	p.	386
Commento all'art. 5 – <i>Modifica all'art. 135 d.lgs. 12.4.2006 n. 163</i> , di ELENA KILDANI	p.	387
Artt. 6-18 (n.r.)	p.	391
Commento all'art. 19 – <i>Sanzioni</i> , di ELENA KILDANI	p.	392
Commento all'art. 20 – <i>Disposizioni transitorie e finali</i> , di ELENA KILDANI	p.	413

IL PUNTO SU...

<i>Diritto alla tutela giurisdizionale, sanzioni individuali contro il terrorismo internazionale e giudici dell'Unione europea</i>		
di MONICA LUGATO	p.	415
<i>Fattispecie criminose e regime cautelare: la Corte costituzionale si riappropria di spazi decisori "sottratti" dalla Corte di cassazione</i>		
di SERENA QUATTROCOLO	p.	439
<i>Una recente pronuncia europea in tema di pubblicità delle udienze: brevi riflessioni a margine</i>		
di SERENA QUATTROCOLO	p.	447

GIUSTIZIA PENALE ED EUROPA

UNIONE EUROPEA	p.	461
CONSIGLIO D'EUROPA	p.	468

CORTE COSTITUZIONALE E GIUSTIZIA PENALE

IN PRIMO PIANO	p.	483
IN EVIDENZA	p.	509
ALTRE PRONUNCE	p.	521

LA TAVOLA ROTONDA

<i>La sentenza sul rogo della Thyssenkrupp: tra prassi consolidata e profili d'innovazione</i>		
di ROBERTO BARTOLI	p.	529
<i>Dolo e colpa tra prevedibilità e previsione</i>		
di FRANCESCO MUCCIARELLI	p.	537
<i>Consapevolezza del pericolo e accettazione del rischio: anche il datore di lavoro può rispondere di omicidio a titolo di dolo eventuale per la morte dei suoi lavoratori</i>		
di DAVIDE PETRINI	p.	549
<i>L'imputazione soggettiva nel campo della sicurezza sul lavoro: tra personalismo e rafforzamento della tutela</i>		
di GIOVANNANGELO DE FRANCESCO	p.	555

SPIGOLATURE

Nihil sub sole novi?

di M.C. p. 559

La collaborazione alla rivista è di volta in volta richiesta dalla Direzione. Le opinioni espresse nei singoli saggi impegnano esclusivamente la responsabilità dei rispettivi autori.

Al fine di garantire ulteriormente il livello scientifico dei contributi, la Direzione di **“lp”** ha inoltre costituito un Comitato di Revisori, formato da qualificati esponenti della cultura giuridica italiana che, secondo le rispettive competenze, saranno chiamati a fornire in forma anonima le loro valutazioni, secondo una procedura tale da garantire trasparenza di criteri e autonomia di giudizi, sugli scritti da pubblicare nelle parti **“Testi sotto obiettivo”**, **“Commenti articolo per articolo”**, **“Il punto su ...”**.

Hanno accettato di far parte del Comitato dei Revisori, per il 2012, i Professori: Marta Bargis, David Brunelli, Stefano Canestrari, Gilberto Lozzi, Francesco Mucciarelli, Guido Neppi Modona, Francesco Palazzo, Marco Pelissero, Domenico Pulitanò, Lucia Riscato, Metello Scaparone, Enzo Zappalà.

TESTI SOTTO OBIETTIVO

IL “CODICE DELLE LEGGI ANTIMAFIA”: RISULTATI, OMISSIONI E PROSPETTIVE

di GIOVANNI FIANDACA e COSTANTINO VISCONTI

SOMMARIO: 1. Un bicchiere mezzo pieno. — 2. Alcune vistose omissioni. — 3. La necessità di nuove strategie politico-criminali. — 4. Un “cantiere” ancora aperto.

1. — Il c.d. Codice antimafia, a dispetto dell'enfatizzazione politico-mediatica di cui è stato fatto oggetto, mantiene in realtà molto meno di quello che la sua stessa denominazione sembrerebbe promettere. Non si tratta, infatti, di un vero e proprio codice, per almeno due ragioni: ci troviamo di fronte a un testo normativo, per un verso, tutt'altro che completo e, per altro verso, privo di quel rigore e di quella coerenza interna tradizionalmente impliciti nel modello ideale tipico di codice. Ancorché non manchi qualche elemento significativo di novità, a ben vedere il nuovo testo rappresenta nel complesso non molto di più di una sorta di testo unico, frutto di una consolidazione normativa incentrata in grande prevalenza sulle misure di prevenzione (personali e patrimoniali), sulla gestione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati, nonché sulla documentazione antimafia.

Mancano all'appello, soprattutto, quell'«armonizzazione» e «completa ricognizione della normativa penale, processuale e amministrativa vigente in materia di contrasto della criminalità organizzata, ivi compresa quella già contenuta nei codici penale e di procedura penale» prescritte dall'art. 1 lett. *a* e *b* della legge-delega (l. 13.8.2010 n. 136). D'altra parte, mentre per le misure di prevenzione e la documentazione antimafia il legislatore delegante ha fissato molteplici e a volte stringenti criteri direttivi, per le altre materie il mandato parlamentare risulta meramente ricognitivo e del tutto privo di principi ordinatori e «armonizzatori». I limiti e le insufficienze del testo non sono imputabili, quindi, al solo legislatore delegato: in realtà, è la stessa delega a risultare geneticamente mal costruita, e ciò per una sorta di paradosso derivante in parte da eccesso di genericità e in parte da un eccesso di dettaglio.

Sicché, se anche il Governo avesse esercitato interamente la delega con riferimento alla legislazione penale, processuale e amministrativa, nella migliore delle ipotesi sarebbe venuto fuori un discutibile “stoccaggio”, più o meno completo, in un unico contenitore di norme attualmente sparpagliate nell'ordinamento. Tanto che la versione originaria del decreto legislativo sottoposta al parere delle competenti commissioni parlamentari, prevedeva pure dieci articoli iniziali contenenti alcune tra le più importanti norme penali e processuali «antimafia» estrapolate dai codici penale e di procedura e dalla legislazione speciale; ma,

dopo la pioggia di critiche formulate soprattutto alla Camera, il governo ha adottato il Codice stralciando questa prima parte con il contestuale annuncio di futuri (improbabili?) provvedimenti nei quali far confluire quanto espunto.

Comunque sia, nei primi commenti al Codice antimafia hanno prevalso sia la delusione per quella che è stata definita “un’occasione perduta”, ossia la prospettiva — coltivata da lunga pezza — di procedere a una risistemazione generale della legislazione antimafia aggiornandola e ampliandola per attrezzarla alle sfide del futuro; sia la stigmatizzazione di molte delle scelte innovative compiute nel corpo delle misure di prevenzione, ritenute talora insufficienti talaltra addirittura controproducenti rispetto all’obiettivo di rendere più efficiente il sistema.

È difficile, invero, non condividere valutazioni del genere: il Codice nasce senza avere alle spalle un ponderato disegno riformatore né un preventivo confronto con gli operatori del settore: piuttosto viene concepito e partorito secondo la logica strumentale e al ritmo incalzante della comunicazione politica contingente.

Si tratta, allora, di ricominciare daccapo? Verosimilmente no. Volendo vedere, con un certo ottimismo, il bicchiere mezzo pieno e non mezzo vuoto, vale la pena proporre un paio di considerazioni.

Anzitutto, occorrerebbe sfruttare la «clausola correttiva» contenuta nell’art. 2 co. 4 della legge-delega, secondo la quale entro tre anni dall’entrata in vigore del Codice antimafia «il Governo può adottare disposizioni integrative e correttive del decreto medesimo». Ebbene, come analiticamente segnalato dai commenti che seguono, numerose crepe nell’edificio codicistico risultano evidenti a occhio nudo: esse, oltretutto, rischiano di aprirsi ulteriormente nell’impatto con la prassi, così rallentando o addirittura vanificando l’azione di contrasto ai patrimoni mafiosi. Un intervento correttivo ad ampio raggio prima che si chiuda la legislatura, dunque, dovrebbe stare in cima all’agenda politica per un Governo che non intenda retrocedere nella lotta alle mafie. Senza soluzioni affrettate e con l’umiltà necessaria per ascoltare i suggerimenti provenienti dagli esperti, una oculata “manovra correttiva” potrebbe invero ri-configurare il Codice antimafia nei termini di uno strumento almeno non disfunzionale nell’ottica di una razionalizzazione delle strategie preventive e repressive contro la criminalità organizzata e del profitto.

In secondo luogo, il varo del Codice antimafia, pur tra i profondi limiti accennati, potrebbe contribuire a creare le condizioni *culturali* per un cambiamento generalizzato nel modo di affrontare i numerosi problemi politico criminali che attendono soluzioni in questo campo. In poche parole, il tentativo (benché mal riuscito) di regolare entro una cornice unitaria il variegato ventaglio di misure contro l’inquinamento mafioso dell’economia — dall’apprensione dei proventi illeciti fino alla loro rimessione nel circuito legale — dovrebbe comunque costituire un “punto di non ritorno”, nel senso che d’ora in avanti occorrerebbe adottare un approccio integrato nel quale la bontà di ogni strumento normativo o pratico va vagliata al filtro del sistema nel suo insieme considerato. Insomma, bisogna chiudere l’eterna stagione degli interventi frammentati, episodici, realizzati a compartimenti stagni, per una aprire una nuova fase elaborativa che consenta di dare risposte articolate e coordinate a problemi indubbiamente complessi.

2. — Proprio nella prospettiva appena auspicata — e rinviando alle analisi particolareggiate contenute nei commenti che seguono per una completa ricognizione critica dell’intero provvedimento in commento —, rimangono da segnalare

sinteticamente solo alcuni degli aspetti meno soddisfacenti del Codice antimafia sui quali sarebbe necessario riaprire il più presto possibile la discussione per preparare una riforma volta ad ammodernare l'impianto complessivo del sistema della prevenzione.

A) In ordine alla disciplina delle misure di prevenzione cc.dd. personali, quel che risalta nel nuovo codice è la tendenza all'estensione della categoria di soggetti potenziali destinatari (ben nove categorie!), unitamente alla rinuncia di introdurre innovazioni significative sia riguardo alla tipologia delle misure (lo strumento principale di intervento rimane la vecchia sorveglianza speciale di matrice ottocentesca), sia al tipo di prescrizione comportamentale che il giudice può disporre a fini preventivi per neutralizzare la pericolosità del prevenuto (ad esempio, mantengono tutto il loro vigore generiche e banali prescrizioni quali: vivere onestamente, rispettare le leggi, ecc.). Così stando le cose, le misure personali in sé considerate finiscono con il mantenere le loro caratteristiche patetiche di arnesi obsoleti, privi di plausibile funzionalità in una seria ottica special-preventiva, in particolare rispetto a soggetti di pericolosità qualificata come i soggetti indiziati di appartenere alla criminalità organizzata. Il legislatore (delegante e delegato) ha perduto dunque un'importante occasione per ammodernare presupposti e strumenti della prevenzione personale.

B) Un secondo rilievo critico riguarda l'indiscriminata estensione dell'applicabilità delle misure patrimoniali a tutti i soggetti potenzialmente destinatari delle misure personali, ben al di là della più ristretta cerchia dei soggetti indiziati di reati di criminalità organizzata. Questa estensione è irragionevole, quindi censurabile, sotto il profilo sia politico-criminale sia costituzionale, per una ragione che non è difficile intuire: è soltanto rispetto a quest'ultimo tipo di soggetti, infatti, che possono apparire giustificate la presunzione (relativa) dell'origine illecita dei beni su cui si fonda il meccanismo di una confisca "allargata" secondo il modello della confisca di prevenzione.

C) Con riferimento ai presupposti di applicazione delle misure patrimoniali — sequestro e confisca —, il codice — nel solco dei due pacchetti sicurezza 2008 e 2009 — ribadisce la regola dell'autonoma applicabilità delle misure patrimoniali, precisamente consentendone l'applicazione disgiunta. In particolare l'art. 18, co. 1, stabilisce che le misure di prevenzione patrimoniali possono essere «richieste e applicate indipendentemente dalla pericolosità sociale del soggetto proposto per la loro applicazione al momento della richiesta». A ben vedere, una tale formulazione normativa, mentre da un lato sembra dischiudere una nuova prospettiva di intervento caratterizzata dal passaggio dalla vecchia e ormai inadeguata pericolosità soggettiva verso un più moderno paradigma di pericolosità reale o *in rem* dei patrimoni frutto di attività criminali (e pericolosi perché suscettibili di riutilizzo criminale o destinati a inquinare l'economia legale), non riesce, dall'altro lato, a indicare senza ambiguità i presupposti normativi dell'applicabilità disgiunta delle misure patrimoniali. In particolare, non risulta chiaro, infatti, se il giudice possa del tutto prescindere dall'accertamento della pericolosità sociale personale del prevenuto, ovvero se non sia più richiesta soltanto l'«attualità» di tale pericolosità (per cui, in questa seconda ipotesi, sarebbe in ogni caso necessario accertare l'esistenza di una pericolosità pregressa). Questo nodo interpretativo, tutt'altro che secondario, sorto già nell'ambito delle innovazioni normative determinate dai pacchetti sicurezza, si ripropone purtroppo in vigenza del nuovo codice e non averlo sciolto dimostra quantomeno la scarsa consapevolezza da parte del legislatore dei problemi in campo.

3. — In realtà, i punti deboli del Codice fin qui evidenziati costituiscono il mero riflesso dell'assenza di una seria strategia politico-criminale che ha caratterizzato sia la legge-delega sia il decreto delegato. In altre parole, il legislatore non è intervenuto perché — al di là dei proclami bellici contro le mafie — non disponeva e non dispone a tutt'oggi di un progetto ad ampio respiro che guardi al futuro in materia di prevenzione patrimoniale. Ma continuando così, si finisce inesorabilmente con il riproporre strumenti di intervento vecchi non in grado di incidere sui fenomeni criminali in continua evoluzione. Inseguiamo ancora le persone fisiche a causa della loro (presunta) pericolosità individuale, ma trascuriamo le persone giuridiche, che attualmente sono i principali attori delle commistioni tra economie legali ed economie criminali: cioè quegli intrecci perversi che in atto rappresentano, non solo nel nostro paese, il pericolo maggiore da fronteggiare. In questa prospettiva, riteniamo ad esempio un'occasione mancata che gli artefici del Codice non abbiano preso in considerazione l'ipotesi di dotare il nostro ordinamento di nuove misure *ad hoc* per le società commerciali, finalizzate ad assicurare forme di controllo giudiziario di diversa intensità correlate al differente grado di accertata compromissione con interessi criminali: ciò con l'obiettivo di disinquinare e bonificare le attività economico-imprenditoriali sottraendole al condizionamento o all'infiltrazione mafiosa. Volendo ricorrere a una metafora, si tratterebbe di misure non già a carattere chirurgico come quelle tradizionali di tipo ablativo, bensì di misure terapeutiche, volte in primo luogo a curare e riabilitare le imprese suscettibili di essere recuperate al mercato. D'altra parte, una simile prospettiva di intervento rappresenterebbe uno sviluppo dell'istituto già vigente della «Sospensione temporanea dall'amministrazione», che però il nuovo codice si è limitato a ribattezzare «Amministrazione giudiziaria» senza peritarsi di arricchirne e migliorarne la disciplina.

4. — Sulla base dei rilievi critici che precedono e a voler rimanere coerenti con l'auspicio ottimistico che il nuovo Codice antimafia sia un «bicchiere più pieno che vuoto», l'atteggiamento da assumere non può che essere quello di considerare il codice stesso un cantiere ancora aperto per tutti, incluso il legislatore. Una sorta di opera *in progress*, dunque, bisognosa e meritevole di essere integrata e sviluppata con ulteriori interventi normativi ispirati a una prospettiva di prevenzione davvero moderna e adeguata ai giorni nostri. Ma sappiamo al contempo che non tutto dipende dal legislatore e dalle norme scritte. Un ruolo altrettanto importante nella prospettiva indicata spetta agli operatori impiegati ai diversi livelli nelle agenzie di *law and enforcement*, dai quali è ragionevole attendersi un incremento di impegno e un salto di qualità professionale in vista dell'elaborazione e diffusione di buone pratiche applicative.

DAL “PIANO STRAORDINARIO” AL CODICE ANTIMAFIA E DELLE MISURE DI PREVENZIONE

di DOMENICO MANZIONE

SOMMARIO: 1. Il piano straordinario contro le mafie: non solo una delega. — 2. L’attuazione “parziale”: il codice antimafia e delle misure di prevenzione. — 3. Le ulteriori possibilità di intervento.

1. — L’idea, non inedita, di un *corpus* unico destinato a disciplinare armonicamente tutte le sfaccettature della normativa in materia di criminalità organizzata di tipo “mafioso” ha trovato alla fine attuazione nella l. 13.8.2010 n. 136, intitolata appunto «Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia». Il testo appena richiamato rappresentava il punto di approdo di una sostanziale unità di intenti del legislatore: a riprova che la “visione” del fenomeno mafioso non può risentire di manifeste “interferenze ideologiche” — peraltro politicamente sconvenienti — nonché del fatto che, quando c’è una ragionevole e condivisa esigenza sociale, ma anche criminale ed economica, come nel nostro caso, la — vera o presunta — vischiosità del sistema bicamerale perfetto non è idonea a rallentare in alcun modo la marcia dei provvedimenti normativi.

In effetti, la l. 136/2006 viene approvata definitivamente in poco più di quattro mesi¹ ed essendo “debitrice”, per la verità più a parole che nella predisposizione di un articolato davvero soddisfacente, di tutta una serie di contributi già registrabili in argomento: «nell’elaborazione dei principi e criteri direttivi di delega si è tenuto conto del contributo fornito da numerosi progetti di legge parlamentari e governativi; del lavoro della commissione per la ricognizione e il riordino della normativa di contrasto della criminalità organizzata, presieduta dal professor Fiandaca; delle relazioni del commissario straordinario del Governo per la gestione e la destinazione dei beni confiscati»².

Il “programma” del testo normativo appena richiamato era piuttosto ambizioso. Anzitutto, si conferiva infatti delega al Governo ad adottare, nel termine di un anno, un decreto legislativo (il codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, appunto) che realizzasse una completa ricognizione della normativa

¹ Cfr. *Atti Camera*, XVI leg., d.d.l. n. 3290 (che assorbe *Atti Camera* C/529 e C/3478), presentato dai Ministri Maroni e Alfano e depositato il 9.3.2010; il testo approvato definitivamente dal senato (dove il d.d.l. prende il n. S/2226) data 3.8.2010 e sarà pubblicato, come l. 136/2010, sulla *GU* n. 196 del 23.8.2010.

² Così la *Relazione* al d.d.l. C/3290 cit.

penale, processuale ed amministrativa riguardante la criminalità organizzata, compresa quella già contenuta nel codice di rito ed in quello sostanziale, avendo cura di “armonizzarla” e coordinarla con altre disposizioni in materia nonché di curarne l’adeguamento alle disposizioni dell’UE (art. 1 co. 1 e 2 l. 136/2010). Accanto a questa delega ne sono poi state previste altre due, una tendente a riunire, organizzare e coordinare, sulla base di una serie di “paletti” esplicitamente fissati dal legislatore, le disposizioni in materia di misure di prevenzione (art. 1 co. 3 l. 136/2010), l’altra in tema di certificazione antimafia (art. 2 l. 136/2010).

Oltre alle deleghe appena rammentate, peraltro, la l. 136/2010 contiene anche norme di immediata applicazione, tutte ovviamente funzionali ad accrescere il livello di contrasto alla criminalità mafiosa. Tra quelle più significative, accanto alla previsione di una migliore tracciabilità dei flussi finanziari ottenuta mediante l’introduzione dell’obbligo di conti dedicati a carico degli appaltatori per tutte le attività inerenti l’appalto (art. 3), occorre registrare una specifica serie di regole che consentono verifiche fiscali nei confronti di soggetti già sottoposti a misure di prevenzione (art. 7), un tentativo di unificare le varie ipotesi di operazioni “sottocopertura” contenute in varie leggi speciali (art. 8), nonché un aggravamento della pena per il delitto di turbata libertà degli incanti (art. 9), cui si è aggiunta l’inedita figura di «turbata libertà della scelta del contraente» (art. 10). Non meno significative, le norme che incidono sul tessuto processuale, tra le quali merita segnalare l’attribuzione alla procura del capoluogo del distretto — secondo una tendenza che, pur opinabile, appare ormai costante — dell’ipotesi di «attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti».

Insomma, un intervento “a tutto campo” (amministrativo compreso: artt. 4 ss., 12) nel quale le deleghe sopra richiamate costituiscono certo il piatto forte, ma non l’unica “portata”³.

2. — Il d.lgs. 6.9.2011 n. 159 arriva dunque in porto grazie alle norme sopra sommariamente riassunte (v. § 1), con un paio di evidenti connotati.

Il primo: pur apparendo la delega orientata verso l’adozione di diversi decreti legislativi — attinenti, rispettivamente, alle norme processuali e sostanziali e alle misure di prevenzione da un lato, alla certificazione antimafia dall’altro lato — il legislatore delegato ha nondimeno scelto la via di coltivare il mandato conferitogli attraverso un testo normativo unitario giacché, come opportunamente si è posto in rilievo, si tratta pur sempre di disposizioni in stretta correlazione tra loro, che l’inserimento in un contesto unitario rende certo maggiormente fruibili anche all’interprete⁴.

Il secondo connotato riguarda invece il contenuto della delega coltivata. In effetti, a dispetto del titolo, che sembra davvero far riferimento ad un “codice” onnicomprensivo, una rapida scorsa ai singoli libri che lo compongono ed agli articoli che all’interno di ciascuno di essi trova collocazione consentono di rea-

³ Per un primo commento alla l. 136/2010 v. A. AURICCHIO, *Riunite le norme delle operazioni sotto copertura*, in *GD* 2010 (39), 60 ss.; A. CISTERNA, *Con la ricognizione sulla disciplina antimafia si apre la partita per il codice “salva dubbi”*, *ivi*, 45 ss.; O. FORLENZA, *Contro le gare irregolari spazio alle intercettazioni*, *ivi*, 51 ss.; B. FRATTASI, *Conti correnti dedicati anche in via non esclusiva*, *ivi*, 55 ss.; P. GIORDANO, *Più competenze alla direzione distrettuale*, *ivi*, 64 ss.

⁴ In tal senso v. la *Relazione illustrativa* allo schema di d.lgs. - Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione reperibile sul sito *Giustizia.it*

lizzare con immediatezza che ci si trova di fronte ad una sorta di testo unico delle misure di prevenzione (Libro I) e delle certificazioni antimafia (Libro II), ai quali fanno da appendice alcune disposizioni, non si sa quanto correttamente estrapolate da altri contesti che individuano gli “organi” di contrasto alle attività mafiose (Libro III), nonché altre disposizioni — soprattutto di coordinamento — in materia sostanziale e processuale penale che solo in parte condividono quell’ambizioso orizzonte tracciato dalla legge delega di cui si parlava sopra (v. § 1).

È verosimilmente proprio per via di un tal deficit nell’attuazione del mandato conferito dal legislatore delegante che il codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione è stato accolto con ben poco entusiasmo⁵ e forse persino con una punta di scetticismo.

E tuttavia, l’idea di un codice nel quale concentrare tutte le disposizioni antimafia, che pure aveva trovato in altri momenti caloroso sostegno, si raffreddò non poco a fronte della considerazione secondo la quale, soprattutto sul terreno processuale, i principi del “giusto processo” come riconosciuti dall’art. 111 Cost. non avrebbero consentito, pur in presenza di quello che comunemente viene definito come un “doppio binario” e che segna, per i reati “di mafia”, rimarchevoli differenze rispetto al regime “ordinario”, di distaccarsi dalla comune e unificante cornice di garanzie fornite dalla Carta fondamentale⁶. D’altronde, la portata di un’opera di “codificazione” che non volesse essere davvero e solo di “assemblaggio” dell’esistente avrebbe anche implicato, verosimilmente, opzioni capaci da un lato di spezzare l’euritmia di altri testi normativi, dall’altro di mettere in conto conseguenze di sistema in realtà non facilmente pronosticabili. Da questo punto di vista, dunque, il risultato del neonato “codice”, risolvendosi sostanzialmente — come si è già sottolineato — in un corposo testo unico sulle misure di prevenzione al quale si accompagnano le rilevanti novità di un’articolata disciplina sulla tutela dei terzi in caso di confisca e sulla certificazione antimafia, potrà fors’anche apparire una scelta timorosa e deludente, ma è senz’altro ispirata a criteri di prudenza che sarebbe assai ingeneroso voler obliterare: e, ciò, anche a voler trascurare la “reale” portata di una delega che, nel settore penale e processuale penale, pareva avere confini tanto lati quanto (pericolosamente) sfuggenti.

3. — Il neonato codice antimafia non è, da subito, integralmente “operativo”. L’art. 119 d.lgs. 159/2011 procrastina l’entrata in vigore di parte delle disposizioni del Libro II (sulla certificazione antimafia) decorsi 24 mesi dalla pubblicazione di apposito regolamento. Per converso, è già stata la l. 136/2010 a stabilire (art. 1 co. 5) che «entro tre anni dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo di cui al comma 1, nel rispetto delle procedure e dei principi e criteri direttivi stabiliti dal presente articolo, il Governo può adottare disposizioni integrative e correttive del decreto medesimo».

Insomma, resta aperta la possibilità concreta di fornire contributi e di apportare migliorie. In questo senso si sono mossi gli operatori che, sotto l’egida di un

⁵ Così, ad es., A. CISTERNA, *L’impegno a varare opportuni testi integrativi fa sperare in un corpus normativo più completo*, *GD* 2011 (41), 84; per una (anche critica) analisi complessiva v. F. MENDITTO, *Le luci e le (molte) ombre del cd codice antimafia*, in *CP* 2012, 792 ss.

⁶ V. del resto, le osservazioni fatte proprie nella *Relazione* (vol. I) predisposta dalla Commissione Fiandaca, istituita con d.m. 15.10.1998 proprio per cercare di dare razionalità alla normativa sulla criminalità organizzata e poi variamente prorogata fino al 2001.

osservatorio su confisca e destinazione di beni e aziende appresi alla mafia mediante misure di prevenzione, ha proposto al Ministro della giustizia una serie di modifiche dirette a migliorare il testo del codice o a colmarne lacune⁷. Ma in tal senso si è anche mosso il Governo in carica che, sfruttando la delega “di riserva” sopra richiamata, ha approvato in via preliminare un disegno di decreto legislativo sostanzialmente diretto ad accelerare l’entrata in vigore della disciplina sulla certificazione antimafia⁸.

Rimane il fatto che la (più lunga) delega “integratrice” è destinata ad avere efficacia per la correzione o l’eliminazione di lacune del codice antimafia già approvato nei più ristretti limiti temporali previsti dalla delega — diciamo così — “principale”: cosicché ogni tentativo di far passare, per quella via, novità che comprendano “materie” (e pensiamo, ovviamente, alle norme processuali e sostanziali in materia di criminalità mafiosa) non ricomprese nel *corpus* del codice antimafia parrebbe operazione azzardata perché finirebbe per obliterare del tutto — ed un po’ furbescamente — il limite temporale originariamente posto dal legislatore delegante⁹.

⁷ V. le proposte di modifica effettuate dall’Osservatorio unitamente al DEMS dell’Università di Palermo nel corso di un incontro datato 18.2.2012.

⁸ Tracce dell’approvazione del provvedimento si rinvencono nell’ordine del giorno del Consiglio dei Ministri del 25.5.2012; un sintetico resoconto nel *Sole24h* del 26.5.2012.

⁹ Sembra opinare diversamente F. MENDITTO, *Le luci e le (molte) ombre del cd codice antimafia*, cit., 802-803.

**LE MISURE DI PREVENZIONE NEL CODICE ANTIMAFIA:
IL NUOVO STENTA A NASCERE E IL VECCHIO A MORIRE
(D.LGS. 6.9.2011 N. 159: ARTT. 1-34, 66-81)**

Analisi di GUGLIELMO NICASTRO

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Le misure di prevenzione personali applicate dal questore. — 3. Le misure di prevenzione personali e patrimoniali applicate dall'autorità giudiziaria. — 4. Organi titolari della proposta di misure di prevenzione. — 5. Tipologia delle misure applicabili e loro presupposti. — 6. L'inadeguatezza del modello procedimentale applicativo delle misure di prevenzione. — 7. La vetustà delle prescrizioni legali tipiche connesse alle misure personali. — 8. Le indagini patrimoniali e l'intestazione fittizia dei beni. — 9. L'improprio riferimento al rigetto della proposta di misura di prevenzione quale caso di revoca del sequestro. — 10. L'irragionevole inclusione tra gli intervenienti dei titolari di diritti personali di godimento anziché dei titolari di diritti reali di garanzia. — 11. I termini di efficacia del sequestro e della confisca. — 12. Due vistose omissioni: la sospensione della esecutività dei decreti di secondo grado di riforma del decreto di confisca di primo grado; l'impugnazione avverso il decreto di confisca emesso al termine dell'amministrazione giudiziaria. — 13. Il mancato adeguamento dell'art. 23-bis l. 13.9.1982 n. 646. — 14. Rapporti tra sequestro e confisca di prevenzione e sequestro e confisca penali. — 15. L'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche. — 16. Le disposizioni di cui al Titolo V, Libro I: effetti, sanzioni e disposizioni finali.

1. — Nell'art. 1 co. 1, 2 e 3, della legge di delega per la redazione del “codice antimafia” (l. 13.8.2010 n. 136), al fine di aggiornare e modificare la normativa vigente in materia di misure di prevenzione sono stati fissati numerosi principi e criteri direttivi, in alcuni punti declinati in termini talmente dettagliati da vincolare rigidamente il legislatore delegato (il riferimento è, fra l'altro, alla revocazione della confisca ed ai rapporti tra sequestro penale e sequestro di prevenzione), in altri in maniera più generica (così in tema di definizione dei presupposti a cui ancorare la categoria dei destinatari delle misure), in altri ancora adottando delle scelte non del tutto condivisibili e che avrebbero meritato una più ponderata elaborazione (si sta facendo riferimento, in particolare, ai termini di efficacia del sequestro e la tutela dei terzi).

Sin dal finire degli anni novanta del secolo scorso erano stati presentati in Parlamento numerosi disegni di legge di modifica di singoli istituti e svolti vari studi ed elaborati (da commissioni all'uopo costituite presso i Ministeri della Giustizia e dell'Interno) progetti di riforma dell'intero sistema normativo delle misure di prevenzione.

Il progetto più ricco e completo (88 articoli) è verosimilmente quello elaborato negli anni 1999-2001 dalla Commissione ministeriale (presieduta dal Professor Giovanni Fiandaca) per la riorganizzazione e il riordino della normativa di con-

trasto della criminalità organizzata (presentato nel marzo 2001 al Ministro della giustizia in versione non definitiva).

Questa Commissione, che ha dedicato particolare attenzione soprattutto al settore delle misure di prevenzione, proponeva degli interventi di riforma volti a perfezionare il tradizionale assetto della disciplina, razionalizzandolo e modernizzandolo.

A tal fine indicava, quale prima innovazione significativa da apportare, la recisione del nesso di pregiudizialità tra misure personali e patrimoniali, in modo da rendere applicabili il sequestro e la confisca dei beni di origine illecita anche a prescindere dalla previa sottoposizione del prevenuto alla misura di prevenzione personale. Un tale intervento, del resto, avrebbe esaudito gli auspici di quella parte della dottrina che ormai da tempo si mostrava incline a ritenere la prevenzione patrimoniale di più certa copertura costituzionale rispetto a quella personale e ben più efficace strumento di contrasto delle forme di manifestazione più evolute della criminalità mafiosa.

La necessità di questo sganciamento della prevenzione patrimoniale da quella personale veniva, a buona ragione, giustificata dall'evoluzione criminologica registratasi nel corso degli ultimi anni, caratterizzata dall'affermarsi sul tradizionale modello incentrato su tipologie soggettive di autori di un più moderno paradigma criminologico di tipo organizzativo, più adatto alla rappresentazione del fenomeno mafioso: il sodalizio criminale, infatti, si rivela pericoloso non solo e non tanto per l'inclinazione a delinquere del singolo adepto ma anche, e soprattutto, per la struttura organizzativa e le ingenti risorse economiche di cui dispone l'organizzazione nel suo insieme.

In questa prospettiva (la cui persistente validità più volte affiorerà nel corso della presente trattazione) la Commissione Fiandaca riconosceva la preminente importanza della misura di prevenzione patrimoniale, perché finalizzata non tanto a colpire il singolo indiziato mafioso che dispone di un patrimonio illecito, quanto a sottrarre beni risultati funzionali all'attività delle associazioni di tipo mafioso.

In quest'ottica, la confisca di prevenzione va costruita come una misura spiccatamente polifunzionale: oltre ad impedire che l'organizzazione possa reimpiegare le risorse finanziarie illecitamente accumulate in ulteriori attività criminose o di riciclaggio, contribuisce indirettamente a garantire il rispetto di quei principi che dovrebbero regolare un sistema economico fondato su un mercato libero, lecito, trasparente e non inquinato da relazioni criminali e dalla circolazione di danaro "sporco".

In tale progetto di riforma la recisione del nesso di interdipendenza tra misure personali e patrimoniali veniva declinata nelle disposizioni collocate in un Capo V dedicato alle misure di prevenzione patrimoniali (e precisamente negli articoli da 24 a 32) prevedendosi: l'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali del sequestro e della confisca, congiuntamente o disgiuntamente dalle misure personali e anche indipendentemente dalla persistenza delle condizioni previste in un precedente art. 19; la prosecuzione del procedimento, ai fini dell'applicazione dei provvedimenti di cui ai precedenti artt. 24, 25 e 29 (ovverosia, sequestro a procedimento già iniziato, sequestro c.d. anticipato nei casi di particolare urgenza e confisca) relativamente ai beni presumibile frutto o reimpiego di attività illecite, in caso di morte della persona di cui all'art. 19, con la chiamata in giudizio degli eredi e legatari dei beni anzidetti.

Con tale proposta (per come rilevato da una parte della Commissione) non si portava alle estreme conseguenze il principio della completa autonomia delle misure di prevenzione patrimoniali, che pur avrebbe legittimato l'alternativa pos-

sibilità (non solo di proseguire ma anche) di iniziare il procedimento di prevenzione ai fini dell'applicazione delle sole misure patrimoniali nei confronti di un indiziato deceduto. E tuttavia, pur in presenza di taluni piccoli difetti di formulazione, si offriva un quadro normativo che avrebbe concretizzato in termini tecnicamente corretti la soluzione teorica prospettata come preferibile, proponendosi, in definitiva, la prosecuzione del procedimento di prevenzione patrimoniale nei confronti di un soggetto di pericolosità sociale qualificata pur se non più persistente.

È importante porre in risalto la premessa metodologica che aveva animato il lavoro della Commissione, e cioè l'adozione della logica dei sottosistemi differenziati, vale a dire (secondo l'interpretazione autentica offertane dal Presidente) l'abbandono «di ottiche codicistiche, o in ogni caso ispirate a unicità sistematica, e considerando piuttosto la criminalità organizzata come un settore specifico bisognoso e meritevole di essere valorizzato nelle sue peculiarità», secondo un più moderno approccio di tipo scientifico-culturale basato sulla riscontrata maggiore incisività ed efficacia delle misure patrimoniali di prevenzione rispetto alle misure penali classiche per l'aggressione alle ricchezze illecite accumulate dai sodalizi di tipo mafioso, sposando il convincimento che «un certo “purismo penalistico” di marca tradizionale, oltre a tradire un elevato tasso di idealismo astratto, probabilmente sottovaluta un dato importante: cioè che la post-modernità penalistica va caratterizzandosi per una certa contaminazione o ibridazione (se non proprio meticciamiento) tra ambiti giuridici diversi, e ciò si riscontra a livello comparatistico di fronte a fenomeni di attenuazione o superamento delle rigide distinzioni tra penale, amministrativo e financo civile»¹.

Al di là dei convincenti rilievi circa l'inutilità dello strumento codicistico per il pur lodevole fine di razionalizzazione della disciplina in materia di prevenzione (come anche di altre materie, tenuto che ormai da decenni si vive in un'età di decodificazione), resta il fatto che del “codice” classicamente inteso quello che oggi commentiamo possiede soltanto alcuni dei tratti più salienti.

In sintesi, il “codice antimafia” è, sì, una legge — o, più precisamente, una fonte di legislazione delegata (d.lgs. 6.9.2011 n. 159) — volta a disciplinare in maniera organica un'intera materia e a introdurre un insieme razionale e ben determinato di norme scritte facilmente comprensibili e applicabili dagli interpreti. Peraltro, non può dirsi completamente soddisfatta l'esigenza di una codificazione intesa come raccolta ordinata e sistematica di norme che non lasci all'interprete i dilemmi ermeneutici sorti sulle vecchie disposizioni disseminate in vari testi normativi stratificatisi nel tempo. Infatti, tanto il connotato quantitativo della maggiore estensione e completa ricognizione della normativa preesistente quanto, e soprattutto, il connotato sostanziale della organicità e importanza di contenuto, pur espressamente posti tra i primari criteri direttivi della legge-delega (art. 1 co. 2 e 3 l. 136/2010), si sono realizzati nel d.lgs. 159/2011 in maniera talmente difettosa e lacunosa da non meritare l'etichetta appostavi.

Non mancherà di risaltare nel corso della presente trattazione, anche in ordine ad aspetti davvero decisivi della disciplina delle misure di prevenzione — sia personali sia patrimoniali — che non sono state adottate soluzioni normative moderne e riempitive dei vuoti normativi che si annidavano nella legislazione

¹ G. FIANDACA, *Il Progetto per la riforma delle sanzioni patrimoniali della Commissione Fiandaca*, in A.M. MAUGERI (a cura di), *Le Sanzioni Patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, Milano 2008, 557 ss.

abrogata dall'art. 120 del decreto legislativo in esame e che l'interprete era stato chiamato a colmare, con la connessa persistente incertezza che tale operazione di supplenza sempre comporta.

Quel che ancora preme sottolineare è che non è stato nemmeno confezionato un completo testo unico della materia, sopravvivendone ancora alcune vecchie norme. In tal senso depone, infatti, la stessa lettera del citato art. 120 che, pur abrogando tutte le disposizioni racchiuse nella l. 27.12.1956 n. 1423, nella l. 31.5.1965 n. 575 e nel d.l. 4.2.2010 n. 4, conv. in l. 31.3.2010 n. 50, in relazione alle restanti disposizioni in materia di prevenzione contenute nel Libro I ha limitato l'abrogazione a specifici articoli di altre norme di legge.

In sostanza, le nuove disposizioni sono spesso frammiste a residui di vecchie norme che ne possono depotenziare la portata innovativa ove non attentamente ed evolutivamente interpretate.

È auspicabile, al riguardo, che si attivi la valvola di sicurezza — contenuta nell'art. 1 co. 5 l. 136/2010 — delle disposizioni integrative e correttive che il Governo può adottare, nel rispetto dei principi e criteri direttivi già fissati, entro tre anni dall'entrata in vigore dello stesso d.lgs. 159/2011.

In questa direzione va segnalato che l'Osservatorio nazionale su confisca, amministrazione e destinazione dei beni e delle aziende, costituito dal D.E.M.S. (Dipartimento degli Studi Europei e della Integrazione Internazionale) dell'Università degli Studi di Palermo, all'esito di una prima fase di riflessione ed intenso dibattito tra studiosi e operatori della giustizia, ha elaborato 23 prime proposte correttive del Codice in commento².

2. — L'esigenza di una riformulazione della tradizionale cerchia di destinatari delle misure secondo le più moderne conoscenze criminologiche non è stata colta se è vero che l'art. 1 del Codice, collocato nel Libro I — Le misure di prevenzione — Titolo I — Le misure di prevenzione personali — Capo I — Le misure di prevenzione personali applicate dal questore —, sotto la rubrica «soggetti destinatari» riproduce integralmente il testo dell'abrogato art. 1 della l. 1423/1956 per ciò che attiene alle misure di prevenzione personali applicate dal questore.

Ciò appare difforme rispetto ai criteri fissati nell'art. 1 co. 3 lett. a n. 5 della legge-delega, laddove si prevedeva di stabilire una definizione organica della categoria dei destinatari delle misure di prevenzione personali e patrimoniali, da ancorarsi a presupposti chiaramente «definiti e riferiti in particolare all'esistenza di circostanze di fatto che giustificano l'applicazione delle suddette misure di prevenzione e, per le sole misure personali, anche alla sussistenza del requisito della pericolosità del soggetto».

Affrontando i connessi profili dei soggetti destinatari delle misure di prevenzione personali applicate dall'autorità giudiziaria (art. 4), delle prescrizioni legali tipiche irrogabili in sede di applicazione delle misure personali applicate dall'autorità giudiziaria (art. 8 co. 4), nonché dei soggetti destinatari delle misure patrimoniali (art. 16), emergerà che nessuna significativa innovazione è intervenuta.

L'art. 2 riproduce il testo del vecchio art. 2 della l. 1423/1956, mentre la contravvenzione dell'arresto da uno a sei mesi prevista per la violazione del divieto di ritorno nel luogo fuori dalla residenza è ora prevista dall'art. 76 co. 3 d.lgs. 159/2011.

² Il testo di queste proposte può leggersi sul sito della rivista *on line* Diritto penale contemporaneo (www.penalecontemporaneo.it).

Con l'art. 3 sono state invece apportate modifiche sostanziali all'istituto dell'avviso orale.

Sul punto nessuna indicazione si rinviene nella citata legge-delega.

È stato infatti riprodotto il testo di parte dei commi 3 e 4 del vecchio art. 4 della l. 1423/1956, come modificati dalla l. 3.8.1988 n. 327 (contenente norme in materia di misure di prevenzione personali) e dalla l. 26.3.2001 n. 128 (interventi legislativi in materia di tutela della sicurezza dei cittadini), venendo meno la funzione originaria dell'avviso orale quale condizione di procedibilità delle misure di prevenzione personali prevista nei commi 1 e 2 dell'articolo da ultimo citato, sia pure nei confronti della categoria più residuale di soggetti di pericolosità sociale generica.

In forza dei citati commi 1 e 2 del vecchio art. 4 della l. 1423/1956, l'applicabilità dei provvedimenti di cui all'art. 3 era infatti consentita soltanto dopo che il questore nella cui provincia la persona dimorava avesse provveduto ad avvisarla dell'esistenza di «sospetti» a suo carico, con indicazione dei motivi giustificativi e con invito a tenere una condotta conforme alla legge, con redazione di un processo verbale dell'avviso, «al solo fine di dare allo stesso data certa».

Soltanto trascorsi almeno sessanta giorni e non più di tre anni dalla notifica dell'avviso poteva avanzarsi la proposta per l'applicazione di misure di prevenzione, «se la persona, nonostante l'avviso, non ha cambiato condotta ed è pericolosa per la sicurezza pubblica».

In questo contesto normativo l'avviso orale era un atto di preliminare contestazione degli addebiti da porre alla base del successivo procedimento di prevenzione, nel cui ambito veniva utilizzato per verificare se a seguito dell'invito rivolto gli il proposto avesse poi effettivamente mutato o meno condotta di vita³.

Senonché, l'operatività dell'avviso orale nei termini testé precisati era stata alquanto ridotta dall'art. 19 della l. 22.5.1975 n. 152 (norma ora abrogata dall'art. 120 dello stesso d.lgs. 159/2011).

Tale norma, infatti, richiamava, in applicazione per le persone indicate nell'art. 1 nn. 1 e 2 della l. 1423/1956, le disposizioni di cui alla l. 575/1965, a loro volta applicabili senza la necessità di alcun avviso al destinatario (ciò per l'espresso dettato dell'art. 2), donde la pacifica irrilevanza, ai fini della procedibilità, della previa irrogazione al proposto dell'avviso orale nel triennio antecedente alla presentazione della proposta.

L'avviso orale doveva quindi previamente irrogarsi ai fini della procedibilità dell'azione di prevenzione unicamente nei confronti dei soggetti di cui all'art. 1 n. 3 l. 1423/1956, ovverosia delle persone abitualmente dedite 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, ora indicate nell'art. 1, lett. c, del Codice in commento.

Nel diritto vivente quest'ambito soggettivo è stato lievemente lambito dall'applicazione di misure di prevenzione per la facilità di inquadramento del proposto, sulla scorta degli elementi indiziari allegati, ad una, almeno, delle restanti categorie di pericolosità racchiuse nei citati nn. 1 e 2 dell'art. 1 della l. 1423/1956.

Ebbene, il nuovo art. 3 del Codice in commento non reca più alcun riferimento alla funzione dell'avviso orale quale condizione temporanea di procedibilità dell'azione di prevenzione.

È stata invece mantenuta la diversa funzione che all'avviso orale aveva con-

³ In tema G. B. PUGLISI, *sub* art. 5 l.327/1988, in *LP*1989, 30 ss.

ferito l'art. 15 co. 1 lett. *a* della l. 128/2001, mentre il delitto previsto nel caso di inosservanza del divieto del questore di possedere o utilizzare, in tutto o in parte, gli strumenti di comunicazione, trasporto, armi, prodotti pirotecnici e sostanze infiammabili, tuttora analiticamente menzionati nel co. 4 dell'art. 3 del Codice, già previsto dall'art. 4 co. 5 della l. 1423/1956, e successive modifiche ed integrazioni, è stato ora collocato nell'art. 76 co. 2 dello stesso d.lgs. 159/2011.

Al riguardo non sono state tenute nel debito conto le tradizionali e giuste critiche mosse ad una misura di prevenzione personale, così ora espressamente qualificata dal legislatore nel titolare il Capo I, applicata da un'autorità amministrativa di polizia (quale è il questore), e quindi senza le necessarie garanzie di un procedimento giurisdizionale; e ciò al di là della formale sostituzione dei «sospetti» con gli «indizi» a carico «dei soggetti di cui all'articolo 1», con indicazione dei motivi che li giustificano.

Quest'ultima formula rende ulteriormente chiaro che la valutazione che può suffragare l'irrogazione del nuovo avviso orale è quella tipicamente effettuata in sede di applicazione della misura di prevenzione dall'autorità giudiziaria, e cioè, l'inquadramento dell'avvisato tra i soggetti socialmente pericolosi *ex art. 1*, peraltro con la possibile adozione del divieto di sopra citato nei confronti di persone che risultino definitivamente condannate per delitti non colposi, donde un accostamento che denota una persistente confusione tra misure di prevenzione, *ante o praeter delictum* e misure di sicurezza, *post delictum*⁴.

La necessità di una valutazione non più desumibile da sospetti, ma basata su indizi raccolti a carico di soggetti inquadrabili tra i destinatari di misure, e dunque coincidente con quella effettuata dall'autorità giudiziaria ma qui affidata ad un'autorità amministrativa, rende oscure e non convincenti le ragioni per le quali è stato così conformato tale istituto, accostabile, nella sostanza, alla vecchia diffida eliminata con l'art.1 della l. 3.8.1988 n. 327.

Del pari sono rimasti intatti gli ulteriori profili critici già in passato emersi nell'osservazione della figura in esame: il ribadito silenzio-assenso, nel caso di omesso provvedimento nel termine dei sessanta giorni successivi alla presentazione della istanza, alla revoca della misura che l'interessato può sempre chiedere al questore, previsto nel co. 3, prima parte, dell'art. 3 del Codice; la difficile conciliabilità, per la difformità dei mezzi di impugnazione previsti avverso provvedimenti omogenei di natura amministrativa, tra il ricorso gerarchico al prefetto entro sessanta giorni dalla comunicazione del provvedimento di rigetto della richiesta di revoca e l'opponibilità, «davanti al tribunale in composizione monocratica», dei divieti imposti dal questore ai sensi dei commi 4 e 5 dello stesso art. 3 qui in esame.

Al riguardo, attenta dottrina aveva sottolineato la necessità di verificare sul campo l'efficacia della nuova misura di avviso orale, a buona ragione rilevando che, «probabilmente proprio per assicurarne la rapida applicazione è stata preferita la scorciatoia dell'attribuzione della competenza al questore invece della via

⁴ In dottrina è risalente e diffusa l'opinione secondo cui le tradizionali misure di prevenzione personali non sono idonee a sortire un effetto autenticamente preventivo e rieducativo, anzi sono state non di rado utilizzate come strumento di controllo sociale di tipo sostanzialmente repressivo: tra i tanti, si rinvia a R. GUERRINI-L. MAZZA, *Le misure di prevenzione. Profili sostanziali e processuali*, Padova 1996; D. PETRINI, *La prevenzione inutile. Illegittimità delle misure praeterdelictum*, Napoli 1996; P.V. MOLINARI-U. PAPADIA, *Le Misure di Prevenzione nella legge fondamentale, nelle leggi antimafia, e nella legge anti violenza nelle manifestazioni sportive*, Milano 2002.

maestra della previsione di specifiche prescrizioni inerenti alle tipiche misure di prevenzione, prescrizioni che, peraltro, il giudice avrebbe potuto imporre per esigenze di difesa sociale ai sensi del co. 4 dell'art. 5 l. n. 1423 del 1956 anche senza bisogno di apposita nuova disposizione di legge»⁵.

3. — A seguito delle modifiche normative intervenute con il c.d. pacchetto sicurezza, l'applicabilità della l. 575/1965, intitolata disposizioni «contro le organizzazioni criminali di tipo mafioso, anche straniera»⁶, era stata già estesa ai soggetti indiziati⁷ di uno dei reati previsti dall'art. 51 co. 3 *bis* CPP (così l'art. 1, nel testo riformulato dall'art. 10 co. 1 lett. *a* del d.l. 23.5.2008 n. 92, convertito, con modificazioni, nella l. 24.7.2008 n. 125), ovverosia dei delitti, consumati o tentati, di cui agli artt. 416 co. 6, 416, realizzato allo scopo di commettere delitti previsti dagli articoli 473 e 474⁸, 600, 601, 602, 416-*bis* e 630 del codice penale, dei delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto art. 416 *bis* ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché dei delitti previsti dall'art. 74 TuSTUP e dall'art. 291-*quater* TuDOG.

Con l'art. 2 co. 4 della l. 15.7.2009 n. 94, il catalogo dei destinatari delle misure di prevenzione personali e patrimoniali era stato ulteriormente arricchito includendovi anche i soggetti indiziati del delitto di cui all'art. 12-*quinquies* co. 1 del d.l. 8.6.1992 n. 306, convertito, con modificazioni, dalla l. 7.8.1992 n. 356.

Questa disciplina spiegava i suoi effetti anche sui procedimenti di prevenzione iniziati nel vigore della vecchia normativa, dovendosi applicare alle misure di prevenzione, stante l'*eadem ratio*, il disposto dell'art. 200 co. 1 CP, che in relazione alle misure di sicurezza personali ed alla confisca (quanto a quest'ulti-

⁵ P.V. MOLINARI - U. PAPADIA, *Le Misure di Prevenzione nella legge fondamentale*, cit., 158-159.

⁶ Questa epigrafe era stata sostituita alla vecchia — «disposizioni contro la mafia» — dall'art. 2 co. 5 della l. 15.7.2009 n. 94, in connessione con la mutata rubrica dell'art. 416-*bis* CP, ora riferito alle associazioni di tipo mafioso anche straniera (in tal senso l'art. 1 co. 1 lett. *b-bis*, n. 5 del d.l. 23.5.2008 n. 92, convertito, con modificazioni, nella l. 24.7.2008 n. 125).

⁷ Il riferimento «secco» agli «indiziati», senza alcuna aggettivazione nemmeno in termini di sufficienza — espressa, invece, per il sequestro dall'art. 20 — e meno che mai di gravità, come richiesto dall'art. 273 CPP per l'applicazione delle misure cautelari personali, non può che indurre a ritenere utilizzabili, per fondare l'affermazione della pericolosità sociale, anche indizi di grado inferiore e cioè magari precisi e convergenti ma non necessariamente gravi e da leggersi (si pensi alle propalazioni di collaboratori di giustizia o al linguaggio criptico delle conversazioni intercettate) anche con l'utilizzo di massime di esperienza dotate di empirica plausibilità. Sulla distinzione tra prove, indizi e sospetti, tratta dall'esame della giurisprudenza di legittimità, cfr. G. NANNULA, *La lotta alla mafia*, Milano 1996, 12 ss., richiamato anche in F. CASSANO, *Misure di prevenzione patrimoniali e amministrazione dei beni — Questioni e materiali di dottrina e giurisprudenza*, Milano 1998, 8, nt. 8, che pure richiama ivi la tradizionale critica alle misure di prevenzione quali «pene del sospetto» e «stampelle di un apparato di repressione che non riesce a percorrere la via maestra del giudizio per l'accertamento del reato», inizialmente mossa da G. CORSO, *L'ordine pubblico*, Bologna 1979, 137, e poi ripresa da G. FIANDACA, *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *DigPen.*, VIII, 1994, 110. Sulla necessità della costante ricerca di modi e forme di una possibile compatibilità tra garanzie e funzionalità dello strumento preventivo, A. GIALANELLA, *Un problematico punto di vista sui presupposti applicativi del sequestro e della confisca di prevenzione dopo le ultime riforme legislative e alla luce delle recenti riforme legislative*, in G. FIANDACA - C. VISCONTI (a cura di), *Scenari di mafia*, Torino 2010, 344 ss.

⁸ Le parole, «416 realizzato allo scopo di commettere delitti previsti dagli articoli 473 e 474», sono state inserite dall'art. 15 co. 4 della l. 23.7.2009 n. 99. Prendendo spunto da tale aggiunta va osservato che le eventuali, ulteriori, modifiche, al disposto del citato art. 51 co. 3-*bis* CPP, per effetto del rinvio formale, e non materiale o recettizio, al medesimo fatto dall'art. 4 d.lgs. 159/2011, potranno ampliare o restringere l'ambito applicativo delle misure di prevenzione.

ma, per l'espresso rinvio, contenuto nell'art. 236 co. 2 CP, alla prima parte dell'art. 200 CP) stabilisce che le stesse sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione.

In forza dell'art. 19 della l. 152/1975 (come modificato dall'art. 11 co. 1 lett. *b* del d.l. 92/2008, convertito, con modificazioni, nella l. 125/2008) le disposizioni di cui alla l. 575/1965 si applicavano anche alle persone indicate nell'art. 1 nn. 1 e 2 della legge fondamentale in tema di prevenzione (la l. 1423/1956), nei confronti delle quali non operavano più le restrizioni a suo tempo introdotte con l'abrogata (*ex art. 11-ter* della l. 125/2008) norma derogatoria speciale di cui all'art. 14 della l. 19.3.1990 n. 55⁹, per come si era a buona ragione ricavato anche dalla lettura della seconda parte dello stesso art. 19, che per quelle stesse persone aveva espressamente attribuito le funzioni e le competenze spettanti, ai sensi della l. 575/1965, al procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto, al procuratore della Repubblica presso il tribunale nel cui circondario dimora la persona, con ciò univocamente attribuendo a quest'ultimo anche il potere di svolgere le indagini e proporre le misure patrimoniali nei confronti delle medesime¹⁰.

E dunque, le misure di prevenzione personali e patrimoniali potevano disporsi anche nei confronti di soggetti abitualmente dediti a traffici delittuosi o che vivevano abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose.

L'elenco dei destinatari delle misure personali applicabili dall'autorità giudiziaria e delle misure patrimoniali è stato ulteriormente ampliato con le disposizioni contenute negli artt. 4 e 16 del Codice in commento.

L'art. 16 al co. 1 lett. *a*, stabilisce che le misure patrimoniali si applicano nei confronti dei soggetti destinatari di cui all'art. 4.

Alle lettere *a*, *b* e *c* di quest'ultimo articolo vengono ora indicati: gli indiziati di appartenere alle associazioni di cui all'art. 416-*bis* CP; i soggetti indiziati di uno dei reati previsti dall'art. 51 co. 3-*bis*, CPP ovvero del delitto di cui all'art. 12-*quinquies* co. 1 del d.l. 306/1992, convertito, con modificazioni, dalla l. 356/1992.

In forza della lettera *c* dell'art. 4 d.lgs. 159/2011 sono passibili delle misure di prevenzione personali e patrimoniali (queste ultime per effetto del rinvio disposto nell'art. 16 co. 1, lett. *a*), tutti i soggetti indicati nell'art. 1, e dunque non soltanto, come si verificava nel vigore del citato art. 19 l. 152/1975, i soggetti abitualmente dediti a traffici delittuosi o che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose ma anche quelli abitualmente 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.

Al riguardo non può non rilevarsi che la dottrina aveva già criticato la dilatazione del raggio di operatività delle misure di prevenzione ai soggetti di pericolosità sociale generica di cui ai nn. 1 e 2 della l. 1423/1956, sottolineandosi che in tal modo si finiva per ampliare a dismisura l'ambito di applicazione delle misure patrimoniali in mancanza di una ragionevole prognosi di illecito arricchimento

⁹ Dalla data di entrata in vigore di questa norma le disposizioni di carattere patrimoniale della l. 575/1965 si applicavano soltanto con riferimento ai soggetti indiziati di appartenere ad associazioni finalizzate al traffico di sostanze stupefacenti (art. 74 d.p.r. 9.10.1990 n. 309), nonché ai soggetti indicati nei numeri 1 e 2 del 1° comma dell'art. 1 della l. 1423/1956, quando, però, l'attività delittuosa da cui derivavano i proventi era una di quelle previste dagli artt. 600, 601, 602, 629, 630, 644, 648 *bis* o 648-*ter* del codice penale, ovvero quella di contrabbando.

¹⁰ In termini, Cass. 4.2.2009 n. 472, Ausilio.

fondata sulle fattispecie di pericolosità mafiosa; durante la discussione sull'ambito di operatività della c.d. legge Reale prima della riforma, infatti, parte della dottrina riteneva che le ragioni politico-criminali che avevano indotto all'introduzione delle misure ablative non dovevano sussistere per situazioni caratterizzate da pericolosità sociale generica¹¹.

Anche tenendo conto di questi giusti e condivisibili rilievi non può negarsi che l'applicazione delle misure patrimoniali a tutti i soggetti di pericolosità sociale comune risulta davvero discutibile e non perfettamente rispettosa del fondamentale principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., declinato nelle possibili differenziazioni di trattamento soltanto in presenza di adeguate ed apprezzabili ragioni che qui è difficile individuare.

Si conferma un sistema normativo non in linea con la vera *ratio* ispiratrice della confisca di prevenzione, divenuta un vero e proprio ideal-tipo legale delle confische allargate, perché costruita sulla ragionevole presunzione *iuris tantum* (a sua volta fondata, come tutte le presunzioni, sull'ordinario svolgimento degli accadimenti umani, in questo caso in relazione al mondo del crimine organizzato) che un soggetto professionalmente dedito alla commissione di delitti connessi al crimine organizzato, e quindi lucrosi, abbia potuto investire gli illeciti proventi via via accumulati nell'acquisto di beni poi risultati nella sua disponibilità e quindi da confiscare perché di accertata origine illecita¹².

In questa generalizzata estensione applicativa si scorgono perciò delle incongruenze rispetto alle ragioni giustificatrici delle misure patrimoniali, riconosciute e raccordate dalle fonti sovranazionali a forme di criminalità organizzata.

L'operatività delle misure patrimoniali nei confronti di destinatari di pericolosità sociale generica può invece finire per sanzionare anche manifestazioni di criminalità comune del tutto individuali e non collegate in alcun modo a sodalizi criminosi, magari consistite nella abituale dedizione a reati che nemmeno ordinariamente consentono guadagni illeciti (si pensi, a titolo esemplificativo, ad un soggetto gravato da numerosi precedenti penali per delitti di furto tentato *et similia*).

Quanto al profilo di criticità costituzionale, va rilevato che a fronte della suddetta estensione il legislatore non ha incluso tra i destinatari delle misure personali e patrimoniali soggetti indiziati di reati tipicamente produttivi di ricchezze illecite, ovverosia estorsione, sequestro di persona a scopo di estorsione, usura, ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro, beni o altre utilità di provenienza illecita.

Questi delitti, infatti, non rientrano tra quelli espressamente elencati nell'art.

¹¹ V. A.M. MAUGERI, *La riforma delle sanzioni patrimoniali: verso un'actio in rem?*, in O. MAZZA - F. VIGANÒ (a cura di), *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica (d.l. 23 maggio 2008, n. 92 conv. in legge 24 luglio 2008, n. 125)*, Torino 2008, 131.

¹² La stessa Corte europea dei diritti dell'uomo ha ravvisato la proporzionalità della ingerenza della confisca italiana di prevenzione antimafia nel diritto al godimento dei beni di proprietà, richiamando che tale strumento è un mezzo indispensabile per lottare contro le organizzazioni criminali mafiose, che grazie al loro smisurato potere economico possono mettere in pericolo lo Stato di diritto e non rinvenendo espressamente alcuna violazione di diritti individuali nella circostanza che la disciplina in tema di prevenzione autorizza la confisca sulla base di una presunzione (quella che i beni, rientranti nella disponibilità di una persona sospetta di appartenere ad un'organizzazione criminale, costituiscono dei profitti illeciti od il loro reimpiego) e ciò in quanto: ogni sistema giuridico conosce presunzioni di fatto o di diritto; la procedura prevista per addivenire alla confisca è scandita in tre gradi di giudizio e si svolge nel rispetto del contraddittorio e del diritto di difesa; la decisione è adottata non sulla base di sospetti o illazioni ma su di un'analisi condotta alla luce di una rigorosa indagine finanziaria (in tal senso, fra le altre, sono le sentenze Morabito c. Italia del 7 giugno 2005 e Bocellari e Rizza c. Italia del 28.10.2004).

51 co. 3-*bis* CPP, e dunque per essi le misure potranno disporsi soltanto in presenza di fatti contornati dall'aggravante di cui all'art. 7 del d.l. 152/1991, ovvero se dalla loro reiterazione possa comunque inferirsi l'abituale dedizione del proposto a traffici delittuosi.

L'applicabilità delle misure patrimoniali nei confronti dei destinatari di cui all'art. 1 del d.lgs. 159/2011 risulta ancor più sproporzionata se si tiene conto degli effetti ablatori rafforzati che possono generarsi per effetto dello "sganciamento" delle misure patrimoniali dalla misura personale disposto dall'art. 18 co. 1 del Codice, che riproducendo il testo dell'art. 10 co. 1 lett. c n. 2 della l. 125/2008 (come modificato dall'art. 2 co. 22 della l. 94/2009) così recita: «le misure di prevenzione personali e patrimoniali possono essere richieste e applicate disgiuntamente e, per le misure di prevenzione patrimoniali, indipendentemente dalla pericolosità sociale del soggetto proposto per la loro applicazione al momento della richiesta della misura di prevenzione».

Alla luce di tale norma è certo che può disporsi la confisca di beni anche nei confronti di un soggetto la cui pericolosità sociale, anche del tutto comune e manifestatasi in forma individuale, può ritenersi cessata al momento della presentazione della proposta per misure di prevenzione.

Ed allora più equilibrata e meglio elaborata risultava, in definitiva, la formula adottata dall'abrogato art. 14 della l. 55/1990, che per l'applicabilità delle misure patrimoniali faceva concorrente riferimento all'abituale dedizione ai traffici delittuosi derivanti da taluni specifici reati ordinariamente forieri di ricchezze illecite (segnatamente quelli già sopra menzionati di cui agli artt. 629, 630, 644, 648-*bis*¹³ e 648-*ter* Cp).

Infatti la combinazione di questi due aspetti, se da un lato aumenta il livello di tassatività delle misure di prevenzione agganciandole ad indizi per specifici reati, dall'altro presenta il pregio, laddove le ricorda comunque all'abituale dedizione a più generiche attività delittuose, di mantenerne viva la peculiarità di misure che debbono mantenere il carattere, almeno prevalentemente, *ante o praeter delictum*.

Nelle lettere *d*, *e*, *f*, *g* e *h* dell'art. 4 del d.lgs. 159/2011 si fa poi riferimento agli stessi soggetti già destinatari di misure di prevenzione in forza dell'abrogato art. 18 della l. 152/1975, come modificato dall'art. 7 co. 1 del d.l. 18.10.2001 n. 374, convertito, con modificazioni, nella l. 15.12.2001 n. 438, che già stabiliva che le disposizioni della l. 575/1965 si applicavano a coloro che avevano commesso dei reati con finalità di terrorismo anche internazionale.

In tali disposizioni si elencano quattro gruppi di tipologie delittuose, tutte afferenti a reati diretti a sovvertire l'ordinamento dello Stato o commessi con finalità di terrorismo anche internazionale, includendovi anche gli istigatori, i mandanti ed i finanziatori delle attività delittuose¹⁴.

¹³ Il valore strategico dei delitti di riciclaggio (nonché di autoriciclaggio) nella lotta contro la criminalità organizzata anche a livello internazionale è stato di recente sottolineato nella Risoluzione del Parlamento Europeo (che può leggersi sul sito della rivista Diritto penale contemporaneo, www.penalecontemporaneo.it) del 25 ottobre 2011 sulla criminalità organizzata nell'Unione Europea [2010/2039 (INIJ)]. Al punto J il riciclaggio (oggetto della raccomandazione 41) è stato indicato come "uno dei canali più insidiosi di contaminazione fra il lecito e l'illecito, un passaggio essenziale senza il quale il potere d'acquisto ottenuto con il crimine resterebbe solo potenziale, utilizzabile all'interno del circuito legale ma incapace di tradursi in vero potere economico.

¹⁴ In tema, E. Rosti, *Terrorismo internazionale: le nuove norme interne di prevenzione e repressione*, in *DPenPr* 2002, 150; Id., *Contro il finanziamento al terrorismo ratificata la convenzione. La responsabilità viene estesa alle persone giuridiche*, *ivi* 2003, 86.

L'ultimo comma dell'art. 18 l. 152/1975 (nel testo aggiunto dall'art. 14 co. 7 del d.l. 27.7.2005 n. 144, convertito, con modificazioni, nella l. 31.7.2005 n. 155) aveva poi previsto che le disposizioni di cui al primo comma (ovverosia quelle contenute nella l. 575/1965) e quelle dell'art. 22 della stessa l. 152/1975, potevano applicarsi alle persone fisiche e giuridiche segnalate al Comitato per le sanzioni delle Nazioni Unite o ad altro organismo internazionale competente per disporre il congelamento di fondi o di risorse economiche, «quando vi sono fondati elementi per ritenere che i fondi o le risorse possano essere dispersi, occultati o utilizzati per il finanziamento di organizzazioni o attività terroristiche, anche internazionali».

Quest'ultima previsione è stata letteralmente riprodotta nell'art. 16 co. 1 lett. *b*, e dunque i soggetti da ultimo menzionati ora figurano tra i destinatari anche delle misure patrimoniali.

Nella lett. *i* dell'art. 4 si indica quale ultima categoria di destinatari di misure di prevenzione personali le persone indiziate di aver agevolato gruppi o persone che hanno preso parte attiva, in più occasioni, alle manifestazioni di violenza di cui all'art. 6 della l. 13.12.1989 n. 401.

Nei confronti di questi ultimi soggetti è prevista una disciplina *ad hoc* per l'applicabilità delle misure patrimoniali nell'art. 16 co. 2 d.lgs. 159/2011, nel senso che la confisca può applicarsi relativamente ai beni, nella disponibilità dei medesimi soggetti, che possono agevolare, in qualsiasi modo, le attività di chi prende parte attiva a fatti di violenza in occasione o a causa di manifestazioni sportive, mentre il sequestro effettuato nel corso delle operazioni di polizia dirette alla prevenzione delle predette manifestazioni di violenza è convalidato a norma dell'art. 22 co. 2.

4. — L'art. 5 del d.lgs. 159/2011 prevede che nei confronti delle persone indicate all'art. 4 possano essere proposte dal questore, dal procuratore nazionale antimafia, dal procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo di distretto ove dimora la persona e dal direttore della Direzione investigativa antimafia, le misure della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza e dell'obbligo di soggiorno nel comune di residenza o di dimora abituale.

Tale disposizione riproduce, con le opportune modifiche (in particolare con la soppressione del riferimento — ormai superato, per quanto sopra detto — all'irrelevanza del mancato avviso orale), l'art. 2 della l. 575/1965 nel testo che da ultimo era stato sostituito dall'art. 10 co. 1 lett. *b*, del d.l. 92/2008, convertito, con modificazioni, nella l. 125/2008.

L'art. 17 co. 1 del d.lgs. 159/2011 in relazione alle misure patrimoniali ha attribuito il potere di proposta al procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo di distretto ove dimora la persona, al questore ed al direttore della Direzione investigativa antimafia, ma non anche al procuratore nazionale antimafia.

L'attribuzione al procuratore distrettuale della trattazione delle misure di prevenzione personali e patrimoniali indubbiamente soddisfa concrete e rilevanti esigenze investigative e rafforza l'imponente ed efficace sistema normativo in tema introdotto nel corso degli anni '90 del secolo scorso.

Appariva ormai non solo anacronistica ma persino paradossale la mancata concentrazione dei poteri di indagine e proposta delle misure di prevenzione al procuratore distrettuale competente per la trattazione dei procedimenti relativi ai reati indicati nell'art. 51 co. 3-*bis* CPP, avuto riguardo alla profonda incidenza della confisca dei patrimoni nell'azione di contrasto al crimine mafioso.

È sempre più diffuso il convincimento che per l'organizzazione mafiosa la confisca costituisca una "sanzione" più efficace della condanna penale. Ed in effetti le misure patrimoniali, specie quando hanno ad oggetto imprese, non solo sottraggono al sodalizio le risorse finanziarie illecitamente accumulate ma ne indeboliscono anche la capacità di controllare le attività economiche del territorio ove operano.

Non può, però, non rilevarsi che anche a seguito delle modifiche introdotte in relazione all'organo proponente questa esigenza di coordinamento e potenziamento dell'azione antimafia non ha trovato la più adeguata concretizzazione normativa.

Il potere di svolgere le indagini e richiedere le misure patrimoniali ed interdittive è stato infatti attribuito al procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo di distretto e non anche alla direzione distrettuale antimafia, le cui attribuzioni, già fissate dall'art. 70-*bis* dell'ordinamento giudiziario (r.d. 30.1.1941 n. 12), non sono state modificate ed espressamente estese alle misure di prevenzione.

Quest'ultima disposizione è stata espressamente abrogata dall'art. 120 co. 1 lett. *l* del d.lgs. 159/2011.

La mancata specifica attribuzione delle misure di prevenzione alle direzioni distrettuali antimafia le sottrae alla valutazione specialistica e mirata che tali apparati giudiziari posseggono in tema di criminalità organizzata.

La concorrente legittimazione ad agire conferita a ciascuno dei suddetti organi, è stata giustamente criticata dagli operatori per i difetti di coordinamento ed il rischio di indebite sovrapposizioni nell'esercizio dell'azione di prevenzione, specie patrimoniale, che possono scaturirne.

Discutibile risulta anche l'attribuzione al procuratore nazionale antimafia di un potere autonomo di proposta anziché del tipico potere di coordinamento e di impulso nei confronti dei procuratori distrettuali nell'ambito delle attività di cui all'art. 371-*bis* co. 2 e 3 CPP, vieppiù ove si consideri che il co. 1 di quest'ultimo articolo fa espresso riferimento (ciò per effetto della modifica apportatavi dall'art. 2 co. 1 lett. *b*, del d.l. 92/2008, convertito con modificazioni, nella l. 125/2008) ai procedimenti di prevenzione antimafia.

Ancor più ingiustificata, per la non comprensibile differenziazione di regime rispetto all'analogia ipotese dettata per le misure personali, risulta, poi, la mancata attribuzione al procuratore nazionale antimafia del potere di proposta delle misure patrimoniali, che dovrebbe quindi estendersi a tale organo con i temperamenti testé precisati.

Ai sensi dell'art. 5 co. 2 e dell'art. 17 co. 2 d.lgs. 159/2011, quando le misure personali e patrimoniali sono richieste nei confronti dei soggetti di pericolosità sociale generica di cui all'art. 4 co. 1 lett. *c*, le funzioni e le competenze spettanti al procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo di distretto sono attribuite al procuratore della Repubblica nel cui circondario dimora la persona; nei medesimi casi, nelle udienze relative ai procedimenti per l'applicazione delle misure di prevenzione le funzioni di pubblico ministero possono essere esercitate anche dal procuratore della Repubblica presso il tribunale competente.

Quest'ultima previsione (contenuta in entrambe le norme da ultimo citate) risulta pleonastica e foriera di possibili dubbi applicativi, del tutto inconsistenti a fronte della certa competenza esclusiva del procuratore della Repubblica del circondario per le misure nei confronti dei soggetti di pericolosità sociale comune.

5. — L'art. 6 del d.lgs. 159/2011 prevede al 1° comma che nei confronti delle persone indicate nel precedente art. 4, «quando siano pericolose per la sicurezza pubblica», può applicarsi, nei modi stabiliti negli articoli seguenti, la misura di prevenzione della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza.

Il precedente art. 5 co. 1, sempre in relazione alle persone indicate all'art. 4, stabilisce che possono proporsi nei confronti di costoro le misure di prevenzione della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza e dell'obbligo di soggiorno nel comune di residenza o dimora abituale.

Il vecchio art. 2 della l. 575/1965 del pari così da ultimo prevedeva, aggiungendo, però, che queste misure erano quelle «di cui al primo e al terzo comma dell'articolo 3» della l. 1423/1956, e successive modificazioni.

Tenuto conto della inclusione tra i destinatari delle misure personali dei soggetti (come innanzi detto) di pericolosità sociale generica *ex art. 4 co. 1 lett. c*, nonché valorizzando l'espreso riferimento alla sussistenza della pericolosità per la sicurezza pubblica, è chiaro che l'applicabilità della misura di prevenzione personale non può automaticamente trarsi da indizi di reità, ma, specie se desunti da isolati e risalenti delitti, impone una verifica sulla sussistenza e attualità della pericolosità sociale del proposto, che costituisce pur sempre il presupposto essenziale per l'irrogazione delle misure in esame.

In molti dei casi ora contemplati dall'art. 4 non sussistono, invero, i forti e convincenti argomenti, tanto di ordine letterale, quanto di logica criminale, già posti a base del meccanismo presuntivo elaborato dalla prevalente giurisprudenza di legittimità per gli indiziati di appartenenza al sodalizio mafioso.

Proprio in ragione della indifferenziata applicabilità delle misure personali a soggetti di pericolosità sociale generica o qualificata, *ex artt. 5 e 6*, nessun automatismo in termini di obbligatorietà può prospettarsi nemmeno in ordine alla irrogazione della misura aggiuntiva dell'obbligo di soggiorno nel comune di residenza o dimora abituale, nel senso che quest'ultima misura potrà disporsi soltanto nel caso di ritenuta inidoneità alla tutela della sicurezza pubblica della sorveglianza speciale semplice, cioè ai sensi del co. 3 dell'art. 6 in commento.

È stato poi specificato, con il co. 2 dello stesso art. 6, che la misura del divieto di soggiorno in uno o più comuni, diversi da quelli di residenza o di dimora abituale, o in una o più province, può aggiungersi ove le circostanze del caso lo richiedano, salvi, però, i casi di cui all'art. 4 co. 1 lett. *a e b*.

La disposizione è stata ben congegnata perché rende più esplicito il precetto già contenuto nel vecchio art. 2 co. 1 della l. 575/1965, laddove si stabiliva (come poco sopra detto) che nei confronti dei soggetti ora inquadrabili *ex art. 4 co. 1 lett. a e b* potevano proporsi soltanto le misure personali di cui al 1° e al 3° comma dell'art. 3 l. 1423/1956, e quindi non quella del divieto di soggiorno prevista nel co. 2 di quest'ultima disposizione.

6. — Nell'art. 7 del d.lgs. 159/2011 è contenuta la disciplina del procedimento applicativo delle misure personali, applicabile, in quanto compatibile, anche alle misure patrimoniali, cioè per effetto dell'espreso rinvio disposto nel successivo art. 23, co. 1.

Sul punto va sottolineato che la legge-delega, al co. 3 lett. *a*, numeri da 1 a 7, non ha fissato veri e propri principi direttivi per l'introduzione di un nuovo modello procedimentale per il giudizio di prevenzione, limitandosi piuttosto a richiamare la necessità di prevedere il diritto, per il solo proposto, di chiedere l'udienza pubblica in luogo della camera di consiglio (numero 6), e indicando la possibilità di prevedere l'audizione dell'interessato o dei testimoni mediante vi-

deconferenza ai sensi degli artt. 146-*bis* e 147-*bis* delle NCOORDCPP, di cui al d.lgs. 28.7.1989 n. 271, e successive modificazioni (numero 7).

Salva l'adozione di queste ultime specifiche indicazioni e di qualche piccola modifica alla previgente disciplina (nei termini poco appresso illustrati), in conformità sul punto alla legge delega, il nuovo Codice antimafia al co. 9 dell'articolo in esame si è limitato a prevedere che al procedimento di prevenzione si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni contenute nell'art. 666 CPP.

Il diritto a richiedere l'udienza pubblica è stato chiaramente recepito dalla sent. 93/2010 della Corte costituzionale, con la quale è stata dichiarata «l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 (Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità) e dell'art. 2-*ter* della legge 31 maggio 1965, n. 575 (Disposizioni contro la mafia), nella parte in cui non consentono che, *su istanza degli interessati*, il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione si svolga, davanti al tribunale e alla corte d'appello, nelle forme dell'udienza pubblica»¹⁵.

In ossequio a tale pronuncia si è giustamente previsto, al co. 1, terza parte, che il procedimento si svolge in udienza pubblica quando «l'interessato», e quindi non soltanto il proposto (come indicato nella legge-delega) ma uno degli intervenienti ammessi al giudizio, ne faccia richiesta.

Il giudizio di prevenzione, tanto personale quanto patrimoniale, al pari di quanto già si verificava per effetto del combinato disposto dei vecchi artt. 4 (co. 6) e 11 l. 1423/1956, 2-*ter* co. 1 e 5 l. 575/1965, continuerà, quindi, a svolgersi secondo le regole dei procedimenti in camera di consiglio, con l'intervento del pubblico ministero e dell'interessato, ed osservando, in quanto applicabili, le disposizioni dettate dal codice di procedura penale per il procedimento di esecuzione (il citato art. 4 co. 6 della l. 1423/1956 faceva già rinvio agli artt. 636 e 637 del codice di procedura penale del 1930, poi trasfusi nell'art. 678 dell'attuale codice di rito e quindi, stante l'espresso rinvio disposto dal co. 1 di tale articolo, al procedimento di esecuzione, la disciplina applicabile era quella di cui all'art. 666 CPP).

E dunque deve procedersi in udienza nel rispetto del contraddittorio se occorre assumere prove, *ex art.* 666 co. 5 CPP.

In forza dell'art. 185 NATTCPP a tale assunzione potrebbe procedersi, «senza particolari formalità», anche in ordine all'esame di testimoni e all'espletamento di perizia, evenienza eccezionale la prima e frequente la seconda nel diritto vivente dei procedimenti di prevenzione patrimoniale.

Parti necessarie ne sono tuttora, *ex art.* 7 co. 4, il difensore ed il pubblico ministero, mentre gli altri destinatari dell'avviso d'udienza «sono sentiti se compaiono».

Alcune garanzie difensive sono state previste per l'interessato (anche qui da intendersi come il proposto e gli intervenienti ove ammessi al giudizio) ma anche in questo caso si è dinanzi ad apparenti e non significative novità.

Costui, infatti: se detenuto o internato in luogo posto fuori dalla circoscrizione del giudice e ne fa tempestiva richiesta, deve essere sentito prima del giorno dell'udienza, dal magistrato di sorveglianza del luogo, con la possibilità di di-

¹⁵ La sentenza è analizzata da F. SAVINO, *Misure di prevenzione e pubblicità processuale: la Corte costituzionale dice sì*, in *LP* 2010, 533 ss.; per un'accurata individuazione degli effetti di tale pronuncia sul procedimento di prevenzione, cfr. altresì F. LICATA, *Il rito camerale di prevenzione di fronte ai diritti fondamentali*, in *GCos* 2010, 1077 ss.

sporne da parte del presidente del collegio, ove siano disponibili strumenti tecnici idonei, l'audizione mediante collegamento audiovisivo ai sensi dell'articolo 146 *bis* co. 3, 4, 5, 6 e 7 NATT CPP (co. 4, terza e quarta parte); se sussiste un suo legittimo impedimento l'udienza è rinviata nel caso in cui il medesimo ha chiesto di essere sentito personalmente e non è detenuto o internato in luogo diverso da quello in cui ha sede il giudice (co. 5)¹⁶.

Va invece favorevolmente valutato il possibile esame a distanza dei «testimoni», nei casi e nei modi indicati dall'art. 147-*bis* NATT CPP, e dunque anche delle persone che collaborano con la giustizia, previsto dal co. 8 dell'art. 7 del codice antimafia.

In assenza di questa specifica disposizione non poteva in precedenza disporsi l'esame a distanza con il sistema della videoconferenza, non potendosi applicare, in ragione della sua eccezionalità, come affermato dalla giurisprudenza di legittimità¹⁷, la disciplina dettata per il dibattimento penale dagli artt. 146-*bis*, 147 e 147-*bis* NATT CPP.

Questo esame non va disposto al fine di rendere utilizzabili per la decisione sulla confisca le dichiarazioni contenute nei verbali di interrogatorio in atti già acquisiti (non vigendo nel giudizio di prevenzione le regole in merito dettate dal codice di rito per il giudizio penale), quanto piuttosto al fine di approfondire gli aspetti patrimoniali delle vicende già narrate dal collaborante, atteso che ordinariamente le dichiarazioni dallo stesso rese sono state raccolte nell'ambito della indagine penale parallelamente iniziata nei confronti del proposto e contengono essenzialmente dati afferenti ai singoli delitti oggetto del giudizio penale più che circostanze di stretto interesse patrimoniale. Ai collaboranti possono altresì richiedersi informazioni sul conto dei terzi intervenienti nel procedimento e le eventuali precisazioni in merito fornite possono assumere valenza decisiva, specie in relazione a quegli intervenienti non legati da alcun vincolo di parentela o affinità con il proposto.

La disciplina sopra richiamata sull'interessato al procedimento di prevenzione nella sostanza ricalca quella contenuta nell'art. 666 co. 4 CPP, posto che anche in tale disposizione è previsto che l'interessato che ne faccia richiesta è sentito personalmente; tuttavia, se detenuto o internato in luogo posto fuori dalla circoscrizione del giudice, è sentito prima del giorno dell'udienza, dal magistrato di sorveglianza del luogo, con la possibilità (soltanto ivi prevista e non più estensibile al procedimento di prevenzione stante la specifica disciplina di cui si è detto) da parte del giudice di disporre la traduzione.

Applicandosi per il resto al procedimento di prevenzione le disposizioni dettate per il procedimento di esecuzione penale, il difensore del proposto è sì parte necessaria ma, secondo la prevalente giurisprudenza di legittimità, non nei termi-

¹⁶ Di fatto è stata recepita la rilevanza dell'impedimento nei medesimi termini già fissati dalla giurisprudenza di legittimità: Cass. 4.12.2007, Rv. 238712, aveva infatti affermato che «in tema di procedimento di prevenzione, l'udienza può essere rinviata per legittimo impedimento a comparire del prevenuto soltanto qualora questi abbia manifestato la volontà di essere presente e di essere sentito personalmente».

¹⁷ Il riferimento è a Cass. 8.2.2000, Rv. 216409, che in relazione ad un proposto per misure di prevenzione che aveva partecipato al procedimento a distanza tramite videoconferenza ha ravvisato la nullità assoluta *ex* art. 178 co. 1 lett. c CPP, rilevando che la normativa prevista dall'art. 146-*bis* NATT CPP si applica solo ai dibattimenti ed ai procedimenti camerali di cui all'art. 45-*bis* NATT CPP, e dunque non è estensibile a tutti gli altri procedimenti, come quello di prevenzione, che non abbia ad oggetto l'accertamento di un reato rientrante nel catalogo di quelli richiamati dall'art. 51 co. 3-*bis* CPP.

ni di cui all'art. 420-ter CPP, di tal ch  continuer  a non rilevare il suo legittimo impedimento a comparire.

L'art. 420-ter CPP, infatti, operante nell'ambito dell'udienza preliminare e richiamato per il dibattimento dall'art. 484 co. 2-bis CPP, nulla statuisce per i procedimenti camerali in conformit  del carattere discrezionale delle scelte legislative concernenti i diversi livelli di garanzie difensive da assicurare nelle varie procedure¹⁸.

Pur non potendosi in questa sede tracciare tutti i lineamenti di un "giusto" procedimento di prevenzione¹⁹, allineato ai princip  fissati nell'art. 111 Cost. co. 1 e 2, e salva l'inapplicabilit  delle specifiche regole dettate per il processo penale dai commi 3, 4 e 5, non ci si pu  esimere da osservare che, quantomeno in relazione alle misure afferenti a compendi patrimoniali rilevanti, risulta inadeguata l'applicabilit  delle disposizioni sul procedimento penale di esecuzione ad un procedimento che, al contrario,   di piena cognizione su un oggetto, peraltro, di valenza costituzionale quale la verifica sulla legittima provenienza dei beni²⁰.

La limitata considerazione dell'importanza degli interessi in gioco e della conseguente complessit  di accertamento traluce gi  nella pedissequa riproduzione del velleitario ed ordinatorio termine di trenta giorni dalla proposta entro cui il tribunale dovrebbe provvedere, previsto dal co. 1, prima parte, dell'art. 7 cit.

Negli stessi *considerata* in diritto contenuti nella sentenza della Corte Costituzionale, poco sopra citata, si rinvergono argomenti a sostegno della opportunit  di conformare un diverso e pi  articolato modello per un "giusto" processo al patrimonio. Vi si rileva, in particolare, che «le osservazioni della Corte di Strasburgo colgono, d'altro canto, le specifiche peculiarit  del procedimento di prevenzione, che valgono a differenziarlo da un complesso di altre procedure camerali. Si tratta, cio , di un procedimento all'esito del quale il giudice   chiamato ad esprimere un giudizio di merito, idoneo ad incidere in modo diretto, definitivo e sostanziale su beni dell'individuo costituzionalmente tutelati, quali la libert  personale (art. 13, co. 1, Cost.) e il patrimonio (quest'ultimo, tra l'altro, aggredito in modo normalmente "massiccio" e in componenti di particolare rilievo, come del resto nel procedimento *a quo*), nonch  la stessa libert  di iniziativa economica, incisa dalle misure anche gravemente "inabilitanti" previste a carico del soggetto cui   applicata la misura di prevenzione (in particolare, dall'art. 10 della legge n. 575 del 1965)».

Pu  concludersi sul punto aggiungendo che il modello da conformare per il giudizio di prevenzione non dovrebbe integralmente riprodurre quello del processo penale di cognizione, in ragione della indiscussa autonomia del procedimento di prevenzione rispetto a quello penale, derivante dalla diversit  di oggetto e funzione dei due giudizi (la pericolosit  sociale desunta dall'esame globale della personalit  del soggetto, da un lato, e la responsabilit  penale per un singolo fatto di reato, dall'altro)²¹, e considerato che in ragione del meccanismo di semplifi-

¹⁸ Cos , Cass. 13.3.2002, Rv. 222236, relativa ai procedimenti di esecuzione e di sorveglianza; nello stesso senso, con specifico riferimento al procedimento di prevenzione, Cass. 6.7.2000, Rv. 216916.

¹⁹ In tema vedasi A. MANGIONE, *Le misure di prevenzione anti-mafia al vaglio dei princip  del giusto processo: riflettendo sull'art. 111 Cost.*, in F. CASSANO (a cura di), *Le misure di prevenzione patrimoniali dopo il "Pacchetto Sicurezza"*, Roma 2009, 7.

²⁰ Per una puntuale ricognizione delle verifiche di costituzionalit  sul sistema delle misure di prevenzione vedasi A.M. MAUGERI, *Profili di legittimit  costituzionale delle sanzioni patrimoniali (prima e dopo la riforma introdotta dal decr. n. 92/08: la giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Suprema Corte*, in F. CASSANO (a cura di), *Le misure di prevenzione patrimoniali*, cit., 39.

²¹ In argomento, E. D'ANGELO - A. SCAGLIONE, *Processo penale per il delitto di associazione di tipo*

cazione probatoria il giudizio in questione è accostabile più a quello civile di cognizione che non a quello penale²².

7. — Con l'art. 8 co. 3 e 4 del d.lgs. 159/2011 sono state apportate delle modifiche alle corrispondenti disposizioni contenute nell'art. 5 co. 2 e 3 della l. 1423/1956, in tema di prescrizioni legalmente connesse alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza.

Al riguardo la legge delega del 2010 non conteneva alcuna specifica direttiva.

Sono stati a buona ragione soppressi i riferimenti ottocenteschi all'ozioso, al vagabondo, ai «sospetti» di vivere con il provento di reati (sostituiti con gli «indizi»), nonché alle osterie, alle bettole ed alle case di prostituzione.

È stata eliminata la precedente prescrizione «di non dare ragione di sospetti», che allora si accompagnava a quelle tuttora mantenute di «vivere onestamente» e di «rispettare le leggi».

Per effetto della integrale abrogazione della l. 1423/1956 (*ex art. 120 citato*) il testo dell'art. 9 di quest'ultima legge, che disciplinava i reati per violazione degli obblighi inerenti alla sorveglianza speciale, è stato ora integralmente trasfuso nell'art. 75 del d.lgs. 159/2011.

Il catalogo ed il contenuto delle prescrizioni, con le suddette eccezioni, è rimasto quindi immutato e permane essenzialmente incentrato, oltre che sul divieto di abituale associazione con pregiudicati, sottoposti a misure di prevenzione o di sicurezza, sulle limitazioni alla libertà di circolazione che derivano dalla imposizione al sottoposto di un regime di orario di uscita e rientro a casa.

Nell'era delle comunicazioni telefoniche e telematiche queste ultime prescrizioni risultano scarsamente funzionali allo scopo di arginare la pericolosità sociale del prevenuto e potevano quindi elaborarsene di nuove.

A ciò la giurisprudenza potrebbe però supplire imponendo tutte quelle «pre-

mafioso e nuove misure di carattere patrimoniale, in GP 1983, 601; G. TESSITORE, *Spunti di riflessione sui rapporti tra processo penale e procedimento di prevenzione nella nuova legge antimafia*, in FI 1984, V, 254; F. GIANFROTTA, *Le misure di prevenzione previste dalle leggi antimafia*, in QuadCSM 1998, 37; A. GIALANELLA, *Rapporti tra il processo penale ed il procedimento di prevenzione. L'onere probatorio e l'attività difensiva nel procedimento di prevenzione*, *ibidem*, 189.

²² Le peculiarità del procedimento di prevenzione, sia sul terreno processuale che dei presupposti sostanziali, rispetto al processo penale ed al procedimento per l'applicazione di misure di sicurezza, sono state di recente richiamate dalla Corte costituzionale, che con sent. 21/2012, dichiarando inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 2-ter, co. 11, della l. 575/1965, sollevata, in riferimento all'art. 24, co. 1, Cost. dal Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, nonché non fondata altra questione sollevata dallo stesso tribunale, in riferimento agli artt. 24, comma 2, e 111 Cost., non ha mancato di rilevare, fra l'altro, che «le profonde differenze, di procedimento e di sostanza, tra le due sedi, penale e di prevenzione (ordinanza n. 275 del 1996) e le peculiarità di quest'ultima, particolarmente significative quando, come nel caso della confisca, la sede sia funzionale all'applicazione di misure destinate ad incidere non già sulla libertà personale della parte, ma sul suo patrimonio, in uno con la considerazione della *ratio* dell'istituto, confermano l'infondatezza della questione, incentrata sull'assunto — valido per il processo penale — che la «presenza fisica» del «soggetto nei confronti del quale [la confisca] potrebbe essere disposta» (o almeno la sua «possibilità astratta di partecipare») sia condizione ineludibile di conformità del procedimento per l'applicazione della misura patrimoniale ai parametri costituzionali evocati dal rittenente». La pronuncia — sintetizzata *retro*, 165 s., in una nota di L(ucia) L(eoncini) — può altresì leggersi sul sito della rivista *Diritto penale contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it cit., con nota di F. MENDITTO, *La confisca di prevenzione nei confronti del "morto"*. *Un non liquet della Corte Costituzionale, con rinvio a interpretazioni costituzionalmente orientate*.

scrizioni che ravvisi necessarie, avuto riguardo alle esigenze di difesa sociale», ex co. 5, prima parte.

Il co. 5, parte seconda, dell'art. 8 prevede, poi, che in aggiunta alle prescrizioni legali può imporsi, in particolare, la misura del divieto di soggiorno in uno o più Comuni, o in una o più Province, al pari di quanto stabiliva il co. 4 dell'art. 5 della l. 1423/1956.

Si è dinanzi ad un difetto di coordinamento fra la previgente e la nuova normativa derivante dalla mera riproduzione nella seconda dei vecchi precetti della prima.

Ed infatti tale disposizione non può applicarsi alla lettera ma va letta congiuntamente a quella contenuta nell'art. 6, che al co. 2, come innanzi già osservato, esclude l'applicabilità della misura in questione nei confronti dei soggetti di più spiccata pericolosità sociale indicati all'art. 4 co. 1 lett. *a* e *b*.

8. — La delicata materia delle indagini patrimoniali è contenuta nell'art. 19 del d.lgs. 159/2011²³.

Tale disposizione riproduce integralmente il testo dell'art. 2-*bis* della l. 575/1965, con talune limitate modifiche inerenti unicamente ai mutati soggetti titolari del potere di indagine, che ora sono quelli indicati all'art. 17 co. 1 e 2.

Avvalendosi della guardia di finanza o della polizia giudiziaria si può procedere ad indagini sul tenore di vita, sulle disponibilità finanziarie, sul patrimonio e sull'attività economica facente capo alle persone proponibili per misure di prevenzione ai sensi dell'art. 16, accertando, in particolare, se dette persone siano titolari di licenze, autorizzazioni, concessioni, abilitazioni all'esercizio di attività imprenditoriali e commerciali, comprese le iscrizioni ad albi professionali e pubblici registri, se beneficiano di erogazioni comunque denominate, concesse o erogate da parte dello Stato, degli enti pubblici o della Unione europea.

Tali indagini possono effettuarsi anche nei confronti del coniuge, dei figli e di coloro che nell'ultimo quinquennio hanno convissuto con i soggetti per i quali può esser proposta la misura di prevenzione nonché nei confronti delle persone fisiche o giuridiche, società, consorzi, associazioni del cui patrimonio i soggetti medesimi risultano poter disporre in tutto o in parte, direttamente o indirettamente²⁴.

La mancata previsione di nuovi strumenti di indagine patrimoniale — quali, a titolo esemplificativo, specifiche intercettazioni *ad hoc* concepite per le misure di prevenzione patrimoniali — potrebbe indebolire l'azione di contrasto specie nei confronti delle più nuove ed insidiose forme di criminalità d'impresa collusomafiosa.

²³ In tema, R. SCARPINATO, *Le indagini patrimoniali*, in F. CASSANO (a cura di), *Le misure di prevenzione patrimoniali dopo il "Pacchetto Sicurezza"*, Roma 2009, 231.

²⁴ L'ultimo comma dell'articolo in esame prevede che possano richiedersi ad ogni ufficio della pubblica amministrazione, ad ogni ente creditizio nonché alle imprese, società ed enti di ogni tipo, informazioni e copia della documentazione ritenuta utile ai fini delle indagini nei confronti dei soggetti indicati nei commi precedenti. All'esito di tale ricerca, previa autorizzazione del procuratore della Repubblica o del giudice procedente, può procedersi al sequestro della documentazione con le modalità di cui agli artt. 253, 254 e 255 CPP. Quanto al giudice procedente, si tratta del tribunale competente all'adozione delle misure di prevenzione. Dal tenore della disposizione questa forma di sequestro probatorio parrebbe limitata alla documentazione di tal ché nel caso di titoli, valori, somme depositate in conti correnti bancari, anche se contenuti in cassette di sicurezza (ipotesi contemplata dall'art. 255 CPP), il sequestro dovrebbe poi richiedersi e disporsi ex art. 20 d.lgs. 159/2011.

In questa direzione muoveva la stessa direttiva sia pure genericamente fissata nella legge-delega del 2010, laddove all'art. 1 co. 3 lett. a n. 5 si è prevista la «possibilità di svolgere indagini patrimoniali dirette a svelare fittizie intestazioni o trasferimenti dei patrimoni o dei singoli beni».

Va infatti considerato che nel contesto dell'imprenditoria mafiosa le imprese, tanto individuali quanto societarie, sono ormai sempre più di rado formalmente intestate a parenti o affini del proposto per misure di prevenzione²⁵, di tal che non potrà in tal caso più concretamente operare il meccanismo di semplificazione probatoria in passato elaborato dalla giurisprudenza di legittimità proprio desumendolo dal testo del citato art. 2-bis.

Nella disponibilità rientrano una gamma di ipotesi diversificate, che (a titolo meramente esemplificativo) vanno dal diritto di proprietà a situazioni di intestazione fittizia ad un terzo soggetto in virtù di un contratto simulato o fiduciario, fino a situazioni di fatto, basate su una posizione di mera soggezione in cui si trovi il terzo titolare del bene nei confronti del sottoposto alla misura di prevenzione²⁶.

Secondo una condivisibile giurisprudenza di legittimità l'indiretta disponibilità deve accertarsi con indagine rigorosa, intensa ed approfondita, avendo il giudice l'obbligo di spiegare le ragioni della ritenuta interposizione fittizia sulla base non di sole circostanze sintomatiche di spessore indiziario, ma di elementi fattuali connotati dai requisiti della gravità, precisione e concordanza, ed idonei, pertanto, a costituire prova indiretta dell'assunto che si tende a dimostrare²⁷.

Che in relazione alla indiretta disponibilità sul bene non possa ragionarsi in termini di ragionevole probabilità ma occorra un accertamento probatorio pieno, è reso palese dalla stessa terminologia impiegata dal legislatore, che non a caso già nel vecchio art. 2-ter co. 2, prima parte (così come nel testo dell'art. 2-bis co. 3) l. 575/1965, ed ora nell'art. 20 co. 1, impiega il termine «risulta», anziché le espressioni con le quali solitamente evoca l'inferenza probabilistica (il «motivo di ritenere» i beni, frutto o reimpiego di attività illecite sulla base di «sufficienti indizi», di cui fa menzione per il sequestro il citato art. 20).

L'indiretta disponibilità, in capo al proposto, su di un certo bene può quindi affermarsi soltanto allorquando risulti dimostrato che il bene, al di là delle apparenze, non è in effetti soggetto alla signoria del terzo intestatario, privato delle facoltà di pieno ed esclusivo godimento e di giuridica disposizione che connotano il diritto di proprietà.

Questo maggior rigore probatorio è però stato ritenuto in prevalenza vigente soltanto in relazione al terzo intestatario del bene non legato da alcun rapporto di parentela o di convivenza con il proposto.

In presenza di questi stretti legami l'indiretta disponibilità sui beni in capo al proposto è stata desunta, infatti, presuntivamente (con una presunzione *iuris tantum*, vincibile da prova contraria), proprio dal testo dell'art. 2-bis co. 3, che

²⁵ Quanto testé evidenziato si verificherà sempre più in relazione alle imprese produttive di beni e servizi ad alto contenuto tecnologico con le quali i sodalizi di tipo mafioso vorranno intrattenere delle cointeressenze. Ed invero il buon andamento di siffatte imprese discende da modalità ottimali di esercizio del ciclo aziendale, tanto in ordine alla componente interna dei lavoratori, dirigenti ed amministratori, quanto anche in relazione ai fornitori delle materie prime lavorate. La loro esistenza in vita sarebbe, perciò, difficilmente compatibile con le modalità tipiche di esercizio mafioso dell'impresa, caratterizzate dalla gestione mediante parenti e/o affini e dall'imposizione di lavoratori e fornitori comunque vicini al sodalizio.

²⁶ Così, Cass. 17.3.2000 n. 1520, Cannella.

²⁷ In termini, Cass. 10.11.1997 n. 6279, Faraone ed altri.

considerava separatamente gli stretti congiunti ed i conviventi nell'ultimo quinquennio rispetto a tutte le altre persone, fisiche o giuridiche, della cui interposizione fittizia dovevano risultare gli elementi di prova²⁸.

La necessità di più affinati e specifici strumenti di indagine patrimoniale nei confronti delle imprese discende da un ulteriore presupposto per la confiscabilità dei beni.

L'art. 24 co. 1, nel fissare i presupposti per la confisca dei beni, stabilisce, fra l'altro, che possono essere confiscati, in assenza di giustificazioni sulla legittima provenienza, soltanto i beni «che risultino» frutto di attività illecite o che ne costituiscano il reimpiego²⁹.

In dottrina è stato a buona ragione prospettato che l'utilizzo dell'espressione «risultino», «sembra indicare che deve essere accertata l'origine illecita, richiedendo per lo meno la prova indiziaria ex art. 192 CPP (indizi gravi, precisi, concordanti); ciò non vuol dire che deve essere fornita la prova del nesso causale tra uno specifico bene e un determinato reato e, quindi, la prova dei crimini dai quali derivino i profitti, ma soltanto che l'accusa faccia emergere una serie di circostanze concrete (tali da fondare una prova indiziaria) da cui emerga l'origine illecita e la mancanza di una giustificazione alternativa»³⁰.

Ed in effetti, al di là dell'ambiguità e della relativa indeterminazione concettuale del termine «risultino», meno appropriato e definito rispetto ai gravi indizi o alla prova indiziaria previsti dal codice di rito ai fini della emissione di misure cautelari o dell'affermazione della penale responsabilità, è certo che ai fini della confisca di prevenzione non è più bastevole la sufficienza indiziaria in ordine alla derivazione dei beni da attività illecite.

A ritenere il contrario si rende priva di senso l'autonoma previsione della confisca rispetto al sequestro e si trascura di considerare che in riferimento alla indiretta disponibilità dei beni la consolidata giurisprudenza di legittimità ha interpretato la stessa espressione, «risulta poter disporre», in chiave di prova indiziaria, come già sopra riportato.

D'altra parte, l'innalzamento dello standard probatorio richiesto per la confisca trova una ragionevole giustificazione nel contestuale sganciamento della misura patrimoniale da quella personale, nel senso che il legislatore, affermata la non decisività della pericolosità sociale attuale del proposto, ha verosimilmente avvertito la necessità di meglio circoscrivere l'effetto ablatorio, onde evitarne una illimitata estensione in mancanza di una più salda piattaforma probatoria sulla origine illecita dei beni sequestrati, e salva comunque l'operatività, pur in difetto del nesso di pertinenzialità, del distinto requisito della sproporzione, che deve a propria volta «risultare».

Ora, quanto testé rilevato si rifletterà, soprattutto, sulla confisca delle imprese, nel senso che la loro integrale derivazione da attività illecite, e la conseguente confisca totalitaria degli interi complessi aziendali, dovrà basarsi sulla sussistenza di gravi indizi in ordine al rilevante apporto arrecato dal vincolo associativo di tipo mafioso alla produzione dell'avviamento aziendale, in specie alla nascita e/o

²⁸ In tal senso, *ex plurimis*, Cass. 10.2.1997 n. 4916, Liso.

²⁹ In proposito va rimarcata la difformità di tale previsione rispetto a quella non modificata di cui all'art. 34 co. 7 d.lgs. 159/2011, che in relazione alla confisca adottata all'esito della misura dell'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche si riferisce, invece, al «motivo di ritenere».

³⁰ Così, A.M. MAUGERI, *op. cit.*, 25.

all'espansione dell'impresa, o alla sua repentina ed ingiustificata ripresa a seguito di uno stato di crisi aziendale.

Il tema delle indagini è peraltro connesso ad un altro cruciale aspetto, anch'esso oggetto di una espressa direttiva contenuta nella citata legge delega (all'art. 1 co. 3 lett. *b* n. 1), ovverosia la confiscabilità «dei beni in ogni tempo, anche se i beni sono stati trasferiti o intestati fittiziamente ad altri».

Al riguardo va evidenziato che nell'art. 26 d.lgs. 159/2011 (recepandola dall'ultimo comma dell'art. 2-ter l. 575/1965, nel testo aggiunto dall'art.10 lett. *d* n. 4 della l. 125/2008) è stata introdotta una presunzione *iuris tantum*, vincibile dunque da prova contraria, di fittizia intestazione o trasferimento dei beni a terzi, sanzionata con la nullità dei relativi atti dispositivi, da dichiararsi con il decreto che dispone la confisca, così diversamente operante: per i trasferimenti e le intestazioni, anche a titolo oneroso, effettuati nei due anni antecedenti la proposta della misura di prevenzione nei confronti dell'ascendente, del discendente, del coniuge o della persona stabilmente convivente, nonché dei parenti entro il sesto grado e degli affini entro il quarto grado; per i trasferimenti e le intestazioni, a titolo gratuito o fiduciario, effettuati nei due anni antecedenti la proposta della misura di prevenzione. In ordine a quest'ultima serie di atti non è stata fissata alcuna distinzione soggettiva e dunque per gli stessi la presunzione può riferirsi anche ai terzi.

Ebbene, l'espressa fissazione di un termine di efficacia della suddetta presunzione legale (il biennio antecedente la proposta per misure di prevenzione) potrebbe indurre a ritenere che al di fuori di tale limite non sarebbe più consentita alcuna inferenza, fermo restando che nei confronti dei soggetti indicati nell'art. 19, peraltro non coincidenti con quelli menzionati nell'art. 26, dovrebbero continuare a svolgersi senza alcun limite temporale le indagini patrimoniali, al fine di verificare, fra l'altro, l'intestazione e l'epoca dell'acquisto dei beni.

La questione meritava un'opera di più attenta armonizzazione tra le citate norme, per l'incidenza determinante che il tema della disponibilità indiretta inevitabilmente spiega sulla confiscabilità dei beni in ogni tempo.

9. — L'art. 20 co. 2 del d.lgs. 159/2011 stabilisce che il sequestro è revocato dal tribunale «quando è respinta la proposta di applicazione della misura di prevenzione o quando risulta che esso ha per oggetto beni di legittima provenienza o dei quali l'indiziato non poteva disporre direttamente o indirettamente».

In tale disposizione è stato integralmente riprodotto il vecchio testo dell'art. 2-ter co. 4 della l. 575/1965, norma tutta permeata dal nesso di interdipendenza tra misure personali e misure patrimoniali.

Una distratta lettura della norma in esame potrebbe indurre a ritenere che dovrebbe revocarsi il sequestro dei beni nel caso in cui, pur a fronte dell'accertamento della pericolosità sociale, e del conseguente inquadramento del proposto tra i destinatari delle misure, venga rigettata la proposta di applicazione della misura di prevenzione personale per la ritenuta cessazione della pericolosità sociale.

Senonché, per effetto del completo "sganciamento" della misura patrimoniale da quella personale³¹, confermato con l'art. 18 del d.lgs. 159/2011, dal

³¹ In dottrina questo sganciamento era stato da tempo sostenuto, sia per sottrarre le misure patrimoniali alle censure di incostituzionalità tradizionalmente mosse alle personali, sia per le diversità di accertamento e procedurali tra le due tipologie di misure; in argomento, E. GALLO, *Misure di prevenzione*, in *EG, App*, XX, 1996, 15; G. CORSO, *L'ordine pubblico*, cit., 259 ss.; G. FIANDACA, *Commento a sent. T. Palermo*, 8.10.1983, in *FI* 1983, II, 529; A. GIALANELLA, *I patrimoni di mafia: la prova, il sequestro, la confisca*, le

rigetto della proposta di misura personale non consegue necessariamente il rigetto della proposta di confisca e la revoca del sequestro dei beni.

D'altra parte, anche ad intendere il rigetto come riferibile alla proposta di misura patrimoniale (e ciò in contrasto con la lettera complessiva della disposizione da cui la norma in esame deriva, e cioè il vecchio testo dell'art. 2-ter, che laddove menzionava «la proposta di applicazione della misura di prevenzione» chiaramente si riferiva a quella personale) la disposizione in parola risulta del tutto pleonastica posto che sono già ivi contemplati i casi propri di revoca del sequestro derivanti dalla mancanza dei presupposti per la confisca dei beni, ovverosia la giustificazione della legittima provenienza e la mancanza di disponibilità in capo al proposto (a ben vedere per logica giuridica si sarebbe dovuto menzionare per primo il presupposto citato per secondo).

Nel senso qui indicato si è espressa la proposta correttiva n. 4, formulata dall'Osservatorio nazionale su confisca, amministrazione e destinazione dei beni e delle aziende, di cui si è sopra detto.

10. — Con l'art. 23 co. 2 e 4 del d.lgs. 159/2011, sono stati individuati quali soggetti che debbono essere chiamati dal tribunale ad intervenire nel procedimento di prevenzione nei trenta giorni successivi all'esecuzione del sequestro, i titolari dei seguenti diritti: proprietari o comproprietari dei beni sequestrati; titolari di diritti reali o personali di godimento.

Nel successivo art. 52 è stata poi dettata una disciplina specifica di tutela per i titolari di questi ultimi diritti, nel senso che dinanzi a “veri” diritti reali o personali di godimento il co. 4 prevede, nel caso di confisca definitiva, lo scioglimento dei contratti aventi ad oggetto un diritto personale di godimento, nonché l'estinzione dei diritti reali di godimento sui beni sequestrati; è quindi previsto che in prededuzione spetti ai suddetti titolari un equo indennizzo commisurato alla durata residua del contratto.

Benché sul punto sia stata concretizzata la direttiva contenuta all'art. 1 co. 3 lett. f n. 3.1 della legge-delega del 2010, davvero non si comprende la ragione della previsione dell'intervento nel procedimento di prevenzione dei titolari di diritti personali di godimento, posto che si tratta di diritti non incompatibili (come si verifica per la piena proprietà o la comproprietà) né comunque incidenti (come nel caso dei diritti reali di godimento ed anche di garanzia) sulla pretesa ablatoria dello Stato; la chiamata d'ufficio mal si accorda con la possibilità di una successione dell'amministratore giudiziario (previa autorizzazione del giudice delegato) nei contratti di locazione o di comodato in cui trovano fonte tali diritti, di tal che l'intervento andava comunque limitato al caso della risoluzione di tali contratti.

L'art. 56 del d.lgs. 159/2011, sotto la rubrica «Rapporti pendenti», prevede, infatti, la sospensione della esecuzione ancora in corso dei contratti ad effetti obbligatori (o reali) afferenti al bene o all'azienda sequestrata fino a quando l'amministratore giudiziario, previa autorizzazione del giudice delegato, dichiara di succedere nel contratto ovvero di risolverlo; il terzo contraente può mettere in mora l'amministratore richiedendo al giudice delegato l'assegnazione di un termine non superiore a 60 giorni decorso il quale si verifica la risoluzione del contratto; se dalla sospensione può derivare «un danno grave al bene o all'azienda» il giudice delegato «autorizza» entro 30 giorni dalla esecuzione del sequestro

garanzie, Napoli 1998, 174; P. CELENTANO, *La nuova ipotesi particolare di confisca obbligatoria*, in *RPEC* 1994, 310.

la provvisoria esecuzione dei rapporti pendenti, che diviene poi inefficace a seguito della scelta operata dall'amministratore giudiziario.

Nel caso di scioglimento del contratto il contraente può far valere nel passivo il «diritto conseguente al mancato adempimento secondo le disposizioni previste al Capo II del presente titolo». E dunque nella sede naturale della gestione giudiziale, peraltro scelta per i restanti creditori, il diritto personale di godimento riceve già una piena tutela.

Ma ancor più paradossale risulta il fatto che nel procedimento di prevenzione sono chiamati ad intervenire i titolari di diritti personali di godimento e non anche i titolari di diritti reali di garanzia, e cioè proprio quei soggetti per i quali era stata più volte segnalata l'esistenza di un vuoto normativo di tutela ed elaborata una giurisprudenza per colmarlo.

Una consolidata giurisprudenza penale di legittimità, in tema di confisca *ex art. 2-ter* l. 575/1965, si è più volte espressa per l'ammissibilità dell'incidente di esecuzione proposto innanzi al giudice della prevenzione dal creditore (che non era potuto intervenire nel corso del procedimento) titolare di ipoteca su immobile definitivamente confiscato, a condizione: che abbia iscritto la propria garanzia anteriormente alla trascrizione del sequestro; che fornisca la dimostrazione della propria buona fede, da intendersi come affidamento incolpevole ingenerato da una situazione di oggettiva apparenza che rende scusabile l'ignoranza o il difetto di diligenza³².

L'ammissibilità dell'incidente di esecuzione è stata ritenuta la soluzione «maggiormente compatibile con precisi dati normativi, con le linee fondanti dell'ordinamento e con valori protetti dalla Costituzione».

In³³ quest'ultima decisione si è in particolare osservato che nella nozione di «appartenenza», che figura anche nelle norme sulla confisca quale misura di sicurezza e nella confisca amministrativa, sono inclusi, oltre al diritto dominicale, anche i diritti reali di godimento e di garanzia, che incidono sul bene confiscato, e ciò in quanto, «tali diritti, col delimitare la giuridica consistenza degli effettivi poteri spettanti al proprietario colpito dalla misura di prevenzione patrimoniale, concorrono a circoscrivere l'oggetto effettivo della confisca *ex art. 2-ter*, talché questa, stante la precipua funzione di interrompere la relazione col bene del soggetto indiziato di appartenere ad un'associazione di stampo mafioso e di eliminare il bene stesso dal circuito criminale, non può non investire gli stessi diritti dei quali detto soggetto è titolare, senza sopprimere i diritti dei terzi che siano completamente estranei all'attività illecita del proposto».

Nel senso qui indicato, in ordine alla irragionevole esclusione dal catalogo degli intervenienti dei titolari di diritti reali di garanzia, si è espressa la proposta correttiva n. 6 formulata dall'Osservatorio nazionale su confisca, amministrazione e destinazione dei beni e delle aziende, di cui si è sopra detto.

11. — In ordine a questo aspetto delle misure di prevenzione patrimoniali, estremamente delicato e cruciale per un'efficace azione di contrasto alle ricchezze illecite accumulate dalle organizzazioni criminali di tipo mafioso, ed al contempo per un compiuto accertamento sulla provenienza dei beni sequestrati che giova

³² In tal senso, *ex plurimis*, Cass. 2.4.2008 n. 16743; Cass. 21.1.2007 n. 45572; Cass. 10.5.2005 n. 22157; Cass. 9.3.2005, Servizi Immobiliari Banche; Cass. 11.2.2005 n. 12317, in *CP* 2006, 638; Cass. 19.11.2003, soc. San Paolo IMI, rv. 227585.

³³ Così, Cass. 11.2.2005 n. 12317.

anche alla difesa onerata di giustificarla, va rilevato che l'art. 1 co. 3 lett. a), della legge-delega del 2010 ha previsto: al n. 8.2), «la perdita di efficacia» del sequestro, «se non viene disposta la confisca entro un anno e sei mesi dalla data di immissione in possesso dei beni da parte dell'amministratore giudiziario» e, in caso di impugnazione del provvedimento di confisca, se la corte di appello non si pronuncia entro un anno e sei mesi dal deposito del ricorso; al n. 8.3.), «che i termini di cui al numero 8.2) possono essere prorogati, anche d'ufficio, con decreto motivato per periodi di mesi sei, e per non più di due volte, in caso di indagini complesse o compendi patrimoniali rilevanti».

Il legislatore delegante riferendosi espressamente ai termini di efficacia del sequestro piuttosto che alla impossibilità di pronunciare la confisca, non aveva perciò previsto la estinzione o improcedibilità del giudizio di prevenzione patrimoniale alla scadenza di una durata legale prefissata.

Ebbene, nell'art. 24, co. 2, del d.lgs. 159/2011, il legislatore delegato non ha rispettato questi precisi criteri direttivi fissati dal legislatore delegante, stabilendo che «il decreto di confisca può essere emanato», ed aggiungendo che, «ai fini del computo dei termini suddetti e di quello previsto dall'articolo 22, comma 1, si tiene conto delle cause di sospensione dei termini di durata della custodia cautelare, previste dal codice di procedura penale, in quanto compatibili».

Peraltro, in riferimento all'identica ipotesi dell'appello, l'art. 27, co. 6, in conformità sul punto alla legge delega, si riferisce alla perdita di efficacia, in questo caso della confisca di primo grado, anziché ad un ostacolo a provvedere.

La disposizione di rinvio alle cause di sospensione dei termini di durata della custodia cautelare riproduce letteralmente quella già contenuta nell'art. 2-ter, co. 3, seconda parte, l. 575/1965 (salvo il riferimento all'art. 2-bis).

È importante precisare che la stessa introduzione di termini di efficacia del sequestro e della confisca segna una forte discontinuità rispetto alla previgente disciplina, che in ordine alla seconda, che riguarda il giudizio di secondo grado, non prevedeva alcun termine.

Quanto al sequestro disposto dal tribunale soltanto nel caso, assolutamente residuale e raro, di applicazione della misura personale e di prosecuzione del procedimento, nel caso di indagini complesse, per la confisca dei beni, l'art. 2 ter, co. 3, seconda parte, sanciva espressamente che il provvedimento di confisca doveva emanarsi entro il termine di un anno dalla data dell'avvenuto sequestro, prorogabile di un altro anno con provvedimento motivato del tribunale.

Al di fuori di questa specifica ipotesi secondo la consolidata giurisprudenza di legittimità il sequestro di prevenzione non era dunque sottoposto ad alcun termine di efficacia³⁴.

Convergenti indicazioni in merito erano state offerte dalla C. cost. con la sentenza interpretativa di rigetto n. 465 del 28.12.1993, che aveva dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 ter, sesto comma, della l. 575/1965, sollevata dal Tribunale di Reggio Calabria con ordinanza del 27.3.1992 per violazione dell'articolo 3 Cost., nella parte in cui non consentiva l'emanazione della confisca allorquando era cessata l'esecuzione della misura personale.

La cessazione della misura personale rappresentava semplicemente il termine

³⁴ Cfr., tal senso, *ex plurimis*, Cass. 9.4.2008, Rv. 240502; Cass. 1.3.2006, Rv. 234378; Cass. 16.2.2000, n. 998, Jenna; Cass. 27.5.1997, n. 2148, Di Giovanni e altri; Cass. 19.12.1996, n. 5231, Di Muro e altri.

entro cui avviare il procedimento di prevenzione patrimoniale, il quale restava soggetto, per la sua conclusione, al limite temporale previsto dal comma terzo (un anno più un altro eventuale anno, dall'avvenuto sequestro), laddove era questo il termine in concreto più lungo (e cioè quando al momento della confisca era già cessata l'esecuzione della misura personale).

La mancanza d'un termine di efficacia del sequestro disposto nel corso del procedimento contestualmente attivato per l'applicazione della misura personale, che è l'ipotesi di cui più si discute nei tribunali, ha sempre consentito di effettuare un pieno accertamento sulla ricorrenza dei presupposti della confisca.

Questa attività istruttoria richiede di norma tempi non brevi, specie nei casi di particolare complessità del sequestro di numerosi beni aziendali.

Ciò detto, anche tenuto conto del venir meno del nesso di interdipendenza tra misure personali e patrimoniali, che, come visto, ha funzionato da base logico-normativa per gli argomenti fondanti la tesi della inesistenza pressoché integrale del termine di efficacia (del sequestro), non può ritenersi di per sé illogica ed ingiustificata l'introduzione dei termini di efficacia del sequestro e della confisca di primo grado.

A ben vedere lo stesso parallelismo con le misure cautelari penali non può spingere l'interprete a ritenere inconcepibile la stessa ipotesi di un termine di efficacia.

Ed infatti: il processo penale, anche in relazione alle misure cautelari reali per le quali non sono stabiliti termini di durata, non può protrarsi *sine die* vigendo comunque i termini di prescrizione del reato che di riflesso possono determinare la improcedibilità dell'azione penale; non così nel procedimento di prevenzione stante la sostanziale imprescrittibilità (salvo il termine quinquennale nel caso del decesso del prevenuto) della pretesa ablatoria dello Stato e dell'azione di prevenzione che la veicola.

Ciò che contrasta, semmai, con la logica processuale penale classica è la previsione di improcedibilità contenuta nel citato art. 24, co. 2, posto che l'impossibilità della pronuncia di merito di confisca (che nel procedimento di prevenzione non può comunque trovare base nella prescrizione del diritto sostanziale azionato) non può farsi discendere dal decorso di un termine di efficacia della misura cautelare del sequestro, non producendosi un analogo effetto nel caso della confisca penale, sia classica, *ex art. 240 CP*, che allargata, *ex articolo 12 sexies l. 356/1992*, ivi addirittura potendosi confiscare anche beni non sequestrati.

Il legislatore non si è sin qui spinto a prevedere l'estinzione del processo penale di cognizione per la scadenza di un termine processuale prefissato, che di per sé contrasterebbe con lo stesso principio costituzionale della durata sì ragionevole ma non determinata.

Il problema che pone la nuova disposizione non può dirsi con certezza risolto sul piano delle gravi conseguenze concrete che potrebbero derivare dalla previsione secondo cui, «ai fini del computo dei termini suddetti e di quello previsto dall'articolo 22, comma 1, si tiene conto delle cause di sospensione dei termini di durata della custodia cautelare, previste dal codice di procedura penale, in quanto compatibili»³⁵.

³⁵ In relazione al periodo legale di sospensione feriale dei termini va ricordato che l'art. 2-bis della l. 742/1969 — alla stessa aggiunto dall'art. 33 della l. 55/1990 — espressamente prevede che nei procedimenti per l'applicazione di una misura di prevenzione, le disposizioni dell'articolo 1 non si applicano, fra l'altro, quando sia stato disposto il sequestro dei beni, qualora gli interessati o i loro difensori espressa-

Ed infatti, applicando al procedimento di prevenzione patrimoniale l'art. 304 co.1 lett. *a* CPP, la sospensione dei termini si verificherebbe soltanto durante il tempo in cui il procedimento è sospeso per impedimento del proposto (ipotesi, come sopra detto, residuale) e non anche del suo difensore, non rilevando qui l'impedimento difensivo; determinerebbe una sospensione del decorso dei termini il solo rinvio "secco" disposto su richiesta del proposto o del suo difensore (di ammissibilità alquanto dubbia), non anche quello dovuto ad esigenze di acquisizione probatoria od alla concessione di termini a difesa.

Potrebbe prospettarsi l'applicazione, con gli opportuni adattamenti, del disposto dell'art. 304 co. 2 CPP, ovverosia ritenere possibile una sospensione, durante il tempo in cui sono tenute le udienze o si delibera il decreto di prevenzione di primo grado o nel giudizio sulle impugnazioni, nel caso della particolare complessità del procedimento di prevenzione, ipotizzando che in tal caso i termini non potrebbero superare il doppio di quello massimo di durata in forza del co. 6 dello stesso art. 304 CPP.

Risulta allora obbligata e convincente l'ipotesi di una modifica dell'art. 24, ben formulata nella proposta correttiva n. 7 formulata dall'Osservatorio nazionale su confisca, amministrazione e destinazione dei beni e delle aziende, che prospetta: di sostituire l'inciso «il decreto di confisca può essere emanato», con il seguente, «il sequestro perde efficacia se la confisca non viene disposta», nonché di aggiungere un nuovo comma del seguente tenore, «Se permangono le ragioni che hanno determinato il sequestro, il tribunale, anche d'ufficio, può disporre il controllo giudiziario nelle forme stabilite dall'art. 34 comma 8 fino all'emissione del decreto di confisca e comunque non oltre il termine di tre anni».³⁶

12. — Nell'art. 27 co. 3, del d.lgs. 159/2011 è stata letteralmente riprodotta la corrispondente disposizione già contenuta nell'art. 3-ter co. 3 della l. 575/1965, in tema di sospensione dell'esecutività del decreto di revoca del sequestro dei beni disposto dal tribunale, che il pubblico ministero può richiedere alla corte di appello entro il termine di giorni dieci dalla comunicazione del provvedimento.

Senonché, non è stata introdotta una omologa disposizione in relazione al decreto della corte di appello, che in riforma del decreto di confisca emesso dal tribunale dispone la revoca del sequestro, pur sussistendo la medesima ragione di evitare il pericolo della dispersione dei beni restituiti nelle more della definizione del ricorso per cassazione avverso la decisione di secondo grado proposto dal procuratore generale, che dovrebbe, quindi, poter richiedere la sospensione della esecutività alla corte di appello (entro il medesimo termine di giorni dieci dalla comunicazione del provvedimento) fino a quando non sia intervenuta pronuncia definitiva.

mente rinuncino alla sospensione dei termini, ovvero il giudice, a richiesta del pubblico ministero, dichiarati, con ordinanza motivata non impugnabile, l'urgenza del procedimento.

³⁶ A sostegno dell'ultima ipotesi correttiva lo stesso Osservatorio nazionale su confisca, amministrazione e destinazione dei beni e delle aziende non ha mancato a buona ragione di rilevare che: «Alla cessazione degli effetti del sequestro, mentre è in ancora in corso il giudizio di prevenzione, la restituzione dei beni potrebbe determinare il rischio della dispersione dei beni prima dell'eventuale decreto di confisca. In parallelo con la disciplina delle misure cautelari personali, consentire al tribunale di utilizzare il flessibile strumento del controllo giudiziario nei confronti dei soggetti cui i beni vengono restituiti pone le condizioni per un giusto temperamento tra le residue esigenze di cautela e le ragioni dei propositi».

Ancor più rilevante è l'omessa previsione del rimedio della impugnazione avverso il decreto di confisca disposto *ex art.* 34 co. 7, del d.lgs. 159/2011.

Ed infatti la Corte costituzionale, con sent. 487/1995, aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale del co. 2 dell'art. 3-*quinqies* della l. 575/1965 (ivi aggiunto dall'art. 24 l. 356/1992), nella parte in cui non prevedeva che avverso il provvedimento di confisca potevano proporsi le impugnazioni previste e con gli effetti indicati nell'art. 3-*ter* co. 2 della stessa legge³⁷.

A parità dei parametri normativi di riferimento non si capisce dunque perché nello stesso senso non abbia disposto il citato art. 34³⁸.

13. — L'art. 1 co. 3 lett. *a* nn. 1 e 2 legge-delega del 2010 ha fissato il principio dell'indipendenza dell'azione di prevenzione dall'esercizio dell'azione penale, prevedendo altresì un adeguamento della disciplina di cui all'art. 23-*bis* della l. 13.9.1982 n. 646. Conseguentemente, nel Capo IV relativo ai rapporti con i procedimenti penali, l'art. 29 d.lgs. 159/2011 ha codificato il principio stesso nei medesimi termini fissati dal legislatore delegante.

La concreta operatività del suddetto principio, che si allinea all'indiscussa autonomia del procedimento di prevenzione rispetto a quello penale, richiede, però, quel potenziamento delle indagini patrimoniali su cui ci si è già sopra soffermati.

Nell'attuale prassi giurisprudenziale si verifica che tutti i procedimenti di prevenzione patrimoniale attingono da emergenze già acquisite in procedimenti penali già avviati, che ne costituiscono la piattaforma probatoria prevalente e talvolta esclusiva.

In connessione col tema va segnalato che l'art. 23-*bis* da ultimo citato continua a prevedere che, «quando si procede nei confronti di persone imputate del delitto di cui all'articolo 416 *bis* del codice penale o del delitto di cui all'articolo 75 della legge 22 dicembre 1975, n. 685», il pubblico ministero deve darne notizia senza ritardo al procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto ove dimora la persona, per il promovimento, qualora non sia già in corso, dell'applicazione di una misura di prevenzione.

Ebbene, come innanzi visto, il catalogo dei destinatari delle misure di prevenzione è stato notevolmente modificato e vi figurano molti più soggetti rispetto agli imputati per i due delitti menzionati nell'art. 23-*bis*, che peraltro contiene ancora il riferimento alla vecchia legge in tema di stupefacenti (la l. 685/1975) abrogata dall'art. 136 del d.p.r. 9.10.1990 n. 309, recante il testo unico in materia.

Da qui la giusta esigenza di adeguamento di disciplina indicata dal legislatore delegante ma non attuata dal legislatore delegato.

14. — L'art. 2-*ter* co. 9 della l. 575/1965, e successive modifiche ed integrazioni, prevedeva che il sequestro e la confisca di prevenzione potessero disporsi anche in relazione a beni già sottoposti a sequestro nell'ambito di un procedimento penale, ma — precisava la disposizione — «i relativi effetti sono sospesi per tutta la durata dello stesso, e si estinguono ove venga disposta la confisca degli stessi beni in sede penale». Si sanciva, in definitiva, la prevalenza del

³⁷ La motivazione in diritto della sentenza può leggersi in *LP* 1996, 260.

³⁸ In tal senso sono state formulate altre proposte correttive (le nn. 8 e 12) dall'Osservatorio nazionale su confisca, amministrazione e destinazione dei beni e delle aziende.

sequestro penale (e del relativo regime di custodia e/o amministrazione giudiziaria) sulle misure patrimoniali di prevenzione, nel senso che queste ultime potevano applicarsi ma i relativi effetti rimanevano sospesi in attesa della definizione del giudizio penale.

Sul punto il Codice antimafia ha innovato, in sostanziale conformità alle dettagliate previsioni già fissate nell'art. 1 co. 3 lett. e nn. 1-4 della l. 136/2010.

L'art. 30 co. 1 del d.lgs. 159/2011, infatti, in relazione all'unica ipotesi contemplata nella disposizione abrogata succitata, prevede l'affidamento all'amministratore giudiziario, nominato dal tribunale della prevenzione, della custodia giudiziale dei beni (con la conseguente cessazione dall'incarico del custode penale), che seguirà in base alle norme sull'amministrazione giudiziaria contenute nel Titolo III dello stesso Codice.

L'amministratore giudiziario, previa autorizzazione del tribunale che ha disposto la misura di prevenzione, avrà l'obbligo di comunicare le relazioni periodiche al giudice del procedimento penale.

In caso di revoca del sequestro o della confisca di prevenzione il giudice del procedimento penale provvederà alla nomina di un nuovo custode, salva la conferma dell'amministratore giudiziario nominato nel procedimento di prevenzione.

La disciplina testé richiamata, che sancisce la prevalenza sulla custodia penale del regime di amministrazione giudiziaria vigente per il procedimento di prevenzione, non ha ragione di operare nel caso di sequestro preventivo penale avente ad oggetto «aziende, società ovvero beni di cui sia necessario assicurare l'amministrazione, esclusi quelli destinati ad affluire nel Fondo unico giustizia»³⁹, posto che per questa ipotesi l'art. 104-bis NATTCP già in effetti prevede la nomina di un amministratore giudiziario scelto nell'Albo di cui all'art. 2-sexies co. 3 l. 575/1965 (questo richiamo va ora riferito alle corrispondenti disposizioni di cui all'art. 35 co. 2 e dell'art. 41 co. 1 d.lgs. 159/2011).

Nel terzo periodo del co. 1 è infatti previsto che nel caso di cui all'art. 104-bis NATTCP l'amministratore giudiziario nominato nel procedimento penale proseguirà la propria attività nel procedimento di prevenzione, salvo che il tribunale, con decreto motivato e sentita l'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata, non provveda alla sua revoca e sostituzione.

Trattandosi di beni già gestiti secondo le norme sull'amministrazione giudiziaria si è tenuto conto della esigenza di continuità gestionale, pur con il temperamento della possibile revoca e sostituzione dell'amministratore giudiziario già nominato nel procedimento penale.

I commi 2 e 3 dell'art. 30 regolano, dal canto loro, la concorrenza tra le misure divenute definitive nel corso dei rispettivi giudizi.

Il co. 2, in riferimento al solo caso previsto dal co. 1, primo periodo, stabilisce che se la confisca definitiva di prevenzione interviene prima della sentenza irre-

³⁹ L'art. 2 del d.l. 16.9.2008 n. 143, convertito, con modificazioni, nella l. 13.11.2008 n. 181, ha infatti previsto che al Fondo Unico di Giustizia (di cui all'art. 61 co. 23 del d.l. 25.6.2008 n. 112, convertito, con modificazioni, dalla l. 6.8.2008 n. 133) affluiscono, fra l'altro, le somme e i proventi relativi a conti correnti, conti di deposito titoli, libretti di deposito e *ogni altra attività finanziaria a contenuto monetario* oggetto di provvedimenti di sequestro nell'ambito di procedimenti penali o per l'applicazione di misure di prevenzione di cui alla l. 575/1965. L'art. 104-bis NATTCP ha conseguentemente escluso dal «sequestro preventivo di aziende, società ovvero altri beni di cui sia necessario assicurare l'amministrazione» i beni destinati ad affluire nel suddetto Fondo.

vocabile di condanna che dispone la confisca dei medesimi beni in sede penale, si procede in ogni caso alla gestione, vendita, assegnazione o destinazione dei beni ai sensi del Titolo III, ed il giudice, «ove successivamente disponga la confisca in sede penale», dichiara la stessa già eseguita in sede di prevenzione.

Si è dunque abbandonata la vecchia regola del confronto tra le rispettive strutture delle misure, e della conseguente definitiva inefficacia di quella di prevenzione nel caso di irrevocabilità di quella penale, privilegiando, piuttosto, i profili della gestione e della destinazione dei beni.

Un'ulteriore conferma di ciò la fornisce il co. 3, laddove stabilisce che, «se la sentenza irrevocabile di condanna che dispone la confisca interviene prima della confisca di prevenzione, il tribunale, ove successivamente disponga la confisca di prevenzione, dichiara la stessa già eseguita in sede penale».

Quest'ultima ipotesi, in mancanza dell'espressa limitazione al caso previsto dal co. 1, primo periodo, disposta nel co. 2, afferisce quindi anche all'ipotesi del sequestro preventivo penale *ex art. 104-bis* cit., nel quale, in effetti, non si pone il problema di regolare i rapporti tra custodia penale e amministrazione giudiziaria, operando comunque quest'ultima.

Il co. 4 stabilisce, poi, che, nei casi previsti dai commi 2 e 3, comunque la successiva confisca viene trascritta, iscritta o annotata ai sensi dell'art. 21.

In forza del co. 5, infine, le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 si applicano anche nel caso di sequestro disposto nel corso di un giudizio penale che sopravvenga al sequestro o alla confisca di prevenzione.

15. — Al precipuo fine di contrastare le più occulte forme di contiguità economica ai sodalizi di tipo mafioso è stata da tempo introdotta nella disciplina in materia di prevenzione una peculiare misura patrimoniale dalla quale può scaturire una confisca fondata su presupposti diversi da quelli posti a base della misura *ex art. 2-ter*, in quanto diretta ad espungere dal sistema economico quelle imprese che dovessero risultare illecite in sé.

Si tratta delle misure già disciplinate dalle disposizioni di cui agli artt. 3-*quater* e 3-*quinquies* della l. 575/1965 (ivi inserite dall'art. 24 del d.l. 306/1992, convertito nella l. 356/1992).

Con il d.lgs. 159/2011 il testo delle suddette norme è stato riprodotto nell'art. 34, sotto la rubrica «L'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche».

In base alle vecchie ed alla “nuova” disposizione l'applicazione delle misure in discorso discende dalla sussistenza di sufficienti elementi per ritenere che l'esercizio di determinate attività economiche, comprese quelle imprenditoriali, benché “libero”, possa comunque agevolare l'attività di persone nei cui confronti è stata proposta o applicata una misura di prevenzione, ovvero di persone sottoposte a procedimento penale per taluno dei delitti di cui agli artt. 416-*bis*, 629, 630, 644, 648-*bis* e 648-*ter* C.p.

Tali misure possono perciò operare soltanto se nei confronti dell'esercente l'attività economica difettano i presupposti per l'applicazione diretta di misure di prevenzione personali e patrimoniali, ovvero della confisca dell'attività d'impresa in quanto risultata sottoposta alla tirannia di un soggetto già proposto per misure di prevenzione.

Le attività economiche sono esercitate con modalità lecite da imprese che, pur non essendo nella disponibilità nemmeno indiretta di soggetti di pericolosità sociale qualificata, sono comunque in grado di offrire un contributo agevolatore

in favore dei medesimi ovvero delle persone sottoposte a procedimento penale per taluno dei delitti summenzionati⁴⁰.

Il contributo agevolatore è quello che determina un'obiettiva commistione di interessi tra le attività delittuose dell'agevolato e l'attività dell'impresa agevolante, al di fuori di un diretto coinvolgimento di quest'ultima nell'attività delittuosa dell'agevolato o della sua incolpevole soggezione alla tirannia dell'agevolato⁴¹.

Sul concetto di agevolazione la dottrina è divisa.

Da taluno il «contributo agevolatore» è stato esteso a tutte quelle attività capaci di arrecare all'agevolato una qualsivoglia utilità suscettibile di valutazione economica ed indipendentemente da un suo «comportamento operativo»⁴².

Così ragionando potrebbe sussumersi nell'art. 34 persino l'ipotesi in cui un indiziato mafioso si è limitato a percepire i dividendi sugli utili prodotti da un'impresa della quale è soltanto socio, impresa ad oggetto lecito ed esercitata nella assoluta regolarità e autonomia gestoria dai restanti soci (magari inconsapevoli delle attività delittuose del primo).

Il risvolto paradossale che può scaturirne induce a non condividere una visione così ampia della agevolazione, che finisce con espandere a dismisura l'effetto ablatorio anche in danno di soggetti ai quali non è possibile muovere alcun rimprovero.

La stessa lettera dell'art. 34 co. 2 riferisce l'agevolazione all'«attività» delittuosa delle persone nei cui confronti è stata proposta o applicata una misura di prevenzione, ovvero di persone sottoposte a procedimento penale per i delitti ivi suindicati.

Nemmeno può ravvisarsi l'agevolazione in presenza di una connessione funzionale tra l'attività economica dell'agevolante e quella dell'agevolato e tuttavia in riferimento ad ipotesi delittuose diverse da quelle indicate nello stesso art. 34⁴³.

Non rimane che aderire ad un'interpretazione del concetto di agevolazione che si configura come più rigorosa, e peraltro risulta già consolidata a livello giurisprudenziale, intendendo per tale soltanto quella che dia luogo ad un'obiettiva commistione d'interessi tra le attività delittuose dell'agevolato specificamente indicate nell'art. 34 co. 2, e l'attività dell'impresa agevolante, al di fuori di un diretto coinvolgimento di quest'ultima nell'attività delittuosa dell'agevolato o della sua incolpevole soggezione alla tirannia dell'agevolato⁴⁴.

⁴⁰ Sul carattere polifunzionale delle misure in questione in riferimento ad un'interessante applicazione giurisprudenziale, C. VISCONTI, *Contro le mafie non solo confisca ma anche "bonifiche" giudiziarie per imprese infiltrate: l'esempio milanese (working paper)*, sul sito della *Rivista Diritto penale contemporaneo*, cit.; per un recente approfondimento su tutti i profili di tali misure, F. LICATA, *La sospensione temporanea dall'amministrazione dei beni e la successiva confisca ex artt. 3 quater e 3 quinquies, L. N. 575/1965. L'agevolazione incolpevole delle attività mafiose tra prevenzione e sanzione*, in A. BARGI - A. CISTERNA (a cura di), *La giustizia penale patrimoniale*, Torino 2011, II, 1083 ss.

⁴¹ In tal senso, C. cost., sent. 487/1995, cit.

⁴² Così, G. NANNULA, *La lotta alla mafia*, Milano 1999, 102. Va da sé che l'agevolazione non può rintracciarsi in un vantaggio meramente personale (si faccia il caso di una società nei cui locali aziendali venga tenuto nascosto un latitante mafioso) salva la rilevanza penale — ex art. 378 CP e art. 7 d.l. 152/1992 — della condotta consapevole di colui il quale tale vantaggio ha arrecato.

⁴³ Si pensi all'organo amministrativo di una società di capitali che autorizzi consapevolmente il versamento in conto aumento capitale di somme di denaro provenienti dall'evasione fiscale dei redditi da locazione di taluni beni ereditari da parte di uno dei suoi soci, indiziato di appartenenza all'associazione mafiosa o di taluno di quei delitti indicati nell'art. 3-quater.

⁴⁴ Cfr. C. cost., sent. 487/1995, cit., secondo la quale: «Ove, quindi, all'esito della temporanea sospensione dell'amministrazione dei beni, emergano elementi atti a far ritenere che quei beni siano il

Come già precisato, questa situazione può realizzarsi soltanto nel caso in cui un'attività economica, agevolatrice degli interessi mafiosi, sia esercitata in forma societaria, peraltro da soci non tutti direttamente coinvolti nell'attività criminosa del soggetto agevolato.

In quest'ultima ipotesi l'impresa non può ritenersi vittima dell'organizzazione criminale (e ciò perché parte dei suoi proprietari sono responsabili dell'attività illecita) né del resto pienamente coinvolta nella medesima in quanto non tutti i proprietari ne sono responsabili⁴⁵.

La misura in esame ha dunque una duplice finalità: aggredire l'infiltrazione e strumentalizzazione da parte delle organizzazioni criminali di talune attività economiche lecite; sottrarre al terzo esercente l'attività agevolatrice il frutto della «obiettiva commistione di interessi» tra l'attività illecita altrui e la propria attività economica lecita.

L'art. 34 co. 7, al pari di quanto previsto nel corrispondente art. 3-*quinquies* co. 2 della l. 575/1965, stabilisce che il provvedimento di confisca ricade sui «beni che si ha motivo di ritenere siano il frutto di attività illecite o ne costituiscono il reimpiego».

Per questa peculiare forma di confisca è stato perciò formalmente conformato un presupposto diverso da quello previsto per la confisca di cui all'art. 24, co. 1. In quest'ultimo caso (come innanzi osservato) il legislatore si è infatti riferito ai beni che «risultino» frutto di attività illecite o che ne costituiscano il reimpiego, evocando uno standard probatorio più elevato della sufficienza indiziaria.

Il «motivo di ritenere», che anche nel linguaggio comune può intendersi come probabilità, ragionevole e meno elevata di quella ricavabile dal «risultino», potrebbe quindi legittimare un'interpretazione tesa a ritenere bastevoli sufficienti indizi per disporre la confisca *ex* art. 34, co. 7. In contrario va però rilevato che i «sufficienti elementi» sono indicati dal co. 2 dell'art. 34 per disporre la misura dell'amministrazione giudiziaria su cui si innesta la confisca, che come tutti i provvedimenti di merito che assorbono le misure cautelari dovrebbe risultare di maggiore spessore probatorio⁴⁶. La genericità delle suddette formule avrebbe forse imposto una diversa e più attenta definizione dell'istituto.

frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego, e si appalesi quindi per questa via ormai realizzata una obiettiva commistione di interessi tra attività d'impresa ed attività mafiosa, ben si spiega, allora, la funzione e la legittimità del provvedimento ablatorio, giacché gli effetti che ne scaturiscono si riflettono sui beni di un soggetto certamente non estraneo nel quadro della complessiva gestione del patrimonio mafioso, che a sua volta rappresenta, in ultima analisi, l'obiettivo finale che la confisca mira a comprimere». In dottrina, per una più rigorosa individuazione del nesso agevolativo, da intendersi sul piano prettamente economico ed in collegamento finalistico con le condotte delittuose, A. MANGIONE, *La contiguità alla mafia fra "prevenzione" e "repressione": tecniche normative e categorie dogmatiche*, RIDPP 1996, 713.

⁴⁵ Anche in relazione a questi ultimi, in quanto direttamente raggiunti dall'effetto ablatorio sulla loro partecipazione societaria, è arduo parlare di vittime del tutto incolpevoli dell'azione di prevenzione antimafia. Ed invero costoro, specialmente se rivestono una carica sociale all'interno dell'impresa soggetta alle misure in discorso, concorrono a deliberare tutti quegli atti (in genere numerosi) in cui si fissano le condizioni che rendono possibile l'agevolazione. Se si tratta di soci che si limitano a percepire i dividendi — e deve ritenersi che ciò possa avvenire nel solo caso di una s.p.a. di grandi dimensioni, posto che in caso contrario sarebbero edotti dell'agevolazione — al fondo finiscono per sopportare il comune rischio d'impresa che incombe su qualsivoglia investitore non particolarmente accorto. D'altro canto, secondo lo stesso art. 41 co. 2 Cost. l'iniziativa economica privata «non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana», e cioè non deve ledere proprio taluni di quei beni che sono gravemente offesi dalle attività mafiose ed agevolative mafiose.

⁴⁶ In questo ultimo senso, Cass. 14.6.2007 n. 33617, la quale — dopo aver rammentato che il proce-

Anche un altro profilo della figura in esame non è stato adeguatamente considerato dal legislatore, ovvero sia quello dei termini di efficacia.

Al riguardo l'art. 34 co. 3, al pari di quanto previsto dall'art. 3-*quater*, co. 3, stabilisce che la misura è adottata per un periodo non superiore a sei mesi.

Questo termine ormai coincide con quello entro il quale l'amministratore giudiziario nominato dal tribunale deve redigere, ex artt. 34 (co. 6), 36 e 41 (co. 1) d.lgs. 159/2011, una relazione contenente indicazioni particolareggiate sullo stato dell'attività aziendale e le sue prospettive di prosecuzione.

E dunque non può non rilevarsi la estrema brevità anche tenuto conto della necessità di attenta verifica sulla effettiva consistenza e provenienza dei beni aziendali, che nella prassi costituiscono oggetto esclusivo della misura.

Riproducendo pedissequamente i vecchi precetti persiste anche incertezza sulla durata del termine massimo di efficacia pacificamente considerato perentorio⁴⁷.

L'attuale testo dell'art. 34 co. 3, subito dopo aver fissato il termine ordinario di mesi sei continua infatti a prevedere la possibilità di un rinnovo, «per un periodo non superiore complessivamente a dodici mesi».

Atteso che questo ulteriore termine di dodici mesi è letteralmente riferito al rinnovo può prospettarsi una durata complessiva della misura pari a diciotto mesi⁴⁸.

La questione avrebbe meritato una maggiore attenzione anche relativamente alla opportunità di un aumento della durata massima del termine, magari nel caso di compendi patrimoniali rilevanti, non operando qui alcuno dei rimedi previsti per la confisca ex art. 24.

16. — Nell'art. 66 — con il quale si apre il capo I del titolo V del libro I, dedicato agli effetti delle misure di prevenzione — sono stati fissati i principi generali, prevedendosi: nel caso delle misure di cui, titolo I dello stesso libro I (ovverossia quelle personali applicate dal questore e dell'autorità giudiziaria), la produzione degli effetti previsti dal Capo in esame nonché di quelli espressamente indicati dalla legge; nel caso dell'applicazione di misure patrimoniali (quelle di cui al Libro I, Titolo II), gli effetti dalla legge espressamente indicati.

L'art. 67, che salvo il caso di provvisoria applicazione di cui al co. 3 si applica nei confronti delle persone sottoposte con provvedimento definitivo ad una delle misure di prevenzione personali applicate dall'autorità giudiziaria, recepisce integralmente il vecchio testo dell'art. 10 della l. 575/1965.

Il delitto già previsto dal comma 5-*bis*.2 dell'art. 10 per il contravventore al divieto di cui al co. 5-*bis*.1, nel caso di svolgimento delle attività di propaganda elettorale di cui alla l. 4.4.1956 n. 212, da parte di sottoposti con provvedimenti definitivi a misure di prevenzione, è stato trasfuso nell'art. 76 co. 8 del d.lgs. 159/2011.

Quanto all'art. 68, esso recepisce integralmente il testo dell'art. 10-*quater*

dimento che conduce all'adozione della confisca, ex artt. 3-*quater* e 3-*quinqies* della l. 575/1965, si articola in due fasi decisorie fra loro nettamente distinguibili quanto a presupposti ed effetti — ha ravvisato il presupposto di confiscabilità «nella ragionevole dimostrazione che i beni sequestrati costituiscano frutto di attività illecite o reimpiego dei proventi delle stesse», ritenendo errata l'affermazione della confiscabilità sulla base dei medesimi presupposti della misura cautelare fondata sui sufficienti elementi.

⁴⁷ Cfr., Cass. 24.1.2003, Rv. 223665.

⁴⁸ Così, P. CELENTANO, *Il sequestro, la confisca e la sospensione temporanea dall'amministrazione dei beni*, in *Quaderni del C.S.M.*, 1998(104), 131.

della l. 575/1965, mentre nell'art. 69 è stato trasfuso il testo del vecchio art. 10-*bis* della l. 575/1965.

Nel Capo II è contenuta la disciplina in tema di riabilitazione.

Per essa nell'art. 70 è stato riprodotto integralmente il contenuto dell'art. 15 della l. 3.8.1988 n. 327, abrogato *ex art.* 120 co. 1 lett. *f* dello stesso codice antimafia.

Nel Capo III, dedicato alle sanzioni: gli artt. 71 (circostanza aggravante) e 72 (reati concernenti le armi e gli esplosivi) fanno rivivere le disposizioni di cui agli artt. 7 e 9 della l. 575/1965; l'art. 73 (violazioni al codice della strada) ricalca l'art. 6 della stessa l. 575/1965, essendosi però precisato che il reato sussiste se si tratta di persona sottoposta a misura di prevenzione personale, anziché, a misura di prevenzione; l'art. 74 (reati del pubblico ufficiale) riproduce i delitti di cui ai commi 7, 8 e 9 dell'art.10-*bis* e dell'art. 10-*quinquies* della l. 575/1965.

Si è già altrove rilevato che per effetto della integrale abrogazione (sempre *ex art.* 120) della l. 1423/1956 il testo dell'articolo 9 di quest'ultima legge, che disciplinava i reati per violazione degli obblighi inerenti alla sorveglianza speciale, è stato ora integralmente trasfuso nell'art. 75 del d.lgs. 159/2011.

Del pari l'art. 76, rubricato altre sanzioni penali, è norma che riproduce reati già previsti nella disciplina in materia di prevenzione.

Merita, invece, un sia pur rapido commento la disposizione di cui all'art. 77, rubricato «Fermo di indiziato di delitto».

Tale norma prevede che, «nei confronti dei soggetti di cui all'art. 4 il fermo di indiziato di delitto è consentito anche al di fuori dei limiti di cui all'articolo 384 codice procedura penale, purché si tratti di reato per il quale è consentito l'arresto facoltativo in flagranza ai sensi dell'articolo 381 del medesimo codice».

Al riguardo va rilevato che secondo un costante orientamento giurisprudenziale, ai fini della legittimità del fermo *ex art.* 384 CPP, gli elementi che possono fondare il pericolo di fuga devono essere specifici, ossia dotati di capacità di personalizzazione, indirizzata proprio nei confronti di quel singolo individuo che si sospetta stia per darsi alla fuga, nonché concreti, ossia connotanti un pericolo reale, effettivo, non immaginario e non meramente congetturale in ordine alla rilevante probabilità che l'indagato si dia alla fuga, non potendosi ritenere tali né la gravità del titolo di reato in contestazione, né la circostanza che l'indagato si sia allontanato dai luoghi dell'avvenuta commissione dei reati⁴⁹.

Il necessario presupposto del pericolo di fuga fissato dall'art. 384 CPP, ed interpretato nei termini testé precisati, deve tuttora sussistere per legittimare il fermo atteso che l'inciso «anche al di fuori dei limiti di cui all'art. 384 c.p.p.» va letto come riferito ai soli limiti edittali di pena. A ritenere diversamente si finirebbe per propugnare un'interpretazione che svuota del presupposto più qualificante l'art. 384 CPP, con il paradosso di rendere applicabile il fermo in mancanza del pericolo di fuga anche nei confronti di soggetti gravemente indiziati di delitti di non particolare gravità, posto che la disposizione in esame fa riferimento a tutti i soggetti di cui all'art. 4 e tra questi rientrano anche quelli di pericolosità sociale comune *ex art.* 1 (indicati all'art. 4 co. 1 lett. *c*).

Nell'art. 78, sotto la rubrica «intercettazioni telefoniche», è stato integralmente trasfuso il testo dell'art. 16 della l. 646/1982 (abrogato per effetto del successivo art. 120 co. 1 lett. *e*): ad onta della rubrica si tratta peraltro di intercettazioni non soltanto telefoniche ma anche telegrafiche e delle altre varie tipologie indicate nel

⁴⁹ In tal senso, *ex plurimis*, Cass. 10.2.2006 n. 5244; Cass. 16.1.1998 n. 6924; Cass. 31.7.1991 n. 2627.

richiamato art. 623-*bis* CP, che possono autorizzarsi nei confronti di soggetti ai quali è stata applicata una misura di prevenzione personale dall'autorità giudiziaria (stante il riferimento al Libro I, titolo I, capo II).

L'art. 79, sotto la rubrica verifiche fiscali, economiche e patrimoniali a carico di soggetti sottoposti a misure di prevenzione, riproduce il testo dei vecchi artt. 25 e 26 della l. 646/1982.

Nell'art. 80, rubricato «obbligo di comunicazione», è stato poi trasfuso il testo dell'art. 30 della l. 646/1982, disposizione fatta espressamente salva, precisandosi, però, al co. 3, che gli obblighi previsti nel co. 1 cessano quando la misura di prevenzione è a qualunque titolo revocata, anziché quando la misura di prevenzione è revocata a seguito di ricorso in appello o in cassazione, come previsto dal co. 3 del citato art. 30.

L'art. 81, che reca la disciplina del registro delle misure di prevenzione, riproduce il testo dell'art. 34 della l. 55/1990, abrogato *ex art.* 120 co. 1 lett. *h*.

**GESTIRE O LIQUIDARE?
I DILEMMI DELL'AMMINISTRATORE GIUDIZIARIO
E LE ASPETTATIVE DEI CREDITORI NEI GROVIGLI
DEL CODICE ANTIMAFIA
(D.LGS. 6.9.2011 N. 159: ARTT. 35-44, 52-65)**

Analisi di GIOVANBATTISTA TONA

SOMMARIO: 1. L'amministratore giudiziario: chi era costui? — 2. L'amministratore giudiziario: chi sarà costui? — 3. I compiti e la qualifica dell'amministratore fino all'intervento dell'Agenzia. — 4. Le relazioni dell'amministratore giudiziario. — 5. L'ordinaria e la straordinaria amministrazione. — 6.1 Il reclamo avverso gli atti dell'amministratore giudiziario. — 6.2 La contestazione della stima dell'amministratore giudiziario. — 7. I rapporti dell'amministratore giudiziario con l'Agenzia. — 8. L'amministratore giudiziario e i sequestri pro quota. — 9. Il rendiconto e i compensi. — 10. Il codice antimafia e la tutela dei terzi: un approdo precario. — 11. La tutela dei creditori chirografari e i debiti personali del proposto. — 12. L'accertamento dei crediti. — 13. La fissazione dell'udienza di verifica dei crediti. — 14. Fallimento e procedimento di prevenzione.

1. — Quando la legge-delega (l. 13.8.2010 n. 136) lo ha chiamato a svolgere una completa ricognizione della normativa in materia di contrasto alla criminalità, ad armonizzarla e a coordinarla, il Governo non aveva davanti a sé una disciplina che gli desse precisa definizione dell'amministratore giudiziario.

L'art. 2-*sexies* l. 31.5.1965 n. 575, introdotto dall'art. 1 d.l. 14.6.1989 n. 230, conv. con modificazioni in l. 4.8.1989 n. 282, aveva stabilito che, in caso di sequestro di beni al soggetto sottoposto a procedimento di prevenzione, il tribunale dovesse nominare un giudice delegato alla procedura tra i componenti del collegio e poi un amministratore giudiziario scelto tra professionisti iscritti nei rispettivi albi (avvocati, procuratori legali, dottori commercialisti, ragionieri o altre persone dotate di comprovata competenza nell'amministrazione dei beni del genere di quelli sequestrati). Con una serie di rimaneggiamenti più recenti (dovuti all'art. 2 co. 11 e 12 l. 15.7.2009 n. 94 e poi all'art. 5 co. 1 lett. *a* d.l. 4.2.2010 n. 4 conv. con modificazioni in l. 31.3.2010 n. 50) era stata limitata la possibilità di scelta del Tribunale; l'amministratore doveva essere designato tra gli iscritti nell'Albo nazionale degli amministratori giudiziari di cui si preannunciava l'istituzione e che tuttora non ha visto la luce; i Tribunali poi dovevano raggiungere delle intese con l'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata per assicurare, con criteri di trasparenza, la rotazione degli incarichi, la corrispondenza tra profili professionali e beni sequestrati, nonché la pubblicità dei compensi percepiti.

Dal modo con il quale il legislatore vuole che si scelga un amministratore

giudiziario dovrebbe ricavarsi che cosa vuole che sia questo particolare ausiliario del giudice; ma il velleitarismo della disciplina su questo fronte probabilmente è sintomatico della vaghezza di idee che circonda questa figura.

La nozione di amministratore giudiziario veniva di consueto ricavata dalla fissazione dei suoi compiti: custodire, conservare e amministrare i beni in sequestro, anche al fine di incrementarne, se possibile la redditività. Si trattava pertanto di una figura destinata ad un'operatività ben diversa da quella del mero custode concepito nel procedimento penale ordinario dal codice di rito (cfr. l'art. 259 CPP e l'art. 82 NATTCP) e che svolgeva la funzione di evitare la dispersione del bene che doveva essere nel corso del giudizio sottratto alla disponibilità del destinatario del provvedimento di sequestro.

L'amministratore giudiziario nelle intenzioni del pur sintetico legislatore mostrava tutta la sua vocazione al dinamismo gestionale proprio grazie a quella originaria formula (l'amministrare) e a quello specifico compito di adoperarsi, quando possibile, per incrementare la redditività del bene.

Questa proiezione dinamica dei compiti dell'ausiliario del Tribunale cui andava affidato il bene, il sequestro e al contempo il forte richiamo ai compiti di vigilanza del giudice delegato davano conto del fatto che nel giudizio di prevenzione sin da subito si avviava un parallelo procedimento gestionale che avrebbe meritato specifiche regole, ma che invece è stato lasciato alla discrezione, alla buona volontà e talvolta alla fantasia di coloro i quali di volta in volta sono stati chiamati a svolgere questi ruoli.

La maggiore preoccupazione del legislatore è stata quella di salvaguardare le garanzie delle parti e l'efficacia degli accertamenti nella verifica della sussistenza dei presupposti per la confisca; e nella disciplina delle attività dell'amministratore giudiziario è stata assunta una prospettiva meramente procedimentale e formalistica. L'art. 2-septies l. 575/1965 si è limitato — nell'originaria formulazione — ad imporgli di adempiere ai suoi compiti con diligenza (come se in mancanza di tale disposizione, si sarebbe potuto mai pensare che l'amministratore non vi fosse tenuto), a fissare gli obblighi inerenti la segnalazione dei beni rinvenuti nel corso della gestione, a regolare l'obbligo di relazionare periodicamente al giudice delegato e di trasmettergli tutta la documentazione giustificativa, a stabilire quali fossero gli atti di straordinaria amministrazione per i quali fosse richiesta la previa autorizzazione del giudice delegato.

In questa prospettiva semplice quanto illusoria, la diligenza si misurava con il rispetto dei termini nelle relazioni periodiche e con la massima attenzione a non svolgere attività che non fosse ordinaria o, se straordinaria, che non fosse autorizzata.

Tuttavia, man mano che aumentavano i provvedimenti di sequestro emessi dai Tribunali della prevenzione e che la qualità e il valore dei complessi aziendali colpiti si facevano più rilevanti, la realtà risultò eversiva rispetto agli ordinati e astratti schemi di una disciplina, che, nonostante l'anelito verso l'incremento della redditività, aveva vestito l'amministratore giudiziario con l'abito pulito del custode, prudente e conservatore, senza nessuna propensione al rischio di impresa e con un'ottica pressoché patrimonialistica.

Mentre l'art. 2-septies cit. imponeva all'amministratore giudiziario di chiedere l'autorizzazione scritta al giudice delegato per alienare un immobile, venivano sequestrate società che effettuavano compravendite di immobili, trattando di questi beni come oggetto di scambio al pari di qualsiasi altra merce trattata da un normale esercizio commerciale.

Nella cultura applicativa, l'approccio giuridico del processualista faceva guar-

dare con sfavore ad ogni iniziativa che, aprendo prospettive nuove per l'impresa in sequestro, potesse effettivamente concorrere ad incrementarne la redditività; e, sotto la deformante schematizzazione giuridica che opponeva gli atti di ordinaria amministrazione e quelli di straordinaria amministrazione, veniva scolorita agli occhi del giudice delegato persino l'irrinunciabilità di alcune operazioni gestionali più incisive ed onerose, e tuttavia essenziali per evitare pregiudizi irreversibili all'azienda.

A fronte di contesti economici ed imprenditoriali a sempre più elevata complessità, la conservazione senza gestione era sostanzialmente divenuta impossibile; le imprese attive, quando venivano raggiunte da un provvedimento di sequestro, si rivelavano delle macchine in corsa sulle quali l'amministratore giudiziario doveva salire senza sperare in alcuna sosta tecnica, governandone velocità e direzione, senza eccessivamente frenare per evitare sbandamenti o incidenti irrimediabili. Sicché la prosecuzione delle attività di impresa comportava spesso un approccio gestionale complesso o per continuare politiche aziendali di espansione che, se abbandonate, avrebbero potuto procurare pregiudizi finanziari e patrimoniali immediati o per ristrutturare l'organizzazione dell'impresa secondo modelli più compatibili con l'osservanza delle leggi e delle regole dei mercati, la cui elusione era stata magari la caratteristica specifica dell'azienda prima del sequestro.

Vi sono stati operatori che non hanno ritenuto di prestare attenzione a questa composita realtà e si sono concentrati sul mero dato di disciplina, applicandola secondo rigidi parametri capaci di ossificare tutti gli strumenti in essa contemplati; i patrimoni sono stati custoditi come fossero proprietà altrui e le imprese sono state trattate come meri patrimoni, mentre frattanto qualsiasi operatore economico trattava persino le somme di denaro come un bene da gestire, reinvestire e incrementare in ragione del fatto che la loro mera custodia non avrebbe potuto consentire di mantenerne nel tempo il valore reale. Amministratori giudiziari timidi si fermavano perplessi dinanzi a ciò che potesse prefigurare un atto di straordinaria amministrazione; giudici delegati preoccupati più del procedimento che della gestione ritenevano imprudente ogni autorizzazione ad atti che travalicassero l'ordinario, ingannandosi sulla possibilità di trovare un *ménage* gestionale di basso profilo che avrebbe dovuto consentire di mantenere la situazione in atto al sequestro fino al momento della confisca o della restituzione del bene.

Mentre le imprese custodite, ma non gestite, non riuscivano nemmeno a conservarsi e rovinavano travolte dai sommovimenti dell'economia reale, altri operatori cercavano di rivitalizzare le norme semplici e pure insufficienti della l. 575/1965, dando loro il significato più consono al contesto nel quale dovevano essere calate.

Nasceva insomma la consapevolezza del fatto che non solo le norme andavano ben interpretate; vi era anche bisogno che in maniera adeguata venissero "interpretati" in concreto il ruolo del giudice delegato e quello dell'amministratore giudiziario. Nelle loro mani stava l'esito del procedimento di prevenzione, più che nel decreto finale che disponeva la confisca; la corretta gestione del bene avrebbe consentito, alla conclusione del procedimento di prevenzione, di assicurare allo Stato delle utilità e non un cumulo di rovine; un'adeguata amministrazione avrebbe determinato anche l'implementazione di prassi legali, possibilmente capaci di condizionare gli *stakeholders* dell'azienda sequestrata; sfida difficile questa ma necessaria specie nei contesti di mercato inquinato nei quali l'eliminazione dall'arena della competizione di un'azienda oramai sottratta alle logiche opache, comuni agli operatori di tutta una filiera, poteva costituire un vantaggio

per i concorrenti altrettanto propensi all'illegalità, un sollievo per i partner commerciali collegati per convenienza ad altri operatori dell'illecito e un incidente rimediabile per la persona sottoposta alla misura di prevenzione.

Da questa consapevolezza originava il tentativo di promuovere prassi che portavano l'amministratore giudiziario ad iniziative impegnative e ardite, dove il concetto di straordinaria amministrazione veniva sdrammatizzato e calibrato guardando a ciò che esulava dall'ordinario, non nella prospettiva dei Tribunali ma in quella della specifica azienda in sequestro e del contesto di mercato nel quale essa operava; la richiesta di autorizzazione al giudice delegato diventava non un fatto straordinario, ma un'occasione di accesso costante alla verifica di un percorso gestionale che doveva farsi compatibile con le esigenze del procedimento e con quelle di salvaguardia degli interessi in potenziale conflitto rispetto ai possibili esiti del giudizio; la relazione particolareggiata e le relazioni periodiche assumevano le movenze della predisposizione di un piano industriale, di un piano di ristrutturazione o comunque di un momento di verifica di efficienza e di legalità dell'attività svolta dall'azienda, un sistema di *audit* a beneficio dell'autorità giudiziaria che poteva così conoscere meglio il bene che aveva sequestrato e poteva concorrere ad orientarne l'indirizzo di gestione e a salvaguardarne la destinazione.

Inesorabilmente, in un tale scenario, gli amministratori-custodi determinavano il deperimento delle risorse delle aziende con elevato rischio di irrimediabile pregiudizio; gli amministratori-gestori si spingevano in zone di rischio di impresa, che si rivelavano anche in tal caso particolarmente insidiose per le condizioni in cui spesso l'azienda versava al momento della misura cautelare e per le condizioni ostili in cui avrebbe dovuto proseguire l'attività.

Sicché tanto l'amministratore-custode tanto l'amministratore-gestore avevano di fronte a loro cospicue probabilità di deteriorare le condizioni dell'azienda in sequestro; ma paradossalmente il primo avrebbe potuto più facilmente mostrarsi esente da responsabilità, per non avere assunto iniziative opinabili (in quanto di straordinaria amministrazione) e per avere più rigidamente osservato la legge. Sicché le sue omissioni, le sue negligenze avrebbe potuto più facilmente essere coperte dalle condizioni estrinseche all'amministrazione.

L'amministratore-gestore (e con lui il giudice delegato che ne aveva assentito le iniziative) si poneva più facilmente sul crinale dell'imprudenza e poteva più agevolmente essere additato come responsabile delle eventuali perdite dell'azienda, proprio per il fatto di avere adottato una politica gestionale con propositi ovviamente di incremento della redditività che le condizioni avverse delle congiuntura o del mercato avrebbero potuto *ex post* smentire.

Covava insomma nel ruolo stesso dell'amministratore giudiziario un'ineluttabile contraddizione che ruotava attorno al rischio di impresa; per gestire e incrementare la redditività egli non avrebbe potuto operare senza mettere in conto il rischio di impresa, per custodire egli però sembrava non doverlo correre affatto.

Sarebbe stato necessario allora che il legislatore si facesse carico di questi problemi e della loro complessità per promuovere una chiara opzione di prospettiva, una scelta "politica" che liberasse la figura dell'amministratore giudiziario da queste contraddizioni, vieppiù acuite dalla visione esclusivamente custodiale dell'analoga figura di ausiliario prevista per i beni sottoposti a sequestro *ex art.* 321 CPP nei procedimenti penali ordinari per reati di criminalità organizzata.

Invece la prima "mossa" del legislatore riformista del d.l. 4/2010 è stata quella di prevedere un albo, invocare criteri di rotazione negli incarichi e invitare a valutare meglio i profili professionali; come se tutti problemi sino ad allora

registrati dipendessero dall'inadeguata e reiterata scelta da parte dei giudici di professionisti poco abili e preparati a gestire correttamente i beni in sequestro.

2. — Il codice antimafia è nato con l'ambizione di dare ordine e coerenza ad una normativa sparsa e frammentata; con riferimento all'amministrazione giudiziaria nemmeno velato era l'intento di dare sintesi e stabilità alle innovazioni legislative del 2009 e del 2010, che volevano correggere e uniformare in maniera virtuosa prassi ritenute errate, inadeguate se non addirittura devianti.

Serpeggiava l'idea, assecondata dalla lettura meccanica delle statistiche sul declino economico delle imprese sequestrate dopo l'avvio della gestione sotto l'egida dell'amministrazione giudiziaria, che al legislatore toccasse di farsi carico di risolvere il problema dei problemi delle aziende e dei beni sottratti alla mafia, quello che la giurisdizione non era stata capace di affrontare e ancor prima nemmeno di riconoscere: riuscire a rimanere sul mercato.

L'istituzione (promessa) di un albo e l'intervento dell'Agenzia nazionale istituita con d.l. 4/2010 sembrava frutto di una lettura manichea nella quale, in un mondo nel quale gli amministratori giudiziari potevano essere capaci oppure incapaci, la scelta del legislatore fosse quella di privilegiare quelli capaci, demandandone la selezione e la supervisione non più alla giurisdizione, ingessata, distratta e refrattaria alle logiche del *management*, ma ad una struttura amministrativa unitaria e specializzata.

Rimaneva sempre poco chiaro in che cosa questi amministratori giudiziari dovevano essere capaci.

E difatti il legislatore doveva sentirsi chiamato a ben altre scelte se non quelle — tutto sommato ovvie e generiche — attinenti alla più elevata ed adeguata professionalità degli amministratori; avrebbe dovuto dire se si attendeva che chi era chiamato a gestire un'azienda in sequestro, agisse da *manager* o da custode, assumesse la sfida delle innovazioni o prediligesse un'amministrazione conservativa, rimettesse ordine nei conti e saldasse tutti i debiti o realizzasse accordi volti a promuovere la prosecuzione dell'attività anche a costo di non eliminare tutte le esposizioni debitorie, facesse gli interessi dell'azienda, quelli dello Stato che ne poteva diventare proprietario dopo la confisca o quello dei creditori.

Al momento in cui il legislatore delegante fissa i criteri per la redazione del codice non stabilisce un preciso profilo dell'amministratore; invita il legislatore delegato a mettere in ordine alla normativa esistente, che sul punto era già carente di una prospettiva ideologica, e al contempo prevede una serie di compiti nuovi per l'amministratore giudiziario discendenti da tutto l'impianto normativo che avrebbe dovuto colmare la lacuna più volte lamentata nella materia delle misure di prevenzione, quella della tutela dei creditori.

Il risultato è che il codice è molto più articolato nella disciplina di questa figura, ma anziché fare sintesi di tutte le istanze e delineare un nuovo coerente profilo dell'amministratore giudiziario, giustappone, facendone carico al suo ruolo, stili, filosofie e obiettivi, in concreto incompatibili, senza stabilire criteri ordinatori; e lo rende così, in un colpo solo, pubblico ufficiale, custode, investigatore, consulente commerciale, manager, dirigente di seconda fascia dello Stato, autore di piani industriali, liquidatore, curatore fallimentare, contabile, ausiliario del Tribunale, collaboratore dell'Agenzia, cassiere del Fondo unico Giustizia.

E così, se prima del codice antimafia poteva dirsi che il ruolo dell'amministratore giudiziario doveva recitarsi a soggetto e senza copione, d'ora in avanti

nello stesso ruolo albergheranno tanti personaggi diversi suscettibili di entrare in scena a seconda della necessità e tutti in perenne ricerca di un autore¹.

3. — Si proverà allora a ricavare una fisionomia compiuta dell'amministratore giudiziario nel codice antimafia attraverso le norme vecchie e nuove che descrivono le sue funzioni e che definiscono la sua figura e i compiti che è tenuto a svolgere. Per quanto si è sinora detto, non sarà opera facile; il legislatore peraltro ha modulato il testo normativo su una tassonomia classica, solo talvolta integrata da formule linguistiche più concretamente correlate alle esperienze e alle evoluzioni degli scenari in cui può operare un amministratore giudiziario. Sicché ogni tentativo di ricostruzione coerente corre il rischio di giungere a risultati fallimentari, o quantomeno insoddisfacenti.

Le geometrie sbilenche di una disciplina protesa a tracciare tutte le possibili (ma differenti) direzioni al percorso dell'amministratore giudiziario, piuttosto che a creare adeguati crogioli nei quali contemperare i diversi interessi da perseguire con le priorità di volta in volta imposte da valutazioni di carattere economico, determineranno inevitabilmente che questa figura in concreto sarà il risultato non del tutti prevedibile dell'interazione tra norme, cultura degli operatori e condizionamenti della prassi.

Vale la pena annotare che il Titolo III del Codice riguarda l'amministrazione, la gestione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati; da come si scompone la trattazione di questi profili nei successivi capi sembra potersi inferire che, secondo il legislatore, l'amministrazione è un concetto generico relativo a tutte le tipologie di beni (e per questo vi dedica il Capo I, dall'art. 35 all'art. 39), mentre la gestione è un'attività più specifica e dinamica, correlata alla conduzione di aziende (e per questo vi dedica un separato Capo II, dall'art. 40 all'art. 44).

La mera convenzionalità di questa partizione si rivela nelle molteplici ripetizioni e interferenze tra i due ambiti di disciplina, che solo la vigilanza dell'interprete e dell'operatore potranno rendere innocue. Il pur doveroso impegno nel ricercare la *ratio* di questa differenziazione tra amministrazione e gestione non riesce a fugare il dubbio che il compilatore del testo normativo non avesse chiara idea riguardo a ciò che poteva diversamente qualificare i due concetti².

L'art. 35 del Codice richiama ancora l'obbligo di scegliere l'amministratore giudiziario tra i soggetti iscritti nell'apposito Albo; il legislatore ribadisce nel Capo II, all'art. 41 co. 1, la medesima disposizione specificando che, se il sequestro ha ad oggetto aziende costituite ai sensi degli artt. 2555 ss. Cc, il Tribunale lo deve scegliere nella sezione degli esperti in gestione aziendale dell'Albo nazionale degli amministratori giudiziari.

Ancora una volta sembra forte la preoccupazione di assicurare elevate competenze vincolando la scelta dell'autorità giudiziaria. Tuttavia la forza di questa

¹ In mancanza di adeguato inquadramento teorico che sorregga la legislazione, soltanto la bibliografia registra lavori di inquadramento operativo sulla figura dell'amministratore giudiziario: cfr. di recente P. FIORIO - G. BOSCO, *Manuale dell'amministratore giudiziario*, Milano 2012.

² In verità molta parte dei problemi derivanti dalla ripetizione delle disposizioni e dalla diversa dislocazione di norme che avrebbero meritato contigua collocazione potrebbe spiegarsi con il solo fatto, verificabile ad un'attenta lettura, che la compilazione del codice ha privilegiato spesso la riproposizione dei testi previgenti, giustapponendoli tra loro o aggiungendo ad essi altre disposizioni senza curare i necessari raccordi. Ciò comunque deve considerarsi del pari indice della rinuncia del legislatore a risolvere alla radice la questione della "identità" dell'amministratore giudiziario.

preoccupazione non è sinora riuscita a tradursi sul piano normativo in strumenti operativi concretamente utilizzabili³.

La vicenda parte dall'art. 2 co. 12, 13, 14 e 15 l. 15.7.2009 n. 94, quando in un più ampio provvedimento recante disposizioni in materia di sicurezza pubblica, fu modificato l'art. 2 *sexies* co. 3 l. 575/1965, stabilendo che gli amministratori andavano scelti in un Albo nazionale specifico e appositamente istituito.

L'Albo doveva essere articolato in una sezione ordinaria e in una sezione di esperti in gestione aziendale e doveva essere tenuto presso il Ministero della Giustizia; ma il legislatore delegava al Governo di adottare un decreto legislativo entro centottanta giorni.

Poi, dopo novanta giorni dall'entrata in vigore del decreto legislativo, il Ministro della Giustizia avrebbe dovuto stabilire con proprio decreto le modalità di tenuta e di pubblicazione dell'Albo nazionale degli amministratori giudiziari, nonché i rapporti con le autorità giudiziarie che procedono alla nomina.

La prima tappa di questo percorso si è concretizzata con il d.lgs. 4.2.2010 n. 14 che ha istituito e disciplinato l'Albo e che all'art. 2 co. 2 già prevedeva per la gestione dei beni costituiti in azienda un'esplicita riserva in favore degli amministratori alla sezione di esperti in gestione aziendale; ragione per la quale la disposizione di cui all'art. 35 del Codice antimafia non avrebbe avuto bisogno di ulteriore specificazione.

In ogni caso, tuttavia, non si è concretizzata invece la seconda tappa del percorso perché a tutt'oggi non risulta pubblicato il decreto attuativo del Ministero della Giustizia⁴; sicché tuttora deve considerarsi vigente l'art. 2-*sexies* co. 3 l. 575/1965 che, nel testo previgente alla l. 94/2009, consentiva di scegliere l'amministratore giudiziario tra avvocati, commercialisti, ragionieri del distretto, o comunque tra persone che, pur non munite di tali qualifiche professionali, abbiano comprovata competenza nell'amministrazione dei beni del genere di quelli sequestrati, o ancora tra soggetti che hanno svolto funzioni di commissario per l'amministrazione delle grandi imprese in crisi.

Per altro verso l'art. 35 del Codice antimafia ripropone il divieto di nominare amministratore la persona nei cui confronti è disposto il sequestro, il coniuge, i parenti, gli affini e le persone con esse conviventi, nonché le persone condannate con interdizione dai pubblici uffici o sottoposte a misura di prevenzione.

Il divieto è esteso anche ai soggetti che siano chiamati a svolgere funzioni di ausiliario o di collaboratore dell'amministrazione giudiziario.

È il tribunale che nomina l'amministratore giudiziario; è invece l'amministratore giudiziario che sceglie ausiliari e collaboratori, sebbene su tali decisioni debba riferire al giudice delegato, pur senza da questi doverne ricevere specifica autorizzazione (salvo il caso che tale scelta integri un'attività di straordinaria amministrazione, ai sensi dell'art. 40 co. 3, trattandosi di nuova assunzione o comportando comunque aggravio di costi).

³ Sicché o il problema non è così urgente o il legislatore non è così preoccupato come sembra. Di tale presunta preoccupazione si faceva interprete A. CISTERNA, *Il restyling della prevenzione antimafia e l'obbligo di denuncia delle estorsioni mafiose*, in *DPenPr* 2009, 1072 con riferimento alla legge delega per l'istituzione dell'Albo.

⁴ Notizie di stampa riferiscono le dichiarazioni del Sottosegretario alla Giustizia Mazzamuto, secondo le quali il testo del decreto attuativo sarebbe stato già trasmesso nel corso del mese di marzo del 2012 al Consiglio di Stato per il relativo parere; sarebbe quindi imminente la sua pubblicazione (cfr. denaro.it/blog/tag/categoria). Alla data di licenziamento delle bozze di quest'analisi (luglio 2012) il decreto non risulta pubblicato.

Conseguentemente si distribuiscono gli obblighi di verifica sulla sussistenza delle condizioni ostative all'assunzione del ruolo di amministratore giudiziario o di suo ausiliario o collaboratore.

Il co. 4 dell'art. 35 sembra distinguere gli ausiliari e i collaboratori dai tecnici e dagli altri soggetti qualificati dai quali l'amministratore giudiziario può farsi coadiuvare.

Questi ultimi soggetti hanno certamente un ruolo più rilevante nell'assetto organizzativo dell'amministrazione giudiziario; per loro espressamente è prevista la previa specifica autorizzazione del giudice delegato e ciò deriva dal fatto che il coadiutore è chiamato a condividere l'esercizio di poteri gestionali e decisorii propri dell'amministratore giudiziario.

Ovvia pertanto appare l'estensione anche ai coadiutori del divieto di nominare soggetti che abbiano subito il sequestro o che siano ad essi legati da rapporti di parentela, affinità o convivenza.

Deve dedursi allora che, quando si riferisce all'amministratore giudiziario, il legislatore ha presente un ufficio, che può articolarsi anche in una struttura organizzata, di cui l'amministratore è il vertice e che, pur compenetrata nella struttura aziendale dell'impresa in sequestro, si deve caratterizzare per separatezza rispetto agli interessi, agli assetti e alle persone che l'avevano connotata prima dell'intervento dell'autorità giudiziaria.

Particolarmente rigorosa è difatti la norma di divieto visto che investe anche gli ausiliari e i collaboratori; essi sono certamente qualcosa di meno dei coadiutori e sembrano qualcosa di più del mero dipendente con mansioni esecutive (visto il riferimento testuale alle loro "funzioni"), ma il loro ruolo non prefigura spazi di autonomia particolarmente intensi.

È chiaro che il legislatore mutua un frasario forgiato per l'amministrazione non del complesso aziendale ma di beni singoli o piccoli gruppi di beni, in cui i soggetti alle dipendenze dell'amministratore sono da lui tutti direttamente controllabili. Più difficile dare contenuto ai diversi ruoli in presenza di dinamiche organizzazioni imprenditoriali con un numero cospicuo di dipendenti e con un necessario frazionamento di poteri e responsabilità nei vari gradini della sua architettura interna.

Un'interpretazione estensiva potrebbe considerare ausiliari e collaboratori tutti i dipendenti dell'impresa in sequestro, che divengono dipendenti dell'amministratore giudiziario; ma una lettura più ragionevole della norma deve indurre a pensare all'esistenza di un assetto organizzativo proprio dell'amministrazione giudiziaria, composto dall'amministratore nominato dal Tribunale, dai coadiutori tecnici nominati dall'amministratore con l'autorizzazione del giudice delegato, dagli ausiliari e dai collaboratori dell'amministratore da lui nominati e per i quali non è necessaria l'autorizzazione del giudice delegato. Questo "gruppo di lavoro" è funzionale all'esecuzione dei compiti di custodia e gestione dell'amministratore giudiziario e costituisce anche la cerniera con l'assetto organizzativo proprio dell'impresa (o delle imprese) in sequestro al cui interno si trovano ad operare i lavoratori dell'azienda.

Ragionando diversamente si dovrebbe ritenere che questa rigorosa norma sulle incompatibilità si dovrebbe applicare a chiunque a qualsiasi titolo collabora con l'impresa in amministrazione giudiziaria.

La necessità di un gruppo di lavoro differente ma correlato all'organizzazione dell'azienda prefigura la possibilità che alcuni soggetti svolgano al contempo un ruolo duplice nella struttura dell'impresa in sequestro e nell'"ufficio" dell'amministrazione giudiziaria. Ciò può giustificare la sostituzione di soggetti già da tempo inseriti nell'impresa prima del provvedimento cautelare ma che versano in

una delle condizioni di cui all'art. 35 co. 4, può giustificare l'inserimento di nuove figure di ausiliari non implicate dall'assetto originario dell'impresa, può indurre a mantenere all'interno dell'azienda soggetti che svolgono funzioni meramente esecutive e strumentali all'esercizio dell'impresa ma che non possono comunque condizionare le scelte di gestione.

Già prima dell'esplicita affermazione contenuta nel co. 5 dell'art. 35, era pacifico che l'amministratore giudiziario rivestisse la qualifica di pubblico ufficiale⁵; ciò veniva fatto derivare dalle funzioni di custodia del bene per conto dell'autorità giudiziaria, che rendeva agevole assimilarlo a figure qualificate come pubblici ufficiali nell'ambito dei reati contro l'amministrazione della giustizia e contro la pubblica amministrazione.

Analoga qualità la giurisprudenza riconosceva al coadiutore giudiziario, mentre il distratto legislatore del codice antimafia sembra considerare pubblico ufficiale solo l'amministratore e tale omissione potrebbe essere interpretata come una consapevole scelta.

Ma la persuasività degli argomenti posti a fondamento del consolidato orientamento giurisprudenziale soverchia il dato letterale dell'art. 35 che non può considerarsi — per quello che ha detto e al contempo per quello che non ha detto — effettivamente innovativo del quadro di disciplina, quantomeno sotto questo punto di vista.

Il coadiutore giudiziario era già considerato pubblico ufficiale in quanto è chiamato a svolgere una qualificata funzione di collaborazione alle realizzazioni della procedura ed opera unitamente all'amministratore giudiziario e su specifica autorizzazione del giudice⁶.

La giurisprudenza ragionava con riferimento a questa figura seguendo le medesime cadenze logiche che l'avevano portata a considerare pubblico ufficiale il coadiutore del curatore del fallimento, il quale — si diceva — quantomeno coopera a titolo oneroso alla funzione di custodia giudiziaria dei beni affidati al curatore⁷; se poi svolge funzioni tecnico-contabili ed è autorizzato a rappresentare la curatela con gli uffici impositori, a maggior ragione doveva ritenersi pubblico ufficiale⁸.

⁵ Sul punto F. MENDITTO, *Codice antimafia*, Napoli 2011, 127; F. FIORENTIN, *Gli amministratori alla prova della gestione*, in *GD* 2011 (42 – inserto 11), XXXIV.

⁶ In tal senso, da ultimo, Cass. 21.6.2010, Cangemi, in *CEDCass* m. 248159; si tratta di una vicenda nella quale l'imputato aveva offerto al coadiutore di un amministratore giudiziario degli assegni per indurlo a favorirlo nella liquidazione di crediti; l'imputato viene condannato per istigazione alla corruzione (art. 322 Cp) per via della qualità di pubblico ufficiale del soggetto destinatario della condotta. In coerenza con quanto sopra sostenuto merita di essere ricordato che la Cassazione ha ritenuto condotta non particolarmente connotata dalla qualità del destinatario quella che ha come persona offesa il mero collaboratore dell'amministratore giudiziario. È stato affermato in particolare che integra il delitto di violenza privata aggravato dal metodo mafioso la condotta intimidatoria posta in essere — con l'esito di determinare le dimissioni dall'incarico delle persone minacciate — da persona sottoposta a sorveglianza speciale di pubblica sicurezza al fine di impedire a collaboratori dell'amministratore giudiziario di un supermercato di sua proprietà, sottoposto a sequestro di prevenzione, la creazione di un inventario informatico della merce in magazzino, la regolarizzazione delle procedure concernenti gli ordinativi di merce ai fornitori e il pagamento degli stipendi ai dipendenti (Cass. 25.11.2009, Trovato, in *CEDCass* m. 245972).

⁷ Cass. 21.1.2009, Zelli, in *CEDCass* m. 243124; particolare rilevanza attribuisce al provvedimento di nomina del giudice delegato, che, anche qualora non sia intervenuto il parere del comitato dei creditori, basterebbe ad attribuire la qualifica di pubblico ufficiale al coadiutore del curatore fallimentare, Cass. 22.2.1994, Marzola e altri, in *CEDCass* m. 197991.

⁸ Cass. 16.10.2000, Puma, in *CEDCass* m. 217384.

E tuttavia la rappresentanza esterna non può considerarsi dirimente per l'attribuzione di tale qualifica che deriva sostanzialmente dalla rilevanza delle funzioni svolte, dell'imprescindibile natura accessoria della figura rispetto a quella dell'amministratore e dall'intervento di un provvedimento del giudice delegato che sancisce la natura pubblicistica dei compiti, pure eminentemente tecnici, attribuiti al coadiutore.

Vale la pena ricordare che, a proposito dei compiti dell'amministratore, il legislatore usa l'espressione «compiti del proprio ufficio» (art. 35 co. 5); ciò significa che vi è una componente pubblicistica non solo nella custodia, non solo in quello speciale compito, parallelo all'obbligo di denuncia di fatti illeciti che grava su tutti i pubblici ufficiali, di segnalare al giudice delegato l'esistenza di altri beni che potrebbero formare oggetto di sequestro di cui sia venuto a conoscenza nel corso della sua gestione. Devono ritenersi permeate da connotazioni pubblicistiche anche le funzioni di amministrazione e gestione dei beni con l'obiettivo, ove possibile, di incrementarne la redditività.

In questa prospettiva non può avere un inquadramento esclusivamente civilistico l'obbligo dell'amministratore di rendere il conto al momento in cui cessa dall'incarico nel corso della procedura, per dimissioni volontarie, revoca o per intervenuta restituzione del bene sottoposto alla sua gestione.

L'obbligo di rendiconto è qualcosa di ulteriore rispetto agli obblighi connessi all'esercizio delle imprese o all'amministrazione delle società, che siano sottoposte a sequestro e che siano state affidate all'amministratore giudiziario. L'obbligo di rendiconto non rileva con riferimento solo alla gestione dei singoli beni o delle singole imprese, ma assume contenuti più ampi che investono l'andamento complessivo di quello che a questo punto possiamo definire l'ufficio dell'amministratore giudiziario.

A questa lettura porta anche il fatto che l'art. 37 stabilisce l'obbligo per l'amministratore giudiziario di tenere una contabilità separata; viene difatti istituito un registro dell'amministrazione giudiziaria diverso dai libri obbligatori e dalle scritture contabili dell'azienda o delle aziende in sequestro. In questo registro, che dovrà essere previamente vidimato dal giudice delegato, vanno annotate (si precisa anche: «tempestivamente») le operazioni relative all'attività propria dell'amministrazione giudiziaria; l'art. 37 del Codice antimafia lascia ferme le disposizioni di cui agli artt. 2214 ss. Cc in materia di scritture contabili dell'imprenditore e poi dispone che, in caso di sequestro di azienda, l'amministratore prenda in consegna le scritture contabili e i libri sociali e vi annoti gli estremi del provvedimento di sequestro.

Bisogna a questo punto intendersi su come dovrà articolarsi la tenuta delle scritture.

L'amministratore dovrà effettuare le annotazioni sul registro secondo i criteri stabiliti dallo stesso codice⁹. In particolare dovrà tenere contabilità separate in relazione ai soggetti e agli enti proposti; separata deve essere la contabilità della gestione e delle eventuali vendite dei singoli beni oggetto di privilegio speciale ed ipoteca o dei gruppi di mobili oggetto di pegno e privilegio speciale. E l'amministratore dovrà annotare analiticamente in ciascuno dei conti separati entrate e uscite riferibili in via esclusiva al bene o al gruppo di beni considerati; invece le

⁹ Il co. 1 dell'art. 37 del Codice antimafia fa riferimento ai criteri stabiliti al comma 6 e ripete un refuso già contenuto nelle stesure sottoposte al vaglio delle Camere; in realtà l'art. 37 contiene solo cinque commi e quindi il riferimento sembra riferito al co. 5.

entrate e le uscite riferibili all'attività complessiva dell'amministrazione giudiziaria vanno annotate secondo una proporzionale ripartizione. Ciò appare in linea con la regola per la quale le spese dell'amministrazione giudiziaria devono gravare sui patrimoni in sequestro, se capienti, ma corrisponde anche all'esigenza di commisurare le spese imputabili a ciascun proposto o a ciascun bene, in caso di incapienza o di restituzione anche parziale del compendio sequestrato; in tali ultimi casi esse difatti dovranno gravare sull'erario e dovranno essere inserite tra le voci delle spese del procedimento.

Questi criteri sono stabiliti sul presupposto che l'amministrazione giudiziaria può riguardare congiuntamente più beni e aziende; il provvedimento di sequestro può avere plurimi oggetti ma nell'ambito della procedura unica sarà l'amministrazione giudiziaria¹⁰.

Tuttavia l'art. 37 co. 5 del Codice antimafia nel disciplinare la contabilità separata fa riferimento solo ai singoli beni immobili e ai gruppi di beni mobili; non parla delle aziende.

Per queste, come si è detto, rimangono ferme le disposizioni di cui agli artt. 2214 ss. Cc e deve allora ritenersi che l'amministratore giudiziario non debba "congelare" le scritture contabili che prende in consegna e sulle quali annota l'intervenuto sequestro; dovrà invece proseguirne la tenuta inserendovi le risultanze contabili in coerenza con quanto annoterà nel registro dell'amministrazione giudiziaria. Solo in tal modo potrà essere garantita la continuità nella tenuta dei libri e delle scritture, necessariamente correlata alla prosecuzione dell'impresa e del tutto coerente con l'eventualità che l'impresa possa — se del caso — essere restituita a chi ne ha subito il sequestro e ne deve potere proseguire l'esercizio.

Dall'art. 37 co. 3 si ricava la regola che le somme apprese, riscosse o ricevute a qualsiasi titolo dall'amministratore giudiziario, in tale qualità, devono affluire al Fondo unico giustizia (F.U.G.) in un conto separato intestato alla procedura; i versamenti sono dovuti e automatici, sicché se l'amministratore li tenesse per il suo ufficio o li reimpiegasse anche in attività della stessa amministrazione giudiziaria, potrebbe realizzare condotte che integrano (o che confinano con) il reato di peculato; invece i prelievi possono essere effettuati nei limiti e con le modalità stabilite dal giudice delegato.

Da questa dizione si ricava con chiarezza che non è necessaria un'autorizzazione specifica per ogni prelievo, ma un previo provvedimento del giudice che stabilisca limiti e modalità entro i quali l'amministratore potrà agire secondo discrezione senza travalicarne i confini e salvo l'obbligo di riferire periodicamen-

¹⁰ Secondo A. BALSAMO - C. MALTESE, *Il Codice antimafia*, Milano 2011, 57, il dato testuale dell'art. 35 co. 1 («nomina... un amministratore giudiziario») dovrebbe indurre a ritenere che non è possibile nominare più amministratori giudiziari nemmeno quando il sequestro ha ad oggetto numerosi beni e aziende. A questa considerazione può aggiungersi che con riferimento ad altre ipotesi di ausiliario del giudice il legislatore ha espressamente disciplinato — così consentendola — la possibilità di affidare l'incarico a più soggetti (cfr. ad esempio in materia di perizia l'art. 221 co. 2 Cpp). D'altro canto però non può ricavarsi dal dato normativo nemmeno un esplicito divieto alla nomina di un collegio di amministratori giudiziari né una sanzione processuale all'eventuale provvedimento che ne designi più di uno. Se si ritiene che quello dell'amministrazione giudiziaria sia un ufficio, può del pari dedursi che a tale ufficio sia addetto anche un collegio di amministratori. Residua da verificare se dalla pluralità di soggetti nominati derivi un aggravio dei costi per la gestione, ma sul punto un'adeguata motivazione dell'autorità giudiziaria che preferisca la nomina di più amministratori in un collegio potrà dare conto dell'opportunità della scelta che dovrà anche poggiare su esigenze di efficienza e di economicità.

te (dettagliatamente e allegando i documenti comprovanti le operazioni effettuate) e infine di rendere il conto.

Invece le somme che derivano dalla gestione delle imprese non devono affluire al F.U.G.; il legislatore non dice dove debbano andare a finire ma appare logico che, in considerazione della regola della gestione separata e del richiamo agli artt. 2214 ss. Cc, tali somme devono essere inserite nelle casse e nel bilancio delle singole imprese con correlativa necessaria regolarizzazione contabile.

Sulla corretta esecuzione dei compiti dell'amministratore deve vigilare il giudice delegato e il tribunale fino alla decisione di confisca emessa a conclusione del giudizio di primo grado; l'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata si limita a coadiuvare l'amministratore giudiziario, ma pur sempre sotto la direzione del giudice delegato. In questa fase l'Agenzia ha solo poteri di impulso, di proposta e di indirizzo.

Secondo il dettato dell'art. 38 co. 3, dopo la confisca di primo grado, l'amministrazione è conferita all'Agenzia, sicché cessa l'ufficio dell'amministrazione giudiziaria.

Anche all'Agenzia è consentito di farsi coadiuvare da tecnici e soggetti qualificati, retribuiti con le modalità previste per l'amministratore giudiziario e non quindi secondo le modalità previste per i coadiutori dell'amministratore giudiziario; il che è sintomatico del fatto che il coadiutore dell'Agenzia svolgerà un'attività ben più ampia del suo "omologo" che lavora al servizio dell'amministratore giudiziario, anche se la responsabilità dell'amministrazione giudiziaria rimane tutta in capo all'Agenzia.

E si comprende anche come mai l'Agenzia possa scegliere il suo coadiutore anzitutto tra gli amministratori giudiziari già nominati dal tribunale che proseguiranno quindi la loro attività.

È necessario però un provvedimento di conferimento dell'incarico che avrà validità annuale e che è rinnovabile tacitamente; il provvedimento è comunicato al tribunale per scopi meramente informativi, in quanto l'autorità giudiziaria non può esercitare alcun potere su queste decisioni.

Da quel momento l'interlocutore del Tribunale sarà l'Agenzia, custode e gestore del bene, titolare del potere di amministrazione del medesimo e al contempo responsabile del suo andamento; su tale organo graveranno tutti gli obblighi dell'ufficio dell'amministratore giudiziario, il quale, ridotto al ruolo di coadiutore, non potrà che vedere ridimensionato sia il suo potere decisionale sia le sue responsabilità.

Così come lo erano i suoi coadiutori, anch'egli sarà in questa fase pubblico ufficiale perché parteciperà dei compiti dell'Agenzia; l'esperienza mostrerà poi di fatto quanta concreta capacità avrà quest'organo di assumersi responsabilità gestorie e quante ne delegherà ai suoi coadiutori.

4. — I compiti dell'amministratore si possono ricavare anche dall'art. 36 del Codice antimafia che, con una norma in gran parte nuova, descrive i contenuti necessari della sua relazione al giudice delegato, da compilare e trasmettere entro il termine di trenta giorni dalla nomina (prorogabile per giustificati motivi per non più di novanta giorni).

Egli deve anzitutto fornire al giudice indicazione, stato e consistenza dei singoli beni e delle singole aziende (co. 1 lett. a).

Sul punto va ricordato che, secondo l'art. 21, è l'ufficiale giudiziario ad eseguire il sequestro; procede all'apprensione materiale dei beni ed immette

l'amministratore nel possesso dei medesimi. Nel seguire le modalità previste dall'art. 104 NATTCPP e le forme fissate per il pignoramento fissate dagli artt. 491 ss. CPC, l'ufficiale giudiziario redige una relazione fidefaciente sulle attività di individuazione dei beni e sugli adempimenti in ordine alle trascrizioni nei registri mobiliari e immobiliari e alle iscrizioni nei registri delle imprese.

Il compito dell'amministratore giudiziario rimanda sotto alcuni profili a quello fissato dall'art. 173-bis NATTCPC per l'esperto nominato dal giudice dell'esecuzione dopo il pignoramento immobiliare; una più approfondita verifica tecnica nell'identificazione del bene che l'ufficiale giudiziario può avere anche solo fisicamente e non compiutamente individuato. Sicché i margini di interferenza tra gli atti dei due soggetti, entrambi pubblici ufficiali, appaiono assai limitati.

L'amministratore descrive quindi i beni e poi ne deve fissare il presumibile valore di mercato, secondo una propria stima (lett. *b*); si tratta di valutazione necessariamente sommaria che ha valore meramente informativo ed è strumentale alle prime decisioni sulla gestione e se del caso alla commisurazione del compenso dell'amministratore. Il riferimento al mercato impone di tenere conto non solo della consistenza e dello stato, ma anche degli aggravii che incidono sulla convenienza dell'acquisto del bene da parte di terzi, come certamente sono gli eventuali diritti dei terzi sui beni sequestrati.

I diritti dei terzi devono essere censiti dall'amministratore non solo in ossequio all'art. 36 co. 1 lett. *c*, ma anche perché l'art. 57 gli impone di allegare alle proprie relazioni l'elenco nominativo dei creditori e quello di coloro che vantano diritti reali o personali sui beni, al fine di consentire al giudice di attivare il subprocedimento di accertamento dei crediti previsto dal Capo II del Titolo IV del codice antimafia.

Il citato art. 36 lett. *d* richiede che nella relazione sia indicata la documentazione attinente i beni organizzati in azienda, ove reperita e le eventuali difformità tra gli elementi dell'inventario e quelli delle scritture contabili; si tratta di un riferimento che evidentemente riguarda tutta quell'altra documentazione che non era stata già acquisita agli atti durante le investigazioni. Esso prefigura un compito investigativo in senso lato in capo all'amministratore, visto che la locuzione "reperire" implica non un casuale rinvenimento ma un previo lavoro di ricerca; se ne deve inferire che l'amministratore di un'azienda deve verificare se la documentazione acquisita prima dell'immissione in possesso sia completa e sia coerente. Ciò si rende indispensabile senz'altro perché non sempre quanto è necessario per emettere il sequestro è sufficiente per gestire correttamente l'azienda, ma è anche coerente con il generale obbligo di segnalazione ricavabile dall'art. 35 co. 6 e con quello meglio specificato nell'art. 36 co. 2 che, prima di ripetere inutilmente il dettato del citato art. 35 co. 6, impone all'amministratore di specificare le eventuali difformità tra quanto oggetto di misura e quanto appreso; solo così si può giungere ad una rimodulazione del provvedimento più aderente alla realtà e si può procedere a valide ed efficaci trascrizioni e iscrizioni.

Con la disposizione di cui all'art. 36 co. 1 lett. *e*, il legislatore sembra avere chiara — solo per un momento — la vera *mission* dell'amministratore.

Dopo questa prima ricognizione dei beni o delle aziende, egli deve indicare al giudice le forme di gestione più idonee e redditizie. Per le aziende o per le società in cui il sequestro abbia assicurato all'amministratore il controllo di un pacchetto azionario di maggioranza ai sensi dell'art. 2359 Cc, deve essere svolta una dettagliata analisi riguardo le concrete possibilità di prosecuzione o di ripresa dell'attività; e per queste valutazioni l'amministratore dovrà dare contezza del grado di caratterizzazione della stessa con il proposto o con i suoi familiari, della

natura dell'attività esercitata, delle modalità e dell'ambiente in cui è svolta, della capacità produttiva e del mercato di riferimento.

Si tratta quindi di un'analisi ben più complessa di quella richiesta ad un *manager* e che mira a trovare un punto di equilibrio tra le esigenze di prevenzione, quelle di gestione e più in generale quelle discendenti dai principi di un ordine pubblico economico che si rivela in questi casi cosa ben diversa dal mercato, quantomeno dal mercato reale.

Il grado di compenetrazione delle persone che, in ragione delle incompatibilità fissate per legge, devono essere allontanate dalle imprese con l'assetto organizzativo delle stesse e la loro indispensabilità per l'esercizio delle loro attività vanno valutati non solo con riferimento alla fungibilità delle loro competenze, ma anche alla loro capacità attrattiva rispetto alle relazioni interne ed esterne all'azienda.

Per questa ragione l'analisi dell'amministratore dovrà offrire una visione di sintesi delle potenzialità dell'impresa e di tutti gli elementi di contesto che ne possono agevolare o compromettere lo sviluppo. L'art. 36 stabilisce, come si è detto, ciò che l'amministratore deve riferire al giudice delegato entro il termine di trenta giorni, se del caso prorogabile per non più di novanta.

Verrà così costruita la piattaforma conoscitiva sulla base della quale l'amministratore da una parte e dall'altra non più il giudice delegato, ma il Tribunale nella sua collegialità dovranno effettuare le scelte disciplinate dall'art. 41 del Codice antimafia, laddove viene trattata — come richiama la rubrica — la gestione delle aziende sequestrate.

Tale norma prevede che la relazione debba contenere (oltre agli elementi di cui al co. 1 di cui all'art. 36) indicazioni particolareggiate sullo stato dell'attività aziendale e sulle sue prospettive di prosecuzione e per questa sua maggiore complessità fissa un termine di deposito pari a sei mesi; non si tratta di contenuti che possano prescindere o che per molti versi possano differenziarsi da quelli richiamati dall'art. 36 co. 1 lett. *e* (ove pure si parla di «gestione» e di «possibilità di prosecuzione»), né si vede a cosa servirebbero i contenuti di cui alla citata lett. *e* dell'art. 36 se non dovessero preludere ad una valutazione riguardo la prosecuzione dell'attività di azienda; anche questa singolarità è frutto della confusa differenziazione tra disciplina dell'amministrazione e disciplina della gestione e pertanto le norme dovranno essere interpretate in un adeguato approccio di sintesi operativa.

In base al citato art. 41, se l'amministratore verifica la sussistenza di concrete prospettive di prosecuzione formula un programma, che si presenta con le chiare fattezze di un piano industriale; orbene questo programma non potrebbe essere utile se non facesse riferimento al grado di caratterizzazione dell'impresa con il proposto ed i suoi familiari e a tutti gli altri elementi rassegnati dall'art. 36 lett. *e*.

Su questo programma, come si è detto, è chiamato ad intervenire il Tribunale nella sua collegialità e non il solo giudice delegato. Il Tribunale deve emettere un decreto motivato nel quale deve anche impartire le direttive per la gestione dell'impresa.

Si tratterà di un provvedimento al quale poi dovrà sempre fare riferimento il giudice delegato che, a sua volta, secondo l'art. 40 co. 1 ha comunque il compito di impartire le direttive generali di gestione, anche in assenza di un previo programma passato al vaglio del Tribunale.

Il giudice delegato, secondo la norma dianzi citata, dovrà tenere conto degli indirizzi e delle linee guida adottati dal Consiglio direttivo dell'Agenzia ai sensi dell'art. 112 co. 4 lett. *a*; ma per esigenze di coerenza complessiva della disci-

plina non può che ricavarsi dall'attuale assetto che anche il Tribunale, quando approverà il programma di gestione e impartirà le direttive, dovrà tenere conto degli indirizzi dell'Agenzia. E se le linee guida impartite in via generale dall'Agenzia non saranno meramente declamatorie, già l'amministratore ne potrà tenere conto per modellare il proprio programma e renderlo meritevole della necessaria autorizzazione.

Al contempo va considerato che questo programma dovrà necessariamente proiettarsi quantomeno nel medio termine e tratterà quindi l'attività gestionale su una direzione che finirà anche per vincolare l'Agenzia, qualora nel frattempo l'amministrazione transitasse a quest'organo dopo la decisione di primo grado.

La decisione del Tribunale sul programma deve essere preceduta, secondo l'art. 41 co. 1, da un momento di parziale contraddittorio, cui partecipano l'amministratore giudiziario e il pubblico ministero e che si svolge senza formalità e non necessariamente in udienza¹¹. Non è previsto l'intervento del proposto e ciò è compatibile con il fatto che non vi è alcuna norma che preveda l'accesso degli atti dell'amministrazione giudiziaria alle parti private.

Ma non è previsto nemmeno un intervento dell'Agenzia, alla quale comunque poi il provvedimento dovrà essere comunicato per via telematica, essendo esso in tutto assimilabile agli atti di straordinaria amministrazione; e ciò in forza dell'art. 38 co. 2.

L'Agenzia poi ne potrà chiedere la revoca o la modifica se riterrà che il provvedimento possa arrecare pregiudizio alla destinazione o all'assegnazione del bene, ai sensi dell'art. 38 co. 1, così come può fare per qualsiasi altro provvedimento di amministrazione.

L'esito delle valutazioni circa le concrete possibilità di prosecuzione (o di ripresa dell'attività, ipotesi non richiamata dall'art. 41 co. 1 ma poi indicata dall'art. 41 co. 5, riprendendo la locuzione già contenuta nell'art. 36 co. 1 lett. e) può risultare negativo. Con lo stesso procedimento, sentito l'amministratore giudiziario e il pubblico ministero, sempre con provvedimento del Tribunale può essere disposta la messa in liquidazione dell'impresa.

Se ricorrono i presupposti, se cioè si ravvisa una condizione di insolvenza, che può essere segnalata anche dall'amministratore giudiziario al pubblico ministero, si procederà nelle forme di cui all'art. 63 del Codice antimafia; ove non vi sia stata già l'iniziativa del debitore o di uno o più creditori, il pubblico ministero chiederà al tribunale competente che venga dichiarato il fallimento dell'imprenditore i cui beni aziendali sono stati sottoposti a sequestro. Si procede con le speciali disposizioni in materia di fallimento dichiarato successivamente al sequestro; sicché, tra l'altro, i beni assoggettati a sequestro vengono esclusi dalla massa attiva fallimentare, ma con una serie di implicazioni che non possono essere in questa sede partitamente esaminate.

Orbene non si può fare a meno, a questo punto, di rilevare che questo slancio dinamico impresso all'amministratore da parte del legislatore nell'imporgli analisi dettagliate di mercato, verifica delle prospettive di prosecuzione dell'attività e formulazione di piani industriali, è compromesso da un'opprimente zavorra contenuta nella disciplina della verifica dei crediti.

L'amministratore difatti dovrà tenere conto, prima di decidere se formulare un

¹¹ Secondo A. BALSAMO - C. MALTESE, *Il Codice antimafia*, cit., 59, il programma redatto dall'amministratore giudiziario dovrebbe essere a sua cura inviato al pubblico ministero, il quale poi lo trasmetterà con un suo parere al Tribunale per la decisione.

programma, dell'ammontare dei debiti che gravano sull'azienda. Nella frammentata disciplina dei contenuti della relazione dell'amministratore si è già richiamato l'art. 57 co. 1 che gli impone di trasmettere al giudice delegato l'elenco dei creditori con indicazione dei crediti e delle scadenze. Ma è poi lo stesso articolo, al co. 2, a prevedere che, anche prima della confisca, i creditori possano essere invitati a depositare istanze di accertamento dei rispettivi diritti; si può innescare così il complesso subprocedimento della verifica dei crediti, scandito con forme analoghe a quello delle procedure fallimentari (non a caso si parla di stato passivo e della possibilità di domande tardive al pari delle insinuazioni).

La "proceduralizzazione" dell'accertamento sulla buona fede dei creditori si unisce alla previsione della possibilità di disporre la liquidazione dei beni sequestrati fino al 70% del loro valore al fine di soddisfare i crediti anteriori al sequestro (artt. 53 e 60); se tutto ciò può avvenire anche prima della confisca si aprono spazi di incertezza per le sorti del complesso aziendale che rendono arduo pianificare con ragionevolezza la prosecuzione dell'attività di impresa, senza conoscere a quali creditori si dovrà corrispondere il credito, in quale misura e anche quando. In attesa di un'udienza di verifica sulla buona fede dei creditori, anche al Tribunale sarà difficile decidere di autorizzare la prosecuzione dell'attività, mentre la messa in liquidazione non pregiudicherebbe la possibilità di soddisfare i creditori le cui pretese sono riconosciute, nei limiti dello stato passivo.

Un tale, pur necessitato, approccio pregiudicherebbe però ogni possibilità alternativa di sopravvivenza delle aziende dopo il sequestro e così anche soffocherebbe definitivamente i proclamati propositi del sistema delle misure di prevenzione patrimoniali.

Il sequestro sarebbe già esso una sanzione repressiva per l'azienda, colpita a morte anche senza il definitivo accertamento che porta alla confisca e le cui spoglie sarebbero spartite tra i creditori sotto il controllo del giudice della prevenzione.

Solo un'adeguata interlocuzione programmatica tra l'amministratore giudiziario e il Tribunale e una coraggiosa formulazione di direttive da parte dell'Agenzia possono salvare il sistema dalla deriva verso il binario morto della più facile e meno contestabile scelta della messa in liquidazione.

Il giudice delegato fissa all'amministratore giudiziario la frequenza entro la quale egli deve redigere una relazione periodica sullo stato dei beni in sequestro e sull'andamento della gestione; una copia deve essere depositata al giudice e un'altra deve essere trasmessa — a cura dello stesso amministratore — all'Agenzia; all'uno e all'altra l'amministratore dovrà esibire i documenti giustificativi, se gli siano richiesti¹².

Questo strumento può essere utile non solo per effettuare un controllo regolare sulle attività dell'amministratore giudiziario ma anche per verificare gli esiti parziali delle progressive tappe del programma eventualmente approvato dal Tribunale, in modo da promuoverne, se necessario, modifiche e adeguamenti; si potrà così tenere conto delle progressive acquisizioni riguardo le esposizioni debitorie dell'impresa.

E allora appare coerente ritenere che l'opzione tra la prosecuzione dell'impresa e la sua messa in liquidazione non debba essere fatta una volta per tutte subito

¹² Ricorda correttamente che ulteriori relazioni dovranno essere trasmesse comunque ogni volta che il giudice lo richieda o l'amministratore giudiziario lo ritenga opportuno per esigenze sopravvenute, F. MENDITTO, *Codice antimafia*, cit., 131.

dopo il deposito della prima relazione dell'amministratore giudiziario, ma possa essere rivalutata nelle successive fasi dell'attività di gestione.

Così ragionando all'operatore-interprete, in una radicale inversione di prospettiva, potrebbe apparire più prudente promuovere la prosecuzione dell'attività, essendo tale decisione reversibile, piuttosto che metterla comunque in liquidazione, decisione questa certamente irreversibile.

5. — La distinzione che ancora viene descritta dal codice antimafia, tra ordinaria e straordinaria amministrazione, è tributaria di una concezione tradizionale dei compiti dell'amministratore, più custode che gestore, e di un linguaggio tralaticciamente riportato dai previgenti testi normativi pensati più per i beni che per le aziende.

Anche il legislatore ne aveva avvertito l'anacronistica rigidità e quando l'art. 2 l. 94/2009 aveva modificato l'art. 2-sexies l. 575/1965, introducendovi ulteriori commi per disciplinare come materia speciale la gestione delle aziende sottoposte a sequestro, oltre a prevedere la formulazione del programma per la prosecuzione delle imprese, approvato con decreto del Tribunale e accompagnato dalla formulazione di specifiche direttive, aveva pure previsto che «il tribunale autorizza l'amministratore giudiziario al compimento degli atti di ordinaria amministrazione funzionali all'attività economica dell'azienda». Aveva ancora stabilito che «il giudice delegato, tenuto conto dell'attività economica svolta dall'azienda, della forza lavoro da essa occupata, della sua capacità produttiva e del suo mercato di riferimento, può indicare il limite di valore entro il quale gli atti si ritengono di ordinaria amministrazione».

Il passo verso la rivisitazione dei concetti di ordinaria e straordinaria amministrazione era, dunque, assai deciso.

La norma ancorava intanto la distinzione alla prospettiva della gestione e non della mera custodia e la relativizzava non poco demandandola di fatto ad un accertamento in concreto dell'ordinarietà dell'attività, correlata al tipo di impresa, alle sue dimensioni e al contesto in cui operava.

Il testo previgente ancorava più chiaramente alle direttive del Tribunale e al programma approvato la delimitazione dei confini tra ordinario e straordinario; peraltro demandava al Tribunale di autorizzare gli atti di ordinaria amministrazione funzionali all'attività dell'azienda. La norma era equivoca e poteva far pensare all'obbligo, per l'amministratore, di chiedere al Tribunale l'autorizzazione per ogni atto di ordinaria amministrazione: obbligo incoerente con la possibilità per il solo giudice delegato di stabilire i limiti di valore entro i quali gli atti dovevano considerarsi di ordinaria amministrazione e quindi non avrebbero dovuto essere preceduti dall'autorizzazione.

Ma un'avveduta interpretazione applicativa avrebbe potuto dare alla norma altro significato, nel senso di demandare al potere pretorio del Tribunale di fissare un primo ambito entro il quale gli atti potevano considerarsi di ordinaria amministrazione ed essendo necessariamente implicati dal perseguimento del programma approvato, dovevano considerarsi già in via preventiva autorizzati. Al giudice delegato sarebbe poi toccato il compito, nell'ambito di tutte le attività non previste e non contemplate dalle direttive del Tribunale, di svolgere un'*actio finium regundorum* tra l'ordinario e lo straordinario a beneficio della speditezza delle attività dell'amministratore e della complessiva organizzazione del lavoro degli uffici giudiziari impegnati nella gestione di sequestri di grandi dimensioni.

Questa norma è oggi calata nell'art. 41 co. 2 del Codice antimafia con alcuni non secondari ritocchi. Alcuni provengono dalla riformulazione dell'art. 2-sexies

l. 575/1965, operata dall'art. 5 co. 1 lett. a d.l. 4/2010 conv., con modif., in l. 50/2010: non vi è più la previsione che vedeva il Tribunale autorizzare gli atti di ordinaria amministrazione e la norma è sostituita con una declamatoria e superflua affermazione secondo la quale «l'amministratore giudiziario provvede agli atti di ordinaria amministrazione funzionali all'attività economica dell'azienda». Altri emergono dalla formulazione contenuta nel codice antimafia.

In particolare viene ribadito il compito del giudice delegato riguardo alla fissazione del valore degli atti da considerarsi di ordinaria amministrazione, ma si precisa che deve procedervi con decreto motivato.

Inoltre si aggiunge un minaccioso divieto all'amministratore, stabilendo che egli non può frazionare artatamente le operazioni economiche al fine di evitare il superamento della soglia fissata dal giudice. Non è prevista alcuna specifica sanzione a tale comportamento, ma essa può essere ricompresa nell'ampio concetto di grave irregolarità che, a sensi dell'art. 35 co. 7, può comportare la revoca dell'amministratore stesso.

Gli obblighi di relazione periodica di tutte le attività dovrebbero garantire al giudice delegato la possibilità di rilevare tale irregolarità.

Tuttavia, il testo vigente della disposizione richiamata può essere operativamente rivitalizzato, al di là delle affermazioni di principio e delle prescrizioni previste, attraverso un'adeguata valorizzazione delle direttive del Tribunale conseguenti all'approvazione del programma; si può tornare all'interpretazione consentita dal pur ambiguo testo previgente, nello spirito di relativizzare e concretizzare il concetto di ordinaria amministrazione.

Si può quindi affermare che devono considerarsi rientrare in tale concetto tutti quegli atti che sono implicati dal (o necessariamente conseguenti al) perseguimento del programma approvato dal Tribunale e dall'esecuzione delle sue direttive, anche a prescindere dal loro valore, proprio perché, in virtù di quanto stabilito dal medesimo Tribunale, essi devono considerarsi funzionali all'attività dell'impresa. Al di fuori di questi confini e per le questioni non compiutamente riconducibili al decreto del Tribunale, vanno attivati i poteri autorizzativi del giudice delegato, il quale potrà — ove lo ritenga — fissare il limite di valore.

In ogni caso il richiamo alla valenza sussidiaria delle norme del codice civile per la disciplina dei rapporti giuridici connessi all'amministrazione dell'azienda, ove non altrimenti disposto (art. 41 co. 4), può valere anche per stabilire se un atto debba considerarsi di ordinaria o di straordinaria amministrazione nei casi dubbi; l'obbligo di riferire che comunque grava sull'amministratore giudiziario rende tuttavia opportuno investire il giudice delegato delle questioni controverse.

In questa prospettiva potrebbe non essere del tutto peregrina un'interpretazione che ritenga la disposizione di cui all'art. 40 co. 3 una norma generale, derogata dalla norma speciale di cui all'art. 41 per la gestione delle aziende con programma di prosecuzione dell'attività approvato dal Tribunale.

L'art. 40 co. 3 ripropone la tralattiva disposizione che vieta all'amministratore giudiziario di stare in giudizio, contrarre mutui, stipulare transazioni, compromessi, fidejussioni, concedere ipoteche, alienare immobili e compiere altri atti di straordinaria amministrazione senza autorizzazione scritta del giudice delegato.

Se essa trovasse integrale applicazione, specie con riferimento alle aziende di grande dimensioni, oltre a rendere farraginosa e rallentata l'attività di gestione, vanificherebbe il senso stesso dell'approvazione del piano industriale e del previo intervento del Tribunale e del giudice delegato.

Orbene, nella norma di cui all'art. 40 co. 3 affiora il riferimento alla tutela dei terzi correlata agli atti di straordinaria amministrazione; il dato è significativo

perché, anche se non specificamente menzionati, i problemi inerenti la tutela dei diritti dei terzi e le ragioni dei terzi creditori non possono che essere coinvolti in un adeguato programma di prosecuzione dell'impresa.

Se ne deve dedurre che vi è un potenziale conflitto — in sede applicativa — tra le norme che prevedono l'approvazione e il perseguimento del programma di prosecuzione dell'azienda e le norme che impongono lo svolgimento di un complesso procedimento di verifica dei crediti in contraddittorio, per stabilire quali siano quelli qualificabili come crediti di buona fede e quelli che possono essere ammessi al riparto in caso di liquidazione dei beni.

È ovvio che per la prosecuzione delle imprese l'amministratore deve sapere ben presto quali siano le esposizioni debitorie cui deve fare fronte e chi siano i creditori ai quali può corrispondere il dovuto, anche al fine di avvalersi dei contratti in corso di esecuzione con lui già stipulati prima del sequestro, o con i quali può essere conveniente formulare altri accordi.

Lo strumento normativo per la risoluzione di questo conflitto può rinvenirsi nell'art. 56 che disciplina i rapporti pendenti. Da esso si comprende come in realtà una prima, e pur sommaria, valutazione sulla buona fede dei creditori dovrà essere svolta dallo stesso amministratore con l'ausilio del giudice delegato con riguardo ai contratti in corso di esecuzione relativi al bene o all'azienda in sequestro.

La loro esecuzione viene automaticamente sospesa in conseguenza dell'esecuzione del sequestro. Poi l'amministratore, previa autorizzazione del giudice delegato, dovrà dichiarare di subentrare nel contratto in luogo del proposto, assumendo i relativi obblighi, oppure dovrà optare per la risoluzione del contratto. La risoluzione non è consentita per i contratti ad effetti reali, quando si sia già prodotto l'effetto del trasferimento del relativo diritto.

Se dalla sospensione deriva un danno grave al bene o all'azienda il giudice delegato può autorizzare la provvisoria esecuzione dei rapporti pendenti fino alla decisione riguardo l'eventuale opzione per la risoluzione.

Il terzo contraente può mettere in mora l'amministratore, chiedendo al giudice delegato di fissare un termine fino a sessanta giorni, decorso il quale il contratto si intende comunque risolto.

La decisione sulla prosecuzione del contratto atterrà certamente alla convenienza del rapporto ma necessariamente sarà condizionata dalle valutazioni proprie dell'amministratore giudiziario che rimandano all'art. 36 co. 1, dall'inopportunità di mantenere rapporti contrattuali fittizi o artatamente squilibrati o ancora che coinvolgano come controparti soggetti legati alla criminalità organizzata o dediti ad attività illegali o anche solo a pratiche commerciali scorrette; in tutto ciò emergeranno valutazioni anche in ordine alla buona fede dell'altro contraente.

La necessità di queste valutazioni anticipate si accompagna alla evidenziazione della loro assoluta provvisorietà. E difatti il titolare del credito non adempiuto e derivante da un contratto eventualmente risolto dall'amministratore giudiziario può chiedere di essere ammesso al passivo nel subprocedimento di verifica dei crediti e lì potrà dimostrare di avere diritto all'adempimento. Nelle more l'amministratore potrà proseguire l'attività senza dovere adempiere al suddetto credito.

L'art. 56 fornisce quindi la chiave di lettura per conciliare prospettive di prosecuzione e prospettive di liquidazione.

La liquidazione dei crediti pregressi per rapporti esauriti, al pari di quelli derivanti da contratti risolti, avverrà solo dopo la verifica dei crediti secondo le modalità fissate dagli artt. 57 e ss. del Codice antimafia.

Nel frattempo l'esercizio dell'impresa potrà se del caso proseguire con il

subentro dell'amministratore nei rapporti pendenti per i quali si sia escluso di procedere a risoluzione; i titolari di questi, nella misura in cui vantino dei crediti, potranno con l'amministratore concordare transazioni, modifiche ai contratti e piani di rientro nei limiti in cui le operazioni siano autorizzate dal giudice delegato o necessitate dal programma di prosecuzione. Dovranno tuttavia anch'essi partecipare all'udienza di verifica dei crediti per mantenere il riconoscimento, ancora provvisorio, delle proprie pretese, in contraddittorio, come richiesto dall'art. 59, insieme a tutti gli altri creditori.

6.1. — L'art. 40 co. 4 del Codice antimafia prevede che il pubblico ministero, il proposto e ogni altro interessato possano avanzare reclamo avverso gli atti dell'amministratore giudiziario compiuti in violazione dello stesso codice; il reclamo deve essere presentato al giudice delegato entro dieci giorni e il giudice delegato deve decidere entro i dieci giorni successivi, seguendo la disciplina fissata per i procedimenti in camera di consiglio dagli artt. 737 ss. CPC.

La disposizione è redatta con una certa approssimazione e richiede adattamenti operativi, in assenza dei quali risulterebbe del tutto inapplicabile.

Essa è modulata come se l'atto dell'amministratore giudiziario avesse natura di provvedimento reclamabile; presuppone la conoscenza dell'atto senza tenere conto che nessuna norma del codice prevede l'avviso alle parti riguardo agli atti dell'amministratore giudiziario e men che meno l'accesso alla documentazione relativa alla sua attività; fissa un termine per il reclamo senza stabilire da quando esso decorre; stabilisce che la doglianza vada rivolta al giudice delegato che spesso è il soggetto chiamato preventivamente a valutare la legittimità dell'atto dell'amministratore e che in questa veste previamente lo autorizza; richiama una disciplina modulata più sui provvedimenti collegiali che su quelli monocratici; non chiarisce se e in che modo debba essere instaurato un contraddittorio sul reclamo e soprattutto quali tra i soggetti coinvolti nel procedimento e nella gestione debbano parteciparvi.

Perché si possa fare uso di questa norma deve ritenersi che essa parli di «atti» in maniera atecnica e si riferisca a qualsivoglia comportamento o attività gestoria svolta dall'amministratore giudiziario nell'esercizio del suo ufficio; deve pure ritenersi atecnica la locuzione «reclamo», da intendersi più che come mezzo di impugnazione come richiesta di intervento rivolta al giudice delegato perché attivi i suoi poteri di verifica dell'operato dell'amministratore.

Il termine perentorio di dieci giorni deve intendersi decorrere da quando il pubblico ministero, il proposto o ogni altro interessato abbiano avuto conoscenza dell'atto, senza che vi sia alcun obbligo, né dell'amministratore giudiziario né della cancelleria del Tribunale né di qualsivoglia altro soggetto, di informare questi soggetti.

La possibilità di rivolgersi unicamente al giudice delegato deve giocoforza implicare che il reclamo non può riguardare atti già dallo stesso giudice autorizzati e pertanto controllati rispetto alla loro conformità alle disposizioni contenute nel codice antimafia; semmai la doglianza potrà riguardare atti non autorizzati (e che dovevano essere previamente autorizzati) oppure atti che si ritengano non conformi all'autorizzazione già concessa.

Quanto al contenuto delle doglianze nulla dice la norma in esame; tuttavia, per esigenze di sistema deve ricordarsi che l'atto dell'amministratore è un frammento della gestione che sarà oggetto del rendiconto finale. Secondo l'art. 43, avverso questo rendiconto, gli interessati possono formulare contestazioni che debbono, a pena di inammissibilità, essere specifiche e riferite a singole voci contabili e non

possono avere ad oggetto i criteri e i risultati di gestione. Conseguentemente gli atti dell'amministratore giudiziario non possono essere messi in discussione con riferimento al merito gestorio, ma solo alla conformità alle regole procedurali fissate dal codice antimafia.

Infine il termine non perentorio ma comunque molto ristretto, pari a dieci giorni, fissato al giudice per decidere, induce a ritenere che egli debba emettere un decreto motivato, ma senza preve formalità; d'altronde in un termine così breve non sarebbe possibile fissare un'udienza, inoltrare avvisi alle parti e convocarle per un'audizione.

La scelta di rendere questo termine non perentorio lascia spazio al giudice di valutare l'opportunità di instaurare un articolato contraddittorio e di svolgere maggiori approfondimenti, valicandolo senza che vengano comminate sanzioni processuali.

Il richiamo agli artt. 737 ss. CPC rende i provvedimenti così emessi dal giudice delegato in tutto assimilabili a quelli emessi nei procedimenti di volontaria giurisdizione e come tali sempre modificabili e revocabili dallo stesso giudice, anche senza formalità.

6.2. — Una riflessione separata merita la disposizione contenuta nell'art. 36 co. 4 del Codice antimafia con riguardo alla stima dei beni formulata dall'amministratore giudiziario; si tratta in particolare delle operazioni di determinazione del presumibile valore di mercato degli stessi, che devono essere inserite quale contenuto minimo della sua prima relazione al giudice delegato.

A questa stima si è attribuito un particolare rilievo, potendo costituire parametro per la commisurazione del compenso dell'amministratore¹³, ma anche per stabilire il valore delle somme da liquidarsi ai creditori (nei limiti del 70% dei beni sequestrati), per effettuare valutazioni economiche e commerciali nell'ambito delle decisioni sulla prosecuzione o la messa in liquidazione dell'impresa; potrebbe essere anche utilizzata come termine di raffronto nella valutazione dei presupposti per l'applicazione della misura di prevenzione.

In realtà a tale stima è stata attribuita una rilevanza eccessiva. La stessa dizione utilizzata dal legislatore (presumibile valore di mercato) segnala che questa stima sconta un certo livello di approssimazione e costituisce solo una base di avvio per le valutazioni di carattere economico-gestionale di esclusiva pertinenza dell'amministrazione giudiziaria; se vi è una connessione strumentale con le attività di accertamento del procedimento di prevenzione, essa si deve correlare all'esigenza più volte richiamata di verificare la corrispondenza tra i beni descritti nel provvedimento e i beni appresi dall'amministratore, corrispondenza che va controllata anche con riguardo al valore di essi.

L'aggettivo «presumibile» rimanda a più ampi e approfonditi accertamenti, in un contesto suscettibile di mutamenti al pari degli umori dei mercati e dei valori che essi conferiscono ai beni, valori comunque esposti a modificazioni anche solo in ragione del fatto che l'amministratore potrà, nell'espletamento del suo mandato, verificare l'esistenza di difformità dei beni suddetti o la sussistenza di altri cespiti aziendali o di altri beni anche non facenti parti dell'azienda.

Eppure, nonostante questo, il legislatore — sul punto nemmeno specificamente sollecitato dalla legge-delega — ha ritenuto di disciplinare un particolare

¹³ In tal senso F. MENDITTO, *Codice antimafia*, cit., 130.

procedimento incidentale basato sulla contestazione della stima fornita dall'amministratore.

La scarsa disciplina dell'art. 36 co. 4 si limita a stabilire che in caso di contestazione sulla stima, il giudice delegato nomina un perito che procede alla stima in contraddittorio, dando applicazione alle norme del codice di procedura penale in materia di perizia, in quanto compatibili. Non si indica chi e come possa o debba formulare le dette contestazioni.

Quando prescrive i contenuti della relazione dell'amministratore giudiziario, l'art. 36 non chiarisce se e come essa sia ostensibile alle parti. Sotto la previgente normativa era pacifica l'interpretazione che escludeva che gli atti dell'amministratore fossero ostensibili alle parti.

In mancanza di un'esplicita innovazione sul punto, ci si deve chiedere come la parte possa proporre un'opposizione alla stima dell'amministratore se non c'è una norma che le consenta di venirne a conoscenza.

Peraltro, questa opposizione non deve essere necessariamente motivata e prefigura un accertamento incidentale governato dal giudice delegato su questioni attinenti a un presupposto di gestione. Si rischia così di bloccare la gestione medesima e di aprire un subprocedimento il cui esito avrebbe utilità non univoche, visto che la perizia non riguarda direttamente gli accertamenti del giudice della prevenzione e potrebbe investire scelte dell'amministratore, comunque non differibili.

Sul punto è stata già formulata una specifica proposta di riforma che mira alla riformulazione della norma con la previsione della possibilità limitata di accesso alla parte della relazione contenente la stima, dell'obbligo di formulare motivi a sostegno della contestazione, della fissazione di termini per la proposizione della contestazione, della previa verifica di ammissibilità, della possibilità di proseguire la gestione anche durante l'accertamento peritale del valore di mercato dei beni in sequestro¹⁴.

7. — Il codice antimafia disciplina un altro fronte nel proteiforme mondo relationale dell'amministratore giudiziario, quello dei rapporti con l'Agenzia.

L'Agenzia, come si è detto *supra* al § 4, formula gli indirizzi e le linee guida per la gestione delle aziende, promuove le intese con l'autorità giudiziaria per assicurare la rotazione degli incarichi degli amministratori, la corrispondenza tra profili professionali e beni sequestrati e la pubblicità dei compensi da essi percepiti, ma dovrebbe entrare in diretta relazione con l'amministratore sin dalla sua nomina per coadiuvarlo sotto la direzione del giudice delegato ai sensi dell'art. 38 co. 1.

Ha anche un potere di iniziativa perché può proporre al Tribunale l'adozione di tutti i provvedimenti necessari per la migliore utilizzazione del bene in vista della sua destinazione o assegnazione.

L'amministratore deve trasmettere all'Agenzia copia delle sue relazioni periodiche; inoltre il Tribunale deve trasmetterle i provvedimenti di modifica e di revoca dei sequestri nonché i provvedimenti di autorizzazione al compimento di atti di straordinaria amministrazione resi in favore dell'amministratore.

Tali provvedimenti, emessi dal giudice delegato, possono essere oggetto di richiesta di revoca o di modifica da parte dell'Agenzia; l'istanza dovrà essere rivolta al Tribunale e potrà essere motivata dal fatto che l'atto autorizzato possa recare pregiudizio alla destinazione o all'assegnazione del bene.

¹⁴ Cfr. Osservatorio su confisca, amministrazione e destinazione dei beni e delle aziende, *Prime proposte correttive al Codice antimafia*, in www.penalecontemporaneo.it, sub proposta n. 13.

Le scansioni testuali della norma ritagliano specificamente l'ambito di intervento, pur potenzialmente ampio, dell'Agenzia, circoscrivendolo a tematiche ben specifiche; non qualsivoglia doglianza, critica o proposta può avanzare l'Agenzia ma solo quelle che abbiano correlazione con specifiche prospettive di destinazione o assegnazione per il bene in sequestro. Non attiene pertanto alla sua competenza il sindacato generico sull'opportunità o sulla convenienza delle scelte gestionali, né sui profili di mera correttezza dell'operato dell'amministratore.

L'Agenzia può tuttavia proporre al Tribunale la revoca dell'amministratore giudiziario per ipotesi di grave irregolarità o di incapacità, mentre se frattanto l'amministrazione del bene in sequestro sia passata in capo ad essa e l'amministratore sia divenuto un proprio ausiliario è la stessa Agenzia che può autonomamente revocarlo (art. 35 co. 7).

È previsto che l'amministratore giudiziario sia sentito dal Tribunale prima che sia valutata la proposta di revoca (la quale può venire anche dal giudice delegato o può derivare da un'iniziativa d'ufficio dello stesso Tribunale); analoga garanzia non è prevista per l'amministratore quando sia divenuto ausiliario dell'Agenzia.

Mette appena conto di ricordare che le norme che prevedono il conferimento dell'amministrazione dei beni in sequestro all'Agenzia dopo la confisca di primo grado (così l'art. 38 co. 3 ed in relazione ad esso anche l'art. 44, che disciplina la gestione dei beni confiscati anche in via non definitiva, nonché l'art. 110 co. 2 e l'art. 112 co. 2 che descrivono i compiti della stessa Agenzia) erano rimaste inoperanti fino a poco tempo fa; la disciplina transitoria di cui all'art. 117 co. 5 aveva stabilito che fino alla data di entrata in vigore dei regolamenti sull'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia (*ex art. 113*) ai procedimenti in corso si sarebbero dovute applicare le disposizioni vigenti anteriormente all'entrata in vigore del codice antimafia.

Tali regolamenti sono stati pubblicati sulla Gazzetta ufficiale del 29.2.2012 e sono entrati in vigore il 15.3.2012. A decorrere da quella data dovrebbe diventare pienamente operativa in tutte le sue funzioni l'Agenzia; ma la forza di una legge, pure se se ne afferma la vigenza, non può essere tale da creare la materia prima necessaria per il suo funzionamento.

Sarà interessante vedere cosa accadrà a breve, quando i beni sottoposti a confisca di primo grado si sommeranno a quelli confiscati in via definitiva e da destinare e saranno tutti posti a carico dell'Agenzia, che frattanto rimane con le limitate dotazioni di risorse umane e materiali previste dalla legge vigente (30 persone). Al contempo i suoi compiti risultano aggravati da ulteriori competenze attribuitele dalle leggi più recenti¹⁵, mentre in più occasioni il Direttore dell'Agenzia ha lanciato l'allarme riguardo l'impossibilità di fare fronte al carico di lavoro che già è affidato all'ente e che è già sproporzionato rispetto alle risorse.

Con l'intento di evitare ricadute organizzative gravi e di liberare l'Agenzia da compiti cui non potrebbe attendere, fatte salve le funzioni di coadiuvazione, è stato proposto di riformare l'art. 38 co. 3 fissando il trasferimento dell'amministrazione giudiziaria all'Agenzia al momento della confisca in via definitiva¹⁶.

¹⁵ Tanto per limitarsi ad uno dei più recenti esempi, in forza del d.l. 9.2.2012 n. 5 conv. con modif. in l. 4.4.2012, n. 35 (c.d. "semplificazioni e sviluppo"), l'Agenzia dovrà censire tutti gli immobili a vocazione turistica perché siano successivamente dati in concessione a cooperative di giovani di età inferiore ai 35 anni.

¹⁶ Cfr. Osservatorio su confisca, amministrazione e destinazione dei beni e delle aziende, *Prime proposte correttive al Codice antimafia*, cit. *sub* proposta n. 14.

Se la legge non verrà mutata, gli effetti di essa saranno al momento in parte attenuati e in parte differiti per il fatto che si è formato un certo consenso intorno alla proposta interpretativa di considerare vigente la regola del conferimento dell'amministrazione all'Agenzia dopo la confisca di primo grado solo con riferimento ai procedimenti nei quali sia stata presentata la proposta di applicazione della misura di prevenzione dopo la data di entrata in vigore dei regolamenti (15.3.2012)¹⁷.

A ciò si aggiunga che, secondo l'art. 38 co. 7, l'amministrazione dell'Agenzia dopo la confisca di primo grado dovrebbe seguire le stesse regole poste per l'amministratore giudiziario e che in particolare il successivo art. 44 co. 2 prevede che l'Agenzia chieda al giudice delegato il nulla osta al compimento degli atti di straordinaria amministrazione; verrebbe allora meno quella condizione di autonomia disegnata per l'attività dell'Agenzia dopo la confisca di primo grado e al contempo si prefigurerebbero numerosi momenti di interlocuzione tra Agenzia e giudice delegato che richiederebbero una dinamicità che l'organismo potrà avere solo demandando tanti adempimenti al proprio coadiutore.

In tutto questo va ricordato che non sono mancati pertinenti rilievi riguardo al fatto che la disciplina della gestione del bene e dell'azienda da parte dell'Agenzia, disegnata dall'art. 44, appare compatibile solo con l'amministrazione di beni definitivamente confiscati; l'incongruità dell'estensione di tali norme all'amministrazione dei beni non definitivamente confiscati e le aporie tra disciplina dei poteri dell'Agenzia e obbligo di richiesta di previi nulla osta al giudice delegato hanno fatto sospettare un eccesso di delega¹⁸.

8. — Vi sono ipotesi in cui il sequestro investe solo una quota di beni e correlativamente la gestione da parte dell'amministratore giudiziario può diventare più complessa.

Il codice affronta partitamente due ipotesi: il sequestro di beni in comunione indivisa e il sequestro di una quota di società.

Del primo caso si occupa l'art. 40 co. 5 del Codice antimafia, che in maniera sbrigativa dà facoltà all'amministratore, previa autorizzazione del giudice delegato, di chiedere al giudice civile di essere nominato amministratore della comunione.

L'art. 1105 Cc prevede il ricorso al giudice (che provvede in camera di consiglio) da parte del partecipante alla comunione, nell'ipotesi in cui non si prendano i provvedimenti necessari per l'amministrazione della cosa comune o nell'ipotesi in cui non si forma una maggioranza.

Può dedursi che l'amministratore giudiziario può proporre il ricorso anche in assenza di questi presupposti perché, anche se l'istituto descritto dall'art. 40 co. 5 cit. è lo stesso, non vi è un esplicito rinvio alle disposizioni di cui all'art. 1105 Cc. E d'altronde le criticità che intuitivamente possono essere conseguenti alla convivenza tra l'amministratore giudiziario e gli altri comunisti possono giustificare questo differente trattamento.

La discrezionalità di questa scelta in uno con la necessità della previa autorizzazione da parte del giudice delegato si spiegano con il fatto che deve essere in

¹⁷ In tal senso F. MENDITTO, *La disciplina transitoria del Codice antimafia e le competenze dell'Agenzia Nazionale dopo l'emanazione dei regolamenti previsti dall'art. 113 del d.lgs. 159/11*, in www.penalcontemporaneo.it

¹⁸ F. MENDITTO, *Codice antimafia*, cit., 156 s.

concreto valutata la convenienza dell'amministrazione su tutto il bene indiviso sia per l'eventuale utilità della gestione del medesimo sia per l'opportunità che potrebbe derivare dal comportamento scorretto e invasivo degli altri comunisti sia infine perché comunque l'amministratore dovrebbe comunque rendere conto della sua gestione e degli utili pro quota agli altri comunisti rimasti esenti dal sequestro.

Assai limitati rimangono invece i margini di valutazione del giudice civile, se si ritiene inapplicabile la disciplina generale del codice civile con riguardo ai presupposti; egli si dovrà limitare a verificare l'esistenza di una comunione indivisa, di un sequestro pro quota e della necessità dell'amministratore di svolgere atti di gestione sul bene indivisibile, sulla cui opportunità avrà già formulato una specifica valutazione positiva il giudice delegato.

Pertanto non si comprende la necessità di un ulteriore snodo procedimentale separato dinanzi ad altro organo giurisdizionale, se non in una prospettiva rigidamente ancorata alla fascinosa quanto astratta distinzione tra competenze civili e competenze del giudice della prevenzione.

L'altra ipotesi meritevole di esame attiene il sequestro di partecipazioni societarie. Il legislatore disciplina specificamente il caso di sequestro di partecipazioni societarie che assicurino le maggioranze necessarie per legge; tale condizione consente all'amministratore giudiziario di esercitare poteri che possono condizionare le scelte dell'impresa e le modalità di prosecuzione dell'attività.

Pertanto questi casi ricevono la stessa disciplina del sequestro delle aziende, quanto alla formulazione della relazione e alle successive scelte di politica aziendale.

L'art. 41 co. 6 prevede però che l'amministratore possa, previa autorizzazione del giudice delegato, convocare l'assemblea per sostituire gli amministratori in carica prima del sequestro, in modo da assicurare il diretto controllo dell'esercizio di impresa da parte dell'autorità procedente ed estromettere soggetti comunque fiduciarmente legati ai propositi. Prevede anche che l'amministratore possa impugnare le delibere societarie di trasferimento della sede sociale, di trasformazione, fusione, incorporazione o estinzione della società, nonché ogni altra modifica dello statuto che possa arrecare pregiudizio agli interessi dell'amministrazione giudiziaria.

La norma è certamente singolare. Prevede una facoltà per l'amministratore giudiziario che già egli comunque ha per via del controllo di un pacchetto azionario di maggioranza. Correla poi alla disponibilità del pacchetto di maggioranza la possibilità di impugnare delibere che possono essere impuginate in base alle norme del codice civile anche essendo titolare di quote assai inferiori di azioni (cfr. ad esempio per le società per azioni il disposto dell'art. 2377 co. 3 Cc).

Rimane certo che tuttavia, quando le quote non possano assicurare la maggioranza, l'amministratore dovrà custodire o disporre di esse come se fossero beni, senza poter condizionare l'andamento delle aziende cui sono riferibili. In parallelo merita di essere evidenziato che, nei casi di comunione indivisa, non è di ostacolo all'estensione dell'amministrazione all'intero bene il fatto che la quota sequestrata non corrisponda alla maggioranza.

9. — L'amministratore ha l'obbligo di rendere il conto in tutte le ipotesi in cui cessa dal suo incarico, anche nel corso della procedura (art. 35 co. 8).

Pertanto quest'obbligo sorge in caso di dimissioni dell'amministratore, di revoca dello stesso in forza di provvedimento del Tribunale, di sopravvenuta cessazione del sequestro del bene, nonché infine — come precisa l'art. 43 — all'esito della procedura e comunque dopo la confisca di primo grado.

Difatti dopo la confisca di primo grado è comunque previsto che l'amministrazione giudiziaria transiti in capo all'Agenzia.

In questa ipotesi il conto deve essere presentato ma il Tribunale provvede alla sua approvazione e alle conseguenti statuizioni riguardo a spese, compensi e rimborsi, solo se l'amministratore giudiziario non sia stato nominato ausiliario dall'Agenzia (art. 38 co. 4).

Se invece l'amministratore è nominato ausiliario deve comunque presentare il conto di gestione, ma le fasi successive saranno regolate direttamente con l'Agenzia come sembra ricavarsi dall'art. 44.

Le spese necessarie e utili all'amministrazione devono essere sostenute prelevando le somme riscosse nella gestione o comunque nella disponibilità del procedimento, salva l'osservanza degli obblighi connessi alla contabilità separata. Se non sono disponibili somme da destinare alla copertura delle spese esse sono anticipate dall'erario con diritto a recupero nei confronti del titolare del bene in caso di restituzione.

Le somme necessarie al pagamento dei compensi all'amministratore, alle spese sostenute per i coadiutori o per il trattamento riservato in caso di trasferimento fuori residenza vanno inserite nel conto di gestione e vanno coperte con le disponibilità di tale conto se sufficienti; altrimenti vanno imputate all'erario senza diritto al recupero in caso di revoca del sequestro.

Si tratta di somme che, a differenza delle spese necessarie o utili all'amministrazione, il titolare del bene non avrebbe comunque sostenuto se il bene non gli fosse stato sequestrato.

I compensi per l'amministratore dovranno essere calcolati in base ad uno dei decreti che il Ministero deve ancora emettere a seguito del d.lgs. 4.2.2010 n. 14 in relazione all'istituzione dell'albo degli amministratori giudiziari.

Frattanto l'abrogazione delle tariffe professionali con il d.l. 24.1.2012 n. 1 conv., con modif., in l. 24.3.2012 n. 27, fa venire meno un altro dei parametri utilizzabili per commisurare le liquidazioni.

Ai sensi dell'art. 35 co. 9 l'amministratore giudiziario viene equiparato ai dirigenti di seconda fascia dello Stato quanto al trattamento assicurato in caso di trasferimento fuori residenza.

Rimane immutata nell'art. 43 la disciplina che consente la liquidazione di acconti sul compenso finale e di rimborsi spese da parte del tribunale, su richiesta dell'amministratore e sentito il giudice delegato. I compensi ai coadiutori o agli ausiliari vanno computati come spese dell'amministratore.

La liquidazione finale deve essere effettuata con decreto motivato del tribunale ma prima della redazione del conto finale, per consentire il suo computo nelle complessive voci di spesa.

I relativi provvedimenti devono essere comunicati, mediante avviso di deposito in cancelleria, all'amministratore giudiziario, che li può impugnare entro venti giorni dalla comunicazione con ricorso dinanzi alla Corte di appello (se il decreto è della Corte di appello dovrà rivolgersi alla stessa autorità che deciderà in diversa composizione). Legittimato risulta essere solo l'amministratore giudiziario e non anche il suo difensore se non munito di procura speciale¹⁹.

La Corte decide in camera di consiglio previa audizione del ricorrente entro il termine ordinatorio di quindici giorni dal deposito del ricorso.

Nell'assenza di alcuna specifica previsione del codice antimafia in senso con-

¹⁹ Così già Cass. 28.1.2004, Lupo, in *CEDCass* m. 227883.

trario, deve considerarsi ancora operante il principio affermato in giurisprudenza secondo il quale non è autonomamente ricorribile il decreto interinale di liquidazione di un acconto, su richiesta dell'amministratore, trattandosi di impugnazione non prevista dalla legge e, comunque, di atto i cui effetti possono essere modificati con ulteriori provvedimenti di acconto e con quello di liquidazione finale²⁰.

La pendenza di un ricorso per la quantificazione dei compensi incide di fatto sulla possibilità di redigere il conto finale, vista la disposizione di cui all'art. 42 co. 5.

In ogni caso all'esito della procedura o comunque dopo la confisca di primo grado, l'amministratore giudiziario deve presentare il conto della gestione al giudice delegato secondo le modalità fissate dall'art. 43. Deve in particolare esporre in modo completo e analitico le modalità e i risultati della gestione, indicando le somme pagate e quelle riscosse, descrivendo analiticamente i cespiti, riportando il saldo finale, allegando i documenti giustificativi, le relazioni periodiche e il registro delle operazioni effettuate.

Il conto passa ad un primo sommario vaglio del giudice delegato che, se accerta irregolarità o incompletezza, invita l'amministratore a procedere alle opportune integrazioni o modifiche, fissandogli un termine.

Se il conto appare regolare, anche in seguito alle modifiche richieste all'amministratore, il giudice delegato ne ordina il deposito in cancelleria unitamente ai documenti allegati, manda alla cancelleria di dare comunicazione del deposito agli interessati, al pubblico ministero e all'Agenzia e assegna un termine a costoro per la presentazione di eventuali osservazioni e contestazioni.

Le contestazioni debbono, a pena di inammissibilità, essere specifiche e riferite a singole voci contabili e non possono avere ad oggetto i criteri e i risultati di gestione.

In assenza di contestazioni ammissibili il giudice approva il rendiconto.

In presenza di contestazioni ammissibili deve essere fissata udienza di comparizione dinanzi al collegio, all'esito della quale o viene approvato il conto o l'amministratore giudiziario viene invitato a sanare le irregolarità.

Non è formalmente concepita l'ipotesi di un provvedimento di non approvazione del conto, che costituisce l'esito finale e necessario di tutto il procedimento anche a seguito di inviti (anche reiterati) all'amministratore di sanare le irregolarità.

Il collegio decide con ordinanza motivata ricorribile per cassazione entro dieci giorni dalla comunicazione.

10. — Negletti o tartassati, i creditori delle aziende sottoposte a sequestro sono stati sempre ritenuti la zona grigia nella quale indistintamente si trovano soggetti collusi con l'imprenditore mafioso e soggetti che, estranei o meno alle dinamiche criminali, comunque avrebbero subito un danno al loro patrimonio in conseguenza del provvedimento di prevenzione, senza potere in alcun modo reagire²¹: situazione, questa, che faceva insorgere la dottrina civilistica, la quale vedeva

²⁰ Cass. 23.2.2006, De Simone Saccà, in *CEDCass* m. 233585; Cass. 18.6.2002, Giuffrida, in *CEDCass* m. 222646.

²¹ E. AGUGLIA, *Misure patrimoniali antimafia ed oppressione dei creditori*, in *DFall* 1990, II, 616 ss.; da questa condizione scoraggiante per i creditori sarebbero derivate anche conseguenze negative per l'impresa in amministrazione giudiziaria secondo G. PUGLISI, *Davvero una svolta alle legge sulla confisca dei beni mafiosi*, in *DPenProc* 1996, 424.

crollare le strutture concettuali sue proprie e, al contempo, le garanzie per i diritti, le facoltà e i patrimoni dei privati sotto l'invasivo intervento repressivo (ancorché chiamato «di prevenzione»), che spazzava via negozi, accordi, effetti già prodotti in forza dell'esercizio della libertà contrattuale; situazione che, al contempo, mostrava l'assoluta inadeguatezza delle categorie civilistiche a regolare le conseguenze non tanto del sequestro di prevenzione ma ancor prima dell'infiltrazione mafiosa nelle imprese, nelle attività di accumulazione dei patrimoni, nelle conseguenti distorsioni sulla libertà di esercizio delle attività economiche e di contrattazione.

Il rigore richiesto dall'applicazione delle norme e delle categorie civilistiche determinava la cristallizzazione di situazioni inique, favorevoli al mantenimento degli effetti nefasti prodotti sul mercato e nell'accumulazione dei patrimoni dalle condotte delittuose.

La regolamentazione civilistica dei rapporti poteva dare formale giustificazione giuridica alle distorsioni economiche prodotte dalle organizzazioni mafiose, proprio quando l'attività investigativa ne aveva svelato i contorni illeciti²²: ragione per la quale il sopravvenuto intervento di un sequestro nell'ambito delle misure di prevenzione faceva sì che, in linea di principio, venisse bandita perché inadeguata la prospettiva civilistica nella regolamentazione dei rapporti; essi restavano così sospesi nell'attesa che il giudizio di prevenzione espandesse il suo ambito di cognizione dentro e attorno al patrimonio del proposto, nell'ottica di individuare tutti i crediti e gli oneri di comodo, eventualmente precostituiti per sottrarre ricchezze all'intervento dello Stato, e al contempo con la prospettiva di privilegiare comunque le ragioni dello Stato a fronte di quelle dei terzi che avevano acquisito diritti sui beni o verso le persone dei proposti²³.

La rigida separazione tra disciplina dei rapporti privatistici e disciplina penale finiva per creare due mondi artificiali a camera stagna al cui interno — o dell'uno o dell'altro — una determinata relazione di credito/debito doveva o non doveva entrare; e poi, entrando nell'una o nell'altra, ne venivano fuori valutazioni ed effetti magari del tutto opposti. Non mancavano pertanto procedure esecutive che si concludevano con la vendita di beni pignorati, ma al contempo anche sottoposti a sequestro nell'ambito di procedimenti di prevenzione; dopo l'aggiudicazione del bene, il procedimento di prevenzione proseguiva e poteva concludersi anche con la confisca, con appendice di complesso contenzioso tra aggiudicatari e amministrazione pubblica, tutto incentrato su quale dei due procedimenti si fosse svolto senza produrre effetti.

Concentrati su norme e procedure, ci si dimenticava che i fatti e i rapporti, pur nelle loro complesse articolazioni e sfaccettature, esistono ben prima delle categorie giuridiche e hanno una loro unitarietà che queste ultime possono talvolta essere incapaci di cogliere. Per questo motivo accadeva, con riferimento alle

²² Tale preoccupazione era già presente nei primi studi di impronta civilistica sul tema: A. MAISANO, *Profili commerciali della nuova legge antimafia*, in *RCritDPriv* 1984, II, 419 ss.; Id., *Misure patrimoniali antimafia e tutela dei creditori*, in *GComm* 1986, II, 893; G. MONTELEONE, *Effetti ultra partes delle misure patrimoniali antimafia*, in *RIDPC* 1988, 576 ss.; G. BONGIORNO, *Tecniche di tutela dei creditori nel sistema delle leggi antimafia*, in *RIDProc* 1988, I, 444.

²³ Sui rischi derivanti dall'uso di qualità soggettive e categorie condizionate da posizioni processuali incerte si veda A. MANGIONE, *La "contiguità" alla mafia fra "prevenzione" e repressione": tecniche normative e categorie dogmatiche*, in *RIDPP* 1996, 708 ss.; Id., *Politica del diritto e "retorica dell'antimafia": riflessioni sui recenti progetti di riforma delle misure di prevenzione patrimoniali*, in *RIDPP* 2003, 1186 ss.

ragioni dei titolari di crediti riferibili a beni o a imprese in sequestro, che esse ricevessero valutazioni o tutela diversa a seconda del cono di luce sotto il quale venivano illuminate. Dalla prevalenza del procedimento penale derivava la definitiva mortificazione delle ragioni dei terzi creditori; dall'affermazione dell'autonomia della giurisdizione civile o dell'indifferenza rispetto ad essa delle procedure di prevenzione (o comunque penali) derivava la piena riespansione delle pretese creditorie nell'ambito di eventuali e paralleli procedimenti civili con conseguenti contrasti di giudicati insuperabili o di fatto paralizzanti per la gestione degli amministratori.

Dopo anni di vigoroso dibattito giurisprudenziale, segnato da contrastanti orientamenti talvolta con gravi conseguenze sull'efficacia delle procedure di prevenzione, erano stati raggiunti alcuni punti di arrivo che avevano chiarito le condizioni alle quali i diritti dei terzi potevano trovare tutela²⁴.

Diritti reali sui beni e crediti facenti capo a terzi trovavano riconoscimento se risultavano da atti aventi data certa anteriore al sequestro, se erano sorti in capo a soggetti che non risultassero coinvolti nei fatti dai quali era scaturito il procedimento di prevenzione, se — con riferimento ai diritti reali su beni immobili o mobili registrati — l'atto che aveva costituito il diritto fosse stato trascritto in data anteriore alla trascrizione del sequestro.

Lo snodo centrale per il riconoscimento dei diritti dei terzi vantati nei confronti di beni o aziende in sequestro rimaneva comunque la buona fede, concetto che veniva modulato nell'ambito del procedimento di prevenzione cercando di mantenere l'assetto concettuale elaborato dalla dottrina e dalla giurisprudenza civilistica ma con risultati non sempre univoci.

Veniva adattato alle particolari connotazioni del procedimento di prevenzione il concetto di affidamento incolpevole, che si correlava all'adempimento degli obblighi di diligenza del creditore; costui, se trae un'utilità dal bene che sia frutto o strumento di un'attività illecita, dovrà dimostrare di avere osservato tutti gli obblighi di informazione e di verifica anche in ordine alle connessioni con gli interessi criminali del bene gravato da un suo diritto o del rapporto dal quale origina una sua pretesa, senza ricavare elementi utili per venirne a conoscenza²⁵.

Con riferimento ai diritti sui beni la trascrizione degli atti diventava un elemento di certezza ai soli fini di escludere la buona fede; qualora cioè l'atto costitutivo del diritto o l'atto di pignoramento di beni fosse effettuato dopo la trascrizione del provvedimento di sequestro, ciò impediva l'opponibilità degli effetti alla procedura e comunque poteva valere ad escludere la buona fede.

Nei casi in cui il sequestro non fosse stato trascritto o fosse stato trascritto in epoca successiva alla trascrizione dell'atto costitutivo del diritto o del pignoramento, l'atto era opponibile rispetto al procedimento di prevenzione e l'anteriorità del diritto medesimo consentiva in sede civile di esercitare tutte le connesse pretese.

²⁴ Per una rassegna ragionata di queste tematiche si rinvia ad A. AIELLO, *La tutela civilistica dei terzi nel sistema della prevenzione patrimoniale antimafia*, Milano 2005; ID., *I "terzi" nelle misure di prevenzione patrimoniali*, in G. FIANDACA - C. VISCONTI (a cura di), *Scenari di mafia*, Torino 2010, 392 ss.; e a F. CASSANO, *Confisca antimafia e tutela dei diritti dei terzi*, in *CP* 2005, 2155 ss.; ID., *La tutela dei diritti nel sistema della prevenzione antimafia*, in G. FIANDACA - C. VISCONTI (a cura di), *Scenari di mafia*, cit., 414 ss.

²⁵ Da Cass. (S.U.) 28.4.1999, Bacherotti, in *FI* 1999, II, 2823, si diparte una consolidata giurisprudenza in questo senso.

Dall'antieriorità della trascrizione non derivava una dimostrazione piena della buona fede e si raggiunse un certo consenso sul fatto che non valesse nemmeno a radicare una presunzione di buona fede.

Si affermò il principio per cui la buona fede andava autonomamente accertata, ma dinanzi al giudice penale o della prevenzione. Doveva essere il creditore o il terzo titolare del diritto a richiedere tale accertamento; il fatto che su di lui gravasse l'onere di dimostrare di avere positivamente adempiuto con diligenza gli obblighi di informazione e di accertamento e di aver perciò fatto affidamento incolpevole sul soggetto nei cui confronti ha acquisito il diritto di garanzia non è stato ritenuto in contrasto con i principi costituzionali di uguaglianza (art. 3 Cost.) e di difesa (art. 24 Cost.), atteso che, da un lato, il doveroso bilanciamento tra gli interessi statali e quelli del privato porta a ritenere opportuna la prevalenza dei primi rispetto ai secondi e, dall'altro, la posizione del privato viene comunque tutelata facendo salva la possibilità che egli provi la sua buona fede²⁶.

Poiché la sua posizione non rendeva obbligatoria la sua citazione in giudizio nel procedimento penale o in quello della prevenzione e poiché egli avrebbe potuto esercitare le sue pretese sul bene in sequestro dopo che ne fosse disposta la confisca, l'istanza per il riconoscimento del proprio diritto o del proprio credito doveva essere avanzata dopo la definizione del procedimento con la confisca irrevocabile, proponendo incidente di esecuzione²⁷.

Operava sempre il principio di separatezza in questo sistema nel quale la pretesa era civilistica, ma doveva essere assistita da una "buona fede" che solo in sede penale poteva essere compiutamente accertata; quando il giudice penale ne avesse verificata la sussistenza, la pretesa civilistica doveva tornare nel campo suo proprio, quello della giurisdizione civile, per essere azionata e quindi soddisfatta nelle forme previste dalla legge e ancora possibili (dopo la confisca, il terzo sarebbe rimasto deprivato dalla possibilità di procedere ad esecuzione forzata sul bene frattanto acquisito dallo Stato)²⁸.

Frattanto i giudizi civili o le procedure esecutive promosse da terzi creditori sui beni o nei confronti delle aziende sottoposte a sequestro, anche laddove fossero stati iniziati convenendo in giudizio le persone dei propositi prima dell'esecuzione del sequestro, potevano vedere l'intervento dell'amministratore giudiziario e, su specifica eccezione di quest'ultimo, potevano essere sospesi in attesa che in sede penale venisse accertata la buona fede dell'attore o del creditore precedente. Se era poi intervenuta la confisca, poteva essere richiesto al giudice dell'esecuzione di emettere una declaratoria di improseguibilità²⁹.

Non mancavano, tuttavia, autorità giudiziarie competenti per i procedimenti esecutivi, che ritenevano di non sospendere la procedura avviata prima del sequestro con trascrizione anteriore sia del diritto di garanzia sul bene sia del

²⁶ Così più di recente Cass. 29.4.2011, MPS Gestione e altri, in *CEDCass* m. 250910.

²⁷ Così Cass. 10.5.2005, p.o. in proc. Virga, in *CEDCass* m. 232102; Cass. 28.3.2006, Cosmai e altri, in *CEDCass* m. 233945; Cass. (S.U.) 19.12.2006, Auddino e altro, in *DPenProc* 2007, 1297 (con nota di A. M. MAUGERI) anche con riferimento al terzo proprietario del bene che non abbia partecipato al giudizio. La regola veniva ritenuta operante per tutte le tipologie di sequestro disposte nell'ambito di procedimenti anche penali, persino per il sequestro conservativo *ex art.* 316 CPC; cfr. Cass. 1.12.2009, Capitalia Service e altro, in *CEDCass* m. 246035. Per una ricostruzione della giurisprudenza in questo senso cfr. M. MONTAGNA, *I sequestri nel sistema delle cautele penali*, Milano 2005, 267, che formula severe critiche a tale orientamento.

²⁸ Cass. 18.4.2007, CTF Finanziaria s.p.a., in *CEDCass* m. 236825.

²⁹ Cass. civ. 19.6.2009, Servizi imm. Banche Sib s.p.a. c. Davide e altri, in *CEDCass* m. 698546.

pignoramento; la trascrizione successiva del sequestro del bene faceva considerare inopponibile il provvedimento a soggetti che non ne erano specificamente destinatari, con conseguenze che finivano per travolgere gli effetti del sequestro medesimo.

Frattanto in sede di esecuzione del sequestro si faceva spesso valere il principio per il quale l'amministratore giudiziario veniva immesso nel possesso dei beni e subentrava solo nei rapporti attivi e non in quelli passivi, poiché non sarebbe stato ammissibile un vincolo di indisponibilità su una passività. Era questo un principio che appariva difficilmente conciliabile con le realtà aziendali dove la complessità dei rapporti, con posizioni attive e passive talvolta riconducibili ad uno stesso accordo e con l'esigenza di preservare relazioni commerciali correlate ad evidenti esposizioni debitorie, rendeva assai difficile — oltre che talvolta evidentemente iniquo — applicare rigidamente tali regole.

D'altro canto, questa situazione conduceva a distorsioni assai poco tollerate dai terzi creditori, che talvolta, mentre non potevano nemmeno richiedere l'adempimento dei pregressi debiti, dovevano proseguire i rapporti con l'azienda in amministrazione giudiziaria adempiendo alle proprie obbligazioni e accontentarsi delle sole controprestazioni relative al periodo successivo all'esecuzione del sequestro. Ai loro occhi, arbitro delle sorti dei loro crediti era l'amministratore giudiziario, che in una posizione di tutto vantaggio poteva effettuare scelte senza rischio di impresa, visto che era di fatto autorizzato a non prendersi alcuna cura dei debiti pregressi.

Ma nel gioco dei punti di vista, paradossalmente, anche gli amministratori giudiziari mostravano di vivere con disagio la medesima situazione; pur avvantaggiati dalla possibilità di congelare il debito pregresso o di imputarlo personalmente in capo al proposto, essi avrebbero dovuto organizzare la gestione nella condizione di incertezza determinata dalla possibilità che, in sede di incidente di esecuzione, fossero riconosciuti crediti di buona fede cui dover fare fronte senza avere potuto preventivare l'entità dell'aggravio.

Inoltre, dinanzi alle prospettive di prosecuzione dell'attività di un'azienda in sequestro, l'amministratore poteva trovare necessario regolamentare con taluni creditori anche rapporti pregressi o perché correlati a rapporti ancora in corso o perché funzionali alla negoziazione futura di più fluidi e convenienti rapporti commerciali; a questo si aggiunga la considerazione che il debito pregresso, qualora debba essere poi onorato a conclusione della procedura, costituirà talvolta un ben poco conveniente orpello, suscettibile di produrre cospicui interessi ed irsuti contenziosi, moltiplicando inutilmente oneri che altrimenti avrebbero potuto subito essere ridimensionati anche attraverso accordi di ristrutturazione del debito medesimo.

In assenza di una specifica regolamentazione, l'amministratore giudiziario e il giudice delegato potevano difficilmente effettuare scelte che, anche *ex post*, risultassero giustificabili e non arbitrarie; e difatti tali scelte potevano muovere da valutazioni di convenienza economica e di funzionalità dei rapporti negoziali rispetto alle attività di imprese proseguite o iniziate dopo il sequestro, ma comunque determinavano un trattamento preferenziale tra i creditori che prescindeva dagli accertamenti processuali sulla loro buona fede, dal principio della *par condicio creditorum* e dalla verifica di cause di prelazione.

Le inquietudini provocate sul fronte della tutela dei terzi nel corso dei trent'anni di applicazione delle misure di prevenzione si misurano con il consistente numero di disposizioni dedicate a questa materia nella legge-delega che ha preceduto il codice antimafia, quasi che, per giungere all'auspicata sconfitta di tutte

le mafie (di cui parla con ingenua sicumera la relazione al disegno di legge), fosse quello lo snodo fondamentale³⁰.

Ne è derivata un'articolata, ampia e del tutto nuova disciplina sulla tutela dei terzi e i rapporti con le procedure concorsuali: l'intero Titolo IV del Codice antimafia, composto da tre capi e da quattordici articoli, ha l'ambizione di fornire definizioni generali, regole di sistema e procedure certe che consentano la tutela dei diritti di credito dei c.d. estranei al reato³¹.

Una tutela che promette di essere piena, tanto piena da dare origine ad un procedimento che viaggia su binari indipendenti dalle vicende dell'amministrazione giudiziaria e dalle prospettive di destinazione del bene; tanto piena che stabilisce che qualsiasi creditore di buona fede debba rimanere indenne dalle conseguenze della confisca offrendo sull'altare di questo principio il 70% del valore dei beni confiscati; ma alla fine anche tanto velleitaria da creare meccanismi che potranno produrre sin dal sequestro un progressivo impoverimento del compendio sul quale i creditori si debbano rivalere e tanto equivoca e declamatoria da confondere *beneficium ordinis* e *beneficium excussionis*, crediti personali del proposto e crediti relativi al compendio sequestrato, amministrazione giudiziaria e procedura concorsuale.

Il Titolo IV avvia prospettive di risoluzione al problema della tutela dei creditori, ma poi, senza riuscire ad intraprendere percorsi nuovi e più adeguati al temperamento degli interessi in conflitto, si irrigidisce a disciplinare snodi procedurali più appropriati per altre più semplici e tradizionali materie, come il fallimento. Mette appena conto ricordare che il cammino impervio degli operatori attraverso le norme che saranno di seguito analizzate non inizierà nei procedimenti in corso alla data di entrata in vigore del codice antimafia, ma solo in quelli in cui la proposta di misura di prevenzione sia stata presentata in data successiva (art. 117 co. 1).

11. — L'art. 52 del codice antimafia dovrebbe contenere una piccola rivoluzione. Vi si afferma che la confisca non dovrà pregiudicare i diritti di credito dei terzi che risultino da atti aventi data certa anteriore al sequestro.

Si tratta di una prima rottura di sistema, visto che, secondo un'altra disposizione dello stesso Codice antimafia, la confisca da parte dello Stato determina l'acquisizione del bene o dell'azienda a titolo originario e quindi non comporta la successione nei rapporti obbligatori; si può discutere della sorte dei diritti reali di garanzia che gravano su singoli beni, visto che l'art. 54 co. 4 esplicita solo che la confisca definitiva determina lo scioglimento dei contratti aventi ad oggetto un diritto personale di godimento e l'estinzione dei diritti reali di godimento sui beni stessi, fatto salvo il diritto ad un equo indennizzo che spetta sulle somme ricavate dall'attività dei beni confiscati o dalla loro vendita in prededuzione rispetto agli altri crediti. La norma quindi ammicca alla tesi che vede nella confisca una modalità di acquisto del bene a titolo originario, ma assicurando tutela al diritto reale di garanzia acquisito in buona fede finisce per recepire la tesi sostenuta dalla

³⁰ Nella relazione al disegno di legge delega n. 3290, presentato il 9.3.2010 alla Camera dei deputati dal Ministro dell'Interno Maroni e dal Ministro della Giustizia Alfano, si legge che con il Piano straordinario contro le mafie «il governo intende approntare una nuova strategia integrata di ampio respiro per sconfinare definitivamente la criminalità organizzata».

³¹ Per una prima lettura critica di questa parte del Codice antimafia v. G. CHINNICI, *A garanzia della libertà imprenditoriale e del libero mercato*, in *Narcomafie* 2011 (12), 32 ss.

giurisprudenza prima dell'entrata in vigore del Codice e secondo la quale la confisca non può estinguere queste particolari tipologie di diritto³².

Certamente però i creditori chirografari sono tutelati dall'art. 2740 Cc con la previsione della sola garanzia generica, in base alla quale il debitore risponde dell'adempimento con tutti i suoi beni presenti e futuri. Se al preposto vengono confiscati dei beni, questi vengono sottratti alla garanzia generica e nulla potrebbe pretendersi nei confronti dello Stato che ha acquisito quei cespiti.

Nasce quindi un primo problema operativo: comprendere a quali creditori chirografari il legislatore ha inteso riferirsi quando ha stabilito questo nuovo principio che garantisce loro di ottenere l'adempimento del credito anche in presenza della confisca.

Il proposto può subire il sequestro di parte del proprio patrimonio o anche del patrimonio nella sua interezza; può subire il sequestro di beni personali o di una sua azienda; l'azienda a sua volta può fare capo ad una ditta individuale e quindi identificarsi con il proposto (sicché, tra il patrimonio aziendale e il patrimonio personale, opererà la confusione) oppure può fare capo ad una diversa soggettività giuridica.

Frattanto, il proposto può avere contratto debiti per ragioni inerenti l'uno o l'altro dei beni sequestrati o ancora inerenti l'azienda, ma potrebbe averne assunti anche per fare fronte ad esigenze di natura personale o familiare o, in ogni caso, per cause che non presentano alcuna attinenza con i beni sequestrati.

L'art. 52 non distingue tra debiti personali del proposto, debiti strumentalmente correlati ai beni sequestrati e debiti aziendali; distingue invece tra diritti di credito e diritti reali di garanzia.

I diritti reali di garanzia gravano su specifici beni; quindi, qualsivoglia sia la causa del rapporto dal quale originano (dunque, anche se sono stati costituiti per garantire un debito personale), trovano tutela se sussistono le condizioni fissate dal codice antimafia; il diritto reale deve risultare da trascrizione precedente a quella del provvedimento di sequestro e il terzo deve averlo acquisito in buona fede. A queste condizioni potrà rivalersi con riferimento al singolo bene gravato dal diritto reale di garanzia.

I creditori chirografari sembrano del pari richiamati tutti; se il debitore è il proposto, essi non dovranno dimostrare per ottenere tutela che il loro credito attenesse specificamente ai beni compendio del sequestro.

Le condizioni fissate dall'art. 52 sembrano giustificare questa lettura visto che investono tutto il patrimonio e tutti i rapporti del proposto.

Il credito o il diritto reale di garanzia deve risultare da atto avente data certa anteriore al sequestro; il requisito della certezza della data e il riferimento all'atto implica che deve considerarsi implicita la rilevanza della forma scritta e dell'osservanza — ove necessaria — delle prescritte forme di pubblicità ai fini dell'opponibilità.

Per i creditori chirografari la prima condizione è che l'escussione del restante patrimonio del proposto sia risultata insufficiente al soddisfacimento dei credito.

³² Alcune decisioni parlavano esplicitamente di successione a titolo particolare dello Stato: cfr. Cass. 11.2.2005, Servizi Immobiliari Banche e altri, in *CP* 2006, 634; per limitarsi a citare alcune pronunce più recenti (oltre a quelle ben più note delle sezioni unite, tra le quali la nota sentenza c.d. Bacherotti), cfr. Cass. 16.6.2009, Rocci, *CEDCass* m. 244816; nonché Cass. 2.4.2008, Italfondario s.p.a., *CEDCass* m. 239625, con riferimento alla necessità di accertare l'affidamento incolpevole anche in capo all'eventuale terzo cessionario del credito garantito da ipoteca.

Per i crediti assistiti da cause legittime di prelazione su singoli beni la condizione non vale e costoro potranno rivalersi su questi singoli beni.

La norma ripropone una terminologia già utilizzata per l'istituto del *beneficium excussionis* previsto dall'art. 2304 Cc con riferimento ai creditori sociali che possono rivalersi sul patrimonio personale dei singoli soci solo dopo avere escusso il patrimonio sociale; l'istituto non ha carattere generale, come più volte ha spiegato la giurisprudenza³³, e pertanto la sua introduzione in questo settore costituisce una seria innovazione. Il beneficio viene posto a presidio dei beni sequestrati e poi confiscati e delinea un discrimine che prescinde dall'origine del credito vantato.

Questo sarebbe stato il profilo di disciplina che poteva fare emergere la rilevanza, per il legislatore, della natura personale del debito del proposto; sarebbe bastato indicare che, se per tutti i crediti bisogna prima escutere il restante patrimonio del proposto, e solo dopo rivolgersi alla procedura di prevenzione, per quelli di natura personale il creditore non poteva comunque richiedere alla liquidazione del suo credito rispetto ai diversi beni confluiti nel procedimento di prevenzione.

Ciò non è avvenuto; anzi, come si vedrà a breve, ciò che rileva per il legislatore è soltanto che il credito origini da un rapporto negoziale reale e di cui va accertata la natura, ma per la specifica finalità di escluderne la strumentalità rispetto all'attività illecita o a quella che ne costituisce il frutto o il reimpiego. Non certo per verificare che il credito ha una relazione con il bene o l'azienda in sequestro.

Va poi ricordato che il *beneficium excussionis* opera in sede esclusivamente esecutiva³⁴ e richiede pertanto l'esperimento infruttuoso o non del tutto soddisfacente delle procedure esecutive previste dalla legge.

L'art. 52 co. 1 lett. *a* parla di escussione in senso tecnico; sicché la tutela dei terzi viene condizionata alla conclusione della procedura esecutiva che deve essere pertanto esperita prima di rivolgersi al giudice della prevenzione per ottenere la corresponsione di quanto dovuto in relazione ai crediti vantati.

Sul piano pratico questa è certamente la condizione che rende più difficile l'accesso alla verifica delle ragioni del terzo creditore chirografario, specie quando risultino altri beni del proposto non sottoposti a sequestro o altre sue fonti di reddito, ma anche — potremmo aggiungere — se risultino altri creditori solidali, dovendosi ricavare dal principio così affermato dalla lett. *a* del citato art. 52 anche un obbligo di preventiva escussione dei patrimoni degli altri obbligati *in solidum*, visto che la norma è posta a salvaguardia dei beni acquisiti allo Stato che dovranno essere liquidati solo se non vi sono altri modi per soddisfare le pretese legittime dei terzi; non si potrebbe lasciare a costoro, in presenza di alternative, di scegliere se preferiscano insinuarsi nella procedura, quando possono rivolgersi ad altri obbligati in solido.

Eppure dal dettato di altre norme emerge che il legislatore ritiene possibile procedere all'udienza di verifica dei crediti ben prima della confisca e comunque subito dopo che l'amministratore giudiziario abbia predisposto l'elenco dei creditori; come se la preventiva escussione da parte del creditore chirografario, senza

³³ Più di recente Cass. civ., 4.8.2010, Aquilini c. INPS e altri, in *CEDCass* m. 615175; già Cass. civ. 9.5.2007, Min. Economia c. Barone, in *CEDCass* m. 597328

³⁴ In questo senso tra le tante Cass. civ. 3.3.2011, Testa c. Frosini, in *CEDCass* m. 616302; Cass. civ. 12.8.2004, Marocco c. INPS, in *CEDCass* m. 576756.

la quale non potrebbe essere ammesso a partecipare dei ricavi dell'eventuale liquidazione del patrimonio sequestrato, potesse darsi per conclusa in così breve tempo. Forse il legislatore aveva presente il diverso e più agevole meccanismo del c.d. *beneficium ordinis* in forza del quale è sufficiente registrare l'inadempimento del proposto, magari anche a seguito di rituale messa in mora, per insinuarsi nella procedura di prevenzione; o forse semplicemente aveva fiducia nella celerità delle procedure esecutive. Fatto si è che il dato testuale non può lasciare dubbi sulla necessità della preventiva escussione del patrimonio personale, quantomeno per il creditore chirografario, con tutte le conseguenze che ciò implica sul piano pratico.

Vale la pena avere presente l'eventualità non eccezionale che nel corso della procedura alcuni beni siano dissequestrati e restituiti al proposto a fronte di altri che vengono confiscati; in una situazione simile il creditore dovrà promuovere l'esecuzione sui beni restituiti prima di rivolgersi alla procedura di prevenzione.

Quanto alle altre condizioni, la lett. *b* dell'art. 52 richiede che il credito non sia strumentale all'attività illecita o a quella che ne costituisce il reimpiego o il frutto, a meno che il creditore dimostri di avere ignorato in buona fede il nesso di strumentalità.

La norma rivela una visione molto ingenua della presenza della criminalità organizzata nell'economia.

Beni e aziende sequestrate nell'ambito del procedimento di prevenzione, ai sensi dell'art. 20 del Codice antimafia, sono quelle che corrispondano ad un valore sproporzionato rispetto al reddito dichiarato o all'attività economica svolta oppure quelle che siano frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego. La eventuale successiva confisca non avviene perché sia stata accertata un'attività illecita ma perché il proposto non è in grado di giustificare la legittima provenienza dei beni non proporzionati rispetto al suo reddito lecito.

Non vi è pertanto nell'orizzonte del procedimento di prevenzione un'attività in sé e in evidenza illecita rispetto alla quale il credito sia strumentale; e peraltro se il credito è strumentale ad un'attività che costituisce il reimpiego o il frutto di altra precedente attività illecita, ebbene il credito sarà correlato ad un'attività per lo più apparentemente lecita.

L'impresa mafiosa agisce nel mercato legale con forme apparentemente lecite; produce beni e servizi e assume obblighi con i creditori che servono all'esercizio dell'impresa, ma che semmai possono essere strumentali ad artifici di cassa o di bilancio utili a far disperdere le tracce dei flussi finanziari.

Si tratta spesso di operazioni la cui strumentalità rispetto agli obiettivi del proposto non possono essere semplificati con il richiamo all'attività illecita, se non a patto di considerare la locuzione, in senso assai lato, tale da ricomprendere qualsiasi comportamento negoziale o contrattuale che implichi la violazione di norme o che ricerchi deliberatamente forme opache di negoziazione; non può dimenticarsi che una delle condotte illecite che le misure di prevenzione patrimoniale prefigurano e contrastano è quella di occultamento dei beni suscettibili di sequestro e di confisca.

In questo senso, allora, la lett. *b* dell'art. 52 sembra riferirsi con le sue approssimative movenze testuali al c.d. "credito di comodo", quello funzionale al mantenimento del patrimonio in mano alla criminalità organizzata anche in caso di intervento dell'autorità giudiziaria o comunque volto a creare un'apparente giustificazione lecita a flussi finanziari di incerta origine.

La norma va però interpretata dando rilevanza a qualsivoglia nesso strumentale tra credito e condotte illecite comunque commesse nell'esercizio dell'impresa, ivi comprese quelle non aventi rilevanza penale seppure contrarie alle regole poste a

presidio degli obblighi fiscali o della trasparenza del mercato³⁵; non senza dimenticare che la più autorevole giurisprudenza aveva affermato che per escludere l'estraneità del terzo sul piano obiettivo rispetto all'attività illecita bastava registrare la specifica utilità che dal rapporto e dal bene di provenienza illecita egli aveva tratto³⁶.

In tal modo può darsi un senso alla possibilità del creditore di dimostrare di avere ignorato in buona fede il nesso di strumentalità; se cioè un'operazione commerciale dalla quale origina un credito sia correlata all'esercizio di un'attività di impresa in sé lecita, ma sia connotata dalla violazione di norme o sia funzionale alla violazione di norme, deve considerarsi strumentale ai sensi dell'art. 52 lett. *b*. Non basterà così al creditore dichiararsi in buona fede se non ha agito osservando i propri obblighi di legge, che vengono ben prima degli obblighi di informazione e di accertamento, richiamati dall'elaborazione giurisprudenziale precedente il Codice con riguardo alla tutela dei terzi in buona fede. Inoltre con riferimento agli operatori del mercato creditizio rimane valido l'orientamento giurisprudenziale che esclude la buona fede quando dall'istruttoria svolta dall'istituto bancario, prima di instaurare un rapporto con l'imprenditore successivamente sottoposto a misura di prevenzione, emergevano sufficienti elementi per formulare un giudizio di «non illibatezza»³⁷.

Altre due condizioni sono fissate dalle lett. *c* e *d* dell'art. 52 con riguardo alle

³⁵ Così già Cass. 14.1.2009, Sanpaolo IMI s.p.a., *CEDCass* m. 242817; Cass. 13.11.2008, Mancuso, *CEDCass* m. 242212.

³⁶ Merita di essere sempre tenuta presente la parte motiva di Cass. (S.U.), 28.4.1999, Bacherotti, cit., che così scolpiva la posizione del terzo estraneo al reato sebbene con riferimento ad un sequestro con successiva confisca nell'ambito di un procedimento penale e non di prevenzione: «*Non può privilegiarsi la tutela del diritto del terzo allorquando costui abbia tratto vantaggio dall'altrui attività criminosa e dovendo, anzi, riconoscersi la sussistenza, in una simile evenienza, di un collegamento tra la posizione del terzo e la commissione del fatto-reato... non può reputarsi estranea al reato la persona che abbia ricavato un utile dalla condotta illecita del reo, come si verifica, appunto, qualora sulle cose che rappresentano il "provento" del reato sia stato costituito il diritto di pegno a garanzia di un proprio credito (...) purché sussista la connotazione soggettiva identificabile nella buona fede del terzo, ossia nella non conoscibilità — con l'uso della diligenza richiesta dalla situazione concreta — del predetto rapporto di derivazione della propria posizione soggettiva dal reato commesso dal condannato. Nella nozione di estraneità al reato non può mancare, dunque, un'impronta di carattere soggettivo, identificabile nella buona fede del terzo. La configurazione di detta nozione su basi esclusivamente oggettive, indipendenti cioè dall'affidamento incolpevole, oltre a contrastare con i principi accolti dall'ordinamento in ordine alla circolazione giuridica dei beni mobili, condurrebbe a risultati lesivi del principio di personalità della responsabilità penale sancito dall'art. 27, comma 1 Cost., sicché è obbligo dell'interprete ricostruire la portata della norma in termini compatibili coi principi costituzionali e, correlativamente, non dare seguito a soluzioni ermeneutiche che si tradurrebbero nella lesione di quegli stessi principi (cfr., da ultimo, Corte cost., 22 giugno 1998, n. 232). Infine, è necessario precisare che i terzi che vantano diritti reali hanno l'onere di provare i fatti costitutivi della pretesa fatta valere sulla cosa confiscata, essendo evidente che essi sono tenuti a fornire la dimostrazione di tutti gli elementi che concorrono ad integrare le condizioni di "appartenenza" e di "estraneità al reato", dalle quali dipende l'operatività della situazione impeditiva o limitativa del potere di confisca esercitato dallo Stato. Ai terzi fa carico, pertanto, l'onere della prova sia relativamente alla titolarità dello "ius in re aliena", il cui titolo deve essere costituito da un atto di data certa anteriore alla confisca e — nel caso in cui questa sia stata preceduta dalla misura cautelare reale ex art. 321, comma 2 c.p.p. — anteriore al sequestro preventivo, sia relativamente alla mancanza di collegamento del proprio diritto con l'altrui condotta delittuosa o, nell'ipotesi in cui un simile nesso sia invece configurabile, all'affidamento incolpevole ingenerato da una situazione di apparenza che rendeva scusabile l'ignoranza o il difetto di diligenza».*

³⁷ Cass. 18.3.2009, Banca della Campania, *CEDCass* m. 243610.

ipotesi specifiche in cui i diritti di credito originino da promessa di pagamento o ricognizione di debito o ancora da titoli di credito. Si tratta di ipotesi per le quali, secondo le regole di sistema, opera il principio di astrazione sostanziale e processuale e quindi il rapporto fondamentale non dovrebbe avere più rilevanza; con riguardo al procedimento di prevenzione si deroga a questo principio e il creditore che voglia vedere riconosciuta la sua buona fede dovrà dimostrare il rapporto fondamentale e, per i titoli di credito, anche il rapporto che legittima il possesso del titolo medesimo.

Ancora una volta, come si è già detto, non si richiede che il rapporto fondamentale da dimostrare debba essere obiettivamente collegato ai beni sequestrati.

Tuttavia per dare coerenza al sistema bisogna ricordare che il legislatore fissa in capo all'amministratore giudiziario l'obbligo di gestione separata dei beni in sequestro, cui corrisponde l'obbligo di contabilità separata (art. 37 co. 5).

Per ciascuno dei beni o delle aziende in amministrazione giudiziaria egli dovrà annotare spese ed oneri rispettivamente imputabili a ciascuna gestione e dovrà invece ripartire proporzionalmente le spese che interessano più beni o aziende.

Questa regola è esplicitamente fissata per crediti che rientrano nella categoria descritta dall'art. 54, i crediti prededucibili; quelli cioè sorti nel corso del procedimento di prevenzione. Essa, però, pone un principio che, ancor prima di essere giuridico, è logico ma anche contabile e che come tale vale anche per tutti gli altri crediti dei terzi di cui all'art. 52: ogni credito di cui si chiedi la tutela nel procedimento di prevenzione deve essere non solo giustificato con riferimento al rapporto fondamentale, ma deve essere correlato in ragione del rapporto al bene o all'azienda sottoposta a sequestro.

Per questa via si deve giungere a negare tutela ai crediti chirografari dei terzi, assistiti dalla garanzia generica, se la causa del rapporto sottostante non presentava alcuna connessione oggettiva con il bene o l'azienda in sequestro.

12. — Nel procedimento di prevenzione i diritti di credito da tutelare vanno accertati secondo le disposizioni contenute negli artt. 57, 58 e 59.

Viene introdotto uno specifico subprocedimento che è definito udienza di verifica dei crediti. Esso prende avvio con il deposito della relazione dell'amministratore alla quale deve essere allegato l'elenco nominativo dei creditori e di coloro che vantano diritti reali o personali sui beni, con ogni notizia correlata.

Acquisito l'elenco, che può essere integrato e completato in più momenti visto che l'art. 57 fa riferimento alle relazioni da presentare al giudice delegato (e non quindi solo alla prima relazione), il giudice delegato assegna ai creditori un termine perentorio, non superiore a novanta giorni, per il deposito delle istanze di accertamento dei rispettivi diritti. Da questa iniziativa del giudice delegato prende avvio la verifica dei crediti.

Il giudice delegato può assegnare il termine ai creditori anche prima della confisca ma la legge non gli impone di farlo entro una determinata scadenza. Potrà pertanto avviare la verifica dei crediti a sua discrezione fino a quando non sarà intervenuta la confisca. Si può ipotizzare che sia consentito al giudice delegato di provvedere anche dopo la confisca definitiva, sebbene tale organo non sopravviva alla conclusione del procedimento³⁸; e tuttavia non può escludersi che

³⁸ Secondo M.V. DE SIMONE, *La disciplina dei rapporti dei terzi con la procedura di prevenzione*, in A. CISTERNA - M.V. DE SIMONE - B. FRATTASI - S. GAMBACURTA, *Commento al codice antimafia*, Rimini 2011,

la disciplina abbia voluto istituire, venuto meno il procedimento di riconoscimento del diritto del terzo con l'incidente di esecuzione dinanzi al Tribunale, una specifica competenza nuova del giudice delegato per procedere ad un subprocedimento che di fatto sostituisce e rende inutile l'incidente di esecuzione. D'altronde l'art. 58 co. 5 prevede che i creditori possano presentare domande tardive relative ad ulteriori crediti non oltre un anno dalla definitività della confisca; e così il legislatore ammette che il giudice delegato possa svolgere la sua attività dopo che la confisca diventa definitiva e al contempo fissa nel termine di un anno dopo la definitività il termine improrogabile entro il quale la verifica dei crediti deve essere ultimata.

L'art. 59 co. 10, tuttavia, afferma che successivamente alla confisca definitiva, se sono state presentate domande di ammissione del credito anche tardive, il procedimento giurisdizionale per la verifica e il riparto prosegue dinanzi al tribunale che ha applicato la misura di prevenzione; sembra quindi che, una volta divenuta definitiva la confisca, non possa operare più il giudice delegato ma il tribunale.

Potrebbe essere una formulazione approssimativa del legislatore da intendersi riferita comunque al giudice delegato; d'altronde in questo senso va di certo considerato il riferimento al «tribunale» che deve accertare la buona fede, contenuto nell'art. 52 co. 3, laddove è chiaro che l'attività sarà svolta più propriamente dal giudice delegato.

E questa opzione interpretativa appare una strada obbligata se si pensa che comunque avverso le decisioni sulla verifica dei crediti è garantito un doppio grado di giudizio di merito, il primo che si svolge dinanzi al giudice delegato, il secondo dinanzi al tribunale. Considerando competente esclusivamente il tribunale a conoscere dei crediti, dopo la confisca definitiva, verrebbe meno la possibilità di svolgere uno dei due gradi di giudizio di merito.

Va segnalato che non vi è una disposizione che consenta al creditore di mettere in mora il giudice delegato affinché avvii la procedura per la verifica; pur non essendo esplicitamente previsto, appare ragionevole ritenere che il creditore possa sollecitare il giudice delegato e tuttavia questi non è obbligato a dare corso alla richiesta, né è previsto che sia tenuto ad emettere un provvedimento.

Resta da chiedersi entro quali limiti il giudice delegato debba esercitare la sua discrezionalità con riguardo alla decisione di avviare la verifica.

Una risposta che voglia recuperare in una visione di sintesi le sparse fronde di una disciplina che sembra voglia accontentare tutti, senza potere mantenere le promesse che fa, sta nella valorizzazione del ruolo del giudice delegato nella gestione dei beni in sequestro³⁹.

Il momento in cui avviare la verifica dei crediti dovrà essere correlato al perseguimento delle finalità del sequestro e della conseguente amministrazione giudiziaria: evitare il deperimento del bene e anzi, se del caso, incrementarne la redditività corrisponde all'interesse dei creditori, le cui ragioni potrebbero essere disattese anche con un'immediata liquidazione dei beni in sequestro se il loro valore è limitato o progressivamente si riduce.

Il giudice delegato difatti dovrà anzitutto assicurarsi prima di assegnare il termine ai creditori che gli elenchi siano completi; dovrà poi identificare tra

106, la formulazione legislativa è contraddittoria ma la soddisfazione dei crediti con la liquidazione non può che intervenire dopo la confisca definitiva; la fase di verifica si potrebbe invece anticipare.

³⁹ In questo senso anche F. MENDITTO, *Codice antimafia*, cit., 191.

costoro quali sono i titolari dei rapporti pendenti ai sensi dell'art. 56; dovrà quindi decidere, anche su proposta dell'amministratore giudiziario, quali sono tra i rapporti pendenti quelli in cui subentrare.

A questo punto i crediti per i rapporti nei quali l'amministratore giudiziario è subentrato possono rientrare, ai sensi dell'art. 54, nei crediti prededucibili. La successione nel contratto da parte dell'amministratore giudiziario fa sì che i crediti afferenti quel contratto possono considerarsi sorti nel corso del procedimento e dunque, se sono liquidi, esigibili e non contestati (se fossero contestati non ci sarebbe stato il subentro), possono essere soddisfatti senza che tali creditori partecipino all'udienza di verifica.

Sicché tali creditori non devono formulare richiesta di ammissione del credito ex art. 58.

Il giudice delegato dovrà quindi attendere i tempi necessari per individuare i rapporti nei quali l'amministratore giudiziario non deve subentrare; i crediti che trovavano origine nei contratti pendenti al momento del sequestro e successivamente risolti vanno inseriti nell'elenco dei creditori ai quali fissare il termine per il deposito delle istanze di accertamento.

Inoltre il giudice delegato potrà valutare l'opportunità di attendere, prima dell'avvio del procedimento per la verifica, per un verso lo svolgimento dell'attività istruttoria del procedimento di prevenzione che ha evidenti implicazioni utili alle successive attività di valutazione della buona fede dei terzi e per altro verso l'avvio dell'attività di gestione dalla quale potrebbero ricavarsi ulteriori utili elementi idonei a far fronte alle richieste di liquidazione dei crediti.

Sotto il primo profilo deve essere ricordato che, ai sensi dell'art. 23, devono essere chiamati a partecipare al procedimento di prevenzione i terzi che risultino proprietari o comproprietari dei beni sequestrati e i terzi che vantano diritti reali o personali di godimento sui beni in sequestro; questi soggetti non devono pertanto transitare dall'udienza di verifica dei crediti e possono vedere riconosciuti i loro diritti già nel procedimento di prevenzione, laddove verrà valutata la loro condizione di buona fede.

Come si è già ricordato, in caso di confisca, i diritti reali o personali di godimento si convertono in diritti ad equi indennizzi che costituiscono crediti prededucibili, da soddisfare al di fuori del piano di riparto che verrà formulato alla conclusione dell'udienza di verifica dei crediti.

Quanto ai comproprietari, se il bene è indivisibile, al partecipante in buona fede è concesso diritto di prelazione per l'acquisto della quota confiscata, sempreché non vi sia pericolo che il bene possa tornare nella disponibilità del proposto; se non è possibile la vendita della quota o il partecipante in buona fede non esercita la prelazione, il bene viene acquisito per intero allo Stato, salva la corresponsione del valore delle quote agli altri partecipanti (art. 52 co. 7 e co. 8).

La valutazione di questi profili nel corso del procedimento può rendere necessario attendere che i relativi accertamenti siano completati dal tribunale. Poi più agevolmente si potrà avviare la verifica dei crediti, che, in ipotesi di patrimonio incapiente, porterebbe alla vendita del patrimonio in sequestro, impedendo — se la liquidazione avviene con eccessivo anticipo rispetto alla confisca — di recuperare le somme per gli indennizzi dovuti o di consentire a chi ne ha diritto di esercitare la prelazione.

Va evidenziato che non è prevista la partecipazione al procedimento di prevenzione dei titolari di diritti reali di garanzia; essendo tali diritti correlati a crediti, il legislatore sembra volere relegare la loro partecipazione nella fase parallela del subprocedimento di verifica dei crediti.

Se, in virtù di questi diritti di credito o dei correlati diritti reali di garanzia, essi hanno promosso azioni esecutive, l'art. 55 ha fissato la regola che, a seguito del sequestro, tali azioni, se iniziate, vengono sospese e non possono essere proseguite; poiché, comunque, non possono essere iniziate, saranno, se del caso, dichiarate improcedibili. Se interviene la confisca, poi, le azioni esecutive si estinguono; se la confisca o il sequestro sono revocati, l'azione può essere riassunta entro un anno.

La stessa sorte hanno i giudizi relativi a diritti di proprietà o a diritti reali o personali di godimento sui beni promossi con domande trascritte prima del sequestro; i giudizi sono sospesi e i terzi dovranno chiedere nel procedimento di prevenzione il riconoscimento delle loro pretese.

Appare tuttavia discutibile che, mentre sulle questioni inerenti la proprietà e diritti di godimento si prevede la partecipazione al procedimento principale, per le questioni inerenti i diritti reali di garanzia residui solo la partecipazione al procedimento di verifica dei crediti.

Intanto non si tiene conto del fatto che tali diritti possono essere correlati a rapporti pendenti nei quali l'amministratore giudiziario potrebbe decidere di subentrare (si pensi ad esempio a forme di finanziamento assistite da ipoteche, che risultino funzionali alla prosecuzione delle imprese). Non si tiene nemmeno conto del fatto che l'accertamento sui presupposti per la confisca non può prescindere da un'approfondita verifica con riguardo ai diritti reali gravanti sui beni sequestrati, le cui risultanze sarebbero così acquisite e valutate dal Tribunale senza il contraddittorio dei terzi creditori, mentre frattanto gli stessi profili di fatto e di diritto dovrebbero essere discussi — con esiti magari diversi — dinanzi al solo giudice delegato sulla base delle istanze dei medesimi creditori.

Sarebbe questa una ragione in più perché il giudice delegato attenda che il Tribunale completi le sue acquisizioni prima di fissare l'udienza di verifica dei crediti.

A questo punto appare chiaro che l'udienza di verifica dei crediti avrebbe tendenzialmente ad oggetto crediti scaduti, relativi a rapporti non pendenti e comunque non immediatamente funzionali alla prosecuzione dell'impresa, per cui l'unica ragione di urgenza nella trattazione dell'udienza sarebbe l'interesse dei creditori all'adempimento di quanto dovuto.

Ma anche sotto questo profilo occorre evidenziare che l'adempimento del dovuto prima della confisca definitiva potrebbe comportare — come si vedrà — la vendita di beni che, in caso di revoca del sequestro, andrebbero restituiti al proposto; ragione ulteriore per temperare le ragioni dei creditori con quelle del procedimento di prevenzione e avviare il subprocedimento di verifica dei crediti non prima del momento in cui più compiutamente il giudice delegato può avere a disposizione un quadro chiaro della complessiva situazione patrimoniale e delle acquisizioni probatorie: e cioè dopo che si sia concluso il primo grado del giudizio di prevenzione con un provvedimento di confisca.

In questo modo il giudice delegato può avere come riferimento della massa attiva solo i beni che non siano stati nelle more eventualmente restituiti, può escludere i crediti afferenti ai beni non più sottoposti a sequestro con evidente economia processuale, e al contempo può portare a conclusione il suo lavoro di accertamento per giungere all'eventuale liquidazione in una fase prossima all'eventuale confisca definitiva.

Quando si dovrà procedere alla vendita dei beni ci si troverà dinanzi ad un'altra evidente contraddizione di sistema; se la confisca non fosse ancora definitiva, l'amministratore venderebbe un bene in sequestro e di proprietà del

soggetto al quale ancora non è stato confiscato; se la confisca fosse divenuta definitiva, il bene dovrebbe essere divenuto di proprietà del demanio e, mentre si potrebbe discutere sulla sua natura di bene indisponibile, secondo il codice antimafia dovrebbe essere comunque venduto per soddisfare i creditori.

Più che una contraddizione di sistema sembra un grave indizio del fatto che il sistema non c'è più.

13. — Il giudice delegato acquisisce quindi l'elenco completo dei titolari dei crediti scaduti o derivanti da rapporti risolti, chirografari o non chirografari, e, in ossequio ai compiti dell'amministratore giudiziario con riguardo alla predisposizione della contabilità separata, sarà opportuno che questo elenco tenga conto della pertinenza di ciascun credito rispetto a ciascun bene o a ciascuna azienda.

Solo così il giudice potrà eventualmente escludere i creditori che *prima facie* vantino crediti con riferimento a beni già dissequestrati o che non rientrano tra i beni confiscati.

Il giudice assegna ai creditori un termine perentorio non superiore a novanta giorni per il deposito delle istanze di accertamento dei rispettivi diritti. Allo scadere di questo termine potranno essere presentate domande tardive.

Acquisite le istanze, nei trenta giorni successivi (allo scadere dell'ultimo termine decorrente per l'ultimo dei creditori cui era stato assegnato il termine per il deposito della domanda), il giudice fissa la data dell'udienza di verifica dei crediti.

Questa udienza si svolge dinanzi al giudice delegato e vi partecipano tutti i creditori, che possono farsi assistere da un difensore (art. 59). È previsto che il giudice sia assistito dall'amministratore giudiziario, il quale assume nella procedura un ruolo di ausiliario e non di parte; è prevista altresì la partecipazione facoltativa del pubblico ministero e dell'Agenzia.

La domanda, che non ha effetti interruttivi della prescrizione e non sospende i termini di decadenza nei rapporti privatistici, ha un contenuto minimo fissato dall'art. 58 co. 2 che per lo più corrisponde ai dati che dovrebbe già fornire l'amministratore giudiziario.

Il giudice delegato dovrà valutare i presupposti per il riconoscimento dei diritti valutando il requisito della buona fede; si tratta di un accertamento in concreto, basato sulla verifica delle condizioni delle parti, dei rapporti personali e patrimoniali tra le stesse e del tipo di attività svolta dal creditore, anche con riferimento al ramo di attività, alla sussistenza di particolari obblighi di diligenza nella fase precontrattuale nonché, in caso di enti, delle dimensioni degli stessi (così testualmente l'art. 52 co. 3).

Stando alla lettera della nuova disposizione, il giudice delegato deve svolgere un'indagine approfondita e non ancora a meri dati formali; si va quindi oltre il canone classico dell'affidamento incolpevole per entrare in una più ampia esplorazione delle dinamiche negoziali che hanno fatto da contesto ai rapporti tra creditore e proposto. A fronte dell'affermazione di principio circa la generalizzata tutela dei diritti di credito, sembra cioè che sia richiesto un particolare rigore nella verifica di quali siano i crediti da ammettere.

Non a caso la cognizione del giudice delegato è assai ampia e gli è consentito di acquisire ulteriori informazioni anche d'ufficio.

L'art. 59 co. 1 richiede che il giudice emetta un provvedimento motivato nel quale indichi separatamente i crediti ammessi, con eventuali cause di prelazione, e quelli non ammessi. Anche se non previsto dalla norma, in relazione alle contabilità separate per i beni e le aziende sequestrate nello stesso procedimento,

si renderà necessario separare i crediti ammessi in relazione a ciascuno dei beni sequestrati o suddividerli proporzionalmente secondo le regole ricavabili dall'art. 37 co. 5.

Provvedimenti di ammissione o di esclusione non producono tuttavia effetti negli altri rapporti tra privati ma valgono solo nei confronti dell'Erario (art. 59 co. 4).

Con terminologia squisitamente fallimentaristica, l'art. 59 co. 3 afferma che il giudice delegato forma lo stato passivo e lo rende esecutivo con decreto depositato in cancelleria, comunicato all'Agenzia.

I creditori esclusi possono proporre ricorso avverso il provvedimento di esclusione e ogni creditore può impugnare l'ammissione di altri crediti diversi dal suo; l'impugnazione va presentata entro trenta giorni dalla comunicazione della formazione dello stato passivo dinanzi al Tribunale, che riunirà tutti i ricorsi e procederà ad un secondo grado di giudizio di merito, con autonoma attività istruttoria. Il tribunale decide con un decreto ricorribile entro trenta giorni dalla sua notificazione dinanzi alla Corte di cassazione.

Conclusa l'udienza di verifica ed esperiti i gravami previsti dalla legge, senza possibilità di disporre alcuna sospensione della procedura e senza che sia previsto alcun atto di impulso del giudice delegato, l'amministratore giudiziario effettua la liquidazione dei beni mobili, delle aziende e degli immobili ove le somme apprese, riscosse o ricevute non siano sufficienti a soddisfare i creditori collocati al passivo (art. 60).

L'amministratore predispone le vendite e le effettua di volta in volta, previa autorizzazione del giudice delegato, che dovrà verificare l'adozione di procedure competitive e la previsione di una base d'asta che tenga conto della stima formulata dallo stesso amministratore nella sua relazione o di quelle formulate dagli esperti.

L'art. 61 contiene una disciplina della predisposizione del piano di riparto, che rivela definitivamente la chiara matrice fallimentaristica di questa tessera un po' eccentrica del mosaico del Codice antimafia⁴⁰.

14. — Se la procedura fallimentare entra surrettiziamente nel procedimento di prevenzione attraverso la disciplina dell'udienza di verifica dei crediti e della successiva liquidazione, il procedimento di prevenzione entra a gamba tesa nelle procedure fallimentari che eventualmente dovessero concorrere con esso⁴¹.

È questo l'effetto *calembour* degli artt. 63 ss. del Codice antimafia.

Prima dell'entrata in vigore del Codice, la giurisprudenza aveva affermato l'autonomia tra procedimento penale o di prevenzione e procedura fallimentare; il fallimento dell'imprenditore o della società poteva essere dichiarato anche dopo il sequestro di una parte o di tutti i suoi beni ma i beni continuavano a soggiacere al vincolo di indisponibilità fino all'eventuale confisca. Si affermava che la sopravvenuta confisca in tal caso sarebbe stata comunque opponibile alla massa dei creditori ove il sequestro di prevenzione precedente alla confisca fosse stato trascritto in data anteriore alla dichiarazione di fallimentare; gli effetti della con-

⁴⁰ Sul punto in senso critico, A. BALSAMO - C. MALTESE, *Il Codice antimafia*, cit., 69 s.

⁴¹ In argomento G. MINUTOLI, *Verso una fallimentarizzazione del giudice della prevenzione antimafia*, in *Il Fallimento* 2011, 1271; ID., *Insolvenza dell'impresa commerciale e criminalità organizzata: un approccio interdisciplinare per un problema globalizzato*, in AA.VV. (a cura di G. MINUTOLI), *Crisi d'impresa ed economia criminale*, Milano 2011, 3.

fisca si consideravano retroattivi secondo la *ratio* dell'art. 2906 Cc che estende al creditore sequestrante la tutela riservata al creditore pignorante⁴².

Se il fallimento era stato già dichiarato e il compendio aziendale era stato affidato al curatore, i beni provento di attività illecita potevano successivamente essere sottoposti a sequestro, anche se la confisca non fosse obbligatoria ma facoltativa, a condizione che il giudice desse conto della prevalenza delle ragioni sottese all'eventuale confisca rispetto a quelle attinenti alla tutela dei legittimi interessi dei creditori della procedura fallimentare⁴³.

Nelle ipotesi in cui il sequestro fosse volto a consentire una confisca obbligatoria, gli effetti del provvedimento cautelare avevano comunque prevalenza rispetto agli effetti della procedura fallimentare. Veniva comunque richiesta in sede cautelare una valutazione comparativa delle esigenze sottese al sequestro e di quelle della massa dei crediti che avrebbe dovuto soddisfare la procedura fallimentare in corso.

La curatela fallimentare rispetto al sequestro penale o di prevenzione assumeva la posizione di terzo, tanto da essere legittimata autonomamente a proporre impugnazione avverso i provvedimenti di confisca dei beni dell'imputato⁴⁴. Il curatore veniva considerato non un rappresentante del fallito ma un organo chiamato a svolgere una funzione pubblica nell'interesse della giustizia con una specifica funzione derivante dalla natura della procedura: la garanzia del soddisfacimento dei creditori secondo le regole della *par condicio*.

L'autonomia derivava quindi dalla diversa funzione della procedura di prevenzione e del procedimento penale, cui corrispondeva la diversa funzione dell'amministratore giudiziario. Derivava anche dal fatto che il sequestro poteva avere un oggetto solo in parte coincidente con quello del compendio costituente la massa attiva del fallimento che veniva data in custodia al curatore; noto è il caso in cui i giudici di legittimità ritennero che l'amministratore giudiziario non potesse trattene i beni di una società perché il sequestro aveva avuto ad oggetto solo le quote sociali appartenenti ai singoli soci e non anche il complesso dei beni facenti capo alla società⁴⁵.

Vigeva sostanzialmente il principio della prevalenza del sequestro rispetto alla procedura fallimentare, quando il vincolo fosse volto ad impedire l'utilizzazione del bene per reiterare il reato o la sua dispersione in pregiudizio delle possibilità di applicare un provvedimento di confisca obbligatoria⁴⁶.

Questa prevalenza operava con riferimento ai beni che ne erano specifico oggetto e che pertanto venivano sottratti alla massa, salvo che il curatore riuscisse ad ottenere la revoca del sequestro agendo come terzo legittimato ad impugnare il provvedimento applicativo della misura o, se del caso, in sede di incidente di esecuzione. Frattanto, comunque, la procedura fallimentare poteva seguire il suo corso, fatta salva l'ipotesi che tutti i beni della massa fossero oggetto di sequestro; in tal caso il curatore doveva attendere la conclusione del procedimento per apprendere alla massa i beni eventualmente dissequestrati oppure per prendere atto dell'avvenuta confisca di tutti i beni e chiudere la procedura per mancanza di attivo.

⁴² Cass. civ. 7.2.2007, Curatela fall. Tecnomarmi export c. Min. Economia e finanze e altro, in *CEDCass* m. 599850.

⁴³ Cass. (S.U.), 24.5.2004, D., in *DPenProc* 2004, 1078.

⁴⁴ In tal senso, ad esempio, Cass. 1.4.2008, M.V.M., in *DPenProc* 2008, 1109; in senso contrario ma con posizione isolata Cass. 7.3.2002, Fall. Soc. SIT, in *RP* 2002, 566.

⁴⁵ Cass. civ. 27.4.2007, Leone c. Curatela fall. Imgeco, *CEDCass* m. 597795.

⁴⁶ Cass. 16.5.2003, p.m. in proc. Sajeve, *CEDCass* m. 227480.

Orbene, con il Codice antimafia le vie delle procedure fallimentari e quelle che possono portare alla confisca si attorcigliano così.

Viene distinta l'ipotesi di dichiarazione di fallimento successiva al sequestro (art. 63) dall'ipotesi di sequestro successivo alla dichiarazione di fallimento (art. 64).

Il debitore, uno o più creditori e il pubblico ministero possono chiedere al tribunale competente che sia dichiarato il fallimento dell'imprenditore i cui beni aziendali sono sottoposti a confisca.

Quando viene dichiarato il fallimento, però, se i beni assoggettati a sequestro coincidono con tutti quelli che compongono la massa attiva, il fallimento viene dichiarato chiuso; se al sequestro ne sono assoggettati solo alcuni, questi sono esclusi dalla massa attiva del fallimento e dovrebbero seguire le vicende del procedimento di prevenzione, ivi compresa quindi l'eventuale udienza di verifica dei crediti. Ma non è proprio così.

A questo punto difatti sulla massa residua dovrebbero concorrere tutti i creditori chirografari, quantomeno per dare corso all'obbligo di preventiva escussione imposto dall'art. 52 del Codice antimafia prima di chiedere al giudice delegato di partecipare al piano di riparto di cui all'art. 61.

Invece l'art. 63 co. 5 stabilisce che il giudice delegato al fallimento provvede all'accertamento del passivo e dei diritti dei terzi nelle forme previste dagli artt. 92 ss. r.d. 16.3.1942 n. 267, ma svolge anche la verifica sulle condizioni di cui all'art. 52 co. 1; su tutte, tranne che su quella della preventiva escussione, perché evidentemente tutti i beni (sequestrati e no) sono sotto il suo controllo.

Ci sono pertanto una massa attiva di fallimento e un compendio sequestrato; la verifica dei crediti dovrebbe svolgerla per intero il giudice delegato al fallimento, che dovrebbe operare con le modalità della procedura fallimentare ma per acquisire gli elementi e assumere le decisioni più proprie del giudice della prevenzione.

Tale contorsione si ripropone nell'art. 64 quando sui beni compresi in una procedura fallimentare già avviata intervenga il sequestro.

In tal caso il giudice delegato con decreto non reclamabile separa i beni sequestrati dalla massa attiva del fallimento e li consegna all'amministratore giudiziario (se tutti i beni vengono sequestrati invece dichiara la chiusura del fallimento). A questo punto tutti i crediti e i diritti vantati nei confronti del fallimento, compresi quelli inerenti i rapporti relativi ai beni sottoposti a sequestro, sono sottoposti alla verifica di cui all'art. 52 del Codice antimafia nelle forme degli artt. 92 ss. r.d. 16.3.1942 n. 267.

Il testo non spiega quale giudice vi procede ma poi fa riferimento al giudice delegato al fallimento che deve fissare una nuova udienza per l'esame dello stato passivo entro novanta giorni dal sequestro; sono esclusi comunque i crediti e i diritti che già non erano stati ammessi al passivo del fallimento.

Sembra quindi anche stavolta che gli accertamenti del giudice della prevenzione debbano essere curati — con le forme civilistiche — dal giudice del fallimento.

Poi però lo stesso art. 64 richiama la procedura di cui agli artt. 53 ss. e fa riferimento all'amministratore che deve predisporre il piano di pagamento sui beni oggetto di confisca, tenendo conto del soddisfacimento dei crediti in sede fallimentare.

Insomma il coordinamento tra i due procedimenti, secondo il Codice antimafia, non è altro che una gimkana attraverso porte girevoli.

Forse non è questa la volta che il legislatore riesce a sconfiggere definitivamente la criminalità organizzata.

**LA DESTINAZIONE DEI BENI CONFISCATI
TRA EVOLUZIONE NORMATIVA
E INCERTE PROSPETTIVE FUTURE
(D.LGS. 6.9.2011 N. 159: ARTT. 45 - 51, 110, 120)**

Analisi di GIULIANA MEROLA

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. L'evoluzione della normativa in materia di destinazione dei beni confiscati. — 2.1... Il commissario straordinario per la gestione e la destinazione dei beni confiscati ad organizzazioni criminali. — 2.2. Le riforma del procedimento di destinazione e l'istituzione del Fondo unico giustizia (FUG). — 2.3. La vendita di beni immobili di cui non sia possibile effettuare la destinazione o il trasferimento per finalità di interesse pubblico. — 2.4. L'agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati alla criminalità organizzata. — 2.5. L'analisi della Corte dei conti e il «Piano straordinario contro le mafie». — 3. La nuova disciplina: il d.lgs. 6.9.2011 n. 159. — 4. Le disposizioni di coordinamento e la disciplina transitoria.

1. — L'analisi dei problemi e delle criticità connessi alla destinazione dei beni confiscati non può affrontarsi senza ricostruire i passaggi che hanno caratterizzato l'evoluzione normativa. La disciplina della materia, infatti, è frutto di una serie di interventi legislativi ispirati dalla necessità di adeguare le norme alle mutate esigenze ovvero dalle varie spinte emergenziali. Tuttavia, la tecnica della integrazione e della sostituzione adoperata nel tempo dal legislatore ha finito col produrre sovrapposizioni e contraddittorietà, originando un *corpus* normativo disorganico e farraginoso, non armonizzato neanche dal d.lgs. 6.9.2011 n. 159 che, pure, doveva essere adottato con l'ambizione di realizzare una ricognizione ed un coordinamento della legislazione vigente.

L'*excursus* evidenzierà peraltro come l'alto valore simbolico della confisca si sia man mano affievolito, dovendosi giustamente bilanciare con l'esigenza di tutelare i terzi creditori. Così, mentre in precedenza per radicare la cultura della legalità e affermare la presenza dello Stato si tendeva ad enfatizzare il passaggio della proprietà dei beni dall'organizzazione mafiosa alla collettività, successivamente si è fatta strada un'impostazione più equilibrata perché più attenta alla tutela dei diritti dei terzi in buona fede. Fino ad arrivare, però, con il c.d. Codice antimafia, all'eccesso opposto, ossia al rischio di una generalizzata liquidazione dei beni per soddisfare i diritti di credito dei terzi ed i diritti reali di garanzia (per titoli anteriori al sequestro), con presumibile diminuzione dei beni da destinare a fini sociali¹.

¹ Per un quadro ricostruttivo, volendo, cfr. G. MEROLA, *La destinazione sociale dei beni confiscati*, in F. CASSANO (a cura di), *Le misure di prevenzione patrimoniali dopo il «pacchetto sicurezza»*, Roma 2009, 493.

Ma v'è anche uno scopo, per dir così, più pratico nell'impegnarsi in questa defatigante opera di ricostruzione in chiave diacronica della legislazione in materia di destinazione dei beni confiscati: come infatti evidenzieremo in chiusura, le disposizioni transitorie e di diritto intertemporale contenute negli ultimi articoli del c.d. Codice antimafia hanno lasciato un varco per la riviviscenza di non poche norme che, peraltro, si sono volute abrogare con il provvedimento medesimo. Ciò significa che a seconda di quando il procedimento di prevenzione è stato avviato (è questo il criterio avanzato) occorrerà far riferimento ancora a interi complessi normativi in realtà non più in vigore.

2. — La prima svolta legislativa possiamo collocarla certamente nel passaggio dalla l. 31.5.1965 n. 575 alla notissima l. 13.9.1982 n. 646, che ha rappresentato il primo vero e proprio intervento a più livelli, preventivo e repressivo, contro le mafie. La legge Rognoni-La Torre del 1982, infatti, ha introdotto, per un verso, il nuovo reato di associazione mafiosa con l'art. 416-*bis* Cp e ivi (co. 7) la confisca obbligatoria nei confronti dell'associato condannato; e, per altro verso, le misure preventive di carattere patrimoniale del sequestro e della confisca (artt. 2-*bis*, 2-*ter* e 2-*quater* l. 575/1965), allo scopo di eliminare dal circuito economico le ricchezze ed i beni illecitamente acquisiti. E ciò per un chiaro obiettivo preventivo: colpire il prestigio personale del mafioso, privandolo non solo di un potere personale, derivante dall'accumulo delle ricchezze e dal consenso sociale, ma della stessa possibilità di reinvestire le risorse economiche e finanziarie in altre lucrose attività illegali.

Negli anni successivi, anche in ragione del progressivo incremento dei sequestri e delle confische ai danni delle organizzazioni mafiose, la legge del 1982 ha mostrato lacune in ordine alla gestione dei patrimoni sottratti alle organizzazioni criminali e, soprattutto, alla destinazione finale di tali beni. E così, con il d.l. 14.6.1989 n. 230, convertito nella l. 4.8.1989 n. 282, il legislatore ha effettuato un primo intervento per disciplinare la gestione e la destinazione dei beni confiscati (provvedimento amministrativo di competenza del Ministero delle Finanze, su proposta del Prefetto), prevedendo, altresì, «ipotesi particolari di confisca» di cui all'art. 12-*sexies* d.l. l. 8.6.1992 n. 306 conv. in l. 7.8.1992 n. 356.

Cionondimeno, anche le disposizioni dell'art. 4 d.l. 230/1989 non si sono rivelate sufficienti e permanevano difficoltà nella destinazione dei beni che, spesso, restavano inutilizzati andando in rovina o, peggio ancora, finivano per rimanere nella disponibilità dei propositi. Un ulteriore problema era costituito dal fatto che le c.d. *imprese mafiose*, dopo il sequestro entravano in crisi con la conseguente perdita di posti di lavoro, perché, da un lato, non erano più alimentate dal circuito illecito e, dall'altro, erano ritenute inaffidabili dagli istituti di credito che revocavano subito i fidi precedentemente accordati.

In tale contesto si è inserita la mobilitazione dell'Associazione "Libera" con la presentazione, nel 1995, di una petizione popolare, firmata da un milione di cittadini, che si apriva con le seguenti parole: «Vogliamo che lo Stato sequestri e confischi tutti i beni di provenienza illecita, da quelli dei mafiosi a quelli dei corrotti. Vogliamo che i beni confiscati siano rapidamente conferiti, attraverso lo Stato ed i Comuni, alla collettività per creare lavoro, scuole, servizi, sicurezza e lotta al disagio». L'iniziativa ha suscitato una riflessione collettiva sull'importanza del recupero e del riutilizzo dei patrimoni illeciti nel circuito economico lecito come riprova della presenza sul territorio dello Stato.

Da tale iniziativa è scaturita la l. 7.3.1996 n. 109, recante «*Disposizioni in materia di gestione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati*». Essa ten-

deva, come si legge nella relazione dei deputati proponenti, ad una «più razionale amministrazione dei beni confiscati ai sensi della L. 575/65 e successive modificazioni, e ad una più puntuale destinazione degli stessi a fini istituzionali e sociali». Vari i settori della disciplina modificati dalla riforma: veniva sostituito il co. 3 dell'art. 2-*sexies*, erano introdotti gli artt. 2-*nonies* (con espressa previsione di poter sequestrare anche l'azienda), 2-*decies*, 2-*undecies*, 2-*duodecies* l. 575/1965, nonché il co. 5-*bis* dell'art. 3 l. 23.7.1991 n. 223 sull'applicazione, ai lavoratori delle aziende sottoposte a sequestro o confisca, dell'intervento straordinario di integrazione salariale e collocamento in mobilità; inoltre si prevedeva (con l'art. 2-*duodecies* co. 4 l. 575/1965) un monitoraggio permanente dei beni sequestrati e confiscati, dello stato del procedimento e della destinazione e dell'utilizzazione degli stessi per avere un quadro sempre aggiornato della situazione anche al fine di predisporre la relazione semestrale del Governo al Parlamento.

Si tratta di una normativa fondamentale ai fini che qui interessano, poiché introduce nel nostro ordinamento per la prima volta l'idea della riutilizzazione dei beni confiscati come uno degli obiettivi prioritari del sistema. Possiamo sintetizzare le novità introdotte in una triplice previsione a seconda del tipo di bene oggetto di ablazione². Per gli immobili (*a*) è previsto il mantenimento al patrimonio dello Stato per finalità di giustizia, ordine pubblico, protezione civile o per altri usi governativi, ovvero il trasferimento per finalità istituzionali o sociali al patrimonio del comune che può amministrare direttamente il bene o assegnarlo in concessione a titolo gratuito a comunità, enti, associazioni, comunità terapeutiche. I beni aziendali (*b*) sono mantenuti al patrimonio dello Stato e destinati (v. art. 2-*undecies* l. 575/1965) all'affitto, quando vi siano fondate prospettive di continuazione o ripresa dell'attività produttiva, ovvero alla vendita o alla liquidazione in caso di maggior utilità per l'interesse pubblico o, ancora, per risarcire le vittime dei reati di tipo mafioso. Le somme di denaro (*c*), invece, vanno sempre versate all'Ufficio del registro per risarcire le vittime e, per un triennio (a partire dall'esercizio del 1995), fatte affluire in un fondo, istituito presso le prefetture per finanziare «progetti relativi alla gestione a fini istituzionali, sociali o di interesse pubblico degli immobili confiscati nonché relativi a specifiche attività di risanamento di quartieri urbani degradati; prevenzione e recupero di condizioni di disagio e di emarginazione; intervento nelle scuole per corsi di educazione alla legalità; promozione di cultura imprenditoriale e di attività imprenditoriale di giovani disoccupati» (art. 2-*duodecies*).

Dopo questo primo intervento organico sulla riutilizzazione dei beni confiscati, si sono però succeduti una serie di interventi, che qua e là hanno modificato o integrato singoli aspetti della normativa, senza mai metterne in discussione l'impianto ma troppe volte al di fuori di un razionale disegno riformatore.

Con la l. 22.12.1999 n. 512 l'art. 2-*undecies* l. 575/1965 è stato ulteriormente perfezionato, prevedendosi che le suddette somme siano utilizzate sia per la gestione degli altri beni confiscati, sia per il risarcimento delle vittime dei reati di tipo mafioso (con la istituzione di un «Fondo di rotazione per la solidarietà alle vittime dei reati mafiosi»).

Altri provvedimenti legislativi successivi, hanno via via ampliato le opzioni di destinazione delle risorse derivanti dalle confische: *a*) al Fondo di solidarietà per

² V., tra gli altri, G. FIDELBO, *La nuova normativa sulla gestione dei beni sequestrati e sulla destinazione dei patrimoni confiscati*, in LP 1997, 845 ss.

le vittime delle richieste estorsive (l. 23.2.1999 n. 44), unificato *ex art.* 4 d.p.r. 16.8.1999 n. 455 al Fondo per le vittime dell'usura utilizzando una quota pari alla metà dell'importo, per ogni anno, delle somme confiscate e ad un terzo del ricavato dalle vendite; *b*) agli oneri per l'assegnazione di personale in via temporanea per assicurare i servizi degli enti sciolti per infiltrazione o condizionamento di tipo mafioso con destinazione del 10% delle somme confiscate e del ricavato della vendita (art. 145 TUELoc [d.lgs. 18.8.2000 n. 267]); *c*) all'Ufficio per il controllo e la prevenzione del crimine dell'ONU per il triennio 2001-2003 (art. 145 co. 64 l. 23.12.2000 n. 388).

Con la "finanziaria 2007" (art. 1 co. 220 e 221 l. 27.12.2006 n. 296), sono state ampliate le ipotesi di confisca di cui all'art. 12-*sexies* d.l. 306/1992 alle ipotesi di reati contro la P.A. ad eccezione dell'abuso di ufficio (artt. 314, 316, 316-*bis*, 316-*ter*, 317, 318, 319, 319-*ter*, 320, 322, 322-*bis*, 325 CP), disponendo espressamente l'applicazione delle norme sulla destinazione dei beni previste dalla l. 575/1965; sono stati altresì aggiunti, quali destinatari dei beni immobili confiscati, le Province, le Regioni, le Università statali, enti pubblici e istituzioni di rilevante interesse culturale. L'ampliamento dei soggetti beneficiari (previsto dai commi relativi a «disposizioni in materia di entrate») è finalizzato ad una migliore utilizzazione pubblica dei beni confiscati, ferma restando però la priorità delle finalità istituzionali e sociali e l'obiettivo del contenimento di spese per il bilancio mediante il decremento delle locazioni passive.

Infine, avuto riguardo alla destinazione delle somme di denaro, la "finanziaria" del 2007, modificando l'art. 2-*undecies* co. 5 l. 575/1965, prevedeva che, anziché essere versate, come sopra detto, all'ufficio del registro, le somme ricavate ai sensi del comma 1 lettere *b* e *c* — e cioè le somme ricavate dalla vendita dei beni mobili non costituiti in azienda, dei titoli e quelle derivanti dal recupero dei crediti personali, nonché i proventi derivanti dall'affitto, dalla vendita o dalla liquidazione dei beni aziendali — dovevano essere contabilizzate nelle voci di entrata del bilancio dello Stato per essere riassegnate in egual misura al finanziamento degli interventi per l'edilizia scolastica, nonché per l'informatizzazione del processo. Si tratta indubbiamente di fini del tutto estranei o, comunque, difficilmente ricollegabili alla originaria *ratio legis* ed agli obiettivi che si volevano perseguire con la l. 109/1996 e, peraltro, non coordinati con le previsioni dell'art. 2-*undecies* co. 3 lett. *b* e *c* l. 575/1965.

2.1. — Oltre a una semplificazione delle procedure amministrative si è registrata la previsione di tempi più brevi per la destinazione ed assegnazione dei beni (*ex art.* 2-*undecies* come modificato dalla l. 109/1996 un termine complessivo di 120 giorni: provvedimento di destinazione da parte del Direttore centrale del demanio del Ministero delle Finanze entro 30 giorni dal ricevimento della proposta del dirigente del competente ufficio del territorio, acquisiti i pareri del Prefetto e del Sindaco del comune interessato formulata entro 90 giorni dalla comunicazione della definitività). Ciononostante, le difficoltà, i ritardi ed i problemi connessi all'applicazione di tali nuovi meccanismi avevano portato dapprima alla costituzione di un osservatorio permanente sui beni confiscati ed alla nomina, con d.p.r. 19.1.2001, di un «Commissario straordinario per la gestione e la destinazione dei beni confiscati ad organizzazioni criminali» con il compito, tra gli altri, di coordinamento operativo tra le amministrazioni interessate alla destinazione e gestione dei beni ed il loro monitoraggio.

Il Commissario straordinario ha operato sino al 31.12.2003 formulando proposte di riforma organica della disciplina, monitorando i beni ed i relativi proce-

dimenti con la elaborazione di una Banca dati dei beni confiscati e sollecitando le procedure per la destinazione ed assegnazione dei beni.

Nello stesso contesto la necessità di un'ulteriore riforma determinata dall'esperienza applicativa della l. 109/1996 — per eliminare i problemi concreti, tutelare i diritti dei terzi, riordinare organicamente le norme sulla gestione dei beni, rendere più rapide ed efficaci le procedure di destinazione — aveva portato alla istituzione della Commissione Fiandaca per la ricognizione e il riordino della normativa ed alla elaborazione di disegni di legge, il cui lavoro non è stato utilizzato nella XIV legislatura ove, invece, venne presentato il 19.10.2004 il d.d.l. n. 5362 ispirato a criteri diversi da quelli posti a fondamento della l. 109/1996.

Con decreto del 23.12.2003 l'Ufficio del Commissario Straordinario veniva soppresso; la gestione dei beni, che era attribuita alla competenza del Ministero delle finanze, era data all'Agenzia del Demanio (riforma ai sensi del d.lgs. 30.7.1999 n. 300) con il coordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri; all'Agenzia è stata quindi affidata a livello centrale e regionale la gestione dei beni confiscati ed al Direttore centrale l'emanazione del provvedimento di destinazione; il d.lgs. 3.7.2003 n. 173 ha ratificato l'intestazione ed il 31.12.2003 l'Agenzia del demanio è stata trasformata in ente pubblico economico; con d.p.c.m. 18.4.2005 (G.U. n. 129 del 6.6.2005) l'Agenzia è stata sottoposta al controllo della Corte dei conti.

Con d.p.r. 6.11.2007 veniva nuovamente nominato un «Commissario straordinario per la gestione e la destinazione dei beni confiscati ad organizzazioni criminali» con attribuzione di varie competenze, sia con riferimento alle fasi antecedenti la destinazione del bene, sia alla fase successiva, conferendogli in sostanza il compito di seguire l'intero procedimento con la finalità di ottimizzare l'utilizzo dei beni confiscati coordinando i soggetti pubblici coinvolti nelle procedure amministrative al fine della corretta gestione, della celere destinazione ed effettivo utilizzo dei beni confiscati, con il compito innovativo di promuovere intese con le Autorità Giudiziarie, nel rispetto delle loro prerogative di autonomia³.

2.2. — La l. 15.7.2009 n. 94, recante «*Disposizioni in materia di sicurezza pubblica*», ferma restando la competenza dell'Agenzia del demanio per la gestione dei beni confiscati alle organizzazioni criminali: a) conferisce al Prefetto dell'ufficio territoriale ove si trovano i beni o ha sede l'azienda la competenza ad emanare il decreto di destinazione, su proposta non vincolante del dirigente regionale dell'agenzia del demanio; b) modifica l'art. 104 NATT CPP e introduce l'art. 104-bis, disciplinando le modalità di esecuzione del sequestro preventivo e di amministrazione dei beni sequestrati ex art. 321 CPP, comprese le aziende; c) prevede l'*albo nazionale degli amministratori giudiziari*, tenuto presso il Ministero della Giustizia, articolato in una sezione ordinaria ed in una sezione di esperti in gestione aziendale da istituirsi con decreto legislativo da adottare entro 180 giorni dall'entrata in vigore della legge; d) introduce, per le aziende sequestrate, la sospensione delle procedure esecutive, degli atti di pignoramento e dei

³ Per un bilancio dell'attività commissariale, v. A. MARUCCIA, *Dal commissario straordinario del governo all'Agenzia per i beni sequestrati e confiscati: realtà, azioni, prospettive*, in G. FIANDACA - C. VISCONTI (a cura di), *Scenari di mafia. Orizzonte criminologico e innovazioni normative*, Torino 2010, 473 ss.

provvedimenti cautelari in corso da parte di Equitalia S.p.A. o di altri concessionari di riscossione pubblica e, in caso di confisca, l'estinzione per confusione dei crediti erariali; e) aggiunge il co. 3-*bis* all'art. 2-*undecies* l. 575/1965, con il quale si prevede la possibilità di affidare in custodia giudiziale agli organi di polizia, ad altri organi dello Stato o ad altri enti pubblici non economici per finalità di giustizia, protezione civile o tutela ambientale, i beni mobili iscritti in pubblici registri, navi, imbarcazioni, aeromobili.

Con riguardo, più in particolare, al procedimento di destinazione, l'art. 2 co. 20 della l. 94/2009 riformula l'art. 2-*decies* della l. 575/1965 nei termini che seguono:

«1. Ferma la competenza dell'Agenzia del demanio per la gestione dei beni confiscati alle organizzazioni criminali di cui agli articoli 2-*nonies* e 2-*undecies* della presente legge e 12-*sexies* del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, la destinazione dei beni immobili e dei beni aziendali è effettuata con provvedimento del prefetto dell'ufficio territoriale di Governo ove si trovano i beni o ha sede l'azienda, su proposta non vincolante del dirigente regionale dell'Agenzia del demanio, sulla base della stima del valore risultante dagli atti giudiziari, salvo che sia ritenuta necessaria dal prefetto una nuova stima, sentite le amministrazioni di cui all'art. 2 *undecies* della presente legge interessate, eventualmente in sede di conferenza di servizi, nonché i soggetti di cui è devoluta la gestione dei beni.

2. Il prefetto procede d'iniziativa se la proposta di cui al comma 1 non è formulata dall'Agenzia del demanio entro novanta giorni dal ricevimento della comunicazione di cui al co. 1 dell'art. 2 *nonies*.

3. Il provvedimento del prefetto è emanato entro novanta giorni dalla proposta di cui al co. 1 o dal decorso del termine di cui al co. 2, prorogabili di ulteriori novanta giorni in caso di operazioni particolarmente complesse. Anche prima dell'emanazione del provvedimento di destinazione, per la tutela dei beni confiscati si applica il secondo co. dell'art. 823 del Cc».

L'Agenzia del Demanio ha 90 giorni per effettuare la proposta (decorrenti dal ricevimento della comunicazione della definitività da parte della cancelleria) ed il Prefetto ulteriori 90 giorni per provvedere, prorogabili di 90 giorni in caso di operazioni particolarmente complesse.

Sotto il profilo sostanziale, la destinazione e l'utilizzazione di tali beni rimangono definite dall'art. 2-*undecies* della l. 575/1965, seppur rimaneggiato, per il quale i beni immobili sono:

— mantenuti al patrimonio dello Stato per finalità di giustizia, di ordine pubblico e di protezione civile e, ove idonei, anche per altri usi governativi o pubblici, connessi allo svolgimento delle attività istituzionali di amministrazioni statali, agenzie fiscali, università statali, enti pubblici e istituzioni culturali di rilevante interesse, salvo che si debba procedere alla vendita degli stessi finalizzata al risarcimento delle vittime dei reati di tipo mafioso;

— trasferiti per finalità istituzionali o sociali, in via prioritaria, al patrimonio del comune ove l'immobile è sito, ovvero al patrimonio della provincia o della regione (gli enti territoriali possono amministrare direttamente il bene o assegnarlo in concessione a titolo gratuito a comunità, ad enti, ad associazioni maggiormente rappresentative degli enti locali, ad organizzazioni di volontariato di cui alla l. 11.8.1991 n. 266, e successive modificazioni, a cooperative sociali di cui alla l. 8.11.1991 n. 381, e successive modificazioni, o a comunità terapeutiche e centri di recupero e cura di tossicodipendenti di cui al TuSTUP, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al d.p.r. 9.10.1990

n. 309 e successive modificazioni, nonché alle associazioni ambientaliste riconosciute ai sensi dell'art. 13 della l. 8.7.1986 n. 349 e successive modificazioni; se entro un anno dal trasferimento l'ente territoriale non ha provveduto alla destinazione del bene, il Prefetto nomina un commissario con poteri sostitutivi);

— trasferiti al patrimonio del comune ove l'immobile è sito, se confiscati per il reato di cui all'art. 74 del citato T.U. approvato con d.p.r. 9.10.1990 n. 309 (il comune può amministrare direttamente il bene oppure, preferibilmente, assegnarlo in concessione, anche a titolo gratuito, secondo i criteri di cui all'art. 129 del medesimo T.U., ad associazioni, comunità o enti per il recupero di tossicodipendenti operanti nel territorio ove è sito l'immobile).

Nel caso in cui il bene confiscato costituisca, invece, un bene aziendale esso è mantenuto al patrimonio dello Stato e può essere destinato:

— all'affitto, quando vi siano fondate prospettive di continuazione o di ripresa dell'attività produttiva, a titolo oneroso a società e ad imprese pubbliche o private, ovvero a titolo gratuito, senza oneri a carico dello Stato, a cooperative di lavoratori dipendenti dell'impresa confiscata (nella scelta dell'affittuario deve essere privilegiata la soluzione che garantisce il mantenimento dei livelli occupazionali);

— alla vendita, per un corrispettivo non inferiore a quello determinato dalla stima del competente Ufficio del territorio del Ministero delle Finanze, a soggetti che ne abbiano fatto richiesta, qualora vi sia una maggiore utilità per l'interesse pubblico o qualora la vendita medesima sia finalizzata al risarcimento delle vittime dei reati di tipo mafioso;

— alla liquidazione, qualora vi sia una maggiore utilità per l'interesse pubblico o qualora la liquidazione medesima sia finalizzata al risarcimento delle vittime dei reati di tipo mafioso.

Continuando l'esame delle norme che si sono succedute, per quanto riguarda le somme di denaro sequestrate e per i proventi comunque derivanti dai beni confiscati, il legislatore ha nel tempo previsto varie destinazioni (dall'edilizia scolastica, al risanamenti di quartieri urbani degradati al fondo dell'ONU contro il narcotraffico), fino ad arrivare nel 2008 all'istituzione del Fondo Unico Giustizia (FUG) con la previsione della destinazione della totalità delle risorse finanziarie derivanti dai beni in relazione a tale fondo (art. 61 co. 23 del d.l. 25.6.2008 n. 112, convertito nella l. 6.8.2008 n. 133 e d.l. 16.9.2008, convertito nella l. 13.11.2008 n. 181), gestito da Equitalia Giustizia S.p.A.

Le norme sul FUG hanno provocato richieste di chiarimenti, critiche e proteste da parte degli Amministratori Giudiziari e dei Tribunali, per la immediata ricaduta nella gestione delle aziende e società, non potendosi operare, soprattutto nelle attività commerciali medio-piccole, senza una disponibilità immediata di rapporti bancari.

È dovuto intervenire (nonostante la circolare del 20.2.2009 del Ministero della Giustizia) il legislatore, in sede di conversione in legge del d.l. 23.2.2009 n. 11, relativo a tutt'altra materia (c.d. decreto *stalking*, convertito nella l. 23.4.2009 n. 38) per sancire all'art. 6-bis, apportando una interpretazione autentica della l. 15.11.2008 n. 181, che il co. 2 dell'art. 2 di tale legge «si interpreta nel senso che non rientrano nel FUG le somme di denaro e i proventi, con i relativi interessi, di complessi aziendali oggetto di provvedimenti di sequestro o confisca»; limitatamente alle aziende, quindi il «conto di gestione» rimane nella disponibilità del Giudice Delegato (e, sulla base delle direttive da questi impartite, dell'Amministratore Giudiziario) fino alla definitività della confisca ed alla udienza di rendicontazione.

È di tutta evidenza che analoghe questioni si pongono anche per la gestione degli immobili confiscati, con possibili, pesanti ricadute, nel caso di confisca, sulla destinazione degli stessi.

Con decreto interministeriale 30.7.2009 n. 127 (in vigore dal 10 settembre 2009), è poi stato emanato «Il regolamento di attuazione» che disciplina le modalità procedurali connesse al versamento delle somme a Equitalia S.p.A. ed al riversamento delle stesse alle amministrazioni dello Stato.

Peraltro, l'art. 5 del decreto interministeriale appena citato, nel disciplinare le modalità di utilizzazione delle somme afferenti al Fondo da parte dell'Amministratore Giudiziario e precisamente delle somme o dei beni che formano oggetto di sequestro o confisca per provvedere alla conservazione e all'amministrazione dei beni, prevede che l'Amministratore Giudiziario debba farne espressa richiesta con atto da lui sottoscritto e previamente autorizzato dal Giudice Delegato, ma, in caso di immobili sequestrati, «la richiesta è ammissibile esclusivamente qualora l'immobile risulti oggetto di una utilizzazione idonea a produrre introiti per l'amministratore e, relativamente alle spese di manutenzione, soltanto per quelle che non sono comunque a carico dell'utilizzatore».

È presumibile, quindi, che in caso di immobili occupati, non produttivi di reddito (ad esempio perché occupati abusivamente o da inquilino moroso o inadempiente), dovendo il giudice delegato e l'amministratore giudiziario far comunque fronte alle spese per la gestione e la conservazione del bene (si pensi all'adeguamento alla normativa europea degli impianti elettrici, del gas, a lavori di manutenzione ordinaria di stabili deliberati dai condomini ecc.), occorra una imputazione delle spese a carico dell'Erario, dovendo le stesse essere anticipate quali spese di giustizia.

2.3. — Pochi mesi dopo la riforma del procedimento di destinazione, con la “finanziaria 2010” (l. 23.12.2009 n. 191, art. 2 co. 52) è stata introdotta la possibilità di vendere i beni immobili confiscati «di cui non sia possibile effettuare la destinazione o il trasferimento per le finalità di interesse pubblico ivi contemplate entro i termini previsti dall'art. 2-*decies*» (sono quelli sopra indicati, vale a dire 90 giorni per la proposta del Demanio, 90 prorogabili di 90 per il Prefetto). In particolare, vengono aggiunti i seguenti commi all'art. 2-*undecies* della legge 575/1965:

«2 *bis*. I beni di cui al comma 2, di cui non sia possibile effettuare la destinazione o il trasferimento per le finalità di pubblico interesse ivi contemplate entro i termini previsti dall'articolo 2-*decies*, sono destinati alla vendita.

2 *ter*. Il personale delle Forze armate e il personale delle Forze di polizia possono costituire cooperative edilizie alle quali è riconosciuto il diritto di opzione prioritaria sull'acquisto dei beni destinati alla vendita di cui al comma 2 *bis*.

2 *quater*. Gli enti locali ove sono ubicati i beni destinati alla vendita ai sensi del comma 2 *bis* possono esercitare la prelazione all'acquisto degli stessi. Con regolamento adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400, e successive modificazioni, sono disciplinati i termini, le modalità e le ulteriori disposizioni occorrenti per l'attuazione del presente comma. Nelle more dell'adozione del predetto regolamento è comunque possibile procedere alla vendita dei beni di cui al comma 2 *bis* ai sensi del co. 4 del presente articolo»

Si i procede altresì alla sostituzione del comma 4 dello stesso articolo con il seguente:

«4. Alla vendita dei beni di cui al comma 2-*bis* e alle operazioni di cui al comma 3 provvede, previo parere obbligatorio del Commissario straordinario per

la gestione e la destinazione dei beni confiscati alle organizzazioni mafiose, il dirigente del competente ufficio del territorio dell'Agenzia del demanio, che può affidarle all'amministratore di cui all'articolo 2 *sexies*, con l'osservanza delle disposizioni di cui al comma 3 dell'articolo 2 *nonies*, entro sei mesi dalla data di emanazione del provvedimento del direttore centrale dell'Agenzia del demanio di cui al comma 1 dell'articolo 2 *decies*. Il dirigente del competente ufficio dell'Agenzia del demanio richiede al prefetto della provincia interessata un parere obbligatorio, sentito il Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica, e ogni informazione utile affinché i beni non siano acquistati, anche per interposta persona, dai soggetti ai quali furono confiscati ovvero da soggetti altrimenti riconducibili alla criminalità organizzata».

Inoltre, dopo il co. 5, è inserito il seguente:

«5 *bis*. Le somme ricavate dalla vendita dei beni di cui al comma 2 *bis*, al netto delle spese per la gestione e la vendita degli stessi, affluiscono, previo versamento all'entrata del bilancio dello Stato, al Fondo unico giustizia per essere riassegnati, nella misura del 50 per cento, al Ministero dell'interno per la tutela della sicurezza pubblica e del soccorso pubblico e, nella restante misura del 50 per cento, al Ministero della giustizia, per assicurare il funzionamento e il potenziamento degli uffici giudiziari e degli altri servizi istituzionali, in coerenza con gli obiettivi di stabilità della finanza pubblica».

L'intervento ha sollevato forti polemiche per le sue implicazioni di politica criminale e simboliche. In particolare, si è detto: che così si rischiava di mettere gli stessi mafiosi nelle condizioni di riacquisire i beni comprandoli mediante prestanome; che l'idea di fare cassa con i beni cui invece è affidata una "missione" simbolica ed educativa attraverso la loro riutilizzazione a fini sociali, avrebbe compromesso lo spirito e i valori della "storica" l. 109/1996; che, conseguentemente, la vendita dei beni immobili confiscati doveva riguardare casi residuali ed eccezionali e non già costituire la regola.

Ma, al di là delle polemiche, quest'ultimo intervento legislativo lasciava comunque sul campo normativo errori di coordinamento, imprecisioni terminologiche e profili di disciplina quantomeno velleitari circa l'obiettivo perseguito. Ad esempio, del tutto oscura era "la prelazione" a favore del Comune (o degli altri enti locali) per l'acquisto dei beni, visto che gli enti territoriali ben potevano acquisirli gratuitamente al proprio patrimonio per le amplissime finalità pubbliche e sociali previste dalla stessa legge. Così come risultava velleitaria la prospettiva di vendere i beni appesantiti da criticità rilevanti (in quanto gravati da ipoteche, o confiscati soltanto pro quota, oppure ancora oggetto di ulteriori accertamenti o procedimenti giudiziari), una volta che per le stesse ragioni non si era riusciti a destinarli entro i termini previsti dalla legge.

2.4. — A distanza di soli sette mesi dalla promulgazione della l. 15.7.2009 n. 94 che affidava, come abbiamo visto, ai Prefetti la competenza ad emanare i decreti di destinazione, il legislatore istituiva, con d.l. 4.2.2010 n. 4 (convertito con modifiche nella l. 31.3.2010 n. 50), la «Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata». Nella relazione governativa al decreto, si legge che occorre fronteggiare «l'eccezionale incremento delle procedure penali e di prevenzione relative al sequestro ed alla confisca dei beni sottratti alla criminalità organizzata, aggravate dall'eccezionale numero di beni già confiscati e non ancora destinati a finalità istituzionali e di utilità sociale», onde «la straordinaria necessità ed urgenza di istituire un organismo che assicuri l'unitaria ed efficace amministrazione e de-

stinazione dei beni sequestrati e confiscati alle organizzazioni mafiose, anche attraverso uno stabile raccordo con l'autorità giudiziaria e le amministrazioni interessate, al fine di garantire un rapido utilizzo di tali beni».

L'Agenzia — dotata di personalità giuridica di diritto pubblico e di autonomia organizzativa e contabile (con sede principale individuata a Reggio Calabria, quale risposta all'ondata di attentati verificatisi in quella città) — è sottoposta alla vigilanza del Ministro dell'Interno e al controllo della Corte dei conti. È guidata da un Direttore, scelto tra i Prefetti, che si avvale di un Consiglio Direttivo e del Collegio dei Revisori, e di una dotazione organica pari a 30 unità ripartite tra le varie qualifiche⁴.

Ma quali sono i compiti di questo nuovo ente? In estrema sintesi, possiamo dire che l'Agenzia svolge due funzioni principali. La prima: coadiuvare l'autorità giudiziaria nella gestione dei beni sequestrati e, dopo la confisca di primo grado nel procedimento di prevenzione o l'udienza preliminare nel processo penale, di amministrarli direttamente, sempre sotto la direzione del giudice delegato (sebbene l'Agenzia, per il disposto dell'art. 7 l. 50/2010, abbia assunto l'amministrazione diretta dei beni solo dal 15 marzo 2012, a far data cioè dall'entrata in vigore dell'ultimo dei regolamenti organizzativi previsti dall'art. 4 della citata legge, pubblicati sulla G.U. del 29.2.2012). La seconda: una volta confiscato definitivamente, provvedere alla riutilizzazione del bene sottratto alla criminalità organizzata.

Ma, oltre all'istituzione dell'Agenzia nazionale, la l. 50/2010 introduce altre e rilevanti novità, che qui di seguito proviamo a riassumere. Anzitutto, si è estesa sul fronte penalistico l'applicabilità delle norme riguardanti la gestione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati, posto che l'Agenzia svolge le sue funzioni in relazione a tutti i «procedimenti patrimoniali» rientranti nella competenza della DDA (per i delitti *ex art. 51 co. 3-bis CPP*). È stata poi disciplinata, per gli immobili sequestrati in quota indivisa o gravati da diritti reali di godimento o di garanzia, la possibilità dei titolari dei diritti stessi di intervenire nel procedimento di prevenzione per l'accertamento del diritto, della loro buona fede e dell'inconsapevole affidamento nella loro acquisizione. Si è regolamentata la destinazione dei beni immobili, stabilendo che, «ove non sia possibile effettuare la destinazione o il trasferimento per le finalità di interesse pubblico» indicate nel co. 2 dell'art. 2-*undecies* l. 575/1965 (e cioè finalità di giustizia, ordine pubblico, istituzionali o sociali), i beni siano destinati, con provvedimento dell'Agenzia, alla vendita, introducendo al contempo particolari cautele per evitare che rientrino nella disponibilità della criminalità organizzata (parere obbligatorio del prefetto, avviso di vendita con prezzo pari alla stima, divieto di vendita per i successivi 5 anni). Infine, si prevede che i beni immobili non assegnati «possono essere utilizzati dagli enti territoriali per finalità di lucro ed i relativi proventi devono essere reimpiegati esclusivamente per finalità sociali».

Il co. 3-*ter* dell'art. 7 l. 50/2010 dispone inoltre che qualora gli enti territoriali in cui ricadono i beni confiscati, alla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto, abbiano già presentato una manifestazione di interesse al prefetto per le finalità di cui all'art. 2-*undecies* co. 2 lett. *b* l. 575/1965, l'Agenzia procede alla definizione e al compimento del trasferimento di tali beni immobili a favore degli stessi enti richiedenti. E si prevede anche che per quanto

⁴ Per un sintetico ragguglio, v. A. SCAGLIONE, *L'Agenzia nazionale per l'amministrazione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata*, in *LP* 2010, 277.

riguarda le aziende, qualora non si sia rivelata possibile la cessione dell'intero compendio e gli enti territoriali manifestino interesse all'assegnazione dei soli beni immobili avanzando la relativa richiesta, l'Agenzia nazionale — valutati i profili occupazionali — può procedere alla liquidazione della stessa prevedendo l'estromissione dei beni immobili a favore degli stessi enti richiedenti. Le spese necessarie alla liquidazione dei beni aziendali residui rispetto all'estromissione dei beni immobili assegnati agli enti territoriali sono poste a carico degli stessi enti richiedenti. Qualora dalla liquidazione derivi un attivo, questo è versato direttamente allo Stato.

La disposizione ha suscitato forti perplessità, in quanto l'azienda andrebbe considerata unitariamente (debiti e crediti), sicché l'estromissione di parte del patrimonio immobiliare societario potrebbe esporre lo Stato — quale socio — alle azioni dei creditori, in caso di depauperamento del patrimonio sociale o di riduzione degli utili, con l'eventuale insorgenza di profili distrattivi. E infatti, con d.l. 12.11.2010 n. 187 (c.d. secondo "pacchetto sicurezza", convertito nella l. 17.12.2010 n. 217), è stato inserito, nell'art. 7 d.l. 4/2010 sulla disciplina transitoria, il comma 3-*quater*: «L'Agenzia può, altresì, disporre, con delibera del Consiglio Direttivo, l'estromissione di singoli beni immobili dall'azienda non in liquidazione e il loro trasferimento al patrimonio degli enti territoriali che ne facciano richiesta, qualora si tratti di beni che gli enti territoriali medesimi già utilizzano a qualsiasi titolo per finalità istituzionali. La delibera del Consiglio Direttivo è adottata fatti salvi i diritti dei creditori dell'azienda confiscata».

La l. 217/2010 ha apportato, per l'ennesima volta, ulteriori modifiche alla destinazione dei beni, proseguendo nel lento ma costante abbandono del perseguimento di una destinazione a fini sociali e dei principi, più volte citati, sottesi alla l. 109/1996.

Invero, avuto riguardo ai beni immobili, vengono inseriti due commi nell'art. 2-*undecies* l. 575/1965. Il co. 2, alla lett. *a-bis*, dove si prevede che i beni immobili sono «mantenuti al patrimonio dello Stato e, previa autorizzazione del Ministero dell'Interno, utilizzati dall'Agenzia per finalità economiche» (nel d.l. 187/2010 il co. 2 lett. *a-bis*), proseguiva con le seguenti parole: «i cui proventi, nei limiti previsti dal co. 2.1, sono destinati ad assicurare il potenziamento della medesima Agenzia»; il "nuovo" co. 2.1, invece, stabilisce che «i proventi derivanti dall'utilizzo dei beni di cui al co. 2 lett. *a-bis*) affluiscono, al netto delle spese di conservazione ed amministrazione, al Fondo Unico Giustizia, per essere versati all'apposito capitolo di entrata del bilancio dello Stato e riassegnati allo stato di previsione del Ministero dell'interno al fine di assicurare il potenziamento dell'Agenzia». Di conseguenza, viene previsto che l'Agenzia, con delibera del Consiglio direttivo, possa richiedere l'autorizzazione ad utilizzare i beni immobili di cui all'art. 2-*undecies* co. 2 lett. *a-bis* per le finalità economiche dell'Agenzia medesima, aggiungendo, all'art. 3 co. 4 della l. 50/2010, la lett. *c-bis*.

2.5. — Per quanto qui interessa, la legge-delega «*Piano straordinario contro le mafie*» (l. 13.8.2010 n. 136) ha affidato al Governo il compito di «coordinare e armonizzare in modo organico» l'intera disciplina delle misure di prevenzione «anche con riferimento alle norme concernenti l'istituzione dell'Agenzia nazionale» (art. 1 co. 3). In realtà, oltre questa prescrizione generica, il legislatore delegante non ha fissato criteri specifici per procedere a tale "coordinamento e armonizzazione" in relazione al ruolo e alle funzioni dell'Agenzia nazionale. Cosicché, come vedremo più avanti, il legislatore delegato che ha emanato il

c.d. Codice antimafia non ha certo brillato nel tentativo di migliorare la collocazione e l'operatività dell'Agenda nazionale nel sistema complessivamente considerato dei procedimenti patrimoniali.

A dir la verità, bastava tener conto — in sede di delega — dei plurimi rilievi formulati, fin dal 2004, in molteplici relazioni della Corte dei conti a seguito del controllo eseguito sulla gestione dell'Agenda del Demanio⁵.

Proviamo a sintetizzarli:

i tempi occorsi per emettere il decreto di destinazione, di gran lunga superiori a quelli previsti *ex lege* e, in numerosi casi, il riscontrato mancato utilizzo del bene o perché non materialmente consegnato o per problematiche rilevate nelle fase giurisdizionale (errori su indicazioni catastali e/o tardiva trascrizione dei decreti di sequestro o confisca, mancato accertamento di gravami sugli immobili, di procedure concorsuali nei confronti di società);

le difficoltà nella gestione dei beni (immobili occupati a vario titolo, sussistenza di diritti di terzi sui beni, in particolare ipoteche, coesistenza di sequestro penale *ex art. 321 CPP*, possesso per quote indivise del bene);

criticità nella fase di utilizzazione del bene confiscato o per il disinteresse mostrato dagli Amministratori nella gestione ovvero per la carenza di fondi o, ancora, in caso di aziende, per gli adempimenti civilistici, a partire dalla approvazione dei bilanci, da effettuare prima della consegna;

la necessità di una programmazione della attività di gestione per smaltire l'arretrato, razionalizzando il proprio operato;

la opportunità di velocizzare i rapporti con le amministrazioni e gli enti coinvolti nel procedimento anche attraverso conferenze di servizi;

la necessità di integrare il sistema di monitoraggio con ulteriori dati finalizzati a rendere più agevole la gestione degli immobili e delle aziende.

Pure nella deliberazione n. 23/2010/G la Corte dei conti, prendendo anche in esame le modifiche normative della l. 15.7.2009 n. 94 e della l. 31.3.2010 n. 50 (istitutiva dell'Agenda nazionale), nonché quanto previsto dal «Piano straordinario contro le mafie», ha ribadito la complessità delle procedure che vanno dal sequestro alla confisca fino alla destinazione dei beni confiscati, definendo «lungo e tortuoso» il percorso amministrativo che porta alla assegnazione a fini sociali. Proprio in quest'ultima relazione, si sottolinea che «escludendo i beni che rimangono in gestione all'Agenda del Demanio perché di difficile allocazione o perché inoperti», ben il 52,6% degli altri beni restano inutilizzati, sia per la lentezza delle procedure, sia «per difficoltà logistiche ed ambientali (locali vandalizzati, occupati, ipotecati, proprietà indivise, procedure giudiziarie in corso)», e si auspica che l'Agenda Nazionale, con un adeguato incremento del personale assegnato e con la previsione di procedure semplificate, possa affrontare la complessa gestione e destinazione dei beni confiscati, valutata «l'opportunità normativa» costituita dalla delega al Governo in materia di normativa antimafia prevista dalla l. 13.8.2010 n. 136⁶.

⁵ Sulle metodiche impiegate dall'Agenda del demanio in materia di beni confiscati, v. G. PISCIOTTA, *La gestione economico-aziendale dei beni confiscati da parte dell'Agenda del demanio*, in S. MAZZARESE - A. AIELLO (a cura di), *Le misure patrimoniali antimafia*, Milano 2010, 433.

⁶ Per un'attenta disamina del ruolo dell'Agenda nazionale nel procedimento di destinazione, v. N. GULLO, *La destinazione dei beni confiscati alla luce delle recenti riforme*, in G. FIANDACA - C. VISCONTI, *Scenari di mafia*, cit., 455.

3. — Purtroppo, con il d.lgs 6.9.2011 n. 159, in vigore dal 13 ottobre 2011, «Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia», non solo non è stato semplificato e razionalizzato il procedimento per la destinazione dei beni, ma lo si è reso ancora più lungo e farraginoso.

Non è infatti sufficiente affermare solennemente che «a seguito della confisca definitiva di prevenzione i beni sono acquisiti al patrimonio dello Stato liberi da oneri e da pesi» (art. 45), quasi a ritornare alla ormai superata concezione dell'acquisto a titolo originario dei beni, se poi si introduce — come vedremo — una disciplina della tutela dei diritti dei terzi con un complesso procedimento di accertamento dei diritti che mette in discussione l'efficacia pratica dell'affermazione stessa.

Né si può ritenere che sostituendosi semplicemente l'Agenzia con la figura del giudice delegato e/o dell'amministratore giudiziario vengano risolti i numerosi, concreti problemi di gestione o non si verifichino più le criticità evidenziate dalla Corte dei conti sia per la fase giurisdizionale sia per quella amministrativa.

Del tutto precari e talvolta non chiari risultano, anzitutto, i rapporti tra Agenzia nazionale e giurisdizione di prevenzione sul fronte della gestione dei beni. L'art. 44 co. 2, infatti, prevede che l'Agenzia, dopo avere preso in carico l'amministrazione dei beni prima della confisca definitiva, richieda al giudice delegato il nulla osta al compimento degli atti di cui all'art. 40 co. 3 (stare in giudizio, contrarre mutui, stipulare transazioni, compromessi, fidejussioni, concedere ipoteche, alienare immobili e compiere atti di straordinaria amministrazione anche a tutela dei terzi). Ma appare arduo ipotizzare un nulla osta su atti così rilevanti senza avere seguito le problematiche gestionali, visto che la gestione non è più di esclusiva competenza del giudice delegato. E, comunque, nulla è previsto nel caso in cui il giudice delegato non dia il nulla osta.

La destinazione dei beni confiscati (disciplinata nel Capo III, artt. 45-51, del Codice antimafia) anziché essere velocizzata è, in realtà, sospesa sino al termine della complessa procedura sulla tutela dei creditori in buona fede. Le due fasi — giurisdizionale ed amministrativa — risultano ancora più intrecciate ed interdipendenti, atteso che non potrà farsi luogo alla destinazione dei beni se non all'esito dell'accertamento dei diritti dei terzi. È vero che all'udienza di verifica dei crediti può partecipare l'Agenzia: ma l'art. 60 prevede che, conclusa l'udienza, l'autorità giudiziaria effettui la liquidazione dei beni mobili, delle aziende o rami di azienda e degli immobili ove le somme apprese, riscosse o ricevute non siano sufficienti a soddisfare i creditori ammessi al passivo; e l'art. 53 dispone che i crediti accertati siano soddisfatti dallo Stato nel limite del 70% del valore dei beni sequestrati o confiscati.

Insomma, il meccanismo congegnato dalla nuova disciplina sembra favorire la liquidazione o la vendita delle società e degli immobili e, per questa via, finisce per incidere direttamente sulla fase amministrativa della destinazione, ben potendo, in ultima analisi, non rimanere alcun bene da assegnare. Senza contare che, comunque, la complessità della procedura, i termini previsti, la possibilità di esaminare le domande tardive fino all'anno successivo alla confisca definitiva (sempre da parte del giudice delegato) costituiscono passaggi potenzialmente incompatibili con i compiti e i tempi di intervento dell'Agenzia.

In ordine alla destinazione degli immobili allo Stato, è ancora prevista la vendita per risarcire le vittime dei reati di tipo mafioso, mentre appare non coordinata l'utilizzazione da parte dell'Agenzia dei beni immobili per finalità economiche con il versamento dei proventi al FUG.

Né è comprensibile che gli immobili non assegnati possano essere utilizzati dagli enti territoriali per finalità di lucro ed i proventi reimpiegati solo per usi sociali, atteso che i medesimi enti sono i destinatari dell'assegnazione o che i beni immobili, ove non sia possibile effettuare la destinazione o il trasferimento per le finalità di pubblico interesse, possano essere venduti per corrispettivo pari alla stima agli enti pubblici aventi tra le finalità istituzionali anche l'investimento nel settore immobiliare, alle associazioni di categoria ed alle fondazioni bancarie. L'art. 48 co. 7 disciplina la prelazione all'acquisto dei beni, che può essere esercitata dagli enti territoriali, in contrasto con il co. 3 che prevede la destinazione per finalità istituzionali o sociali.

Per le imprese trasparente lo scopo di vendere i patrimoni, cedendoli a terzi anche mediante trattativa privata e tutelare così gli interessi dei creditori, in particolare delle banche, titolari di diritti reali di garanzia, piuttosto che riaffermare la legalità e reimmettere le aziende nel circuito economico lecito e produttivo. Non si comprende perché, infatti, sia sempre prevista la vendita delle quote societarie, senza differenziare sequestri maggioritari o totalitari; ciò porterà alla vendita anche dei beni della società e diventa poco chiara la possibilità di destinare i beni aziendali all'affitto. Evidente, in ultima analisi, il depotenziamento delle finalità della l. 109/1996: la possibilità di vendere quote di beni indivisibili, quote sociali e beni per soddisfare i creditori anche se il valore dell'immobile è superiore al credito, non lascia dubbi in proposito.

Allo stato, secondo i dati pubblicati sul sito dell'Agenzia Nazionale (ANBSC), la situazione dei beni definitivamente confiscati e non ancora destinati al 1° marzo 2012 è la seguente: 10.527 immobili e 1.537 aziende.

Va rammentato, inoltre, che nella seconda relazione sull'attività svolta (2011), la stessa Agenzia Nazionale, nell'evidenziare senza mezzi termini che il c.d. Codice antimafia mostra già numerose crepe, recepisce le proposte correttive elaborate dall'Osservatorio nazionale su confisca, amministrazione e destinazione dei beni e delle aziende⁷, e indica una serie di proposte emendative relative sia alla disciplina sostanziale-processuale sia alle norme dedicate alla struttura ed al funzionamento dell'Agenzia stessa.

In particolare, si segnala la necessità di modificare anche:

— l'art. 48 («destinazione dei beni e delle somme») per estendere la platea dei soggetti assegnatari di beni mobili registrati e per poter vendere gli immobili anche ai privati;

— l'art. 51 per ottenere una esenzione, per i beni immobili confiscati in via definitiva, da ogni imposta, tassa e tributo nazionale e locale;

— gli artt. 52 ss. con totale riscrittura della disciplina per la tutela dei terzi, evitando di subordinare l'acquisizione dei beni allo Stato alla integrale soddisfazione dei diritti dei terzi;

— l'art. 110 estendendo la competenza dell'Agenzia a tutti i reati previsti dall'art. 12-*sexies* d.l. 306/1992 e non solo a quelli previsti dall'art. 51 co. 3-*bis* CPP;

— la natura giuridica dell'Agenzia, trasformandola in ente pubblico economico per avere maggiore autonomia contabile, organizzativa e finanziaria, ovvero l'ampliamento della dotazione organica ad almeno 100 unità, eliminando la di-

⁷ Cfr. Prime proposte correttive al codice antimafia, 18 febbraio 2012, consultabile in www.penale-contemporaneo.it

disciplina del c.d. autofinanziamento e prevedendo uno stanziamento fisso di 10,2 milioni di euro annui.

4. — Va infine sottolineato che, con l'entrata in vigore dei regolamenti, bisognerà distinguere (con gli evidenti problemi di applicazione delle norme) tre diverse tipologie di procedimenti: *a*) per i procedimenti penali o di prevenzione pendenti alla data del 13 ottobre 2011 (data di entrata in vigore del Codice antimafia) si continueranno ad applicare le norme della l. 575/1965 (benché abrogata dal Codice stesso); *b*) per le proposte formulate dopo quella data si applicheranno le norme del Codice, ad eccezione di quelle relative alla gestione diretta, da parte dell'ANBSC, dopo l'emissione del decreto di confisca di primo grado o dopo la conclusione dell'udienza preliminare; *c*) per le proposte o per le richieste penali successive al 15 marzo 2012, data di entrata in vigore dei regolamenti, si applicheranno integralmente tutte le norme del Codice.

L'ambigua formulazione della disciplina transitoria (art. 117) determinerà, tenuto conto delle abrogazioni di norme e di leggi indicate all'art. 120, una serie di problemi interpretativi, non essendo neanche specificato che cosa si intenda per «procedimenti pendenti» (art. 117 co. 5) e, avuto riguardo ai procedimenti penali, se si debba fare riferimento alla data di iscrizione della notizia di reato ovvero all'esercizio dell'azione penale ovvero alla richiesta di sequestro conservativo *ex* art. 12-*sexies* d.l. 306/1992 limitatamente ai reati di cui all'art. 51 co. 3-*bis* CPP.

Nulla viene detto rispetto ai gravi e plurimi provvedimenti ablatori connessi a reati per i quali l'Agenzia sembrerebbe non avere alcuna competenza (artt. 314, 316, 316-*bis*, 316-*ter*, 317, 318, 319, 319-*ter*, 320, 322, 322-*bis*, 325-*bis*, 629, 644, 644-*bis*, 648, 648-*bis* CP, art. 12-*quinquies* l. 356/1992 e art. 73 TUSTUP) diversi da quelli di cui all'art. 51 co. 3-*bis* CPP (art. 416 co. 6, art. 416 per commettere delitti *ex* artt. 473 e 474, 600, 601, 602, 416-*bis* e 630 CP, artt. 74 e 291-*quater* TUDOG, art. 260 d.lgs. 152/2006), soprattutto in considerazione del fatto che l'art. 12-*sexies* d.l. 306/1992 rinvia, per la gestione e la destinazione dei beni sequestrati, alle norme della l. 575/1965, oggi abrogata.

Invero, le disposizioni di coordinamento di cui all'art. 116, secondo le quali i richiami alle disposizioni contenute nella l. 575/1965, ovunque presenti, si intendono riferiti alle corrispondenti disposizioni contenute nel d.lgs. 159/2011, non può estendersi a tutte le norme di cui al Titolo IV (la tutela dei terzi e i rapporti con le procedure concorsuali), trattandosi di norme introdotte *ex novo* e potendosi, probabilmente, anche in questo caso, invocare l'ultrattività della l. 575/1965 con tutti i problemi interpretativi connessi per la gestione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati in ordine ai reati diversi da quelli previsti dall'art. 51 co. 3-*bis* CPP.

LA DOCUMENTAZIONE ANTIMAFIA (D.LGS. 6.9.2011 N. 159: ARTT. 82-101)

Analisi di VITO CUSUMANO e ANTONINO PORRACCIOLLO

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. La delega. — 3. Il Libro II del d.lgs. 159/2011: nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia. — 4. Oggetto (art. 82) e ambito di applicazione della documentazione antimafia (art. 83). — 5. Comunicazione e informazione: caratteri generali (art. 84). Le cosiddette informazioni atipiche e la loro abrogazione. — 6. Soggetti sottoposti alla verifica antimafia. — 7. Validità della documentazione antimafia. — 8. La comunicazione antimafia: competenza... — 9. ... e termini per il rilascio — 10. L'autocertificazione. — 11. L'informazione antimafia: le regole sulla competenza... — 12. ... le attività per le quali deve acquisirsi l'informazione antimafia... — 13. ... le situazioni relative ai tentativi di infiltrazione mafiosa. — 14. I termini per il rilascio delle informazioni ... — 15 ... e gli effetti delle informazioni del prefetto — 16. Accessi e accertamenti nei cantieri... — 17. ... e audizione dell'interessato. — 18. Disposizioni relative ai contratti pubblici. — 19. L'entrata in vigore della nuova disciplina. — 20. La banca dati nazionale unica della documentazione antimafia. — 21. Consultazione e contenuto della banca dati. — 22. Modalità di funzionamento della banca dati. — 23. Lo scioglimento degli enti locali: obbligo di acquisizione della documentazione antimafia nel quinquennio successivo. — 24. Facoltà di avvalersi della stazione unica appaltante. — 24-bis. L'esame preliminare, da parte del Governo, di uno schema di decreto legislativo contenente disposizioni integrative e correttive al Codice antimafia.

1. — La documentazione antimafia si colloca nel quadro delle cautele poste dall'ordinamento giuridico ai fini della prevenzione dei fenomeni di infiltrazione della criminalità organizzata nell'economia legale del Paese.

Due gli interessi che vengono in rilievo: da un lato, la salvaguardia della libertà di iniziativa economica attraverso lo snellimento dei rapporti tra pubblica amministrazione e cittadini; dall'altro, l'esigenza di impedire che questi ultimi, se risultino "controindicati", possano ottenere particolari licenze, autorizzazioni, concessioni, iscrizioni, attestazioni o erogazioni oppure stipulare contratti con enti pubblici, ciò producendo gravi effetti distorsivi nel sistema, in contrasto con l'avvertito bisogno di riaffermazione del principio di legalità e del rispetto delle regole¹.

Sotto questo profilo, dunque, la documentazione antimafia — e in particolare l'informazione prefettizia — deve essere intesa non soltanto come uno schermo protettivo dello Stato rivolto alla realizzazione di un presidio avanzato degli interessi pubblici, ma anche e soprattutto come un impianto difensivo degli stessi

¹ Quasi trent'anni fa P. ARLACCHI (*La mafia imprenditrice*, Bologna 1983, 14) scriveva che «il caso dell'imprenditore mafioso mostra con chiarezza come la corrispondenza tra le azioni imprenditoriali ed il bene collettivo non è scontata, e come la questione della *regolazione istituzionale* di queste azioni e dei loro effetti costituisce uno dei problemi cruciali di ogni teoria dell'imprenditorialità».

imprenditori esposti al rischio di indebite ingerenze nell'esercizio delle proprie attività economiche².

2. — Circa l'ambito della specifica delega conferita al Governo in materia, può osservarsi che l'art. 2 della l. 13.8.2010 n. 136 parlava di «un decreto legislativo per la modifica e l'integrazione della disciplina in materia di documentazione antimafia di cui alla legge 31 maggio 1965, n. 575, e di cui all'articolo 4 del decreto legislativo 8 agosto 1994, n. 490, e successive modificazioni» (si tratta, rispettivamente, della legge contenente «Disposizioni contro la mafia» e del decreto relativo alle «Disposizioni attuative della legge 17 gennaio 1994, n. 47, in materia di comunicazioni e certificazioni previste dalla normativa antimafia»). La delega non faceva dunque alcun riferimento al d.p.r. 3.6.1998 n. 252, recante le norme per la semplificazione dei procedimenti relativi al rilascio delle comunicazioni e delle informazioni antimafia; e tuttavia, il rimando alla disciplina contenuta in quel testo poteva agevolmente cogliersi nel primo dei principî e criteri direttivi della delega, indicato nell'aggiornamento e nella semplificazione delle procedure di rilascio della documentazione antimafia (art. 2 lett. a).

Inoltre, la delega in questione e quella relativa all'adozione di un decreto legislativo recante il Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, contenuta nell'art. 1 della stessa l. 136/2010, non dovevano necessariamente essere esercitate mediante un unico provvedimento normativo, ciò non essendo esplicitamente indicato nei due articoli della legge contenenti le diverse deleghe. È comunque senz'altro da condividere la scelta del legislatore delegato di ricomprendere le due materie in un unico *corpus* normativo³, giacché ciò non soltanto agevola «la completa cognizione delle norme, ma rende più evidente il *fil rouge* che lega i diversi istituti»⁴.

3. — Il Libro II del d.lgs. 159/2011 (d'ora in poi anche «Codice»), intitolato «Nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia», consta di sei capi.

Il Capo I contiene «Disposizioni di carattere generale» concernenti l'oggetto della disciplina di quel libro (art. 82) e l'ambito di applicazione della documentazione antimafia (art. 83).

Il Capo II è relativo alle definizioni (art. 84), ai soggetti sottoposti alla verifica antimafia (art. 85) e alla validità temporale della documentazione antimafia (art. 86).

² Si veda, sui concetti esposti in questo paragrafo, l'allegato alla proposta di relazione sulla prima fase dei lavori della Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della mafia, con particolare riguardo al condizionamento delle mafie sull'economia, sulla società e sulle istituzioni del mezzogiorno, pubblicato in allegato al resoconto stenografico della seduta n. 80 del 31.5.2011.

Non ci esimiamo, comunque, dal registrare che è in corso un ampio dibattito sulla convenienza di valorizzare, in parallelo (se non, addirittura, in alternativa) alla documentazione antimafia, anche altri istituti: *Più coraggio sulle White list «antimafia»* titola «Il Sole 24 Ore» del 6 febbraio 2012 (pag. 14) in un «pezzo» a firma di V. BONIFATI, in cui si afferma che «le *white list*, non solo servono a combattere la penetrazione della criminalità organizzata nel settore delle costruzioni, ma costituiscono uno strumento indispensabile se si vuole colpire alla base qualsiasi tentativo della mafia di intercettare i flussi finanziari destinati agli investimenti in costruzioni, pubblici e privati».

³ Nell'epigrafe del Codice antimafia si legge, appunto, «Ritenuto di procedere all'esercizio di entrambe le deleghe con un unico decreto legislativo...».

⁴ S. GAMBACURTA, *Commento al Codice antimafia*, in A. CISTERNA - M.V. DE SIMONE - B. FRATTASI - S. GAMBACURTA, Rimini 2011, 133.

I Capi III e IV dettano la normativa di dettaglio, rispettivamente, delle comunicazioni antimafia (artt. 87-89) e delle informazioni antimafia (artt. 90-95).

Il Capo V (artt. 96-99) disciplina la «Banca dati nazionale unica della documentazione antimafia».

Infine, il Capo VI (artt. 100 e 101) è rubricato «Disposizioni concernenti gli enti locali sciolti ai sensi dell'art. 143 del d.lgs. 18.8.2000, n. 267».

4. — Come indicato nell'art. 82, l'oggetto del Libro II concerne la disciplina della documentazione antimafia e dei suoi effetti, l'istituzione della cosiddetta «banca dati» (per l'esattezza: «banca dati nazionale unica della documentazione antimafia»), nonché le disposizioni relative agli enti locali i cui organi sono stati sciolti ai sensi dell'art. 143 del d.lgs. 18.8.2000 n. 267 (testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali).

L'art. 83 co. 1 del Codice dispone quindi che devono acquisire la documentazione antimafia prevista dal successivo art. 84 (*infra*, § 5) le pubbliche amministrazioni e gli enti pubblici, anche se costituiti in stazioni uniche appaltanti⁵, 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. Tale acquisizione deve avvenire prima che quei soggetti stipolino, approvino o autorizzino i contratti e i subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture pubblici, ovvero prima che rilascino o consentano i provvedimenti indicati nell'art. 67⁶.

Si tratta, in buona sostanza, della riproduzione di quanto già previsto dal d.lgs. 490/2004 e dal d.p.r. 252/1998, sebbene risalti il fatto che sia stata omessa l'esplicita indicazione, tra gli atti per i quali è richiesta la preventiva acquisizione della documentazione antimafia, degli appalti e dei subappalti. Ciò comunque rappresenta sicuramente «una scelta meramente lessicale dettata dalla ricerca di “un'estetica normativa”, che non sottende alcuna modifica sostanziale. Ne è riprova il fatto che l'art. 67, comma 2, utilizza la stessa formula del d.lgs. n.

⁵ Art. 13 l. 136/2010:

«1. Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta dei Ministri dell'interno, dello sviluppo economico, delle infrastrutture e dei trasporti, del lavoro e delle politiche sociali, per i rapporti con le regioni e per la pubblica amministrazione e l'innovazione, da adottare entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, sono definite, previa intesa in sede di Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, le modalità per promuovere l'istituzione, in ambito regionale, di una o più stazioni uniche appaltanti (SUA), al fine di assicurare la trasparenza, la regolarità e l'economicità della gestione dei contratti pubblici e di prevenire il rischio di infiltrazioni mafiose.

2. Con il decreto di cui al comma 1 sono determinati:

- a) gli enti, gli organismi e le società che possono aderire alla SUA;
- b) le attività e i servizi svolti dalla SUA, ai sensi dell'articolo 33 del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163;
- c) gli elementi essenziali delle convenzioni tra i soggetti che aderiscono alla SUA;
- d) le forme di monitoraggio e di controllo degli appalti, ferme restando le disposizioni vigenti in materia».

Il provvedimento di cui al co. 1 è stato adottato con d.p.c.m. 30.6.2011 n. 55214 (nella *Gazzetta Ufficiale* del 29.8.2011, n. 200), intitolato «Indizione Stazione Unica Appaltante, in attuazione dell'articolo 13 della legge 13 agosto 2010, n. 136 - Piano straordinario contro le mafie».

⁶ E cioè quei provvedimenti che non possono essere adottati in favore delle persone alle quali sia stata applicata, con provvedimento definitivo, una delle misure di prevenzione previste dal libro I, titolo I, capo II del Codice.

490/1994, per indicare gli effetti di divieto, decadenza e sospensione prodotti dall'applicazione (definitiva) delle misure di prevenzione sui contraenti e subcontraenti con la pubblica amministrazione, menzionando in più anche i contratti di posa in opera»⁷.

Ai sensi dell'art. 83 co. 2, poi, la disposizione che precede si applica anche al cosiddetto «contraente generale»⁸ previsto dall'art. 176 del d.lgs. 12.4.2006 n. 163.

La documentazione in questione non è comunque richiesta nei seguenti casi (art. 83 co. 3):

- a) per i rapporti fra i soggetti pubblici di cui al co. 1 dell'art. 83;
- b) per i rapporti fra i soggetti pubblici di cui alla lett. a e 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'art. 67 del Codice;
- c) per il rilascio o rinnovo delle autorizzazioni o licenze di polizia di competenza delle autorità nazionali e provinciali di pubblica sicurezza⁹;
- d) per la stipulazione o approvazione di contratti e per la concessione di erogazioni a favore di chi esercita attività agricole o professionali, non organizzate in forma di impresa, nonché a favore di chi esercita attività artigiana in forma di impresa individuale e attività di lavoro autonomo anche intellettuale in forma individuale;
- e) per i provvedimenti, gli atti, i contratti e le erogazioni il cui valore complessivo non supera i 150.000 euro.

Più in generale, si è ritenuto che non debba procedersi all'acquisizione della documentazione antimafia relativamente a «tutte quelle determinazioni amministrative che solo indirettamente sono suscettibili di produrre effetti sull'attività imprenditoriale (es., nulla-osta, licenze e simili, provvedimenti aventi un contenuto meramente tecnico ecc.)»¹⁰.

Per contro, è da ritenersi che l'esenzione di cui alla lett. e non trovi applicazione nelle ipotesi di atto da stipulare (approvare o autorizzare) o provvedimento da rilasciare (o consentire), le quali, «seppur collegate allo svolgimento di un'attività imprenditoriale, non sono suscettibili di un'autonomia e certa valutazione economica»¹¹.

5. — L'art. 84, che apre il Capo II, al co. 1 indica le due *species* di docu-

⁷ S. GAMBACURTA, *Commento*, cit., 158.

⁸ Quello, cioè, dotato di adeguata esperienza e qualificazione nella costruzione di opere nonché di adeguata capacità organizzativa, tecnico-realizzativa e finanziaria, al quale, con il contratto di cui all'art. 173, co. 1, lett. b), del d.lgs. 163/2006, il soggetto aggiudicatore, in deroga all'art. 53 di quello stesso decreto, affida la realizzazione con qualsiasi mezzo dell'opera, nel rispetto delle esigenze specificate nel progetto preliminare o nel progetto definitivo redatto dal soggetto aggiudicatore e posto a base di gara, contro un corrispettivo pagato in tutto o in parte dopo l'ultimazione dei lavori.

⁹ E ciò, evidentemente, per la specialità delle disposizioni del TULPS.

¹⁰ A. COSTAGLIOLA - L. NACCIARONE, *Il Codice antimafia*, Rimini 2011, 52. Per un elenco di fattispecie che, sulla base di circolari emanate dal Ministero dell'interno, erano state ritenute sottratte all'obbligo di acquisizione della certificazione antimafia (e potrebbero continuare a esserlo), v. S. GAMBACURTA, *Commento*, cit., 169.

¹¹ A. BALSAMO - C. MALTESE, *Il Codice antimafia*, Milano 2011, 79.

mentazione antimafia: comunicazione antimafia e informazione antimafia; quindi precisa:

a) al co. 2, che la comunicazione antimafia consiste nell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'art. 67;

b) al co. 3, che l'informazione antimafia consiste nell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'art. 67, nonché (fatto salvo quanto previsto dall'art. 91 co. 7, su cui *infra*, § 12) 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.

Rinviando al prosieguo l'analisi delle due figure di documentazione, in questa sede mette conto di evidenziare che la *summa divisio* contenuta nell'art. 84 ricalca quanto già stabilito dal d.p.r. 252/1998, i cui artt. 3 e 10 sono relativi, appunto, alle «Comunicazioni per iscritto» e alle «Informazioni del prefetto».

La normativa ancora in vigore sulla documentazione antimafia¹² prevede pure un *tertium genus* di cautele: le cosiddette informazioni «atipiche» o «supplementari», disciplinate dall'art. 1-*septies* del d.l. 6.9.1982 n. 629, convertito, con modificazioni, in l. 12.10.1982 n. 726. Alla stregua di tale normativa, L'Alto commissario antimafia poteva comunicare, alle autorità competenti al rilascio dei provvedimenti ivi indicati¹³, «elementi di fatto ed altre indicazioni utili alla valutazione, nell'ambito della discrezionalità ammessa dalla legge, dei requisiti soggettivi richiesti per il rilascio, il rinnovo, la sospensione o la revoca» di quei provvedimenti.

Si trattava, in buona sostanza, di informative caratterizzate dal fatto di essere fondate sull'accertamento di elementi che, pur evidenziando il pericolo di collegamenti fra l'impresa e la criminalità organizzata, non raggiungevano un livello tale da esplicitare efficacia interdittiva automatica¹⁴. E, proprio per tali caratteristiche, si era dunque ritenuto che le informative in questione (a differenza delle altre) non imponessero alla stazione appaltante l'automatica esclusione dell'impresa aggiudicataria, ma le consentissero, piuttosto, di procedere a una autonoma valutazione del loro contenuto¹⁵.

Le informazioni «atipiche» sono state poi sussunte nell'alveo delle notizie antimafia dall'art. 10 co. 9 del d.p.r. 252/1998, il quale, «con una formulazione un po' contorta»¹⁶, ha previsto che le disposizioni dell'art. 1-*septies* non si applicano alle informazioni del prefetto, «salvo che gli elementi o le altre indicazioni fornite siano rilevanti ai fini delle valutazioni discrezionali ammesse dalla legge».

Il Codice ha, invece, espressamente abrogato (oltre che, per intero, il d.lgs. 490/1994 e il d.p.r. 252/1998, anche) l'art. 1-*septies* del d.l. 629/1982, sicché le sole categorie di certificazioni antimafia sono rappresentate dalla comunicazione e dall'informazione: una scelta approvata dalla dottrina, la quale ne ha individua-

¹² Circa il momento dell'entrata in vigore della nuova disciplina, v. il § 19.

¹³ Al rilascio, cioè, di licenze, autorizzazioni, concessioni in materia di armi ed esplosivi e per lo svolgimento di attività economiche, nonché di titoli abilitativi alla conduzione di mezzi ed al trasporto di persone o cose.

¹⁴ T.a.r. Calabria, Catanzaro, 307/2009.

¹⁵ Si veda, oltre la pronuncia citata alla nota precedente, anche T.a.r. Lazio, Roma, 6487/2008.

¹⁶ La condivisibile definizione è di S. GAMBACURTA, *Commento*, cit., 148.

to la *ratio* nella «logica di garantire un maggior tasso di certezza giuridica sia alle amministrazioni richiedenti, sia alle imprese esaminate»¹⁷.

6. — L'art. 85 del Codice contiene l'indicazione dei soggetti sottoposti alla verifica antimafia, distinguendo a seconda che si tratti di imprese individuali o di organismi collettivi. Nel primo caso, infatti, la documentazione antimafia deve riferirsi al titolare e, ove previsto, al direttore tecnico (co. 1). Decisamente più articolata è la disciplina (contenuta nel co. 2) relativa ad associazioni, società, consorzi e raggruppamenti temporanei di imprese: in ordine a tali organismi, infatti, l'acquisizione della documentazione antimafia dovrà riguardare, oltre che il direttore tecnico (se previsto), sempre chi ne ha legale rappresentanza. La normativa relativa ai soggetti sottoposti alla verifica antimafia va comunque completata con la previsione contenuta nell'art. 91, co. 5, del Codice, per il quale il prefetto competente estende gli accertamenti pure ai soggetti che risultano poter determinare in qualsiasi modo le scelte o gli indirizzi dell'impresa.

Rimandando alla lettura dell'art. 85 per quel che concerne l'analitica elencazione delle figure per le quali, nei soggetti collettivi, è richiesta la documentazione *de qua* (particolarmente dettagliata è, per esempio, quella relativa alle società di capitali di cui alla lett. *b* del co. 2), ci si limita a evidenziare alcune novità rispetto a quanto previsto nel d.p.r. 252/1998.

In linea assolutamente generale, va sottolineato che il co. 3 dell'art. 85 dispone che l'informazione antimafia (e dunque solo essa) deve riferirsi, oltre che a tutti i soggetti indicati nei due commi precedenti, anche ai loro familiari conviventi, e ciò all'evidente scopo di verificare se la persona che ufficialmente risulti quale legale rappresentante dell'organismo (o si trovi in una di quelle posizioni per le quali è comunque richiesta l'informazione) non sia, in effetti, soltanto un prestanome di altro soggetto a cui sarebbe inibita la facoltà di accedere ai benefici indicati nell'art. 67 del Codice. Del resto, l'art. 84 co. 4 lett. *f* prevede che le situazioni relative ai tentativi di infiltrazione mafiosa, che danno luogo all'adozione dell'informazione antimafia interdittiva, sono desunte anche da una serie di 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 precedenti lett. *a* (misure cautelari, rinvii a giudizio o condanne per i delitti ivi indicati) e *b* (proposta o applicazione di una misura di prevenzione), allorché quelle sostituzioni avvengano con modalità che (per i tempi in cui vengono realizzate, per il valore economico delle transazioni, per il reddito dei soggetti coinvolti nonché per le qualità professionali dei subentranti) denotino l'intento di eludere la normativa sulla documentazione antimafia.

Altro profilo di novità va individuato nella scelta del legislatore delegato di includere anche le associazioni tra gli organismi collettivi il cui rappresentante è sottoposto alla verifica antimafia. Il Codice non distingue tra associazioni riconosciute (artt. 16 ss. Cc) e non riconosciute (artt. 36 ss. dello stesso Codice), sicché la normativa in questione deve intendersi indirizzata nei confronti di entrambe.

Non sono, invece, prese in considerazione le fondazioni, che pure il Codice civile disciplina in uno alle associazioni riconosciute, né i comitati, a loro volta regolati (sia pure in propri articoli) nello stesso capo di quel Codice dedicato alle associazioni non riconosciute. È dunque auspicabile un intervento legislativo che

¹⁷ S. GAMBACURTA, *Commento*, cit., 150.

disponga anche per fondazioni e comitati l'obbligo di acquisire la certificazione antimafia nei casi in cui a tale onere soggiacciono le associazioni, sebbene non vada trascurato che già, ai sensi dell'art. 25, co. 1, Cc, l'autorità governativa esercita il controllo e la vigilanza sull'amministrazione delle fondazioni¹⁸.

7. — Ai sensi dell'art. 86 del Codice, la comunicazione antimafia e l'informazione antimafia sono utilizzabili per un periodo, rispettivamente, di sei e di dodici mesi dalla data del rilascio purché, ma solo con riguardo all'informazione, non siano intanto intervenuti mutamenti nell'assetto societario e gestionale dell'impresa oggetto dell'informazione medesima. Il periodo di validità dell'informazione è stato dunque raddoppiato rispetto a quello di sei mesi indicato, in via generale, dall'art. 2 del d.p.r. 252/1998 per la documentazione prevista da quel regolamento, e la *ratio* di tale scelta va individuata in evidenti esigenze di semplificazione del sistema¹⁹.

La comunicazione e l'informazione, inoltre, possono essere utilizzate anche per altri procedimenti riguardanti i medesimi soggetti; in questi casi, e purché in corso di validità, possono essere prodotte anche in copia autentica (co. 1 e 2 dell'art. 86).

All'evidente scopo, poi, di consentire alle prefetture un costante monitoraggio delle vicende societarie e, in pari tempo (e di conseguenza), di evitare facili elusioni della normativa *de qua*, il co. 3 dell'art. 86 dispone che i legali rappresentanti degli organismi societari, nel termine di trenta giorni dall'intervenuta modificazione dell'assetto societario o gestionale dell'impresa, hanno l'obbligo di trasmettere al prefetto, che ha rilasciato l'informazione antimafia, copia degli atti dai quali risulta l'intervenuta modificazione relativamente ai soggetti destinatari di verifiche antimafia di cui all'art. 85. La violazione di tale obbligo è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria da 20.000 a 60.000 euro (co. 4 dell'art. 86).

Di particolare rilievo pratico (e di civiltà giuridica) è il contenuto del co. 5 dell'art. 86, il quale prevede che i soggetti di cui al precedente art. 83 (co. 1 e 2), allorché acquisiscono la comunicazione o l'informazione antimafia in corso di validità (perché di data non anteriore, rispettivamente, a sei o a dodici mesi), adottano il provvedimento richiesto e gli atti conseguenti o esecutivi, compresi i pagamenti, anche se gli stessi (provvedimenti o atti) vengano a perfezionarsi o eseguirsi in epoca successiva alla scadenza di validità di quella documentazione. Anche in questo caso la *ratio* della norma è chiara (ed evidentemente condivisibile): non far gravare sul privato le conseguenze degli eventuali ritardi della pubblica amministrazione nel completamento dell'*iter* burocratico concernente tanto l'adozione del provvedimento (stipulazione, approvazione, ecc.) quanto il pagamento del dovuto.

8. — L'art. 87 co. 1 del d.lgs. 159/2011 così dispone: «La comunicazione antimafia è rilasciata dal prefetto della provincia in cui i soggetti richiedenti di cui

¹⁸ E, sempre ai sensi della citato articolo, detta autorità provvede alla nomina e alla sostituzione degli amministratori o dei rappresentanti, quando le disposizioni contenute nell'atto di fondazione non possono attuarsi; annulla, sentiti gli amministratori, le deliberazioni contrarie a norme imperative, all'atto di fondazione, all'ordine pubblico o al buon costume; può sciogliere l'amministrazione e nominare un commissario straordinario, qualora gli amministratori non agiscano in conformità dello statuto o dello scopo della fondazione o della legge.

¹⁹ A. COSTAGLIOLA - L. NACCIARONE, *Il Codice antimafia*, cit., 53; A. BALSAMO - C. MALTESE, *Il Codice antimafia*, cit., 80.

all'articolo 83, comma 1 e 2, hanno sede, ovvero, se richiesta da persone fisiche, imprese, associazioni o consorzi, dal prefetto della provincia in cui gli stessi risiedono o hanno sede, ed è conseguita mediante consultazione della banca dati nazionale da parte dei soggetti di cui all'art. 97, comma 1, debitamente autorizzati [e cioè: *quelli di cui all'art. 83, co. 1 e 2, nonché le camere di commercio e gli ordini professionali*]. La richiesta da parte dei soggetti privati interessati deve essere corredata della documentazione di cui all'articolo 91, comma 4, lettera b)».

Il contenuto di tale previsione normativa appare tutt'altro che perspicuo: si afferma, infatti, una competenza prefettizia al rilascio della comunicazione, ma subito dopo si prevede che tale comunicazione si consegue mediante consultazione della banca dati nazionale effettuata (non dal prefetto, ma) dai soggetti indicati nel successivo art. 97 co. 1.

Ora, per tentare una ricostruzione organica della materia, occorre, a nostro avviso, porre l'art. 87 in relazione con il successivo art. 88 e quindi distinguere le seguenti ipotesi: quella in cui la consultazione della banca dati avvenga ad opera di uno dei soggetti di cui all'art. 97 co. 1 del Codice, e l'altra in cui siano i privati (persone fisiche, associazioni o società) a richiedere la certificazione.

Con riguardo al primo caso devono ulteriormente specificarsi due situazioni: se la consultazione abbia dato esito negativo (se, cioè, non sia risultata l'esistenza di cause interdittive), il soggetto richiedente acquisirà la certificazione e si potrà procedere alla stipula (approvazione, autorizzazione, ecc.) dell'atto²⁰; se, invece, la consultazione abbia rilevato la sussistenza di una causa ostativa alla stipula (approvazione, autorizzazione, ecc.), sarà allora necessario l'intervento del prefetto, al quale — come si vedrà nel prossimo paragrafo — il soggetto che ha effettuato la consultazione dovrà rimettere l'incartamento.

Viceversa, poiché il privato non ha libero accesso alla banca dati, la sua richiesta dovrà indirizzarsi al prefetto, il quale opererà secondo lo schema previsto nell'art. 88 del Codice, e su cui ci si soffermerà nel prossimo paragrafo. In questa sede mette conto di evidenziare che l'articolo in commento fa generico riferimento alla «sede» dei soggetti richiedenti (pubblici o privati), identicamente a quanto previsto dal successivo art. 90 con riguardo alle informazioni antimafia. Parimenti alla «sede» si riferivano gli artt. 3 e 10 del d.p.r. 252/1998 per individuare la competenza prefettizia in ordine, rispettivamente, alle «comunicazioni per iscritto» e alle «informazioni del prefetto».

Ora, premesso che, secondo l'insegnamento del Consiglio di Stato²¹, tale sede deve ritenersi quella legale, non ci si esime dall'evidenziare che il legislatore delegato avrebbe potuto dare rilievo non solo alla sede appunto legale, ma anche a quella in cui l'impresa abbia effettivamente stabilito in via sostanziale e prevalente la propria concreta operatività²²: non mancano, infatti, casi di aziende le-

²⁰ E dunque, sebbene — si ripete — nell'art. 87 si dica che la comunicazione antimafia è rilasciata dal prefetto, «non si vede, quindi, quale possa essere in questo caso l'attività imputabile» a quell'organo (S. GAMBACURTA, *Commento*, cit., 183).

²¹ Se ne veda la sent. 4724/2001.

²² Alla sede legale, nonché alla sede o alle sedi operative e a quella della centrale operativa, qualora non corrispondenti, fa riferimento l'art. 257 del r.d. 6.5.1940 n. 635, come modificato dal d.p.r. 4.8.2008 n. 153, relativamente al contenuto della domanda per ottenere la licenza per le attività degli istituti di vigilanza e di investigazione privata. Al riguardo, il Ministero dell'interno, con circolare n. 557/PAS/15403.10089.D(1)REG del 15.12.2008, ha precisato che «per sede deve intendersi il luogo in cui hanno concreto svolgimento le attività amministrative e di direzione dell'istituto. Dovrà trattarsi, in realtà, del luogo dove operano gli organi amministrativi ed i dipendenti dell'istituto cui sono affidati poteri direttivi,

galmente ubicate in determinate aree geografiche²³, che sul posto risultano inattive e talvolta persino prive di insegne e/o con dotazioni di risorse umane e tecnologiche minimali e incongruenti rispetto agli ingenti flussi finanziari che derivano dagli appalti aggiudicati in tutt'altra parte del Paese.

Come si è visto, l'ultima parte del co. 1 dell'art. 87 dispone che la richiesta proveniente dai privati debba «essere corredata della documentazione di cui all'articolo 91, comma 4, lett. b)». La disposizione presenta, a nostro parere, un'imprecisione. La richiamata lett. b fa riferimento al «l'oggetto e [al] valore del contratto, subcontratto, concessione o erogazione» che il soggetto pubblico deve indicare allorché richiede l'informazione antimafia; e poiché — come si è visto *supra* (§ 4) — l'acquisizione della certificazione deve avvenire prima della stipula (approvazione, autorizzazione, ecc.), è evidente che risulta impossibile corredare l'istanza di un (ancora inesistente) contratto o atto amministrativo. Ne consegue che il privato dovrà *indicare* valore e oggetto del contratto (subcontratto, concessione o erogazione), oppure produrre documentazione²⁴ dalla quale sia comunque possibile inferire quelle notizie. La *ratio* della norma è chiara, e va individuata nell'intento di «evitare che il prefetto possa rilasciare la comunicazione per fattispecie che potrebbero rientrare nella “fascia di esenzione” o, all'opposto, per le quali è invece richiesta l'informazione antimafia»²⁵.

Infine, l'art. 87 dispone che, nei confronti dei soggetti aventi residenza o sede all'estero, la comunicazione antimafia è rilasciata dal prefetto della provincia dove ha inizio l'esecuzione dei contratti e dei subcontratti pubblici nonché delle attività oggetto dei provvedimenti indicati nell'art. 67 (co. 2), e aggiunge che, ai fini del rilascio della comunicazione antimafia, le prefetture usufruiscono del collegamento alla banca dati (co. 3).

9. — Come si è in parte anticipato, l'art. 88 del Codice antimafia distingue due ipotesi: quella in cui dalla consultazione della banca dati (effettuata da uno dei soggetti pubblici indicati nell'art. 97, oppure dall'autorità prefettizia su istanza del privato) non emerga la sussistenza di cause di decadenza (di sospensione o di divieto di cui al precedente art. 67), e l'altra in cui, invece, risulti una (o più) di tali cause.

Nella prima ipotesi, «il rilascio della comunicazione antimafia è immediatamente conseguente alla consultazione della banca dati», e la comunicazione antimafia liberatoria attesta che la stessa è stata emessa utilizzando il collegamento alla banca dati (co. 1 dell'art. 88). Ribadiamo che in tale ipotesi, allorché alla

dove viene conservata la documentazione relativa all'attività autorizzata e stabilmente utilizzato per l'accentramento dei rapporti interni e con i terzi in vista del compimento degli affari e dell'attività propulsiva dell'impresa autorizzata. Tale sede effettiva, peraltro, non deve necessariamente coincidere con la “sede legale”, in quanto la presunta coincidenza tra sede legale e sede effettiva può, come chiarito dalla giurisprudenza, “... essere vinta dalla prova del carattere meramente fittizio o formale della sede legale, restando irrilevanti in ogni caso i trasferimenti della sede legale non accompagnati dal reale trasferimento del centro propulsore dell'impresa e contestuali all'effettiva cessazione dell'attività dell'impresa stessa” (Cass. Civ. ord. n. 1489 del 25.1.2005)».

²³ E soprattutto in regioni del nord Italia, che meglio si adattano alla strategia di penetrazione dei sodalizi criminali nel tessuto imprenditoriale locale per il minor livello di allarme finora colà sollevatosi sul fronte dell'aggressione della delinquenza mafiosa verso le attività economiche del territorio (sulla questione v. l'allegato citato nella nt. 2).

²⁴ Per esempio, il bando di gara.

²⁵ S. GAMBACURTA, *Commento*, cit., 184.

consultazione abbia proceduto direttamente uno dei soggetti autorizzati di cui all'art. 97, il sistema delineato dal d.lgs. 159/2011 non sembra prevedere un intervento dell'autorità prefettizia.

Quando, invece, dalla consultazione della banca dati emerge la sussistenza di una delle suindicate cause (di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'art. 67), il prefetto effettua le necessarie verifiche e accerta se siano ancora attuali i motivi ostativi emersi dalla consultazione (co. 2). *Nulla quaestio* — evidentemente — ove tali risultanze negative conseguano alla consultazione alla quale abbia proceduto il prefetto su istanza del privato: le verifiche saranno promosse senza soluzione di continuità da quella stessa autorità.

Nulla è detto, invece, relativamente all'ipotesi in cui alla consultazione della banca dati abbia proceduto uno dei soggetti indicati nell'art. 97; ma, pur nel silenzio del Codice, non dovrebbero esservi dubbi nel ritenere che quel soggetto dovrà senza indugio rimettere gli atti alla prefettura competente per consentirle di effettuare le opportune verifiche.

Queste ultime — com'è ovvio — possono confermare (o addirittura aggravare) il contenuto di quanto emerso dal precedente esame, e allora «il prefetto rilascia la comunicazione antimafia interdittiva»; oppure possono dare esito negativo, e quindi «il prefetto rilascia la comunicazione antimafia liberatoria attestando che la stessa è emessa utilizzando il collegamento alla banca dati» (co. 3).

Per entrambe le ipotesi, poi, è previsto che il prefetto rilasci la comunicazione entro quarantacinque giorni dal ricevimento della richiesta; se, però, le verifiche disposte siano di particolare complessità, il prefetto ne dà comunicazione senza ritardo ai soggetti richiedenti, e fornisce la comunicazione antimafia entro ulteriori trenta giorni (co. 4).

Quanto, poi, alla natura del termine (*rectius*, dei termini) in questione, il Codice non ne chiarisce il carattere perentorio od ordinatorio. Come si vedrà più avanti, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha ritenuto che i termini per il rilascio dell'informativa antimafia devono ritenersi ordinatori in ragione della complessità della relativa istruttoria. Sarà dunque sicuramente oggetto di discussione la questione della perentorietà o meno del termine in questione, tenuto conto anche del fatto che il nuovo sistema normativo ha ampliato il termine (decisamente breve) di quindici giorni dal ricevimento della richiesta, previsto dall'art. 3 del d.p.r. 252/1998 per il rilascio della comunicazione. Riteniamo, comunque, che l'importanza degli interessi in gioco *in subiecta materia* giustifichi un'opzione ermeneutica orientata verso il carattere ordinatorio dei termini di cui si discute, e ciò, peraltro, *ad instar* della regola generale contenuta nell'art. 152 co. 2 CPC, per la quale i termini stabiliti dalla legge sono ordinatori, tranne che la legge stessa li dichiari espressamente perentori. Sicché, in conclusione, trascorso vanamente il termine (o i termini) di cui si discute, le amministrazioni potranno stipulare (approvare, autorizzare, ecc.) l'atto, salvo, poi, a doverlo revocare in caso di successiva comunicazione interdittiva.

10. — Il Capo III, relativo alle comunicazioni antimafia, si chiude con l'art. 89, il cui co. 1, secondo quanto già previsto dall'art. 5 dell'abrogato d.p.r. 252/1998, dispone che, fuori dei casi in cui è richiesta l'informazione antimafia, i contratti e subcontratti relativi a lavori, servizi o forniture dichiarati *urgenti* e i provvedimenti di rinnovo conseguenti a provvedimenti già disposti, sono stipulati, autorizzati o adottati previa acquisizione di apposita dichiarazione con la quale l'interessato attesti che nei propri confronti non sussistono le cause di divieto, di decadenza o di sospensione di cui all'art. 67.

Sono due, dunque, i presupposti sostanziali di efficacia dell'autocertificazione: deve versarsi in ipotesi in cui non debba acquisirsi l'informazione antimafia²⁶; deve trattarsi di contratti relativi a lavori (servizi o forniture) già dichiarati *urgenti* oppure di provvedimenti che rinnovano precedenti provvedimenti. Sotto il profilo formale, poi, la dichiarazione deve essere sottoscritta con le modalità previste dall'art. 38 del d.p.r. 28.12.2000 n. 445.

Il co. 2 dispone quindi che la predetta dichiarazione è resa dall'interessato anche quando gli atti e i provvedimenti della pubblica amministrazione riguardano:

a) attività private, sottoposte a regime autorizzatorio, che possono essere intraprese su segnalazione certificata di inizio attività da parte del privato alla pubblica amministrazione competente²⁷;

b) attività private sottoposte alla disciplina del silenzio-assenso, indicate nella tabella C annessa al regolamento approvato con d.p.r. 26.4.1992 n. 300, e successive modificazioni²⁸.

11. — Come si è visto in precedenza (§ 5), l'informazione antimafia consiste — secondo la definizione datane dall'art. 84 co. 3 del Codice — nell'attestazione

²⁶ Anche l'art. 5 del d.p.r. 252/1998, tuttora in vigore, ammette l'autocertificazione per la stipula (l'autorizzazione, ecc.) dei contratti relativi a lavori o forniture dichiarati urgenti nonché per i provvedimenti di rinnovo conseguenti a provvedimenti già disposti, ma ciò «fuori dei casi previsti» dal successivo art. 10, relativo alle informazioni del prefetto. E il Consiglio di Stato, con sent. 6318/2000, ha chiarito che quell'inciso va inteso non nel senso che l'autocertificazione dell'assenza di misure di prevenzione antimafia non sia ammessa nei casi dell'art. 10, ma nel diverso significato che in quei casi l'autocertificazione non sia da sola sufficiente all'adozione dell'atto, occorrendo in aggiunta anche le informazioni prefettizie.

²⁷ L'art. 19 l. 7.8.1990 n. 241, intitolato «Segnalazione certificata di inizio attività - Scia», al co. 1 dispone: «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 decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, nonché 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 legge prevede l'acquisizione di pareri di organi o enti appositi, ovvero l'esecuzione di verifiche preventive, essi sono comunque sostituiti dalle auto-certificazioni, 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 mediante posta 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».

²⁸ Si indicano, a titolo meramente esemplificativo: acquisti di immobili, accettazione di donazioni, eredità o legati da parte di persone giuridiche; commercializzazione dei concimi organici minerali; esportazione di bestiame da riproduzione e selvaggina.

della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'art. 67 (e sin qui v'è una perfetta coincidenza con il contenuto della comunicazione antimafia), nonché (fatto salvo quanto previsto dall'art. 91 co. 7, su cui v. il prossimo paragrafo) 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.

L'art. 90 co. 1 del Codice dispone che l'informazione antimafia è rilasciata dal prefetto della provincia nella quale i soggetti richiedenti, di cui all'art. 83 co. 1 e 2, hanno sede ovvero nella quale hanno residenza o sede le persone fisiche, le imprese, le associazioni, le società o i consorzi interessati ai contratti e subcontratti di cui all'art. 91 co. 1 lett. *a* e *c*, o che siano destinatari degli atti di concessione o erogazione di cui alla lett. *b* dello stesso co. 1, ed è conseguita mediante consultazione della banca dati nazionale da parte dei soggetti indicati nell'art. 97 co. 1, debitamente autorizzati.

A differenza di quanto previsto per la comunicazione, l'informazione non può (più) essere richiesta dal privato²⁹; per il resto — e rimandando al prosieguo per l'individuazione delle situazioni che impongono l'acquisizione dell'informazione —, la normativa in esame ripete l'identico — e tutt'altro che perspicuo — dettato testuale relativo alla comunicazione: si afferma, con indicazione lapidaria e perentoria, che «l'informazione antimafia è rilasciata dal prefetto», ma poi si dispone che la stessa è «conseguita mediante consultazione della banca dati nazionale da parte [*non del prefetto, bensì*] dei soggetti di cui all'articolo 97, comma 1, debitamente autorizzati».

Orbene, alla luce del contenuto dell'art. 92 del Codice, che detta i termini per il rilascio della documentazione *de qua* sul modello di quanto previsto dall'art. 88 per il rilascio della comunicazione, riteniamo di dover riproporre (con i necessari adattamenti dovuti al fatto che i privati non possono più avanzare istanza per il rilascio dell'informazione) lo schema in precedenza indicato *sub* § 8, e cioè:

a) alla consultazione procedono i soggetti indicati nell'art. 97 e, ove non emerga alcuna situazione ostativa, il rilascio è «immediatamente conseguente» (art. 92 co. 1);

b) se, invece, la consultazione dia esito positivo, allora il prefetto dovrà effettuare opportune verifiche per accertare se sia ancora persistente quella situazione.

Con previsioni (sostanzialmente) sovrapponibili a quelle dettate per la comunicazione, l'art. 90 dispone che, nei confronti dei soggetti aventi residenza o sede all'estero, l'informazione antimafia è rilasciata dal prefetto della provincia dove ha inizio l'esecuzione dei contratti e dei subcontratti di lavori, servizi o forniture pubblici nonché delle attività oggetto dei provvedimenti indicati nell'art. 67 (co. 2), e aggiunge che, ai fini del rilascio dell'informazione antimafia, le prefetture usufruiscono del collegamento alla banca dati (co. 3).

12. — Il co. 1 dell'art. 91 dispone che le pubbliche amministrazioni e gli altri soggetti di cui ai co. 1 e 2 dell'art. 83 devono acquisire l'informazione antimafia prima di stipulare (approvare o autorizzare) i contratti e subcontratti, ovvero prima di rilasciare o consentire i provvedimenti indicati nell'art. 67, il cui valore sia:

a) pari o superiore a quello determinato dalla legge in attuazione delle direttive

²⁹ Ai sensi dell'art. 10 co. 6 del d.p.r. 252/1998, infatti, «la richiesta può essere effettuata anche dal soggetto privato interessato o da persona da questi specificamente delegata».

comunitarie in materia di opere e lavori pubblici, servizi pubblici e pubbliche forniture, indipendentemente dai casi di esclusione ivi indicati;

b) superiore a 150.000 euro per le concessioni di acque pubbliche o di beni demaniali per lo svolgimento di attività imprenditoriali, ovvero per la concessione di contributi, finanziamenti e agevolazioni su mutuo o altre erogazioni dello stesso tipo per lo svolgimento di attività imprenditoriali;

c) superiore a 150.000 euro per l'autorizzazione di subcontratti, cessioni, cottimi, concernenti la realizzazione di opere o lavori pubblici o la prestazione di servizi o forniture pubbliche.

L'ambito dei contratti (subcontratti, concessioni, erogazioni o provvedimenti di cui all'art. 67) per i quali è obbligatoria l'acquisizione della documentazione (*id est*, l'informazione) è, comunque, destinato a crescere, giacché il co. 7 dell'art. 91 dispone che con regolamento, adottato con decreto del Ministro dell'interno (di concerto con il Ministro della giustizia, con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e con il Ministro dello sviluppo economico), dovranno essere individuate le diverse tipologie di attività suscettibili di infiltrazione mafiosa nell'attività di impresa 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 della documentazione indipendentemente dal valore del contratto (subcontratto, concessione, erogazione) o provvedimento di cui all'art. 67.

In ogni caso, va precisato che la giurisprudenza amministrativa ha sempre ritenuto di non poter escludere che l'amministrazione appaltante possa chiedere informative antimafia anche nel caso di atti di importo inferiore alla soglia prevista dalla legge per le informative obbligatorie e che, una volta formulata la richiesta, il prefetto sia tenuto a darvi seguito³⁰.

L'art. 91 vieta quindi, con espressa comminatoria di nullità, il frazionamento dei contratti, delle concessioni o delle erogazioni compiuto allo scopo di eludere quanto previsto in quell'articolo (co. 2) e aggiunge che la richiesta dell'informazione deve essere effettuata attraverso la banca dati³¹ al momento dell'aggiudicazione del contratto ovvero trenta giorni prima della stipula del subcontratto (co. 3).

Il co. 4 dell'art. 91 ripete che l'informazione antimafia è richiesta dai soggetti interessati di cui all'art. 83 co. 1 e 2, i quali devono indicare:

a) la denominazione dell'amministrazione, ente, azienda, società o impresa che procede all'appalto, concessione o erogazione o che è tenuta ad autorizzare il subcontratto, la cessione o il cottimo;

b) l'oggetto e il valore del contratto, subcontratto, concessione o erogazione;

c) gli estremi della deliberazione dell'appalto o della concessione ovvero del titolo che legittima l'erogazione;

d) le complete generalità dell'interessato e, ove previsto, del direttore tecnico o, se si tratta di società, impresa, associazione o consorzio, la denominazione e la sede, nonché le complete generalità degli altri soggetti di cui all'art. 85;

e) nel caso di società consortili o di consorzi, le complete generalità dei consorziati che detengono una quota superiore al 10 per cento del capitale o del fondo consortile e quelli che detengono una partecipazione inferiore al 10

³⁰ C. St. 240/2008; T.a.r. Valle d'Aosta 26/2004; T.a.r. Campania, Napoli, 522/2009.

³¹ Il che induce a ritenere che un'istanza presentata per mezzo di un documento cartaceo dovrebbe ritenersi inammissibile: così S. GAMBACURTA, *Commento*, cit., 197.

per cento e che hanno stipulato un patto parasociale riferibile a una partecipazione pari o superiore al 10 per cento, nonché dei consorziati per conto dei quali la società consortile o il consorzio opera nei confronti della pubblica amministrazione.

A questo punto, l'art. 91 dispone, al co. 5, che il prefetto competente estende gli accertamenti pure ai soggetti che risultano poter determinare in qualsiasi modo le scelte o gli indirizzi dell'impresa. Ora, pur essendo chiaro l'intendimento del legislatore delegato di ampliare il novero dei soggetti che possono essere "attenzionati" dal prefetto anche al di là delle indicazioni contenute nell'istanza in ottemperanza alle lett. *d* ed *e* appena trascritte, tuttavia ragioni di armonia sistematica avrebbero consigliato di inserire tale previsione nella sua naturale *sedes*, e cioè nel corpo dell'art. 92, che prende in considerazione l'esito delle verifiche a cui procede il prefetto allorché la consultazione della banca dati abbia rilevato l'esistenza di una causa ostativa al rilascio di un'informazione antimafia liberatoria.

Lo stesso co. 5 aggiunge che 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. Si tratta di previsione analoga a quella contenuta nell'art. 10 co. 8 d.p.r. 252/1998, in relazione al quale la giurisprudenza amministrativa ha affermato che l'aggiornamento in questione costituisce un vero e proprio obbligo dell'amministrazione, sicché la prefettura è tenuta a provvedere sulla domanda del ricorrente, concludendo, in senso positivo o negativo, il relativo procedimento sulla base delle pertinenti valutazioni tecnico-discrezionali³².

13. — Si è visto che, rispetto alla comunicazione, il *quid pluris* dell'informazione antimafia consiste 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; ora, secondo quanto previsto dall'art. 84 co. 4, le situazioni relative ai tentativi di infiltrazione mafiosa che danno luogo all'adozione dell'informazione antimafia interdittiva 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 artt. 353 (turbata libertà degli incanti)³³, 353-*bis* (turbata libertà del procedimento di scelta del contraente), 629 (estorsione), 640-*bis* (truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche), 644 (usura), 648-*bis* (riciclaggio), 648-*ter* (impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita) Cp, dei delitti di cui all'art. 51 co. 3-*bis* CPP³⁴ (delitti di competenza della Direzione Distrettuale Anti-

³² T.a.r. Lazio, Roma, 992/2009.

³³ Si tratta di una novità del d.lgs. 159, giacché il d.p.r. 252/1998 non includeva tale reato tra le situazioni da cui poter desumere l'esistenza di un tentativo di infiltrazione mafiosa. Al riguardo, il T.a.r. Campania, Napoli, 9365/2006, aveva affermato che il reato di turbata libertà degli incanti contestato alla società allora concorrente poteva, in astratto, trovare radice in tentativi di favorire altre imprese o società operanti a stretto contatto con la malavita organizzata, ma aveva concluso che in quella fattispecie era mancata un'adeguata motivazione da parte degli organi della prefettura circa la ricorrenza, in concreto, di tale circostanza.

³⁴ ... a norma del quale le funzioni di pubblico ministero nelle indagini preliminari e nei procedimenti di primo grado sono attribuite all'ufficio del pubblico ministero presso il tribunale del capoluogo del distretto nel cui ambito ha sede il giudice competente, quando si tratta dei procedimenti per i delitti, consumati o tentati, di cui agli artt. 416, co. 6, 416, realizzato allo scopo di commettere delitti previsti dagli artt. 473 e 474, 600, 601, 602, 416-*bis* e 630 Cp, per i delitti commessi avvalendosi delle condizioni

mafia) e di cui all'art. 12-*quinquies* d.l. 8.6.1992 n. 306 convertito, con modificazioni, nella l. 7.8.1992 n. 356 (trasferimento fraudolenti di valori);

b) dalla proposta o dal provvedimento di applicazione di taluna³⁵ delle misure di prevenzione;

c) salvo che ricorra l'esimente di cui all'art. 4 l. 24.11.1981 n. 689, dall'omessa denuncia all'autorità giudiziaria dei reati di cui agli artt. 317 (concussione) e 629 (estorsione) Cp, aggravati ai sensi dell'art. 7 d.l. 13.5.1991 n. 152, convertito, con modificazioni, nella l. 12.7.1991 n. 203, da parte dei soggetti indicati nella lett. *b* dell'art. 38 d.lgs. 163/2006³⁶, 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) dagli accertamenti disposti dal prefetto anche avvalendosi dei poteri di accesso e di accertamento delegati dal Ministro dell'interno ai sensi del d.l. 6.9.1982 n. 629, convertito, con modificazioni, nella l. 12.10.1982 n. 726, ovvero di quelli di cui all'art. 93 del Codice;

e) dagli accertamenti da effettuarsi in altra provincia a cura dei prefetti competenti su richiesta del prefetto precedente ai sensi della lett. *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 lett. *a* e *b*, con modalità che, per i tempi in cui vengono realizzate, 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.

Il novero degli elementi giuridici e fattuali in questione (quelli da cui va argomentata l'esistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa) va ampliato avendo riguardo a quanto previsto dal co. 6 dell'art. 91³⁷, per il quale «il prefetto può,

previste dal predetto articolo 416-*bis* ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché per i delitti previsti dall'art. 74 TuSTUP, dall'art. 291-*quater* TuDOG, e dall'art. 260 del d.lgs. 152/2006.

³⁵ Ci sia permesso di osservare che la lett. *a* si riferisce, usando il plurale, a «*taluni* dei delitti», mentre la lett. *b* parla, al singolare, di «*taluna* delle misure di prevenzione». A strettissimo rigore, dunque, dovrebbe attestarsi l'esistenza di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa soltanto quando i provvedimenti che dispongono una misura cautelare (o il giudizio o una condanna) concernano almeno *due delitti* (appunto «*taluni* dei delitti»), quand'invece detta attestazione potrebbe conseguire alla proposta (o all'applicazione) anche di *una soltanto* delle misure di prevenzione (appunto «*taluna* delle misure di prevenzione»). Non dubiteremmo, comunque, che si tratti di una mera imprecisione terminologica: la *ratio* dell'impianto normativo che si sta esaminando, infatti, induce a ritenere che il protagonismo riferito anche a uno solo dei delitti di cui alla lett. *a*) imponga di escludere il soggetto da qualunque affare con la pubblica amministrazione.

³⁶ È la disposizione in forza della quale sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti, i soggetti nei cui confronti è pendente procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'art. 3 l. 27.12.1956 n. 1423 o di una delle cause ostative previste dall'art. 10 l. 575/1965; l'esclusione e il divieto operano se la pendenza del procedimento riguarda il titolare o il direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; i soci o il direttore tecnico se si tratta di società in nome collettivo, i soci accomandatari o il direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice, gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o il direttore tecnico o il socio unico persona fisica, ovvero il socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società.

³⁷ Deve evidenziarsi la non impeccabile scelta sistematica, giacché sarebbe stato opportuno, sotto il

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». Com'è stato notato in dottrina, il riferimento a «reati strumentali all'attività delle organizzazioni criminali» non appare del tutto chiaro, giacché l'elenco già ampio³⁸ dei reati indicati nell'art. 84 appare ispirato proprio al criterio della strumentalità³⁹.

Quanto all'ampiezza dei poteri valutativi del prefetto, la giurisprudenza amministrativa, formatasi nel vigore dell'art. 10 d.p.r. 252/1998, è ferma nel ritenere che l'autorità di governo, nel rendere le informazioni antimafia, deve effettuare la propria valutazione sulla scorta di un quadro indiziario in cui assumono rilievo preponderante i fattori induttivi della non manifesta infondatezza che i comportamenti e le scelte dell'imprenditore possano rappresentare un veicolo di infiltrazione delle organizzazioni criminali negli appalti delle pubbliche amministrazioni. Al riguardo, si è affermato che l'informazione interdittiva può basarsi su un accertamento di grado inferiore e ben diverso da quello richiesto per l'applicazione delle sanzioni penali, giustificandosi l'ampiezza di tale potere in ragione della sostanziale finalità di prevenzione antimafia che è alla base del potere stesso contro il fenomeno mafioso e l'emergenza della criminalità organizzata⁴⁰.

È ovvio però che, per evitare il travalicamento in uno "stato di polizia" e per salvaguardare i principi di legalità e di certezza del diritto, non possono ritenersi sufficienti fattispecie fondate sul semplice sospetto o su mere congetture prive di riscontro fattuale, sicché l'informazione antimafia interdittiva deve essere sempre adeguatamente motivata e fondarsi su idonei e specifici elementi di fatto, obiettivamente sintomatici e rivelatori di concrete connessioni o collegamenti con le associazioni mafiose⁴¹.

Proprio perché le informative prefettizie costituiscono esplicazione di lata discrezionalità, le stesse non sono suscettibili di sindacato di merito in assenza di elementi atti a evidenziare profili di deficienza motivazionale, di illogicità e di travisamento: e così, per esempio, si è ritenuta legittima l'informativa antimafia adottata a carico di un'impresa nell'ipotesi in cui gli amministratori della stessa erano stati descritti, in una conversazione intercorsa fra due appartenenti alla criminalità organizzata e oggetto di intercettazione, come soggetti che pagavano periodicamente tangenti al gruppo criminale, il quale in contraccambio li agevolava nell'acquisizione di nuove commesse⁴².

Quanto, poi, al legame parentale con soggetti appartenenti alla criminalità organizzata, si è ritenuto che esso, di per sé solo considerato, non è elemento sufficiente a integrare il presupposto relativo agli elementi relativi a tentativi di

profilo dell'impianto strutturale, trattare in un unico articolo le circostanze da cui poter e/o dover desumere il tentativo di infiltrazione mafiosa.

³⁸ E aggiungiamo: ampliato rispetto alla corrispondente previsione dell'art. 10 d.p.r. 252/1998: v. nt. 33.

³⁹ B. FRATTASI, *L'informazione interdittiva si apre ad altri delitti*, *GD Dossier* on line, ottobre 2011, 144.

⁴⁰ T.a.r. Lazio, Roma, 6027/2009.

⁴¹ T.a.r. Campania, Napoli, 1861/2002, 1171/2003, 3820/2003 e 26527/2010; T.a.r. Sicilia, Palermo, 38/2006.

⁴² C. St. 3647/2011.

infiltrazione mafiosa nelle società o imprese⁴³; e tuttavia, proprio l'ampiezza dei poteri di accertamento consente di affermare che il prefetto possa ravvisare l'emergenza di tentativi di infiltrazione mafiosa in circostanze in sé e per sé prive dell'assoluta certezza, tra cui appunto i collegamenti parentali con soggetti malavitosi, quando le stesse si inseriscano in un contesto più ampio (per esempio, una condanna, benché non irrevocabile, e dichiarazioni di pentiti) e tale da dar luogo a un coacervo di fatti che, nel loro insieme, siano tali da fondare un giudizio che l'attività d'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 a organizzazioni malavitose⁴⁴.

In ogni caso, se l'emanazione, da parte di un giudice penale, di una misura cautelare o di una condanna, anche non definitiva, per taluno dei delitti previsti (già dall'art. 10 co. 7 lett. *a* d.p.r. 252/1998, e oggi) dall'art. 84 co. 4 lett. *a* del Codice è sufficiente a dimostrare la sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa, non può, invece, affermarsi il contrario, e cioè che l'annullamento di misure cautelari o l'assoluzione dalle imputazioni penali per quei delitti sia sufficiente a escludere la sussistenza di ogni condizionamento: è vero piuttosto che in tal caso, in base (già all'art. 10 co. 7 lett. *c* d.p.r. 252/1998, e oggi) all'art. 84 co. 4 lett. *d* ed *e* del Codice, è devoluta all'autorità prefettizia la potestà di valutare gli elementi risultanti a seguito del procedimento penale unitamente agli altri eventuali accertamenti (disposti anche avvalendosi dei poteri di accesso e di accertamento delegati dal ministro) per verificarne la rilevanza ai fini della prevenzione amministrativa⁴⁵.

14. — Anche l'art. 92, così come l'art. 88 per la comunicazione, distingue due ipotesi: quella in cui dalla consultazione della banca dati non risulti la sussistenza di cause di decadenza (di sospensione o di divieto *ex* art. 67) o di un tentativo di infiltrazione mafiosa; l'altra in cui emerga una di tali situazioni.

Come si è già detto al § 11, nel primo caso «il rilascio dell'informazione antimafia è immediatamente conseguente alla consultazione della banca dati» e «l'informazione antimafia liberatoria attesta che la stessa è emessa utilizzando il collegamento alla banca dati» (co. 1). Quando, invece (e «fermo restando quanto previsto dall'articolo 91, comma 7», su cui v. § 12), dalla consultazione della banca dati dovesse emergere la sussistenza di cause di decadenza (di sospensione o di divieto di cui all'art. 67) o di un tentativo di infiltrazione mafiosa, si attiva la competenza del prefetto, il quale rilascia l'informazione antimafia interdittiva entro quarantacinque giorni dal ricevimento della richiesta; se, però, le verifiche disposte siano di particolare complessità, il prefetto ne dà comunicazione senza ritardo all'amministrazione interessata e fornisce le informazioni acquisite entro i successivi trenta giorni (art. 92 co. 2)⁴⁶. Nel silenzio della legge, riteniamo che,

⁴³ C. St. 5866/2009.

⁴⁴ C. St. 4737/2006, 5780/2008 e 4990/2009, nonché T.a.r. Lazio, Roma, 6348/2008.

⁴⁵ T.a.r. Campania, Napoli, 7510/2006.

⁴⁶ Si noti che per la comunicazione antimafia l'art. 88 del Codice prevede espressamente che «il prefetto effettua le necessarie verifiche» se dalla consultazione della banca dati emerge la sussistenza di cause di decadenza (di sospensione o di divieto di cui all'art. 67), quand' invece, ove risulti una tale situazione oppure quella di un tentativo di infiltrazione mafiosa nei casi in cui sia richiesta l'informazione antimafia, l'art. 92 del Codice non contiene una disposizione analoga, occupandosi, piuttosto, dell'esito delle verifiche e non anche dell'esplicita (e logicamente precedente) attribuzione del poterdovere di verifica, disciplinato più ampiamente nel successivo art. 93.

allorché alla consultazione abbia proceduto uno dei soggetti indicati nell'art. 97 e da tale consultazione sia emersa l'esistenza di una causa di decadenza (di sospensione o di divieto di cui all'art. 67) oppure di un tentativo di infiltrazione mafiosa, quel soggetto dovrà senza indugio rimettere gli atti alla prefettura per consentirle di effettuare le opportune verifiche.

Come anticipato al § 9, il Consiglio di Stato ha ritenuto che il termine fissato dall'art. 11 d.p.r. 252/1998 per la comunicazione, da parte del prefetto, dell'informativa antimafia abbia natura semplicemente ordinatoria, ciò rispondendo alla ragione e alla natura del procedimento ivi previsto (si sottolinea che la complessità dell'istruttoria di quel procedimento è tale da non rendere agevole la previsione *ex ante* e in via generale della durata degli approfondimenti eventualmente necessari)⁴⁷.

Tale natura è confermata (*rectius*, discende), del resto, dalla lettura del co. 3 dell'art. 92, il quale (con disposizione sovrapponibile a quella contenuta nell'art. 11 co. 2 d.p.r. 252/1998, salvo quanto si dirà nella nt. 47) prevede che, decorso il termine di cui al co. 2, ovvero, nei casi di urgenza, trascorso il termine di quindici giorni dalla ricezione della richiesta, i soggetti indicati nell'art. 83 co. 1 e 2, procedono anche in assenza dell'informazione antimafia, ma, in tal caso, i contributi (i finanziamenti, le agevolazioni e le altre erogazioni) sono corrisposti sotto condizione risolutiva e quei soggetti revocano⁴⁸ le autorizzazioni e le concessioni o recedono dai contratti, fatto salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite.

Come già disposto dal co. 3 dell'art. 11 d.p.r. 252/1998, il co. 4 dell'art. 92 ribadisce opportunamente che la revoca e il recesso «si applicano anche quando gli elementi relativi a tentativi di infiltrazione mafiosa siano accertati successivamente alla stipula del contratto, alla concessione dei lavori o all'autorizzazione del subcontratto».

La disciplina in questione va messa in relazione con quanto disposto dall'art. 94, il cui co. 2, ripetendo il contenuto dell'art. 92, ribadisce che, qualora il prefetto non rilasci l'informazione interdittiva entro i termini previsti, nonché nel caso di lavori o forniture di somma urgenza (di cui all'art. 92 co. 3), se la sussistenza di una causa di divieto indicata nell'art. 67 o gli elementi relativi a tentativi di infiltrazione mafiosa (di cui all'art. 84 co. 4, ed all'art. 91 co. 7) siano accertati successivamente alla stipula del contratto, i soggetti indicati nell'art. 83 co. 1 e 2, revocano le autorizzazioni e le concessioni o recedono dai contratti, fatto salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite.

Tuttavia, il co. 3 dell'art. 94 dispone che non si proceda alla revoca o al

⁴⁷ C. St. 8224/2010.

⁴⁸ L'art. 11 co. 2 d.p.r. 252/1998, ancora in vigore, dispone che, allorché le amministrazioni procedono in assenza delle informazioni del prefetto (o perché sia decorso il termine ivi previsto dalla ricezione della richiesta, o perché ricorra l'urgenza), i contributi (i finanziamenti, le agevolazioni e le altre erogazioni) «sono corrisposti sotto condizione risolutiva e l'amministrazione interessata può revocare le autorizzazioni e le concessioni o recedere dai contratti». Mette conto, comunque, di evidenziare che il Consiglio di Stato (v. le sentenze citate alla nt. 51) ha ritenuto che la scelta di non revocare l'appalto *ex art.* 11 co. 2 d.p.r. 252/1998 può esercitarsi a conclusione di una valutazione di convenienza fondata sul tempo di esecuzione del contratto, sulle difficoltà di trovare un nuovo contraente e sullo stato di esecuzione dei lavori, e sempre al fine di tutelare l'interesse pubblico: quelle condizioni che, in buona sostanza, sono state recepite dall'art. 94 co. 3 del Codice (e su cui ci si soffermerà tra breve nello stesso § 14).

recesso «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». Ciò rappresenta — com'è evidente — una grave deroga all'impianto della normativa antimafia, che la relazione illustrativa di commento al Codice delle leggi antimafia ha così giustificato: «Si è ritenuto di far prevalere l'interesse pubblico sotteso ai poteri interdittivi antimafia, il cui sacrificio può risultare giustificato solo quando stringenti ragioni di opportunità e convenienza amministrativa richiedano di non interrompere un servizio ritenuto essenziale, difficilmente sostituibile in tempi rapidi, o di completare un'opera in corso di ultimazione. Pertanto, alla previsione generalizzata⁴⁹ dell'effetto caducatorio immediato delle informazioni interdittive la norma pone due sole eccezioni, con riferimento alle ipotesi in cui il lavoro sia in fase di ultimazione ovvero, trattandosi di servizio ritenuto essenziale, il contraente non possa essere sostituito in tempi celeri».

Il co. 4 dell'art. 94 prevede che le disposizioni contenute nei precedenti co. 2 e 3 si applicano anche allorché emergano «elementi relativi a tentativi di infiltrazione». Si tratta di inciso di cui si stenta a comprendere la portata normativamente autonoma, giacché i due richiamati commi concernevano già, ognuno per la propria disciplina, anche quella vicenda: il co. 2 dell'art. 94, infatti, aveva espressamente detto che alla revoca (o al recesso) deve procedersi (pure) qualora, dopo la stipula del contratto, siano stati accertati «elementi relativi a tentativi di infiltrazione mafiosa»; il co. 3, a sua volta, aveva affermato che, nei casi di opera prossima all'ultimazione oppure di impossibilità di una rapida sostituzione del fornitore, non deve procedersi alla revoca (o al recesso) «di cui al comma precedente», così richiamando esso stesso la situazione concernente (anche) i tentativi di infiltrazione.

A una condizione (non più risolutiva, ma) sospensiva fa riferimento il co. 5 dell'art. 92, per il quale il versamento delle erogazioni previste dalla lett. *f* dell'art. 67 può essere, appunto, sospeso sino a quando pervengono le informazioni che non sussistono le cause di divieto o di sospensione di cui a tale articolo ovvero elementi relativi a tentativi di infiltrazione mafiosa. Quella lettera, tuttavia, non fa in alcun modo riferimento a erogazioni, occupandosi, piuttosto, di «iscrizioni o provvedimenti a contenuto autorizzatorio, concessorio o abilitativo per lo svolgimento di attività imprenditoriali, comunque denominati»; delle erogazioni si occupa, piuttosto, soltanto la successiva lett. *g*, sicché delle due l'una: o si ritiene che si sia trattato di un evidente errore materiale, e allora il rinvio lo si intenderà, nella pratica, alla lett. *g*, oppure si conclude per la sostanziale non operatività della norma. È comunque auspicabile, e anzi facilmente prevedibile, un intervento normativo diretto a chiarire la reale portata della disposizione.

15. — L'art. 94 co. 1 del Codice antimafia prevede che, quando emerge la sussistenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto *ex art. 67* o di un tentativo di infiltrazione mafiosa nei termini di cui all'art. 84 co. 4 ed all'art. 91 co. 7 (*supra*, § 12), nelle società o imprese interessate, i soggetti ai quali sono fornite le informazioni antimafia non possono stipulare, approvare o autorizzare i contratti o subcontratti, né autorizzare, rilasciare o comunque consentire le concessioni e le erogazioni.

⁴⁹ E non più (sia pure entro limiti ben definiti) facoltativa: v. la nota che precede.

Per ragioni di sistemazione organica si è preferito trattare al paragrafo precedente gli effetti conseguenti alle ipotesi in cui la sussistenza di una causa di divieto indicata nell'art. 67 oppure gli elementi relativi a tentativi di infiltrazione mafiosa siano accertati successivamente alla stipula del contratto (stipula alla quale si era proceduto o perché il prefetto non aveva rilasciato l'informazione interdittiva entro i termini previsti, o perché si versava in situazioni di lavori o forniture di somma urgenza).

In questa sede mette conto di evidenziare che la stazione appaltante non dispone di alcun potere di sindacare il contenuto dell'informativa prefettizia, essendo demandate al prefetto in via esclusiva, già dall'art. 4 d.lgs. 490/1994, la raccolta degli elementi e la valutazione circa la sussistenza del tentativo di infiltrazione mafiosa; di conseguenza, quando sia stato accertato il collegamento dell'impresa con organizzazioni malavitose, la suddetta stazione appaltante potrà (ai sensi del co. 3 dell'art. 94 del Codice, così come già previsto dall'art. 11, co. 2, del d.p.r. 252/1998⁵⁰) deliberare di non revocare l'appalto soltanto a conclusione di una valutazione di convenienza fondata sul tempo di esecuzione del contratto, sulle difficoltà di trovare un nuovo contraente e sullo stato di esecuzione dei lavori, e sempre al fine di tutelare l'interesse pubblico⁵¹.

Ove, poi, l'impresa intenda dolersi della scelta della stazione appaltante di recedere dal contratto a seguito dell'informazione prefettizia, dovrà adire il giudice amministrativo giacché il recesso è estraneo alla sfera del diritto privato e costituisce, piuttosto, espressione di un potere autoritativo di valutazione di natura pubblicistica, diretto a soddisfare l'esigenza di evitare la costituzione o il mantenimento di rapporti contrattuali con imprese nei cui confronti emergono sospetti di collegamenti con la criminalità organizzata⁵².

16. — Un discorso a parte va fatto per i «poteri di accesso e accertamento del prefetto», secondo l'intitolazione dell'art. 93 del Codice.

Si è visto che, quando dalla consultazione della banca dati emerga la sussistenza di cause di decadenza (di sospensione o di divieto di cui all'art. 67) o di un tentativo di infiltrazione mafiosa, si attiva la competenza del prefetto, il quale deve procedere a opportune verifiche.

Orbene, gli strumenti di tali verifiche sono costituiti, ai sensi del co. 1 dell'art. 93 del Codice, dagli accessi e dagli accertamenti nei cantieri delle imprese interessate all'esecuzione di lavori pubblici⁵³, a cui il prefetto procede avvalendosi dei gruppi interforze previsti dall'art. 5 co. 3 del decreto del Ministro dell'interno del 14.3.2003, pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 54 del 5.3.2004⁵⁴.

⁵⁰ V. nt. 48.

⁵¹ C. St. 4135/2006 e 9323/2010.

⁵² Cass. (S.U.) 21928/2008 e 28345/2008.

⁵³ Lo strumento era già previsto dal d.p.r. 2.8.2010 n. 150, intitolato appunto «Regolamento recante norme relative al rilascio delle informazioni antimafia a seguito degli accessi e accertamenti nei cantieri delle imprese interessate all'esecuzione di lavori pubblici».

⁵⁴ Il co. 3 del citato art. 5 è il seguente: «A livello provinciale sono costituiti, presso gli uffici territoriali del Governo interessati territorialmente, Gruppi Interforze coordinati da un funzionario dello stesso Ufficio e composti da un funzionario della Polizia di Stato, da un ufficiale dell'Arma dei carabinieri, da un ufficiale della Guardia di finanza, da un rappresentante del provveditorato alle opere pubbliche, da un rappresentante dell'Ispettorato del lavoro, nonché da un funzionario delle articolazioni periferiche della Direzione investigativa antimafia. I predetti Gruppi operano 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

Per l'art. 93 co. 2⁵⁵ del Codice, ai fini appena indicati rientrano nella nozione di «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. Lo scopo della norma è quello, dunque, di monitorare non solo il soggetto che direttamente contratta con la pubblica amministrazione, ma anche quello che contribuisce a qualunque titolo al compimento dell'*opus commissum*.

Al termine degli accessi e degli accertamenti disposti dal prefetto, il gruppo interforze redige, entro trenta giorni, la relazione contenente i dati e le informazioni acquisite nello svolgimento dell'attività ispettiva, trasmettendola al prefetto che ha disposto l'accesso (co. 3 dell'art. 93). Il prefetto, acquisita tale relazione, valuta se dai dati raccolti possano desumersi, in relazione all'impresa oggetto di accertamento e nei confronti dei soggetti che risultano poter determinare in qualsiasi modo le scelte o gli indirizzi dell'impresa stessa, elementi relativi a tentativi di infiltrazione mafiosa. In tal caso, il prefetto — se competente ai sensi dell'art. 90 co. 1 del Codice (v. § 11) — emette, entro quindici giorni dall'acquisizione della relazione del gruppo interforze, l'informazione interdittiva, previa eventuale audizione dell'interessato secondo quanto si dirà tra breve (co. 4 dell'art. 93).

Relativamente alla natura dei termini in questione, reputiamo sufficiente richiamare quanto affermato al § 14 circa la necessità di ritenerli meramente ordinatori.

Se all'accesso abbia proceduto, per competenza territoriale, un prefetto non competente anche al successivo rilascio dell'informazione, egli trasmette senza ritardo gli atti al prefetto competente, il quale provvede secondo le modalità appena indicate (co. 5 dell'art. 93).

Per consentire, poi, ad altre amministrazioni l'emanazione dei provvedimenti di propria competenza, il co. 6 dell'art. 93 dispone che il prefetto debba dare tempestiva comunicazione dell'informazione *de qua*, anche in via telematica, ai seguenti soggetti:

- a) stazione appaltante;
- b) Camera di commercio del luogo ove ha sede l'impresa oggetto di accertamento;
- c) prefetto che ha disposto l'accesso;
- d) Osservatorio centrale appalti pubblici, presso la direzione investigativa antimafia;
- e) Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture istituito presso l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, ai fini dell'inserimento nel casellario informatico di cui all'art. 7 co. 10 del d.lgs. 163/2006;
- f) Ministero delle infrastrutture e dei trasporti;
- g) Ministero dello sviluppo economico.

Inoltre, i dati acquisiti nel corso degli accessi devono essere inseriti, a cura della prefettura della provincia in cui è stato effettuato l'accesso, nel sistema informatico, costituito presso la Direzione investigativa antimafia, previsto dall'art. 5 co. 4 del citato decreto del Ministro dell'interno del 14.3.2003 (co. 10 dell'art. 93). Allo scopo, infine, di rendere omogenea su tutto il territorio nazio-

Gruppi istituiti presso gli uffici territoriali del Governo, nonché con il Servizio per l'alta sorveglianza delle grandi opere».

⁵⁵ Che riproduce esattamente il contenuto dell'art. 1 co. 2 del citato d.p.r. 150/2010.

nale la raccolta dei dati in questione, il personale incaricato di effettuare le attività di accesso e accertamento nei cantieri dovrà avvalersi di apposite schede informative predisposte dalla Direzione investigativa antimafia e da questa rese disponibili attraverso il collegamento telematico di interconnessione esistente con le prefetture (co. 11 dell'art. 93).

17. — L'art. 93 prevede un subprocedimento eventuale e successivo all'accesso nei cantieri, che riprende testualmente (con gli opportuni adattamenti di carattere meramente formale) il contenuto dell'art. 5 d.p.r. 2.8.2010 n. 150.

Il co. 7 dell'art. 93 dispone, infatti, che il prefetto competente al rilascio dell'informazione, ove lo ritenga utile sulla base della documentazione e delle informazioni acquisite, invita, in sede di audizione personale, i soggetti interessati a produrre, anche allegando elementi documentali, ogni informazione ritenuta utile. L'iniziativa in questione è dunque prerogativa esclusiva del «prefetto competente al rilascio dell'informazione», che — come emerge da quanto esposto al paragrafo precedente — può non coincidere con quello che abbia proceduto all'accesso nei cantieri.

L'audizione, inoltre, è atto discrezionale del prefetto⁵⁶; e, in assenza di qualunque riferimento all'eventuale facoltà dell'interessato di chiedere di essere sentito, sembra potersi affermare che il prefetto non abbia alcun obbligo di corrispondere a una tale eventuale istanza⁵⁷.

L'audizione deve essere preceduta da una comunicazione formale da inviarsi al responsabile legale dell'impresa, contenente l'indicazione della data, dell'ora e dell'ufficio della prefettura ove dovrà essere sentito l'interessato ovvero persona da lui delegata (co. 8 dell'art. 93). Non può escludersi, anzi è conforme allo scopo dell'audizione, che il prefetto possa essere coadiuvato da uno o più tecnici, individuati nell'ambito degli appartenenti ai Gruppi Interforze o da altri funzionari da lui stesso scelti in ragione di particolari competenze⁵⁸.

Dell'audizione viene redatto apposito verbale in duplice originale, di cui uno consegnato nelle mani dell'interessato (co. 9 dell'art. 93). Pur nel silenzio del Codice, sembra ragionevole affermare che tale verbale dovrà essere rimesso all'eventuale soggetto delegato dall'interessato⁵⁹, essendo egli già a conoscenza del contenuto dell'atto che ha contribuito a formare con le sue dichiarazioni.

18. — L'art. 95 del Codice, che ripropone il contenuto dell'art. 12 del d.p.r. 252/1998, prende in considerazione l'ipotesi in cui taluna delle situazioni da cui

⁵⁶ Mentre per le violazioni alla normativa sulla circolazione stradale (art. 18 co. 1 l. 689/1981 e art. 204 co. 1-ter CSTR) e sugli stupefacenti (art. 75 TUSTUP) si è prevista la convocazione del privato, rispettivamente su richiesta o d'ufficio, prima dell'adozione dei provvedimenti sanzionatori di competenza prefettizia, nella materia della documentazione antimafia non si è dunque avvertita l'esigenza di applicazione integrale del principio di partecipazione al procedimento amministrativo di cui alla l. 7.8.1990 n. 241, attesa, evidentemente, la prevalenza delle finalità di prevenzione proprie di quella materia. Sul punto, anzi, i giudici amministrativi hanno affermato che il procedimento relativo all'accertamento di cause ostative antimafia si caratterizza per la segretezza e l'urgenza, e hanno dunque ritenuto che, proprio per tale natura, lo stesso sia sottratto alla disciplina delle garanzie partecipative e procedurali di cui alla citata l. 241 (T.a.r. Lazio, Roma, 10892/2005; T.a.r. Campania, Napoli, 8018/2006 e 3127/2007; T.a.r. Lombardia, Milano, 7483/2010).

⁵⁷ B. FRATTASI, *Commento*, cit., 212.

⁵⁸ B. FRATTASI, *Commento*, cit., 212 e 213.

⁵⁹ B. FRATTASI, *Commento*, cit., 214.

emerge un tentativo di infiltrazione mafiosa interessi un'impresa diversa da quella mandataria che partecipa a un'associazione o raggruppamento temporaneo di imprese (anche se si tratti di consorzi non obbligatori: co. 2 dell'art. 95). Il co. 1 di quell'articolo distingue due ipotesi:

a) se il contratto non sia stato ancora stipulato, 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, appunto, anteriormente alla stipulazione del contratto;

b) se, invece, le informazioni del prefetto pervengano successivamente alla stipulazione del contratto, la sostituzione utile a "salvare" il contratto può essere effettuata entro trenta giorni dalla comunicazione di quelle informazioni.

Si dispone infine che il prefetto della provincia interessata all'esecuzione dei contratti di cui all'art. 91 co. 1 lett. a⁶⁰ debba essere tempestivamente informato dalla stazione appaltante della pubblicazione del bando di gara e debba quindi svolgere gli accertamenti preliminari sulle imprese locali per le quali il rischio di tentativi di infiltrazione mafiosa, nel caso di partecipazione, sia ritenuto maggiore. L'accertamento di una delle situazioni da cui emerge un tentativo di infiltrazione mafiosa comporta quindi il divieto della stipula del contratto, nonché del subappalto, degli altri subcontratti, delle cessioni o dei cottimi, comunque denominati, indipendentemente dal valore.

19. — Ai sensi dell'art. 119 del Codice, le norme contenute nei capi I (Disposizioni di carattere generale), II (Documentazione antimafia), III (Comunicazioni antimafia) e IV (Informazioni antimafia) entrano in vigore decorsi 24 mesi dalla data di pubblicazione sulla *Gazzetta Ufficiale* del regolamento ovvero, quando più di uno, dell'ultimo dei regolamenti di cui all'art. 99, co. 1: si tratta dei regolamenti relativi al funzionamento della banca dati, della quale cui ci occuperemo nei prossimi paragrafi.

20. — Il Capo V del Libro II del Codice è dedicato alla banca dati nazionale unica della documentazione antimafia (d'ora in poi «banca dati»).

In un sistema caratterizzato dalla capillare digitalizzazione delle informazioni nonché dal sempre più frequente utilizzo delle tecnologie telematiche per le comunicazioni⁶¹, è parso opportuno che i flussi delle notizie acquisite nell'ambito degli accertamenti antimafia confluissero in un unico *locus*. Come si legge nella relazione illustrativa di commento al Codice antimafia, l'istituzione della banca dati rappresenta l'innovazione più incisiva del *corpus* normativo vigente, in quanto tramite la stessa si realizza l'obiettivo di semplificare l'attuale sistema delle procedure di rilascio della documentazione antimafia, con evidenti ricadute positive in termini di celerità e di efficienza.

La banca dati è istituita presso il Dipartimento per le politiche del personale dell'amministrazione civile e per le risorse strumentali e finanziarie del Ministero

⁶⁰ Quelli di valore pari o superiore a quello determinato dalla legge in attuazione delle direttive comunitarie in materia di opere e lavori pubblici, servizi pubblici e pubbliche forniture, indipendentemente dai casi di esclusione ivi indicati.

⁶¹ L'art. 2. co. 1 d.lgs. 7.3.2005 n. 82 dispone che lo Stato, le regioni e le autonomie locali assicurano la disponibilità, la gestione, l'accesso, la trasmissione, la conservazione e la fruibilità dell'informazione in modalità digitale e si organizzano e agiscono a tale fine utilizzando con le modalità più appropriate le tecnologie dell'informazione e della comunicazione; emblematicamente, poi, l'art. 34 l. 18.6.2009 n. 69 è intitolato «Servizi informatici per le relazioni tra pubbliche amministrazioni e utenti».

dell'Interno (art. 96 co. 1) ed è collegata telematicamente con il Centro elaborazione dati di cui all'art. 8 l. 1.4.1981 n. 121⁶², per consentire le verifiche della sussistenza di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto configurate dall'art. 67 del Codice antimafia o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'art. 84 co. 4 dello stesso Codice (art. 96 co. 2).

21. — Nei paragrafi precedenti si è ripetutamente richiamato l'art. 97 del Codice a proposito dei soggetti ai quali è consentita la consultazione della banca dati. Si tratta, in particolare:

a) dei soggetti indicati dal precedente art. 83 co. 1 e 2 dello stesso Codice) (v. il § 4);

b) delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura;

c) degli ordini professionali.

Attesa l'ampiezza pubblicistica degli enti abilitati alla consultazione, è evidente la finalità di semplificazione e di snellimento dell'azione amministrativa nell'espletamento degli adempimenti previsti dal codice dei contratti (d.lgs. n. 163/2006) cui si ispira la norma.

Nella banca dati dovranno confluire le comunicazioni e le informazioni antimafia, sia liberatorie sia interdittive (art. 98 co. 1), ed è chiaro che proprio questa confluenza di dati provenienti da tutto il Paese determinerà — come indicato nella legge-delega (se ne veda l'art. 2 co. 1 lett. c) — quell'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.

Grazie, poi, al collegamento al sistema informatico costituito presso la Direzione investigativa antimafia di cui all'art. 5 co. 4 del decreto del Ministro dell'Interno del 14.3.2003⁶³, la banca dati consentirà la consultazione dei dati acquisiti nel corso degli accessi nei cantieri delle imprese interessate all'esecuzione di lavori pubblici disposti dal prefetto (art. 98 co. 2). Infine, così come previsto dalla legge-delega (il rimando è, nuovamente, all'art. 2 co. 1 lett. c), è stata stabilita la possibilità che, attraverso il collegamento ad altre banche dati, la banca dati contenga ulteriori dati anche provenienti dall'estero (art. 98 co. 3).

22. — L'art. 99 co. 1 del Codice dispone che, con uno o più regolamenti da adottarsi, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del Codice stesso, su proposta del Ministro dell'Interno, di concerto con i Ministri della Pubblica amministrazione e dell'Innovazione, della Giustizia, dello Sviluppo economico e delle Infrastrutture e dei Trasporti, sentito il Garante per la protezione dei dati personali, dovranno essere disciplinate le modalità:

a) di funzionamento della banca dati;

b) di autenticazione, autorizzazione e di registrazione degli accessi e delle operazioni effettuate sulla banca dati;

c) di accesso da parte del personale delle Forze di polizia e dell'Amministrazione civile dell'interno;

d) di accesso da parte della Direzione nazionale antimafia per lo svolgimento dei compiti previsti dall'art. 371-bis CPP;

⁶² Nuovo ordinamento dell'Amministrazione della pubblica sicurezza.

⁶³ ... ai sensi del quale, «per gli aspetti relativi alle verifiche antimafia la Direzione investigativa antimafia predispone apposito sistema informatico per l'acquisizione e la gestione dei dati, interconnettendosi con gli uffici territoriali del Governo e con il Servizio per l'alta sorveglianza delle grandi opere».

- e) di consultazione da parte dei soggetti di cui all'art. 97 co. 1;
 f) di collegamento con il Centro Elaborazione Dati di cui all'art. 96⁶⁴.

Le lett. c, d ed e distinguono, dunque, tra accesso e consultazione, essendo di tutta evidenza che ad alcuni soggetti è consentita soltanto la seconda in vista dell'acquisizione delle conoscenze in ordine all'esistenza o meno di una causa interdittiva, quand' invece ad altri soggetti istituzionali è demandato il compito di (accedere per) inserire i dati oggetto delle comunicazioni e delle informazioni antimafia.

Allo scopo, poi, di prevenire eventuali consultazioni, se non addirittura accessi, non giustificati, il co. 2 dell'art. 99 dispone opportunamente che il sistema informatico deve garantire l'individuazione del soggetto che effettua ciascuna interrogazione e conserva la traccia di ciascun accesso.

23. — L'art. 143 del d.lgs. 18.4.2000 n. 267 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali) prevede che i consigli comunali e provinciali sono sciolti quando, anche a seguito di accertamenti effettuati a norma dell'art. 59 co. 7⁶⁵, 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'art. 77 co. 2⁶⁶, ovvero su forme di condizionamento degli stessi, tali da determinare un'alterazione del procedimento di formazione della volontà degli organi elettivi e amministrativi e da compromettere il buon andamento o l'imparzialità delle amministrazioni comunali e provinciali, nonché il regolare funzionamento dei servizi ad esse affidati, ovvero che risultino tali da arrecare grave e perdurante pregiudizio per lo stato della sicurezza pubblica.

L'art. 100 del Codice antimafia, in attuazione della delega contenuta nell'art. 2 co. 1 lett. g l. 136/2010, sottopone l'ente locale sciolto ai sensi del richiamato art. 143 a un rigoroso monitoraggio, disponendo che lo stessa debba acquisire, nei cinque anni successivi allo scioglimento, l'informazione antimafia precedentemente alla stipulazione, all'approvazione o all'autorizzazione di qualsiasi contratto o subcontratto, ovvero precedentemente al rilascio di qualsiasi concessione o erogazione indicati nell'art. 67 indipendentemente dal valore economico degli stessi.

Come perspicuamente osservato, la previsione in esame evidenzia come i controlli eseguiti dal prefetto siano espressione, mai come in questo caso, di un'esigenza che trascende le stesse motivazioni di tutela della sicurezza e del-

⁶⁴ Al § 19 si è evidenziato che l'adozione dei regolamenti *de quibus* costituisce il crinale temporale per la concreta operatività della disciplina che concerne la documentazione antimafia: ai sensi dell'art. 119 del Codice, infatti, le disposizioni del libro II, capi I (Disposizioni di carattere generale), II (Documentazione antimafia), III (Comunicazioni antimafia) e IV (Informazioni antimafia), entrano in vigore decorsi 24 mesi dalla data di pubblicazione sulla *Gazzetta Ufficiale* del regolamento ovvero, quando più di uno, dell'ultimo di quei regolamenti.

⁶⁵ ... che così dispone: «Quando, in relazione a fatti o attività comunque riguardanti gli enti di cui all'art. 58, l'autorità giudiziaria ha emesso provvedimenti che comportano la sospensione o la decadenza dei pubblici ufficiali degli enti medesimi e vi è la necessità di verificare che non ricorrano pericoli di infiltrazione di tipo mafioso nei servizi degli stessi enti, il prefetto può accedere presso gli enti interessati per acquisire dati e documenti ed accertare notizie concernenti i servizi stessi».

⁶⁶ ... ai sensi del quale, per amministratori si intendono «i sindaci, anche metropolitani, i presidenti delle province, i consiglieri dei comuni anche metropolitani e delle province, i componenti delle giunte comunali, metropolitane e provinciali, i presidenti dei consigli comunali, metropolitani e provinciali, i presidenti, i consiglieri e gli assessori delle Comunità montane, i componenti degli organi delle unioni di comuni e dei consorzi fra enti locali, nonché i componenti degli organi di decentramento».

l'ordine pubblico e che attinge, piuttosto, l'obiettivo di preservare il corretto funzionamento delle amministrazioni pubbliche locali⁶⁷.

24. — I commi 1 e 2 dell'art. 101 del Codice costituiscono attuazione di quanto disposto dalla legge-delega all'art. 2 co. 1 rispettivamente alle lett. *h* e *i*.

È stata, infatti, prevista la possibilità che l'ente locale, i cui organi siano stati sciolti ai sensi dell'art. 143 (sul quale ci si è soffermati al paragrafo precedente), deliberi di avvalersi, per un periodo determinato comunque non superiore alla durata in carica del commissario nominato, della stazione unica appaltante per lo svolgimento delle procedure di evidenza pubblica di competenza del medesimo ente locale⁶⁸ (co. 1 dell'art. 101).

A loro volta, gli organi eletti in seguito allo scioglimento di cui allo stesso art. 143, possono deliberare di avvalersi, per un periodo determinato comunque non superiore alla durata in carica degli stessi organi elettivi, della stazione unica appaltante per lo svolgimento delle procedure di evidenza pubblica di competenza del medesimo ente locale (co. 2 dell'art. 101).

24-*bis*. — Nelle more di stampa della presente analisi, il Consiglio dei Ministri ha proceduto, nella seduta del 25 maggio 2012, all'esame preliminare di uno schema di decreto legislativo contenente disposizioni integrative e correttive al Codice antimafia. Si tratterebbe, ove approvato, di un atto normativo rientrante nell'esercizio delle deleghe contenute nell'art. 1 co. 5 e nell'art. 2 co. 4 della l. 136/2010, i quali, con identica previsione testuale, attribuiscono al Governo il potere di adottare, appunto, «disposizioni integrative e correttive» rispettivamente nella materia delle misure di prevenzione e in quella della documentazione antimafia.

Si segnalano di seguito gli aspetti di maggior interesse nella materia che ha formato oggetto della nostra analisi.

Nello schema è previsto che la comunicazione e l'informazione abbiano validità, rispettivamente, di sei mesi e di dodici mesi non più «dalla data del rilascio» (secondo la previsione attualmente in vigore), bensì «dalla data dell'acquisizione» (art. 3). Viene meno, poi, la possibilità che persone fisiche, imprese, associazioni o consorzi richiedano la comunicazione antimafia⁶⁹, ed è conseguentemente soppresso l'ultimo periodo dell'art. 87 co 1 del Codice, relativo all'onere degli interessati di produrre documentazione a corredo della richiesta (art. 4)⁷⁰.

Tanto per la comunicazione quanto per l'informazione è quindi previsto che il prefetto proceda alle verifiche circa la sussistenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'art. 67 (e per l'informazione pure di un tentativo di infiltrazione mafiosa) anche «quando la consultazione della Banca dati è eseguita per un soggetto che risulti non censito» (artt. 4 e 5): il che significa, in sostanza, che il rilascio della documentazione antimafia potrà avvenire

⁶⁷ B. FRATTASI, *Commento*, cit., 237.

⁶⁸ Sulle stazioni uniche appaltanti v. il § 4.

⁶⁹ E ciò, come si legge nella Relazione illustrativa allo schema del decreto in questione, nell'ottica di adeguare, anche sul piano formale, la disciplina concernente la comunicazione antimafia ai principi della c.d. decertificazione sanciti dall'art. 15 l. 183/2011.

⁷⁰ Relativamente al contenuto dell'abroganda previsione ci sia permesso di evidenziare che al § 8 ne avevamo già messo in evidenza l'imprecisione contenutistica, essendo impossibile, per il privato, corredare l'istanza di un (ancora inesistente) contratto o atto amministrativo.

nire in modo automatico «solo se il soggetto interessato è già stato censito nella banca dati»⁷¹.

Per consentire, poi, l'operatività del nuovo sistema anche prima dell'attivazione della banca dati, l'art. 6 dello schema di decreto legislativo prevede che sino a quel momento (ma «comunque non oltre dodici mesi dalla data di pubblicazione nella *Gazzetta Ufficiale* del primo dei regolamenti» diretti a disciplinare il funzionamento, l'accesso e la consultazione della stessa banca dati, e su cui ci si è soffermati *supra*, al § 22) i soggetti indicati nell'art. 83 co. 1 e 2 del Codice (v. § 4) acquisiscono d'ufficio la documentazione antimafia tramite le prefetture, aggiungendo che, a tali fini, queste ultime utilizzino il collegamento informatico al Centro elaborazione dati previsto dall'art. 8 l. 1.4.1981 n. 121.

L'art. 8 dello schema contiene, fra l'altro, una rilevante correzione formale: agli artt. 84 co. 3, 92 co. 2, 93 co. 4, 94 co. 1 e 2, 95 co. 1 e 3, le parole «art. 91 co. 7» sono sostituite dalle seguenti: «art. 91 co. 6». Quest'ultimo comma è, precisamente, quello che attribuisce al prefetto il potere di desumere il tentativo di infiltrazione mafiosa (in aggiunta alle situazioni «tipiche» previste dal comma 4 dell'art. 84, pure) 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.

Marcia indietro, poi, sull'abrogazione dell'art. 1-*septies* d.l. 629/1982, convertito, con modificazioni, in l. 726/1982, concernente le cosiddette informazioni «atipiche» o «supplementari». Da parte nostra, al § 5 si è evidenziato che il Codice ha espressamente soppresso l'art. 1-*septies* cit.; e tuttavia, l'art. 120 co. 2 del Codice stesso, che contiene (anche) quell'eliminazione, è destinato a essere riscritto senza l'indicazione della normativa *de qua*⁷².

Particolarmente importante è, infine, la disposizione concernente l'entrata in vigore delle disposizioni contenute nel libro II, capi I (*Disposizioni di carattere generale*), II (*Documentazione antimafia*), III (*Comunicazioni antimafia*) e IV (*Informazioni antimafia*): per la vigente previsione, infatti, tale entrata in vigore deve avvenire — come si è visto nel § 19 — dopo che siano decorsi 24 mesi dalla data di pubblicazione, sulla *Gazzetta Ufficiale*, dell'ultimo dei regolamenti relativi al funzionamento della banca dati. All'evidente scopo di accelerare l'operatività della nuova disciplina, il decreto correttivo statuisce, all'art. 9, che quelle norme entreranno in vigore decorsi (non 24, ma) 2 mesi dalla data di pubblicazione sulla *Gazzetta Ufficiale* (non dell'ultimo, ma) del primo decreto legislativo contenente (non i regolamenti relativi alla banca dati, ma) le disposizioni integrative e correttive al Codice antimafia.

⁷¹ Così la citata Relazione illustrativa.

⁷² Come si legge nella richiamata Relazione illustrativa, la scelta di non abrogare l'art. 1-*septies* trova la propria ragion d'essere nel fatto che quell'articolo attribuisce al prefetto il potere di segnalare situazioni «a rischio» relativamente a un ventaglio di fattispecie amministrative più ampio rispetto a quello considerato dal Codice (ad esempio in materia di rilascio di licenze e altri atti autorizzatori).

IL CODICE ANTIMAFIA E LA NORMATIVA ORDINAMENTALE (D.LGS. 6.9.2011 N. 159: ARTT. 102-109)

Analisi di DOMENICO MANZIONE

SOMMARIO: 1. Le attività informative ed investigative nella lotta contro la criminalità organizzata. — 2. Gli “attori” mancanti (ivi inclusi i procuratori circondariali).

1. — Il Libro III del codice scaturisce da un’opera di sostanziale assemblaggio limitandosi, in effetti, «a compendiare le disposizioni vigenti in tema di procura nazionale antimafia, direzione distrettuale antimafia, consiglio generale per la lotta alla criminalità organizzata, direzione investigativa antimafia ed agenzia nazionale per l’amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata, con le sole modifiche (essenzialmente in ordine ai riferimenti interni) dettate dalla necessità di rendere il testo compatibile con la sua nuova collocazione»¹.

Il libro, in definitiva, risulta composto da due distinti titoli: il primo, relativo alle attività informative ed investigative nella lotta contro la criminalità organizzata, raccoglie le vigenti disposizioni inerenti la direzione distrettuale antimafia (art. 70-*bis* OG), la procura nazionale antimafia (artt. 76-*bis*, 76-*ter*, 110-*bis* e 110- OG), il consiglio generale per la lotta alla criminalità organizzata e la direzione investigativa antimafia (artt. 1, 3 e 5 d.l. 29.10.1991 n. 345, conv. in l. 30.12.1991 n. 410); il secondo, invece, contiene tutte le disposizioni del d.l. 4.2.2010 n. 4, conv. in l. 31.3.2010 n. 50, relative all’istituzione ed al funzionamento dell’agenzia nazionale per l’amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata; le norme contenute nel medesimo decreto e volte a modificare la vigente legislazione in materia di misure di prevenzione, sono state inserite nel Libro I del codice, mentre quelle relative alle disposizioni transitorie ed alla copertura finanziaria sono refluite nel Libro IV².

Insomma, vengono qui in considerazione gli “attori” dei procedimenti “antimafia”, tutti accomunati sotto un titolo che, promettendo assai di più di quanto non mantenga, propone — e singolarmente questa sembra la più significativa delle novità — una differenziazione tra attività informative ed investigative che, anche a volerle assumere nel significato che la prassi comunemente attribui-

¹ Così la *Relazione illustrativa* allo schema di d. lgs.- Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione reperibile sul sito *Giustizia.it*

² V., ancora, *Relazione illustrativa*, cit.

sce loro di attività “preventive” e di polizia giudiziaria in senso proprio, non ricevono però esplicita definizione³.

Per il resto, si tratta davvero di aggiustamenti formali e minimi. I più significativi riguardano l’adeguamento dei requisiti necessari per accedere ad “uffici antimafia”: il riferimento va ora operato, per quanto riguarda i magistrati, alle funzioni ed alla valutazione di professionalità e non più alle “vecchie” qualifiche (artt. 10 ss. d.lgs. 5.4.2006 n. 160); impreciso il riferimento ai “magistrati in tirocinio” (art. 102 co. 1 d. lgs. 6.9.2011 n. 159) che, nel momento in cui è stato posto, era del tutto errato⁴ e va oggi letto, ci sembra, *cum grano salis* («della direzione distrettuale non possono fare parte magistrati ordinari al termine del tirocinio»).

2. — Essendo la portata del Codice quella di una sorta di testo unico sulle misure di prevenzione e sulla certificazione antimafia, vien da chiedersi in definitiva il senso della estrapolazione, almeno in parte, di singole norme da altri contesti e segnatamente da quello ordinamentale dove più propriamente trovano la loro collocazione⁵. Per converso, risultano assenti, tra gli “attori” dell’antimafia, soggetti che verosimilmente avrebbero potuto esservi inclusi, dai servizi di sicurezza ai prefetti passando per i reparti anticrimine delle singole forze di polizia⁶.

D’altra parte, rivelandosi il testo in commento (a dispetto del *nomen*) tutt’altro che sistematicamente ricognitivo della (sola) normativa “antimafia”, ma presentandosi piuttosto come una sorta di testo unico in materia di misure di prevenzione, che trovano ovviamente applicazione non soltanto nei confronti dell’“area” appena indicata, si comprende bene che il titolo del libro terzo appare concentrato più sul primo che sul secondo aspetto. Rimane insomma fuori dagli organi individuati dalla normativa in commento — opportunamente, ci sembra — il procuratore della Repubblica del circondario, che pure, in base agli artt. 4 e 5 del d.lgs. 159/2011, si vede attribuita la titolarità del potere di promuovere la procedura applicativa di misure di prevenzione personali e reali sia pure nell’ambito della “criminalità comune”.

In realtà, alle segreterie delle procure della Repubblica (senza aggettivazioni ulteriori), è anche attribuito un compito apparentemente burocratico ma nei fatti di consistente rilievo. Proprio la constatazione che la titolarità dell’iniziativa in materia è distribuita tra autorità giudiziaria (le procure) ed autorità amministrativa (il questore, il direttore della DIA) unitamente alla circostanza che la proposta può essere preceduta da attività «informative» o «investigative» che possono non solo sovrapporsi ma anche configgere, tra loro e con eventuali altre iniziative procedimentali in corso, segnala l’opportunità della conferma di disposizioni come quelle ora contenute nell’art. 81 d. lgs. 159/2011, che prevede appunto la tenuta di un apposito registro in materia e l’obbligo di comunicare con immediatezza gli accertamenti e la proposta «alla procura della Repubblica *competente*»,

³ G. FURCINITI, *Attività investigative orfane di una sistemazione*, in *GD* 2011 (42), LXVI.

⁴ L’art. 13 co. 2 d.lgs. 160/2006 vietava la destinazione dei magistrati ordinari al termine del tirocinio agli uffici di procura sino alle modifiche apportate alla norma suddetta dall’art. 1 l. 31.10.2011 n. 187.

⁵ Nello stesso senso F. MENDITTO, *Lo schema di decreto legislativo del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione: esame, osservazioni e proposte*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁶ A. CISTERNA, *L’impegno a varare opportuni testi integrativi fa sperare in un corpus normativo più completo*, *GD* 2011 (41), 89; G. FURCINITI, *Attività investigative*, cit., LXVII.

come afferma la norma appena richiamata, sia pure con aggettivazione non del tutto propria (se si pensa che la “competenza” in senso stretto è soltanto del giudice) ma del resto di uso non infrequente anche nei testi legislativi.

Insomma, il momento di raccordo tra i vari proponenti segnala esigenze di informazione capaci di scongiurare sovrapposizioni e contrasti: di ciò si è reso consapevole interprete il Procuratore nazionale antimafia in carica, che difatti va proponendo un protocollo d’intesa funzionale al coordinamento degli accertamenti tra i vari organi investigativi e giudiziari ed al tempestivo inserimento delle proposte nella banca dati dedicata⁷.

Per il resto, come si diceva, la normativa riguardante le procure circondariali rimane saldamente ancorata alle disposizioni in materia di ordinamento giudiziario (art. 72 OG) rispetto alle quali non è dato registrare novità in ordine sia alle attribuzioni che alle deleghe⁸: unica eccezione è data dall’art. 5 co. 3 del “codice”, il quale, superando una giurisprudenza che voleva solo soggetto legittimato alla proposta di misura di prevenzione il pubblico ministero “accessorio” al giudice competente⁹, chiarisce ora che l’iniziativa compete all’ufficio di procura dove risiede il proposto, mentre la partecipazione all’udienza può essere assicurata anche dall’organo che esercita l’accusa presso il giudice chiamato a decidere. Un esempio (residuo) di coordinamento spontaneo che, se può prestare il fianco a qualche critica¹⁰, risulta peraltro non ignoto al sistema processuale vigente¹¹.

⁷ V., ad es. il Protocollo d’intesa sottoscritto dal PG e dalle procure del Distretto Torinese, ined.

⁸ Risulta nebulosa la possibilità, per il pubblico ministero onorario, di partecipare all’udienza di prevenzione: ciò, ove si compari sinotticamente l’art. 72 lett. *d* OG e la norma procedimentale di cui all’art. 7 del testo normativo in esame che in parte si distacca dai canoni dell’udienza camerale.

⁹ Cfr. Cass. 30/8/1990, Napoli, in *CEDCass*, m. 185211.

¹⁰ V. in merito i rilievi di G. NICASTRO, *Le misure di prevenzione del codice antimafia: il nuovo stenta a nascere e il vecchio a morire*, *supra*.

¹¹ Si allude al meccanismo disegnato dall’art. 309 co. 8 e 8-*bis* CPP.